

LA POSICIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN Y DE LA EXCULPACIÓN EN LA TEORÍA DEL DELITO DESDE LA PERSPECTIVA ALEMANA* **

HANS JOACHIM HIRSCH (+)***

RESUMEN:

En el presente artículo el profesor Hans Joachim Hirsch analiza la problemática de la justificación y la exculpación, pero no de manera separada o de meros ámbitos parciales, sino la problemática en su conjunto. De esta manera, pone de manifiesto la necesidad de diferenciar dentro de los presupuestos del delito la cuestión de la justificación y la exculpación que equivale a la decisión a favor de la necesidad de un sistema dogmático, que toma como punto de referencia esencial la existencia de escalones valorativos, pues se trata de diferenciar entre injusto y culpabilidad, es decir, de distintos planos de valoración.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal, teoría del delito, justificación, exculpación, injusto, culpabilidad.

TITLE: The Position of Justification and Exculpation in the Theory of Crime from the German Perspective.

ABSTRACT:

In this article, Professor Hans Joachim Hirsch examines the problem of justification and exculpation, not as isolated or partial issues but in their entirety. He emphasizes the need to differentiate within the premises of a crime between justification and exculpation, arguing for a dogmatic system that takes into account

* Título alemán: “Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht”, publicado en: ALBIN ESER Y WALTER PERRON (a cargo de la edición), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für internationales und ausländisches Strafrecht, tomo § 26, Freiburg im Breisgau, 1991.

Tuvo la amabilidad de llevar a cabo la traducción española el Dr. MANUEL CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid), a quien le expreso mi muy cordial agradecimiento.

** **Originalmente publicado en RPCP, Número 10, 1999, pp. 241-272.**

*** Ex catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Colonia, Alemania.

value-based levels of evaluation, distinguishing between injustice and culpability.

KEYWORDS: Criminal Law, theory of crime, justification, exculpation, injustice, culpability.

I

Las denominaciones justificación y exculpación no se utilizan en la bibliografía alemana de modo completamente uniforme. Además de la terminología conforme a la cual la *justificación* se refiere a todas las causas de exclusión del injusto y la *exculpación* abarca todas las causas que impiden la presencia de culpabilidad relevante, existe otra terminología que con estos términos sólo se refiere a determinados ámbitos parciales. En este sentido, frecuentemente se habla de *exculpación* limitando esta expresión al grupo de los así llamados casos de inexigibilidad, que es un grupo de gran relevancia dentro de la cuestión de la culpabilidad¹. Sin embargo, el objeto de este coloquio de Derecho comparado en Freiburg no es la problemática de meros ámbitos parciales, sino la problemática en su conjunto. Por ello, en lo que sigue las expresiones *justificación* y *exculpación*, a menos que se haga una indicación en sentido contrario, se entenderán como todas aquellas causas que deben excluir el injusto o la culpabilidad relevante.

II

La afirmación de la necesidad de diferenciar dentro de los presupuestos del delito entre la cuestión de la justificación y la de la exculpación equivale a la decisión a favor de la necesidad de un *sistema dogmático* que toma como punto de referencia esencial la existencia de *escalones valorativos*, pues se trata de diferenciar entre injusto y culpabilidad, es decir, de distintos planos de valoración. Como es sabido, sin embargo, la Corte Suprema italiana, refiriéndose a la concepción italiana tradicional, se ha pronunciado expresamente en contra de tal sistema y a favor del mantenimiento

1 Cfr. por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ª edición 1988, p. 429; LENCKNER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 23ª edición 1988, nota previa a los §§ 32 y ss. n° marg. 108; RUDOLPHI, en: *Systematischer Kommentar zum StGB (SK)*, 5ª edición 1999, n° marg. 5 y s. previos al § 19. Algunos autores también distinguen entre causas de justificación y meras causas de exclusión del injusto; en este sentido, especialmente, KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, ZSTW 64 (1952), pp. 255, 257 y ss., y ARTHUR KAUFMANN, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, *Maurach-Festschrift*, 1972, pp. 327, 335 y ss.; adoptan una posición crítica al respecto LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 22 y s.; HIRSCH, *Strafrecht und rechtsfreier Raum*, *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 89, 100. Respecto de estas diferenciaciones cfr. *infra* IV. 1 y notas 32-34 y IV.2 b y notas 48 y 49.

de la diferenciación exclusivamente fáctica entre elementos objetivos y subjetivos². Tampoco en el ámbito del Derecho penal francés y en los países con tradición de *common law* apenas puede hablarse hasta el momento de una construcción sistemática del delito.

Por ello, antes de toda exposición teórica ha de plantearse la cuestión acerca de cuál es en realidad la *utilidad* práctica de un sistema configurado con base en escalones valorativos, tal y como se ha ido extendiendo partiendo del Derecho penal alemán. En este sentido, por ejemplo, frecuentemente se formula desde el mundo anglosajón la objeción de que en Derecho penal en última instancia se trata de determinar si alguien es punible o no, de modo que, según esta opinión, no es necesario hacer diferenciación alguna³. Y ello, se dice, con mayor razón aún al ser todos los criterios de igual relevancia para la cuestión de la punibilidad.

La utilidad de un sistema que diferencia entre justificación y exculpación, y con ello entre injusto y culpabilidad (o un sucedáneo de la culpabilidad), ha de verse en varias ventajas:

En primer lugar, se trata de la posibilidad que de este modo se plantea de estructurar las causas de exclusión surgidas en un determinado momento histórico con base en la perspectiva aportada por criterios rectores de conjunto, delimitando así a éstas de manera exacta y complementándolas. En este sentido, por ejemplo, por esta vía se manifiestan ciertas diferencias materiales fundamentales dentro del estado de necesidad –concretamente, la decisión del conflicto por parte del ordenamiento

2 Cfr. Secciones reunidas, sentencia de 29/5/1972 n° 3821 (acusado Márchese), Casspen, 1972, 1149 y ss., y al respecto RIZ, *Zum derzeitigen Stand der Verbrechenslehre in Italien*, ZStW 93 (1981), pp. 1005, 1008 (reproduciendo literalmente la parte correspondiente de los fundamentos jurídicos y con otras referencias jurisprudenciales); HIRSCH, *Die Diskussion über den Unrechtsbegriff in der deutschen Strafrechtswissenschaft und das Strafrechtssystem Delitalas*, in: *Studi in memoria di G. DELITALA*, 1984, p. 1933. En la sentencia plenaria se ventilaba concretamente la cuestión acerca de si el principio *in dubio pro reo* también rige respecto de las causas de justificación. La sentencia resolvió la cuestión -equivocadamente- en sentido negativo; en esta resolución tuvieron un importante papel, aparte de la posición dogmática antes mencionada, sobre todo argumentos político-criminales. Sin embargo, entretando el nuevo art. 530 párr. 3° C.p.p. [*] aclara de modo expreso que ese principio también ha de regir respecto de las causas de justificación. Sin embargo, y en contra de lo sostenido por MARINUCCI (en: *Digesto delle discipline penalistiche 1*, 4ª edición 1987, voz “Antigiuridicità”, p. 187), el aspecto político-criminal de la sentencia y su corrección realizada por el legislador italiano no cambia en nada el hecho de que en todo caso existe en la sentencia la toma de postura negativa respecto del sistema normativo que interesa en el presente contexto y que la Corte no se ha retractado hasta el momento de ella. [*] Codice di procedura penale, Código de procedimiento penal italiano (N. del T.)

3 Cfr. al respecto GREENAWALT, *Die fragwürdige Grenze zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung*, en: ESER / FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, T. 1, 1987, p. 263 con ulteriores referencias.

jurídico— en unos casos e indulgencia referida al autor por una presión motivadora extrema en los otros. Esto conduce a que de ello se extraigan consecuencias a la hora de interpretar la ley y de desarrollar la legislación. De modo general, se llama la atención sobre cuáles son los requisitos generales que han de ser decisivos en las respectivas figuras jurídicas, de lo que, dependiendo de la materia, pueden derivar tanto ampliaciones como restricciones⁴.

Una ulterior ventaja consiste en que en los fundamentos jurídicos puede expresarse una diferencia que es crucial para el autor: determinar si la absolución se fundamenta en que el autor se comportó de acuerdo con el ordenamiento jurídico o si, por el contrario, actuó de manera antijurídica, debiéndose negar tan sólo la culpabilidad, por ejemplo, al concurrir incapacidad de culpabilidad⁵.

También ha de tenerse en cuenta que en los casos jurídico-penales en la mayoría de las ocasiones juegan un papel varias personas: además del autor, la víctima, o múltiples autores o víctimas. Por ello, al resolver un caso con frecuencia debe enjuiciarse no sólo el comportamiento de una persona, sino la relación entre los comportamientos de varios sujetos. Esto se manifiesta del modo más claro en la legítima defensa con su requisito de la antijuridicidad del ataque. En este ámbito, ha de decirse de qué parte concurre un ataque antijurídico. Puede que éste no sea el caso respecto de quien actúa en primer lugar si él mismo ya estaba amparado por la legítima defensa o si estaba cubierto por otra causa de justificación. Ello demuestra al mismo tiempo la considerable importancia social de la valoración como causa de justificación. En este plano, el ordenamiento jurídico decide una situación de colisión que consiste en la mayoría de los casos en una contradicción de intereses, y concretamente toma esta decisión con base en criterios objetivos que rigen la vida social, por lo que despliega efectos que van más allá de la persona individual⁶. Los efectos

4 En este sentido, por ejemplo, en el Derecho alemán se han desarrollado en este siglo los casos de estado de necesidad justificante más allá de las regulaciones parciales contenidas en el Código Civil alemán, con base en el criterio de la ponderación de bienes y de intereses. A la inversa, ya antes se había llegado a la conclusión de que sólo cabe estado de necesidad exculpante concurriendo un peligro para bienes individuales fundamentales y sólo respecto de una acción de salvamento ejecutada por el mismo sujeto que está en peligro o por una persona estrechamente vinculada a este sujeto (pensándose al principio tan sólo en los familiares).

5 Respecto de este deber de conocer cfr. SCHÄFER, en: LÖWE / ROSENBERG, *StPO*, 24ª edición 1988, intr. al cap. 12 n° marg. 31, 35; PETERS, *Strafprozeß*, 4ª edición 1985, pp. 516 y s. con ulteriores referencias. Esto es pasado por alto en el “caso del mirón” BGH NJW 1979, p. 2053; más en concreto a este respecto HIRSCH, comentario a la sentencia en JR 1980, pp. 115, 117 s.

6 Por lo que las causas de justificación no sólo rigen para el autor, sino para todos, derivándose de ellas un deber de tolerancia para el sujeto afectado. Quien se defiende frente a un comportamiento justificado, comete a su vez un ataque antijurídico frente al cual cabe recurrir a la legítima defensa para defenderse en caso de ser necesario. Por ello, sería desacertada la idea de que frente

frente a terceros también se manifiestan en los supuestos de participación: para la accesoriadad basta con un hecho principal antijurídico, de modo que también en este ámbito adquiere relevancia la diferenciación entre justificación y exculpación⁷.

Además, las consecuencias prácticas se manifiestan al resolver los casos de error; me remito, por un lado, a los §§ 16, 17 *StGB*⁸, y al § 35 párr. 2° *StGB*, por otro.

Además, ciertas medidas de seguridad dirigidas contra sujetos con incapacidad de culpabilidad en el Derecho alemán y en otros ordenamientos están vinculadas a la concurrencia del injusto de un delito⁹. Y también la Parte Especial alemana

a un comportamiento justificado cabe la posibilidad de un estado de necesidad justificante. Tal construcción derogaría la concepción de la regulación objetiva de conflictos sociales que caracteriza a toda causa de justificación y no tendría en cuenta que en toda decisión de justificación ya se hallan incluidos todos los criterios jurídicos relevantes para delimitar aquello que es conforme a Derecho de aquello que es contrario a Derecho.

