Universitat de Girona

LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE (ART. 20.6 CP)

Daniel VARONA GÓMEZ

ISBN: 978-84-691-5964-4
Dipòsit legal: GI-1199-2008
http://hdl.handle.net/10803/7689

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE (ART. 20.6 CP).

Tesis doctoral realizada por:

Daniel Varona Gómez

Director: Hernán Hormazábal Malarée

Universitat de Girona
Biblioteca

12 NOV. 1998

A mi madre

INDICE

AGRADECIMIENTOS.

INDICE DE ABREVIATURAS CITADAS EN TEXTO.

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO: EL FUNDAMENTO DE LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE.

1. Introducción..... 1

1.1. Definición e importancia del fundamento de una eximente..... 1

1.2. Marco teórico para la discusión sobre el fundamento de la eximente de miedo insuperable 4

2. La fundamentación utilitarista de la eximente de miedo insuperable..... 8

2.1. La fundamentación según el principio del "mal menor"..... 9

2.2. La fundamentación según el principio de efectividad de la pena..... 12

2.3. Conclusión..... 27

3. La fundamentación de la eximente de miedo insuperable de acuerdo con una doctrina de justificación mixta o del merecimiento (retribucionista)..... 28

3.1. Ausencia de intencionalidad..... 33

3.2. Anulación de las facultades de acción..... 35

3.3. Anulación de las facultades psíquicas. Situación de inimputabilidad momentánea..... 37

3.4. Limitación o disminución relevante de la voluntad.

3.4.1. Cuándo se exime de pena..... 43

3.4.2. Por qué se exime de pena..... 49

CAPITULO SEGUNDO: LA NATURALEZA JURIDICA DE LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE.

1. Introducción..... 59

2. La posición mayoritaria: el miedo insuperable como eximente perteneciente a la culpabilidad 60

2.1. El miedo insuperable como causa de inimputabilidad: la tesis del Tribunal Supremo. 60

2.2. El miedo insuperable como causa de inculpabilidad..... 61

2.2.1. Crítica de la identificación entre inexigibilidad y causa de inculpabilidad.....62
2.2.2. Crítica de la identificación entre afección motivacional y causa de inculpabilidad..... 72

2.3. Conclusión: el problema del carácter multifuncional del principio de inexigibilidad..... 74

3. La discusión sobre la justificación de la conducta llevada a cabo por miedo insuperable..... 76

3.1. El miedo insuperable como causa de justificación: la tesis de GIMBERNAT..... 77

3.2. Argumentos en contra de la posible justificación de la conducta..... 83

3.2.1. Miedo insuperable y ausencia de un interés preponderante..... 83
3.2.2. Miedo insuperable y desvalor del comportamiento..... 90
3.2.3. Miedo insuperable y consecuencias reflejas..... 98
3.2.4. La regulación española de la eximente de miedo insuperable..... 101

4. Replanteamiento del problema: el papel del principio de inexigibilidad como base de la eximente de miedo insuperable 103

4.1. El principio de inexigibilidad hasta HENKEL..... 103

4.2. El principio de inexigibilidad tras HENKEL..... 113

4.3. El papel de la inexigibilidad en las categorías de la Antijuricidad y Culpabilidad..... 125

4.3.1. La diferencia entre la valoración imparcial y la valoración parcial del conflicto 128
4.3.2. Cuándo y cómo desempeña un papel el principio de inexigibilidad en la categoría de la Antijuricidad..... 132

5. Consecuencias de la consideración del miedo insuperable como una causa de inculpabilidad..... 137

5.1. La reacción defensiva por parte de la víctima de la acción en miedo insuperable..... 137

5.2. La responsabilidad civil (art. 118.1 regla 4° CP)..... 143

CAPITULO TERCERO: LOS REQUISITOS DE LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE.

1. Introducción..... 149

2. El miedo..... 155

2.1. La intensidad del miedo: ¿trastorno psíquico o afección emocional?..... 155

2.2. Supuestos discutibles de miedo..... 160

2.2.1. Acción reflexiva de la persona amenazada..... 160
2.2.2. Transcurso de tiempo entre amenaza y acción salvadora..... 162
2.2.3. La existencia de otros móviles..... 163

3. La insuperabilidad del miedo..... 169

3.1. El criterio del hombre medio en la posición del autor..... 169

3.1.1. Crítica..... 173

3.1.1.1. Insuficiencia del criterio..... 173
3.1.1.2. Desatención de las características individuales de la persona..... 178

3.2. Requisitos relativos al mal amenazante..... 193

3.2.1. La inminencia del mal..... 193
3.2.2. La realidad del mal: el problema del error en la eximente de miedo insuperable..... 197
3.2.3. La ilicitud del mal..... 207
3.2.4. La no causación responsable del peligro..... 218
3.2.5. La gravedad del mal amenazante: ¿debe limitarse la eximente en atención al bien jurídico amenazado?..... 227
3.2.6. El sujeto pasivo de la amenaza..... 232

3.3. Requisitos relativos a la acción salvadora..... 240

3.3.1. Necesidad de la acción: inevitabilidad del mal por otros medios..... 240
3.3.2. Gravedad de la acción: ¿debe limitarse la eximente en función del bien jurídico lesionado?..... 245
3.3.3. Obligación de tolerar el peligro por parte de determinadas personas..... 255

4. Recapitulación. Requisitos esenciales e inesenciales: la eximente incompleta de miedo insuperable..... 269

CAPITULO CUARTO: LA DELIMITACION DEL MIEDO INSUPERABLE RESPECTO AL RESTO DE EXIMENTES DEL CODIGO PENAL.

1. Introducción..... 271

2. El miedo insuperable como eximente superflua.....271

3. Miedo insuperable y supuestos de ausencia de acción: la relación del miedo insuperable con la eximente de fuerza irresistible.....274

4. Miedo insuperable y causas de inimputabilidad..... 280

4.1. Miedo insuperable y enajenación mental (art.20.1CP)..... ..280

4.1.1. Miedo causado por la enfermedad mental de la persona: el miedo patológico..... 280
4.1.2. Deficiencias psíquicas de la persona e insuperabilidad del miedo 283

4.2. Miedo insuperable y trastorno mental transitorio (art. 20.1 CP).....288

5. Miedo insuperable y legítima defensa (art. 20.4 CP)..... 298

5.1. Supuestos de inexistencia de agresión: exceso extensivo en la legítima defensa..... 304

5.1.1. Agresión imaginaria: legítima defensa putativa..... 304
5.1.2. Agresión no actual: legítima defensa preventiva..... 311

5.2. Supuestos de falta de racionalidad: exceso intensivo en la legítima defensa..... 319

5.2.1 La interpretación del requisito de la racionalidad del medio..... 324

5.3. Supuestos de provocación de la agresión..... 328

6. Miedo insuperable y estado de necesidad (art. 20.5 CP)..... 329

6.1. Diferenciación según el origen de la amenaza..... 330

6.2. Diferenciación por la especialidad del miedo o del estado emotivo especial que afecta a la persona..... 335

6.3. Diferenciación en función de la "objetividad e inevitabilidad" del peligro..... 339

6.3.1. Crítica a la fundamentación histórica del criterio..... 340
6.3.2. Crítica a la configuración de las eximentes de miedo insuperable y estado de necesidad..... 346
6.3.3. Crítica a las implicaciones dogmáticas de la diferenciación..... 353

6.4. Conclusión: la función supletoria del miedo insuperable..... 355

7. Miedo insuperable y cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP)..... 367

7.1. Exceso en el cumplimiento del deber..... 368

7.2. El problema de las órdenes antijurídicas..... 369

7.3. Supuestos de obediencia en el marco de las relaciones laborales o familiares..... 371

CONCLUSIONES..... 377

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS CITADAS EN EL TEXTO.

AGRADECIMIENTOS

Un trabajo que, como la tesis doctoral, es el resultado de la investigación de varios años debe, sin duda, mucho a las numerosas personas que me han guiado y acompañado durante este largo camino.

A los profesores Elena Larrauri y José Cid del Area de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona he de agradecer que guiaran mis primeros pasos en mi formación investigadora. Parte de esta tesis fue elaborada en la Universidad de Frankfurt a. M., donde tuve la oportunidad de trabajar durante un año con los profesores Winfried Hassemer y Ulfried Neumann. A ellos quisiera agradecerles su acogida en la Universidad de Frankfurt y su valiosa ayuda en la orientación y discusión de la literatura alemana. También quisiera mostrar mi agradecimiento a todos los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona por su amistosa acogida, en particular a los profesores Gonzalo Escobar y José Juan Moreso, así como a los miembros del Area de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de esta universidad.

No obstante, mi mayor agradecimiento es para el profesor Hernán Hormazábal, director de esta tesis, quien generosamente me acogió en la Universidad de Girona y a cuyo apoyo, confianza y magisterio se debe la finalización de esta tesis.

INDICE DE ABREVIATURAS CITADAS EN TEXTO.

ACT.ARANZ	Actualidad Jurídica Aranzadi (cit. por número y sentencia).
ACT.PEN	Actualidad Penal (cit. por año y sentencia).
Anot.	anotación.
A.P.	Audiencia Provincial.
Art. (s)	artículo (s).
Cit.	citado.
CR.APP.R.	The Criminal Appeal Reports (cit. por año y página).
C.L.R.	The Criminal Law Review (cit. por año y página).
CP	Código Penal.
Infra	abajo.
LA LEY	Revista jurídica La Ley (cit. por año y página).
LA LLEI	Revista jurídica La Llei (cit. por año y página).
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO.	Ley orgánica.
NJW.	Neue Juristische Wochenschrift (cit. por año y página).
Not.	nota a pie de página.
pág(s)	página(s).
passim.	en toda la obra.
p.ej.	por ejemplo
RAJ.	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.
ss.	siguientes.
S.A.N.	Sentencia de la Audiencia Nacional.
S.A.P.	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SAAP.	Recopilación de sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales. Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado (cit. por año y página).

StGB.	Strafgesetzbuch.
STS.	Sentencia del Tribunal Supremo.
supra.	arriba.
TRIBUNAL	Repertorio de sentencias de las Audiencias Provinciales de Cataluña (cit. por año, número y sentencia).
TS.	Tribunal Supremo.
TSJ/AP.	Repertorio de sentencias de los Tribunales de Justicia y las Audiencias Provinciales y otros tribunales (cit. por año, número y sentencia).
TC.	Tribunal Constitucional.
vid.	vide (véase).

INTRODUCCION

Esta investigación tiene por *objeto* la eximente de miedo insuperable (art. 20.6 CP), que, aunque con una importante modificación, ha sido mantenida por el legislador en el nuevo código penal de 1995 dentro del reducido catálogo de causas de exención de la responsabilidad criminal[1].

Ciertamente, una investigación sobre una causa de exención de la responsabilidad criminal no parece necesitar una complicada *justificación* debido a la importancia, tanto teórica como práctica, que presentan las diversas eximentes penales. Sin embargo, éste no sería probablemente el caso del miedo insuperable, si se repara en el inapelable hecho de que, a pesar de la relativa frecuencia con que es alegada en los procesos penales (desde 1930 existen más de doscientas sentencias del Tribunal Supremo relativas a este tema) nos encontramos ante una eximente que no ha sido aplicada por nuestro Tribunal Supremo, como completa, desde hace ya casi veinte años[2].

Este desolador panorama jurisprudencial, que muestra la práctica inaplicación del miedo insuperable, podría poner sin duda en cuestión la oportunidad de una investigación sobre esta causa de exención de la pena, pero es también a la vez el decisivo motivo que aconseja un estudio detallado de la misma. Se trata, en suma, de analizar si tal inaplicación u olvido jurisprudencial tiene por base la innecesariedad real de la eximente de miedo insuperable, que sólo sería entonces un residuo histórico conservado por inercia, o más bien es producto de una singular problemática en la que destaca el equivocado entendimiento por parte de los tribunales de la eximente. Ello llevaría a que los prácticos del derecho la ignoren en determinados casos que podrían haber sido solucionados adecuada y únicamente mediante su estimación.

A ello hay que añadir la controvertida elaboración teórica de la que ha sido objeto esta eximente por parte de la dogmática penal española. Probablemente sea esta causa de

---

[1] La redacción actual de la eximente proviene del CP de 1848, que declaraba en su art. 8.10 exento de responsabilidad criminal al que "obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor". Este artículo fue reformado en 1870 para añadir, junto al mal mayor la hipótesis del mal igual. El nuevo CP conserva por tanto el redactado original con su alusión al miedo insuperable, pero esta vez suprimiendo toda referencia a una exigencia relativa a la comparación de males.

[2] La última sentencia del T.S. que aplicó la eximente completa de miedo insuperable data de 22-12-1980 (RAJ 4985). Debe, no obstante, señalarse que el miedo insuperable sí es apreciado en ocasiones por el T.S. como eximente incompleta, y que en instancias inferiores se ha aplicado recientemente la eximente completa (vid. por ejemplo la S.A.P. Barcelona de 23-5-1992, en LA LLEI, 1992-2, págs. 513 y ss.).

exención penal la que presenta mayor diversidad de pareceres sobre su concreta naturaleza jurídica, ya que doctrina y jurisprudencia la han situado en todas las categorías tradicionales del delito (causa de atipicidad por ausencia de acción; causa de justificación; causa de inculpabilidad por inimputabilidad o por inexigibilidad de otra conducta). El estudio de la eximente de miedo insuperable presenta, de esta forma, el interés teórico derivado del hecho de que puede servir para la mejor comprensión de la discusión que plantean las diversas categorías del delito.

La investigación sobre la eximente de miedo insuperable se articula en cuatro capítulos, que en realidad pueden ser divididos en dos grandes partes. La primera parte, que engloba los dos primeros capítulos, tiene por objeto la configuración teórico-conceptual de la eximente. Se trata aquí de la justificación racional o legitimación del miedo insuperable como causa de exención de la responsabilidad criminal, lo cual se lleva a cabo en dos capítulos diferentes que expresan una diversa forma de enfocar el problema sobre la legitimación de la eximente.

En el primer capítulo se analiza el *fundamento* de la eximente, el cual plantea, como veremos, una discusión sobre las razones últimas (de filosofía política y moral) de la exención de pena en caso de miedo insuperable; discusión que en el trabajo se sitúa en el marco de las doctrinas liberales de justificación del castigo. El reconocido influjo que las cuestiones de política-criminal desempeñan en el derecho penal y el sustrato filosófico y moral que presenta la cuestión sobre el fundamento de una eximente, aconsejan una *legitimación externa* (esto es, que vaya más allá del aparato conceptual de la Teoría del Delito) de esta causa de exención de la pena, atenta, por lo tanto, a los fines que con su reconocimento se persiguen. Con ello, se trata de determinar la razón o razones por las cuales es preferible un ordenamiento penal que contenga la eximente de miedo insuperable a otro que no la contemple.

El segundo capítulo está dedicado a la *naturaleza jurídica* de la eximente de miedo insuperable, esto es, a su *legitimación interna* (de acuerdo con la sistemática de la Teoría del Delito).

A mi entender, las cuestiones referidas al fundamento y a la naturaleza jurídica de una eximente, aunque se encuentran indudablemente vinculadas, presentan una problemática propia que merece la pena tratar por separado, lo cual explica su estudio en capítulos diferentes. La naturaleza jurídica de una eximente constituye la traducción sistemática de las

razones para la exención (esto es, el fundamento) dentro del aparato conceptual que representa la Teoría del Delito. Ello tiene por objeto, principalmente, mediante su clasificación escalonada en categorías, determinar el peso específico que presentan las razones para la exención de pena: la atipicidad de una conducta significa una razón más fuerte para la exención que la representada por una causa de justificación; ésta, a su vez, tiene mayor peso que una causa de inculpabilidad; y por último, una causa de inculpabilidad es una razón más sólida para la exención que la representada por una mera excusa legal absolutoria, que sólo expresa una determinada y coyuntural utilidad político-criminal. Por ello, se ha señalado que la cuestión de la naturaleza jurídica tiene importancia para los ciudadanos como expresión de la diversidad valorativa a que puede dar lugar el enjuiciamiento penal de sus acciones (HASSEMER, 1987:189 y ss.). De ello se deduce también su influencia en cuestiones conexas como son la participación, la responsabilidad civil, el deber de tolerar por parte del afectado, etc.

Sin embargo, la determinación del peso específico de una eximente dentro del sistema de causas de exención de la responsabilidad criminal dice poco todavía de su concreta fundamentación, esto es, de la razón de la exención, que por lo tanto ha de buscarse más allá del propio sistema conceptual configurado por las diferentes categorías del delito. Por este motivo, la determinación de la naturaleza jurídica de una eximente presenta, en realidad, poca utilidad respecto a la cuestión de su delimitación concreta. Así, por ejemplo, del hecho de que la legítima defensa sea una causa de justificación se puede derivar muy poco respecto de su concreta configuración, si no es recurriendo a su fundamento específico. Es por ello por lo que se ha considerado imprescindible abordar la discusión sobre el fundamento de la eximente como una cuestión previa y de mayor alcance que la referida a su naturaleza jurídica.

La segunda parte de la investigación, que comprende los dos últimos capítulos, tiene por objeto la delimitación práctica de la eximente de miedo insuperable, es decir, se trata de determinar cuándo debería aplicarse. El contenido concreto de la eximente se analiza en el tercer capítulo, a través del estudio detallado de las diversas condiciones o requisitos para su aplicación; tarea ésta de gran complejidad debido al silencio legislativo sobre este punto. En el cuarto y último capítulo se examina el ámbito de aplicación concreto de la eximente, mediante su diferenciación y delimitación respecto del resto de eximentes del código penal. Este capítulo tiene, por tanto, como objetivo determinar si el miedo insuperable tiene o no un ámbito autónomo de aplicación que justifique su mantenimiento dentro del catálogo de eximentes del código penal.

Por último quisiera remarcar que la investigación se apoya en material bibliográfico procedente de dos sistemas jurídicos diferentes, como son la dogmática penal continental y el sistema del *Common Law* propio de la tradición anglosajona. Ambos contienen causas de exención de la responsabilidad penal análogas a nuestro miedo insuperable, como son el parágrafo 35 del Código Penal Alemán[3], y la defensa de *Duress* (que se podría traducir por "coacción" o "compulsión") en los ordenamientos anglo-americanos. Ciertamente, la elección de ambos ordenamientos no ha sido casual, porque al margen de que sean los sistema jurídicos más influyentes en la actualidad, presentan una diversidad en el enfoque y en la manera de resolver los problemas que plantea la aplicación del derecho penal, y así las eximentes de pena, que estimo de gran interés para la investigación sobre una determinada institución penal. Ello no puede significar olvidar el hecho de que la eximente de miedo insuperable es una causa de exención propia de nuestro ordenamiento penal, que no encuentra una traducción concreta en los sistemas jurídicos anteriormente mencionados, lo cual implica que el material bibliográfico extranjero haya de ser utilizado con cautela.

Evidentemente, esta investigación no pretende solucionar todos y cada uno de los problemas teóricos y prácticos que esta peculiar y misteriosa eximente presenta. Se trata únicamente de contribuir a su aclaración con el fin explícito de que ello posibilite una mayor atención de los tribunales a la que, hasta ahora, parece ser la gran olvidada dentro de las causas de exención de la pena.

Daniel Varona Gómez
Girona, 15 Septiembre1998.

---

[3] § 35 StGB: "Estado de necesidad exculpante. (1) El que ante un peligro inminente, no evitable de otro modo, para la vida, la integridad física o la libertad, comete un hecho antijurídico, con el fin de evitar un peligro para sí mismo, un pariente o una persona allegada a él, obra sin culpa. Esto no es válido cuando al autor podía serle exigible soportar el peligro en función de las circunstancias, en particular porque él mismo haya causado el peligro o porque se encuentre en una especial situación jurídica; no obstante, la pena podrá ser atenuada según el § 49 pár. 1, siempre y cuando el autor no hubiera de soportar el peligro en consideración a una especial situación jurídica.

(2) En el caso de que el autor suponga erróneamente en la comisión del hecho la concurrencia de circunstancias, que según el párrafo primero lo exculparían, sólo será penado en caso de que pudiese vencer el error. La pena se atenuará según el § 49 pár. 1."

CAPITULO I. EL FUNDAMENTO DE LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE.

1. Introducción.

En esta introducción voy a tratar dos cuestiones esenciales sobre las que se emplaza el posterior estudio del fundamento de la eximente de miedo insuperable. En primer lugar, debe determinarse qué es el fundamento de una eximente y por qué es ésta una cuestión primordial sobre la que se articulará la posterior configuración del miedo insuperable. En segundo lugar, pretendo argumentar por qué la discusión sobre el fundamento de la eximente se sitúa en un determinado marco teórico: el constituido por las teorías de filosofía política y moral que sirven de justificación del propio derecho penal (teorías de la pena).

1.1. Definición e importancia del fundamento de una eximente.

El fundamento de una eximente puede definirse como la razón por la cual el ordenamiento jurídico-penal reconoce o debe reconocer una determinada causa de exención de la responsabilidad criminal en un hecho en principio delictivo. De esta forma, *la cuestión del fundamento remite a una pregunta sobre las razones que justifican o legitiman el reconocimiento legal de una determinada eximente*, en nuestro caso, el miedo insuperable[1]. Esas razones, como veremos más adelante, tienen un determinado contenido filosófico-moral.

Los motivos que hacen relevante una discusión acerca del fundamento de una eximente son, esencialmente, los dos siguientes. En primer lugar, determinar el fundamento de una institución es presupuesto ineludible del estudio acerca de su naturaleza jurídica (LUZON, 1978:16); y en segundo lugar, al ser el fundamento de una eximente la razón última de su reconocimiento, se convierte en el criterio rector de su configuración e interpretación (HENKEL, 1954:291; LUZON, 1978:16).

La Teoría General del Delito, que representa el aparato conceptual elaborado por la dogmática penal continental para la solución de los problemas técnicos que la aplicación concreta del derecho penal plantea, se estructura en una serie de categorías que constituyen

[1] LUZON (1978:18, énfasis añadido), al tratar del fundamento de la legítima defensa y exponer la primera fundamentación posible, escribe: "Según esta teoría (...) *la razón de la impunidad* de la defensa se halla en...".

los diversos requisitos necesarios para la atribución de responsabilidad penal por un hecho (esto es, en su formulación más habitual: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad). Estas diversas categorías representan lo que se denomina la "naturaleza jurídica" de una determinada institución penal, y su importancia es decisiva desde el momento en que la inclusión de una causa de exención de la responsabilidad criminal en una u otra categoría conlleva importantes consecuencias, tanto teóricas como prácticas. Por tanto, si el fundamento de una eximente es el presupuesto de su naturaleza jurídica, porque la razón de la exención de pena determina, a su vez, su inclusión en una u otra categoría del delito, deviene ineludible el tratamiento de la cuestión previa relativa al fundamento del miedo insuperable.

A ello debe añadirse que, según mencioné, al ser el fundamento de una eximente la razón última de su reconocimiento, está también destinado a desempeñar un papel decisivo en su configuración y aplicación, al constituir el criterio rector de su interpretación Allí donde se plantee un problema o dificultad en la configuración y consiguiente aplicación de la eximente de miedo insuperable, deberá el fundamento de la misma servir de guía imprescindible para su resolución. La remisión al fundamento de la eximente no será, por tanto, infrecuente, por lo que de una adecuada fundamentación de la eximente de miedo insuperable dependerá en gran parte la claridad y coherencia de su aplicación.

Este papel reseñado del fundamento de una eximente adquiere, si cabe, aún mayor importancia por lo que se refiere a la eximente de miedo insuperable, pues debido a la parquedad de nuestro legislador penal, que se limita a eximir de responsabilidad al que obre "impulsado por miedo insuperable", el aplicador del derecho se encuentra prácticamente huérfano de toda indicación o apoyo legislativo a la hora de defender una u otra concepción acerca del miedo insuperable. A diferencia de otras eximentes, como la legítima defensa o el estado de necesidad, en donde los diversos requisitos exigidos por el legislador aportan datos importantísimos a la hora de elaborar su fundamentación y articular con ello su aplicación práctica, el nuevo código penal ha acentuado aún más, al derogar el requisito de la comparación de males, la carencia de apoyos legales a partir de los cuales proceder a la configuración de la eximente de miedo insuperable[2].

[2] Recordemos que la antigua redacción de la eximente requería que se actuara por miedo insuperable "de un mal igual o mayor", mientras que el actual código penal se limita a eximir de pena al que "obre impulsado por miedo insuperable". De todas maneras, y a fin de que no se me malinterprete, debo señalar ya desde aquí que la referida supresión del requisito de la comparación de males merecerá en este trabajo, por las razones que más adelante se explicitarán, una valoración positiva.

Quizá haya sido esto lo que ha ocasionado que gran parte de la elaboración dogmática sobre la eximente de miedo insuperable se haya llevado a cabo partiendo de una perspectiva e interpretación *sistemática o por defecto* de la eximente, esto es, determinando su contenido a partir del resto de eximentes del código penal; entendiendo con ello que el miedo insuperable debe ocupar un lugar más allá de las eximentes contempladas en el código penal. Sin embargo, aun siendo este proceder de gran valor constructivo, creo que sólo partiendo del fundamento de la eximente podremos concluir si ese espacio reservado y privativo de la eximente de miedo insuperable, al que una interpretación sistemática puede razonablemente llegar, presenta una verdadera justificación material, que en definitiva, pueda explicar la importancia y el valor de la eximente de miedo insuperable en nuestro derecho penal. Dicho con otras palabras: de lo que se trata, a mi entender, no es tan sólo de hallar el lugar privativo que la eximente de miedo insuperable tiene reservado dentro del conjunto de eximentes, sino de preguntarse por qué debe tenerlo, es decir, *por qué razón material o filosófico-moral es preferible un ordenamiento penal que contenga la eximente de miedo insuperable a otro que no la contemple.* Y esto sólo puede explicarse a partir del fundamento de la eximente.

Pero sin lugar a dudas, donde con mayor claridad se aprecia la necesidad e importancia de la fundamentación de la eximente de miedo insuperable es con respecto a su aplicación en los tribunales. La aplicación jurisprudencial del miedo insuperable viene definida principalmente por la contraposición entre, por un lado, su fundamentación psicológica, que concibe a esta eximente como un trastorno psíquico que ocasiona una situación de inimputabilidad momentánea; y por otro lado, su configuración normativa, a través de la exigencia unánime de toda una serie de requisitos normativos para su estimación. Al margen de que la exigencia de la mayoría de tales requisitos quepa considerarla contradictoria con la propia fundamentación de la eximente que la jurisprudencia defiende, lo que ahora interesa destacar es que uno puede legítimamente preguntarse de dónde extraen nuestros tribunales toda la serie de requisitos que entienden necesarios para aplicar la eximente de miedo insuperable, y cómo se les dota de contenido, ya que resulta indiscutible que tales exigencias no se encuentran en el texto de la ley[3].

---

[3] Considérese, en este sentido, el siguiente panorama orientativo de la numerosa y contradictoria exigencia de requisitos normativos por parte de nuestra jurisprudencia (que serán estudiados con atención en el capítulo III): se exige que el mal sea real (aunque también se ha admitido excepcionalmente que el miedo puede provenir de una falsa apreciación de la situación por parte del autor), se exige que el miedo no sea controlable por el "común de las personas" (aunque también se ha señalado que no pueden despreciarse los componentes subjetivos del autor), se requiere también que el mal sea inminente (aunque no han faltado sentencias que admiten que el miedo puede gestarse de una manera lenta y paulatina), se exige en ocasiones que el mal afecte a bienes jurídicos de esencial importancia para la persona, como su vida o integridad física

Para ello, de nuevo, resulta imprescindible la discusión previa sobre el fundamento de la eximente, pues, por ejemplo, no podemos decidir si debe reconocerse la eximente de miedo insuperable en aquellos supuestos en los que la persona obre en la errónea creencia de la existencia de un mal amenazante, si antes no hemos determinado por qué razón el ordenamiento penal debe reconocer en general la propia eximente.

1.2. Marco teórico para la discusión sobre el fundamento de la eximente de miedo insuperable.

La discusión sobre el fundamento de la eximente de miedo insuperable se sitúa en un marco teórico determinado: las teorías de filosofía moral y política que justifican el propio derecho penal. Estas teorías se estudian por la dogmática continental fundamentalmente en el ámbito de la justificación racional o legitimación de la pena, por lo que reciben tradicionalmente el nombre de "teorías de la pena"; sin embargo, creo conveniente trasladar la discusión que estas teorías presentan también a la fundamentación de una causa de exención de la responsabilidad criminal, y en concreto, en nuestro caso, al miedo insuperable. A mi entender, existen dos razones principales que aconsejan este proceder, que tienen que ver, en primer lugar, con la importancia que las cuestiones de política-criminal desempeñan en la Teoría del Delito; y en segundo lugar, con el intento de dotar a la cuestión del fundamento de un alcance más amplio que el relativo a la naturaleza jurídica; lo cual, según veremos, será de gran importancia a la hora de proceder a su configuración concreta.

Respecto al primer punto, debe subrayarse que, ciertamente, el rasgo característico de la dogmática penal de las últimas décadas parece ser la integración de las cuestiones de política-criminal en el aparato conceptual de la teoría general del delito, que se reformula y reinterpreta (y con ello sus diversas categorías) a partir de los respectivos fines político-criminales que se atribuyen al derecho penal; superando, de esta manera, el "razonamiento hermético" (HASSEMER, 1993:41-44) característico de la dogmática penal tras la segunda guerra mundial. El punto de partida de este entendimiento de la dogmática penal suele situarse en la obra de ROXIN *"Política criminal y sistema de derecho penal"* (1970), y creo

---

(pero también se ha señalado que cabe la eximente respecto a amenazas contra el patrimonio), se requiere también que el mal sea inevitable por otros medios, que no haya sido provocado por el autor, que no deba tolerarse por ser un mal lícito, e incluso en alguna ocasión se ha aludido al deber de ciertas personas de tolerar el peligro y resistir el miedo.

que puede afirmarse sin temor que la configuración teleológica del derecho penal es la corriente preponderante en la doctrina penal de la actualidad:

> Se ha de partir de la tesis de que un sistema moderno de derecho penal debe estructurarse teleológicamente, esto es, debe construirse a partir de finalidades valorativas.(...) Las finalidades conductoras, que constituyen el sistema de derecho penal sólo pueden ser de carácter político-criminal. Pues los presupuestos de la punibilidad deben por supuesto orientarse a las finalidades del derecho penal.(ROXIN, 1994:162-163)[4]

Sin embargo, si bien no parece discutible la influencia decisiva que dichas consideraciones juegan en la articulación de las diversas categorías del delito, sigue siendo una cuestión debatida qué significa exactamente la reconstrucción del delito a partir de tales consideraciones político-criminales y cuáles son, de hecho, las consideraciones político-criminales que deben participar en esta labor[5].

Ello es particularmente visible en la categoría del delito que ha sido más proclive a la integración en su seno de consideraciones político-criminales, esto es, la culpabilidad; donde los partidarios de la construcción teleológica del derecho penal han subrayado el papel que en este ámbito desempeñan las necesidades de prevención general, convertidas de este modo en el criterio político-criminal rector de esta categoría penal[6]. Por ello, no puede

---

[4] Como subraya SILVA (1997:18): "es lo cierto que, en la actualidad, pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar *consideraciones político-criminales* en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías. Quizá no sea ajeno a ello el hecho de que probablemente en la práctica ese modo de proceder (en su sentido más amplio: orientación de la elaboración doctrinal de la teoría del delito a la obtención de ciertas finalidades 'prácticas' en relación con la persecución de la criminalidad) siempre se ha dado, incluso cuando se *declaraba* que el sistema se construía en virtud de razonamientos puramente deductivos a partir de axiomas incontestables...". En nuestra doctrina pueden encontrarse expresas asunciones genéricas de este planteamiento, entre otros, en BUSTOS/HORMAZABAL (1994:203: "hoy la dogmática ha de tener además un carácter material y político-criminal"); MUÑOZ CONDE (1980:50: "Dogmática jurídico penal y Política Criminal están condenadas a llevarse bien"; vid. ya en su introducción al libro de ROXIN, 1972:10); MIR (1982:41-42: "La teoría del delito no se halla, en efecto, desvinculada del fundamento y la función de la pena (...) siendo la teoría del delito la que establece los presupuestos generales de la pena, ha de elaborarse teleológicamente..."); SILVA (1992:293 y ss.) y ROMEO CASABONA (1997:13).

[5] Como ya destacara STRATENWERTH (1977:123), el estado actual de la ciencia y de la práctica penal se caracteriza por el descubrimiento y la manifestación del papel que las consideraciones político-criminales, y entre ellas, fundamentalmente, los fines preventivo-generales desempeñan en todo el sistema del derecho penal; pero a la vez por la falta de una discusión trasparente sobre qué son y dónde están tales consideraciones. Esta falta de transparencia posibilita alusiones indeterminadas a esos fines con motivos que frecuentemente no juegan a favor del individuo, sino en contra. Una situación que el propio autor considera inaceptable.

[6] Vid. ROXIN (1974:*passim*), donde, tras criticar los intentos tradicionales de reconstrucción de la categoría de la culpabilidad, concluye que "los principios político-criminales de la doctrina sobre el fin de la pena sostienen la categoría sistemática que generalmente se denomina ' Culpabilidad' " (1974:181). Más adelante

extrañar que también por lo que se refiere a la eximente de miedo insuperable, tradicionalmente situada en la categoría de la culpabilidad, se pueda constatar la importancia que alusiones a la prevención general juegan tanto en su configuración teórica como en su aplicación práctica[7].

