

De esta manera, tras la lectura de este libro, no es difícil concluir que el autor construye su pensamiento criminológico en una conjunción, muy personal, de las corrientes tradicional y crítica: como Schur en su día, entiende que cada sociedad genera un determinado tipo de delincuencia (págs. 11, 47 ó 109, entre otras), pero complementa esta perspectiva etiológica considerando también la influencia de factores biológicos y psicológicos, concluyendo que rara vez un delincuente actúa a impulsos de factores de una sola dirección (pág. 54).

Con el primer criterio, César Herrero expone los distintos modelos sociales (tradicional, industrial y postindustrial) que son marco de la delincuencia y analiza, con particular detalle, la delincuencia urbana, ya que entiende que la ciudad es la expresión típica de la sociedad postindustrial, y ésta, el ámbito en el que surge la delincuencia que hoy preocupa con mayor intensidad al Estado. Los capítulos III y IV del libro se dedican, así, íntegramente, al análisis de estos hábitats como espacios propiciadores del acto delincuente.

Ello no supone, sin embargo, que el autor adopte de plano un criterio sociologista. Por el contrario, combina este tipo de análisis con un enfoque subjetivista, destacando la importancia que la comprensión de la personalidad del delincuente tiene en el origen de los distintos delitos. Por tal causa, hace especial hincapié en el estudio de la agresividad (págs. 88 a 91), los rasgos propios del delincuente contra la propiedad (págs. 105 a 109) o, entre otros aspectos, la perspectiva psicológica de los delinquentes terroristas (págs. 146 a 150).

Con ambos enfoques, el autor diseña un marco conflictivo, destinado a provocar en sus lectores (en origen, en sus oyentes) una reflexión constructiva en torno a la lucha estatal contra el delito. César Herrero renuncia en esta obra (en atención a los destinatarios originales de la misma que, no se olvide, eran miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad) a desarrollar otras vías de solución que indudablemente conoce, y centra su estudio en la respuesta policial al delito (especialmente, págs. 81 a 83, 98 y 99, 119 a 121 y 157 a 160), elaborando un atractivo diseño en el que la eficacia policial se configura como un elemento de prevención general, de contornos no represivos.

De esta manera, este libro, que nace dirigido a un público delimitado (y que puede sufrir previsiblemente los efectos de una defectuosa distribución entre otros lectores), ha de ser también tenido en cuenta por todos aquellos que se encuentren sensibilizados por la lucha policial contra el delito. La experiencia y méritos del autor avalan sobradamente el interés de las propuestas que se contienen en el mismo.

ESTEBAN MESTRE DELGADO
Profesor Ayudante de Derecho penal
Universidad de Alcalá de Henares

PERRON, Walter: «Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme». Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.

1. La obra que nos ocupa se integra en un amplio y ambicioso proyecto del Instituto Max Planck de Derecho penal de Friburgo (Alemania Federal), en

el que, como ha tenido ocasión de exponer uno de sus directores, el profesor Eser, se pretende investigar la estructura y contenido esencial del hecho punible en Derecho comparado. Para ello se ha adoptado un enfoque sugestivo: En lugar de analizar las categorías fundamentadoras, con su lógica formulación positiva, se ha preferido acudir a las causas que llevan a la exclusión de la responsabilidad, y de modo especial a lo que, en terminología ampliamente difundida entre nosotros, son las causas de justificación y las de exclusión de la culpabilidad. Motivos de tal orientación han sido ante todo la falta de universalidad del modelo dogmático básicamente desarrollado en Alemania, que impide ir poco más allá de una comparación genérica superficial de las no siempre correlativas categorías fundamentadoras del delito en ordenamientos jurídicos de corte anglosajón y aun de procedencia jurídico-continental. Por el contrario, en todos los ordenamientos aparecen determinadas causas que excluyen la pena y que muestran un notable paralelismo, en buena parte derivado de su estrecha conexión con determinados y persistentes datos de la realidad humana y social; ello ofrece la posibilidad de abandonar el terreno de las generalizaciones y entrar, por esa vía indirecta, en el núcleo fundamentador del hecho punible que a todas las causas de exclusión sirve de base. Hay además otra razón digna de mención, a la que habrá que aludir repetidamente: La mayor riqueza valorativa de las causas de exclusión frente a las categorías dogmáticas positivas del concepto de delito que les dan fundamento. Si se acepta tal hecho, no hay duda que el proyecto incomparatista enriquece notablemente sus potencialidades al asumir una aproximación negativa a la naturaleza del hecho punible (pp. 17, 53-54) (1).

El trabajo de Walter Perron desarrolla este proyecto confrontando el sistema de imputación jurídico-penal vigente en Alemania con el de España, de modo prácticamente simultáneo a estudios o congresos en la misma línea llevados a cabo respecto a los ordenamientos angloamericanos, escandinavos, soviético, polaco y surcoreano (2).