No resulta convincente la argumentación de AMELUNG (en: SCHÜNEMANN [comp.], *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 85, 92) para rechazar que la solución de conflictos sea una característica específica de las causas de justificación, fundamentando esta afirmación en que también a la hora de crear los tipos penales se están resolviendo conflictos. De este modo no se tiene en cuenta la diferencia material decisiva existente entre las decisiones valorativas abstractas realizadas por el legislador a la hora de configurar los tipos y los conflictos de intereses concretos que se pueden plantear aún dentro del marco de esas decisiones valorativas preestablecidas.

- 7 En este sentido expresamente también los §§ 26, 27, 29 *StGB* [*]. [*] Los preceptos citados del *StGB* tienen el siguiente tenor:

§ 26: *Inducción*. Será penado como inductor con la misma pena que el autor quien haya determinado dolosamente a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico.

§ 27: *Complicidad*. (1) Será penado como cómplice quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión dolosa de un hecho antijurídico. (2) La pena del cómplice se determina con base en la amenaza de pena al autor. Ha de ser atenuada conforme al § 49, párrafo 1°.

§ 29: *Punibilidad autónoma del partícipe*. Cada uno de los partícipes será penado con independencia de la culpabilidad del otro con base en su culpabilidad. (**N. del T.**)

- 8 Los preceptos citados disponen:

§ 16: *Error sobre elementos del hecho*. (1) Quien en el momento de cometer el hecho desconoce una circunstancia que forma parte del tipo legal, no actúa con dolo. Queda incólume la punibilidad por comisión imprudente. (2) Quien en el momento de cometer el hecho supone erróneamente que concurren circunstancias que cumplirían el tipo de una ley más beneficiosa, sólo puede ser penado por comisión dolosa con base en esta ley más beneficiosa.

§ 17: *Error de prohibición*. Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1°. (**N. del T.**)

- 9 En el *StGB*, cfr. el internamiento en un hospital psiquiátrico (§ 63) o en un centro de desintoxicación (§ 64), la retirada del permiso de conducir (§ 69) y la inhabilitación para determinada profesión (§ 70).

toma como elemento esencial el injusto del hecho anteriormente cometido en el delito de favorecimiento material (§ 257 *StGB*) y en la receptación (§ 259 *StGB*) y el injusto del hecho cometido en estado de embriaguez en el delito de embriaguez (§ 323 a *StGB*)¹⁰.

Por consiguiente, más allá de la utilidad científica, es evidente la gran importancia práctica del escalonamiento entre justificación y exculpación.

III

Abordemos ahora las cuestiones de los fundamentos y practicabilidad teóricos y consideremos en primer lugar la *posición de las causas de justificación* en el sistema de la teoría del delito.

1. La ubicación sistemática está estrechamente vinculada al desarrollo dogmático de las teorías del tipo y del error. Mientras que el *sistema tripartito de la teoría del delito*, que constituye el modelo predominante, agrupa las causas de justificación en un elemento del delito subsiguiente a la tipicidad y separado de ésta que se denomina “antijuridicidad”¹¹, los representantes del sistema bipartito, como es sabido, pretenden asignarlas ya a la tipicidad como requisitos negativos¹². Sin embargo, a esta discusión sólo le corresponde una importancia secundaria en relación con la cuestión acerca de si han de diferenciarse en dos niveles el injusto y la culpabilidad, y de cómo debe hacerse esta diferenciación en caso de contestarse de modo afirma-

10 El delito del § 323 a *StGB* [*Vollrausch*] tipifica la comisión de hechos antijurídicos en estado de inimputabilidad producido dolosa o imprudentemente por ingestión de bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagadoras (**N. del T.**).

11 Cfr. RGSt 61, pp. 242, 247; 66, pp. 397, 398; BGHSt 1, pp. 131, 132; 2, pp. 194, 200 y s.; 9, pp. 370, 375 y s. En la bibliografía actual, esta posición es defendida, entre otros, por BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9ª edición 1985, pp. 97 y s.; DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 44ª edición 1988, n° marg. 2 previo al § 13; GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 155, 169 y s.; HIRSCH, en: *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)*, 10ª edición, n° marg. 5 y s. previos al § 32; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, pp. 131 y ss.; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, pp. 178, 224 y ss; LACKNER, *StGB*, 18ª edición 1989, nota III 3 a previa al § 13; LENCKNER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, nota preliminar a los §§ 13 y ss., n° marg. 12 y ss; MAURACH / ZIPE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1.1, 7ª edición 1987, pp. 170 y s., 175 y ss., 323 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* 1, 3ª edición 1981, n° marg. 176 y ss.; WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 20ª edición 1990, pp. 32 y ss., 79 y ss.

12 En este sentido, ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, DJT-Festschrift*, 1960, pp. 401, 406 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Zur Lehre vonden negativen Tatbestandsmerkmalen*, JZ 1954, p. 653; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 3ª edición 1988, pp. 58 y ss.; SAMSON, en: *Systematischer Kommentar zum StGB (SK)*, 5ª edición 1989, n° marg. 6 y ss., 9 y ss. previos al § 32; SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform*, GA 1985, pp. 341, 347 y ss.

tivo la primera cuestión. Me he manifestado ya exhaustivamente respecto de dicha discusión en mi monografía sobre los elementos negativos del tipo¹³, de modo aquí quisiera limitarme a resaltar algunos pocos puntos centrales de este lado del problema de la posición de las causas de justificación.

En primer lugar ha de recordarse aquí el argumento esgrimido en favor de la teoría de los elementos negativos del tipo según el cual la distinción mayoritaria entre elementos del tipo y causas de justificación es tan sólo de naturaleza técnica legislativa, tratándose de una mera cuestión de formulación positiva o negativa¹⁴. Sin embargo, si las causas de justificación no constituyen un grupo *materialmente autónomo*, en primer lugar habría que formular de nuevo el tema de nuestro coloquio. Si así fuese, ya no se trataría de resolver la cuestión de la diferencia material de justificación y exculpación, sino que deberíamos contraponer a la exculpación todos los presupuestos del injusto. Pero aquel argumento no parece jugar apenas un papel real en la discusión alemana actual, pues también los partidarios de los elementos negativos del tipo tratan actualmente las causas de justificación como proposiciones permisivas excepcionales y las contraponen, diferenciándolas materialmente, como tipos de permisión, excluyentes del injusto, a los elementos del tipo, fundamentadores del injusto¹⁵. Por lo tanto, en la actualidad puede partirse de que ambas concepciones se basan en una figura jurídica “causas de justificación” dotada de autonomía material.

Respecto de la *estructura tripartita* se plantea en primer lugar la cuestión acerca de cómo es que puede explicarse la esencia de la antijuridicidad con base en un elemento del delito cuyo único factor decisivo es la ausencia de causas de justificación. No puede discutirse que la realización de los elementos del tipo constituye el núcleo del injusto y que el segundo elemento del delito es tan sólo un segundo requisito –negativo– del injusto. La concepción de Beling¹⁶ y Delitala¹⁷, quienes partían de un concepto avalorativo de tipo, prácticamente ya no tiene defensores entre nosotros. Sin embargo, la necesaria visión normativa del tipo no implica que ambos elementos hayan de estar lógicamente unidos en un solo elemento del delito; pues el desglosamiento del delito en escalones valorativos significa que cada escalón constituye un elemento integrante del escalón siguiente y conduce junto a los ele-

13 HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, pp. 220 y ss.

14 En este sentido, ARTHUR KAUFMANN (nota 10), pp. 654 y s.; también LANG- HINRICHSEN, *Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes*, JZ 1953, pp. 362, 364.

15 Cfr. por ejemplo, OTTO (nota 10), p. 60.

16 BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 145, 147, 181; ídem, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930, pp. 9, 13.

17 DELITALA (nota 2). Sobre la influencia de BELING en DELITALA cfr. NUVOLONE, *II sistema del diritto penale*, 1975, pp. 7, 104.

mentos a añadir en éste al juicio valorativo que en ese punto deba realizarse, en este caso, la antijuridicidad. Esto mismo rige respecto de la relación entre antijuridicidad y culpabilidad¹⁸.

Los defensores de la construcción tripartita deducen la diferenciación entre las cuestiones de la tipicidad y de la antijuridicidad de la ya mencionada autonomía de las causas de justificación en cuanto proposiciones permisivas. La explicación normológica precisa es la siguiente: lo que se dilucida en la tipicidad es la contradicción de la norma individual correspondiente, por ejemplo, de la prohibición de la acción de matar; en la antijuridicidad se trata, en cambio, de la constatación de que en el caso concreto concurre una infracción de deberes jurídicos, al ampliarse el criterio de enjuiciamiento a la cuestión acerca de si interviene una eventual proposición permisiva derivada del ordenamiento jurídico¹⁹.

De este escalonamiento no sólo los representantes de la teoría estricta de la culpabilidad, que entre nosotros se encuentran en minoría²⁰, sino también la mayor parte de los defensores de la mayoritaria teoría limitada de la culpabilidad extraen consecuencias para resolver problemas materiales. Estas consecuencias consisten, entre otras, en que conforme a la opinión dominante, la suposición errónea de un supuesto de hecho justificante, por tanto, por ejemplo, la legítima defensa putativa, no excluye ya el dolo típico, que pertenece de acuerdo con la concepción actual al tipo, sino que a diferencia de éste sólo afecta al plano de la culpabilidad²¹. Las

18 Respecto de la relación entre estos dos elementos del delito cfr. HIRSCH, *LK*, n° marg. 6 previo al § 32.

19 Cfr. ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 138 y ss., 248 y ss.; HIRSCH, *LK*, n° marg. 6 previo al § 32.

20 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1ª edición 1969, pp. 164 y ss.; BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª edición 1979, pp. 127 y ss.; HIRSCH (nota 11), pp. 314 y ss.; ídem, *LK*, § 34 n° marg. 91; ídem. *Hauptprobleme des dogmatischen Teils der deutschen Strafrechtsreform*, en: Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium 1986, 1987, pp. 47, 51; GOSSSEL, en: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, 7ª edición 1989, p. 165; SCHROEDER, *LK*, 10ª edición 1985, § 16 n° marg 47, 49, 52.

En la bibliografía española, sin embargo, la opinión mayoritaria se pronuncia a favor de aplicar la regulación del error de prohibición (art. 6 bis a párr. 3º C.P.) y con ello a favor de la teoría estricta de la culpabilidad; cfr. las referencias en ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, ADPCP 1981, pp. 739, 741 nota 11.

21 GALLAS, *Zum gegenwertigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStW 67 (1955), p. 46 nota 89, ídem (nota 9), pp. 168, 170; BLEI, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 18ª edición 1983, pp. 206 y s.; DREHER, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, Heintiz-Festschrift 1972, pp. 209, 224; DREHER/TRONDLE, *StGB*, § 16 n° marg. 26 y s.; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, pp. 416 y ss.; LACKNER, *StGB*, § 17 nota 5 b; ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 74 (1962), pp. 515, 554 y ss.; RUDOLPHI, SK § 16 n° marg. 12 y s.; WESSELS, *Allgemeiner Teil*, pp. 130 y ss.; la jurisprudencia también ubica la cuestión dentro de la culpabilidad; cfr. BGH NJW 1981, pp. 2831, 2832.

consecuencias se manifiestan sobre todo en los casos de participación²². Para la opinión actualmente dominante, la contraposición entre teoría estricta y limitada de la culpabilidad no es más que una discusión que se desarrolla dentro del concepto de culpabilidad, concretamente, acerca de una diferenciación dentro del elemento intelectual de la culpabilidad²³.