En definitiva, si se parte de la decisiva incidencia que las consideraciones político-criminales relativas a las finalidades del derecho penal desempeñan en toda su construcción teórica y aplicación práctica, y por tanto, también en la configuración de una causa de exención de la responsabilidad penal, debe procederse a una discusión abierta sobre ellas[8], lo cual sólo parece posible desde las propias teorías de filosofía política y moral que justifican el derecho penal; *pues estas teorías son, precisamente, la respuesta racional que la doctrina penal ha pretendido dar al problema de los fines y principios justificantes a los que el derecho penal debe ajustarse.* De esta manera, se consigue situar la discusión en los márgenes de un marco definido en el que sea posible discutir y valorar racionalmente las apelaciones de política-criminal.

El segundo motivo por el cual la discusión sobre el fundamento de la eximente de miedo insuperable se sitúa en el marco de las doctrinas de justificación del derecho penal, deriva del hecho de que, a mi entender, el problema del fundamento de una institución penal, y en nuestro caso, de una causa de exención de la responsabilidad criminal, remite a una discusión sobre su legitimación política y moral; cuestión esta que, en el ámbito de la dogmática continental, queda a menudo en segundo plano.

---

concreta que "por lo que se refiere a la doctrina sobre el fin de la pena, hoy es casi opinión dominante (...) que una pena sólo puede aplicarse cuando ello sea imprescindible por motivos de prevención especial o general para mantener el pacífico orden social."(1974:182). En nuestro país, BUSTOS/HORMAZABAL (1994:212) subrayan cómo el planteamiento preventivo general ha tenido una gran proyección en la doctrina española (aludiendo concretamente a la categoría de la culpabilidad vid. SILVA, 1992:294, not.469).

[7] Consideraciones político-criminales referentes a la prevención general parecen haber sido lo que ha conducido a nuestro T.S. a la estricta exigencia de toda una serie de requisitos para aplicar la eximente de miedo insuperable "para evitar [como subraya la STS 12-5-1971, RAJ 2287)] la excesiva generalización del privilegio [de la eximente] o su inadecuada concesión..."; lo cual ha degenerado en la práctica inaplicación de la eximente completa. Ello ha sido destacado por CEREZO (1982:193): "es cierto que también aquí, en la delimitación por la doctrina o la jurisprudencia del carácter insuperable del miedo, pueden influir consideraciones preventivas."

[8] "No queda ninguna otra alternativa que la de analizar la influencia de los motivos político-criminales en la configuración concreta de la teoría tradicional de la culpabilidad. La dogmática chocará de ahora en adelante con los límites que no pueden superarse con sus medios tradicionales. Intrasistemáticamente, es decir, sin salir del principio de culpabilidad, no es posible explicar las limitaciones que rigen para la exclusión de la culpabilidad..." (STRATENWERTH, 1977:122).

Tal aparente minusvaloración del discurso político-moral que subyace en el reconocimiento de una determinada eximente parece ser debida al hecho de que las normas penales cuentan ya, en los ordenamientos continentales, con un fuerte argumento legitimador de carácter formal: la existencia de ciertos cuerpos legislativos que afirman la vigencia de las normas penales, perdiendo con ello importancia la discusión previa sobre su legitimación externa, esto es, sobre las razones de filosofía política o moral que las justifican. Por esta razón quizá, el objetivo prioritario de la dogmática penal continental ha sido la reconstrucción teórico-conceptual de las disposiciones penales ya dadas, con el objetivo de articular de la manera más precisa su aplicación (lo que se conoce con el nombre de *Teoría General del Delito*); lo cual podría explicar que se dediquen muchos más esfuerzos a la adecuada incardinación de una institución penal (así una eximente) en una u otra categoría de la teoría general del delito, que a la previa discusión sobre su legitimación externa, esto es, independiente de su formulación en una ley o código[9]. De esta manera, la discusión sobre la naturaleza jurídica de una eximente ha desplazado y encubierto normalmente la cuestión previa acerca de su fundamento[10].

A mi entender la discusión sobre el fundamento de una eximente, y así del miedo insuperable, debe recuperar el papel de legitimación sobre bases de filosofía moral y política, que pueda explicar por qué la eximente de miedo insuperable debe reconocerse como tal en el ordenamiento penal. Sólo a partir de este entendimiento parece tener sentido defender que la cuestión del fundamento de una eximente es previa e independiente de su naturaleza jurídica, esto es, de su integración en una u otra categoría penal; e igualmente, sólo desde la legitimación moral de la eximente se podrá, como veremos a lo largo de todo el trabajo, valorar por qué la eximente de miedo insuperable presenta una particular naturaleza que conduce a defender su singularidad y necesidad dentro del sistema de causas de exención de la pena.

---

[9] Quizá por esta razón, en los ordenamientos angloamericanos, al carecerse de la herencia del aparato codificador y su decisivo papel en la identificación del derecho, adquiere particular relevancia el problema del fundamento externo de las defensas (eximentes) penales; pues, a falta de disposiciones legislativas sobre el tema, pasa a primer término la cuestión previa sobre si una u otra eximente de pena debe ser o no reconocida por el derecho penal (como señala SMITH, 1989:1 y ss, aunque parte del derecho penal inglés se encuentra regulado por ley, el tema de las eximentes está aún dominado por el sistema del Common Law, esto es, del precedente judicial); discusión que toma como referente las doctrinas de justificación del derecho penal (a modo de ejemplo, vid. WERTHEIMER, 1987:148 y ss. y FINKELSTEIN, 1995).

[10] En este sentido, y por lo que se refiere a la eximente de miedo insuperable, cabe destacar que tanto DIAZ PALOS (1977), como HIGUERA (1991), tratan en sus estudios monográficos sobre esta eximente la cuestión de su naturaleza jurídica, pero no, de una forma concreta, de su fundamento. Igualmente CUERDA ARNAU (1997), en su reciente monografía se refiere únicamente al problema de la naturaleza jurídica de la eximente, aunque parece tratar bajo tal rúbrica conjuntamente la cuestión de su fundamento y su pertenencia a una determinada categoría penal.

Partiendo de esta premisa, creo que las bases de filosofía moral y política donde debe situarse la discusión sobre el fundamento de una determinada eximente, se encuentran en las teorías de justificación del derecho penal, ya que estas teorías son, precisamente, el resultado del examen acerca de las razones filosófico-políticas que se encuentran tras las normas penales. Por otra parte, un requisito ineludible de coherencia en el discurso argumentativo obliga a que si estas teorías o doctrinas son las que explican cuándo es legítimo el castigo penal, deban estar también en condiciones de explicitar y servir así para fundamentar cuándo y por qué razones no se debe castigar penalmente a un ciudadano, eximiéndole de pena por una acción concreta.

Por todo ello, a continuación se expondrá la discusión sobre el fundamento de la eximente de miedo insuperable a la luz de las doctrinas liberales que tradicionalmente han servido para la justificación del propio derecho penal[11].

2. La fundamentación utilitarista de la eximente de miedo insuperable.

Como señalan CID/MORESO (1991:159):

> Una ética utilitarista postula el siguiente enunciado: entre las diversas alternativas de acción posibles se ha de preferir aquélla que reporte mayor utilidad para la generalidad de los hombres (aquella que aumente la felicidad colectiva). Este principio se constituye en fin último en base al cual un

[11] Cabe destacar que ya en algunos estudios dedicados expresamente a la fundamentación de las eximentes, se ha subrayado por ciertos autores la necesidad de acudir a argumentos derivados de las doctrinas de justificación del castigo para tal tarea. En esta línea, LUZON (1978:62-63) destacó que el empleo del término "prevalecimiento del Derecho", como base para la fundamentación de la legítima defensa, "se toma de otra parte: *de la teoría de los fines o funciones de la pena*, donde se habla de prevalecimiento del Derecho para indicar la función de *prevención general* o de *intimidación* de la pena.". También BALDO (1994:93 y ss. vid. también 162 y ss.) ha subrayado, respecto a la fundamentación del estado de necesidad, que el habitualmente citado principio de ponderación de intereses es sólo un principio matemático, que responde a "la cuestión de *cuándo* una lesión o puesta en peligro de un interés jurídico-penalmente protegido debe considerarse justificada (...). Mas no responde a la cuestión de *por qué*, dada la mencionada 'preponderancia' de intereses, unos deben 'prevalecer' sobre los otros (...). Cuestión esta última a la que sólo pueden responder verdaderos principios 'axiológicos'". Principios que este autor deriva o bien de la doctrina filosófica utilitarista o bien de "criterios axiológicos de solidaridad intersubjetiva de orientación individual" (1994:94-95). Igualmente, LARRAURI (1997:74 y ss.) analiza el fundamento global de las causas de justificación a partir de las doctrinas filosóficas de justificación del castigo, extrayendo de ello interesantes consecuencias para la cuestión de la debatida naturaleza jurídica del estado de necesidad por colisión de males iguales (1997:88-89).

> utilitarista deberá proceder a realizar un juicio moral de todas las acciones humanas. (...)[12]

Aplicando esta filosofía al derecho penal, el más destacado defensor de esta teoría, J. BENTHAM, escribió:

> El objeto general que todas las leyes deben tener en común es aumentar la felicidad total de la comunidad, y, por tanto, en primer lugar excluir, tanto como fuere posible, todo aquello que tiende a disminuir la felicidad: en otras palabras, excluir el daño.
>
> Pero cualquier castigo es un daño: cualquier castigo es en sí mismo un mal. Bajo el principio de utilidad, si el castigo debe ser admitido, debe serlo sólo en el caso de que consiga excluir algún mal mayor. (1789:158)

Desde esta perspectiva utilitarista existe una doble posibilidad de fundamentación de la eximente de miedo insuperable. En primer lugar, la derivada del principio utilitarista del "mal menor" (*lesser evil*); y en segundo lugar, la resultante del *principio de efectividad* de la pena.

2.1. La fundamentación según el principio del "mal menor".

Desde el momento en que la eximente de miedo insuperable puede aplicarse, en principio, en aquellos casos en los que la persona evita con su acción un mal mayor que el que produce con la violación de la ley (ej. participa en un robo bajo la amenaza de muerte), una doctrina utilitarista procederá a justificar en estos casos la eximente en atención al principio del "mal menor". Según este principio, en toda situación de conflicto entre bienes jurídicos en la que uno de ellos haya necesariamente de perecer, debe darse primacía y con ello justificarse aquella acción que suponga la causación de un mal menor y la consiguiente salvaguarda del bien de mayor valor; pues en estos casos, la acción llevada a cabo produce mayor felicidad (tiene consecuencias sociales más beneficiosas) que infelicidad.

En este sentido, el propio BENTHAM (1789:159) consideró como el primer motivo por el cual el castigo no debía aplicarse, el caso en que éste fuera *injustificado*, como por ejemplo cuando el daño viniese compensado, esto es, cuando aunque se hubiera producido

---

[12] Por ello a una doctrina utilitarista suele denominarse también "teoría *consecuencialista*", pues, en palabras de un reconocido defensor de esta doctrina, "utilitarismo es la doctrina que enseña que la bondad de las acciones se ha de juzgar por sus consecuencias" (SMART, 1974:248); en concreto, para un utilitarista "la única razón para ejecutar una acción A más que una acción alternativa B es que hacer A hará a la humanidad (o, quizá, a todos los seres vivientes) más feliz que hacer B"(SMART, 1981:40).

un daño con el acto, éste fuese al mismo tiempo "necesario para la producción de un beneficio que fuese de mayor valor que el daño", como pudiera ser el caso de una acción "de carácter precautorio contra una calamidad instantánea"[13].

Sin embargo, esta posible fundamentación utilitarista de la eximente de miedo insuperable presenta diversas dificultades que conducen a su desestimación. En primer lugar, se enfrenta con el importante problema de determinar qué debe formar parte exactamente del cálculo de utilidad: ¿la derivada del concreto acto en cuestión o la genérica que surge de elevar la concreta acción acaecida a regla de conducta?. Para ilustrarlo con un ejemplo real: en los numerosos casos juzgados por los tribunales norteamericanos en los que se planteó la absolución de presidiarios que huyeron de las cárceles debido a amenazas por parte de sus compañeros, los jueces se encontraron ante una doble alternativa: por un lado, valorar si *la fuga* es la acción preferible debido al conflicto de intereses en juego (lo que normalmente debía afirmarse debido a que las amenazas se dirigían contra la vida o la integridad física y sexual del prisionero); y por otro lado, analizar si *la absolución* del fugado sería la acción que comportaría consecuencias más beneficiosas para la sociedad en su conjunto.

Como bien remarca FLETCHER (1974:1285 y ss.), en su análisis de estos casos, las oportunidades de eximir de pena al acusado se desvanecen una vez los jueces desvían su atención de un juicio a otro y empiezan a considerar la cuestión del balance de intereses en su formulación más amplia, esto es, representándose la posible generalización de la concreta conducta enjuiciada que se derivaría de la absolución de la persona, pues en tal caso, cuando aparezca un interés lo suficientemente poderoso como para desequilibrar la balanza en contra de la exención de pena (como podría ser, en este caso, el mantenimiento de la disciplina en las prisiones), sus esperanzas de evitar el castigo se habrán esfumado[14]. Por esta razón, concluye este autor, dirigir la atención del caso a un problema de valoración de los males implicados, tal y como lleva a cabo esta fundamentación utilitarista de la

---

[13] Siguiendo esta fundamentación utilitarista LA FAVE/SCOTT (1986:374), entienden que "la razón de la defensa de *duress* [término que se podría traducir por coerción o compulsión, y representa la eximente análoga en el ordenamiento anglo-americano a nuestro miedo insuperable] estriba en que, por razones de política social, es mejor que el acusado, enfrentado con una elección de males, escoja el mal menor." (vid. también WILLIAMS, 1961:755, que subraya que uno de los motivos por los que se reconoce la defensa de *duress* es porque "el daño causado por la violación de la letra de la ley es menor que el daño que amenaza ilegalmente al acusado. Desde un punto de vista social el acusado puede haber hecho lo mejor actuando para evitar el mal.", y DENNIS, 1980:228).

[14] En este sentido, en uno de estos casos el tribunal subrayó que "parte del daño que el acusado debe ponderar en la balanza sería la destrucción de la disciplina general de la prisión" (cit. en FLETCHER, 1974:1285, not. 57).

eximente, perjudica a la persona, al permitir la relevancia de consideraciones no directamente ligadas con su actuación.

Pero el principal problema que esta fundamentación utilitarista del miedo insuperable presenta es que con ella esta eximente queda reducida a los casos en los que la acción de la persona ocasiona un mal menor, dejando con ello fuera de su ámbito los supuestos de mal igual o mayor. Ello contradice ya de entrada la regulación legal de la eximente de miedo insuperable, pues *esta eximente*, después de la modificación llevada a cabo por el nuevo código penal, *no viene ya limitada a los supuestos en que se ocasiona un mal igual o menor*, sino que puede aplicarse en principio también en los casos de producción de un mal mayor. En definitiva, la fundamentación utilitarista de la eximente de miedo insuperable ligada al principio del "mal menor" no puede aportar razones para explicar la exención de pena en todos los supuestos de posible aplicación de la eximente[15], con lo que, en el mejor de los casos, *sólo puede ofrecer una fundamentación parcial de la eximente*, que sólo sería plausible si previamente se demostrara que no existen *otras* razones para eximir de pena en los casos no cubiertos por el principio del "mal menor".

Sin embargo, nuestra intuición nos dice que también en los casos en que, obrando por miedo insuperable, se ocasione un mal igual o mayor, pueden existir razones (otras razones diferentes de las condensadas en el principio del "mal menor") que expliquen la exención de pena[16]. Por todo ello, como bien dice DRESSLER (1989:1353), la fundamentación utilitarista basada en el principio del "mal menor" sólo podría explicar los supuestos fáciles de miedo insuperable. En esta eximente está en juego algo más que la simple comparación de males.

---

[15] Cabe aclarar que una fundamentación utilitarista de la eximente que tome como base la comparación de los males en juego, puede llegar quizá a la justificación de la causación de un mal de igual gravedad que el evitado (en este sentido vid. LARRAURI, 1997:89, según la cual, para una teoría utilitarista "un comportamiento que cause tanta felicidad como infelicidad puede ser un comportamiento permitido, desde el momento en que no puede establecerse un curso de acción preferente sobre la base del cálculo de utilidad"), pero en todo caso sería incapaz de abordar la causación de un mal mayor (vid también DRESSLER, 1984:82, 88).

[16] De hecho, esta intuición (la denomino así porque aún no se han explicitado el razonamiento concreto que la apoya) ha sido puesta de relieve desde nuestra primera doctrina penal. En este sentido, ya criticaba PACHECO (1867:172 y ss.) la ponderación de males exigida en el código penal de 1848 (del cual deriva la redacción actual de la eximente, y que entonces se refería a que se debía obrar impulsado por un "mal mayor"), aludiendo a una serie de ejemplos con los que el autor pretendía demostrar la estrechez de la fórmula legislativa, pues podían existir casos en los que, a pesar de causarse un mal igual o mayor que el evitado, la persona debía quedar exenta de pena: "No es el miedo de un mal mayor el que me ha hecho obrar,

En tercer lugar y por último, debe destacarse que esta fundamentación basada en el principio del "mal menor", se encontraría posteriormente con el grave problema de justificar la singularidad de la eximente de miedo insuperable respecto la de estado de necesidad, que puede recoger ya, tal como se deriva de los requisitos exigidos por la ley para la aplicación de esta eximente, los casos de conflicto entre males en los que se ocasione un mal igual o menor que el evitado. Esta fundamentación utilitarista podría privar, pues, a la eximente de miedo insuperable, de todo valor como eximente autónoma.

2.2. La fundamentación según el principio de efectividad de la pena.

Como hemos visto, la filosofía utilitarista parte de que la pena es un mal, cuya justificación sólo puede encontrarse en la evitación de un mal de mayor gravedad para la sociedad. Este mal de mayor gravedad consiste, según la óptica utilitarista, en la elevada inseguridad social que se derivaría de la inexistencia de un aparato coercitivo que obligara a las personas, bajo la amenaza de la imposición de un castigo, a respetar las leyes penales. Siguiendo esta perspectiva, de nuevo en palabras de BENTHAM,

> *La prevención general debería ser el fin principal de la pena, así como su justificación real.* (...) cuando consideramos que un crimen impune deja abierto el sendero del crimen, no sólo para el delincuente, sino también para todos aquéllos que pueden tener los mismos motivos y oportunidades para emprenderlo, percibimos que la pena infligida al individuo se torna una fuente de seguridad para todos. Ese castigo que, considerado en sí mismo, aparece infame y repugnante para todos los sentimientos generosos, es elevado al primer rango de beneficios, cuando es contemplado no como un acto de cólera o venganza contra un individuo culpable o infortunado que ha cedido a maliciosas inclinaciones, sino como un *sacrificio indispensable para la seguridad común.*[17]

La función preventiva (de delitos) del derecho penal se convierte de esta manera en la condición primordial para que esta institución social pueda maximizar la felicidad colectiva,

---

pero ha sido el de un mal grave, el de un mal próximo. Esto basta para la conciencia: ésto debia haber bastado para la ley.".

[17] Cita en v. HIRSCH/ASHWORTH (1992:63, énfasis añadido). BENTHAM repite esta idea cuando escribe "el fin inmediato principal de la pena es el control de la acción. Esta acción es o bien la del ofensor, o bien la de los demás: la del ofensor se controla por su influencia, o bien en su voluntad, en cuyo caso se dice que opera en la forma de *reformación*; o en sus facultades físicas, en cuyo caso se dice que opera en la forma de *inhabilitación*. La de los demás sólo puede influenciarse a través de la influencia en sus voluntades, en cuyo caso se dice que opera en la forma de *ejemplaridad*." (1789:158); siendo este objetivo de la ejemplaridad el más importante (1789:180). En el mismo sentido, señala un importante utilitarista, SIDGWICK, que "Cuando me refiero a que A es responsable por un comportamiento dañoso, con ello quiero decir que es correcto castigarle por ello, y en concreto, en primer lugar, para que el miedo a la pena le persuada a él y a otros de cometer en el futuro los mismos comportamientos" (cit. en BURKHARDT, 1983:65).

compensando los daños causados por ella con la imposición de los castigos. Ello lleva al utilitarista a reconocer que la pena pierde su razón de ser allí donde su imposición no pueda servir para prevenir delitos; es decir, sea inefectiva (*principio de efectividad*)[18]; ya que en este caso la pena significaría la causación *inútil* de un daño. Según este principio, pues, no podrán castigarse aquellos comportamientos inevitables, por ser imprevisibles o haber sido realizados por personas no motivables, esto es, que no estén en condiciones de comprender y comportarse de acuerdo con las normas penales (CID/MORESO, 1991:161).

Respecto a la eximente de miedo insuperable, la segunda fundamentación posible por parte de la doctrina utilitarista sería entonces, precisamente, que *en las situaciones de miedo insuperable la persona es no es motivable por la sanción penal*, debido a las particulares circunstancias en las que se inscribe su acción. En este sentido, BENTHAM cita entre los casos en los que la pena es ineficaz aquellos en que

> ...aunque la cláusula penal podría ejercer una plena y prevalente influencia, si fuese a actuar sola, sin embargo, por la influencia *predominante* de alguna otra causa opuesta sobre la voluntad, debe ser necesariamente inefectiva; porque el daño que se va a sufrir, en caso de *no* llevar a cabo el acto, es tan grande que el daño anunciado por la cláusula penal en caso de realizar la acción, no puede aparecer de mayor entidad. Ello puede ocurrir (...) 2. En caso de la *amenaza de un mal*, donde éste proviene de la voluntad consciente e intencional de un hombre. (1789:162)[19]

En nuestra doctrina penal histórica puede apreciarse una fundamentación de la eximente de miedo insuperable desde esta perspectiva en las siguientes palabras de CARDENAS (1848a:317-318):

> La pena tiene por objeto instruir á la sociedad, enmendar al culpable y prevenir otros delitos que pudieran cometerse en lo sucesivo. Pues bien, ninguno de estos resultados se consigue castigando al que en una necesidad extrema se arroja á cometer una acción penada. ¿Qué aprendería la sociedad con ver en el

[18] El segundo caso en el cual BENTHAM reconoce que la pena no debería imponerse es aquél en el que ésta sea "*ineficaz*, cuando no pueda prevenir el daño." (1789:159).

[19] Una temprana explicación utilitarista de la eximente por medio de esta alusión a la motivación de la persona puede apreciarse en el *Leviatán* de HOBBES: "Si un hombre, por temor a un muerte inmediata, se ve forzado a cometer un hecho que va contra la ley, será excusado totalmente, pues ninguna ley puede obligar a un hombre a abandonar su propia preservación. Y suponiendo que tal ley fuera obligatoria, un hombre razonaría así: *Si no lo hago, moriré ahora mismo; y si lo hago, moriré después* [suponiendo que el delito esté castigado con pena de muerte]. *Por tanto, haciéndolo ahora habré ganado algún tiempo más de vida.*" (1651:242). En la doctrina alemana ya FEUERBACH (en 1801) ofreció la misma fundamentación para las situaciones de necesidad (vid. NEUMANN, 1988:332). Y en la francesa vid. ROSSI (1883:331: "Aquel que teme la muerte, que prefiere cometer un homicidio á perder su propia vida, ¿se contendrá con la amenaza de una pena remota?").

> suplicio al náufrago desgraciado que para salvar su vida mató á su compañero de infortunio? ¿Qué pena bastaría para obligarle á dejarse morir de hambre si otra vez volviera á encontrarse en circunstancias parecidas? ¿Qué escarmiento sería suficiente para evitar que en lo sucesivo obren del mismo modo los náufragos que se hallan en tan desesperada situación? (...)
>
> Es consecuencia rigurosa de esta doctrina que siempre que se pruebe que ha habido en la ejecución de un acto penado coacción moral invencible, debe excusarse al autor de todo castigo.

Debe destacarse que la razón de la absolución según esta segunda posible fundamentación utilitarista de la eximente de miedo insuperable es valorativamente distinta que la que se obtiene con el anteriormente estudiado principio del "mal menor". En este último caso, el utilitarista procederá a afirmar el carácter valioso (o por lo menos no desvalioso, si se acepta la inclusión en este principio del mal igual) de la conducta de la persona, al salvarse con ella un bien de mayor valor; por lo que, independientemente de que esa persona sea o no motivable, su acción no recibirá sanción penal. En este supuesto, pues, la cuestión de la motivabilidad es secundaria, porque al ordenamiento penal no le interesa, ni quiere, motivar tales conductas con la imposición de una pena. La razón de la absolución en los casos de inefectividad de la pena es distinta: aquí el problema estriba en que el ordenamiento, aunque quiera (como podría ser el caso de la causación de un mal mayor), no puede motivar la conducta de la concreta persona que se encuentra en una situación de miedo insuperable (DRESSLER, 1984:81, not. 129).

Sin embargo, la fundamentación utilitarista de la eximente de miedo insuperable basada en la inmotivabilidad de la persona debe enfrentarse, a mi entender, con dos importantes problemas. En primer lugar, requiere que se demuestre que, efectivamente, en las situaciones de miedo insuperable la persona es inmotivable. El hecho de que en estos casos (salvo supuestos extremos discutibles) la persona afectada por el miedo no pierda sus facultades de comprender la prohibición penal y actuar de acuerdo con ella, parece jugar en contra de esta alusión a la inmotivabilidad, o como máximo, puede llevar a restringirla a un reducido número de casos en los que no parezca discutible la ineficacia de la pena, como los ejemplos citados en los que se amenaza a una persona con su muerte si no mata a otra[20].

---

[20] Un reconocido utilitarista, BRANDT (1992:252, énfasis añadido), se pregunta al tratar la eximente de coacción (*duress*) "Pero ¿cuán poderosa debe ser la motivación para evitar cierto delito, o para actuar de manera acorde a derecho?." Y responde: "Depende de la ofensa (...). Pero la aversión a violar algunas leyes no puede esperarse que sea capaz de competir con otros motivos, como una amenaza inminente y presente de *muerte o de grave lesión corporal*...". Vid. también la propia cita de BENTHAM. Señalan críticamente este limitación del argumento utilitarista a casos extremos DRESSLER (1989:1371); ASHWORTH (1995:223) y FINKELSTEIN (1995:263). En nuestra doctrina, LUZON (1996:622) se refiere a que el reconocimiento de

Esta problemática deriva del hecho de que la eximente de miedo insuperable ha planteado desde siempre la cuestión de que, aun siendo indiscutible que la amenaza y el miedo afectan a la decisión de la persona, parece claro que no la colocan en una situación tal que dicho miedo determina necesaria e ineludiblemente su actuación[21]. Desde este punto de vista, la doctrina utilitarista podría conducir al no reconocimiento de la eximente de miedo insuperable o su degradación a la categoría de mera atenuación de la pena, pues no siendo la persona inmotivable por la pena podría dejarse que ésta produjese todo su efecto motivador para impedir con ello la comisión del delito. Es decir, el argumento en favor de la eximente, centrado en la ineficacia preventiva de la sanción penal en situaciones de coacción o amenaza,

> ...no tiene en cuenta que la ley es en sí misma un sistema de amenazas. Ley y coacción comparten el mismo negocio. En palabras de STEPHEN [influyente jurista inglés del siglo XIX] (...): "El derecho penal es en sí mismo un sistema de compulsión en su gama más amplia. Es una colección de amenazas de lesionar la vida, la libertad y la propiedad de la gente si cometen crímenes. ¿Van a ser vencidas esas amenazas tan pronto como sean confrontadas con amenazas opuestas? La ley le dice a un hombre que intenta cometer un homicidio, si lo haces te colgaré. ¿Va la ley a retirar su amenaza si otro cualquiera le dice, si no lo haces te pegaré un tiro?. Seguramente es en el momento en que la tentación al crimen es más fuerte que la ley debería pronunciarse más enfática y claramente en sentido opuesto." Si este argumento es correcto, como pienso que lo es, da argumentos no sólo en contra de permitir las defensas de *necessity* y *duress* [coacción], sino también contra su mero efecto atenuante. De hecho, si fuéramos a considerar sólo el efecto preventivo, la conclusión debería ser seguramente que los crímenes cometidos bajo amenaza deberían ser más severamente castigados que los crímenes normales, pues una amenaza más severa de castigo será necesaria para contrapesar las amenazas constitutivas de la coacción.
>
> Es una gran desgracia estar en una situación en la que uno debe matar y sufrir las consecuencias [se refiere aquí el autor a la pena], o ser él mismo asesinado: todo hombre debe rezar para no encontrarse nunca entre el diablo y el abismo.

---

una causa de exculpación sobre la base del efecto preventivo-general de la pena sólo es posible "en situaciones extremas".

[21] Vid. en este sentido, MIR (1982:97), que alude a este tema para criticar la fundamentación de la culpabilidad basada en la necesidad preventiva de la pena: "quienes actúan en situación de inexigibilidad (...) no pierden necesariamente su capacidad de atender a la llamada de la norma, como lo prueba no sólo la posibilidad de actos heroicos, sino también el que, en ciertos casos (bomberos, militares, etc.), la ley imponga un mayor nivel de exigencia."; y AYALA (1993:103): "El Derecho Penal se encuentra con un individuo que no resulta inmotivable, es accesible a la función de llamada del tipo, goza de aptitud psíquica de autoregulación de su conducta por miedo al castigo penal". Quizá por esta razón GIMBERNAT, que ha defendido tal fundamentación de la culpabilidad en la necesidad preventiva de la pena, nunca ha considerado a la eximente de miedo insuperable como una eximente perteneciente a la categoría de la culpabilidad (vid. *infra* Cap II.).

> Pero si la ley retira el abismo, entonces el hombre irá dondequiera que el diablo le lleve (KENNY, 1982:205)[22].

En resumen, si la persona, como sucede en la situación de miedo insuperable, no es en realidad inmotivable por las normas, resulta difícil aceptar que la eximente de miedo insuperable pueda derivarse sin problemas del principio utilitarista de la efectividad de la pena. Más bien, esta fundamentación utilitarista parece situarla en un terreno controvertido e inestable, pues desde los propios postulados utilitaristas podrían presentarse argumentos en contra del reconocimiento de la eximente, en aras de un mayor efecto preventivo de la pena.

Para intentar esquivar este problema, una doctrina utilitarista podría reconocer que la falta de motivación normativa que acontece en las situaciones de miedo insuperable es, en realidad, una *presunción*. Esta presunción de inmotivabilidad podría articularse mediante la ficción del "ciudadano medio": el ordenamiento penal partiría de que la pena es inefectiva desde el punto de vista preventivo cuando no pueda cumplir su función motivadora de acuerdo al estándar de comportamiento configurado por el "ciudadano medio"[23]. Sin embargo, este estándar de comportamiento, al margen de que presenta singulares problemas que serán analizados más adelante (vid. *infra* Cap. III), en realidad parece desplazar el problema desde la óptica de la inefectividad de la pena a otras consideraciones, pues ¿por qué razón (utilitarista) debe partirse de una tal presunción de inmotivabilidad de la pena?. Es decir, si se admite que la persona que se encuentra en situación de miedo insuperable no es, de hecho, inmotivable, y que por lo tanto la amenaza de la pena puede desplegar un efecto sobre su conducta, renunciar a la pena sobre bases utilitaristas requiere que se demuestre por qué tal renuncia provocará mayor utilidad para la colectividad, aun a costa de cierto déficit en la prevención más eficaz del delito. Creo que un análisis utilitarista más profundo de las eximentes penales, y en nuestro caso del miedo insuperable, puede finalmente, como seguidamente veremos, llegar a identificar la mayor utilidad colectiva que un completo sistema de causas de exención de la pena lleva consigo. Pero aunque ello sea factible, la fundamentación utilitarista de las eximentes penales presenta un importante problema adicional.

---

[22] En el mismo sentido, HALL (1947:419). Vid. también SCHAFFSTEIN (1933:41-51), quien se apoya en argumentos preventivo-generales para rechazar el pensamiento de la inexigibilidad. Señalan críticamente esta consecuencia del utilitarismo, entre otros, DRESSLER (1989:1371), ASHWORTH (1995:419) y FINKELSTEIN (1995:263).

[23] Vid. DENNIS (1980:234): "El argumento preventivo es claro. Si asumimos que el acusado actuó como una persona razonable al no resistir la amenaza, y que ambos, él y la persona razonable, hubieran actuado del

Este (segundo) problema con el que debe enfrentarse la fundamentación utilitarista de la eximente de miedo insuperable consiste en que, aunque se parta efectivamente de una presunción de inmotivabilidad, una doctrina utilitarista no parece poder asegurar que inmotivabilidad sea siempre sinónimo de inefectividad de la pena, ya que pueden existir argumentos que, en función de la relevancia de consideraciones preventivo-generales, apoyen la denegación o restricción de la eximente. Esta objeción, centrada en el decisivo papel que las consideraciones preventivo-generales juegan en la doctrina utilitarista, ha sido empleada por diversos autores para rebatir la posibilidad de que tal doctrina pueda fundamentar de forma adecuada las causas de exención de responsabilidad previstas en la ley penal.

El autor que, probablemente, ha contribuido de forma más decisiva a esta crítica es HART (1968:19 y ss., 43 y ss.), en su libro *Punishment and Responsibility*. Según sus propias palabras, el argumento de BENTHAM sobre las eximentes "es de hecho un espectacular *non sequitur*". Ello porque BENTHAM pretende probar que castigar al loco, al menor o a aquéllos que incumplen la ley involuntariamente o bajo coacción o incluso por necesidad, es ineficaz, pero todo lo que prueba (como máximo) es que la amenaza de la pena será inefectiva sólo con respecto a la clase de personas que presentan tales condiciones. Pero puede ser perfectamente eficaz y tener así efectos preventivos respecto a las demás personas, porque puede asegurar un grado más elevado de conformidad con la ley por parte de la comunidad que el que se consigue admitiendo las eximentes[24]. Por ello, según HART, si sólo estuvieran en juego los principios utilitaristas, no se deberían admitir las exenciones de pena representadas por las eximentes.