El resultado puede calificarse de muy estimulante, a lo que no son ajenas las cualidades intelectuales del autor, entre las que destacaría su capacidad de síntesis, así como su probado conocimiento de la legislación, jurisprudencia y doctrina jurídico-penales españolas (3), una vez que ya ha adquirido una completa familiaridad con la dogmática alemana. Antes de entrar en un análisis particu-

(1) En relación con lo anterior, resultan ilustrativas las afirmaciones de ESER y algún otro participante en la sesión académica del Consejo de Administración del Instituto Max Planck de Friburgo en la que WALTER PERRON presentó las conclusiones de su trabajo. Véase «*Tagungsbericht. Bericht über das Kolloquium 'Rechtfertigung und Entschuldigung in rechtsvergleichender Sicht- unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Strafrechts'*», *ZSTW*, 1987, pp. 924-925, 931, 938. Véase asimismo el texto de la conferencia de PERRON en tal ocasión, traducida al castellano por SILVA SÁNCHEZ, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1988, en especial páginas 154-156.

(2) Véanse esta información en «*Tagungsbericht...*», *op. cit.*, pp. 924-925; PERRON, «*Justificación...*», *op. cit.*, pp. 137-138.

(3) Véanse también del autor, «*Der spanische Consejo General del Poder Judicial 'Selbstregierungsorgan der richterlichen Gewalt'*», *Deutsche Richterzeitung*, 1983, pp. 431 y ss.; «*Das Grundsatzurteil des spanischen Verfassungsgerichts vom 11-4-1985 zur strafrechtlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs*», *ZSTW*, 1986, pp. 287 y ss.; «*Literaturbericht. Spanien: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbücher und lehrbuchartige Darstellungen*», *ZSTW*, 1987, pp. 543 y ss., entre otras publicaciones.

larizado y crítico de su trabajo quisiera destacar tres ideas: En primer lugar, que nos encontramos ante el análisis más detenido y profundo de la teoría jurídica del delito española que se haya realizado nunca desde la óptica alemana, sin mengua de otras aproximaciones como las que, en los últimos tiempos, ha realizado Jescheck (4). Esto da una oportunidad excelente para comprobar la imagen que nuestra dogmática puede suscitar en un país tan significado como Alemania y la medida en que pueden compartirse ciertas problemáticas o sus soluciones. En segundo lugar, el destacable esfuerzo de síntesis realizado por Perron resulta especialmente provechoso para el lector español de cara a obtener una panorámica breve y actualizada del presente estado de la teoría jurídica del delito en Alemania. Finalmente, no estamos ante un mero trabajo descriptivo, sino que la aportación personal del autor, tanto en lo que respecta al esquema de la imputación jurídico-penal que ha desarrollado con fines iuscomparatistas, como en lo que afecta a sus conclusiones sobre la reestructuración que estima necesaria en determinadas áreas de la imputación, merece cuidadosa atención.

2. En efecto, el esquema con el que pretende abordar el análisis iuscomparatista no pretende ser tanto original como un laudable intento por encontrar un proceso operativo simple en la progresiva concreción de la imputación jurídico-penal. A tal fin, parte de un primer nivel, constituido por la estructura valorativa que va a servir de fundamento a toda la imputación. Los valores precedentes se concretan con posterioridad en dos categorías, la antijuricidad y la culpabilidad, las cuales no agotan, con todo, los contenidos valorativos iniciales, que sí encuentran acabada expresión en un tercer nivel, constituido por las unidades básicas de imputación, sólo parcialmente integrables en las dos categorías precedentes, y que vienen a ser la tipicidad, las causas de justificación, las causas de exclusión de la culpabilidad, y otro conjunto de unidades básicas que podríamos acoger, desde cierta perspectiva española, en el ámbito de la punibilidad. Además, presta en todo momento especial atención a la configuración formal de los diversos componentes de la imputación (pp. 21-43, 62, 68, 72, 225, 74-78, 116-122, 206-209) (5).

Conviene ya en este momento hacer algunas observaciones: Entre los valores situados al primer nivel, y que van a fundamentar todo el proceso de imputación, Perron alude a los fines de la pena, a los límites de la pena y a la valoración del hecho en sí, reflejo esta última del contenido de la norma violada. En este punto es de destacar cómo el autor no se deja llevar por la tendencia, tan frecuente hoy en día, de absolutizar las valoraciones ligadas a los fines y límites de la pena, en detrimento de las restantes. Muy al contrario, y a pesar de que las referencias ligadas a la pena las coloca en primer lugar y dándoles una gran relevancia, a medida que avanza en su discurso se va consolidando la valoración del hecho que transgrede el contenido de la norma como el punto de vista decisi-

(4) Véase en especial «La nueva configuración de lo injusto en la teoría jurídico-penal alemana en comparación con la doctrina actual española», en *Estudios Penales y Criminológicos*, VIII, Santiago de Compostela, 1985, pp 75 y ss., y «El significado de D. Luis Jiménez de Asúa en el desarrollo de la dogmática española en el campo de la teoría jurídica del delito», en *RFDUC*, Monográfico 11, 1986, pp. 397 y ss. Ambos han sido traducidos por Díez RIPOLLÉS.