Los partidarios de la *construcción bipartita*, quienes, como es sabido, pretenden por el contrario fundir tipicidad y antijuridicidad en un solo escalón valorativo, niegan que exista un escalonamiento de valoración jurídicamente relevante entre la cuestión de la tipicidad y la de la antijuridicidad: según estos autores, los elementos que fundamentan el injusto y aquellos que lo excluyen son meramente dos lados de una misma cosa²⁴. Pero incluso prescindiendo del hecho de que el elemento de la “necesidad”, contenido en prácticamente todas las causas de justificación, permite apreciar un escalonamiento relevante, el sistema bipartito entra claramente en conflicto con la teoría personal del injusto, que se ha impuesto en el momento actual en la dogmática alemana. Si concurriendo legítima defensa putativa inevitable o una tentativa cometida en legítima defensa putativa, se excluye ya la tipicidad, la legítima defensa putativa tiene el mismo efecto que la concurrencia de legítima defensa, es decir, la exclusión del injusto. De este modo, los presupuestos de la decisión jurídica del conflicto fijados en los elementos de la legítima defensa son desviados de modo unilateral a favor del autor. Pero no sólo sucede que con ello en estos casos se le atestigüa –en contra de lo materialmente acaecido– la ausencia de injusto, impidiendo de este modo al sujeto que tiene en frente el recurso a la legítima defensa, sino que

22 Cfr. a este respecto HIRSCH, *Der Streit um Handlungs und Unrechtslehre* (parte II), ZStW 94 (1982), pp. 239, 260; respecto de los efectos en el ámbito de la tentativa cfr. la exposición *ibidem* p. 265.

23 Mientras que la teoría estricta de la culpabilidad renuncia a llevar a cabo una diferenciación dentro del elemento intelectual de la culpabilidad, aplicando en consecuencia a todos los errores en el ámbito de las causas de justificación la regulación del error de prohibición, la dirección predominante de la teoría limitada de la culpabilidad diferencia entre aquellos casos en los que falta la concreta conciencia de antijuridicidad con base en la suposición errónea de que concurre un supuesto de hecho justificante (en tal caso, decae la culpabilidad específica de un hecho doloso [culpabilidad dolosa] y aquellos otros en los que no concurre conciencia de antijuridicidad a causa de un error acerca de la existencia jurídica (o el alcance jurídico) de una causa de justificación (en tal caso, es aplicable la regulación del error de prohibición). Por ello, Gallas (nota 9), pp. 169 y s., habla respecto de la teoría limitada de la culpabilidad de la diferenciación entre error mediato de prohibición, es decir, aquel que se ve mediado por un error sobre el supuesto de hecho, y error directo de prohibición.

24 En este sentido, por ejemplo, OTTO (nota 10), p. 59; SAMSON, SK, n° marg. 8 y s., 11 previos al § 32.

también derivan de ello consecuencias insostenibles para la teoría de la participación²⁵.

Aunque la teoría de los elementos negativos del tipo, que de modo abierto o encubierto está detrás de la construcción en dos escalones, se discute ya desde finales del siglo pasado²⁶, no ha podido imponerse ni entre nosotros ni en el extranjero. Roxin dijo acertadamente de ella que en realidad no es una teoría del tipo, sino del error²⁷.

Por las razones enunciadas, cabe llegar a la conclusión que las causas de justificación hallan la posición que materialmente les corresponde en un elemento del delito diferenciado de la tipicidad, es decir, en la antijuridicidad.

2. Respecto del *contenido expresivo de la antijuridicidad* ha surgido últimamente una postura, defendida especialmente por Günther²⁸, según la cual éste no se refiere necesariamente a la incompatibilidad con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Según esta opinión, es posible que un comportamiento que cumple un tipo penal no sea contrario al ordenamiento *penal*, pero sí sea antijurídico fuera del Derecho penal. En este sentido, aparte de las causas generales de exclusión del injusto -ubicadas en el Derecho penal o en otras partes del ordenamiento- que determinan que un comportamiento que cumple un tipo penal sea conforme a Derecho respecto de todo el ordenamiento jurídico, también existen meras causas jurídico-penales de exclusión del injusto. Siempre según esta postura, estas últimas determinan bajo qué condiciones el Derecho penal renuncia excepcionalmente a la censura específicamente jurídico-penal, incrementada, del hecho. Como ejemplos se aducen, entre otros: defensa de intereses legítimos en la difamación, indicación para la interrupción del embarazo, consentimiento, falta de reprochabilidad en el delito de coacciones²⁹. Sin embargo, si se analizan los casos, no dan lugar a poner en duda el principio rector de la unidad del ordenamiento jurídico. Predominantemente, se trata de causas generales de exclusión del injusto, así, por ejemplo, en lo que se

25 Más exhaustivamente a este respecto HIRSCH (nota 11), pp. 326 y ss.; ídem (nota 20), p. 260; DREHER (nota 19), pp. 222 y ss.; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, p. 417 nota 49.

26 Concretamente, desde FRANK, *Bericht über die Rechtsprechung des Reichsgerichts*, ZStW 14 (1894), pp. 354, 363 y ss.; ídem, *StGB*, 1ª edición 1897, § 59, nota II 2.

27 ROXIN, Revista de bibliografía, ZStW 80 (1968), pp. 694, 701.

28 GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 83 y ss.; ídem, "Grade des Unrechts und Strafzumessung", en: KERNER / KAISER (comp.), *Kriminalität*, 1990, pp. 453, 461 y s.; cfr. también AMELUNG, en: SCHÜNEMANN (comp.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 85, 92 y ss.

29 GÜNTHER (nota 26), pp. 301 y ss. Como ulteriores ejemplos, hace referencia al consentimiento presunto, el derecho de corrección, el estado de necesidad por coacción, la intervención del Estado en ejercicio de su soberanía con base en el § 34 *StGB*.

refiere a la defensa de intereses legítimos y al aborto admisible con base en la solución de indicaciones. También el consentimiento constituye una cuestión general del injusto, y la problemática de la reprochabilidad en las coacciones afecta ya a la delimitación del tipo³⁰. No es casual que los ejemplos no puedan probar la existencia de meras causas de exclusión del injusto penal. Y es que el elemento del delito *antijuridicidad* no trata de determinar si un comportamiento típico es merecedor de pena, sino que lo que interesa en este punto del examen sistemático es si estuvo de acuerdo con el conjunto del ordenamiento jurídico o no. Al introducir esta doctrina en el plano de la exclusión del injusto el punto de vista del merecimiento de *pena*, priva al elemento del delito *antijuridicidad* de una función propia –concretamente, la de indicar la vulneración del ordenamiento jurídico en su conjunto– y amenaza con borrar la frontera entre, por un lado, la exclusión del injusto, y, por otro, la exculpación y la exclusión personal de la pena. Por lo tanto, en última instancia conduce a la destrucción del sistema de la teoría del delito³¹.

IV

Abordemos ahora el ámbito de problemas de la *exculpación*.

1. Desde que a principios de siglo empezó a desarrollarse el tránsito desde el concepto psicológico hacia el concepto normativo de culpabilidad, se entiende de modo expreso también a la culpabilidad como escalón valorativo. En este sentido, fue la idea de que no cabe identificar simplemente el injusto y la culpabilidad con la distinción entre lado objetivo y subjetivo del hecho la que inició esta evolución³². En los preceptos relativos a la capacidad de culpabilidad (§§ 20, 21 *StGB*)³³ y al error de

30 Cfr. la crítica más exhaustiva a los ejemplos de GÜNTHER en HIRSCH, LK, n° marg. 10 previo al § 32; ídem, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, *Festschrift Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln*, 1988, pp. 399, 411 y ss.; ídem, “Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht”, en: HIRSCH/ WEIGEND (comp.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pp. 66, 71.

31 Mantienen también una posición de rechazo BAUMANN / WEBER (nota 9), pp. 260 y s.; LENCKNER, en: SCHÖNKE / SCHRÖDER, nota preliminar a los §§ 32 y ss., n° marg. 8; ROXIN, Die notstandsähnliche Lage - ein Strafunrechtsausschlussgrund?, *Oehler-Festschrift*, pp. 181, 183 y ss.

32 Más concretamente sobre este punto WELZEL, *Strafrecht*, pp. 59 y ss., 139 y ss.

33 Los preceptos citados del *StGB* disponen:

§ 20: *Incapacidad de culpabilidad*. Actúa sin culpabilidad quien en el momento de la comisión del hecho es incapaz de comprender lo antijurídico del hecho, o de obrar con base en esa comprensión, por una perturbación patológica de la mente, una perturbación profunda de la conciencia o cualquier otra alteración mental grave.

§ 21: *Capacidad de culpabilidad disminuida*. Si en el momento de la comisión del hecho la capacidad del autor para comprender lo antijurídico del hecho o para comportarse de acuerdo con

prohibición (§17 *StGB*), nuestra ley define la culpabilidad como capacidad u otra posibilidad del autor de llegar a conocer el injusto del hecho y de actuar conforme a ese conocimiento. Mientras que en el ámbito de la exclusión del injusto se trata de causas en caso de cuya concurrencia de modo excepcional no existe el injusto que por regla general deriva del cumplimiento de los elementos del tipo, en este campo se trata de causas que de concurrir conllevan la exclusión excepcional de la culpabilidad –que por regla general debe afirmarse cuando existe el injusto doloso o imprudente– o en todo caso conducen a considerar que ésta no concurre en la medida suficiente. Los casos van desde la incapacidad de culpabilidad fundamentada en perturbaciones mentales, pasando por el error de prohibición inevitable y el estado de necesidad exculpante, hasta el estado de necesidad exculpante suprallegal. En la medida en que ciertos autores pretenden configurar como ulterior elemento esencial en la culpabilidad la actitud interna jurídicamente desaprobada actualizada en el hecho antijurídico³⁴, se exceden de esta función negativa del concepto de culpabilidad y generan fricciones con el Derecho penal del hecho.

Como ya se dijo al principio, dentro de la culpabilidad frecuentemente se distingue entre verdaderas causas de *exclusión* de la culpabilidad, por ejemplo, la incapacidad de culpabilidad por perturbaciones mentales, y meras causas de *exculpación*, como, por ejemplo, el estado de necesidad exculpante³⁵. Detrás de esta diferenciación está la idea de que en estas últimas, es decir, en los así llamados casos de inexigibilidad, no falta la culpabilidad completamente, sino que sólo se halla muy fuertemente disminuida³⁶. Ciertamente, esta idea es de interés teórico, teniendo en cuenta los problemas específicos que se plantean en los casos de inexigibilidad. Sin embargo, también en el ámbito de las causas de exclusión de la culpabilidad es necesario llegar a determinado grado de generalización, puesto que el criterio puede estar configurado por unas facultades meramente medias³⁷. Por ello, en última instancia se trata tan sólo de una diferenciación gradual. En conclusión, lo decisivo es que en los así llamados casos de inexigibilidad queda excluida en todo caso la culpabilidad jurídicamente relevante por ausencia de un grado suficiente de culpabilidad.

esa comprensión se halla considerablemente disminuida por una de las causas señaladas en el § 20, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1º (**N. del T.**).

- 34 En este sentido, GALLAS, *ZStW* 67 (1955), p. 45; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, p. 379; LENCKNER, en: SCHÖNKE / SCHRÖDER, nota preliminar a los §§13 y ss., n° marg. 119; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, 2ª edición 1984, p. 188; WESSELS, *Allgemeiner Teil*, pp. 112 y s.
- 35 Cfr. *supra* las referencias en la nota 1.
- 36 Cfr. JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, pp. 429, 430 y s. con ulteriores referencias.
- 37 En esta medida, es convincente la argumentación de ROXIN. *Zur Jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 279, 288 y ss.

Sobre la base de la teoría de la culpabilidad dominante ocupa una posición más central la diferenciación entre el lado intelectual y el lado volitivo de la culpabilidad³⁸. Mientras que la incapacidad de culpabilidad puede afectar tanto a uno como a otro y en el caso del error de prohibición sólo juega un papel el lado intelectual del concepto de culpabilidad, el estado de necesidad exculpante y otros supuestos de así llamada inexigibilidad se refieren al aspecto volitivo. Si son correctas las premisas de la teoría de la culpabilidad dominante, por tanto, ha de afirmarse que la exculpación puede introducirse de manera armónica en el sistema del delito.