En definitiva, la pena no tendría efecto preventivo en el caso de la eximente de miedo insuperable si se tomase como referencia sólo al concreto afectado por la situación, pero sí podría tener efectos preventivos si la referencia fuese la comunidad, porque:

Primero. Tendría como resultado la afirmación de la vigencia y respeto de las normas por encima de cualquier otra consideración, con lo cual se robustecería el estándar de

---

mismo modo cualquiera que sea la actitud de la ley, entonces la imposición del castigo no puede actuar como mecanismo preventivo individual o general."

[24] "La inutilidad de la *amenaza* contra un individuo concreto o clase de ellos, no implica que el *castigo* de ese individuo o clase no pueda ser requerido para mantener en un nivel alto la eficacia de las amenazas respecto a los demás. De hecho, puede ser el caso que hacer depender el castigo de la ausencia de condiciones

comportamiento exigido por el derecho, y así el grado de su cumplimiento. Para ilustrar esta cuestión, FLETCHER (1978:815) pone el siguiente ejemplo: supongamos que un enajenado mental mata a una persona estrangulándola con una cuerda. Quizá el caso sería entendido por los ciudadanos como un tema de estrangulamiento. ¿Qué nos hace pensar que el único hecho que le interesaría a los ciudadanos sería la enajenación del autor?. De hecho, si la defensa de enajenación fuese abolida, la cuestión ni siquiera sería debatida; ni habría expertos opinando sobre ella. Entonces, no está claro que el ciudadano experimentara el caso como uno en el que se acusa a un enajenado mental y castigando al autor se fortalecería la inhibición general contra la estrangulación[25].

Segundo. El castigo evitaría que ciertas personas tuviesen la tentación de engañar al juez con la alegación falsa de alguna eximente. Ello sucedería porque, desde el momento en que el ordenamiento jurídico contempla toda una serie de exenciones de pena, y más si ellas tienen, como el miedo insuperable, un contenido emotivo de difícil constatación, algunas personas pueden tener la expectativa de alegar falsamente una eximente en un delito cometido, con la esperanza de que les fuese concedida, o sirviese, por lo menos, para atenuar la pena[26].

Tercero. La imposición de la pena también podría servir para evitar o prevenir las situaciones de miedo insuperable. Es decir, la pena tendría aquí un efecto preventivo

---

excusantes sea la manera más eficiente de mantener las leyes con el menor coste en sufrimiento. Pero éste no es *obvia* o *necesariamente* el caso." (HART, 1968:43)

[25] Destaca también esta idea STRATENWERTH (1977:111) cuando critica que a los efectos preventivo-generales lo decisivo "no es precisamente la culpabilidad real, sino la atribución de la culpabilidad - la culpabilidad, como dice ROXIN, sería un 'hecho psicológico social'. (...) El presupuesto de una culpabilidad real no resultaría interesante desde este punto de vista. Lo decisivo sería, en cambio, la opinión pública.". Ha realizado una crítica semejante en nuestro país a la fundamentación de la categoría de la culpabilidad a partir de las necesidades preventivo-generales CORDOBA (1977:39-40): "...lo que realmente parece atribuir a las Leyes penales un efecto de prevención general es que la sociedad adquiera la convicción de que, de cometerse un hecho previsto como delito, la condena penal alcanzará *siempre* a su autor, sin que razones tales como la falta de medios para una eficaz actuación de la policía o acaso incluso la alegación de una situación [por ejemplo] de trastorno en el momento de la comisión del hecho -que, a los ojos de amplios sectores sociales, puede parecer un 'subterfugio' para evitar la condena-, estén en situación de impedir la condena penal."

[26] HART (1968:19-20): "Cualquier incremento en el número de condiciones requeridas para establecer la responsabilidad criminal, incrementa la oportunidad de engañar a los jueces o jurados con la pretensión de que alguna condición no se satisface. Cuando tal condición es un factor psicológico las posibilidades de éxito de tal pretensión son considerables. (...) Desde un punto de vista Utilitarista ello puede conllevar dos clases de 'pérdidas'. La creencia de que tal engaño es posible puede animar a ciertas personas, que de otra manera no se hubiesen arriesgado al castigo, a tomar en cuenta la posibilidad de engañar al jurado. Segundo, un delincuente que haya conseguido engañar al jurado será dejado en libertad, aunque pertenezca a la clase que la ley pretende incapacitar.". Vid. también SHAVELL (1985:1254-1255) y SCHÜNEMANN (1991:164-165).

anterior a la concreta acción, porque el castigo sería visto por la comunidad como un aviso para evitar las situaciones de miedo insuperable[27].

Esta es, de hecho, la tradicional crítica que se viene realizando a la fundamentación utilitarista de las causas de exención de la pena; crítica que, en la dogmática penal continental, se traduce en las reservas que se manifiestan de forma mayoritaria ante la posibilidad de que el *principio de culpabilidad* se sustituya o configure *únicamente* de acuerdo con las necesidades de prevención general de los delitos, pues, ello conduciría a un rigor penal exacerbado, que derrumbaría las barreras (garantías) que este principio ha levantado en favor de la libertad del ciudadano[28].

Sin embargo, lo cierto es que esta crítica al utilitarismo, basada en definitiva en que esta doctrina conduce al terror penal, sólo parece contundente si se parte de la premisa de que el fin de la pena para un utilitarista es únicamente la prevención de delitos. Ciertamente, la frecuente equiparación entre utilitarismo y prevención general, deriva de los propios postulados de esta doctrina, que como ya hemos señalado, fundamenta la mayor utilidad de la pena en la prevención de delitos. Sin embargo, de ello no puede extraerse, a mi entender, la precipitada conclusión de que utilidad (felicidad colectiva) y prevención son términos intercambiables o sinónimos, pues ello supone una simplificación excesiva del contenido y alcance de la doctrina utilitarista.

Para una doctrina utilitarista el *fin de la pena* no es en realidad la prevención de delitos, sino la viabilidad del castigo como medio para conseguir una mayor felicidad/utilidad colectiva. Este es, pues, el fin último de la pena, que, ciertamente, toma como referente fundamental, *pero no único*, la capacidad de la sanción penal para evitar la realización de

---

[27] Como Lord MACAULAY alegó en referencia a sus recomendaciones para el código penal indio, incluso si respecto a un hombre al borde de la inanición que comete un delito contra la propiedad, puede convenirse en que la ley no puede prevenir tal delito, la amenaza del castigo puede prevenirle de que se encuentre en un estado de inanición (cit. en WERTHEIMER, 1987:149).

[28] En este sentido, en nuestra doctrina ya se refirió tempranamente a los peligros de la configuración de la categoría de la culpabilidad a partir de las exigencias de la prevención general CORDOBA (1977:44 y ss.). Igualmente, la viva polémica habida en Alemania sobre el contenido de la culpabilidad parece haber encontrado un punto de acuerdo en la consideración de que las necesidades preventivo-generales deben encontrar un límite en la culpabilidad del individuo, que se convierte de esta manera en un freno irrenunciable a la funcionalización del derecho penal. Muy ilustrativo de ello es la propia concepción de ROXIN (1994:56-59), o SCHÜNEMANN (1991:162 y ss.): "no puede caber la más mínima duda acerca de que la pena necesita, para su justificación, además de su utilidad preventiva, todavía no aclarada de modo definitivo, de un principio autónomo de legitimación, para lo cual sólo puede tomarse en cuenta la culpabilidad (...) sólo el principio de culpabilidad puede evitar también que el Estado, en interés de una

delitos (prevención general). Por tanto, la justificación o el rechazo desde la doctrina utilitarista de una determinada institución penal, y en nuestro caso, de una eximente, exigirá no sólo la toma en consideración de su eficacia preventivo-general, sino el examen más general y decisivo sobre su adecuación al fin último de la satisfacción de la felicidad colectiva[29]. Ciertamente, ello puede parecer un juego de palabras, pero la réplica utilitarista a las críticas anteriormente mencionadas pone de manifiesto que una equiparación entre utilitarismo y prevención general parece ser una sesgada simplificación de esta doctrina moral[30].

En este sentido, ya BENTHAM subrayó que uno de los casos en los que no debía castigarse un comportamiento era aquél en el que la pena fuese inútil [*unprofitable*]. Ello sucede cuando, comparando delito y castigo, se llegue a la conclusión de que el daño provocado por este último resulta ser mayor que el ocasionado por el primero (1789:163). BENTHAM apenas desarrolla en su obra las consecuencias de este motivo de exención, pero creo que de él puede derivarse una fundamentación utilitarista más sólida de las causas de exención de la pena. Así, aplicando este razonamiento, un reconocido utilitarista, BRANDT (1992:226-227), fundamenta la utilidad de un sistema de eximentes apelando a los importantes costes sociales (desutilidad) que se producirían de no ser éste reconocido por el ordenamiento penal:

> ...si cada homicidio fuese una ofensa capital, y no se admitieran las defensas de error, accidente o enajenación, el efecto total sería intolerable; cualquiera que condujera un coche estaría continuamente bajo la sombra de una amenaza

---

protección preventiva de bienes jurídicos, llegue a castigar incluso aquellos hechos que el autor no podía evitar y por los cuales no se le puede dirigir ningún reproche personal.".

[29] Por ello, según NINO (1994:428) "para el utilitarismo, una pena está justificada si y sólo si: a) ella es un medio *eficaz* para evitar la ocurrencia de ciertos males sociales; b) ella es un medio *necesario*, en el sentido de que no hay otra forma menos perjudicial para evitar esos males; y c) el perjuicio que acarrea para su destinatario (y, por ser éste un miembro de la sociedad, para la sociedad en su conjunto) es *menor* que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena no se aplicara."

[30] Esta simplificación consiste, como subraya CID (1994:279), en que se confunde un aspecto de la doctrina utilitarista del castigo (la prevención de delitos, o el llamado *principio de efectividad de la pena*) con su fin último justificante. Obviamente, si ello fuera así, es decir, si el fin último del utilitarismo fuera la prevención de delitos, todas las críticas dirigidas contra él sobre su derivación en un estado de terror penal (vid. por ejemplo ACHENBACH, 1991:139) serían ciertas, pues toda institución penal debería estar supeditada al único fin de la prevención de delitos. Por ello, de hecho, no creo que puede señalarse ningún autor utilitarista liberal que haya defendido expresamente tales pretendidas consecuencias del utilitarismo, sino que, antes al contrario, como a continuación veremos, estos autores se han defendido de esta acusación, a su juicio, infundada (un autor que mantiene hasta el final la justificación del castigo exclusivamente en función de la prevención general parece ser SCHAFFSTEIN -1933:41 y ss.-, lo cual deriva sin embargo de su concepción autoritaria y no liberal del derecho penal). Cabe destacar que esta equiparación entre utilitarismo y prevención-general parece habitual en la literatura penal (vid. a modo de ejemplo FERRAJOLI, 1995:253, 259, 262, 276, 396).

> contra su vida que ningún acto voluntario suyo podría evitar. Naturalmente que reconocer tales defensas tiene sus desventajas, pues su misma existencia es de alguna manera una invitación al crimen, ya que una persona puede tener la esperanza de evitar el castigo de un crimen intencional gracias a hábiles maniobras y a un buen abogado. A pesar de ello, parece claro que el utilitarista debe concluir que el mejor sistema de derecho penal combinará una pena justamente severa para el homicidio con un sistema de eximentes y atenuantes para ciertas circunstancias. Este sistema logrará un alto grado de prevención combinado con menores costes sociales, comparado con cualquier otro sistema en que no se prevean eximentes[31].

Esta réplica utilitarista ha encontrado en nuestro país un claro exponente en el influyente artículo de GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*. En este artículo GIMBERNAT pretende dejar bien claro que, en relación con las sanciones penales, *el cálculo de utilidad no sólo toma en consideración la función preventiva de la pena*, sino también, entre otros factores, el coste de las sanciones para las personas castigadas y *la inseguridad* que genera en los individuos la posibilidad de ser arbitraria o imprevisiblemente sometidos al castigo penal, tal y como sucedería en los supuestos en que la pena sea inefectiva por estar la persona en una situación de inmotivabilidad (GIMBERNAT, 1971a:151 y ss.; CID, 1994:281[32]).

En definitiva, una doctrina utilitarista subrayará los costes sociales (esto es, infelicidad/desutilidad) que se producirían en la colectividad de no contemplarse en las leyes penales un sistema de excusas o eximentes que proteja a los ciudadanos de la sanción penal en ciertos supuestos, como el miedo insuperable, en los que la amenaza de la pena no

---

[31] La cita continúa como sigue "Un sistema moral produce tanto beneficios sociales como costes sociales. Produce beneficios de varias maneras: por ejemplo, previniendo daños personales que la ley no puede prevenir; consiguientemente intensificando el sentimiento de seguridad personal; haciendo posibles los beneficios del comportamiento cooperativo al motivar a la gente a desempeñar los roles a que están comprometidos por su posición en una institución o a los que se han obligado de otra manera. Pero también existen costes. Por ejemplo, un coste es que muchas personas serán cargadas con excesivos sentimientos de culpa. Otro es que hayan algunas personas tan comprometidas con sus obligaciones y tan preocupadas por la posible crítica moral de los demás, que no tomen las firmes decisiones importantes para el bienestar de los demás. Las excusas morales suponen una cierta mitigación de tales costes. Pongamos, por ejemplo, la excusa de accidente o error. Si se les inculcasen a las personas sentimientos de culpabilidad por el daño accidental a los demás, y si fuesen además objetivo de la actitud crítica de los demás, habría mucha inútil desazón y displacer en el mundo."

[32] Vid. también GIMBERNAT (1971b:176 y ss.), CID/MORESO (1991:169). CID (1994:274) considera, de esta manera, infundadas las críticas que se realizan contra la doctrina utilitarista, porque "si se considera la importancia para la utilidad colectiva de la seguridad (que viene disminuida tanto por el temor a sufrir comportamientos dañosos de otros individuos como por el temor a sufrir violencia imprevisible por parte del estado) se comprende la instrumentalidad del conjunto de principios liberales en materia penal respecto de la utilidad colectiva.".

pueda desplegar un pleno efecto motivador sobre las conductas. De esta manera justificaría un utilitarista las consecuencias tradicionales del principio de culpabilidad[33].

Sin embargo, a pesar de que no puede dudarse de los loables propósitos de la doctrina utilitarista, lo cierto es que, parafraseando a CORDOBA (1977:34-35) la duda que al lector le asalta es la de si la construcción que sobre estas bases se propone está o no en situación de cumplir tales plausibles deseos. A mi entender, como trataré de fundamentar a continuación, una doctrina utilitarista no puede, a pesar de todo, presentar una fundamentación convincente y sólida de las causas de exención de la pena, y así, del miedo insuperable. Ello por las siguientes razones.

Primera. La alusión a los costes sociales (desutilidad) derivados de la inseguridad colectiva que acarrearía un ordenamiento penal que no contemplara un sistema de causas de exención de la pena, no parece conducir en realidad a una afirmación radical de tales eximentes, que en definitiva no son sino garantías o derechos de los ciudadanos frente al poder estatal, sino que, paradójicamente, puede tener por resultado *el encubrimiento* de los problemas originados por la inexistencia de las eximentes penales. Como destaca BURKHARDT (1983:74, énfasis añadido) tras examinar la réplica utilitarista estudiada:

> ...ciertamente un utilitarista puede hacernos notar que el castigo de los no culpables tendría efectos fatales en la confianza en las instituciones, y que con ello a largo plazo tendría efectos perniciosos. Esto es probablemente cierto. Pero *este efecto indirecto resulta en realidad no del castigo del no culpable, sino del hecho de que devenga público que un inculpable ha sido sacrificado.* De esta manera, los efectos indirectos han de quedar al margen si el estado real de la situación fuera ocultado.

En otras palabras, una consecuencia inquietante de la doctrina utilitarista es que, en determinadas ocasiones y en aras de la utilidad colectiva, puede llevar a justificar el encubrimiento de las implicaciones reales de un problema, esquivando con ello la solución que se estime inadecuada para el bien común. Nada parece impedir que, mediante este mecanismo, se llegue incluso a hacer desaparecer una determinada eximente. Esta es, de

---

[33] El propio BENTHAM (1789:182-183) menciona entre una de las "propiedades" del castigo *la ausencia de impopularidad*; que ilustra de la siguiente manera: "Una porción de daño supérfluo se produce de alguna manera cuando el castigo es impopular: en este caso producido en las personas inocentes, en la colectividad. Ello es ya un daño, y otro es la debilitación que supone de la ley misma. Cuando las personas están de acuerdo con la ley voluntariamente le prestan ayuda en su ejecución: cuando no lo están le denegarán tal ayuda (...) Ello contribuye en gran parte a la incerteza del castigo.". Vid. también HART (1968:20-21); HOEKEMA (1980:260) y BURKHARDT (1983:70-71).

hecho, una crítica ya efectuada por autores contrarios a esta doctrina moral[34], pero, sin duda, mucho más significativo es el hecho de que este problema haya sido reconocido por los propios autores utilitaristas.

En este sentido, SIDGWICK, cuyo libro *The Methods of Ethics*, está considerado por los más influyentes utilitaristas como "la exposición mejor sustentada del utilitarismo del acto" (SMART, 1981:12), analiza en esta obra el problema que plantean aquellos supuestos en los que el incumplimiento de una regla de conducta establecida en aras de la utilidad común, causa, en determinados ocasiones, mayor felicidad que infelicidad. En estos casos, la ética utilitarista debería conducir, en principio, a reconocer tal excepción como parte de una nueva norma de conducta; pero ello, a su vez, podría provocar, según SIDGWICK, consecuencias perjudiciales, al disminuir el rigor de la regla general. Ante ello escribe este autor:

> ...el utilitarista debería considerar detenidamente hasta qué punto su consejo o ejemplo probablemente va a influenciar a personas para las que serán peligrosos; y es evidente que el resultado de esta consideración puede depender en gran medida del grado de publicidad que le dé a su consejo o ejemplo. Así, según los principios del utilitarismo (...), posiblemente puede ser correcto hacer algo, si se puede hacer en secreto, que estaría mal hacer a la luz del mundo. Estas conclusiones tienen un carácter paradójico [...porque] es comúnmente admitido que una acción que resulta incorrecta si es realizada abiertamente, no se convierte en buena por su secreto. (...) Entonces, *la conclusión utilitarista, expresada con cautela, parecería ser ésta: la opinión de que el secreto puede convertir en correcta una acción que de otra manera no lo sería debería ella misma ser mantenida en secreto...* (SIDGWICK, 1907:489-490, énfasis añadido)[35]

---

[34] Vid. HOEKEMA (1980:260); NORRIE (1991:124). MABBOTT (1939:156-157) ilustró esta crítica con el siguiente ejemplo extraído de su propia experiencia: una Universidad recibe la donación de un fallecido, existiendo otras instituciones sociales que necesitan más urgentemente el dinero. ¿Deberían las autoridades desviar tal donación a las otras instituciones más necesitadas?. Aquellos opuestos a la desviación argumentan lo siguiente "se debe considerar aquí no sólo el valor de la donación en la elección concreta entre un destinatario final u otro. Debemos tener también en cuenta el efecto de la desviación en el sistema general de las donaciones. Sabemos que a las personas les interesa dejar sus bienes a unas determinadas instituciones o fines, y si supiesen que su donación se puede desviar a otros fines, probablemente ello tendría un efecto desincentivador de las donaciones.". Pero la respuesta inmediata a esta argumentación por parte de un partidario de la desviación podría ser la siguiente: "Que se desvíe el dinero, pero manteniéndolo en secreto". Vid. sobre este punto SMART (1974:259-260, y 1981:72).

[35] De hecho, SIDGWICK es plenamente consecuente con esta conclusión, pues en el detallado índice analítico de términos que se contiene al final de su libro, no aparece la voz "secreto". También el propio SMART (1981:59) reconoció este problema al afirmar "un utilitarista, por tanto, debe aprender a controlar sus actos de alabanza y desaprobación, ocultando quizá su aprobación de una acción cuando piensa que la expresión de tal aprobación puede tener malos efectos, y quizá, incluso alabando acciones que realmente no aprueba."

Ciertamente, esta crítica a la fundamentación utilitarista más elaborada de las eximentes puede parecer un poco exagerada, pues no parece factible que la abolición de todo el sistema de causas de exención de la pena sea algo que pueda mantenerse oculto en una sociedad democrática. Esto es cierto, pero también parece evidente que entre el extremo de reconocer un completo sistema de causas de exención de la pena y su total derogación existen puntos intermedios que una doctrina utilitarista podría justificar. Es decir, la alusión a la inseguridad jurídica no parece tener en cuenta que éste será, seguramente, un argumento de peso si el ordenamiento penal no contemplara ningún tipo de exención de pena en determinadas circunstancias, pero no tendrá igual fuerza si la derogación afectara sólo a alguna eximente determinada, o incluso, a alguna en determinados supuestos, pues en estos casos parece discutible que se genere en la colectividad un importante sentimiento de inseguridad jurídica, que además podría venir compensado por el aumento de la eficacia preventiva del derecho penal[36].

Esta es, de hecho, la segunda razón por la que creo que una doctrina utilitarista no puede presentar una sólida fundamentación de las eximentes: la inseguridad colectiva que un utilitarista esgrime en su defensa, presenta el fundamental inconveniente de que sólo parece un argumento decisivo si la cantidad de afectados por ella es lo suficientemente importante como para equilibrar la mayor eficacia preventiva de un derecho penal menos garantista, pero si en virtud de consideraciones utilitaristas fuese derogada, por ejemplo, únicamente la eximente de miedo insuperable, dudo de que se produjese tal inseguridad ciudadana que forzara al utilitarista a reintroducirla en el ordenamiento penal. Como bien subraya PACKER (1968:118) los ciudadanos no están al tanto de los matices de la ley, es decir, no conocen si ésta reconoce o no un tipo de eximente, o si una determinada causa de exención es tratada con dureza o simplemente inaplicada por los tribunales, por lo que el sentimiento de alarma que describe un utilitarista es fácilmente eludible. De hecho ¿quién conoce el porcentaje bajísimo, casi ridículo, con el que se aplica en nuestros tribunales la eximente de miedo insuperable?.

La posibilidad de evitar los efectos negativos (inseguridad y en suma infelicidad) atribuidos a la inexistencia de un completo sistema de eximentes penales, es aún más factible si, como ya he mencionado, la estrategia consistiera en la selectiva denegación de la aplicación de cierta eximente en determinados casos, en virtud del decisivo peso que en

[36] Subraya este punto HART (1968:20-21), que destaca como, de hecho, en el ordenamiento penal inglés existen ciertos delitos de responsabilidad objetiva (*strict liability*), justificados en virtud de determinadas necesidades preventivo-generales. Vid. también SCHÜNEMANN (1991:164-165).

esos supuestos, tuvieran las consideraciones preventivo-generales. Esto ya ha sido subrayado en la doctrina angloamericana por WERTHEIMER (1989:158-161), quien constata como en los casos de fugas de prisión debidas a las amenazas de los demás presos, y en los supuestos de testigos amenazados por la Mafia que se niegan a declarar, los tribunales norteamericanos han sido sumamente restrictivos a la hora de aplicar la eximente de coacción, debido a razones preventivo generales; en un caso, el mantenimiento de la disciplina en la prisión, y en el otro, la eficaz persecución de los miembros de bandas mafiosas. Por esta razón, según este autor, las consideraciones de utilidad social pueden llevar consigo la severa limitación de la aplicación de la defensa de coacción.

En nuestro país, y por lo que respecta a la eximente de miedo insuperable, creo que al margen de la influencia ya comentada que las consideraciones preventivo-generales parecen haber tenido en su configuración, puede observarse de nuevo su peso en ciertas decisiones de nuestros tribunales sobre temas controvertidos. Así, por ejemplo, en los supuestos de introducción de drogas en la prisión. En estos casos, en la argumentación de algunas Audiencias Provinciales puede intuirse la preocupación del tribunal por los posibles efectos preventivo-generales que podría tener una decisión absolutoria; lo cual lleva al tribunal a denegar la aplicación completa de la eximente de miedo, aunque estime probadas las graves amenazas de los internos de la prisión al acusado para que, por ejemplo, durante un permiso o una visita, introdujera drogas en la prisión[37].

En definitiva, una fundamentación utilitarista de las eximentes penales, y así del miedo insuperable, basada en la inefectividad de la pena, no puede evitar, a mi entender, la conclusión de que en determinados casos puede ser más efectiva y útil (contribuir en mayor medida a la felicidad general) su no reconocimiento o aplicación, debido al decisivo peso que esta doctrina atribuye a las necesidades de prevención general[38].

---

[37] Vid. la SAP Toledo, 8-5-1995 (ACT.PEN., 1995, @265), y SAP Barcelona, 16-2-1996 (TSJ/AP, 1996, sentencia nº 516). En ambas sentencias el tribunal considera que los acusados pudieron recurrir a otras vías (fundamentalmente, el amparo de los funcionarios de prisiones) antes que a la comisión del delito, aunque la última de ellas se refiera expresamente a la ineficacia o gravosidad de tales medidas alternativas. Además del miedo insuperable, creo que la eximente en donde mejor se pueden observar los efectos restrictivos de los argumentos preventivo-generales es en el estado de necesidad, y paradigmáticamente en los supuestos de delitos contra la propiedad (vid. en este sentido la STS 9-3-1990, RAJ 2435, que claramente alude a que la alegación del estado de necesidad "en un delito violento contra la propiedad tiene que ser mirada con desconfianza por razones elementales de salvaguardia de la convivencia y seguridad general..."). SILVA (1996:256-257) ha subrayado la tendencia general restrictiva en la aplicación de las eximentes producto de una orientación teleológica.

[38] Esta es, por lo menos, la impresión que uno tiene cuando ve a un reconocido utilitarista preguntarse "¿De quién es la responsabilidad?" y responderse a continuación: "El utilitarista del acto replicaría consistentemente que la noción de responsabilidad es una muestra de sin sentido metafísico y que debería ser

Por todo ello, si se parte de que, como ya han destacado varios autores, *las eximentes plantean una cuestión de respeto y protección de los derechos de la persona frente al poder punitivo estatal*[39], entonces su reconocimiento no puede dejarse en manos del cálculo sobre la utilidad colectiva, porque en tal caso se estaría situando en un terreno inseguro. Inseguro no sólo porque, a fin de cuentas, muy poco sabemos en realidad de los concretos efectos preventivo-generales que pueda estar en condiciones de cumplir el derecho penal[40]; sino fundamentalmente porque (y esto es lo que creo más insatisfactorio de la doctrina utilitarista) la defensa de los derechos y garantías de la persona que esta doctrina lleva a cabo es de carácter indirecto; pues indirecta es, en suma, la vía de la alusión a la inseguridad jurídica que el utilitarista utiliza para justificar las eximentes penales. Y una fundamentación indirecta de los derechos y, en nuestro caso, de las eximentes no parece dotarlas de un sólido punto de anclaje en el sistema penal[41].

Es cierto que en la obra de algunos utilitaristas (véase, en nuestro país, GIMBERNAT y CID), puede apreciarse que por la vía indirecta de la inseguridad colectiva se llega también a

---

reemplazada por *¿A quién sería útil culpar?"* (SMART, 1981:63, énfasis añadido). Vid. también NARVESON: "La noción acerca de quién es responsable es la noción acerca de a quién sería útil culpar." (cit. en BURKHARDT, 1983:65).

[39] Esta es la concepción de las eximentes que defiende HART (1968:17 ,21 44, 49): "las excusas son aceptadas como algo que puede entrar en conflicto con la utilidad social de las coacciones de la ley (...) El reconocimiento de las excusas es así contemplado como un asunto de protección del individuo contra las pretensiones de la sociedad en favor de una más elevada protección contra el crimen que pudiese obtenerse de un sistema de coacciones (...) Aquel sistema en el que las excusas son reconocidas protege mejor al individuo contra los clamores de la sociedad, que aquél en el que su no reconocimiento se deba a esos factores.". Vid. también PACKER (1968:112): "Las razones para el reconocimiento de las excusas no tienen, entonces, mucho que ver con la prevención de conductas antisociales. Tienen que ver con otros valores que (...) interfieren con la absoluta eficiencia en la prevención de la conducta antisocial. Tienen que ver con la preservación de la autonomía humana y con la maximización de la oportunidad de ejercitar tal autonomía en la elección. Tienen así que ver también con el mantenimiento de la adecuada distancia entre el individuo y el estado.". Sin duda, ésta es también la opinión que defienden todos aquellos autores que en la doctrina continental han defendido el tradicional principio de culpabilidad como mecanismo para asegurar las garantías individuales frente al poder estatal (vid. por ejemplo, en nuestra doctrina CORDOBA, 1977:59; CEREZO, 1997:32; BUSTOS/HORMAZABAL, 1997:154: "La responsabilidad es un concepto político-jurídico que pone en relación a la persona con el Estado e implica el reconocimiento de su autonomía frente a éste como algo inherente a su dignidad"; HORMAZABAL, 1997:57-58).

[40] Esta crítica se encuentra ya en CORDOBA (1977:64). Vid. también, en general STRATENWERTH (1995:9-10, 18), y ASHWORTH/ v.HIRSCH (1992:56-57 y 99). Debemos tener en cuenta que si bien puede considerarse hasta cierto punto plausible el efecto preventivo-general del derecho penal como instrumento de control social, lo que ya es prácticamente inviable es calcular la repercusión preventivo-general de una concreta eximente.

[41] Realiza una crítica semejante a la doctrina de la prevención general positiva o integradora SILVA (1992:235): "las garantías individuales [en esta concepción] son tergiversadas, pasando de ser valores con un contenido propio de deber-ser -ciertamente variable con el transcurso del tiempo-, a conformarse como meras constataciones empíricas acerca de las necesidades sociales en un momento dado."

la defensa de las tradicionales garantías agrupadas bajo el principio de culpabilidad. Pero a uno le queda la impresión de que en la argumentación basada en la inseguridad existe cierto principio de fe, que conduce al utilitarista a defender, a falta de toda evidencia empírica contrastable, que produce mayor inseguridad y así desutilidad toda legislación penal contraria a tales garantías o derechos, debido precisamente a su peso e importancia[42]. Pero si esto es así, es decir, si en definitiva es el carácter de tales garantías y su importancia para los derechos del individuo lo fundamental, entonces cabe preguntarse por qué no nos desembarazamos de la peligrosa argumentación indirecta y ponemos los derechos en primer lugar, como cuestiones de principio inquebrantables en función de pretendidas alusiones a la felicidad o la utilidad colectiva. Esta sería, creo, la estrategia adecuada para asegurar las garantías y derechos individuales, y así para lograr una fundamentación sólida de las eximentes y, en nuestro caso, del miedo insuperable.

2.3. Conclusión.

Por todas las razones hasta aquí discutidas, a mi entender, la doctrina utilitarista, más allá de los casos de evitación de un mal mayor (principio del mal menor), no está en condiciones de fundamentar de una forma convincente y sólida la eximente de miedo insuperable, ya que sus premisas parecen conducir a una concepción demasiado restrictiva de esta eximente (al no parecer factible la inefectividad de la pena salvo en casos extremos), que además, se encuentra en últimas dependiente de la inexistencia de necesidades preventivo-generales que apoyen su denegación.

Con ello se constata que *la eximente de miedo insuperable no es una cuestión de maximización de la felicidad/utilidad colectiva, ni tampoco un problema de efectividad o inefectividad de la pena como mecanismo de prevención general de los delitos.* El miedo insuperable plantea una cuestión de justicia; esto es, de reconocimiento de una causa de exención de la pena por motivos distintos a la utilidad común y ligados así con el respeto de los derechos de los individuos. Cuáles son esos motivos de justicia que fundamentan la

[42] Como bien subraya FLETCHER (1989:807), la inseguridad o desmoralización de la colectividad es valorada en alto grado cuando se está de acuerdo con las garantías tradicionales del principio de culpabilidad; pero cuando se trata de conseguir objetivos que difieren de ellas, se le asigna poco valor a tal factor de inseguridad. Vid. también JAREBORG (1987:434): "Se podría naturalmente suponer que la población se rebelaría contra las leyes que prevengan el castigo de hechos inculpables. Pero el castigo sin culpabilidad ha sido tolerado por siglos por millones de hombres sin grandes protestas. Y cuando tales protestas tienen lugar, con ello sólo se demuestra que existe algo más que las consideraciones de utilidad de la población media que es considerado importante (esto es, representaciones morales o principios, que reconocen las causas de exculpación)."

eximente de miedo insuperable es la cuestión que en el siguiente apartado pretendo analizar, aunque ello requiere, claro está, abandonar el contexto utilitarista y situar tal fundamentación en otro marco teórico.

3. La fundamentación de la eximente de miedo insuperable de acuerdo con una doctrina de justificación mixta o del merecimiento (retribucionista).

Si una doctrina utilitarista no puede fundamentar sólidamente la eximente de miedo insuperable porque ésta plantea, en últimas, una cuestión de justicia ligada a la responsabilidad individual del ciudadano, la fundamentación de esta eximente debe situarse en una doctrina de justificación del derecho penal que proclame como un principio inquebrantable, y no sujeto así al juego del cálculo de utilidades o necesidades sociales, la exigencia de responsabilidad individual para imponer una sanción penal a un ciudadano. Creo que ello puede predicarse, tanto de una doctrina del merecimiento o retribucionista, como de una doctrina mixta de la justificación del castigo.