(5) Véase igualmente «Tagungsbericht», *cit.*, p. 937; «Justificación...», *op. cit.*, pp. 138-142.

vo, en gran parte independiente de las exigencias basadas en los fines y límites de la pena. Este planteamiento lo refuerza posteriormente al señalar que uno de los defectos más preocupantes de las tesis funcionalistas, que por lo demás comparte ampliamente, es que eliminan o minusvaloran en demasía las referencias del injusto y/o la culpabilidad al contenido de la norma y al hecho que la viola o a la individualidad de la persona que lo realiza. Con ello muestra una actitud equilibrada, digna de encomio (pp. 23-24, 28-30, 34, 42, 46-47, 49, 54-55, 62, 67, 79-80).

Lo anterior no impide que uno de los temas centrales de todo el trabajo pase a ser cómo introducir de una forma convincente en todo el sistema de imputación jurídico-penal las referencias a los fines y límites de la pena. Se reconoce que ellos han sido siempre tenidos en cuenta en ese ámbito borroso de la imputación constituido por lo que en España con frecuencia se llama el elemento de la punibilidad, así como que tales contenidos han sido progresivamente descubiertos en el ámbito de la tipicidad o, si se quiere, del tipo de lo injusto específico, pero lo que se pretende es integrar plenamente esas valoraciones en el núcleo de la teoría del delito, es decir, en la antijuricidad y en la culpabilidad. Como se encarga de mostrar el autor, la culpabilidad parece ir integrando sin mayores problemas estas reflexiones, pero el paso siguiente es hacer lo propio con la antijuricidad, algo que parece más difícil de conseguir: Al menos si se quieren eludir planteamientos excesivamente unilaterales centrados en alguno de los fines o límites de la pena, como lo muestran recientes intentos españoles y alemanes, entre los que Günther merece especial atención. En cualquier caso, la vía más prometedora para lograr tal cosa parece ser el tercer nivel de la imputación, las causas de exclusión, que terminarán luego influyendo sobre las categorías positivas de la teoría jurídica del delito.

A este respecto, me permito formular algunas matizaciones personales: Así como más arriba he alabado la debida relevancia que el autor ha dado a las valoraciones basadas en el hecho, ahora he de destacar que, a mi juicio, se está produciendo en Perron, como en buena parte de la doctrina jurídico-penal, una rechazable tendencia a resolver todos los problemas de oportunidad o, si se prefiere, político-criminales que poco a poco se van revelando como dignos de consideración en el ámbito dogmático, en el marco de las reflexiones sobre los fines y los límites de la pena. Quizás haya que retornar a las primitivas formulaciones que aspiraban a integrar la política criminal en la dogmática, y aceptar que muchos problemas de oportunidad afectan directamente al contenido de la norma, sin que se dé una especial vinculación a las consideraciones sobre la función de la pena.

Cabría objetar a estas afirmaciones más que son simple producto de un equívoco o error de comprensión: Los principios limitadores de la pena procederían de ámbitos ajenos a ella y tendrían precisamente la función de limitar los resultados a los que pudiera llegarse atendiendo únicamente a los fines de ella, por lo que permitirían incluir todas las reflexiones político-criminales que nos preocupan; ejemplo de ello sería la amplitud susceptible de otorgarse al principio de proporcionalidad uno de los más conspicuos componentes de los límites de la pena.

Sin embargo, a ello cabe responder de diversas maneras: Ante todo, el principio de proporcionalidad, como por lo demás todos o la mayor parte de los límites de la pena, es básicamente entendido desde la perspectiva del grado en que se

pueden afectar los derechos de la personalidad del ciudadano que ha infringido una norma a tenor de las ventajas sociales que de ello se van a obtener (pp. 46, 78, 63), enfoque desde luego fundamental, pero que no agota la problemática que nos ocupa. Por otro lado, los principios limitadores de la pena se están entendiendo, y ello parece lógico dada su denominación, como referencias valorativas que toman por punto de partida los resultados a los que se llegan desde los fines de la pena, resultados que matizan o incluso frenan en su desarrollo (p. 64); ello parece un ámbito demasiado estrecho para las necesidades político-criminales a las que debe prestar atención la dogmática. En realidad, se han convertido en meros límites de la pena lo que eran los ideales jurídico-penales, que ejercían su influencia desde un principio sobre todo el sistema de imputación.

En relación con lo anterior, y aludiendo a una reciente corriente doctrinal a la que presta repetida atención el autor, quisiera expresar que la progresiva incorporación de contenidos político-criminales a la teoría jurídica del delito, y en concreto a la antijuricidad, no debe hacerse manteniendo incólume el contenido de la norma y la consiguiente valoración del hecho como antijurídico, acudiendo inmediatamente después a una antijuricidad específica penal en la que, a través de las referencias a los fines y límites de la pena, pueda dejar de ser antijurídico, lo que, según el resto del ordenamiento jurídico parece serlo, sino que es el mismo contenido de la norma, la antijuricidad sin más adjetivos, la que debe integrar ciertas reflexiones político-criminales (5 bis), por lo demás no circunscritas a los fines y límites de la pena. Quizás estemos utilizando un concepto de antijuricidad, o si se quiere, una concepción de lo que es la unidad de todo el ordenamiento jurídico, demasiado esquemática y falta de matización. Se trataría de determinar con mayor cuidado y fineza cuál sea, o deba ser, el contenido de lo prohibido.