2. Sin embargo, antes se plantean varias cuestiones de carácter fundamental:

a) En primer lugar, ha de cuestionarse si teniendo en cuenta los problemas de prueba existentes respecto del *libre albedrío* siquiera debe operarse con una categoría denominada “culpabilidad”. Sin embargo, este punto no tiene tanta importancia a la luz de nuestro tema como pudiera parecer en un principio. Nadie desea limitar los presupuestos del delito al injusto. Por el contrario, hay acuerdo respecto de que es necesario un plano valorativo adicional que establezca una relación con los supuestos de determinadas dificultades considerables del autor para motivarse conforme a Derecho. Por ello, son partidarios de este escalón valorativo también aquellos autores que rechazan a causa del problema del libre albedrío la posibilidad de la culpabilidad en el sentido de ser responsable individualmente como punto de partida legítimo y en lugar de ello parten de una facultad que es esperada por parte de la comunidad jurídica³⁹ o incluso –como lo hace Jakobs– llevan a cabo una redefinición desde la perspectiva de la prevención general⁴⁰. Con todo, ello no cambia prácticamente en nada las distintas causas de exculpación, como muestra especialmente la exposición de Jakobs⁴¹.

Por lo demás, en el problema de la culpabilidad habrá de tenerse en cuenta lo siguiente: aunque el libre albedrío no pueda probarse completamente, debemos tener en cuenta *a favor* del autor aquellos hechos que, conforme a la imagen indeterminista del hombre que rige en la sociedad y que es sentida por los individuos, *excluyen* su culpabilidad⁴². Sobre la base de este punto de partida se plantea en un segundo nivel la cuestión acerca de cómo ha de poder determinarse en concreto y exactamente el déficit de motivabilidad del autor que fundamenta tales supuestos

38 Más concretamente a esta respecto, HIRSCH, LK n° marg. 175 previo al § 32.

39 JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, p. 385 en relación con p. 370.

40 Cfr. JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, 1983, pp. 394 y ss.; ídem, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 8 y ss.

41 Cfr. JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, pp. 469 y ss.

42 Cfr. VON LISZT, “Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe”, en: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, 1905, pp. 25, 42 y ss., ROXIN, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, *MSchrKrim*, 1973, pp. 316, 320 y s.

de excepción. En esta medida, adquiere relevancia entonces un criterio social comparativo, como el que ha sido expuesto por Jescheck⁴³. Concibiendo de este modo el elemento del delito “culpabilidad”, tampoco se plantean diferencias esenciales frente a una perspectiva determinista, puesto que aquellas situaciones excepcionales también favorecen al autor desde el punto de vista determinista: concretamente, desde el punto de vista que en caso de concurrir normalmente paralizan el efecto determinador de la norma en el destinatario de la norma⁴⁴. En todo el campo de la exculpación, se trata de factores que difieren del estado normal del autor: desde las perturbaciones mentales hasta la situación del estado de necesidad. Cumpliendo esta función de favorecer al autor, el uso del concepto de culpabilidad es tan poco problemático como irrenunciable. Esto, sin embargo, no significa que este concepto se pueda dilucidar en la prevención general, que se lo pueda considerar un “derivado” de ésta, como hace Jakobs. De acuerdo con su concepción, el concepto de la culpabilidad ha de configurarse “funcionalmente” en el sentido de que realiza una determinada regulación con base en una determinada máxima de regulación, concretamente, con base en los requisitos del fin de la pena respecto de una sociedad construida de determinada manera⁴⁵. Esto conduce en última instancia a una completa desindividualización de la culpabilidad: al autor tan sólo se le atribuye una así llamada responsabilidad determinada según los criterios generales de la prevención. Frente a ello, Lenckner⁴⁶ ya ha subrayado que dentro de esta concepción el concepto de culpabilidad pierde completamente su función autónoma, que consiste, entre otras cosas, precisamente en ponerle límites a la intervención preventivo-general.

b) Otro *problema* fundamental es el de determinar *si las meras causas de exculpación* –es decir, los así llamados casos de inexigibilidad, especialmente el estado de necesidad exculpante– no son en realidad *causas de exclusión del injusto*. Como es sabido, este punto de vista es defendido por la teoría de la unidad, en parte en las modalidades de la teoría de la neutralidad y de la doctrina del espacio carente de ordenación jurídica.

La teoría de la unidad estaba extendida en la bibliografía alemana hasta finales de los años veinte⁴⁷. Fracasó entre nosotros porque de la afirmación de la exclusión del injusto, llevada a cabo sin diferenciaciones, derivan consecuencias materialmen-

43 JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, p. 385 en relación con pp. 367 y ss.

44 Cfr. JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, pp. 397 y s.; STRENG, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention*, ZStW 92 (1980), pp. 637, 655 y ss.

45 JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, pp. 396 y s.; ídem (nota 37), p. 32.

46 LENCKNER, en: SCHÖNKE / SCHRÖDER, nota preliminar a los §§ 32 y ss., n° marg. 117.

47 Como representantes han de enunciarse sobre todo GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 1922, p. 150; VON HIPPEL. *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, pp. 231 y s.; además los partidarios existentes en aquel momento de la teoría de la neutralidad, cfr. nota 45.

te incorrectas para el ordenamiento jurídico; pues si actuase de manera justificada incluso aquel autor que obra en estado de necesidad, pero no protege un valor superior, entonces el ordenamiento jurídico permitiría, por ejemplo, que de modo lícito se salve la vida propia a costa de la vida de un tercero no implicado. Al estar justificada, tal acción realizada en estado de necesidad no constituiría un ataque antijurídico, de modo que al sujeto afectado le estaría vedado el derecho de la legítima defensa. Estaría sometido al deber de tolerancia. De esta manera, sin embargo, la situación de colisión se resolvería de modo materialmente incorrecto a favor del autor obrante en estado de necesidad.

Sin embargo, tampoco pudo imponerse aquella versión de la teoría de la unidad que con la exclusión general de la antijuridicidad únicamente quiere expresar que el ordenamiento jurídico se abstiene en los casos en cuestión de realizar una valoración del conflicto de intereses. Pues esta “teoría de la neutralidad”⁴⁸, que en la actualidad ha sido revivida en algunos casos en el ropaje de la doctrina del espacio carente de regulación jurídica⁴⁹, conduce en última instancia a que el ordenamiento jurídico se sustrajera a su cometido de ordenación, consistente en fijar los límites entre lo ajustado a Derecho y lo contrario a Derecho a través de regulaciones sociales de conflictos y directrices de comportamiento. En los casos en cuestión, la decisión de la colisión de intereses quedaría abandonada al derecho del más fuerte. Además, la teoría del espacio carente de regulación jurídica deja de lado que se trata de bienes jurídicos. Cuando el ordenamiento jurídico ha tomado bajo su protección general un bien –concretamente, creando la norma general que está detrás del tipo–, éste entra en el ámbito abarcado por el Derecho. Por consiguiente, es necesario que exista una excepcional autorización jurídica de intervención para que la acción, valorada jurídicamente en principio de modo negativo y por ello normalmente antijurídica, de todos modos excepcionalmente no sea antijurídica. Si se considera que no es jurídicamente acertado otorgar una autorización de intervención al autor que actúa en estado de necesidad en los casos en cuestión, no se llegará, por tanto, a las conclusiones de la teoría de la unidad, sino a las de la teoría de la diferenciación⁵⁰.

48 La defienden de manera general respecto del estado necesidad BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, T. 1, 4ª edición 1922, p. 105; t. IV, 1919, pp. 346 y s.; HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, t. II, 1905, pp. 121, 144 y ss.; NAGLER, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Frank-Festschrift*, 1930, pp. 339, 341; OETKER, *Notwehr und Notstand*, VDA t. II, 1908, pp. 255, 334. Respecto del ámbito atribuido por la opinión dominante a la exculpación: BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 168; MEZGER, LK, 8ª edición 1957, acotación 10 I previa al § 51 (pp. 353 y s.).

49 Cfr. ARTHUR KAUFMANN (nota 1), pp. 327 y ss.; ídem. *Strafrechtspraxis und sittliche Normen*, JuS 1978, pp. 361, 366; SCHILD, “Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes”, JA, 1978, pp. 449, 570, 631. Defiende la teoría de la neutralidad en la actualidad también BLEI, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 18ª edición 1983, pp. 213 y s.

50 Más exhaustivamente a este respecto, HIRSCH (nota 1), p. 89.

También juega cierto papel en la teoría de la unidad la idea de que a través de los conceptos “justificación” y “permiso” se lleva a cabo por el ordenamiento jurídico una valoración *positiva* de la actuación, y que por ello ha de diferenciarse entre éstos y las meras causas de exclusión del injusto⁵¹. Sin embargo, tal diferenciación conllevaría una sobrecarga del contenido de los conceptos de “justificación” y “exculpación”. Estos sólo se refieren a que una acción típica *no* se considera antijurídica al concurrir una razón excepcional respetada por el ordenamiento jurídico, es decir, que esta acción queda sustraída del estigma del injusto que conlleva⁵². La justificación y la exclusión del injusto se refieren a una misma cosa.

Sin embargo, Gimbernat Ordeig opina que de todos modos es correcto el punto de partida de la teoría de la unidad⁵³. En su opinión, las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad se diferencian en que la pena pueda desplegar un efecto inhibitorio o no. Si ésta puede producir inhibición, según esta postura, se trata de supuestos de justificación, y éste es el caso tanto en todo el ámbito del estado de necesidad como en la legítima defensa.

Frente a ello, sin embargo, Cerezo Mir⁵⁴ y Küper⁵⁵ han demostrado que este criterio de delimitación es inadecuado. Prescindiendo de que los límites de la justificación no son un problema exclusivamente jurídico-penal, precisamente en los casos de legítima defensa y de estado de necesidad podría faltar el efecto inhibitorio de la pena. Sobre todo, el punto de partida criticado conlleva que, si bien la incapacidad de culpabilidad y el error de prohibición inevitable excluyen sólo la culpabilidad, los casos en los que la presión de motivación de una situación de estado de necesidad no excluye la culpabilidad por completo, sino tan sólo la rebaja a una cuantía que ya no es suficiente para el reproche jurídico de culpabilidad, se ven elevados a la categoría de causas de justificación. Esto, sin embargo, invierte de modo evidente el orden jerárquico que corresponde a la situación material.

Los problemas de la teoría de la diferenciación en el Derecho penal español están relacionados con el tenor literal del art. 8º nº. 7 CP, que precisamente no realiza diferenciación alguna. Ya Antón Oneca demostró inmediatamente después de entrar en vigor este precepto que su redacción es demasiado amplia respecto de

51 En este sentido, expresamente, KERN (nota 1), pp. 257; MEZGER (nota 45), acotación 101 previa al § 51 (pp. 353 y s.); ARTHUR KAUFMANN (nota 1), pp. 335 y s., 346 y s.

52 Cfr. LENCKNER, *Notstand* (nota 1), pp. 22 y s.; ídem en: SCHÖNKE / SCHRÖDER, nota previa al 32 y ss., nº marg. 8; HIRSCH, LK nº marg. 18 previo al § 32.

53 GIMBERNAT ORDEIG, *Der Notstand. Ein Rechtswidrigkeitsproblem*, *Welzel-Festschrift*, 1974, p. 485.

54 CEREZO MIR, *Grundlage un Rechtsnatur des Notstands im spanischen Strafgesetzbuch*, *Hilde Kaufmann-Gedächtnisschrift*, 1986, pp. 689, 691 y ss.

55 KÜPER, *Der entschuldigende Notstand - ein Rechtfertigungsgrund*, *JZ*, 1983, pp. 88, 89 y ss.

aquellos casos que conforme a la teoría de la diferenciación habría que calificar de estado de necesidad exculpante⁵⁶.