Los autores retribucionistas han partido siempre de la premisa que la imposición de una pena, por su misma naturaleza de castigo *merecido*, requiere la afirmación de la *responsabilidad individual* de la persona que sufre tal castigo, como una cuestión al margen por completo del hecho de que éste contribuya o no a la utilidad colectiva. Este rasgo fundamental de la doctrina retribucionista es a menudo subrayado destacando que un retribucionista castiga en función de un *hecho pasado* (el delito), mientras que un utilitarista lo hace por un hecho futuro (la consecución de la felicidad colectiva)[43]. Con ello se quiere dejar bien claro que una garantía esencial de la persona es el principio de que no podrá ser castigada (no merece la pena) si no es considerada responsable del hecho cometido, con lo cual, esta doctrina pretende desmarcarse de las posibles consecuencias negativas de la filosofía utilitarista:

> La *pena judicial* (...) no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real; frente a esto le protege su personalidad innata (...). Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él

[43] NINO (1994:429): "para el retribucionismo (...) la pena no se justifica como medio para minimizar los males sociales futuros, sino como respuesta a un mal pasado, cualesquiera que sean las consecuencias que esta pena pueda tener. Esta justificación exige que: a) el destinatario de la pena sea responsable por el mal que la pena retribuye, y b) el mal implícito en la pena sea proporcional al mal que ella retribuye (de allí la ley del talión) y al grado de responsabilidad del agente."

mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo* (KANT, 1797:166).

Por otro lado, las doctrinas mixtas de justificación del castigo, que pueden considerarse mayoritarias en la doctrina penal, parten de la siguiente premisa fundamental: en las cuestiones de justificación que se plantean en derecho penal, puede diferenciarse entre *el fin justificante general del derecho penal*, y *la justificación de la distribución individual de la pena*[44]. La primera cuestión intenta responder a la pregunta *¿por qué* castigar?, mientras la segunda se interroga sobre *¿a quién* castigar?. Partiendo de esta fundamental distinción, una doctrina de justificación mixta es aquélla que acoge un planteamiento utilitarista para responder la primera cuestión (esto es, el castigo se justifica por su utilidad social); pero, consciente de los problemas que esta filosofía presenta cuando se trata de justificar la aplicación de una pena a una persona en particular, asume toda una serie de límites al fin de la utilidad colectiva en la distribución individual de la pena. Uno de estos límites, probablemente el más significativo, es el principio de responsabilidad individual, extraído de la filosofía retribucionista.

Las eximentes de pena, y entre ellas el miedo insuperable, plantean una cuestión que concierne a la segunda de las preguntas anteriormente mencionadas, esto es, la distribución individual del castigo, pues tratan en definitiva de precisar a quién puede o no castigarse penalmente[45]. Es por esta razón que en este estudio sobre la eximente de miedo insuperable no se va a adoptar ninguna opción expresa con respecto a la cuestión del fin justificante general del derecho penal. Con ello, sea cual sea, pues, la opción que uno defienda respecto al fin justificante del derecho penal, lo que una fundamentación de la eximente de miedo insuperable basada en una doctrina de justificación retribucionista o mixta supone es, por un lado, imposibilitar la alusión a los costes o beneficios sociales como base de su reconocimiento, y por otro lado, cimentar la eximente sobre la base del principio de responsabilidad individual.

Naturalmente ello plantea el crucial interrogante sobre el contenido del principio de responsabilidad individual como base del fundamento de las eximentes y así del miedo insuperable.

---

[44] Acojo con ello la terminología presentada por HART (1968:9) en su importante libro sobre la responsabilidad penal. Vid. también NORRIE (1991:132 y ss.); ASHWORTH/ v. HIRSCH (1992:181-182), y SILVA (1992:207 y ss.), que califica a estas teorías de eclécticas.

[45] HART (1968:17): "La admisión de condiciones excusantes es un rasgo de la distribución del castigo, y es requerida por principios de justicia distintivos, que restringen el alcance de la persecución de objetivos sociales generales a coste de los individuos."

Tradicionalmente, el contenido de este principio se ha construido a partir de las ideas de *voluntariedad o libertad de elección* de la persona. De esta forma, suele afirmarse que el principio de responsabilidad o culpabilidad exige que sólo se penen las acciones voluntarias o libres de las personas (NINO, 1994:429)[46]. Sin embargo, creo que una formulación menos problemática del principio de culpabilidad es la ofrecida por HART (1968:181): este principio exige que la persona sólo sea castigada penalmente cuando haya tenido una *justa oportunidad de evitar la comisión del delito*[47]. El porqué estimo más adecuada esta definición del principio de responsabilidad estriba en que con ella creo que puede contribuirse a superar un frecuente malentendido que se utiliza como base de una importante crítica contra la fundamentación retribucionista del principio de responsabilidad o culpabilidad.

Esta crítica se basa, en resumen, en las siguientes premisas: el principio de culpabilidad, como exigencia de que sólo puede castigarse el comportamiento voluntario o libre de la persona, supone asumir la existencia del libre albedrío en la conducta humana; ya que este principio exige una averiguación sobre el poder real concreto de la persona para conformar su conducta de acuerdo con la norma. Sin embargo, continúa esta crítica, si se parte de la indemostrabilidad del libre albedrío, la base de este principio, y con ello, la base de la retribución cae por su propio peso (GIMBERNAT, 1971a:142 y ss.)[48].

Por razonable e indiscutible que parezca este planteamiento no creo que pueda esgrimirse como un argumento contundente contra el principio de culpabilidad, por la razón de que, de tomarse esta crítica en sus términos literales, tampoco parecería, de hecho, viable una fundamentación utilitarista del derecho penal. Es decir, como ya ha destacado la doctrina penal, una cosa es que no se pueda demostrar que *la concreta actuación* de un individuo fue producto de su libertad de actuación, y otra muy distinta es mantener que las personas carecen de libertad. Probablemente, ni GIMBERNAT ni ningún otro utilitarista puede querer decir, con su crítica al libre arbitrio, que la persona carezca de libertad de

---

[46] CID (1994:119): "En una concepción utilitarista el principio de culpabilidad tiene un sentido distinto del que adquiere en una concepción retribucionista por cuanto, mientras que en aquélla se vincula al principio de efectividad, en ésta aparece como una concreción de la idea de merecimiento, que exige que sólo sea castigado quien libremente ha producido un comportamiento castigado por la ley" (vid. también, págs. 25 y 288).

[47] Esta es la formulación del principio de culpabilidad que parece haber acogido la doctrina angloamericana (vid., por ejemplo, ASHWORTH, 1995:243).

[48] Vid. también CUERDA RIEZU (1984:132 y ss., 250, not.11).

actuación[49], pues si así fuera tampoco parecería viable un derecho penal basado en la motivación del individuo, como lo es el utilitarismo, ya que si los ciudadanos carecieran de libertad de actuación no tendría ningún sentido que el legislador, con las normas penales, les dirigiese algún tipo de mensaje intimidador, que por definición, no estarían en condiciones de *poder o no* cumplir[50]. Si se asumiera hasta sus últimas consecuencias esta crítica frente al principio de culpabilidad fundamentado en el libre arbitrio, sólo parecería posible un derecho penal basado en el tratamiento (prevención-especial), que intentase prevenir las acciones de aquellas personas "determinadas" a delinquir[51].

Por otro lado, la crítica de GIMBERNAT respecto a la indemostrabilidad, *en el caso concreto*, del fundamento retribucionista del principio de culpabilidad, creo que es igualmente aplicable a la fundamentación utilitarista de este mismo principio, pues ¿cómo va a poder demostrarse que, *en el caso concreto*, la imposición o no de una pena contribuye a la utilidad colectiva?[52]. Es por esta razón por lo que, el derecho penal, a la hora de manejar términos como la libertad o la igualdad, debe partir de un concepción genérica o apriorística sobre los mismos. En este sentido, son muy ilustrativas las siguientes palabras de ROXIN (1994:715-716, énfasis añadido), sobre el concepto de libertad como base del principio de culpabilidad (que él prefiere denominar "responsabilidad"):

> ...[tal concepto] no significa que el autor efectivamente hubiera podido comportarse de otra manera -lo cual no podemos saberlo-, sino solamente que (...) *debe ser tratado como libre*. La suposición de la libertad es de esta manera una "premisa normativa", una regla de juego social, cuyo valor social es

---

[49] Así lo admite expresamente CID (1994:146).

[50] Vid. BURKHARDT (1983:62-63), que subraya cómo la libertad de la persona es un concepto del que no puede prescindir un utilitarista, pues, con la amenaza de desaprobación y de pena "debe influirse en el proceso de formación de la voluntad, esto es, de la motivación, con el objetivo de evitar los comportamientos indeseados. Pero tal efecto sólo es por consiguiente factible en los casos en que la persona pueda hacer u omitir algo.". Igualmente: FLETCHER (1989:816) y BERNSMANN (1989:219). GIMBERNAT (1971b:177, not.48) ha replicado que "que el hombre sea estimulado por motivos (por ejemplo, por la pena) no significa aún que sea libre. Libertad significa, más bien, posibilidad de elegir entre realizar o no la conducta a que impulsa una determinada motivación". Sin negar la precisión de GIMBERNAT debe señalarse que si esta posibilidad (i.e. libertad) no existe, no se entiende qué sentido puede tener la motivación penal.

[51] Tal y como asume el planteamiento determinista de WOOTTON (vid. HART , 1968:179 y ss.).

[52] Por ello, señala BERNSMANN (1989:219) que los partidarios de la fundamentación preventiva de la culpabilidad sustituyen la ficción de la libertad por la ficción de la motivabilidad, al partirse de la premisa irrefutable (no sujeta a comprobación) de que el inculpable no es motivable por la norma penal, pero los demás ciudadanos sí (vid. también BUSTOS/HORMAZABAL, 1994:474: "...también la capacidad de dirigibilidad no es demostrable y es un simple presupuesto axiológico del sistema. Con lo cual estamos frente a un dogma como el libre albedrío."). Más adelante destaca BERNSMANN (1989:221) que no se puede comprobar si el castigo de las personas que actúan en estado de necesidad puede o no afectar a la actuación de futuras personas en tales situaciones de necesidad.

> independiente del problema de teoría del conocimiento y naturalista sobre la libertad de voluntad[53]. Con la libertad sucede en el derecho igual que con la igualdad. Cuando el ordenamiento jurídico parte de la igualdad de todas las personas, no formula con ello el absurdo enunciado de que todas las personas son efectivamente iguales, sino ordena que sean tratadas con igualdad por las leyes.

En definitiva, la "teoría del dominó" (la crisis de la idea de la culpabilidad, trae consigo la de la pena; y sin pena no puede haber derecho penal, y sin éste tampoco una ciencia del derecho penal), que formuló GIMBERNAT (1971a:142); y que creyó únicamente evitable atacando su primera premisa, esto es, que la pena presupone culpabilidad; puede también eludirse si se abandona la idea de que este principio es sólo defendible a partir de una concepción libero-arbitrista de la actuación humana, y se fundamenta por contra en las ideas de justicia o equidad y del valor de la libertad individual como garantía del ciudadano respecto al poder estatal (HART, 1968:177 y ss.). De esta forma, como subraya RAWLS (1978:277, énfasis añadido):

> ...*el principio de responsabilidad* no se basa en la idea de que el castigo es primordialmente retributivo o denunciatorio, sino que *se reconoce por el bien de la libertad en sí misma.* A menos que los ciudadanos sean capaces de saber qué es la ley y tengan una *justa oportunidad* de tomar en cuenta sus directrices, las sanciones penales no deberían serles aplicadas. Este principio es simplemente la consecuencia de considerar un sistema jurídico como un orden de normas públicas dirigidas a personas racionales para regular su cooperación, y para dar el valor apropiado a la libertad.

Esta idea de la "justa oportunidad" de cumplir con el mandato penal es, por tanto, lo que, a mi entender, se encuentra en la raíz del principio de culpabilidad o responsabilidad, y es por ello también la base del fundamento de la eximente de miedo insuperable, que los autores clásicos defensores de una doctrina retribucionista o mixta ya identificaron de diversa manera, fundamentando esta eximente a partir de los conceptos de *falta o defecto de la voluntad o libertad de la persona* afectada por una situación de miedo insuperable[54].

---

[53] Tal valor reside en que con la imagen de la persona como ser libre se construye una barrera contra el poder estatal (HASSEMER, 1983:106; ROXIN, 1994:718-719). Vid. también NAUCKE (1991:240-241).

[54] Ya ARISTOTELES en su ética Nicomáquea (parágrafos 1110a y ss.) discutió la responsabilidad moral de los hechos cometidos por temor, a partir del concepto de voluntariedad e involuntariedad de las acciones. Igualmente, una primera explicación de las eximentes en la doctrina angloamericana se basó en el defecto de la voluntad, tal y como se aprecia en la obra de BLACKSTONE, que en sus *Commentaries on the Laws of England* (siglo XVIII), escribe: "Todas las excusas que protegen al autor de un acto prohibido implican la carencia o defecto de voluntad". Por ello, al tratar de la eximente de coacción considera este autor que éste es un caso en el que "un hombre es incitado a hacer lo que su juicio desaprueba; y lo que (...) su voluntad (si estuviera en sus manos) rechazaría", por lo que, debido a que la pena sólo puede aplicarse por el "abuso de la voluntad libre", es "totalmente justo y equitativo que ese hombre sea excusado por esas acciones, que son realizadas a causa de inevitable fuerza y compulsión" (cit. en WERTHEIMER, 1987:147-148).

Así se aprecia en nuestra doctrina penal histórica, que consideró tradicionalmente la eximente de miedo insuperable como un supuesto de *vis moral*, fundamentada en la afección a la libertad de la persona:

> La violencia moral cae en el hombre de la misma suerte que la material, pues el hombre es un compuesto de materia y de espíritu. La violencia moral fuerza su voluntad, como la material fuerza su mano. Si aquella voluntad es voluntad todavía -(*voluntas etiamsi coacta, voluntas est*)- por lo menos no es la voluntad libre, propia, responsable... (PACHECO, 1867:171)

> La voluntad cohibida es voluntad; pero añadimos, donde hay voluntad cohibida no hay libertad, y *donde no hay libertad en la acción no hay delito.* (GROIZARD, 1870:266, énfasis añadido)[55]

Naturalmente, en la aclaración del significado de estas referencias a la afección de la "libertad o voluntad de la persona", o a la ausencia de una "justa oportunidad" de obrar conforme a derecho, se encuentra el gran reto que esta fundamentación de la eximente de miedo insuperable plantea; pues la vaguedad de estos conceptos impediría seguramente que el fundamento desempeñase la importante labor de guía interpretativa que debe cumplir. Como a continuación veremos, esta tarea no es fácil, porque el problema que estas alusiones a la libertad han planteado desde siempre, es la posibilidad de su diversa interpretación.

3.1. Ausencia de intencionalidad.

Una primera interpretación posible de la fundamentación de la eximente de miedo insuperable basada en la afección a la voluntad de la persona, podría consistir en destacar que el hecho ejecutado por miedo o temor ante un determinado mal, es un hecho no intencional; es decir, traducido en la terminología de la teoría general del delito, un hecho no doloso:

> Es verdad que ya el jurisconsulto Paulo decía: *voluntas coacta, voluntas est*; pero esto no impide que la *voluntas coacta* esté exenta de dolo. En primer

[55] Como puede apreciarse, en la doctrina histórica se barajan las ideas de anulación o limitación de la libertad, vid. CARRARA (1859:§282): "En el acto *coaccionado* toma parte el hombre interno y el hombre externo: hay *intención* y *acción*, pero hay limitación de *arbitrio* en la determinación y en la acción."; ROSSI (1883:329): "la facultad de elegir [en la situación de violencia moral] está encerrada en límites muy estrechos"; PESSINA (1913:355): "la esencia propia de la violencia moral está en que ha desaparecido la libertad de querer porque la voluntad no tiene ya ante sí una infinita variedad de actos posibles donde elegir, sino que se halla entre dos caminos por uno de los cuales ha de ir forzosamente..."

> lugar, para que haya dolo se exige la *libertad de querer*, no bastando el mero querer, y no es libre la voluntad cuando está cohibida por la necesidad de evitar un mal mayor. Por otra parte, el dolo no es únicamente *la voluntad de realizar un hecho que la ley castiga*, sino *la voluntad de conculcar el Derecho y la ley como expresión de éste*, realizando el hecho conculcador. La violencia moral no quita la voluntad de realizar el hecho (positivo ó negativo), que la ley ha vedado, sino que quita la intención de realizar con él una violación jurídica (PESSINA, 1913:356)[56].

Sin embargo, lo cierto es que no parece defendible que la acción realizada por miedo insuperable sea una acción no intencional, y con ello falta de dolo[57]. La configuración actual del dolo únicamente exige el conocimiento por parte del autor de la situación fáctica, y el elemento volitivo consistente en el mero querer la acción realizada, sea cual sea el móvil último del autor. Ambos elementos están presentes en la acción típica de miedo insuperable, porque el que obra por miedo y para evitar un mal que le amenaza, salvo supuestos extremos en que pierda toda consciencia y control de sus actos debido a un extraordinario schock psicológico, sabe cuál es la finalidad de su acción y la realiza por ello intencionalmente. De hecho, la funcionalidad del miedo como mecanismo de reacción ante el peligro, enseña que la acción realizada por miedo tiene una determinada finalidad racional: evitar un mal amenazante. Con ello, no parece discutible que en ella existen intencionalidad y dolo.

Por esta razón, nuestra doctrina apenas se ha planteado esta cuestión[58]; aunque en la jurisprudencia puede encontrarse alguna decisión aislada que parece apoyarse en tal interpretación de la eximente de miedo insuperable para denegar su aplicación en el caso concreto[59]; lo cual, por las razones anteriormente mencionadas, debe considerarse fruto de un incorrecto entendimiento de la eximente.

---

[56] También en la doctrina angloamericana se ha discutido esta interpretación, pues alguna vez los jueces han planteado que la eximente de coacción elimina ya la intención de cometer el delito. Sin embargo, ello es rechazado unánimemente por la doctrina (vid. por ejemplo, ASWORTH, 1995:220; WASIK, 1977:455).

[57] Ya expuso esta problemática CARRARA (1859:§282, not.1): "Se puede, pues, en los casos concretos encontrar en el agente, aunque esté *coaccionado*, aun la intención *directa* y el dolo *determinado*. Y al declarar esto no se niega la *coacción* de manera absoluta, ni se excluye siempre la posibilidad de su concurso. Una cosa es la intención *imperfecta*, y otra la *indirecta*. Se puede delinquir con intención *directa*, y hallarse en un estado de intención *imperfecta*, por el aspecto de la libertad. Es cierto de toda certeza que el agredido, cuando mata al asesino que lo amenaza con muerte inminente e inevitable, tiene como *fin último* de su acción salvarse a sí mismo, y que ninguna otra razón lo mueve a matar; pero también es cierto que *quiere matar* y que a ese fin inmediato suyo dirige decididamente sus actos."

[58] Una excepción es MIR (1996:610) que expresamente dice que "el miedo insuperable no supone la ausencia de dolo o imprudencia"; y CORDOBA, que en sus notas al tratado de MAURACH (1962:30), ya subrayó que el miedo insuperable no afecta a la existencia del dolo.

[59] En este sentido, vid. STS 13-11-1992 (RAJ 9657), en la que frente a la alegación de la acusada sobre que su participación en los hechos se debió a las amenazas y malos tratos de su marido, opone que, de los

3.2. Anulación de las facultades de acción.

Una segunda interpretación de la alusión a la afección de la libertad de la persona como fundamento de la eximente de miedo insuperable consiste en equiparar tal afección con la anulación de las facultades físicas de actuación de la persona. Se pretende con ello afirmar que el fundamento de esta eximente radica en que la persona que se encuentra en la situación de miedo le es *fácticamente* imposible obrar de manera ajustada a derecho, al presentar una total anulación de sus facultades.

De esta manera, se explicaría la eximente de miedo de la misma manera que aquellas situaciones en las que una fuerza física irresistible obliga a la persona a actuar de una manera determinada; así por ejemplo, cuando alguien empuja el brazo de una persona para que golpee a un tercero o rompa un objeto valioso. Cabe destacar que una fundamentación de este tipo se encuentra presente en nuestra primera doctrina penal, destacando algunos autores el paralelismo existente entre la antigua eximente de fuerza irresistible y el miedo insuperable[60].

Sin embargo, esta posible fundamentación de la eximente parte de un presupuesto fáctico erróneo, ya que la persona afectada por una situación de miedo, salvo en casos excepcionales, no pierde el control sobre sus movimientos corporales y con ello su capacidad de actuar. Como escribe HART (1968:16), cuando se habla de que un individuo, en una situación de coacciones y amenazas, es meramente un instrumento de otra persona, que le ha obligado a actuar como lo hizo, no puede decirse que fuese un instrumento en el mismo sentido que si hubiese sido empujado por la misma persona contra una ventana, rompiéndola, porque a no ser que fuese literalmente paralizada por el miedo, *se podría haber adoptado otra conducta.*

---

hechos del caso se deduce lo opuesto: "a saber que ella colaboró voluntariamente con su marido...". Más clara aún es la SAP Madrid de 15-10-1990 (LA LEY, 1991-2:168 y ss.) que, aunque finalmente aplica la eximente completa de miedo insuperable, lo hace con una argumentación que supone parificarla con la ausencia de dolo: "entendemos que su mente [la del acusado] se encontraba obnubilada y nada se le representaba más allá de evitar el mal que se le anunciaba, como grave e inminente y tampoco cabe pensar que su estado anímico le permitiera prever resultado lesivo alguno (...) procede una sentencia absolutoria, tanto por no estimar la existencia de *animus necandi* ni *vulnerandi*, como por estimar que el sujeto actuó movido por un miedo insuperable que no le permitía discernir, ni prever las consecuencias que se podían derivar de su conducta..."

[60] Así por ejemplo BUILLA (1885:247) comenta conjuntamente ambas eximentes, "porque nos parecen muy iguales y casi dentro del mismo criterio; pues fuerza irresistible es el miedo, y el miedo impulsa al que

Por ello, se ha de partir del hecho de que el miedo a que la eximente alude es aquel que, aun afectando a la psique de la persona que lo sufre, le deja una opción o posibilidad de actuación (MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, 1996:410)[61].

Sin embargo, nuestro T.S., en algunas sentencias ha mantenido una concepción sobre la eximente de miedo insuperable basada en la anulación de las facultades físicas de actuación de la persona. Ello queda representado por todas aquellas sentencias que se refieren expresamente a la "anulación de la voluntad" como fundamento de la eximente, y que interpretan esta alusión como exigencia de una "práctica inhibición de la conducta" (de "verdadera inhibición mental" habla la STS 20-4-1959, RAJ 1339), que "se mueve a impulsos del propio terror o pánico" (STS 30-9-1993, RAJ 7020). En esta línea, en alguna sentencia se ha llegado a aludir a que la situación de miedo obliga al afectado "a moverse automáticamente" (STS 20-3-1958, RAJ 837), ilustrando de esta manera la parificación de esta eximente con los supuestos de falta de acción[62].

Por las razones ya expresadas creo que esta línea jurisprudencial no es correcta, ya que la presión psíquica que existe en las situaciones normales de miedo insuperable no anula las posibilidades de actuación de la persona. Además, hemos de tener en cuenta que tal exigencia provocaría la práctica imposibilidad de aplicar esta eximente, y su innecesariedad, ya que si efectivamente se produjera un miedo paralizante que convirtiera a la persona en un mero autómota incontrolado, entonces parece que habría razones para eximir de pena distintas de las representadas por la propia eximente de miedo insuperable: en estos casos de miedo paralizante, en los que a lo sumo parece planteable la exención de un delito de omisión (al quedar la persona literalmente "petrificada" o, como dice el T.S. en la sentencia

---

lo padece de un modo ineludible. En el primer caso se trata de muchas causas que puedan concurrir, en el segundo se habla de una sola; creemos que bastará el primer artículo..."

[61] Como ya dijo QUINTANO (1958:292): "La ineluctabilidad de la violencia física se convierte en la moral en una dura pero posible opción". Vid. también MIR (1996:613). En la doctrina angloamericana también se ha destacado que la eximente de coacción "no es una negación del vínculo entre la mente consciente y los movimientos musculares" (DENNIS, 1980:20, vid. también KADISH, 1987:259).

[62] Muy clara es también la STS 29-9-1989 (RAJ 6817) que deniega la eximente de miedo insuperable porque "la actitud del procesado no es la del que procede bajo un impacto paralizante de terror o de pánico...", y la 15-4-1980 (RAJ 1283, énfasis añadido): "es preciso: a) que el miedo haya obnubilado la mente del agente, privándole de su capacidad de raciocinio o de su libertad de decisión y determinación, de tal modo que *galvanizado y trastornado por el terror...*"

citada, "galvanizada" por el miedo), no existiría siquiera un acto que pudiese ser calificado de acción humana[63].

En definitiva, "insuperable" no significa insuperable física o facticamente.

3.3. Anulación de las facultades psíquicas. Situación de inimputabilidad momentánea.

Una tercera interpretación posible de la referencia a la afección de la libertad consiste en entenderla como la anulación de las facultades psíquicas de la persona. Desde este punto de vista, se entendería que en las situaciones de miedo insuperable la persona sufre un impacto psíquico de tal calibre que ve anuladas sus facultades cognoscitivas y volitivas, provocando una situación de inimputabilidad momentánea.

Merece la pena que nos detengamos en el estudio de esta fundamentación de la eximente de miedo insuperable, porque ésta es la posición dominante en la jurisprudencia de nuestro T.S. Claro ejemplo de ello es la STS 5-7-1993 (RAJ 5874), que se refiere expresamente a que

> ...el miedo insuperable requiere la existencia de un pavor o un pánico que altere la psiquis o provoque un trastorno anímico intenso, anulándose la voluntad y la consciencia a virtud del terror invencible...[64]

En definitiva, con esta interpretación, el T.S. entiende la "insuperabilidad" del miedo como la exasperación del impacto psíquico que provoca el miedo en la conducta humana; y con ello, tal y como puede apreciarse en la propia jurisprudencia, se trasforma la emoción de miedo requerida por la eximente sexta en un *pánico o terror* invencible:

> [la eximente de miedo insuperable] debe sobrepasar, para ser causa de exclusión de la responsabilidad criminal, los límites del terror corriente.. (STS 7-11-1996, RAJ 8190).[65]

---

[63] Ya remarcaron esta cuestión ANTON (1949:310) y DEL ROSAL (1959:67): "Con ello, claro está, se empequeñece de tal forma la eximente que cuesta trabajo imaginar las hipótesis en que sea aplicable."

[64] Existen multitud de ejemplos de esta concepción jurisprudencial (sobre ello vid. *infra* Cap. II y Cap. IV)

[65] En el mismo sentido, por sólo citar la sentencia más moderna, vid. STS 29-1-1998 (RAJ 2229), que exige la presencia de un "terror invencible". Curiosamente, el propio T.S., en otro contexto (el delito de omisión de socorro), no dudó en afirmar que el miedo alegado por el acusado para intentar fundar una situación de inimputabilidad momentánea "pone de relieve la propia *capacidad reflexiva* para eludir el alcance de la ley" (STS 27-4-1987, RAJ 2623, énfasis añadido).

Esta fundamentación, que podríamos denominar psicológica (ya que interpreta "insuperable" como insuperable psicológicamente), presenta, sin embargo, importantes problemas que aconsejan su rechazo.

En primer lugar, conduce a una *gran restricción de la eximente,* pues el miedo insuperable queda con tal interpretación *reservado para supuestos muy excepcionales.* Como ya destacara ANTON (1949:310), si se exige para aplicar la eximente de miedo insuperable un trastorno anímico de tal intensidad, entonces sólo será relevante aquel terror que enloquezca a la persona, impidiéndose con ello la aplicación de la eximente en todos aquellos casos en los que la actuación del afectado no case con la presencia de una locura transitoria. Así, por ejemplo, cuando el T.S. compruebe la presencia de raciocinio o cierta reflexión en la conducta de la persona afectada por el miedo[66]

Sin embargo, tal y como demuestran los estudios de psicología sobre este tema (vid. *infra* Cap. III) y, de hecho, la propia jurisprudencia ejemplifica, son precisamente los casos en los que la actuación de la persona afectada por el miedo no se ve totalmente incapacitada por el impacto psíquico recibido, los que pueden considerarse supuestos normales de miedo, quedando reservados los casos de inimputabilidad momentánea para situaciones marginales muy excepcionales.

> Ejemplo: los internos habían hecho llegar al Jefe de Servicio del Establecimiento Penitenciario un objeto punzante, utilizado como "pincho", encontrado casualmente y, otro funcionario, que actuó sin la suficiente reflexión, se refirió a esta circunstancia delante de otros internos, lo que provocó una situación de miedo en los acusados ante el temor de que el dueño del objeto peligroso pudiera vengarse de ellos, causándoles incluso la muerte, extremo éste que fue el que desencadenó la decisión de fuga (hechos declarados probados en la STS 29-1-1994, RAJ 593). En este caso, podremos discutir seguramente si a los internos les quedaba o no otra opción para evitar el peligro, antes que la fuga (p. ej. avisar a los funcionarios), o si el mal amenazante era verosímil y serio, pero nos quedaríamos muy sorprendidos si nuestro interlocutor nos dijera que todo ello es irrelevante, pues la eximente de miedo insuperable no puede aplicarse en este caso de ninguna manera porque los internos no actuaron bajo un impacto de terror que anulara totalmente sus facultades psíquicas, tal y como queda demostrado por el plan de fuga ideado[67].

---

[66] Vid., por ejemplo, STS 26-10-1982 (RAJ 5692) y 14-3-1986 (RAJ 1641). Muy clara es también la SAP Las Palmas, 26-3-1990 (ACT.PEN., 1990:@264, énfasis añadido): "caben fundadas dudas de que el miedo fuese insuperable en tanto el proceso netamente reflexivo que precede a la realización de la acción, integrada por un plan de 'fuga' y otro de remedio eventual, permite presumir que *el trastorno de la normales facultades del psiquismo no era absoluto.*"

[67] Considérese también, por ejemplo, el caso planteado por la STS 15-3-1947 (RAJ 385), en el que una persona fue acusada de tenencia ilícita de armas por poseer una pistola sin licencia durante casi tres años. En

En segundo lugar, esta fundamentación psicológica de la eximente de miedo insuperable presenta también un *grave problema de determinación*, pues siendo el miedo una emoción que se caracteriza por no dejar rastro en la psique de la persona (salvo supuestos de enajenación mental), una vez pasado el peligro o amenaza ¿cómo se va a calibrar (*a posteriori*) la existencia de una situación de inimputabilidad momentánea?[68]. Este es un problema importante a la hora de proceder a la aplicación de eximente de miedo insuperable. Quizá por esta razón, nuestro T.S., a pesar del fundamento exclusivamente psicológico (situación de inimputabilidad momentánea) que hemos visto que atribuye a la eximente, se ve obligado a la hora de delimitar su aplicación práctica a requerir toda una serie de requisitos o exigencias normativas.

Estos requisitos, como veremos en el Cap. III, pueden ser más o menos razonables, pero lo que ahora me interesa destacar es que son, en todo caso, incompatibles con la fundamentación psicológica de la eximente de miedo; pues si lo decisivo, es decir, si lo que fundamenta la eximente, es la presencia de una situación de inimputabilidad momentánea, la labor del T.S. debería consistir únicamente en la constatación de la existencia o no de tal grado de impacto psíquico, sin requerir *además* toda una serie de requisitos de índole normativa, como son, por ejemplo, cierta ponderación entre los males, la obligación de tolerar el peligro por parte de determinadas personas, la amenaza de un mal ilícito o injustificado, etc; ya que ello supondría un atentado contra el principio de culpabilidad, al demandarse de la persona que se encuentra en una situación de inimputabilidad toda una serie de exigencias que no puede cumplir. Como ya dijera críticamente SILVELA (1879:246):

> ...será insuperable el miedo que se imponga de tal manera al ánimo, que, no pudiendo hacerse superior á él, determine forzosa y necesariamente la voluntad á la ejecución del acto. Si tal miedo existe, es de todo punto evidente que, sin ninguna otra condición, debiera eximir de responsabilidad.[69]

---

su defensa alegó la situación de indefensión que se vivía desde hacía años en la comarca donde habitaba, de la que incluso había sido víctima su propia familia. Tal alegación no tendría ninguna posibilidad de éxito si la eximente de miedo insuperable se interpretase como un supuesto de inimputabilidad (locura) momentánea, porque parece claro que no es defendible que el acusado se encontrase en ese estado durante 3 años.

[68] Sobre la problemática de la comprobación psicológica del miedo, vid. *infra* Cap. III.

[69] Modernamente, hacía referencia a esta vulneración del principio de culpabilidad, con respecto a la exigencia contenida en el antiguo código penal referente a la ponderación de males en la eximente de miedo insuperable, MIR (1990:651). Por esta razón, en la doctrina alemana, la existencia de tales requisitos normativos (la mayoría de los cuales ostenta carácter legal por venir recogidos en el parágrafo 35 del código penal) es utilizada como un argumento contundente en contra de la fundamentación psicológica de esta eximente (vid., por ejemplo, TIMPE, 1984:860; JAKOBS, 1991:568 y ss.; y ROXIN, 1994:800 y ss.).

En tercer lugar, y por último, como veremos detenidamente en el capítulo dedicado a la delimitación del miedo insuperable y el resto de eximentes de pena (Cap. IV), esta fundamentación psicológica conlleva un *grave problema de compatibilidad entre eximentes,* ya que configura a la eximente de miedo de la misma manera que el trastorno mental transitorio (art. 20.1 CP). La concurrencia entre ambas eximentes podría conducir así a que el contenido de la eximente de miedo insuperable fuese absorbido por la eximente más genérica de trastorno mental, quedando la primera relegada al papel de una eximente superflua que tendría que desaparecer.