He de reconocer que el propio autor, aunque sin sacar en mi opinión las debidas consecuencias de ello, comparte en alguna medida este enfoque cuando, en la penúltima página (p. 231), habla de que «en el futuro no parece que vaya a descartarse una configuración más flexible de los criterios de justificación, los cuales podrían también orientarse en la función preventiva de las normas de prohibición mismas y no sólo en la de las sanciones penales»; o cuando aboga por la introducción, o por dar un papel más relevante, en la justificación, a intereses sociales frente a los omnipresentes intereses individuales, algo que ciertamente, como él mismo aprecia (pp. 231, 103-104), constituye una auténtica necesidad en la justificación del delito del aborto (pp. 23, 46, 47, 29, 62-63, 64, 78, 80, 103-104, 162-166, 182, 225, 227, 231, entre muchas otras) (6).

Por lo que se refiere al análisis formal de los diversos componentes de la imputación, adquiere una cierta relevancia, no siempre acompañada del acierto en la interpretación, cuando se toca el tema de las causas supralegales de exclu-

(5 bis) Véase recientemente en España postura en misma línea, citando a ROXIN, de Muñoz Conde, «Recensión a Eser-Fletcher», «Rechtfertigung und Entschuldigung», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 35, 1988, pp. 608-609.

(6) Véanse igualmente del mismo autor, «Justificación...», *op. cit.*, *ibidem*: Sobre la problemática de introducción de intereses sociales en la justificación del aborto, véase *mi trabajo*, en prensa, «La reforma del Derecho penal en materia de aborto. Estudio del nuevo artículo 417 bis del Código penal. Análisis jurídico y médico», capítulo II, en *Comentarios a la legislación penal*, Edersa.

sión, o la localización de las eximentes en la Parte General o Especial del Código, sin olvidar la sugestiva referencia a la distinción entre los elementos referentes a la acción o al autor (p. 39), pero en general Perron tropieza con la escasa atención de la doctrina y jurisprudencia a este tema, lo que le impide profundizar en demasía, pese a lo prometedora de esta aproximación, como ha sabido detectar el autor.

3. Todos los puntos anteriormente mencionados se van explicitando en la exposición y análisis crítico del actual sistema de imputación jurídico-penal alemán, que realiza con minuciosidad y penetración. Merece destacarse en primer lugar la descripción de cómo las valoraciones basadas en los fines y límites de la pena van penetrando paulatinamente en los diferentes componentes del sistema de imputación. Ilustrativas resultan al respecto sus alusiones a que tales puntos de referencia han pretendido en primer lugar hacerse fuertes en los elementos no nucleares de la imputación: Si ya es conocido el arraigo de ellos en ese sector vago del delito que en España se caracteriza como la punibilidad, y cuyo principal defecto, a mi juicio, reside en que no se ha conseguido crear una categoría valorativa suficientemente convincente que los abarque, no lo es tanto la incesante asunción de materiales por parte de la tipicidad, que no ha cesado desde M. E. Mayer, y que en estos momentos, en opinión del autor, ya no se limita a asumir el contenido de la antijuricidad correspondiente al injusto específico de la conducta, sino que, yendo más allá, se encarga de incorporar contenidos vinculados a los fines y límites de la pena, en la medida en que la categoría genérica de la antijuricidad se muestra reacia a integrarlos de modo directo en su seno.

Pero sin duda los avances más reveladores serán los que eventualmente se produzcan en el núcleo de la teoría del delito, es decir, en la antijuricidad y culpabilidad, y a ello se aplican de modo intenso las teorías funcionalistas. La fortaleza de la culpabilidad ya ha sido rendida, de un modo especialmente claro en el ámbito de las causas de exculpación, pero también en el marco de las causas de inimputabilidad. Los intentos de realizar la misma tarea en la antijuricidad tropiezan con muchas mayores dificultades.

En último término, para el autor sólo se podrá ceder definitivamente a la presión ejercida por tales puntos de referencia cuando se alcancen unos niveles de acuerdo notablemente más amplios sobre cuáles sean los fines y límites de la pena a perseguir y las consecuencias que de tal propósito deben derivarse. El proceso actual, en cualquier caso, implica un serio cuestionamiento del actual sistema de imputación, en especial porque refuerza notablemente la tendencia ya existente a desdibujar los límites de las diferentes categorías, y más si se ven desde las causas de exclusión de la responsabilidad (pp. 54-55, 62-68, 70, 80, 112-114, 225, 227) (7).

En efecto, sólo la contraposición entre causas de justificación e inculpabilidad es capaz de mostrar una cierta consistencia, basada ante todo en su pretensión de realizar dos explícitas, positivas y diferenciadas valoraciones jurídicas de la conducta, sea manifestando la concordancia con los contenidos del Derecho, sea constatando la ausencia de un comportamiento personal defectuoso por parte del autor. Las restantes causas de exclusión se mueven en un ámbito poco preciso

(7) Véase asimismo, PERRON, «Justificación...», *op. cit.*, p. 140.

y de escasa sustantividad, asumiendo contenidos asimismo reconducibles a las causas anteriores, u ocupándose, sin poseer la exclusividad, de aspectos parciales de las reflexiones ligadas a los fines y límites de la pena: Un análisis atento permite observar la estrecha vinculación entre las causas de exclusión del tipo y las causas de justificación por un lado, y las causas de inculpabilidad y las exigencias de la punibilidad por otro.