En Alemania, entretanto, la teoría de la diferenciación se ha impuesto con claridad también en el ámbito de la legislación, que desde la reforma de la Parte General distingue expresamente dentro del estado de necesidad⁵⁷.

c) En cambio, no tuvo éxito la *teoría de la responsabilidad por el hecho*, defendida en el tratado de Maurach⁵⁸ y por Bacigalupo⁵⁹, según la cual se incluye un escalón valorativo adicional entre la antijuridicidad y la culpabilidad denominado “responsabilidad por el hecho”. Como es sabido, se sostiene que este escalón a diferencia de la culpabilidad significa una desaprobación que no implica un reproche personal y meramente indica el incumplimiento de las facultades jurídicamente presumidas del hombre medio. Según esta tesis, ha de excluirse la concurrencia de esta categoría en aquellos casos en los que no puede imputarse el injusto al autor por haber realizado su acción bajo condiciones que convierten en *inexigible* para todos el comportamiento conforme a Derecho. Como “causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho” se enuncian, especialmente, los casos del estado de necesidad (§ 35 *StGB*)

56 ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, pp. 266, 271 y s.

57 Cfr. los §§ 34 y 35 *StGB* [*].

[*] El § 34 *StGB* dispone: *Estado de necesidad justificante*. Quien estando en una situación de peligro actual para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, y no pudiéndose conjurar el peligro de otro modo, comete un hecho para apartar el peligro de él o de otro, no actúa antijurídicamente si al ponderarse los intereses en conflicto, especialmente los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que les amenazan, es esencialmente superior el interés preservado al interés que queda afectado. Sin embargo, lo anterior sólo rige si el hecho es un medio adecuado para conjurar el peligro.

El § 35 *StGB* dispone: *Estado de necesidad exculpante*. (1) Quien en caso de un peligro actual para la vida, la integridad corporal o la libertad, que no puede ser eliminado de otro modo, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de él, de un pariente o de otra persona cercana a él, actúa sin culpabilidad. Lo anterior no rige si según las circunstancias del caso podía exigirse al autor que soportase el peligro, especialmente por haber sido él mismo quien lo había causado o por encontrarse en una relación jurídica especial; no obstante, la pena puede atenuarse conforme a lo dispuesto en el § 49, párr. 1º, cuando el autor no tenía obligación de soportar el peligro en atención a una relación jurídica especial. (2) Si el autor supone por error la concurrencia de circunstancias que de acuerdo con el párrafo 1º lo hubiesen exculpado, sólo será penado cuando hubiese podido evitar el error. La pena se atenuará conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1º (N. del T.).

58 MAURACH / ZIPF, *Allgemeiner Teil*, t. 1, pp. 177 y s., 423 y s., 425 y ss. 444 y ss., siguiendo a MAURACH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª edición 1971, pp. 156, 377 y s., 379 y ss., e ídem, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, 1948, pp. 36 y ss.

59 BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal español*, 1985, pp. 89 y ss., 93; ídem, *Unrechtsminderung und Tatverantwortung im Strafrecht*, 1989, p. 459.

y del exceso en la legítima defensa (§ 33 *StGB*)⁶⁰, que la doctrina dominante incluye dentro de las causas de exculpación.

El rechazo de esta teoría está justificado. El hecho de que los casos de inexigibilidad estén regulados conforme a un “método *standard*” no afecta a la constatación de que desde el punto de vista material de todos modos se trata de la culpabilidad. Al igual que aquellos otros criterios que también la teoría de la responsabilidad por el hecho ubica en la culpabilidad, los casos de inexigibilidad afectan a la cuestión acerca de si el autor que obró antijurídicamente pudo motivarse conforme a Derecho. Y que en el ámbito de la inexigibilidad lo decisivo sea un criterio de promedio, no es un argumento a favor, sino un argumento adicional en contra de la autonomía de un escalón valorativo previo a la culpabilidad; mientras que respecto de aquel autor que –también de acuerdo con la teoría de la responsabilidad por el hecho– carece del elemento “culpabilidad” por regla general se produce una exclusión total de la culpabilidad, en el caso de la inexigibilidad se trata de una culpabilidad que tan sólo se halla fuertemente disminuida, de modo que ya no basta para formular un reproche jurídico. Por consiguiente, supondría una inversión de la jerarquía de los escalones valorativos del delito si se asignasen los casos de inexigibilidad –que frecuentemente se interpretan a través del punto de vista de la “indulgencia” del Derecho– a un escalón valorativo más favorable para el autor que la incapacidad de culpabilidad por trastornos mentales y el error de prohibición inevitable. Por lo demás, es un postulado de la lógica que la posibilidad de conocer el injusto se trate antes, y no después, de la cuestión acerca de si se ha obrado –y en qué medida– conforme a ese conocimiento⁶¹.

d) Hasta el momento, se ha tratado la delimitación entre exculpación e injusto y el problema de un ulterior escalón valorativo a ubicar entre la culpabilidad y el injusto; las siguientes consideraciones han de referirse al problema opuesto: ¿cuál es la situación respecto de la *delimitación* frente a la categoría siguiente de las *causas de exclusión de la pena y de las reglas preventivas relativas a las consecuencias jurídicas*?

Este punto ha adquirido relevancia, sobre todo, debido a la opinión de Roxin de que en las causas de exculpación han de tenerse en cuenta criterios políticos- criminales. Según Roxin, la razón de la impunidad que conlleva el estado de necesidad estriba ante todo en que “autor no necesita de punición desde la perspectiva de la

60 El § 33 *StGB* dispone: *Exceso en la legítima defensa*. Si el autor se excediese de los límites de la legítima defensa por estar desconcertado, por miedo o terror, no será penado (N. del T.).

61 Cfr. la fundamentación más exhaustiva del rechazo realizada por ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 159 y ss.; HIRSCH, LK, n° marg. 174 previo al § 32; JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, pp. 404 y s.; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, 3ª edición 1978, p. 348, LENCKNER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, nota previa al § 13 y ss., n° marg. 109; STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, n° marg. 512 y s.

prevención especial, al estar socialmente integrado, y no necesita punición preventivo-general porque el carácter excepcional de estas configuraciones de los supuestos de hecho convierte en superflua la sanción de la desviación del comportamiento normal en interés de la generalidad, y porque el hombre medio, no preparado para ‘actuar en peligro’, de todos modos difícilmente tendría en cuenta la norma y se motivaría por ella⁶². En esta frase se manifiesta la doctrina de Roxin respecto de la relación entre culpabilidad y prevención. De acuerdo con su postura, la culpabilidad no es, como lo es en la rechazable concepción de Jakobs, un mero derivado de la prevención. Pero la afirmación de la culpabilidad para Roxin se hace bajo la reserva de la así llamada “responsabilidad”, a través de la cual pretende corregir la culpabilidad, determinada en el sentido de “poder obrar de otro modo”, con base en las necesidades de prevención especial y general⁶³.

Sin embargo, la opinión dominante en la bibliografía alemana rechaza una amalgama de culpabilidad y prevención. Bien es cierto que a la postura de Roxin le corresponde el mérito de haber puesto en movimiento la teoría de la culpabilidad, pero se expone –como han aducido acertadamente Jescheck, Lenckner y otros autores⁶⁴– a la objeción de que se confunden causa y consecuencia. Los criterios de prevención no son la causa de exculpación, sino la consecuencia de que no concurre culpabilidad jurídicamente relevante. En realidad, el mismo Roxin caracteriza esta situación en la cita anteriormente mencionada al decir que el hombre medio, que no está formado para actuar en situaciones de peligro, difícilmente podría motivarse por la norma. Aunque Roxin, de manera menos radical que Jakobs, utilice la prevención tan sólo como elemento de corrección de la culpabilidad, de este modo vincula dos categorías completamente distintas. Mientras que la culpabilidad se refiere al hecho, es decir, a algo que se encuentra en el pasado, la prevención, que él introduce en este ámbito, tiene el hecho como presupuesto y se proyecta hacia el futuro.

También Bernsmann subraya la necesidad material de separar culpabilidad y prevención en su escrito de habilitación recientemente publicado sobre la “*excul-*

62 ROXIN, “Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien, *Henkel-Festschrift*, 1974, pp. 171, 183.

63 Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik und strafrechtssystem*, T edición 1973, pp. 33 y ss.; ídem (nota 58), pp. 181 y ss.; ídem (nota 34) pp. 279 y ss.; ídem, *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, ZStW 96 (1984), p. 641, e ídem. *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?*, SchwZStR 104 (1987), p. 356.

64 JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, pp. 384 y s.; LENCKNER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, nota preliminar a los §§ 13 y ss., n° marg. 117; STRATENWERTH. *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, pp. 30 y ss.; ídem, *Allgemeiner Teil I*, n° marg. 513; MAURACH / ZIPE, *Allgemeiner Teil*, 1.1, pp. 416 y ss.; cfr. también HIRSCH, LK, n° maig. 170 previo al § 32; ídem, *Köln-Festschrift* (nota 28), pp. 417 y ss.; ídem, en: HIRSCH/WEIGEND (nota 28), pp. 65, 75 y s.

pación por estado de necesidad”⁶⁵. Sin embargo, de acuerdo con su postura, todos aquellos casos en los que el autor que obra en estado de necesidad “(ya) no está atemorizado o (ya no se encuentra) en el intervalo, que también es relativamente corto, de la reacción secundaria frente a la catástrofe”, sino en los que, por el contrario, concurre una situación de necesidad “meditada” respecto de la vida o la integridad física, no son supuestos de exculpación, sino casos de aplicación de una causa de exclusión de la pena⁶⁶. Esto lo fundamenta afirmando⁶⁷ que en estos casos es extremadamente dudoso, por regla general, que concorra una presión emocional que afecte esencialmente a la motivación del autor. La “libertad” comparativamente grande de que dispone en estos casos el autor que obra en estado de necesidad, según Bernsmann, demuestra que desde luego cabe exigirle al autor en mucho mayor medida que evite el injusto que realiza, por ejemplo, que en casos de hechos de salvación producidos en una reacción de huida. De acuerdo con esta opinión, ha de concedérsele relevancia a la interdependencia entre la medida de injusto y culpabilidad aún con mayor razón teniendo en cuenta que, de acuerdo con el § 35 *StGB*, el injusto de la acción realizada en estado de necesidad que desplaza el peligro puede ser prácticamente ilimitado desde el punto de vista cuantitativo. Por estas razones ha de excluirse, siempre según Bernsmann, la exculpación. Por el contrario, la categoría de las causas de exclusión de la pena ofrece una ubicación adecuada, ya que la impunidad de estos hechos cometidos en estado de necesidad deriva de la falta de competencia para penar del Estado respecto de aquellos hechos destinados a la autoconservación⁶⁸.

Sin embargo, este razonamiento no resulta convincente. Es, desde luego, cometido del Estado el de proteger a través del Derecho Penal a los ciudadanos frente a que el individuo lleve a cabo su actuación dirigida a su autoconservación de modo ilimitado a costa de otros. Sólo en aquellos casos en los que una presión motivacional extrema adquiere relevancia por regla general, entra en consideración la impunidad, con lo que se arriba de nuevo a la cuestión de la exculpación. Si se considera que los puntos de partida empíricos que están en la base del § 35 *StGB* son incorrectos, la alternativa no es la de reinterpretarlo en el sentido de una causa de exclusión de la pena, sino la de plantear la exigencia de formular de *lege ferenda* la causa de exculpación de un modo más estricto y de prever respecto de los casos que deban ser excluidos meramente una atenuación de la pena basada en una disminución de la culpabilidad. Creo que ello debería tomarse en consideración en aquellos casos en los que el autor que obra en estado de necesidad, sin que concurren terror

65 BERNSMANN, “Entschuldigung” durch Notstand: Studien zu § 35 *StGB*, 1989, pp. 377 y ss.

66 BERNSMANN (nota 61), pp. 374, 380.

67 BERNSMANN (nota 61), pp. 165 y ss., 374 y ss.

68 BERNSMANN (nota 61), p. 382.

o pánico, supere de modo considerable a su favor el límite de la equivalencia de los intereses enfrentados⁶⁹.