La fundamentación psicológica, que ve en el miedo insuperable una situación de inimputabilidad momentánea, no aporta, pues, razones para explicar la singularidad de esta eximente, sino, al contrario, conduce a su derogación por superponerse con la eximente de trastorno mental transitorio. Naturalmente, *la duda que aquí surge es si el problema estriba en que no existen otras posibles razones, al margen de las consistentes en la existencia de un trastorno mental, para explicar el valor eximente del miedo insuperable*; dicho con otras palabras: ¿es esta eximente un residuo histórico que cabría derogar sin que ello supusiese ninguna merma de garantías para el ciudadano?.

A mi entender, existen sin embargo razones diferentes a la existencia de una situación de inimputabilidad momentánea, que pueden explicar la autonomía y el valor de la eximente de miedo insuperable; razones que tienen que ver con la *existencia de situaciones de conflicto en las que la persona amenazada por un mal, valorando las alternativas ante las que se enfrenta, toma una decisión que no merece reproche penal.* Por qué no tiene lugar este reproche es lo que debe explicarse, pero debe quedar claro que "insuperable" no puede significar insuperable psicológicamente.

3.4. Limitación o disminución relevante de la voluntad.

Como hemos visto, las doctrinas de justificación retribucionista y mixta fundamentan la eximente de miedo insuperable en la afección que en estas situaciones se produce en la voluntad o libertad de elección de la persona afectada. Esta afección no puede interpretarse ni como ausencia de intencionalidad, ni como anulación de las facultades de actuación del individuo, ni tampoco como la existencia de una situación de inimputabilidad momentánea, producto de un trastorno anímico intenso.

Por tanto, llegados a este punto, estas doctrinas tienen que admitir que el fundamento basado en el defecto o afección a la voluntad de la persona significa más exactamente *la disminución relevante de la facultad de elección o voluntad de la persona afectada por la situación de miedo*. Lo decisivo en las situaciones de miedo insuperable no es la anulación de las facultades (de actuación o volitivas) de la persona, sino que debido a las circunstancias que presionan su actuación (la amenaza de un mal), ésta se ve decisivamente coaccionada, y con ello, sus posibilidades de actuación se ven disminuidas o limitadas de forma penalmente relevante.

Es por esta razón por lo que las eximentes tradicionalmente comprendidas bajo la denominación genérica de *vis moral* (esto es, el estado de necesidad y el miedo insuperable), han planteado desde siempre graves problemas a la doctrina penal a la hora de su fundamentación; pues su singularidad estriba en que éstos son casos en los que la persona, conscientemente, elige violar la ley penal (DRESSLER, 1989:1385). Por ello, la fundamentación de las eximentes elaborada en la época de la codificación, centrada en la ausencia de libertad del individuo[70], tuvo que refinarse para dar entrada a estas causas de exención de la pena[71]. Uno de estos "refinamientos" consistió en destacar el efecto meramente limitativo sobre la libertad:

> En el acto *coaccionado* toma parte el hombre interno y el hombre externo: hay *intención* y *acción*, pero hay limitación de *arbitrio* en la determinación y en la acción. (CARRARA, 1859:§282)[72]

---

[70] "La libertad y la inteligencia son los dos principios constitutivos del delito (...) Todas las reglas de este capítulo [las causas de exención de la responsabilidad criminal] no son mas que explicaciones del principio consignado en el artículo 1° del código; en donde no hay voluntad, pero una voluntad que sea la obra de un ser inteligente y libre no hay crimen." (VIZMANOS/ALVAREZ MARTINEZ, 1853:88). Muy ilustrativo es también el informe del proyecto de código penal italiano (presentado por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, P.S.MANCINI): "Siempre fue ardua en el derecho penal la definición de la imputabilidad, de la cual depende naturalemente la noción de las circunstancias que la excluyen ó la disminuyen. En verdad, no hubo ni pudo haber discordancia en la doctrina, en cuanto á las dos condiciones que deben concurrir para que la violación de la ley penal sea imputable, á saber: 1° Que el agente *sepa* que con su acto viola la ley penal; 2° Que haya querido *libremente* ejecutar su acción." (vid. PROYECTO, 1878:99-100)

[71] Como destaca PRINS "La doctrina clásica encierra, además, una contradicción. Descansa, en efecto, toda entera, sobre el libre albedrío. Concibe la voluntad determinándose ella misma con toda libertad, y castiga esta voluntad que escoge el mal cuando hubiera podido escoger el bien. El legislador, previendo la hipótesis de la violencia moral, ha supuesto, una vez más, un hombre normal, dotado de inteligencia normal, y haciendo un uso normal de su voluntad. Este hombre teniendo la elección entre un sufrimiento y la ejecución de un delito ha escogido el delito; pero en la concepción del hombre abstracto, en que se coloca la escuela clásica, esta elección era absolutamente libre (...). Si nos colocamos, pues, en el terreno aceptado por el legislador, el autor ha obrado libremente; debe ser responsable..." (cit. en JIMENEZ de ASUA/ANTON, 1929:255-256).

[72] "Encuéntrase uno es estado de violencia moral cuando se está entre dos males inmediatos, de modo que uno de los dos sea imposible de evitar. Aquel que, en tal situación, toma el partido de cometer el acto

> La *violencia moral* es problema mucho más arduo [que la violencia física]. Consiste en la coacción de la voluntad por el temor de un mal inminente. Puede provenir de fuerzas naturales (...) o de los actos de un tercero; pero cualquiera que sea su causa, no priva al individuo que la sufre de la *posibilidad física* de hacer lo que la ley ordena o de no hacer lo que ella prohibe (...). Lo que aquí existe realmente (...) es una *disminución de la libertad electiva.* (JIMENEZ de ASUA/ANTON, 1929:254)[73]

Teniendo en cuenta esta problemática, puede apreciarse el acierto de la fórmula utilizada por HART (1968:181) para fundamentar el principio de responsabilidad, basada en la idea de que no puede aplicarse una pena cuando la persona no tenga una *justa oportunidad* de ajustar su comportamiento al imperativo legal; pues con ello queda claro que lo que se discute en la eximente de miedo insuperable no es si la persona afectada por el miedo tiene o no una oportunidad de cumplir ley (lo cual, desde el momento en que aun controla sus facultades de acción y volición, no parece discutible), sino más bien si tal oportunidad, de hecho existente, puede o no considerarse justa[74].

Sin embargo, aunque se parta de esta limitación de la libertad de elección como fundamento de la eximente, debe tenerse en cuenta que, como los propios autores partidarios de esta fundamentación reconocen, existen multitud de presiones exteriores que afectan al comportamiento humano (emocionales, financieras, sociales...), y desde el momento en que no todas ellas son igualmente aceptadas por el legislador penal como causas de exención de la pena cuando se comete un delito debido a su influencia, aludir a la

---

vedado, no se conduce involuntariamente; no está paralizado verdaderamente el juego de su libertad, pero la facultad de elegir está encerrada en límites muy estrechos." (ROSSI, 1883:329)

[73] Vid. también MIR (1981:658): el miedo insuperable "no elimina ni la imputabilidad ni el necesario conocimiento de los injusto, pues una causa como el miedo no priva, por completo al sujeto de su poder actuar de otro modo, sino que únicamente se lo aminora, siquiera sea de forma notable.". Esto es aceptado también por algunas sentencias de nuestro TS, que suponen una excepción a la concepción jurisprudencia dominante que requiere una *anulación* de las facultades de la persona para apreciar miedo insuperable. En este sentido, vid. la STS 14-4-1943 (RAJ 466), que destaca que esta eximente requiere "como elemento básico la existencia de una peligro de tal gravedad e inminencia que cohiba la libertad del agente..."; y la STS 6-10-1995 (RAJ 7400): "Conocido es que el miedo vicia la voluntad pero no la anula, a diferencia de la fuerza irresistible. Es la *vis absoluta o vis atrox* frente a la *voluntas coacta tamen voluntas*, cuando el agente mantiene y conserva su entendimiento y voluntad, si bien viciados."

[74] Fundamenta expresamente la eximente de coacción (*duress*) en esta idea, DRESSLER (1989:1365), que destaca que la coacción "excusa cuando las alternativas ante las que se enfrenta la persona no son sólo duras, sino también injustas. Una persona que actúa bajo la coacción queda excusada, aunque posea la capacidad para tomar la decisión correcta, si no tiene una justa oportunidad para actuar legalmente, o más exactamente, si no tiene una justa oportunidad para evitar actuar ilegalmente."(vid. también WASIK, 1977:454).

existencia de tales condicionantes externos aún no explica satisfactoriamente *por qué* el derecho penal debe reconocer la eximente de miedo (ASHWORTH, 1995:221)[75].

Por otra parte, también parece claro que situar el fundamento de la eximente en la limitación de la voluntad o libertad de elección de la persona es sólo el primer paso, porque aún resta explicar *cuándo* tal disminución es relevante para el derecho penal, es decir, cuándo los condicionantes externos de la actuación pueden aceptarse por el ordenamiento penal como fundamentadores de una exención de pena, y cuándo, a lo sumo, pueden dar lugar a una mitigación de la pena. Resta explicar, en definitiva, cuándo puede decirse que la persona no tiene una *justa* oportunidad de ajustar su comportamiento a lo requerido por la ley penal.

3.4.1. Cuándo se exime de pena.

Comenzaré tratando la segunda de las cuestiones planteadas; es decir, cuándo existe una disminución relevante de la libertad de elección de la persona que determina que no tenga una justa oportunidad de actuar conforme a la ley.

En la doctrina penal se ha intentado situar la respuesta a este interrogante en un terreno psicológico. Este análisis vuelve a poner el acento de la eximente en la presión psíquica que sufre la persona que se encuentra en una situación de miedo insuperable, pues, desde este punto de vista, la determinación de la insuperabilidad del miedo se remite al criterio cuantitativo de la existencia de un trastorno psíquico en cierto grado. Con ello, "insuperable" sigue siendo insuperable psicológicamente.

El problema de esta posible interpretación de la limitación de la libertad como fundamento de la eximente de miedo insuperable, es que no parece poder evitar pecar por exceso o por defecto. Peca por exceso porque conduce a la exigencia de la anulación de las facultades psíquicas de la persona, esto es, un estado de inimputabilidad momentánea, ya que si lo que importa es el impacto psíquico recibido por la persona, el parámetro para evaluar la eximente se sitúa en un terreno puramente cuantitativo: se eximirá de pena cuando tal trastorno o impacto psíquico llegue a un determinado grado, y éste no puede ser otro que la inimputabilidad, es decir, la anulación, aun momentánea, de las facultades psíquicas de la

[75] En este sentido, podemos recordar las palabras de ANTON (1949:311) cuando aludía a que el miedo insuperable es un "estado emocional privilegiado". La pregunta es por qué la ley penal lo privilegia por encima de otras emociones como la ira, los celos o la envidia.

persona[76]. Llegados a este punto, deben recordarse todos los problemas que esta posible fundamentación de la eximente de miedo insuperable conlleva, y que aconsejaron su desestimación.

Pero si, para evitar esta consecuencia y su correspondiente crítica, se limita la exigencia del trastorno psíquico a la aminoración y no a la anulación de las facultades psíquicas de la persona, entonces esta interpretación parece pecar por defecto, pues no puede dar cuenta del hecho de que estamos ante una eximente y no ante una simple atenuante de pena, como sería el caso de los trastornos psíquicos que no provocan la anulación de las facultades psíquicas de la persona y con ello una situación de inimputabilidad momentánea (ROXIN, 1994:800; ESER/BURKHARDT, 1995:372).

En definitiva, la eximente de miedo insuperable no puede fundamentarse exclusivamente en términos psicológicos, como una cuestión de valoración puramente cuantitativa de un determinado trastorno psíquico padecido por la situación de miedo, pues o bien ello conduce a la exigencia de un estado de inimputabilidad, o no puede explicar satisfactoriamente que el miedo insuperable sea una eximente y no simplemente una atenuante. Por esta razón, como subraya GOMEZ BENITEZ (1987:430), en la doctrina penal se ha producido un *desplazamiento de la eximente de miedo insuperable desde una noción psicológica a otra normativa.* Este es, según creo, el camino correcto: en las situaciones de miedo insuperable el aspecto decisivo no reside en la cantidad de presión psíquica que recibe el afectado (criterio cuantitativo), sino que *estamos ante una cuestión sobre las exigencias normativas que pueden y deben requerirse de la persona que se encuentra en esa situación de presión (miedo) que limita su voluntad o libertad de elección*[77].

---

[76] Remarca este punto GOMEZ BENITEZ (1987:434): "desde un punto de vista psíquico la jurisprudencia viene exigiendo que el miedo haya cohibido por completo la voluntad del sujeto, es decir, que haya producido la total suspensión de las facultades psíquicas del que lo padece, ya que si produce una disminución notable, es decir, de cierta intensidad, aunque sin llegar a la inhibición de dichas facultades, entonces sólo puede aplicarse la eximente incompleta.." Vid. también CORDOBA (1972:341).

[77] "...cada vez se hace más evidente que la presente eximente no depende tanto -según interpretación jurisprudencial dominante- del efecto psíquico del miedo, como de la improcedencia de exigir a un ser humano que ante determinados estímulos o amenazas reales reaccione de forma distinta a como lo hizo...(GOMEZ BENITEZ, 1987:430). Esta es la opinión mayoritaria en nuestra doctrina penal. Vid. por ejemplo, HIGUERA (1991:77); AYALA (1993:103); BUSTOS/HORMAZABAL (1994:519); COBO/VIVES (1996:628-629); MIR (1996:612); MORALES (1996:180: "el miedo insuperable se cimenta en una situación de conflicto individual de tipo normativo..."); y CUERDA ARNAU (1997:77: "se entiende (...) la insuperabilidad en un sentido deóntico, por cuya virtud, insuperable es el miedo que no es exigible vencer.").

En la doctrina penal, estas exigencias normativas se han resumido en los conceptos de *razonabilidad* o *inexigibilidad*, que expresan de esta manera el núcleo normativo que presenta la eximente de miedo insuperable[78]. Desde ambos criterios se pretende destacar el hecho de que "insuperable" debe interpretarse como insuperable normativamente. Esta es la fundamentación de la eximente de miedo insuperable que creo acertada.

Aun reconociendo el evidente parentesco que existe entre ambos conceptos, creo preferible situar la referencia normativa que fundamenta la eximente de miedo insuperable, en la alusión a la razonabilidad de la actuación de la persona amenazada por un peligro. Ello en base a dos argumentos. En primer lugar, debe señalarse que el término "inexigibilidad" parece tener en la dogmática penal continental un sentido demasiado genérico, como se aprecia en el hecho de que, parte de la doctrina penal, cree ver en la inexigibilidad el fundamento de toda la categoría de la culpabilidad. Desde este punto de vista, inexigible puede ser una conducta porque la persona se encuentra en situación de inimputabilidad (enajenación mental y trastorno mental transitorio), porque desconoce el contenido de la prohibición penal (error de prohibición) o, por último, porque el ordenamiento, en atención a las circunstancias que rodean su actuación, no puede exigirle otra conducta (miedo insuperable)[79]. La referencia a la inexigibilidad queda de este modo caracterizada por el mero hecho de que el ordenamiento penal no pueda, por motivos de diferente orden, imponer una pena a una persona por su conducta antijurídica.

En este contexto, la fundamentación de la eximente de acuerdo con el concepto de razonabilidad puede captar con mayor exactitud la valoración normativa contenida en la eximente de miedo insuperable, ya que la referencia a la inexigibilidad podría dar a entender también una fundamentación psicológica de la eximente, tal y como acontece en las situaciones de inimputabilidad. Es decir, el concepto de razonabilidad podría contribuir a una mayor precisión del fundamento de la eximente: la actuación conforme a la ley es inexigible, en caso de miedo insuperable, no porque nos encontremos ante una persona que, de hecho, no pueda cumplir con el mandato legal, sino porque la conducta realizada

---

[78] El concepto de *razonabilidad* se encuentra presente en la doctrina angloamericana, y ha sido recogido en los proyectos de código penal de Estados Unidos (MPC, 1985:Section 2.09) e Inglaterra (LAW COMMISSION, 1993:48). Ambos textos requieren para aplicar la eximente de coacción que la persona amenazada se encuentre en una situación en la que no puede razonablemente esperarse de ella que no viole la ley (vid. entre otros, WERTHEIMER, 1987:152-153; ALLDRIDGE, 1986:435; GARDNER, 1991:391). El concepto de *inexigibilidad*, por su parte, es propio de la dogmática penal continental, siendo desarrollado como categoría de la teoría del delito por la doctrina alemana (vid. sobre ello, *infra* Cap.II).

[79] Vid. por ejemplo, BUSTOS/HORMAZABAL (1997:154-156) y SILVA (1992:413).

por la persona es *razonable*, esto es, *adecuada a las circunstancias del caso concreto y a unas pautas moral-normativas presentes en nuestra sociedad*[80].

En segundo lugar, creo que el concepto de razonabilidad puede ayudar a superar el problema terminológico que parece plantear la referencia a la inexigibilidad de otra conducta, cuando, como sucede tradicionalmente en relación a la eximente de miedo insuperable, ésta se sitúa en el ámbito de la culpabilidad:

> La formulación "exigibilidad/inexigibilidad" sólo puede, en relación con la "obediencia al derecho", designarse como desafortunada, porque esa expresión da una molesta impresión: como si el ordenamiento jurídico no se tomara en serio sus propias exigencias y por así decirlo limitase en la culpabilidad nuevamente lo que en el injusto "exige". (SCHMIDHÄUSER, 1984:242)[81]

En otras palabras, el problema estriba en que la referencia a la inexigibilidad de una conducta, como fundamento de una determinada exención de pena situada en la culpabilidad, no se correspondería con el hecho de que el ordenamiento penal, al declarar la conducta injusta o antijurídica, en realidad sí parece exigirla:

> En puridad, desde el punto de vista terminológico, la expresion "no exigibilidad" no resulta muy afortunada porque oscurece el hecho de que la conducta "no exigible" sí se reclama por el Derecho. Podría decirse perfectamente que el Derecho "exige" la conducta heroica, aunque no considere "penalmente responsable" a quien la omita. (MIR, 1996:609)[82]

---

[80] CUERDA ARNAU (1997:231) critica la preferencia que ya mostré en un anterior trabajo por el concepto de razonabilidad frente al de inexigibilidad, pero, a pesar de que es cierto que el concepto de razonabilidad no es ni mucho menos un término claro, como esta autora señala, sigo creyendo que parece más preciso que la referencia a la inexigibilidad, pues por lo menos consigue dejar sentado que no estamos ante un problema de inimputabilidad (ya que, reitero, en el estadio actual de desarrollo de la dogmática, puede decirse que del inimputable no cabe exigir otra conducta), sino de valoración normativa.

[81] Vid. también LENCKNER (1997:516 -vor §32/110-: "Terminológicamente el concepto de inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma provoca más bien incluso malentendidos, como si sugiriera una dispensa al seguimiento de la norma, lo que sin embargo -en todo caso por lo que ser refiere a los delitos de acción- no puede significar); OTTO (1978:115); HRUSCHKA (1983:275: "Siempre que el ordenamiento jurídico señala un hecho como 'antijurídico', exige al autor que omita ese hecho") y ESER/BURKHARDT (1995:301-302). Ya BINDING (1885:765) al criticar la concepción que veía en el estado de necesidad una conducta delictiva meramente dispensada de pena en atención a la inexigibilidad del "heroismo", puso de manifiesto que "Lo que el ordenamiento jurídico no puede exigir o para ser justo no exige, eso no lo exigirá. Mantiene por contra la validez de las normas para los conflictos de necesidad -y sólo entonces estamos ante un delito!-, entonces exige con ello también la eficacia de la obligación, exige resistir la necesidad, e inexplicable sería garantizar la exención de la pena a la lesión de sus exigencias, alegando que tal exigencia se basa en la injusticia!".

[82] En nuestra doctrina vid. también CUERDA RIEZU (1984:134, y not. 144) y LARRAURI (1997:93: "recluir la 'inexigibilidad' al ámbito de la culpabilidad implica reducirla a aquellos casos en que el ordenamiento jurídico sí quiere exigir -por ello declara su incumplimiento injusto-..."). En la doctrina italiana subraya también esta idea ANTOLISEI (1997:428).

La alusión a la razonabilidad de la conducta presentaría la ventaja de evitar este problema terminológico que, según parte de la doctrina, presenta la fundamentación basada en el principio de inexigibilidad; y por otra parte, contribuiría a plantear con más nitidez la cuestión esencial que, entonces (es decir, de seguirse la opinión reseñada), afectaría a la naturaleza jurídica de esta eximente (que analizaré en el próximo capítulo): *por qué razón (si es que la hay) puede el ordenamiento penal exigir (al declararlo antijurídico) un comportamiento heroico.*

Por último, para acabar con este apartado, quisiera destacar que la reconstrucción normativa de la eximente de miedo insuperable que supone su fundamentación en consideraciones de razonabilidad, no parece violentar el principio de legalidad (límite infranqueable de la dogmática y de la política-criminal, LUZON, 1978:15), pues la regulación legal española de la eximente no parece impedir su fundamentación normativa. Creo importante destacar este punto porque podría conducir a equívocos la opinión de algunos autores que han destacado el carácter marcadamente psicológico que, a su entender, presenta la eximente de miedo insuperable, debido a que nuestra regulación penal hace referencia precisamente al "miedo", concepto éste de eminente cariz psicológico[83]. Desde este punto de vista, podría defenderse que al hacer referencia el legislador a un concepto eminentemente psicológico, pretende con ello que esta eximente se configure y delimite de acuerdo con criterios exclusivamente psicológicos, consistentes en la existencia de un trastorno psíquico en grado suficiente como para eximir de pena. Como ya he mencionado en ello se apoya precisamente la concepción mayoritaria de nuestro T.S. que concibe a esta eximente como una situación de inimputabilidad momentánea.

Sin embargo, que el legislador haga referencia a un concepto psicológico para reconocer la eximente, no parece prejuzgar su configuración y delimitación; lo único que parece requerir es que efectivamente exista un estado de miedo en la persona que se encuentra ante un peligro, y que tal persona obre movida por tal miedo (sobre ello vid. *infra* Cap. III); pero no parece impedir que, sobre esta base, la insuperabilidad del miedo se delimite normativamente[84]. Como se analizará con detalle en el capítulo dedicado a la diferenciación

---

[83] En este sentido, vid. DIAZ PALOS (1977:346), que alude a que "el miedo es antes que nada un concepto psicológico"; ONECHA (1981:277) e HIGUERA (1991:60).

[84] Como atinadamente destaca AYALA (1993:92): "el miedo es una realidad psíquica, pero el 'miedo insuperable' es ya un concepto jurídico.". También COBO/VIVES (1996:628) subrayan que, desde el punto de vista interpretativo, no es obligado llegar a la conclusión de que "miedo" requiere un trastorno psíquico grave o paralizante.

entre el miedo insuperable y el resto de eximentes de pena, la expresa referencia legislativa al "miedo" parece explicarse, fundamentalmente, como fruto de la influencia de los precedentes legislativos históricos, pero no parece que tuviera como finalidad la configuración psicológica de la eximente. Ello queda avalado por el estudio histórico de la eximente, pues en nuestra primera doctrina penal puede ya apreciarse que la eximente de miedo insuperable no recoge los supuestos en los que las facultades de acción o volición de la persona quedan anuladas fruto del trastorno psíquico producido por el miedo, sino aquellos casos en los que no se puede exigir de la persona amenazada por un determinado mal que obre conforme a derecho[85].

En cuanto a la modificación de la eximente de miedo insuperable llevada a cabo por el nuevo código penal (esto es, la supresión de la ponderación de males), cabe destacar que, aunque tal reforma sea, ciertamente, susceptible de una interpretación que defienda la fundamentación psicológica de la eximente[86], no supone forzosamente tal conclusión, pues como veremos más adelante (vid. *infra* Cap.IV), puede también interpretarse como un intento de superación de la gran dificultad con la que debe enfrentarse la configuración normativa del miedo insuperable: su delimitación con respecto a la eximente de estado de necesidad.

En resumen, la eximente de miedo insuperable parte, efectivamente, de un concepto de carácter psicológico (el miedo), pero el problema es cómo interpretar su insuperabilidad, que es, en definitiva, lo decisivo para aplicar la eximente; y creo que ello debe hacerse normativamente, esto es, *mediante la serie de exigencias normativas incorporadas en la*

---

[85] En este sentido, vid. CARDENAS (1848:315, 323); PACHECO (1867:172: "La ley no ordena, ni puede ordenar tamaña perfección: mucho menos puede suponer que sea la conducta del mayor número. Tiene que considerarnos como somos, y no puede pedirnos sino lo natural, lo ordinario, lo posible. De aquí es que el miedo nos hace obrar á veces de distinto modo que lo que quisiéramos..."); GROIZARD (1870:262-263); SILVELA (1874:214); VICENTE (1874:228); RUEDA (1889:169); BUILLA (1885;247).

[86] Desde este punto de vista se podría argüir que tal ponderación de males no tiene sentido si la eximente recoge un supuesto de inimputabilidad momentánea, por lo que la reforma confirma esta interpretación (de hecho, alguna de las opiniones vertidas en el proceso de discusión del código penal, parecen partir de esta concepción, vid. DIARIO, 1995:15000 y ss.). Sin embargo, según el ponente del gobierno "el inconveniente mayor para la aceptación de estas enmiendas [que pretendían la reintroducción de la cláusula de ponderación de males] (...) sería que al desaparecer la fuerza irresistible se estrecha el juego de las causas de inexigibilidad si se insiste en mantener la ponderación de males." (DIARIO, 1995:15007). El dilema se expresa con claridad en el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de 1994: "Una vez que el miedo resulta insuperable, no tiene sentido añadir más requisitos para estimar la exención. Pues insuperable es lo que el sujeto no puede superar (con lo cual habría un estado de inimputabilidad) y/o lo que no está obligado a superar (con lo cual se hallaría en situación de inexigibilidad). En cualquier caso, está claro que, sin ulteriores requerimientos acerca del motivo del miedo, es preciso admitir la ausencia de responsabilidad" (ANTEPROYECTO, 1994:161).

referencia a la razonabilidad de la conducta. Ciertamente, esta tarea de configuración normativa requerirá la presentación y discusión de la serie de requisitos normativos que delimitan, concretamente, cuándo se va a aplicar la eximente de miedo insuperable; a esta cuestión de vital importancia estará dedicado el capítulo III de este trabajo.

3.4.2. Por qué se exime de pena.

Sin embargo, una vez hayamos delimitado, en la medida de lo posible y por medio de la discusión de ciertos requisitos normativos, cuál es el contenido de la referencia a la razonabilidad de la conducta que fundamenta la eximente de miedo insuperable, sólo habremos en realidad contestado a la pregunta concerniente a cuándo se va a aplicar la eximente de miedo insuperable, esto es, *cuándo* puede decirse que una persona, en una situación de miedo en la que teme la producción de un mal, actúa razonablemente. Pero sigue faltando la respuesta a la pregunta clave sobre la fundamentación de la eximente, esto es, *por qué* el ordenamiento penal acepta la exención de pena cuando la conducta es razonable en una situación de miedo por la amenaza de un mal..

Desde este punto de vista, utilizando la terminología de BALDO (1994: 95,163), se podría decir que los principios de razonabilidad o inexigibilidad sólo son principios *matemáticos*, en el sentido de que explican cuándo se va a eximir de pena (cuando la conducta se considere razonable, cuando se estime inexigible el seguimiento de la norma penal), pero no por qué, siendo una conducta razonable o inexigible el cumplimiento del precepto penal, debe ello ser aceptado por el ordenamiento penal como una causa de exención de la pena.

Es por esta razón por lo que HENKEL, en su famoso artículo sobre la inexigibilidad como principio penal, señaló que éste era meramente un principio regulativo; y que, por lo tanto, el fundamento de las eximentes o tipos penales tradicionalmente basados en él (como por ejemplo el estado de necesidad exculpante contemplado en el código penal alemán), debía hallarse más allá del principio de inexigibilidad[87]. Esta tesis de HENKEL fue posteriormente utilizada en la doctrina penal para debilitar el contenido del principio de inexigibilidad, considerándolo un concepto vacío, de escaso o nulo valor material (sobre ello, vid. *infra* Cap.II); pero, a mi entender, únicamente pretende constatar el limitado

[87] En concreto, para HENKEL (1954:291-292), el fundamento del estado de necesidad exculpante es el "efecto del instinto de conservación"; aunque también se refiere a la "extraordinaria merma de la libre determinación" de la persona.

valor del principio de inexigibilidad (o de razonabilidad), como referencia fundamentadora de las eximentes penales.

¿Qué es, en definitiva, lo que se encuentra tras el reconocimiento del principio de razonabilidad (o el principio paralelo de inexigibilidad) como fundamento del miedo insuperable?. La idea que parece hallarse tras la fundamentación de la eximente de miedo (así como de las análogas eximentes de coacción *-duress-* y estado de necesidad exculpante), a partir del principio de responsabilidad, es que esta causa de exención de la pena tiene que ver con el más amplio reconocimiento de la libertad del ciudadano frente al poder estatal; es decir, el miedo insuperable, como las excusas en general, forma parte de los mecanismos que el ordenamiento penal contempla para proteger más eficazmente la libertad de los ciudadanos.

Este reconocimiento del valor de la libertad de las personas como núcleo de esta eximente, puede explicarse, a mi entender, a partir de dos ideas centrales. En primer lugar, la desarrollada por HART: las eximentes, y entre ellas el miedo insuperable, *suponen una reafirmación del valor de la libertad de los ciudadanos, porque les permite planear su futuro libre de las ingerencias imprevistas del poder estatal* (1968:44 y ss.). Si el ordenamiento penal no reconociera las eximentes de pena el ciudadano nunca podría estar seguro de que por una actuación futura imprevisible (accidental, errónea, *en defensa de un peligro amenazante o debida a una amenaza...*), no sufriría un castigo penal; con la consiguiente merma de la esfera de libertad de la persona[88].

Sin embargo, ciertamente, esta es una afirmación que, aun siendo cierta, es todavía demasiado genérica para poder servir de punto de partida de la configuración concreta de la eximente de miedo insuperable.

En segundo lugar, lo que a mi entender constituye la gran singularidad del miedo insuperable es que esta eximente *supone el reconocimiento de la existencia de un doble*

[88] Quisiera añadir que, aunque esta fundamentación elaborada por HART, puede ser interpretada en clave utilitarista (el valor de la libertad como mecanismo para maximizar la *seguridad* de los ciudadanos), no puede ser ésta la interpretación que aquí aceptemos, pues como bien dice DWORKIN (1984:55) "si apunta únicamente al incremento de seguridad personal que permiten las eximentes mentales, el argumento es débil, porque este incremento de seguridad es mínimo". Por ello debe subrayarse que la fundamentación ligada al valor de la libertad supone concebir este valor como inherente a la autonomía y dignidad de la persona, basado por ello en la idea de que la persona no puede concebirse como medio sino únicamente como fin (DWORKIN, 1984:56, quien interpreta de esta manera a HART). Desde esta perspectiva puede interpretarse

nivel de valoración (o enjuiciamiento moral de las acciones) aceptado en nuestra sociedad. Este doble nivel de valoración está basado en la diferencia existente entre un juicio de imparcialidad, en el que la situación debe ser valorada con independencia de la implicación personal del autor en ella; y un juicio que tiene en cuenta tal implicación personal, y está fundado, de esta manera, en la idea de parcialidad.

Creo que la base del principio de razonabilidad (o inexigibilidad) reside precisamente en el valor que asigna, en la resolución de un conflicto de intereses, a la especial perspectiva del autor implicado en él, debido a su vinculación personal con el interés amenazado. Esta esencia del principio inexigibilidad ya fue subrayada por sus fundadores. Así, GOLDSCHMIDT (1913:162, énfasis añadido) señala que

> Las causas de exculpación tienen su fundamento en un motivo *subjetivo* preponderante y aprobado. [más adelante subraya este autor que en ellas] ...no debe ser ya decisiva la medida con la que el Juez posteriormente y con tranquilidad mesura, qué interés prepondera objetivamente (...), sino aquélla cuyo empleo puede equitativamente exigirse en el momento del hecho *desde el punto de vista del autor...*" (1913:175, énfasis añadido)[89].

Es la especial posición del autor en el conflicto (su implicación), lo que puede permitir una *resolución parcial* del mismo, es decir, una resolución que pase por dar mayor peso o valor a unos determinados intereses, por los que el autor se siente especialmente afectado o vinculado. Por contra, cuando la *resolución* del conflicto de intereses ante el que se enfrente el autor sea *imparcial*, esto es, sea la que desde la perspectiva de una persona no implicada en el conflicto pueda aprobarse, no hará falta apelar a la razonabilidad de la conducta para eximirle de pena, sino que aquí serán relevantes otras consideraciones *objetivas*, como puede ser la propia entidad de los bienes en conflicto.

Por tanto, lo decisivo es que en la eximente de miedo insuperable, *si el conflicto no se resuelve de forma imparcial*, debe apelarse a la *preferencia subjetiva* del autor por los bienes en peligro para explicar y así fundamentar la exención de pena[90]. El principio de

---

la alusión al principio de dignidad humana (WITTIG, 1969:548) o de Estado de Derecho (LÜCKE, 1975:58) como *ratio* del principio de inexigibilidad.

[89] Vid. también GOLDSCHMIDT (1930:440-441). En este sentido, el parámetro del "hombre medio *en la posición del autor*", defendido por nuestra doctrina mayoritaria para determinar la inexigibilidad de otra conducta en caso de miedo insuperable, aunque pueda resultar criticable por diversas razones (vid. Cap. III), parece claro que posibilita *situar el conflicto en la perspectiva del autor.*

[90] Como se verá en el último capítulo, de hecho, creo que la eximente de miedo insuperable, por su naturaleza jurídica y delimitación frente al resto de eximentes de pena, queda reservada para supuestos en que tiene lugar una valoración parcial del conflicto.

razonabilidad (y su análogo de inexigibilidad) aporta la base material de tal preferencia subjetiva, al estar basado, precisamente, en la idea de parcialidad, esto es, en la consideración de que el conflicto ha de decidirse trasladándonos a la perspectiva del concreto individuo afectado por la situación de miedo. De esta manera, el valor de este principio reside en constituir una apelación de justicia que pretende explicar la ausencia de pena *aun cuando* el hecho no pueda considerarse socialmente beneficioso o acorde con las valoraciones objetivas (imparciales) del ordenamiento, y por ello no se estime justificado penalmente.