Se detiene el autor en la primera de estas conexiones, y resalta lo problemático que resulta distinguir entre atipicidad y justificación, como se muestra, entre otros lugares, en el consentimiento, la adecuación social y el riesgo permitido, problematicidad que se acentuará si se aceptan las pretensiones de algunos autores de introducir decididamente reflexiones sobre fines y límites de la pena en la justificación. Todo ello le lleva a concluir que la distinción es más de orden sistemático que valorativo: En la justificación se pretende enfatizar la coincidencia de la acción con las normas jurídicas, mientras que en la atipicidad no se daría tal pretensión.

Especialmente ilustrativo es el estudio que realiza el autor sobre las diferentes consecuencias prácticas que, según la causa de exclusión en la que nos movemos, se derivan para el autor, la víctima o los partícipes, o a tenor de los diversos procedimientos de resolución de las hipótesis de ausencia de los elementos objetivos, subjetivos, o parte de unos u otros: Mientras la contraposición justificación-inculpabilidad encuentra palpable reflejo, sobre todo en relación con la posición de la víctima, el error sobre los elementos objetivos y algunos supuestos de participación, aunque con menor intensidad de la que el divergente punto de partida conceptual hacía esperar, la distinción entre atipicidad y justificación, o entre inculpabilidad y no punibilidad apenas se percibe, de forma que todo se reduce a la dicotomía justificación-inculpabilidad (pp. 53-54, 62, 68, 72-73, 80, 84-89, 91-93, 110-111, 124, 126-128, 131-133, 225, 228).

Pero es que la distinción entre antijuricidad y culpabilidad también se tambalea en muchos momentos. Ante todo, porque se acepta de modo cada vez más generalizado la necesidad de proceder a una objetivación o normativización de los elementos de la culpabilidad, dada la imposibilidad de afirmar de modo general o de verificar en el supuesto aislado la presencia del libre albedrío: Esto hace que antijuricidad y culpabilidad ya no se distingan cualitativamente, a tenor de su relación con la persona del autor, sino que sólo haya una diferencia cuantitativa en función del grado de objetivación.

La auténtica vía de difuminación entre las categorías de antijuricidad y culpabilidad circula, sin embargo, a través de la relación entre las causas de justificación y las de exculpación. Estas, en especial en Alemania, se han ido paulatinamente desvinculando de las restantes causas de exclusión de la culpabilidad, singularmente de las de inimputabilidad. Para ello se ha considerado a las últimas como expresión de los presupuestos positivos de la culpabilidad, por más que a través de una formulación negativa y debiéndose de conformar con aludir a criterios de normalidad. Por el contrario, las causas de exculpación han pasado a configurarse como expresión de determinadas situaciones conflictivas productoras de una notable presión motivacional: El limitado e inconexo ámbito de hipótesis que abarcan, que ha impedido consolidar al menos en los delitos dolosos la vigencia general de un principio valorativo que les sirviera de cobertura (la inexigibilidad de obediencia al Derecho), unido a la similitud de los conflictos a los que atien-

den con parte de las incluidas en las causas de justificación, ha hecho que obtenga progresivo predicamento la concepción de las causas de exculpación como hipótesis de disminución sustantiva no sólo de la culpabilidad, sino también del injusto, además de puerto de acogida de reflexiones basadas en los fines y límites de la pena.

A partir de tal situación le resulta fácil a Perron concebir las causas de exculpación como situaciones de conflicto similares a las de la justificación, pero en las que no prima el interés perseguido por el autor, y establecer una concepción expansiva de la antijuricidad que se introduce en las causas de exculpación por la vía de resaltar las referencias subjetivas de la conducta. Tal actitud se ve reforzada con la constatación de que las diferencias en las consecuencias prácticas derivadas de moverse en la justificación o en la exculpación, aun existiendo, son mucho menores de lo que cabía suponer; incluso en ciertas hipótesis de concurrencia incompleta de los elementos de la justificación se abre la posibilidad de pasar, sin solución de continuidad, a la exculpación.

Tan intensa aproximación entre justificación y exculpación sólo se vería hoy por hoy frenada por el interés en no crear la impresión de que el legislador no se toma en serio sus propias normas, lo que explicaría la habitual interpretación restrictiva de las causas de exculpación (pp. 60-61, 71, 89, 90-93, 109-114, 116, 120, 123-133, 224).

De la precedente exposición del autor parece desprenderse que la progresiva incorporación de las reflexiones basadas en los fines y límites de la pena en las diferentes categorías del delito acentuaría una evolución ya existente y tendente a difuminar cada vez más las diferencias entre las unidades básicas de la imputación. Tal dirección habría encontrado su inicio y apoyo definitivo con la objetivación o normativización de diferentes aspectos de la culpabilidad.