Estas consideraciones demuestran simultáneamente lo siguiente: en todos aquellos casos que afectan al lado volitivo de la culpabilidad, se trata del ámbito de la exculpación en sentido estricto o, en su caso, de la disminución de la culpabilidad. Si el legislador se decide a favor de la exculpación, de *lege lata* ha de respetarse esta decisión, aunque a la hora de determinar la medida de culpabilidad que debe considerarse como jurídicamente irrelevante haya partido de suposiciones empíricas que no estén exentas de puntos dudosos. Y ello aún con mayor razón teniendo en cuenta que mientras se trate tan sólo de dudas que afectan a la corrección de estas suposiciones, procede la regulación más favorable para el autor.

A diferencia de la exculpación, las causas de exclusión de la pena tan sólo se refieren a criterios que con independencia de que se hayan constatado los tres elementos generales del delito impulsan al legislador, con base en consideraciones específicas de política del Estado o criminal, a prever un ulterior obstáculo de excepción a la generación o a la existencia del *ius puniendi*⁷⁰.

Además, esta diferencia material no se tiene en cuenta de modo suficiente en el Derecho penal alemán en las causas de exclusión reguladas en la Parte Especial. En contra de la opinión dominante⁷¹, en ciertos casos no se trata de meras causas de exclusión de la pena, sino de causas de exculpación específicas: en el caso de la impunidad del autoencubrimiento personal mediato (§ 258 párr. 5° *StGB*) y en los casos del privilegio de los familiares en el encubrimiento (§ 258 párr. 6° *StGB*) así como en la omisión de denunciar hechos delictivos que otros se han propuesto co-

69 También llama la atención el hecho de que los casos que exceden de la equivalencia no juegan un papel importante en la práctica (cfr. las referencias jurisprudenciales en HIRSCH, LK § 35 n° marg. 63). Además, la mayoría de las leyes pedales extranjeras trazan el límite -en parte, con algunas modificaciones- en la equivalencia: cfr. por ejemplo, el § 37 del C.P. japonés, art. 23 § 1 del C.P. polaco, art. 44 n° 2 del C.P. portugués, art. 8 n° 7 de C.P. español, y también el art. 54 del C.P. italiano.

70 En derecho alemán, son meras causas de exclusión de la pena (incluyendo las causas de revocación de la pena), especialmente la inmunidad de los diputados (art. 46 párr. 1° GG [*] § 36 *StGB*), el desistimiento de la tentativa que libera de pena (§ 24 *StGB*), el arrepentimiento activo en casos de incendio (§ 310 *StGB*), el ejercicio de la facultad de elegir conforme al § 139, párr. 4° *StGB* en aquellos casos en los que en el momento del ejercicio la denuncia del delito que el autor había omitido hasta ese momento ya no llegase a tiempo (de otro modo falta ya la tipicidad); el privilegio de edad en las relaciones sexuales entre familiares (§ 173 párr. 3° *StGB*) y la prueba de la verdad en casos de difamación (§ 186 *StGB*), Cfr. en detalle respecto de esto HIRSCH, LK, n° marg. 213 y ss. previos al § 32.

(*) Grundgesetz, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (N. del T.).

71 Cfr. las referencias a la jurisprudencia y a la bibliografía en LACKNER, *StGB*, §139, nota 3, § 258, notas 7 y 8.

meter (§ 139, párr. 3º, inc. 1 *StGB*)⁷². En todos estos casos lo decisivo es que a causa de la presión motivacional extrema que pesa sobre el autor, la culpabilidad se halla reducida hasta una medida jurídicamente irrelevante. No es causal que también ciertos representantes de la doctrina dominante consideren que han de aplicarse a estos casos las reglas de error que rigen respecto de las causas de exculpación⁷³, a pesar de que en las meras causas de exclusión de la pena, al mismo que en las condiciones objetivas de punibilidad, el error tendría que ser irrelevante.

Con estas consideraciones concluyo la reflexión respecto de la ubicación de la exculpación en el sistema del delito.

V

El hecho de que haya de distinguirse entre justificación y exculpación conduce a la ulterior cuestión acerca de cuáles son los principios con base en los cuales debe determinarse si se trata de una causa de justificación o de exculpación.

1. Bacigalupo ha subrayado con razón que la atribución a la categoría de la justificación generalmente no tiene lugar con base en principios teóricos generales derivados de la esencia del injusto, sino teniendo en cuenta los efectos jurídicos que parecen ser materialmente adecuados⁷⁴. En muchos casos, el legislador mismo indica expresamente que debe quedar excluida la antijuridicidad, como sucedía en el caso alemán ya anteriormente en el BGB⁷⁵ y desde la reforma del Derecho Penal también en el *StGB*⁷⁶.

Los principios de la justificación establecidos por la doctrina sirven por ello ante todo para la explicación teórica a posteriori de los casos que ya están atribuidos –por la evolución jurídica y en parte también de manera expresa por el legislador– al ámbito de la justificación; sin embargo, también deben hacer posible, puesto que no se trata de un catálogo cerrado, el desarrollo de nuevas causas de justificación. Existen en el momento actual entre nosotros teorías monistas, especialmente el principio del “interés, bien jurídico o valor preponderante en el caso concreto”⁷⁷

72 Cfr. JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, pp. 424, 455; JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, p. 282; HIRSCH, LK, n° marg. 197, 198, 215 previos al § 32 con ulteriores referencias.

73 Así, por ejemplo, LENCKNER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, nota preliminar a los §§ 32 y ss., n° marg. 132; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 16 n° marg. 34, con ulteriores referencias.

74 BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, pp. 127 y ss., 131.

75 *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil alemán (N. del T.).

76 Cfr. los §§ 227, 228, 229, 904 BGB y los §§ 32, 34 *StGB*.

77 En este sentido, SEELMANN, *Das Verhältnis Von § 34 zu anderen Rechtfertigungsgründen*, 1978, p. 32.

o sencillamente el principio de la “ponderación valorativa”⁷⁸. Como teoría plural tiene defensores la combinación realizada por Mezger de los principios de “la falta de interés y del interés preponderante”⁷⁹.

El hecho de que los principios enunciados por estas teorías son demasiado genéricos y formales para poder extraer de ellos conclusiones concretas constituye la razón por la que hasta el momento han resultado poco fructíferos. Además, a causa de la tipificación del estado de necesidad justificante en el §34 *StGB*, en Alemania ha disminuido mucho la importancia de los intentos de obtener por medio de la creación de principios generales de la justificación las fuentes de nuevas causas de justificación. Por ello, la doctrina actualmente dominante renuncia a partir de principios generales de la justificación⁸⁰.

Ello no significa, sin embargo, que el ámbito de la justificación haya de ser determinado de modo irracional. Por el contrario, son decisivos los siguientes requisitos: tiene que tratarse de causas que hacen que un comportamiento, a pesar de ser típico, excepcionalmente se encuentre de acuerdo con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Esta compatibilidad excepcional concurre, especialmente, cuando la ponderación de los intereses enfrentados lleve a la conclusión de que es preponderante el interés defendido por el autor, de tal modo, que el afectado ha de tolerar el comportamiento típico. En la ponderación deben tenerse en cuenta todos los criterios relevantes para la correspondiente situación de colisión en su relevancia jurídica. Además, la conclusión que se obtenga de la ponderación habrá de ser controlada en cuanto a su proporcionalidad jurídica con ayuda de la prueba de la legítima defensa.

La multiplicidad y las diferencias de contenido que caracterizan a los criterios de ponderación a tener en cuenta en las diversas situaciones de colisión se han manifestado entretanto con especial claridad en la interpretación del nuevo §34 *StGB*⁸¹ antes citado, y son de modo evidente la razón por la que a la hora de establecer principios de la justificación no se ha llegado más allá de las fórmulas indeterminadas antes mencionadas.

2. En lo que se refiere a la cuestión de los *principios de la exculpación*, en este ámbito son el elemento intelectual y el elemento volitivo de la culpabilidad los que

78 NOLL, *Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, ZStW 77 (1965), pp. 1, 9.

79 Siguiendo a MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3ª edición 1949, pp. 204 y ss., especialmente LENCKNER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, nota preliminar a los §§ 32 y ss. n° marg. 7.

80 BAUMANN / WEBER, *Allgemeiner Teil*, p. 276; HIRSCH, LK, n° marg. 48 previo al § 32; JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, pp. 286 y ss.; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, p. 292; MAURACH / ZIPF, *Allgemeiner Teil*, 1.1, pp. 381 y ss., STRATENWERTH, *Prinzipien der Rechtfertigung*, ZStW 68 (1956), p. 41.

81 Cfr. HIRSCH, LK, § 34 n° marg. 3.

configuran los criterios rectores. Se trata de determinar –como ya se ha expuesto– cuándo excepcionalmente queda excluido que el ciudadano pueda reconocer el injusto al cometer el hecho y comportarse conforme a ese conocimiento o cuándo esa facultad queda reducida a una medida jurídicamente irrelevante.

a) En este ámbito existe un mayor *margen de valoración* que en la justificación. En esta última, se trata de decidir jurídicamente ciertas situaciones de colisión a favor de una de las dos partes, de modo que aquello que se le conceda en demasía a una de las partes grava a la otra. Por el contrario, en la exculpación la perspectiva se dirige de modo acentuado sobre la persona a favor de la cual ha de producirse la exculpación. Puesto que en la práctica no puede constatarse *in concreto* y con precisión si concurre o no la posibilidad de comportarse de acuerdo con la norma, la legislación está obligada a tipificar situaciones anómalas en las que el autor se halla sometido a una especial presión psíquica. Como ya se ha dicho, a la hora de realizar esta tipificación debe guiarse por el límite de la presión que puede tolerar el ciudadano medio. Ello conduce a que el legislador disponga en este ámbito de un margen de valoración. En este sentido, por ejemplo, el Derecho alemán llega más lejos en algunos puntos de la exculpación que otros ordenamientos jurídicos. Esto no sólo se refiere al catálogo actual de casos de incapacidad de culpabilidad (§ 20 *StGB*)⁸², sino también a la superación del límite de la equivalencia en el estado de necesidad exculpante (§ 35 *StGB*)⁸³. Por lo demás, en Alemania se parte de la base de que el legislador en el ámbito de los delitos dolosos de comisión ha hecho uso de modo concluyente de su discrecionalidad legislativa⁸⁴. Sólo como válvula de emergencia se reconoce adicionalmente un estado de necesidad suprallegal exculpante⁸⁵.

Todo ello, sin embargo, no significa que el ámbito de la culpabilidad del Derecho Penal esté en gran medida a disposición del legislador. Va de suyo que el legislador debe respetar los dos elementos de la culpabilidad, de modo que, por ejemplo, una ley que considere irrelevantes el error de prohibición o el estado de necesidad exculpante infringe gravemente el principio de culpabilidad. A la inversa, se superan los límites dentro de los cuales puede producirse la exculpación si un legislador pier-

82 Que desde 1974 ha quedado ampliado a otras perturbaciones.

83 También el exceso en legítima defensa, regulado en el § 33 *StGB* es más favorable al autor que las regulaciones en algunos otros Estados. Cfr., por ejemplo, art. 55 del CP italiano, art. 8 n° 10, art. 9 n° 1 y 8 del C.P. español, art. 39 n° 17, art. 378 del C.P. portugués.

84 Cfr. por la doctrina absolutamente dominante LENCKNER, en: SCHÖNKE/SCHRÖEDER, nota preliminar a los § 32 y ss., n° marg. 119, 124 con ulteriores referencias.