Ciertamente, que el ordenamiento penal reconozca una eximente fundada en la preferencia subjetiva del autor por el interés en peligro puede resultar extraño y hasta discutible, pero creo que, de hecho, refleja unas pautas o valores morales ampliamente reconocidos en nuestra sociedad moderna, y que tienen que ver con la adecuada *separación entre persona y ciudadano*; separación que da lugar a un doble nivel de relaciones (unas basadas en la idea de parcialidad y otras en exigencias de imparcialidad) que el derecho no puede desconocer. Así, cuando el bien en peligro pertenece al propio autor, nos encontramos ante una conducta auto-interesada, que el ordenamiento penal no puede desconocer si se toma en serio el valor de la autonomía de la persona, sino tan sólo tratar de encauzar en sus justos términos:

> ...la magia del pronombre "mío" (...) constituye la base material de algo que en realidad es más importante: tener un área de discreción en las relaciones personales. Todos nosotros tenemos sólo una cantidad finita de tiempo, atención, cuidado y afecto que dedicar a los demás (o a nosotros mismos, si a eso vamos), y apenas valdría la pena vivir la vida si no pudiéramos decidir por nosotros mismos (...) a quién se deben conceder éstos. (BARRY, 1997:276)[91].

Por ello, el ordenamiento debe reconocer que nuestros intereses son para nosotros más valiosos que los de un extraño. Igualmente, cuando los bienes en peligro son, por ejemplo, los de un familiar, el ordenamiento penal no puede tampoco ignorar que la institución de la familia tiene un innegable valor social (fomentado por el propio derecho penal); y que

[91] "El material primario a partir del cual comienza la ética -los objetivos personales, los intereses y los deseos de los individuos (...)- forma parte, completamente, del punto de vista de cada uno de los individuos. Con frecuencia la perspectiva personal también presupone fuertes lealtades personales hacia particulares comunidades de interés o por convicción o por identificación emocional, más amplias que las definidas por amistad o familia..." (NAGEL, 1996:20).

forma parte del núcleo de esta institución el hecho de que los intereses de un miembro de la misma sean considerados por los demás miembros más valiosos que los de un extraño[92].

Naturalmente, el ordenamiento penal podría negar todo este sustrato social y partir de que sea quien sea el titular del bien en peligro, los ciudadanos deben hacer una valoración imparcial del conflicto, esto es, situándose en la perspectiva de un extraño. Quizás esto sea incluso defendible si, como ya veremos, se pretende justificar una conducta. Pero si se trata de discutir sobre si una persona merece o no castigo penal, el ordenamiento penal no puede imponer un castigo al margen de pautas morales de conducta e instituciones sociales plenamente arraigadas en la sociedad, pues con ello, insisto, estaría negando su valor y autonomía como persona, antes que como ciudadano. Este es, de hecho, como ya mencioné, el valor del principio de culpabilidad, tal y como ilustran las siguientes palabras de uno de los fundadores del pensamiento de la inexigibilidad:

> ...la esencia de la culpabilidad consiste en una confrontación entre las normas jurídicas dirigidas al ciudadano desde fuera y las normas propias del autor, esto es, las normas sobre auto-conservación. Culpabilidad existirá allí donde nuestra experiencia vital deba contar con el triunfo de las normas jurídicas sobre esas normas de auto-conservación, sobre esas "valoraciones propias del autor" (*Grünhut*); y no habrá culpabilidad (esto es, exculpación) allí donde, no se pueda contar, de acuerdo a la experiencia, con tal triunfo. Precisamente esta concepción de la culpabilidad debe tener en cuenta el hecho de la confrontación, nunca por entero resuelta, en la que se encuentra la persona, en su doble carácter de individuo y de miembro de una comunidad. La esencia de la culpabilidad en el derecho penal moderno consiste de hecho en la constatación de esa confrontación, en el reconocimiento del individuo, en la consideración de que (al contrario que en la responsabilidad por el resultado germánica) no se ve en el individuo un mero miembro de la comunidad, que haya inmediatamente que responsabilizar en cuanto no se haya ajustado por completo a las normas de la comunidad. (E. SCHMIDT, en v. LISZT/SCHMIDT, 1927:209, not.4 *in fine*)

---

[92] Ya PACHECO (1867:215) subrayó que "hay entre los parientes lazos de amor, de superioridad, o dependencia, que no pueden menos de traer algún resultado en la esfera del crimen". El valor del orden micro-social constituido por la familia es claramente aceptado por la ley penal, como puede deducirse fundamentalmente de los actuales artículos 454 (encubrimiento de parientes) y 268 CP (excusa absolutoria de parentesco en delitos patrimoniales), en los que se acepta la resolución de un conflicto (entre los intereses del Estado y los de una persona -art.454 CP-, o incluso entre las propias personas) determinada por el peso del vínculo familiar. Sobre este tema vid. en general BAJO (1973:148-149, sobre la excusa absolutoria; y 217 y ss., sobre el encubrimiento de parientes). Cabe destacar que, aunque la evolución del derecho penal moderno tiende a sustraer la facultad de resolver un conflicto penal a organizaciones ajenas al propio Estado (así, a la familia, claro ejemplo de ello es la desaparición de la antigua atenuante de "vindicación de ofensa grave al autor del delito o sus parientes", como un claro resabio de la "venganza de sangre", sobre ello vid. BAJO, 1973:193), ello no ha llevado a desconocer el valor de tales vínculos familiares.

En definitiva, el principio de inexigibilidad implica el reconocimiento de la separación entre persona y ciudadano:

> ...la naturaleza fundante de la inexigibilidad -tanto en el derecho penal como en otras ramas del ordenamiento- puede ser indudablemente individualizada en un principio de orden constitucional, pero no soy propenso a situar este principio en el reconocimiento de la dignidad humana, sino más bien en la eliminación de una relación de jerarquía entre la comunidad y el individuo: desde el momento en que este último se incardina en la primera no como súbdito, sino como sujeto activo y consciente... (FORNASARI, 1990:221)[93]

Separación que da lugar a un doble nivel de valoración y a la consiguiente existencia de compromisos asimétricos (FINKELSTEIN, 1995:275); esto es, compromisos con un diferente alcance según si se basan en un juicio parcial o imparcial.

De hecho, el conflicto perenne entre persona y ciudadano ha sido modernamente objeto de atención por parte de la filosofía política, que ha subrayado que una sociedad justa debe reconocer este doble nivel de relaciones y con ello de valoraciones existentes en la sociedad:

> El ideal, por tanto, es un conjunto de instituciones dentro de las cuales las personas pueden vivir una vida colectiva que se ajuste a las exigencias imparciales de la perspectiva impersonal[94], mientras que al mismo tiempo tienen que comportarse solamente en formas que sea razonable exigir de individuos con fuertes motivos personales. Pero proponer este ideal es percibir cuán difícil será realizarlo. Sus dos condiciones empujan en direcciones opuestas. (NAGEL, 1996:24)

> Un sistema legítimo es aquel que reconcilia los principios universales de imparcialidad y de parcialidad razonable, de manera que nadie puede objetar que sus intereses no están siendo sopesados suficientemente ni tampoco que las demandas que se le exigen son excesivas. (...) Para incorporar dentro de la ética el punto de vista personal, necesitamos incorporar una teoría de las *razones para la acción relativas al agente* (...). El contraste se da con las *razones neutrales con respecto al agente* que dependen de lo que todo el mundo

---

[93] Vid también FORNASARI (1990:217): el principio de inexigibilidad "es ante todo un principio que encuentra su razón de ser en el equilibrio estatuido en los ordenamientos jurídicos de matriz *lato sensu* liberal y en particular demócrata-liberal: todas las constituciones que, material o formalmente, limitan la omnipotencia de la autoridad estatal en consideración a los valores fundamentales de la persona humana, sólo con extrema incoherencia podrían admitir la existencia de obligaciones (de hacer u omitir) absolutamente incondicionadas..." (vid., igualmente, 1990:218). Ya antes puede leerse la misma idea en WITTIG (1969:548): "la problemática de la causa supralegal de exculpación de la inexigibilidad es sólo una parte de la gran problemática individuo-generalidad"; y en HENKEL (1954:308).

[94] La perspectiva impersonal es "una perspectiva que sería natural sostener si estuviésemos mirando desde fuera a una situación en la que no estuviéramos personalmente implicados (...) es el juicio que uno haría si estuviera observando el mundo del exterior" (NAGEL, 1996:20).

debe valorar con independencia de la relación que tengan con él mismo."(NAGEL, 1996:43-45)[95]

Desde este punto de vista, creo que la eximente de miedo insuperable puede concebirse como una de las instituciones que pretenden alcanzar ese ideal de coexistencia entre intereses particulares y colectivos, reconociendo, dentro de un marco delimitado, el valor de la perspectiva personal del conflicto como razón para la acción no merecedora de reproche penal[96].

Dicho con otras palabras: la acción llevada a cabo por miedo insuperable queda exenta de pena, no porque sea inevitable (física o psicológicamente) que un individuo prefiera sus intereses o los de sus seres queridos sobre los de los demás, sino porque por lo menos algunas veces tal preferencia no es digna de castigo. Las relaciones íntimas están definidas, en último término, por una intensa parcialidad, y no podemos al mismo tiempo afirmar la

---

[95] Esta distinción entre razones relativas al agente (*agent relative reasons*: aquéllas que incluyen una referencia esencial a la persona que pretende hacerla valer) y razones neutrales para el agente (*agent neutral reasons*: aquéllas que no incluyen tal referencia particular), ya fue elaborada por este autor anteriormente (vid. NAGEL, 1986:152 y ss.). Vid. también el reciente libro de BARRY, *La justicia como imparcialidad,* (1997), en el que este autor diferencia entre imparcialidad de primer orden (imparcialidad como máxima de conducta en la vida cotidiana), y una imparcialidad de segundo orden (imparcialidad a la hora de decidir las "reglas del juego", que pregunta por su aceptabilidad entre gente libre e igual) (1997:267). Como defiende este autor, "en una sociedad comprometida a una imparcialidad universal de primer orden, todos experimentarían el cumplimiento [de los deberes] como extremadamente gravoso. (...) Hay una inclinación natural a hacer esfuerzos especiales en nombre propio y en nombre de aquellos de quien uno cuida. Es tarea de las reglas de justicia (...) el poner límites al funcionamiento de esta inclinación, excluyendo acciones que hacen daño a otros y prohibiendo violaciones de la imparcialidad, como el nepotismo. *Pero una cosa es canalizar los intentos de la gente por promocionar su propio bienestar o el de aquellos con quienes están íntimamente vinculados, y otra muy distinta procurar extirpar cualquier tendencia en esta dirección."* (1997:280-281, énfasis añadido)

[96] En este sentido, resulta cuando menos curioso constatar que en el código penal de la antigua República Democrática Alemana (DDR) no se reconocía la eximente de estado de necesidad exculpante. Ello es explicado en parte por RENZIKOWSKI (1994b:133), aludiendo a que "el punto de vista individualizador de la persona era extraño a la concepción socialista del hombre"; ya que "en la comunidad socialista desarrollada los intereses subjetivos del ciudadano particular coincidían con los de la comunidad". Aun más clara es la vinculación entre el pensamiento de la inexigibilidad y la perspectiva individual cuando uno observa la feroz crítica que SCHAFFSTEIN (1933:60 y ss.) dirige contra la doctrina de la exigibilidad, considerándola una "expresión de la configuración individualista del derecho penal", que conduce a una "extraordinaria retirada del poder penal estatal respecto al individuo" (1933:67). Ante ello escribe: "En oposición a la configuración individualista del estado y sus variantes liberales y socialistas, nos declaramos partidarios de una concepción estatal conservativa-organizativa. El estado es en sí mismo valor inmediato y superior. No está ahí para perseguir el bienestar de sus ciudadanos, sino al contrario, el bienestar de sus ciudadanos sólo es para él un interés mediato, en tanto y en cuanto sirva a su propio desarrollo vital. La concepción estatal es decisiva también para la posición en torno a la doctrina de la exigibilidad y sus presupuestos político-criminales y metodológicos." (1933:69).

validez de tales relaciones y condenar a alguien por miedos que revelan que valora su bienestar y el de su familia más que el de los extraños[97].

Esta es la reconstrucción de la eximente de coacción que ha llevado a cabo en la doctrina angloamericana FINKELSTEIN (1995). Esta autora subraya que esta eximente siempre se ha encontrado en la siguiente encrucijada: o se fundamenta de acuerdo una concepción utilitarista, que la limita a los casos en que con ella se salva un bien o interés mayor, o se acoge una interpretación que denomina "voluntarista", que subraya la afección psicológica o emocional padecida por la persona. Ambas perspectivas no pueden captar la singularidad de esta causa de exención de la pena, que consiste en que una persona puede quedar exculpada por un hecho plenamente intencional, a pesar de realizar una acción no justificada (1995:271). El porqué, aun así, se exime de pena, se debe a que la conducta realizada bajo la amenaza de un mal, en algunos casos, viene determinada por unas motivaciones o inclinaciones que son aceptadas socialmente:

> Las personas con buenas inclinaciones, y que confieren valor a las cosas que deberían valorar, pueden encontrarse en situaciones en las que, continuar actuando de acuerdo a sus inclinaciones, les llevará a realizar actos dañosos. Supongamos que se sienten unidos por lazos de afecto con la familia y los amigos. Esos lazos son generalmente aprobados. De hecho, poco más puede decirse de tales inclinaciones, que no sea subrayar que forman parte de la esencia de lo que es ser una persona. Estas inclinaciones fundamentales, o sistema de inclinaciones, crea una *asimetría en las obligaciones* que mantenemos respecto a los demás. Tales lazos de unión, por ejemplo, hacen que los extraños nos parezcan menos merecedores de nuestro tiempo y energía que aquellos con los que nos unen lazos especiales. Una explicación similar puede aplicarse acerca de la auto-preservación. Las personas generalmente prefieren su propia preservación que la de los demás, por lo menos, que la de aquellos con los que no mantienen relaciones especiales. Esta no es una inclinación que deberíamos intentar eliminar. Habiendo alimentado y protegido el desarrollo de estos fuertes compromisos asimétricos, seremos incapaces de abandonarlos en las raras, inesperadas situaciones en las que sería mejor, desde el punto de vista del bienestar social general, actuar en contra de tales inclinaciones. Porque reconocemos y nos consideramos vinculados por esas inclinaciones exculpamos a aquellas personas en los casos en que sus acciones, de lo contrario injustas, derivan directamente de inclinaciones de este tipo. (1995:275, énfasis añadido)[98]

---

[97] Según FORNASARI (1990:220) el punto clave para la concreción del principio de inexigibilidad se halla "en la valoración del interés del que es portador el sujeto que tiene un comportamiento prohibido y en particular del grado de aceptación de la limitación del deber impuesto por la norma en consideración a tales intereses en el caso concreto". Más adelante (1990:228) pone como ejemplo de tales intereses aprobados "la fuerza del vínculo de solidaridad familiar".

[98] En el mismo sentido vid. KAHAN/NUSSBAUM (1996:336, énfasis añadido): el *"comportamiento no es tolerado por la ley porque sea inevitable que un individuo prefiera sus intereses y los de sus seres queridos sobre los de los demás, sino porque por lo menos algunas veces es moralmente apropiado tener tal*

Esta idea ha sido destacada en Alemania por NEUMANN[99], quien subraya que, en el caso del estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB), la persona merece la indulgencia del ordenamiento, cuando en atención a la entidad del peligro amenazante y a la *implicación personal del autor en el conflicto*, la conducta aparece como una reacción comprensible a la situación de necesidad: "El ordenamiento jurídico, con la regulación del § 35, reconoce la existencia de especiales comportamientos de solidaridad en estrechas comunidades sociales" (1997:4 -§35/6-)[100]. Y, como veremos en el Cap. IV, creo que alguno de los intentos llevados a cabo por la doctrina penal española para diferenciar entre las eximentes de miedo insuperable y estado de necesidad, parten también de este planteamiento.

El fundamento de la eximente de miedo insuperable es, por tanto, *la resolución razonable del conflicto ante el que se enfrenta la persona amenazada por un mal.* En el caso de esta eximente *la resolución* no *es razonable* porque implique una mayor utilidad social o conlleve la salvación de un bien de mayor valor, sino *porque el conflicto ante el que se enfrenta la persona afecta a intereses particularmente cercanos a ella.* Ello es lo que legitima la *resolución parcial* del conflicto, que es aceptada por el ordenamiento penal porque se corresponde con unos valores que, por ser inherentes a la autonomía de la persona, son dignos de protección:

> el verdadero motivo de la admisión de la valoración relativa al agente es que una ética para seres humanos debe construirse a partir de modelos de actuación que son posibles para los humanos. Tales modelos contienen intereses asimétricos (DANCY, 1993:216)[101].

---

preferencia. Las relaciones íntimas están definidas, en último término, por una intensa parcialidad; no podemos al mismo tiempo afirmar la validez moral de tales relaciones y condenar a alguien por miedos que revelan que valora el bienestar de su familia y amigos más que el de los extraños. Pero, claro, el autointerés y el interés por los seres queridos tiene límites morales: normas sociales complejas que definen cuándo tal preferencia es legítima y cuando no lo es. La eximente de *'Duress'* capta la interacción entre por lo menos algunas de esas normas y nos ayuda a regular la interacción entre el privilegio del propio interés y el deber de tratar a todas las personas con respeto.".

[99] A quien debo agradecer que dirigiera por primera vez mi atención sobre esta reconstrucción de la eximente durante mi estancia en Frankfurt en el curso académico 1996-1997.

[100] De hecho, una constante en la doctrina alemana a la hora de fundamentar la exención de pena en el supuesto del estado de necesidad exculpante ha sido la alusión al instinto de conservación o a la "humanas fragilitas" (vid. por ejemplo WELZEL, 1965:161: "...aquí el derecho sólo puede reconocer la plena exención de pena como indulgencia por la debilidad humana, que lleva al que se encuentra en necesidad a preferir su propia salvación o la de sus allegados por encima de la integridad o vida de un extraño."; y MAURACH/ZIPF, 1992:445). Ello supone, en definitiva (se atribuya o no a una "debilidad humana"), reconocer el sustrato antropológico de la inexigibilidad: *la perspectiva parcial de un conflicto forma parte de lo que somos y de como somos.*

[101] No se puede negar que una doctrina utilitarista tampoco desconoce el valor que tiene para un individuo la perspectiva personal, esto es las particulares relaciones afectivas que las personas tienen frente a

Cabe destacar que la doctrina, y sobre todo, la jurisprudencia penal han solido encubrir la valoración normativa contenida en las eximentes basadas en un juicio de parcialidad bajo la rúbrica de las causas de inimputabilidad o de ausencia de voluntariedad. Con ello se pretende, sin duda, minimizar los peligros que, ciertamente, presentan estas eximentes, expresando que la absolución de pena, cuando tiene lugar, es debida a una situación de locura momentánea que, de esta manera, explicaría el delito producido. Sin embargo, este proceder no sólo reduce a la anécdota la existencia de las eximentes basadas en un juicio de parcialidad en un sistema penal (ya que su aplicación práctica será, sobre la base de la exigencia de una situación de inimputabilidad, improbable), sino que además supone desconocer el verdadero fundamento de estas eximentes, que no radica en que la persona se encuentre "fuera de sí" debido a la pérdida de sus facultades de actuación y volición, sino al contrario, en que con su actuación demuestra unas preferencias morales (razones) que estimamos no dignas de castigo.

Esta es, en definitiva, la diferencia esencial entre el miedo y las demás emociones (como por ejemplo, los celos, la envidia o la ira) que explica la elevación del miedo insuperable a causa de exención de la pena: el legislador penal ha destacado de entre todos los estados emotivos el miedo, no por su incidencia en la psique de la persona (ya que ésta puede ser, de hecho, idéntica a las demás y podría haberle conducido a declarar también la exención de pena de, por ejemplo, la "ira insuperable"); sino porque este sentimiento es el reflejo de unos valores y estructuras sociales complejas que, una sociedad liberal que se tome en serio la diferencia entre individuo y estado, no puede desconocer. Como bien dice NAGEL (1986:202):

> ...aunque las pautas de la moral deben emerger desde una perspectiva impersonal, esta perspectiva debe tener en cuenta el tipo de seres complejos para los cuales ha sido diseñada. Lo impersonal es sólo un aspecto de su naturaleza, no su única característica...

---

determinados bienes propios o de otros individuos (en este sentido, vid. HARE, 1981:135 y ss., que presenta una argumentación utilitarista para justificar tales sentimientos de parcialidad). Sin embargo, aun aceptando tal fundamentación utilitarista de la resolución parcial de un conflicto, debe aquí recordarse que esta doctrina presenta otros problemas que nos condujeron a su desestimación como doctrina moral a partir de la cual pueda fundamentarse convincentemente la eximente de miedo insuperable.

CAPITULO II. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE.

1. Introducción.

La elaboración teórica sobre la naturaleza jurídica de la eximente de miedo insuperable presenta una gran diversidad de pareceres, que prácticamente agotan todas las posibilidades existentes al respecto. Ello parece ser reflejo de la siempre discutida ubicación sistemática de las excusas[102], al representar éstas la línea fronteriza entre la justificación, la exculpación e incluso la simple atenuación de la pena (ANTON, 1949:301; RUDOLPHI, 1966:86-87, HART, 1968:16). Pero también se debe a la peculiar regulación española del miedo insuperable, que, por su parquedad, permite prácticamente todas las posibilidades interpretativas.

Sin embargo, lo cierto es que la opinión mayoritaria en nuestra doctrina y jurisprudencia es aquélla que conceptúa al miedo insuperable como una causa de inculpabilidad, ya sea basándose para ello en el efecto de inimputabilidad que la eximente presupone (posición de la jurisprudencia), o ya sea derivando tal ordenación sistemática de su principio fundamentador, esto es, la inexigibilidad de otra conducta. Por ello, en este capítulo prestaré primeramente atención a esta opinión mayoritaria en nuestra doctrina, para, tras su crítica, analizar la posición de aquellos autores que, por contra, consideran al miedo insuperable como una causa de justificación, lo cual dará pie a la discusión sobre la posible justificación o exculpación de la conducta y al análisis del papel del principio de inexigibilidad en esta controversia.

[102] Tradicionalmente, estado de necesidad en caso de males equivalentes y miedo insuperable.

2. La posición mayoritaria: el miedo insuperable como eximente perteneciente a la culpabilidad.

2.1. El miedo insuperable como causa de inimputabilidad: la concepción del Tribunal Supremo.

En nuestra doctrina moderna esta concepción sobre la naturaleza jurídica del miedo insuperable está prácticamente abandonada[103], pero todavía es el parecer dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[104].

El punto de partida de esta concepción jurisprudencial es su entendimiento sobre el fundamento de la eximente de miedo insuperable, que se sitúa en la existencia de un trastorno psíquico que anula las facultades volitivas y cognoscitivas de la persona afectada. Desde esta perspectiva, se considera que la vivencia del miedo origina un auténtico shock psíquico en el afectado, que deriva en un *estado de inimputabilidad momentáneo* o incluso en la pérdida de las facultades de acción de la persona (miedo paralizante).

Por citar tan sólo alguna decisión reciente, puede ello observarse en el ATS de 6-3-1996 (RAJ 1904), que entre los requisitos del miedo destaca la exigencia de un "estado emotivo de tan acusada intensidad que prive a la persona que lo sufre del normal uso de su raciocinio, provocando la anulación de sus facultades de auto-determinación..."[105]. No obstante, debe ya destacarse que, como estudiaremos en el siguiente capítulo, el propio T.S. no es coherente con este punto de partida, al exigir para la aplicación de la eximente toda una serie de requisitos normativos incompatibles con su entendimiento sobre el fundamento y la naturaleza jurídica del miedo insuperable (vid. *infra* Cap. III).

---

[103] Aunque vid. CORDOBA (1972) y QUINTERO (1996a:437-439). CORDOBA, tras analizar la concepción del T.S., que claramente inscribe al miedo insuperable entre las causas de inimputabilidad, rechaza su consideración como causa de inexigibilidad, y apunta en sus conclusiones (1972:358) que lo más apropiado sería delimitar de cierta forma objetiva el efecto de inimputabilidad que esta eximente exige, para así poder diferenciarla del trastorno mental transitorio. QUINTERO considera que lo que diferencia al miedo insuperable del trastorno mental transitorio es "tanto la ausencia de componentes patológicos en el que sufre el miedo, cuanto de la concurrencia de una causa exterior absoluta [mientras que]...en los trastornos mentales que producen estados de terror en quien los sufre la causa es esencialmente interna...". Por lo tanto, para este autor, la diferencia no estriba en el estado de inimputabilidad que sufre la persona, que ambas eximentes presuponen, sino tan sólo en la causa de tal situación de inimputabilidad (sobre ello, vid. con más detalle, *infra* Cap.IV).

[104] Ello ya fue destacado por ANTON (1949:310) y JIMENEZ DE ASUA (1962:905), quien, tras el estudio de la jurisprudencia del TS subraya que "netamente se inscribe al miedo entre las causas de inimputabilidad". En nuestra doctrina moderna vid., entre otros, GOMEZ BENITEZ (1987:434); BUSTOS/HORMAZABAL (1994:519) y CUERDA ARNAU (1997:69 y ss.).

Por tanto, el primer aspecto destacable en referencia al estudio de la naturaleza jurídica de la eximente de miedo insuperable, es el divorcio existente entre doctrina y tribunales a este respecto. Debe subrayarse que esta concepción del T.S. puede considerarse una de las causas principales de la práctica inaplicación de la eximente completa de miedo insuperable; pues el extraordinario impacto psíquico que la jurisprudencia exige para aplicar la eximente apenas acontece efectivamente en situaciones de miedo, y cuando así es, el T.S. aplica ya las eximentes de trastorno mental transitorio o enajenación mental[106]

La crítica a esta concepción del miedo insuperable como una causa de inimputabilidad se centra en que parte de un fundamento erróneo: "insuperable" no significa insuperable psicológicamente, sino normativamente, porque la persona, en las situaciones de miedo insuperable en las que amenaza un mal, no pierde sus facultades de actuación ni volición, aunque sin duda estén afectadas. Por tanto, si se parte, tal y como concluí en el capítulo precedente, de que el aspecto decisivo en la eximente de miedo insuperable no descansa en la cuantificación del impacto psíquico que recibe el afectado, sino en la determinación de las exigencias normativas que pueden y deben requerirse a la persona que se encuentra en una situación en la que un mal le amenaza, no puede considerarse a esta eximente como una causa de inimputabilidad.

En definitiva, negada la fundamentación psicológica de la eximente de miedo insuperable, no existe apoyo para considerar a esta eximente como una causa de inimputabilidad.

2.2. El miedo insuperable como causa de inculpabilidad.

Esta es, sin duda, la concepción mayoritaria dentro de la doctrina penal de nuestro país. Los autores, para defenderla, se apoyan, principalmente, en los dos siguientes argumentos:

---

[105] Vid. *infra* Cap. IV para mayores detalles.

[106] Vid., por ejemplo, la STS 24-11-1981 (RAJ 4545), en la que, tras haber analizado la existencia de un trastorno mental transitorio, el TS deniega la aplicación de la eximente completa de miedo, sobre la base de que "de un mismo hecho psíquico no pueden derivarse varias atenuantes del mismo carácter". Sobre esta cuestión vid. *infra* Cap. IV.

a) El fundamento de la eximente de miedo insuperable radica en el principio de inexigibilidad de otra conducta, y este principio pertenece o desempeña su papel en el reducido ámbito de la culpabilidad[107].

b) El fundamento del miedo insuperable debe situarse en las dificultades motivacionales de la persona o en un terreno subjetivo; y estas cuestiones son propias de la categoría de la culpabilidad[108].

Sin embargo, ambos argumentos, como trataré de explicar a continuación, no parecen del todo convincentes.

2.2.1. Crítica de la identificación entre inexigibilidad y causa de inculpabilidad.

La identificación entre inexigibilidad y culpabilidad proviene directamente de la concepción normativa de la culpabilidad, ya que fue en el seno de esta teoría y, en concreto, con referencia a la explicación de la culpabilidad, donde se descubrió el principio de inexigibilidad, que más que convertirse en un elemento de la misma se elevó a la categoría de fundamento de la propia culpabilidad[109]. De esta manera, las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta se clasificaron inmediatamente como causas de inculpabilidad:

> Por muy ingeniosos que sean los argumentos empleados por quienes pretenden enclavar la no-exigibilidad en la esfera de la justificación, lo cierto es que

---

[107] En este sentido: DEL ROSAL (1959:60 y ss); JIMENEZ DE ASUA (1962: 896 y ss); SAINZ CANTERO (1965:55 y 1985:104 y ss); HIGUERA (1991:82-83); RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO (1991:643-644, 648); AYALA (1993:111); BUSTOS/HORMAZABAL (1994:480, 494, 519); CEREZO (1995:22-23 y 1997c:27); MORALES (1996:180); CUERDA ARNAU (1996:166-168 y 1997:76-77,80); SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:321, 323); DIAZ PALOS (1977:348), resume esta argumentación cuando escribe sobre la incardinación del miedo insuperable entre las causas de inculpabilidad que "Se trata, en suma, de la aplicación del pensamiento de la inexigibilidad, alma de la inculpabilidad"

[108] A ello parecen aludir: ANTON (1949:311); AYALA (1993:103); MIR (1996:113 y 613); MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:412).

[109] En este sentido, claramente, GOLDSCHMIDT (1930:442: "El no dejarse motivar por la representación de la obligación a pesar de su exigibilidad es contrariedad a la norma o (...) según la expresión de FRANK reprochabilidad"; vid. también la not.1 en la misma pág). Igualmente, v. LISZT/SCHMIDT (1927:213: "en referencia normativa, la posibilidad de un reproche de culpabilidad depende de que (...) al autor pueda serle exigido un comportamiento adecuado a derecho en lugar del efectivamente contrario a derecho"). Con ello, como remarca MAIWALD (1993:477): "el concepto de exigibilidad es sólo otra denominación para el concepto de reprochabilidad, y viceversa, la inexigibilidad un sinónimo de la no reprochabilidad."

aquélla es una causa de inculpabilidad, nacida de la concepción normativa. (JIMENEZ DE ASUA, 1962:969)[110].

Respecto a la eximente de miedo insuperable, este proceso se observa claramente en las observaciones del autor que, con su traducción y notas al tratado de MEZGER, contribuyó de una manera decisiva a la recepción en nuestro país de la doctrina de la culpabilidad normativa: RODRIGUEZ MUÑOZ. Este autor catalogó a la eximente de miedo insuperable como causa de inculpabilidad, rechazando la hasta entonces opinión dominante en la ciencia penal sobre su naturaleza como causa de inimputabilidad. A tal conclusión llega tras exponer la concepción normativa de la culpabilidad y considerar, respecto a su conformidad con la ley penal española que "el argumento legal de más fuerza en favor de la concepción normativa lo representa sin duda la circunstancia 10 del artículo 8" (miedo insuperable), eximente que debe ser entendida como una "causa de falta de culpabilidad en función a un concepto normativo de esta última" (MEZGER, 1949: 7-9)[111].

Sin embargo, esta incardinación de la eximente de miedo insuperable en la categoría de la culpabilidad, basada en la identificación entre inexigibilidad e inculpabilidad, presupone dos afirmaciones que son discutibles.

Primera. Culpabilidad es exigibilidad[112], o por lo menos esta categoría del delito debe reformularse o matizarse de tal modo que pueda dar cabida a la inexigibilidad[113]; porque, como ya avanzó FRANK (1931:136) refiriéndose al estado de necesidad, "fuerza exculpatoria sólo puede tener cuando excluya algo que pertenezca a la culpabilidad".

De lo contrario, pareciera que las eximentes que llevan consigo el pensamiento de la inexigibilidad deberían trasladarse a la categoría antecedente de la antijuricidad, tal y como, según veremos, lleva a cabo GIMBERNAT; lo cual resulta coherente con su concepción de

---

[110] Se refiere también a este proceder nuestra propia jurisprudencia, cuando, con respecto a la exención de pena representada por el encubrimiento entre parientes, alude a que el principio que la informa es el principio de inexigibilidad de otra conducta; para después añadir: "Llevado el problema al plano de la culpabilidad que sugiere el principio expresado..." (STS. de 26-12-1986, RAJ 7995).

[111] También FERRER SAMA (1946:229) demuestra conocer la concepción normativa de la culpabilidad, cuando señala sobre la naturaleza jurídica de la eximente de miedo insuperable que "estimamos más correcta la consideración del miedo insuperable como una causa dé exclusión de la culpabilidad por razón de la no exigibilidad de otra conducta ante la índole y fuerza del motivo determinante." (vid. también 1946:230).

[112] Tal y como defendieron los fundadores de la teoría de la culpabilidad normativa. O tal y como, autores contemporáneos conscientes del papel del principio de inexigibilidad en toda la teoría del delito, también mantienen. A título de ejemplo vid. en España: BUSTOS/HORMAZABAL (1997:154) y SILVA (1992:413); y en Alemania BAUMANN/WEBER/MITSCH (1995:502).

la inculpabilidad como falta de motivación normativa de la persona; ya que, según se reconoce pacíficamente, éste no es el caso de las situaciones de inexigibilidad, en las que la persona (salvo casos extremos discutibles) aún es motivable por las normas[114]. Igualmente, también desde el entendimiento de la culpabilidad como capacidad de obrar de otro modo o posibilidad de libre determinación, no hubiera resultado extraño el traslado a la antijuricidad de las eximentes basadas en la inexigibilidad, pues, de nuevo, parece claro que tal capacidad de obrar o posibilidad de determinación de la voluntad no queda totalmente excluida en las situaciones de necesidad o miedo, sino como máximo dificultada[115].