En mi opinión está aún por demostrar que el incremento de los componentes normativos y, entre ellos, de las reflexiones sobre los fines y límites de la pena deba producir necesariamente tales efectos en el sistema de imputación. La normativización puede entenderse igualmente como un instrumento que permite precisar mejor que hasta ahora las peculiaridades valorativas de cada una de las categorías dogmáticas, que ven así potenciados sus puntos de partida axiológicos.

Si ello pudiera no estar sucediendo en estos momentos, incluso dando la impresión de todo lo contrario, ello se podría deber a que se han echado en saco roto las propuestas originales de inclusión de contenidos político-criminales en la teoría jurídica del delito, que ponían especial cuidado en asignar componentes normativos excluyentes a cada una de las categorías del delito. El afán por introducir masivamente tales contenidos en la teoría jurídica del delito ha hecho olvidar que no se pueden incluir indistintamente todos ellos en todas las unidades básicas de imputación, si no se quiere destruir toda la capacidad expresiva del sistema.

El problema, como en algún momento señala el autor cuya obra analizamos, no es el de conseguir la integración en la imputación de más o menos contenidos político-criminales, sino el de dilucidar cuáles queremos introducir y, sobre todo, *dónde* queremos insertarlos. Si esta última labor se realiza debidamente, asignando localizaciones exclusivas a los diferentes contenidos normativos, el sistema de imputación no caminará hacia su nivelación, sino, por el contrario, hacia un enriquecimiento notable de sus diferentes elementos integrantes, que habrán mejorado

notablemente su capacidad discriminatoria en el análisis del comportamiento humano.

4. El actual estado del sistema de imputación jurídico-penal español, en su triple vertiente legislativa, jurisprudencial y doctrinal, suscita impresiones contrapuestas desde la perspectiva alemana del autor. Le llama especialmente la atención el escaso diálogo e intercambio de opiniones que se registra entre la doctrina científica y la jurisprudencia, lo que se refleja en un deficiente estudio doctrinal de las corrientes jurisprudenciales en las diversas materias dogmáticas y en una ausencia de cualesquiera referencias doctrinales en las decisiones de los tribunales. Tal estado de cosas, que estima que parece cambiar en los últimos años, marca un agudo contraste con la situación alemana, a la que presenta como el resultado de una estrecha interacción entre legislación, jurisprudencia y doctrina.

Por lo demás, la jurisprudencia se ha mostrado muy remisa a asumir los conceptos dogmáticos elaborados por la ciencia penal y, a medida que, tardíamente, los va aceptando, no se logra desvanecer la impresión de que no es más que una aceptación nominalista, superficial, mientras que los argumentos que condicionan las decisiones se mueven con parámetros valorativos no siempre coincidentes con los propios de las diferentes unidades de imputación de la doctrina. Los progresos dogmáticos posteriores a Mezger siguen encontrando difícil encaje en los tribunales, por más que en los últimos tiempos se aprecian signos de cambio.

En cuanto a la doctrina científica, la considera como un claro ejemplo de cómo la construcción jurídico-dogmática alemana es traspasable a otros ordenamientos jurídicos, ya que viene reflejando punto por punto desde hace décadas cada una de las fases que se registran en la ciencia penal alemana, observándose únicamente desarrollos originales en el marco de las teorías funcionalistas. Por otra parte, demuestra un significativo grado de influencia sobre el legislador lo que, unido al buen nivel alcanzado y al proceso de reforma aún no concluido en España, lleva a pensar que sus potencialidades son grandes.

La legislación, y en concreto el Código penal español, muestra unas características similares a las poseídas por el Código penal alemán hasta 1975, es decir, una marcada ausencia de referencias expresas a las correspondientes categorías dogmáticas de la teoría jurídica del delito, algo que los proyectos de reforma no parecen querer modificar sustancialmente. Ello hace que las construcciones científicas tengan un mayor margen de maniobra, pero también que éstas se vean frenadas dada la inexistencia de un texto legal que, al menos en cuanto a sus conceptos básicos, las revalide inequívocamente (pp. 51-52, 61, 151-152, 156-157, 159-165, 170-173, 182, 199, 219, 226, 229-230).

En líneas generales, y como ya he señalado antes, el análisis del autor muestra un gran conocimiento de la situación española. Cabría hacer, no obstante, algunas observaciones: Se aprecia una marcada tendencia a establecer un excesivo paralelismo entre la evolución alemana y la española, que se limitaría a reflejar la anterior. Sin negar la estrechísima relación existente y las lógicas consecuencias que derivan del superior desarrollo de la dogmática alemana, parece injusta la conclusión de que la dogmática española sólo ha adquirido tintes originales en el marco de las teorías funcionalistas, como parece insinuar el autor. Con ello se pasa por alto la existencia de construcciones dogmáticas con peso propio ligadas, entre otros orígenes, a acertadas síntesis entre las influencias alemana e italiana, a la peculiar recepción del finalismo en España o a la actualización de

los enfoques causales o neoclásicos, reconocido por algún autor alemán (8), y sin citar reflexiones sobre aspectos aislados de la teoría jurídica del delito.