85 Cfr. respecto de sus presupuestos y de su clasificación como causa de exculpación DREHER / TRÖNDLE, *StGB*, n° marg. 15 previo al § 32; HIRSCH, LK, n° marg. 200 y ss. previos al § 32; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, pp. 453 y s.; LENCKNER, en: SCHÖNKE/SCHRÖEDER, nota preliminar a los §§ 32 y ss., n° marg. 115 y ss.; RUDOLPHI, SK, n° marg. 8 previo al § 19 respectivamente, con ulteriores referencias.

de totalmente de vista, por ejemplo, en el ámbito del estado de necesidad, el punto de referencia de la presión de motivación y considera prescindible la limitación a la persona que se encuentra en la situación de necesidad o a una persona estrechamente vinculada a aquella⁸⁶.

b) Respecto de los principios de la exculpación es de especial interés la cuestión acerca de si la *teoría objetiva del estado de necesidad* que se toma como base del estado de necesidad exculpante es adecuada al sistema. El legislador alemán entretanto ha reforzado adicionalmente esta teoría con la introducción de la regulación del error en el § 35 párrafo 2° *StGB*. Si se considera la cuestión desde la perspectiva de la presión en la motivación, a primera vista parece que son mejores las razones que asisten a la teoría subjetiva; pues a efectos de esa presión es indiferente que haya sido generada por un supuesto de hecho de estado de necesidad objetivamente concurrente o tan sólo representado por error. Como es sabido, se escribió mucho sobre esta cuestión en los años veinte⁸⁷. Sin embargo, la constelación que resulta crítica para la teoría subjetiva es el error *evitable*.

Realizando un análisis más detallado, también cabe acomodar perfectamente la teoría objetiva al concepto de culpabilidad. Esta teoría tan sólo fija el caso básico, que, como es natural, consiste en que la presión en la motivación se genera en una situación de necesidad que concurre de hecho. Ello, sin embargo, no supone una decisión definitiva respecto del conjunto del ámbito de la presión de motivación que debe ser tenida en cuenta. Por el contrario, queda la posibilidad de tener en cuenta esta presión también en caso de error, pero precisamente sólo cuando el error es inevitable. Por tanto, la distinción entre el estado de necesidad que concurre efectivamente y la suposición errónea de éste hace posible una ubicación sistemática del error adecuada a la materia.

La doctrina dominante entre nosotros explica el fundamento objetivo del estado de necesidad exculpante con base en una disminución del injusto vinculada a la concurrencia de los presupuestos objetivos del estado de necesidad⁸⁸. Natural-

86 Respecto de los problemas que esto ha planteado en el Derecho Penal español (art. 8 n° 7 CP), cfr. CERZO MIR (nota 51), pp. 689, 690 y ss.; y PERRON, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, 1988, pp. 191 y ss. También en Japón tal regulación del estado de necesidad (§ 37 C.P. japonés) ha generado grandes problemas de interpretación que han motivado amplias discusiones.

87 A favor de esta teoría subjetiva, por ejemplo, ZIMMERI, *Zur Lehre vom Tatbestand*, 1928, p. 68 y RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-Festgabe*, 1930, pp. 158, 166; aún hoy SCHMIDHÄUSER, *Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, pp. 240 y s., 248 y s.

88 ARMIN KAUFMANN (nota 57), pp. 156 y ss.; WELZEL, *Strafrecht*, pp. 178 y s.; HIRSCH, LK, n° marg. 183 previo al § 32, § 35 n° marg. 4; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, pp. 430 y s.; LENCKNER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER nota preliminar a los §§ 32 y ss., n° marg. 111; RUDOLPHI, SK, n° marg. 6 previo al §19, § 35 n° marg. 3; STRATENWERTH, *Allgemeiner*

mente, esto no debe entenderse en el sentido de un saldo entre los resultados. Si A salva su vida matando a B, quien no ha intervenido de ningún modo en la situación, no cabe compensación alguna, y aún mucho menos si –como cabe imaginar siguiendo la amplia redacción del § 35 *StGB*– incluso sacrifica varias vidas ajenas. Por el contrario, la disminución del injusto ha de apreciarse en que se actúa para salvar un bien jurídico individual fundamental en una situación de necesidad que no puede ser resuelta de otro modo. Se trata, por tanto, de una disminución del injusto de *acción*⁸⁹. Como se recordará, este punto de vista se exasperó por parte de algunos detractores en la antigua discusión acerca del concepto personal de injusto hasta sostener que la teoría personal del injusto debería coherentemente excluir completamente el injusto de acción en los casos de estado de necesidad exculpante⁹⁰. Aunque esto era exagerado, sí es cierto que existe una disminución del injusto a la que se vincula la presión sobre la motivación. Esto también queda confirmado en aquellos casos en los que ciertos titulares de deberes jurídicos quedan excluidos del estado de necesidad exculpante. La presencia del deber jurídico hace decaer la necesaria disminución del injusto⁹¹.

Lo que acaba de exponerse respecto del estado de necesidad exculpante rige respecto de todo el ámbito del elemento volitivo de la culpabilidad. Por ello, la teoría dominante afirma con razón que cabe aplicar por analogía la regulación del error del §35 párrafo 2° *StGB* fuera del ámbito del estado de necesidad putativo⁹².

VI

Han de tratarse aún algunos *problemas de delimitación* de justificación y exculpación.

1. En la *teoría* de la imprudencia existe últimamente una tendencia que, a diferencia de la opinión dominante⁹³ en el tipo de injusto del delito imprudente no

Teil I, n° marg. 601, Vogler, *Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht*, GA 1969, pp. 103, 104.

89 Cfr., por ejemplo, WELZEL, *Strafrecht*, pp. 178 y s.; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, pp. 430 y s.; HIRSCH, LK n° marg. 183 previo al § 32, § 35 n° marg. 4.

90 Cfr. respecto de la discusión de esa época la exposición en WELZEL, *Strafrecht*, pp. 140 y s. 178 y s. (con referencias) y p. 42.

91 Cfr. al respecto HIRSCH, LK, n° marg. 183 previo al § 32, § 35 n° marg. 47, 53.

92 CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖEDER, § 16, n° marg. 31; HIRSCH, LK, n° marg. 188, 208 previos al § 32, § 35 n° marg. 79; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, p. 458; SCHRÖEDER, LK § 16 n° marg. 59 con ulteriores referencias.

93 Son representantes de la opinión dominante, entre otros: WELZEL, *Strafrecht*, pp. 127 y ss., 175 y s.; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, pp. 509 y s. con nota 14; MAURACH/ZIPF, *Allgemeiner Teil*, pp. 211 y s.; SCHRÖEDER, LK § 16 n° marg. 144 y s.; ARMIN KAUFMANN, *Zum Standes der*

toma como criterio decisivo la infracción objetiva del deber de cuidado, sino exige la capacidad individual de evitación⁹⁴. Según esta postura, sólo a quien individualmente es capaz de obedecer el mandato normativo se le puede imputar como injusto de comportamiento el no haber evitado el resultado. Sin embargo, a esta teoría se le ha objetado con razón que conduce a un retomo a la obsoleta teoría de los imperativos, que elimina la distinción entre injusto y culpabilidad⁹⁵.

No tiene en cuenta que el injusto se refiere a la contradicción de las instrucciones de comportamiento generales que regulan el orden de la vida social. No se trata en este ámbito de la motivabilidad individual, sino tan sólo de la motivabilidad general por las normas jurídicas. En contra de la opinión sostenida por los representantes de esta teoría subjetivista de la imprudencia, además, es perfectamente posible llevar a cabo una delimitación entre la infracción objetiva del deber de cuidado y la capacidad individual de evitación. El argumento de que es necesaria la individualización porque el criterio de los círculos de vida es demasiado aproximativo, es radicalmente incorrecto, pues el punto de orientación tiene que estar constituido por la igualdad del nivel de riesgo dentro de las correspondientes modalidades de comportamiento social. Por tanto, para enjuiciar cualquier comportamiento es necesario un criterio objetivo que parta de esta base⁹⁶.

2. Otro problema de delimitación entre injusto y culpabilidad se ha generado al aparecer en la legislación algunos términos en los que *confluyen ambos planos valorativos*. Son ejemplos de esto los elementos “maliciosamente”, “sin escrúpulos” y “motivos abyectos”⁹⁷. En este ámbito, es cometido de la doctrina y de la práctica jurídica escindir estos conceptos en su lado de injusto y de culpabilidad y además

Lehre vom personablen Unrecht, Welzel-Festschrift, 1974, pp. 393, 404 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltpflichtverletzung. Schaffstein-Festschrift* 1975, p. 129; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA. 1975, pp. 435, 436 y ss.; HIRSCH (nota 20), pp. 266 y ss.

94 En este sentido, STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, n° marg. 1096 y ss.; ídem, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jescheck-Festschrift*, 1985, p. 285; JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, pp. 258 y ss.; ídem *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 48 y ss., 55 y ss.; similar también GÖSSEL, *Norm und fahrlässiges Verbrechen, Bruns-Festschrift*, 1978, pp. 43, 51 y s.; SAMSON, SK anexo al § 16, n° marg. 13 y ss.

95 Cfr. SCHÜNEMANN (nota 88), pp. 511, 513 y s., 516; ídem. *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?, Schaffstein-Festschrift*, 1975, pp. 159, 160 y ss.

96 Mas exhaustivamente a este respecto HIRSCH (nota 20) pp. 266 y ss.

97 El elemento “maliciosamente” aparece en los §§ 90a parr. 1° n° 1, 130 n° 3, 223 b párr. I° *StGB*; ha sido eliminado del § 134 *StGB*, y el § 170 a *StGB*, que también lo contenía, entretanto ha sido suprimido por completo. Antes el § 170 d *StGB* hablaba de un comportamiento “sin escrúpulos”, y el § 170 e *StGB*, que recogía este mismo elemento, ha sido eliminado. El elemento “motivos abyectos” fue introducido en el año 1941 en el § 211 *StGB*.

indicar al legislador que debe facilitar el manejo de la ley a través de una terminología más precisa⁹⁸. El elemento “sin escrúpulos” ha vuelto a ser eliminado entretanto.

3. Aún no ha finalizado por completo la discusión acerca de la clasificación de los casos de equivalencia de la *colisión de deberes*. Hay otras ponencias que se ocuparán de esta problemática; en mi opinión, no existe aparte de la colisión de deberes justificante una ulterior categoría de la colisión de deberes exculpante, sino que, por el contrario, ha lugar a la justificación en los casos de equivalencia de los deberes de actuación contrapuestos⁹⁹. Ello deriva de las diferencias materiales entre el estado de necesidad y la colisión de deberes. Cuando se produce la colisión entre dos mandatos de acción equivalentes –aunque ambos vayan dirigidos a la salvación de una vida humana– el ordenamiento jurídico obliga al destinatario de la norma a decidirse a favor de uno de los dos mandatos. No es contradictorio con lo expuesto respecto de los principios de la justificación que se estime que en este caso basta la equivalencia; pues la ponderación a la que se hizo alusión allí en este ámbito no se limita a ponderar los contenidos de los deberes, sino que incluye todos los criterios que se contraponen de lado del autor y de la víctima. Por ello, ha de tenerse en cuenta tanto el mencionado punto de vista según el cual objetivamente sólo es posible cumplir uno de los dos mandatos equivalentes, como la circunstancia de que la víctima en estos casos no puede exigir que la colisión se decida a costa del otro afectado¹⁰⁰.

98 Más exhaustivamente a este respecto JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, pp. 425 y s.; STRATENWERTH, *Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale*, V. Weber-Festschrift, 1963, p. 171; WELZEL, *Strafrecht*, pp. 79 y s.