Sin embargo, no ha sido ésta la línea seguida por la doctrina mayoritaria alemana que, en lugar de trasladar las eximentes fundadas en el principio de inexigibilidad a la categoría de la antijuricidad, ha defendido su inclusión dentro de una categoría específica de la propia culpabilidad; aunque parecería más correcto decir más allá de ella, ya que en realidad ésta no queda excluida. Siguiendo este punto de vista, la doctrina mayoritaria alemana distingue, dentro de la propia categoría de la culpabilidad, entre *causas de exclusión de la culpabilidad* y *causas de exculpación* (o "disculpa"):

> ...en las causas de exculpación [*Entschuldigungsgründe*] la culpabilidad no está excluida. Ciertamente, la consecuencia jurídica, "impunidad", es la misma, y acontece en el mismo estadio del delito, la "culpabilidad", sin embargo, al autor "meramente" exculpado contrariamente al inimputable (o que se equivoca invenciblemente sobre el injusto) puede hacérsele un reproche de culpabilidad.
>
> El tiene la posibilidad, de comportarse de acuerdo a derecho, únicamente la decisión adecuada a derecho se le dificulta en gran manera debido a la situación de necesidad y a la extraordinaria presión motivacional. Se trata de los

---

[113] Como por ejemplo lleva a cabo MIR con su teoría sobre la "anormalidad motivacional" como fundamento de la culpabilidad, que él prefiere llamar "imputación" (MIR, 1996:545 y ss)

[114] "Como la culpabilidad, de acuerdo con las distintas opiniones hoy aún vigentes, viene caracterizada por la 'reprochabilidad', la 'abordabilidad' ('*Ansprechbarkeit*') o la 'motivabilidad' y como existe acuerdo en que en muchos de los casos que regula el parágrafo 35 StGB [estado de necesidad exculpante] al autor le es reprochable su acción -ya que hubiera podido actuar de otra manera-, o, según otras concepciones de la culpabilidad, que habría podido ser abordado o motivado por la norma, de ahí que sea incomprensible que, sobre la base del parágrafo 35 StGB, sean tratados como inculpables autores sobre los que hay coincidencia en que sí son culpables." (GIMBERNAT, 1995:67; vid. también 1984:235).

[115] En este sentido, v. HIPPEL (1930:233-234), quien, debido a la "insatisfactoria confusión" que, a su entender, produciría en la doctrina de la culpabilidad la consideración de los supuestos de estado de necesidad en los que no se salve un interés preponderante como supuestos de inculpabilidad, considera que tales casos deben situarse en la categoría de la antijuricidad, rechazando con ello explícitamente el principio del interés preponderante como fundamento de esta categoría penal. Tal confusión derivaría, según este autor, del hecho de que, en estos casos, el derecho penal partiría de una "ficción de exclusión de la libre determinación de la voluntad", cuando, "en realidad, no existe en general tal exclusión, sino sólo una afección".

> denominados casos de inexigibilidad. Estos son tomados en cuenta por el legislador que ejercita en ellos su indulgencia. (KÜHL, 1994:347-348)[116]

Ambas concepciones (causa de justificación, causa de inculpabilidad que no excluye el reproche de culpabilidad[117]) tienen de esta manera el mismo punto de partida: un entendimiento de la culpabilidad distinto de la originaria concepción normativa y que agrupa únicamente al error de prohibición y a las causas de inimputabilidad, convertidos así en las auténticas causas de exclusión de la culpabilidad ("*Schuldausschließungsgründe*"). En ellas decae la posibilidad de motivación normativa, o bien la capacidad de obrar de otro modo, a diferencia de lo que ocurre con las causas de exculpación informadas por el principio de inexigibilidad; que de esa forma, de una u otra manera deben encontrar su acomodo en una categoría distinta a la culpabilidad. Pero, y esto interesa destacarlo ya desde aquí, en todo caso fuera de las fronteras de la justificación de la conducta[118].

---

[116] Vid. en este sentido: LENCKNER (1997:581-582 -§35/2-); RUDOLPHI (1994:69-70 -§35/1-3-); HIRSCH (1985:184-185 -§35/4-5- y 1995:48); OTTO (1992:199); WESSELS (1995:115); JESCHECK/WEIGEND (1996:477-478). Esta doctrina parte de que en las causas de exculpación el hecho es antijurídico y, en puridad, también culpable, pero debido a una minoración de ambos aspectos es considerado merecedor de la indulgencia del legislador. La fundamentación de esta doble minoración fue elaborada principalmente por ARMIN KAUFMANN (1959:153 y ss.), RUDOPHI (1966:80-89) y WELZEL (1965:128-129).

[117] Por ello propone MIR (1981:657-658) traducir el término alemán *Entschuldigungsgrund* más apropiadamente por "causas de disculpa" en lugar de causas de exculpación o inculpabilidad (sobre este tema vid. también SILVA, en PERRON, 1988:141). Ello ya fue destacado por BELING (1910:8, not. 2 *in fine*): "disculparse no quiere decir de ningún modo mostrar solamente que uno no es culpable, sino también reconocer su culpabilidad y meramente rogar perdón; de esta manera 'hacer valer una disculpa' no supone de ningún modo solamente reconocer que el otro no tiene ninguna culpabilidad, sino también que, a pesar de la culpabilidad existente, se hace la vista gorda".

[118] ARMIN KAUFMANN (1959:154, 158-159), uno de los precursores de la doctrina mayoritaria alemana estudiada, es claro a este respecto: "La exigibilidad no es entones ni 'presupuesto de la culpabilidad', ni 'elemento de la reprochabilidad', ni es la inexigibilidad una causa de exculpación en sentido estricto. Por ello podría, como con razón subraya BOCKELMANN, perfectamente fundarse un reproche de culpabilidad también a los actos en estado de necesidad (...) porque el estado de necesidad penal no afecta a la existencia de culpabilidad". Para más adelante concluir: "La exigibilidad no constituye así un problema de la fundamentación de la reprochabilidad, sino de la cuantificación del (ya fundamentado) reproche de culpabilidad. Los casos de inexigibilidad debieran por ello a lo sumo señalarse como causas de exculpación fácticas [*faktische Entschuldigungsgründe*], como causas que conllevan la misma consecuencia jurídica que una auténtica exclusión de la culpabilidad." (vid. también pág.165). En idéntico sentido, WELZEL (1965:160-161). El mismo punto de partida (esto es, la inexigibilidad no pertenece en puridad a la culpabilidad) se aprecia también en la posición de autores que, como MAURACH en Alemania y BACIGALUPO en nuestro país, construyen una categoría intermedia entre la antijuricidad y la culpabilidad para residenciar allí los supuestos de inexigibilidad, y así, entre ellos la eximente de miedo insuperable (vid. MAURACH/ZIPF, 1992:443 y ss.; BACIGALUPO, 1985:89 y ss y 1986:1202-1203).

Cabe observar que esta diferenciación entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación no parece haber sido acogida por nuestra doctrina (PERRON, 1988:148)[119].

Segunda. La segunda premisa discutible de la que parte la opinión mayoritaria sobre la naturaleza jurídica del miedo insuperable es la siguiente: el principio de inexigibilidad sólo puede desempeñar un papel en la categoría de la culpabilidad, y por ello, limitado y circunscrito a este ámbito, las eximentes fundadas en dicho principio, como el miedo insuperable, deberán considerarse causas de inculpabilidad.

La reflexión precedente sobre el problema de identificar inexigibilidad con culpabilidad pretende meramente destacar que ello sólo puede mantenerse desde una concepción de la culpabilidad que, de una u otra manera, dé cabida a los supuestos de inexigibilidad. Sin embargo, la crítica fundamental que esta identificación debe superar es el limitado papel que atribuye al principio de inexigibilidad, porque, tal y como HENKEL en su influyente artículo *Exigibilidad e inexigibilidad como principio regulativo* (1954) demostró, la inexigibilidad es un principio regulativo que

> ...en modo alguno, como falsamente permite suponer la disputa sobre la causa general de exculpación supralegal, se limita a la doctrina de la culpabilidad o allí posee su núcleo, sino que se manifiesta en todo el ámbito de contemplación penal, por consiguiente también en la doctrina del tipo y del injusto. (HENKEL, 1954:268)[120]

Es decir, a partir de HENKEL se reconoce mayoritariamente en la doctrina penal que el principio de inexigibilidad desempeña un papel en toda la teoría del delito y no se limita por

---

[119] No obstante, CEREZO (1997c:27) parece aceptar sus premisas cuando escribe que "La capacidad de obrar de otro modo puede estar disminuida, en ciertos casos, por las circunstancias anormales en que se llevó a cabo la acción u omisión típica y antijurídica y la presión emocional a la que se vio sometido el sujeto. En estos casos no le es exigible a esa persona que actúe conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Este es el fundamento de las eximentes de estado de necesidad como causa de inculpabilidad -art.20.5 C.P.- y de miedo insuperable -art. 20.6 C.P.-. En estos casos hay culpabilidad, pero tan disminuida que no alcanza gravedad suficiente para merecer una pena, no llega al umbral de la culpabilidad jurídico-penal". Pero de ello no extrae la consecuencia de diferenciar entre ambos tipos de causas de exclusión de la culpabilidad, pues como el propio autor señala (1995:21) "En realidad esta distinción no me parece necesaria, pues cuando la culpabilidad es de muy escasa gravedad puede estimarse que no llega al nivel de la culpabilidad jurídico-penal."

[120] De hecho, todo el artículo de HENKEL tiene por misión demostrar la dimensión multifuncional del principio de inexigibilidad, que juega así un papel en todas las categorías del delito. Vid. así su conclusión en la pág. 305: "La 'inexigibilidad' no es una 'causa de exculpación supralegal', sino menos y más: juega un papel 'en consideraciones individuales aquí y allá' [aquí HENKEL cita a MEZGER] , pero esa función es

tanto únicamente a la categoría de la culpabilidad. Si esto se acepta, entonces ya no puede bastar la apelación al fundamento de la eximente de miedo insuperable (el principio de inexigibilidad) para zanjar la cuestión sobre su naturaleza jurídica, sino que deben presentarse las razones materiales que llevan a situar las eximentes informadas por este principio en una u otra categoría del delito. Dicho de otro modo, aunque el pensamiento de la inexigibilidad se encuentre presente en el miedo insuperable, de ello no cabe deducir sin más que esta eximente sea una causa de inculpabilidad, porque, a partir del reconocimiento del valor multifuncional del principio de inexigibilidad, podría igualmente defenderse que en esta eximente nos encontramos ante un caso de intervención de este principio en el ámbito de la justificación de la conducta[121]. Como señala enfáticamente BAJO (1973:208)

> ...es totalmente falso que siempre que al sujeto no le sea exigible otro comportamiento le asista una causa de inculpabilidad. Y ello, porque el citado principio no es algo privativo de la culpabilidad jurídico penal.

Naturalmente, la doctrina penal, consciente del reconocido valor multifuncional del principio de inexigibilidad, ha procedido a refinar y matizar la argumentación en que se basa la incardinación de la eximente de miedo insuperable en la categoría de la culpabilidad. Tal argumentación se basa en la diferencia entre una *inexigibilidad general u objetiva*, que pertenecería al ámbito del injusto, y una *inexigibilidad individual o subjetiva*, que sería propia de la culpabilidad, y la que, por tanto, informa la eximente de miedo insuperable[122].

En este sentido, MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:407-408) y LUZON (1995a:3552-3554, 1996:568 y ss, 648 y ss.), quien señala que:

> ...desde HENKEL se ha puesto de manifiesto que la inexigibilidad es un criterio regulativo jurídico general, y que, *si es inexigibilidad sólo individual por circunstancias particulares de un sujeto concreto*, es una mera causa de inculpabilidad o de exculpación, pero que si se trata de inexigibilidad general, o sea que no se puede, no se quiere o no conviene exigir a nadie en ciertas

---

justamente una ampliamente extendida, pues se extiende sobre el ámbito de la tipicidad, de la antijuricidad y de la culpa de la misma manera".

[121] En nuestra doctrina penal ya se hicieron eco tempranamente del pensamiento de HENKEL, CORDOBA (1972:246 y 265 y ss.) y BAJO (1973:175: "Constituye un error el de creer que el principio de inexigibilidad representa sólo una causa de exclusión de la culpabilidad. Muy al contrario estamos en presencia de un principio regulativo general que sirve tanto para tipificar las conductas como para fundamentar las eximentes en general, sean causas de justificación o de inculpabilidad"; vid. también 1973:176)

[122] Diferenciación esta, que ya se encuentra en HENKEL (1954:285, vid. sobre todo págs. 306-307).

> circunstancias que se abstenga de cometer un hecho, ello excluye la antijuricidad. (LUZON, 1996:568-569, énfasis añadido).[123]

El mismo planteamiento se observa en el comentario que MORALES realiza a las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable (1997:162 y ss). En dicho comentario, este autor parte de que

> ...no es asumible que el principio de exigibilidad pueda ser entendido de forma unívoca, en el sentido de que cumpla una función exclusiva en sede de culpabilidad. El referido principio puede asumir funciones también en sede de antijuricidad y de tipicidad, en cuanto que criterio normativo general regulador de la teoría del delito, según el planteamiento que es su día expresara HENKEL (1996:167)

para, posteriormente, situar la eximente de miedo insuperable en el ámbito de la culpabilidad debido a que esta eximente "reclama un juicio individual normativo anclado en el criterio de inexigibilidad subjetiva" (1996:179)[124].

Por tanto, según parece, *la diferencia fundamental entre ambos tipos de inexigibilidad*, y así entre un juicio de antijuricidad y otro de culpabilidad, *radica en la pauta o criterio utilizado para su determinación*. En otras palabras, decisivo parece ser el hecho de que la referencia para determinar el nivel de exigibilidad se remita a un parámetro objetivo o general (juicio de antijuricidad), que tome de esta manera como referencia un módulo genérico, como podría ser el del *hombre medio*; o por contra, la concreción tome como base un parámetro subjetivo o individual, que debería tener en cuenta por tanto las características individuales del autor concreto (juicio de culpabilidad).

Sin embargo, si bien la doctrina penal recurre a esta diferenciación para explicar por qué, a pesar de reconocerse el valor multifuncional del principio de inexigibilidad, ciertas eximentes fundamentadas en él, como el miedo insuperable, siguen recluyéndose en la

---

[123] Destacan MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:407-408, énfasis añadido) que "En principio, el Ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad objetiva, normal o general. (...) Pero junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad subjetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que *no se puede exigir al autor concreto* de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un *excesivo sacrificio para él*".

[124] Vid. también OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA (1986:373): "el criterio mixto o subjetivo-objetivo suele mantenerse por quienes se inclinan a considerar el principio de no exigibilidad como principio 'regulativo' operante en todos y cada uno de los momentos por los que atraviesa el delito en su análisis jurídico. Con este criterio la determinación de lo que es exigible o no exigible en los campos de la tipicidad y de la antijuricidad debe hacerse en forma objetiva, mientras que esa misma determinación en el terreno de la culpabilidad se hará con arreglo a baremos subjetivos".

culpabilidad, no parece ser del todo coherente con ella, pues alguno de estos autores, aun reconociendo tal diferenciación, acaban considerando, cuando se trata de delimitar el contenido concreto de la eximente de miedo insuperable, que el parámetro decisivo debe ser la actuación del hombre medio. En este sentido, MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:411) aluden a que "...'insuperable' quiere decir aquí superior a la exigencia media de soportar males y peligros", ante lo que cabe observar que inexigibilidad *media* e inexigibilidad *individual* parecen parámetros contradictorios. Esto ha llevado incluso a algunos autores a reconocer explícitamente que:

> Aun cuando, de acuerdo con lo expuesto, participemos del pensamiento que otorga al principio de no exigibilidad la consideración de principio "regulativo" de alcance general, no creemos que en el área propia de la atribuibilidad ("culpabilidad") haya de determinarse lo que es exigible y lo que no es exigible según puntos de vista subjetivos. (...) Sin duda alguna, quienes tuvieran una gran impresionabilidad u operaran con una elasticidad excesiva ("manga ancha") a la hora de ponderar sus propios actos se verían considerablemente favorecidos respecto a los demás como semejante interpretación, que les permitiría situar los límites de lo exigible más allá de donde los situaría el común de sus conciudadanos.
>
> De ahí que pensemos que, con todos sus defectos, la referencia al hombre medio es la que debe emplearse para la fijación de dichos límites (OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, 1986:373-374)[125].

Dicho de otro modo: se reconoce la diferenciación apuntada por HENKEL entre inexigibilidad general u objetiva e inexigibilidad individual o subjetiva; pero tal diferenciación, que debería llevar consecuentemente a un parámetro individual en el tratamiento de la eximente de miedo insuperable, no parece corresponderse con la opinión

---

[125] Respecto a la opinión de LUZON, cabe destacar que su manual no alcanza a tratar la eximente de miedo insuperable. Sí la trata en su comentario en la *Enciclopedia Jurídica Basica Civitas*. (1995a:4289-4290), en donde critica el criterio empleado por la jurisprudencia para determinar la insuperabilidad del miedo (según el TS es insuperable el miedo "al que no podría sobreponerse el común de las gentes"). Sin embargo, debe destacarse que, en esta obra que toma como referencia la regulación antigua de la eximente de miedo insuperable, LUZON considera a esta eximente como una causa de justificación. También MORALES parece consciente del dilema que plantea la diferenciación entre inexigibilidad objetiva y subjetiva, pues ya de entrada señala que "Pese a que el miedo insuperable constituya una causa de exculpación, atinente por tanto al juicio individual de atribución del hecho antijurídico al autor, en su contenido y en su lógica de enjuiciamiento es preciso acudir a criterios normativo-generales de referencia para aquilatar la propia exigibilidad subjetiva de conducta." (1997:179). Vid. también VALLE (1996:208) y DIEZ RIPOLLES (1989:114, not. 161, énfasis añadido: "...cuando la inexigibilidad se utilice en sentido estricto, en el marco de la culpabilidad, deberá necesariamente aludir a la presión motivacional en la que se encuentra el sujeto, presión que *deberá constatarse de forma individualizada, lo que no obsta a que la determinación de la inexigibilidad deberá realizarse preguntándose qué habría hecho una persona media de nuestra sociedad en esa misma situación*").

de nuestra doctrina mayoritaria[126], que sigue hablando en este punto de que el baremo de comparación ha de ser el del "hombre medio"[127] o, en todo caso, un parámetro que posibilite la toma en consideración de criterios normativo-generales[128]. De hecho, este dilema se encuentra ya en la exposición de HENKEL:

> Por contra, el planteamiento del problema en el ámbito de la culpabilidad tiene lugar con referencia al sujeto, pues aquí se trata del comportamiento interno de un autor determinado, y ello exige necesariamente en la medida de exigibilidad una relación entre sí de los momentos personales, esto es de las cualidades y facultades del autor. "Subjetiva" es sin embargo la determinación de los límites aquí tampoco, pues para la medida de la exigencia normativa no es decisivo ni el criterio del valorado en su reacción personal ni la concepción personal del juez que valora. (1954:306)[129]

Llegados a este punto, la doctrina penal parece encontrarse ante un callejón sin salida. O bien, para ser consecuentes con esta diferenciación entre inexigibilidad objetiva y subjetiva, se admite la posibilidad de que la eximente de miedo insuperable sea, en realidad, una causa de justificación, ya que el parámetro de referencia para su concreción es objetivo (hombre medio)[130]. O bien, si aun así se insiste en recluir esta eximente en la culpabilidad, debe estarse dispuesto a pagar un doble precio: primero, no parece factible seguir defendiendo que la culpabilidad sea la categoría del delito donde tiene lugar el análisis individualizado de

---

[126] Plenamente coherente con este planteamiento es CORDOBA (1972:267-268), que en base a él defendió, en sede de legítima defensa, que los supuestos de errónea creencia en la existencia de una agresión ilegítima, que tomen como base un juicio objetivo de exigibilidad, deben considerarse justificados; reservando para la culpabilidad los supuestos en que tal error se deba a circunstancias particulares del autor (como su carácter más o menos medroso).

[127] Como destaca CUERDA ARNAU (1997:97) "El recurso al hombre medio como criterio para medir la insuperabilidad del miedo es el que goza de mayor predicamento entre la doctrina."

[128] Expresivo a este respecto es QUINTERO (1996a:329): "En cuanto a la **exigibilidad** y su significado se dice en esencia lo siguiente: que al reo se le puede exigir y de él cabía esperar que hiciera una cosa diferente porque eso es lo que hubiera hecho en aquella situación cualquier **hombre 'normal' o 'medio'.** Esa es sin duda una referencia comparativa de carácter objetivista y generalizador, pues se apoya en un paralelismo que es en todo ajeno a la persona concreta que se juzga...". Vid. también SILVA (1987:663).

[129] Ya los fundadores del pensamiento de la inexigibilidad se enfrentaron al problema de su determinación, y no pareció existir duda en que ella debía remitirse a un criterio general u objetivo: "Naturalmente, jurídicamente, han de reconocerse como preponderantes sólo aquellas motivaciones que, bajo las circunstancias concretas, hubieran vencido la motivación de la obligación respecto a un hombre medio. En otras palabras (...) el 'poder' determinado por la 'motivación normal' no se ha de medir subjetivamente, según las facultades y características individuales del autor, sino de acuerdo a una medida objetiva, esto es, se hace depender en realidad de un 'deber'. El poder de los otros se convierte para el autor en un deber." (GOLDSCHMIDT, 1930:453)

[130] Próxima a este planteamiento es la concepción de aquellos autores que, subrayando el examen generalizado que tiene lugar en la inexigibilidad, han subrayado que las eximentes fundadas en él no pueden formar parte de la culpabilidad. Sin embargo, aun así no se trasladan a la antijuricidad, sino a una categoría intermedia, como la "responsabilidad por el hecho" (vid. *supra* not.118 *in fine*).

la personalidad y circunstancias del autor[131], si es que no se quiere vulnerar el principio de culpabilidad (BERNSMANN, 1989:190). Segundo, *no puede considerarse al parámetro de determinación de la inexigibilidad como el criterio decisivo a la hora de decidir si una eximente o institución penal fundada en ella, forma parte o no de una determinada categoría del delito*, pues en realidad el parámetro parece ser el mismo (uno objetivo-general) en las diferentes categorías.

Cabe destacar que la introducción del correctivo que supone la contextualización del baremo de medición por medio de la alusión al "hombre medio *en la posición del autor*"[132], tampoco parece solucionar esta problemática, pues lo cierto es que tampoco la delimitación de la inexigibilidad perteneciente al injusto (tipicidad y antijuricidad), parece poder prescindir de tal referencia situacional, que permita tener en cuenta el concreto contexto fáctico de actuación de la persona[133]. Con ello, en primer lugar, se constata que también el criterio de determinación de la inexigibilidad perteneciente al injusto presenta una cierta individualización; y en segundo lugar, queda patente que la medida de determinación de la inexigibilidad parece ser la misma en las diversas categorías del delito. Tal medida, como ya destacara SCHAFFSTEIN (1933:33), supone finalmente la configuración de un doble parámetro: objetivo-general por lo que se refiere a la *personalidad* del autor, y subjetivo-individual en lo que respecta al *contexto fáctico o situacional.*

En conclusión: la apelación al principio fundamentador del miedo insuperable (la inexigibilidad) como argumento decisivo para la incardinación de esta eximente en la categoría de la culpabilidad, no puede considerarse convincente; ya que, tal principio, ni es

---

[131] En este sentido, claramente, QUINTERO (1996a:438), quien rechaza la "invocación a la naturaleza personalísima de la culpabilidad" como argumento para criticar la determinación de la insuperabilidad del miedo de acuerdo con un criterio objetivo y generalizador, pues "Si la culpabilidad realmente fuera la institución penal garantizadora de un perfecto juicio 'personal' y por lo mismo nunca recurriera a criterios externos y generalizadores, sería admisible la citada crítica. Pero, ya hemos señalado anteriormente que la culpabilidad, tanto en su presupuesto de libertad-imputabilidad como en sus restantes elementos, recurre permanentemente a la comparación con la 'generalidad de los hombres' o el 'hombre medio', es decir, cualquiera menos el sujeto concreto que se juzga, que solamente es examinado individualmente en caso de enfermedad."

[132] En este sentido, MORALES, quien consciente de que el baremo del hombre medio puede comprometer la esencia subjetiva del juicio de exigibilidad, propone interpretar esta medida en un sentido "relativizador", que "permitirá entonces la interrogación por cómo hubiera actuado el hombre medio en la concreta situación del autor que actuó impulsado por el miedo..." (1997:183).

[133] En este sentido, parece aceptado que, por ejemplo, la determinación del deber de cuidado *objetivamente* exigible en la imprudencia, debe tener también en cuenta la concreta situación que rodeó el hecho (vid. MIR, 1996:276, quien propone como baremo "la imagen ideal de un *hombre diligente en la misma posición del autor*" ; vid. también CEREZO, 1997a:152-153 y JESCHECK/WEIGEND, 1996:578). Lo mismo puede

privativo de esta categoría del delito, ni tampoco parece factible diferenciar su ordenación sistemática en la teoría del delito en función del parámetro utilizado para su concreción.

2.2.2. Crítica de la identificación entre afección motivacional y causa de inculpabilidad.

Como ya mencioné, son varios los autores en nuestra doctrina penal que parecen apoyar la catalogación de la eximente de miedo insuperable como causa de inculpabilidad, en el hecho de que esta eximente contempla un supuesto de afección motivacional o en la voluntad de la persona. Ello trasladaría, a su entender, el miedo insuperable a la culpabilidad, pues es ésta la categoría del delito tradicionalmente reservada al análisis de los problemas de motivación o afección psíquica[134].

Esta argumentación puede explicarse quizá como un intento de superar el aparente callejón sin salida a que conduce la fundamentación y configuración normativa de la eximente de miedo insuperable. Tal fundamentación, como vimos en el apartado anterior, tiene serias dificultades para explicar la relegación del juicio de inexigibilidad en la culpabilidad, y más aún cuando tampoco parece factible una diferenciación según el baremo de medición de dicha inexigibilidad. Una salida a este dilema podría consistir en subrayar el impacto emocional que acontece en las situaciones de miedo insuperable. En este sentido, creo ilustrativas las siguientes palabras de COLVIN, que ha descrito este proceso en el ordenamiento angloamericano, en el que, curiosamente, la fundamentación de la eximente análoga a nuestro miedo insuperable (esto es, *duress*) basada en el concepto de razonabilidad, debe también enfrentarse, a la hora de determinar la naturaleza jurídica de esta eximente, con el problema de que las consideraciones de razonabilidad están igualmente presentes en las clásicas causas de justificación (como, por ejemplo, según recoge COLVIN, en la legítima defensa). Ante ello señala:

> Una distinción útil entre justificaciones y excusas sólo puede mantenerse rechazando este papel coincidente del concepto de razonabilidad. La solución propugnada por los partidarios de la distinción entre justificación y excusa es minimizar la orientación contextual de excusas como *duress*. Ello se realiza denegando que puedan ser aplicadas cuando se haya hecho una verdadera elección. El ámbito propio de las excusas se recluye de esta manera a

---

afirmarse del problema de la determinación de la capacidad (exigibilidad) de realización de conducta, que se plantea en el tipo de los delitos de omisión (vid. MIR, 1996:303).

[134] Desde esta perspectiva, considera MIR (1996:613) al miedo insuperable como una causa de inculpabilidad "porque se entiende que bajo sus presupuestos el sujeto no podrá adoptar una decisión que responda a las leyes de una motivación racional normal".

> condiciones de involuntariedad moral o normativa en las cuales no hay verdadera elección. (...) Excusas contextuales como *duress* son entonces equiparadas con excusas como la enajenación, basadas en afecciones mentales. (COLVIN, 1990:389)

Sin embargo, esta argumentación, por las siguientes razones, tampoco parece convincente. En primer lugar, como ya analizamos al tratar el tema del fundamento del miedo insuperable, esta eximente no puede interpretarse únicamente como un tema de afección emocional o psíquica. La eximente de miedo insuperable plantea una cuestión en realidad más complicada que la simple constatación y medición de un determinado impacto psíquico; y que tiene que ver con una serie de valoraciones normativas incorporadas en las ideas de razonabilidad o exigibilidad. Valoraciones normativas que una argumentación centrada en el impacto psíquico no podría explicar, o cuando menos, situar en su justo lugar.

En segundo lugar, cabe subrayar que, aunque sea cierto que el individuo en la situación de miedo insuperable sufre una presión motivacional, ello no puede evitar que se conteste a la cuestión precedente sobre si el comportamiento está justificado o no. La afección motivacional o psíquica no puede impedir un análisis de la justificación de la conducta, en buena técnica penal y por las circunstancias gravosas que todavía se anudan al hecho de calificar una eximente como causa de inculpabilidad, agrupadas bajo el nombre de "consecuencias reflejas"; esto es, recordemos, legítima defensa, participación y error, fundamentalmente.

En este sentido, me remito aquí a la crítica que realiza LUZON (1978:21 y ss) a las opiniones que consideran que el fundamento de la legítima defensa radica en la perturbación del ánimo del defendido o en la situación de conflicto que afecta a la persona que se defiende:

> ...esta teoría da por supuesto lo primero que tendría que demostrar: que no hay razones que excluyan la antijuricidad de la defensa, pues sólo entonces se podría pasar a buscar fundamento a la inculpabilidad. (1978:24)

2.3. Conclusión: el problema del carácter multifuncional del principio de inexigibilidad.

El examen sobre los argumentos de la doctrina española, que mayoritariamente sitúa a la eximente de miedo insuperable en el ámbito de la culpabilidad, pone de manifiesto lo siguiente.

Primero. La concepción que ve en el miedo insuperable una causa de inimputabilidad fundada en el schock psíquico que padece la persona en estas situaciones, a pesar de que ha sido prácticamente abandonada por toda la doctrina, sigue constituyendo la opinión mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo, y con ello el problema práctico más importante que la eximente de miedo insuperable plantea. Sin embargo, como hemos visto, a mi entender existen decisivos argumentos que subrayan la incorrección de esta concepción sobre la naturaleza jurídica del miedo insuperable; como la propia jurisprudencia paradójicamente demuestra al exigir toda una serie de requisitos para la aplicación de eximente que contradicen claramente el punto de partida basado en la inimputabilidad momentánea del individuo.

Segundo. Los argumentos de la doctrina mayoritaria sobre la inclusión del miedo insuperable en la culpabilidad, esto es, su fundamentación en el pensamiento de la inexigibilidad o en las dificultades motivacionales o subjetivas de la persona, no pueden considerarse concluyentes, porque, como he intentado demostrar, ninguno de ellos parece zanjar la discusión previa sobre la posible justificación de la conducta. Ello es debido a que, por un lado, el principio de inexigibilidad no puede considerarse privativo de la culpabilidad, ni tampoco parece posible diferenciar su incardinación sistemática en las diferentes categorías del delito en función del baremo (objetivo o subjetivo) utilizado para su concreción, ya que éste parece ser el mismo en las diversas categorías penales.

Y por otro lado, el énfasis que parte de la doctrina pone en la afección motivacional o psíquica padecida por la persona que se encuentra en situación de miedo insuperable, parece desconocer que ello no es lo decisivo en la eximente de miedo insuperable, y que, aun de serlo, debe responderse a la cuestión previa sobre la posible justificación de la conducta.

Tercero. Es precisamente en este punto donde, a mi entender, radica la raíz del problema sobre la naturaleza jurídica de la eximente de miedo insuperable: lo que se echa en falta es la

discusión sobre la posibilidad de justificar la conducta del que obra en virtud de miedo insuperable, porque, admitido el carácter multifuncional del principio de inexigibilidad, cabe preguntarse por qué el efecto de la situación de inexigibilidad que se produce en la eximente de miedo insuperable se relega al plano de la culpabilidad, descartando, desde el principio, toda posible influencia en el ámbito de lo justificado. Ello es aún más patente cuando se observa que las consideraciones de inexigibilidad poco tienen que ver con la configuración tradicional de la categoría de la culpabilidad (BACIGALUPO, 1986:1202-1203), basada en la capacidad del ciudadano para responder al mensaje normativo u obrar de otro modo:

> Tanto la relativización de la importancia de la presión psicológica que se operó con la concepción objetiva de la inexigibilidad (basada en el juicio del hombre medio), como el reconocimiento de una considerable disminución del injusto en las llamadas causas de "exculpación" y la aceptación de que las situaciones de no exigibilidad no excluyen totalmente la capacidad de motivarse por la norma, hacen pensar en la necesidad de replantear el problema de la naturaleza jurídica de dichas causas excluyentes de pena. (LAURENZO, 1990:166)

Este problema es perfectamente visible en la opinión de algunos autores que, pese a apoyarse en alguno de los argumentos mencionados para atribuir a la eximente de miedo insuperable la naturaleza de causa de inculpabilidad, ven claramente la necesidad de realizar algunas consideraciones valorativas previas que justifiquen tal incardinación sistemática de la eximente; que, no lo olvidemos, implica que el comportamiento se declara antijurídico. Así, por ejemplo, aunque MIR alude a que lo decisivo en el miedo insuperable y lo que determina que se deba incluir entre las causas de inculpación, es que estamos ante una cuestión de afección a la motivabilidad del individuo (MIR, 1996:613), un poco antes, al tratar el tema de la inexigibilidad, presenta lo que puede considerarse el verdadero motivo que conduce a tal naturaleza jurídica:

> Pero **"no exigibilidad" no significa ausencia de prohibición**. Que no sea exigible evitar una determinada conducta no quiere decir que ésta no sea antijurídica y no se halle prohibida. Al contrario, la cuestión de la exigibilidad sólo se plantea en el ámbito de la responsabilidad penal del sujeto y después, por tanto, de que se haya comprobado la antijuricidad del hecho y su prohibición personal. La no exigibilidad excluye la responsabilidad penal del sujeto, pero no la antijuricidad del hecho ni su prohibición. Si ante una situación límite -como la del ejemplo antes propuesto- el sujeto no se comporta heroicamente y determina la muerte de otra persona, podrá no ser penalmente responsable, pero su actuación no será la deseada por el derecho. (MIR, 1996:609)

Lo mismo cabe decir de la opinión de CUERDA ARNAU, quien atribuye al miedo insuperable la naturaleza jurídica de "causa de inexigibilidad" (1997:80), de lo cual parece deducirse que esta eximente pertenece a la culpabilidad (aunque la autora no se refiere expresamente a este extremo). Sin embargo, es cuando critica la posición de GIMBERNAT y GOMEZ BENITEZ sobre la justificación de la conducta llevada a cabo por miedo insuperable cuando se desvela el argumento principal que parece conducir esta eximente al ámbito de la culpabilidad:

> ...hay que dejar constancia al menos de la perplejidad a que conduce la constatación de que, a la postre, merezcan el mismo tratamiento conductas jurídicamente valiosas y otras que no lo son, aunque puedan resultar toleradas. (1996:168 y 1997:78-79).