La alusión a la escasa proclividad hasta hace poco de la jurisprudencia a asumir sinceramente los avances en el desarrollo dogmático no puede menos que compartirse, teniendo más valor en cuanto provenientes de un observador imparcial (9).

Todo análisis de un sistema extranjero se presta, pese a todo, a errores de interpretación, y en este sentido, a mi juicio, hay algunos puntos de la situación española que el autor ha interpretado discutiblemente: Entre ellos cabe citar el considerar que la mayoritaria aceptación doctrinal, tras la reforma de 1983, del error sobre los presupuestos de una causa de justificación como un error de prohibición a tenor del art. 6 bis a) p. 3 se debe a los resultados notablemente atenuadores de la pena a que da lugar (pp. 186-188, 214, 219), el creer que la distinción entre enajenación mental y trastorno mental transitorio es sustancialmente de tipo cronológico (pp. 201-202), el dar a entender que el Tribunal Supremo parte de una teoría subjetiva de autor (p. 212), la apresurada afirmación, aun refiriéndola sólo a la jurisprudencia, de que se adopta un estricto enfoque formal de modo que se niega la presencia de causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad en la Parte Especial del Código penal (pp. 178, 208-209, 221, 228), o la excesiva vinculación a la problemática alemana que le impide enfocar debidamente el análisis de los avatares que dan lugar a la actual exigencia española de estado de necesidad o de sus diversas tentativas de interpretación (pp. 191-194). Quizás el mismo defecto explique la ausencia de toda referencia a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (arts. 9 y 10), procedente en tanto en cuanto destacados autores tienden a integrar su estudio en el de la teoría jurídica del delito y a precisar sus vinculaciones al injusto o a la culpabilidad, rehuendo tratarlas como meros criterios de determinación de la pena (10).

Pero puede resultar especialmente interesante comprobar si el autor piensa que la problemática alemana que más arriba hemos visto es asimismo la española y, eventualmente, en qué grado y con qué peculiaridades.

Registra el autor cómo también en el sistema de imputación jurídico-penal español se van introduciendo ininterrumpidamente valoraciones basadas en los fines y límites de la pena, y cómo la ciencia penal española ha estimado con frecuencia conveniente crear una categoría independiente, nunca bien fundamentada y precisada, que sería la de la punibilidad, en la que se encuadrarían buena parte de los componentes político-criminales que no hallarían cabida en las restantes categorías del delito. Por otra parte, existen notables esfuerzos de elaboración funcionalista de la teoría jurídica del delito, que lograrían introducir esas reflexiones en sectores más nucleares: El funcionalismo español le parece al autor original y coherente, por más que en ningún momento se plantearía modificar,

(8) Véase *Jescheck, op. cit.*

(9) Véanse afirmaciones de CEREZO MIR, en «Tagungsbericht...», *op. cit.*, p. 926, quien, compartiendo el diagnóstico de PERRON, resalta la aceptación jurisprudencial de algunas propuestas doctrinales.

(10) Se refiere con acierto a algunos de los aspectos acabados de mencionar, CEREZO MIR, «Tagungsbericht...», *op. cit.*, pp. 926-929.

a diferencia de algunos autores alemanes, la estructura del sistema de imputación tradicional, sino simplemente fundamentar de modo distinto las actuales categorías. Estima que su eco es por el momento limitado, a lo que no sería ajena su excesiva y unilateral vinculación a planteamientos de prevención general de difícil comprobación empírica (pp. 160, 165-166, 173, 182, 219, 226).

La distinción entre las causas de exclusión del tipo y las de justificación le parece mucho menos cuestionada en España que en Alemania, lo que atribuye a la persistencia de diferencias en el tratamiento del error, así como, en un análisis en mi opinión erróneo, a la escasa discusión que ha suscitado la teoría de los elementos negativos del tipo y a la tendencia a discriminar entre unas u otras causas de exclusión según estén en la Parte Especial o General del Código penal. Esto último le lleva a hablar de una distinción puramente formal (pp. 175-177, 218-219, 228) (11). El desarrollo de los postulados dogmáticos, sea para profundizar en sus virtualidades, sea para poner de manifiesto sus insuficiencias e incongruencias, se ve notablemente frenado por la actitud jurisprudencial negadora de las eximentes por analogía, que impide sacar las debidas consecuencias de las categorías de antijuricidad y culpabilidad, a lo que se une la actitud, también jurisprudencial, profundamente restrictiva en la aplicación de las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad (pp. 150, 153, 171, 188-190, 192, 199, 203, 209, 219-221) (12).