99 También llegan a la solución de la justificación en los casos de equivalencia: ARMIN KAUFMANN (nota 57), pp. 137 y s.; WELZEL, *Strafrecht*, p. 219; BAUMANN/WEBER, *Allgemeiner Teil*, pp. 353 y s.; HRUSCHKA, *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, Dreher, Festschrift, 1977, pp. 189, 192 y ss.; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkoziwischen Rechtfertigung und Entschuldigung*, JuS 1987, pp. 81, 88; LACKNER, *StGB*, § 34 nota 4; LENCKNER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, nota preliminar a los §§ 32 y ss., n° marg. 73; ídem. *Der Grundsatz der Guterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung*, GA 1985, pp. 295, 304 y s.; MAURACH / ZIPE, *Allgemeiner Teil*, 1.1, pp. 379 y s.; OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil* 1978, pp. 18 y ss.; SAMSON, SK, § 34 n° marg. 29; STRATENWERTH, *Allgemeiner Teil I*, n° marg. 471; WELZEL, *Strafrecht*, p. 219; WESSELS, *Allgemeiner Teil*, pp. 233 y s. Por el contrario, son partidarios de la exclusión de la culpabilidad: GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldaußschließungsgrund*, Mezger-Festschrift, pp. 311-331 y ss.; JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, pp. 329 y s.; DREHER / TRÖNDLE, *StGB*, n° marg. 11 previo al § 32.

100 Más detalladamente respecto de esta cuestión HIRSCH, LK, n° marg. 72 y s. previos al § 32. En esta discusión también parece ser relevante que la postura doctrinal que tan sólo admite exculpación mezcla casos que han de incluirse en el *estado de necesidad* exculpante (supralegal), por concurrir un *actuar* dirigido contra un bien jurídico, con los de la colisión de deberes, es decir, con la omisión en caso de colisión de dos mandatos de actuar; cfr. JESCHECK, *Allgemeiner Teil*, p. 453 (casos de sanatorio).

VII

Como conclusión cabe *resumir* es necesario, posible y de gran relevancia práctica la construcción de un sistema de la teoría del delito que distinga en dos planos la justificación y la exculpación. El sistema desarrollado por la doctrina, en principio, es independiente del contenido y de la antigüedad de la codificación vigente en un ordenamiento jurídico. De acuerdo con los parámetros científicos, no existe una dogmática jurídico-penal italiana, portuguesa, española o alemana, sino tan sólo una dogmática completa o parcialmente correcta o, por el contrario, errónea¹⁰¹. Los conocimientos obtenidos por la dogmática jurídico-penal aportan los criterios que han de ser tenidos en cuenta al interpretar las leyes penales vigentes o que –cuando no es posible lo anterior por existir un texto legal obsoleto que se opone– deben operar de *lege ferenda*. Dentro del marco dogmático sigue habiendo suficiente margen para que existan diferencias nacionales en puntos concretos. Por ejemplo, la cuestión acerca de si en el ámbito del estado de necesidad exculpante la frontera debe trazarse en la equivalencia de los intereses contrapuestos o si, por el contrario, –al menos en cierta medida– incluso puede incluirse el supuesto de la intervención preponderante en intereses de la víctima, es una decisión valorativa que queda al arbitrio de cada legislador.

No pueden negarse seriamente las ventajas para la teoría, la práctica y la legislación que han derivado y pueden seguir derivando de la elaboración del sistema del delito dividido en planos valorativos. Sin embargo, hoy en día existe el peligro de que este beneficio se pierda, bien por el uso de conceptos conscientemente poco claros, que todo lo relativizan, bien por perder de vista cuestiones dogmáticas fundamentales al tratar cuestiones parciales, y finalmente también por la invención de diferenciaciones cada vez más sutiles cuya relevancia práctica frecuentemente ya no cabe apreciar.

101 La dogmática científica investiga cuáles son los presupuestos generales que ha de poseer un delito y cuál es la estructura de éstos. Elabora un modelo de estas características para el Derecho Penal del hecho y de la culpabilidad. Teóricamente también cabría un modelo del Derecho Penal de autor. Sin embargo, son de nuevo conocimientos científicos de vigencia general los que abogan en favor del modelo “Derecho Penal del hecho y de la culpabilidad” y en contra del modelo “Derecho Penal de autor”. Es cometido de la dogmática científica jurídico-penal el desarrollo de los presupuestos generales del delito partiendo de los fundamentos del modelo. Las conclusiones que se obtengan de este modo pueden entonces rendir frutos en la interpretación del correspondiente Derecho vigente o de *lege ferenda*.

BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, K. (1984). Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin. En: SCHÜNEMANN, B. (Ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Walter de Gruyter.
- ANTÓN ONECA, J. (1949). *Derecho Penal. Parte general*. Akal.
- BACIGALUPO, E. (1983). *Delito y punibilidad*. Civitas.
- BACIGALUPO, E. (1985). *Principios de Derecho Penal español*. Akal.
- BAUMANN, J. / WEBER, U. (1985). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. (9ª ed.). Gieseking.
- BELING, E. (1906). *Die Lehre vom Verbrechen*. Mohr.
- BELING, E. (1930). *Die Lehre vom Tatbestand*. Mohr.
- BINDING, K. (1922). *Die Normen und ihre Übertretung*. (Tomo 1, 4ª ed.). Engelmann.
- BLEI, H. (1983). *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*. (18ª ed.). Beck.
- BOCKELMANN, P. (1979). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (3ª ed.). Beck.
- CEREZO MIR, J. (1986). Grundlage und Rechtsnatur des Notstands im spanischen Strafgesetzbuch. En: HIRSCH, H. (Ed.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*. De Gruyter.
- DREHER, E. (1972). Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe. En: LÜTTGER, H. (Ed.), *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*. Walter de Gruyter.
- DREHER, E. / TRONDLE, H. (1986). *Strafgesetzbuch*. (44ª ed.). C.H.BECK.
- GALLAS, W. (1955). Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 67(1), 1-47. <https://doi.org/10.1515/zstw.1955.67.1.1>.
- GALLAS, W. (1979). Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs. En: KAUFMANN, A. (Ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. Beck.
- GERLAND, H. (1922). *Deutsches Reichsstrafrecht*. Walter de Gruyter.
- GIMBERNAT, E. (1974). Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem. En: STRATENWERTH, G. (Ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. De Gruyter.

- GÖSSEL, K. (1978). Norm und fahrlässiges Verbrechen. En: FRISCH, W. (Ed.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*. Heymann.
- GÜNTHER, H. (1983). *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*. C. Heymann.
- GÜNTHER, H. (1990). Grade des Unrechts und Strafzumessung. En: KERNER, H. / KAISER, G. (Dirs.), *Kriminalität*. Springer-Verlag.
- HIRSCH, H. (1960). *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*. L. Röhrscheid.
- HIRSCH, H. (1979). *Strafrecht und rechtsfreier Raum*. En: KAUFMANN, A. (Ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. Beck.
- HIRSCH, H. (1982). Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II). *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 94(2), 239-278. <https://doi.org/10.1515/zstw.1982.94.2.239>
- HIRSCH, H. (1984). Die Diskussion über den Unrechtsbegriff in der deutschen Strafrechtswissenschaft und das Strafrechtssystem Delitalas. En: *Studi in memoria di Giacomo Delitala*. Giuffrè.
- HIRSCH, H. (1988). Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel. En: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln*. Heymann.
- HIRSCH, H. (1989). Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht. En: HIRSCH, H. / WEIGEND, T. (Dirs.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*. Duncker & Humblot.
- HOLD, A. (1905). *Die Rechtswidrigkeit*. (Tomo II). G. Fischer.
- JAKOBS, G. (1972). *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. Walter de Gruyter.
- JAKOBS, G. (1976). *Schuld und Prävention*. Mohr.
- JAKOBS, G. (1983). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Lehrbuch. De Gruyter.
- JESCHECK, H. (1978). *Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil*. (3ª ed.). Duncker & Humblot.
- JESCHECK, H. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (4ª ed.). Duncker & Humblot.

- KAUFMANN, A. (1954). *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Schwartz.
- KAUFMANN, A. (1954). Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. *JuristenZeitung*, 9(21), 653–659. <http://www.jstor.org/stable/20803629>
- KAUFMANN, A. (1959). *Die Dogmatik der Untertiassungsdelikte*. Schwartz.
- KAUFMANN, A. (1972). Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. En: SCHROEDER, F. (Ed.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Müller.
- KAUFMANN, A. (1974). Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht. En: STRATENWERTH, G. (Ed.) et. al., *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*. De Gruyter.
- KERN, E. (1952). Grade der Rechtswidrigkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 64(Jahresband), 255-291. <https://doi.org/10.1515/zstw.1952.64.1.255>.
- LACKNER, K. (1989). *Strafgesetzbuch*. (18^a ed.). C.H. BECK.
- LANG-HINRICHSSEN, D. (1953). Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verbotsirrtum. *JuristenZeitung*, 8(12), 362–367. <http://www.jstor.org/stable/20802987>.
- LENCKNER, T. (1965). *Der rechtfertigende Notstand*. Mohr
- LENCKNER, W. (1988). § 32. En: SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch*. (23^a ed.). C.H. BECK.
- LISZT, V. (1905). *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. J.Guttentag.
- MAURACH, R. (1971). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (4^a ed.). C.F. Müller
- MAURACH, R. / GÖSSEL, K. / ZIPF, H. (1989). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (7^a ed.). C.F. Müller.
- MAURACH, R. / ZIPF, H. (1987). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (7^a ed.). Müller Juristischer Verlag.
- MEZGER, E. (1949). *Strafrecht ein Lehrbuch*. (3^a ed.). Duncker & Humblot.
- NAGLER, F. (1930). *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*. En: *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70*. Scientia.
- NOLL, P. (1965). Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 77(1), 1-36. <https://doi.org/10.1515/zstw.1965.77.1.1>

- OETKER, F. (1908). *Notwehr und Notstand*. A. Deichert.
- OTTO, H. (1978). Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil. De Gruyter
- OTTO, H. (1988). *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*. (3ª ed.). De Gruyter Lehrbuch.
- PERRON, W. (1988). *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*. Nomos.
- PETERS, K. (1985). *Strafprozeß. Ein Lehrbuch*. (4ª ed.). C.F. Müller.
- RADBRUCH, G. (1930). *Zur Systematik der Verbrechenlehre*. J.C.B. Mohr.
- ROXIN, C. (1962). Zur Kritik der finalen Handlungslehre. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 74(4), 515-561. <https://doi.org/10.1515/zstw.1962.74.4.515>
- ROXIN, C. (1973). *Kriminalpolitik und strafrechtssystem*. De Gruyter.
- ROXIN, C. (1973). Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 56(7-8), 316-325. <https://doi.org/10.1515/mks-1973-567-805>
- ROXIN, C. (1974). “Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien. En: ROXIN, C. / BRUNS, H. / JÄGER, H. (Eds.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*. De Gruyter.
- ROXIN, C. (1979). Zur Jüngsten Diskussion über Schuld, Prævention und Verantwortlichkeit im Strafrecht. En: KAUFMANN, A. (Ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*. Beck.
- ROXIN, C. (1984). Zur Problematik des Schuldstrafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 96(3), 641-660. <https://doi.org/10.1515/zstw.1984.96.3.641>
- ROXIN, C. (1985). Die notstandsähnliche Lage - ein Strafunrechtsausschließungsgrund? En: HERZBERG, R. (Ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*. Heymann.
- RUDOLPHI, H. (1999). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. (5ª ed.). Carl Heymanns Verlag.
- SCHÜNEMANN, B. (1975). Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? En: GRÜNWARD, G. (Ed.), *Festschrift para Friedrich Schaffstein en su 70 cumpleaños el 28 de julio de 1975*. Schwartz.

- SEELMANN, K. (1978). *Das Verhältnis Von § 34 zu anderen Rechtfertigungsgründen*. Decker's Verlag.
- STRATENWERTH, G. (1956). Prinzipien der Rechtfertigung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 68(1), 41-70. <https://doi.org/10.1515/zstw.1956.68.1.41>
- STRATENWERTH, G. (1977). *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*. Müller.
- STRATENWERTH, G. (1981). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (3ª ed.). Carl Heymanns. Verlag.
- WELZEL, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. (11ª ed.). De Gruyter Lehrbuch.
- WESSELS, J. (1990). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (20ª ed.). C.F. Müller.