Pese a todo lo anterior, se aprecian asimismo en España, a juicio del autor, esa aproximación entre las diferentes causas de exclusión a la que aludíamos más arriba. A estos efectos realiza también un análisis de las diferentes consecuencias prácticas que se derivan en nuestro ordenamiento jurídico de partir de una u otra causa de exclusión: En líneas generales, la situación es idéntica a la alemana, si bien se aprecia una mayor consistencia de la distinción atipicidad-justificación por las razones ya dichas mientras que, en contrapartida, y por los motivos que enseguida veremos, se produce en la práctica una acentuada coincidencia entre los resultados a los que llevan los supuestos de justificación y exculpación (pp. 209-218, 227-229). En todo caso, cabe decir que se aprecia en su análisis cierta tendencia a borrar o simplificar las diferencias entre las causas de exclusión más allá de lo que resulta una interpretación aceptable, como muestra su referencia a la autoría mediata como instrumento dogmático con el que pretendidamente se estarían difuminando las diferencias de trato a los partícipes derivadas de la presencia de una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad en el autor (13).

De gran interés resulta el análisis de la relación entre las causas de justificación y de exculpación, lo que tiene previamente que ver con el escaso eco alcanzado en España por la pretensión de asignar a las causas de exculpación un sustrato conceptual significativamente distinto e independiente del de las restantes causas denominadas de exclusión de la culpabilidad, vía por la que los autores españoles no habrían llegado tan lejos como los alemanes (pp. 168, 179-181, 200, 214, 219).

(11) Criticó ya antes este enfoque de PERRON, *Cerezo Mir*, «Tagungsbericht...», *op. cit.*, p. 927.

(12) Véase asimismo lo que dice en «Justificación...», *op. cit.*, pp. 148, 154.

(13) Véase también esa crítica en CEREZO MIR, «Tagungsbericht...», *op. cit.*, p. 928.

En efecto, la interpretación extremadamente restrictiva de todas las eximentes por la jurisprudencia más la poca atención prestada a las causas de exculpación habría hecho que éstas no se aplicaran, y que la confrontación justificación-exculpación hubiera sido sustituida por la existente entre eximentes completas e incompletas. Así, las últimas vendrían a desempeñar, en relación con la causa de justificación correspondiente, el papel de las causas de exculpación alemanas: Estaríamos ante un segundo nivel de valoración de las conductas en el que se habría producido plenamente la vinculación entre justificación y exculpación, ya que ésta se identificaría con la apreciación incompleta de la respectiva causa de justificación.

Esta situación, que se considera una peculiaridad española, aunque se aprecian también situaciones próximas de menor claridad en otros ordenamientos jurídicos (14), podría implicar un avance sustancial en la reformulación del sistema de imputación jurídico-penal: La opción alemana favorable a autonomizar las causas de exculpación tiene el defecto de suponer una complicación dogmática adicional y, sobre todo, de causar una debilitación de la prevención y motivación por la norma excesivas, sin que, por otra parte, deje de ser una renuncia a la pena en último término estrechamente ligada a las tradicionales causas de exclusión de la culpabilidad. Por el contrario, la solución de las eximentes incompletas, así como el «Absehen von Strafe» alemán, constituyen alternativas prometedoras, pues se logra atender al conflicto sin que ello obligue a renunciar al reproche como en la actual exculpación (pp. 205-206, 212-213, 215-216, 217, 222, 229, 231-232) (15).

La exposición anterior resulta sugerente, como se demostró al centrar toda la discusión en la sesión académica del Consejo de Administración del Instituto Max Planck, en la que Perron presentó sus conclusiones (16). Sin negarle por mi parte tal cualidad, estimo que deben hacerse las siguientes observaciones: Se aprecia ante todo un cierto sesgo en el análisis debido a la óptica alemana adoptada; la regulación del StGB hace que el autor vea la eximente de miedo insuperable como una hipótesis superponible a los supuestos de excesos en la legítima defensa, sin una entidad y problemática propias, a lo que coadyuva sin duda el rigor jurisprudencial en su aplicación. En segundo lugar, la solución de las eximentes incompletas no sólo se está aplicando a casos que pueden ser conceptualmente de exculpación, sino que asimismo se aplica regularmente en auténticos casos incompletos de justificación, así como en las hipótesis de imputabilidad disminuida.

En cualquier caso, el análisis del autor nos confronta una vez más con una actitud jurisprudencial especialmente cicatera en la aplicación de las eximentes, a la que resulta difícil encontrar un sentido más allá de la obstinación jurisprudencial en no asumir sinceramente los conceptos dogmáticos. Nos recuerda a su vez la utilidad, por nadie negada, de la presencia de las exenciones incompletas

(14) Véanse las referencias hechas por diversos autores en «Tagungsbericht...», *op. cit.*, pp. 930, 932-933, 936, 937.

(15) Véase asimismo PERRON, «Justificación...», *op. cit.*, pp. 148, 151, 155.

(16) Véase «Tagungsbericht...», *op. cit.*

en nuestro ordenamiento, sólo oscurecida por la poco fundada diferenciación entre elementos esenciales e inesenciales (17).

Queda concluir reiterando de nuevo la inteligente y detenida aportación realizada por el autor a la comparación de las dogmáticas alemana y española, con el mérito adicional de haberla insertado en la moderna discusión sobre la futura configuración del sistema de imputación jurídico-penal.

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS
Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Málaga

(17) Realiza un análisis crítico de tal interpretación de las eximentes incompletas CEREZO MIR, «Tagungsbericht...», *op. cit.*, p. 928.