De ello parece deducirse que, en realidad, el motivo que conduce a esta autora a negar la naturaleza de causa de justificación al miedo insuperable y situarlo consecuentemente en la culpabilidad es la consideración de que la conducta llevada a cabo en virtud de esta eximente es desvaliosa.

En definitiva, como pone de relieve la opinión de estos autores, es la mencionada *vigencia de la prohibición* o el *desvalor de la conducta* lo que determina la antijuricidad del comportamiento. Lo que, sin embargo, debe todavía explicarse es por qué la acción, declarada inexigible, es, no obstante, una acción prohibida o desvalorada. Ello requiere, lógicamente, abordar la discusión previa sobre la posible justificación de la conducta del que obra por miedo insuperable.

3. La discusión sobre la justificación de la conducta llevada a cabo por miedo insuperable.

Como he mencionado, la doctrina española no parece haber prestado mucha atención a la discusión sobre la posible justificación de la conducta llevada a cabo por miedo insuperable, a pesar de que el punto de partida de tal posibilidad es una una intuición básicamente compartida en la doctrina penal: el miedo insuperable es una excusa o causa de inculpabilidad atípica, porque en ninguna otra excusa se exime de pena a aquéllos que conscientemente y con libertad de decisión (aun reducida o limitada) cometen un delito[135].

[135] Alude a esta consideración, en su análisis de la eximente de *duress*, DRESSLER (1989:1356 y ss). Por ello, como ya vimos, en Alemania parece haberse llegado a la conclusión de que la inexigibilidad, en realidad, poco tiene que ver con la culpabilidad (vid. AMELUNG, 1991:107), debiéndosele encontrar otro

Ello ha dado pie a que en la doctrina penal no hayan faltado voces que aboguen por buscar la explicación de la exención de pena en otra categoría de la teoría del delito; en concreto, en la justificación de la conducta, tal y como ha llevado a cabo un sector influyente de nuestra doctrina.

3.1. El miedo insuperable como causa de justificación: la tesis de GIMBERNAT.

El fundamento de esta posición es paralelo al que GIMBERNAT alega con respecto al estado de necesidad en el que colisionan bienes jurídicos de igual valor, ya que, desplazada la eximente de miedo insuperable, ante los inconvenientes de su configuración puramente psicológica (causa de inimputabilidad), desde una noción psicológica a otra normativa, se descubre su paralelismo con el estado de necesidad: ambas eximentes tienen como sustrato fáctico una situación de conflicto entre bienes jurídicos, en la que la lesión de uno es el medio de salvar el otro. Del mismo modo que en el estado de necesidad, la persona en la situación de miedo (salvo en casos extremos) no es inmotivable, siendo por tanto todavía accesible al mensaje prohibitivo. Si aun así el legislador no castiga su comportamiento, ello es debido, según GIMBERNAT, a que está renunciando a la posibilidad de intentar inhibir tales conductas; es decir, prescinde de la pena en supuestos en que ésta todavía podría desplegar sus efectos motivadores. Y cuando esto sucede, entonces estamos ante una causa de justificación (ámbito de conductas que el legislador "no quiere" castigar, aunque pudiera), y no de inculpabilidad; supuesto este último en el que el legislador se encuentra con que la amenaza normativa ya no puede desplegar sus efectos motivadores sobre la persona (GIMBERNAT, 1976:224-226).

Fue GOMEZ BENITEZ el autor que más claramente trasladó esta tesis acerca del estado de necesidad en que colisionan bienes jurídicos de igual valor al miedo insuperable, declarando expresamente seguir con ello la teoría elaborada por GIMBERNAT en su influyente artículo *El estado de necesidad: un problema de antijuricidad.* De hecho, tal traslado parecía, antes del Nuevo Código Penal, ciertamente lógico, ya que ambas eximentes tratan situaciones de necesidad cuyo requisito esencial parecía el mismo: la no causación de un mal mayor. Por ello, el propio GIMBERNAT consideró al miedo

---

acomodo en la teoría del delito (que pasa por una categoría intermedia entre culpabilidad y justificación -MAURACH- o una categoría específica más allá de la culpabilidad -doctrina dominante-).

insuperable como una causa de justificación[136] y GOMEZ BENITEZ (1987: 437-438), siguiendo las premisas de GIMBERNAT, es claro a este respecto:

> En estos casos [de miedo insuperable] el sujeto es motivable y el derecho penal podría, por tanto, intentar inhibir a las personas a actuar típicamente; podría, pero no quiere hacerlo, porque está asumido socialmente que los hechos realizados en tal estado no deben ser punibles en general; en consecuencia el miedo insuperable (...) [es una causa] de "justificación" del hecho...[137]

Es conocida la crítica a este planteamiento de GIMBERNAT. Esta crítica, elaborada en Alemania por KÜPER (1983) subraya que el parámetro de distinción entre justificación y exculpación elaborado por GIMBERNAT parece basarse en un mero criterio fáctico (la exención de pena) que carece de contenido valorativo, fundamental a la hora de justificar una conducta. Escribe a este respecto KÜPER (1983:92-93, énfasis añadido):

> El legislador, como demuestra la existencia de numerosas causas neutrales de exclusión de la pena [*Strafausschließungsgründe*], puede renunciar a la "posible" pena por diferentes consideraciones, sin permitir ya con ello el comportamiento exento de pena. Sólo cuando la exención de pena es interpretable como un levantamiento o limitación de la prohibición (o mandato) contenida en el tipo -como una permisión-, la falta de pena significa igualmente la justificación del comportamiento; *para ello es necesaria la verificación de que el comportamiento típico se adecúa a las exigencias que por el derecho -como ordenamiento jurídico general- se requieren en un comportamiento, en cuanto al contenido, 'irreprochable', 'correcto' y con ello no contrario a la prohibición.* [...GIMBERNAT] pasa por alto la diferencia principal entre la prohibición (no necesariamente sancionada), que la causa de justificación deroga, y la sanción penal de un comportamiento prohibido, cuya "supresión" (también en forma de una no obligada renuncia a la sanción) no afecta a la prohibición. El autor indentifica la exención de pena de un comportamiento, en tanto no deriva ya de una carencia de "culpabilidad", precipitadamente con el levantamiento de la prohibición y del injusto - un malentendido de mucho peso.

Es decir, lo que KÜPER subraya es que aún están por identificar las razones por las cuales el legislador renuncia a la pena en caso de sujetos motivables. *Son estas razones y*

---

[136] En su *Introducción* (1979:66) alude explícitamente a que la eximente de miedo es una causa de justificación "por los mismos motivos que rigen para el estado de necesidad".

[137] Acepta también el carácter causa de justificación de la eximente de miedo insuperable, CUERDA RIEZU (1984:250, not.11 *in fine* y 1995:229, 247). Para ello se basa en que ambas eximentes regulan el mismo supuesto fáctico (existencia de un mal que amenaza e idéntica exigencia de proporcionalidad [se refiere este autor a la antigua cláusula de ponderación de males derogada con el NCP]); siendo por tanto el miedo insuperable una causa de justificación especial respecto al estado de necesidad (debido al requisito del miedo).

no el mero hecho de una decisión legislativa lo que lleva a situar una exención de pena en una u otra categoría del delito[138].

Ante la acusación de desconocer el carácter valorativo fundamental de la distinción entre las causas de justificación y otras exenciones de pena, GIMBERNAT se vio obligado a desarrollar en un escrito posterior (1984: Prólogo al libro de CUERDA RIEZU *La colisión de deberes en derecho penal)*, las ideas ya contenidas en el artículo sobre el estado de necesidad. Y lo cierto es que del conjunto de ambos artículos puede extraerse la conclusión que GIMBERNAT sí maneja un criterio valorativo para decidir sobre la incardinación de una eximente dentro de las causas de justificación, ya que este autor (1984:233-234) se refiere expresamente a que las causas de justificación

> amparan, en principio, la comisión de *cualquier* delito ejecutado por *cualquier* persona. (...) la razón de por qué ello es así reside en que la conducta amparada por una causa de justificación es considerada por el Derecho, bien valiosa (lesiones en legítima defensa, ejecución de una pena privativa de libertad), bien 'jurídicamente neutral' o 'indiferente' (estado de necesidad por conflicto de bienes iguales)[139].

Justificación no equivale, pues, a valoración positiva de la conducta por parte del ordenamiento, sino que basta con que el comportamiento no se valore negativamente, lo cual sucede cuando en estado de necesidad se enfrentan dos bienes jurídicos equivalentes. Este es, cabe remarcarlo, el rasgo distintivo de la teoría de GIMBERNAT, que la diferencia de las posiciones que, como KÜPER (exponente de la doctrina mayoritaria en Alemania), exigen para la justificación la valoración positiva de la conducta o, en sus propias palabras, la presencia de un comportamiento "irreprochable" y "correcto" (KÜPER, 1983:93).

---

[138] Igualmente, MIR (1996:613), a propósito de la aplicación de la tesis de GIMBERNAT al miedo insuperable, escribe que "La diferencia entre las causas de justificación y las de exclusión de la responsabilidad penal ha de buscarse en una distinta razón de por qué el legislador 'no quiere' castigar". En el mismo sentido: CUERDA ARNAU (1996:168 y 1997:78): "Y es que, en suma, parece que los motivos que llevan al legislador a querer o no querer -siguiendo la terminología de GIMBERNAT- prohibir frente a todos una determinada conducta, no pueden resultar indiferentes". Así por ejemplo, ROXIN, partiendo de la premisa de GIMBERNAT (que el individuo en las situaciones de estado de necesidad exculpante no es inmotivable), que él también comparte, considera que las razones de la renuncia a la pena se basan en la indulgencia del legislador fruto de consideraciones preventivo-generales, pero que el hecho sigue siendo antijurídico: "Quien sólo puede salvarse de un grave peligro para su integridad física mediante la muerte de un tercero inocente, realiza algo que según las reglas de ordenamiento jurídico no debe suceder. Cuando, no obstante, el parágrafo 35 le exime de pena, no se basa ello en la falta de desaprobación del hecho por parte del ordenamiento jurídico, sino en que, a pesar de la desaprobación jurídica, su comportamiento no es considerado necesitado de pena [*strafbedürftig*] " (ROXIN, 1994:798)

[139] GIMBERNAT (1984:234) pretende dejar claro que 'neutralidad' no quiere decir que la ley penal se abstenga de tomar posición, porque en estos casos el derecho penal también emite un juicio de conformidad (1976:228). Vid. también LUZON (1978:246).

En definitiva: tras la matización que GIMBERNAT se vio obligado a realizar, lo que debe discutirse no es sólo si el legislador ha renunciado a motivar con una pena un comportamiento, sino *las razones de esta renuncia.* Cuando estas razones obedezcan a que el legislador no considera el comportamiento desvalioso es cuando, según el criterio de GIMBERNAT, estamos ante una causa de justificación[140]. Así justifica este autor, en respuesta a KÜPER, la diferencia entre causas de justificación y causas de no punibilidad, procedibilidad y excusas absolutorias (1984:234). Cabe añadir que, por lo que respecta al estado de necesidad, GIMBERNAT fundamenta la negación del carácter desvalioso del comportamiento en base a la existencia de un conflicto entre bienes jurídicos de igual valor, en el que, por tanto, el derecho penal no puede considerar el comportamiento de uno de los contendientes de mayor valor o con mejor derecho, sino que debe reconocer que se encuentra ante un hecho neutral, y con ello, no desvalioso (GIMBERNAT, 1976:228, 230).

Todo ello plantea la duda de cuál sería ahora la posición de GIMBERNAT respecto a la eximente de miedo insuperable, pues el NCP ha suprimido la cláusula de comparación de males que el antiguo art. 8.10 contenía, y con ello la mencionada limitación de esta eximente a los casos en que se causa un mal menor o igual que el evitado. Dicho de otro modo, con la nueva regulación, la eximente de miedo insuperable puede abarcar, en principio, los casos en los que se lesiona un bien jurídico de mayor valor que el que se pretende salvar, ante lo que cabe plantearse si GIMBERNAT y el resto de autores que, como GOMEZ BENITEZ y CUERDA RIEZU, siguen su tesis seguirían defendiendo la naturaleza de causa de justificación del miedo insuperable. Respecto a ello quisiera hacer unas breves consideraciones.

Lo primero que debe advertirse es que GIMBERNAT ha defendido la misma tesis sobre la "unidad del estado de necesidad" (todo estado de necesidad es causa de justificación, y el miedo es una especie del género situaciones de necesidad) con respecto a la regulación alemana sobre el estado de necesidad exculpante (parágrafo 35 StGB)[141], y en ella no existe el límite de la equivalencia de males. No obstante, en este artículo, GIMBERNAT parece

---

[140] En nuestra doctrina ya han señalado el hecho de que GIMBERNAT opera, pues, con un doble criterio (teleológico y normativo) a la hora de identificar las causas de justificación: LAURENZO (1990:253-254) y LARRAURI (1997:87, 88, not.53).

[141] Hablamos de la versión alemana de su trabajo sobre el estado de necesidad, publicada con antelación en el Festschrift für WELZEL: *Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem* (GIMBERNAT, 1974:485-497).

tratar sólo los casos de colisión entre bienes jurídicos de igual valor (vid. pág.488), sin referirse por tanto, de forma explícita, a la causación de un mal mayor[142].

Sin embargo, por otra parte, tanto en el artículo contenido en el homenaje a WELZEL, como en la versión española hay afirmaciones que pueden interpretarse claramente en el sentido de que también se puede justificar la causación de un mal mayor en estado de necesidad (y así en miedo insuperable). Sobre todo cuando GIMBERNAT (1976:228) traza la siguiente analogía entre tipicidad y antijuricidad:

> ... se parte de que la existencia de causas de justificación obedece a que han sido valoradas positivamente por el orden jurídico. Esto no rige siquiera para la atipicidad en sentido estricto: dar limosna es un comportamiento atípico, pero igualmente lo es mentir (...) Por consiguiente, lo que caracteriza al comportamiento atípico no es que el orden jurídico lo estime valioso, sino únicamente que renuncia a motivar con una pena su no ejecución. Esta renuncia obedece frecuentemente -como en el ejemplo de dar limosna- a que el comportamiento es enjuiciado favorablemente; pero otras veces a consideraciones de naturaleza jurídica distinta que pueden hacer aconsejable la atipicidad de un comportamiento que incluso se valora muy negativamente.
>
> Exactamente lo mismo rige para las causas de justificación (...)
>
> Conformidad con el derecho no quiere decir, por consiguiente, que la acción sea valorada positivamente, sino sólo que la ley -por los motivos que sean- renuncia frente a la comunidad a amenazar con una pena, renuncia a motivar la no comisión mediante el mecanismo punitivo.

Así pues, también en los casos en que se cause un mal mayor podríamos estar ante una conducta justificada, si el legislador, como sucede en el caso de la eximente de miedo insuperable, renuncia a castigarlos. De hecho, en estos supuestos la premisa básica de GIMBERNAT sigue siendo válida: nos encontramos ante un sujeto motivable ante el cual, no obstante, el ordenamiento penal renuncia de forma general a activar el mecanismo motivador consistente en la sanción penal y por tanto renuncia a motivarlo en contra de la realización del delito[143].

---

[142] Esta es, precisamente, una de las críticas de KÜPER: "GIMBERNAT habla engañosamente sólo de 'que la lesión de un interés para salvaguardar otro de igual valor está justificada' (pág.488); pero consecuentemente también debiera incluir la salvaguardia de un interés de menor valor. Pues precisamente a estos intereses se refiere el parágrafo 35 StGB." (KÜPER, 1983:91, not.40)

[143] En esta línea, GIMBERNAT, en un escrito reciente (1995:68, énfasis añadido) parece subrayar el argumento de la exención de pena a pesar de la motivabilidad de la persona cuando escribe sobre el estado de necesidad que "si (...) el autor es 'motivable' por la norma y, *no obstante, está exento de responsabilidad*, la explicación de ello sólo puede ser la de que, en realidad, lo que se regula no es una causa de exclusión de la culpabilidad, sino una de justificación, si bien ésta se distingue de otras causas de exclusión del injusto en que el hecho cubierto por el estado de necesidad no es valorado positivamente; pero es que *lo que caracteriza*

Por tanto, de ello podría deducirse que GIMBERNAT continuaría defendiendo el carácter de causa de justificación de la eximente de miedo insuperable, aun teniendo en cuenta el cambio en la regulación. Si no fuera porque, como vimos, el criterio de la renuncia a la pena a pesar de la posibilidad de motivar a la persona, no parece ser el único relevante a la hora de decidir sobre la justificación o exculpación de la conducta, pues a él debe añadirse la consideración normativa cifrada en el desvalor o no del comportamiento.

Como he avanzado, GIMBERNAT no se refiere nunca explícitamente a la situación de necesidad en la que se causa un mal mayor que el que se evita, limitando su argumentación al caso en que colisionan dos bienes jurídicos de igual valor; lo cual, por otra parte, es del todo lógico, porque en el anterior código penal no parecía haber ninguna eximente que permitiera, en una situación de necesidad (estado de necesidad y miedo insuperable) causar un mal mayor. Por tanto, *es dudoso si de esta delimitación de la tesis de este autor al caso de colisión de bienes de igual valor puede deducirse que la inexistencia de un comportamiento desvalioso, en una situación de necesidad, llega, como máximo, al supuesto de lesión de un bien de igual valor, pero no de un bien de mayor valor que el que se salva.* Duda que alcanza ahora a la naturaleza jurídica de la eximente de miedo insuperable[144].

En conclusión: en la defensa que lleva a cabo GIMBERNAT de la atribución al estado de necesidad, en todo caso, de la naturaleza de causa de justificación, parecen alternarse dos argumentos fundamentales; uno *teleológico*, ligado a la renuncia del legislador a motivar por medio de la pena; y otro *normativo*, consistente en el juicio sobre el valor del comportamiento, que para proceder a su justificación, se conforma con que éste no sea desvalioso. El problema que esta argumentación plantea con respecto a la eximente de

---

el comportamiento adecuado al Derecho Penal no es que el ordenamiento jurídico lo considere valioso, sino únicamente que se renuncia a motivar su no comisión con la amenaza de una pena..."

[144] Según MORALES (1996:180), la nueva regulación (esto es, la supresión de la ponderación de males) hace todavía más difícil defender la naturaleza de causa de justificación del miedo insuperable. Lo que sí parece más claro es que los argumentos de CUERDA RIEZU (vid. *supra* not. 137) para situar al miedo insuperable entre las causas de justificación han perdido, con la nueva regulación, su punto de apoyo; pues ya no puede considerarse que esta eximente recoja exactamente el mismo supuesto de hecho que el estado de necesidad. Por lo que respecta a GOMEZ BENITEZ, cabe subrayar que este autor ya parecía consciente de la necesidad de añadir al argumento teleológico (basado en la ineficacia preventiva de la pena), ciertas consideraciones valorativas que apoyasen la consideración del miedo insuperable como causa de justificación. Por ello, alude a que en estos casos el legislador no quiere motivar con la pena "*porque está asumido socialmente* que los hechos realizados en tal estado [de miedo insuperable] no deben ser punibles en general..." (1987:438, énfasis añadido). Con ello, sin embargo, la clave de la justificación de la conducta (el porqué la exención de pena está "asumida socialmente"), permanece incierta.

miedo insuperable es que ambos criterios, que coinciden y con ello se apoyan mutuamente en caso de la eximente de estado de necesidad (el legislador no pretende desmotivar con la pena y además no puede considerarse un comportamiento desvalioso porque se enfrentan, en los casos más discutidos, bienes de igual valor), parecen conducir a soluciones diferentes en el tema de su naturaleza jurídica. Así, el criterio teleológico parecería apoyar la consideración de la eximente de miedo insuperable como una causa de justificación, ya que regula supuestos en los que el legislador renuncia a la pena sin que nos encontremos ante personas inmotivables por la pena[145]; mientras que el criterio normativo, por contra, parece conducir a su catalogación como causa de inculpabilidad, debido a que, por amparar esta eximente la lesión de un bien jurídico de mayor valor, el comportamiento ya no podría considerarse no desvalioso.

El aspecto decisivo para la atribución a la eximente de miedo insuperable de una u otra naturaleza jurídica parece residir, pues, en el juicio sobre el desvalor del comportamiento[146]. Esta cuestión nos lleva al estudio de los argumentos utilizados en nuestra doctrina penal para proceder a la justificación de la conducta, con el objeto de analizar su aplicación en el caso del miedo insuperable.

3.2. Argumentos en contra de la posible justificación de la conducta.

3.2.1. Miedo insuperable y ausencia de interés preponderante.

Un primer argumento para negar la justificación de la conducta en los supuestos de miedo insuperable podría consistir en la apelación al principio propio de la justificación, esto es, según la doctrina mayoritaria, el *principio del interés preponderante o prevalente*[147]; para a continuación señalar que en las situaciones de miedo insuperable, como en principio puede

---

[145] Esto ya fue señalado por BUSTOS/HORMAZABAL (1994:334), cuando, al criticar el planteamiento de GIMBERNAT respecto al estado de necesidad, señalan que "consecuentemente, habría que llegar a la conclusión de que también cuando el bien jurídico lesionado es mayor que el que se salva, se da el estado de necesidad justificante, ya que no habría razón alguna para su exclusión de la problemática de la antijuricidad si se da un mal amenazante."

[146] En este sentido, CUERDA ARNAU (1997:78-79).

[147] Vid. CARBONELL (1982:43 y ss.); BUSTOS/HORMAZABAL (1994:316); DIEZ RIPOLLES (1995:157) MIR (1996:131, 414-415); COBO/VIVES (1996:433). Sobre la problemática con respecto a la existencia de un principio que englobe las causas de justificación vid. especialmente: LARRAURI (1997:74 y ss.). Según esta autora, aunque algunas veces se manifieste lo contrario, lo cierto es que la doctrina parte de un principio que informa las diversas causas de justificación, y éste parece ser el principio del *interés* preponderante, pues las críticas contra un tal principio englobador parecen centrarse en que éste sea, meramente, la ponderación de los *bienes jurídicos* en conflicto. También en la doctrina angloamericana se ha defendido tal fundamentación última de las causas de justificación (vid. COLVIN, 1990:387).

lesionarse un bien jurídico de mayor valor que el salvado (al haber suprimido el legislador toda referencia a una posible ponderación de bienes jurídicos), no puede afirmarse la existencia de un interés preponderante, por lo que el hecho no puede justificarse[148].

Cabe remarcar que la consideración del principio del interés preponderante como fundamento de las causas de justificación, parece implicar la primacía, en el ámbito de la antijuricidad de la conducta, del pensamiento utilitarista; es decir, de la filosofía que juzga las acciones en función de las consecuencias que reportan para el bienestar o la felicidad general:

> La tesis, un comportamiento sólo puede ser conforme a derecho cuando el estado de cosas resultante ocasiona más provecho que daño, es un dogma utilitarista. (...) El desvalor de resultado es en derecho penal sólo un momento que forma parte del desvalor global de la acción, en el cual siempre entran en consideración más puntos de vista que el mero resultado.(WELZEL, 1947:49)[149]

De aquí quizá las dificultades que existen para dar entrada en el ámbito de las causas de justificación a las consideraciones de inexigibilidad, más cercanas, como vimos en el capítulo precedente, a una teoría de la justicia deontológica, que juzga el mérito de las acciones en función de una estructura de principios de justicia y no según las consecuencias que éstas reportan para el bien común[150]; ya que, en este último caso, se podría llegar a la conclusión de que el acto heroico (super-erogatorio) resulta más beneficioso para la

---

[148] Dejo aquí al margen las hipótesis de mal causado de igual valor que el evitado porque, como veremos en el último capítulo, creo que estas hipótesis no forman parte del ámbito de aplicación de la eximente de miedo insuperable, sino del estado de necesidad.

[149] También es muy clara a este respecto LARRAURI (1997:81-82): "parece claro que el fundamento de la autorización no es el 'interés prevalente', pues éste en efecto no explica el porqué se justifica (y no sólo se exime de pena) la intromisión en la esfera de derechos de un tercero para salvar bienes propios, sino que el fundamento de la justificación se basa en la procedencia de atender a las consecuencias sociales para declarar un comportamiento autorizado, esto es, en el utilitarismo" (vid. también 1997:83-84). En la doctrina alemana se ha pronunciado claramente por una interpretación utilitarista de la cláusula de ponderación de males exigida en el estado de necesidad, MEIßNER (vid. KÜPER, 1994:824). COHEN (1988:982 y ss., 997 y ss.), ha destacado la raíz utilitarista tanto del principio de ponderación de intereses (*Interessenabwägung*) como del principio del mal menor (*lesser evil*), utilizados respectivamente en la doctrina alemana e inglesa para fundamentar la justificación de la conducta en el caso del estado de necesidad (críticamente sobre este punto vid. RENZIKOWSKI, 1994a:41, 202 y ss.).

[150] Por ello subraya LARRAURI (1997:93) que "tampoco las causas de justificación basadas en el principio de inexigibilidad pueden reducirse fácilmente a la utilidad social del comportamiento". De hecho, una frecuente crítica al utilitarismo consiste en que "exige demasiado. No tiene espacio para los actos supererogatorios, porque tales actos son aquéllos en los que se causa mayor bien que con cualquier otra alternativa, pero aun así no es incorrecto no hacerlos" (DANCY, 1993:183; una réplica utilitarista puede verse en HARE, 1981:198-205)

colectividad (al implicar, en definitiva, un sacrificio en favor de ésta) y por consiguiente su ejecución obligatoria, por lo menos a nivel de injusto[151].

Contra esta delimitación utilitarista de las causas de justificación, que parece impedir la catalogación como tal de la eximente de miedo insuperable, debido a que ésta puede amparar la lesión de un bien jurídico de mayor valor, pueden argüirse dos tipos de consideraciones:

En primer lugar, aunque la proclamación del *interés preponderante*, como principio rector de la justificación de la conducta, pueda suponer la primacía del pensamiento utilitarista en este ámbito, parece también mayoritariamente aceptado que ciertos principios de justicia (es decir, que no atienden directamente a las consecuencias de la acción) pueden también desempeñar un papel en la justificación de la conducta (KÜPER, 1981:787), y en concreto, como límite al puro saldo consecuencialista al que la lógica utilitarista parece abocar.

Para señalar algún ejemplo concreto: la lógica utilitarista del principio del interés preponderante pareciera llevar a reconocer que en el caso de que se tuviera que matar a un inocente para salvar a un número elevado de personas, esta acción debería estar justificada, debido a que el saldo de la acción es positivo. La misma conclusión pareciera también forzosa en el caso de extracción coactiva de sangre o incluso de un órgano no vital para salvar la vida de otra persona. La doctrina mayoritaria, para negar la justificación de la conducta en estos casos, se ve obligada a incorporar a la filosofía utilitarista que se encuentra tras el principio del interés preponderante unos principios de justicia que la limitan. En el primer ejemplo propuesto se alude al *principio de dignidad humana*, que proclama que el ser humano debe ser tratado como un fin y no como un medio (KANT), y en el segundo se incorpora el *principio de autonomía*, que, al otorgar un valor muy especial al consentimiento del afectado, impide igualmente la justificación de la conducta[152].

---

[151] Quizá pueda entreverse una alusión a las consecuencias beneficiosas del acto heroico, como base para considerar que el hecho inexigible es, no obstante, antijurídico, en las siguientes palabras de MIR (1996:609, énfasis añadido): "Pero 'no exigibilidad' no significa ausencia de prohibición. (...) La no exigibilidad excluye la responsabilidad penal del sujeto, pero no la antijuricidad del hecho ni su prohibición. Si ante una situación límite -como la del ejemplo antes propuesto- el sujeto no se comporta heroicamente y determina la muerte de otra persona, podrá no ser penalmente responsable, *pero su actuación no será la deseada por el Derecho.* La motivación normativa propia de la prohibición no deja de dirigirse al sujeto en tales situaciones extremas, *por si* logra determinarlo en el sentido *preferido* por el Derecho, lo que efectivamente se consigue en los ejemplos de actos heroicos que no dejan de producirse a lo largo de la Historia" (vid. también OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, 1986:378-379).

[152] Sigo en este punto las reflexiones que se encuentran en LARRAURI (1997:90 y ss.). El autor español que probablemente expresa con más claridad esta dialéctica entre las consideraciones de utilidad y de justicia

Cabe mencionar que estos principios de justicia no sólo juegan un papel como límite, es decir, imposibilitando la justificación a pesar del saldo utilitarista de los bienes jurídicos en juego, sino también pueden funcionar al revés, esto es, justificando la conducta, aun cuando el saldo de bienes jurídicos sea negativo. Considérese aquí el caso de la posible justificación de la negativa de los Testigos de Jehová a las transfusiones de sangre en la que el principio de autonomía y libertad puede prevalecer incluso sobre el derecho a la vida (BAJO, 1979:493-495).

En todo caso, lo que me interesa destacar es que, matizado el puro entendimiento utilitarista del principio del interés preponderante (como mera comparación entre bienes jurídicos), tal y como demuestra la incorporación a esta filosofía de una serie de principios de justicia, puede someterse a revisión la tesis con la que empezamos, esto es, que la acción llevada a cabo por miedo insuperable no puede justificarse porque en ella el saldo de la comparación de bienes jurídicos es negativo; pues *aunque ello sea así no puede descartarse que un principio de justicia, en este caso el principio de inexigibilidad, juegue aquí un papel en favor de la justificación de la conducta*[153].

En segundo lugar, aun aceptando el planteamiento consecuencialista que lleva en su seno el principio del interés preponderante, cabe destacar que el argumento discutido, esto es, que en la acción llevada a cabo por miedo insuperable no es posible la justificación de la conducta porque el individuo puede lesionar un bien jurídico mayor valor que el salvado, podría considerarse concluyente si el referido principio del interés preponderante se interpretara en el sentido de que "interés" equivale a "bien jurídico". Pero, como parece mayoritariamente aceptado en la doctrina penal, la comparación de intereses que este

---

es CEREZO (1997b:34 y ss.), cuando defiende que el fundamento del estado de necesidad es la ponderación de bienes limitada por el principio de dignidad humana; donde puede observarse la raíz utilitarista de la justificación y la excepción formulada de acuerdo con principios de justicia. Vid. también COHEN (1988:997 y ss.), que subraya las dificultades habidas en la doctrina alemana para negar, sobre la base del principio de ponderación de intereses, la justificación de la conducta en casos de colisión de vidas humanas; ya que la lógica utilitarista de este principio debería conducir a la justificación de la conducta, también en tales casos.

[153] Naturalmente, esta presentación del principio del interés preponderante y en definitiva de la justificación ligada al pensamiento utilitarista es discutible, porque, ciertamente, creo que se puede defender una teoría de la justificación en clave de teoría de los derechos -deontológica- (vid. por ejemplo, por lo que respecta a la legítima defensa y al estado de necesidad, BALDO, 1994:69-100); al igual que también parece posible una defensa de los límites al puro saldo de los bienes jurídicos desde la propia doctrina utilitarista (subrayando los costes producidos por la inseguridad jurídica). Sin embargo, creo, que la doctrina utilitarista es la que parece que con menos dificultades puede explicar la esencia del principio del interés preponderante, al igual

principio conlleva no se agota en el mero cotejo de los bienes jurídicos en conflicto, sino que posibilita la incorporación en el juicio de ponderación de toda una serie de valores y principios. Dicho de otro modo, tal y como subrayó LENCKNER (1985:296), *una ponderación cuyo objeto sean sólo los bienes jurídicos en su valor abstracto, es en sustancia demasiado simple para ser un instrumento adecuado en la solución de conflictos.* Es decir, "objeto de un interés puede ser cualquier valor (...), y así también cuando éste no se plasma en un concreto bien jurídico, sino sólo en principios jurídicos generales" (LENCKNER, 1997:567 -§34/22-)[154].

Este juicio de ponderación global o abstracto viene refrendado en nuestro ordenamiento penal por el hecho de que la eximente de estado de necesidad se refiere a una comparación de "males" y no de bienes jurídicos; concepto el primero que, como ha remarcado la doctrina penal, tiene un contenido más amplio que el representado por el mero valor de los bienes jurídicos en conflicto[155]. Esto es lo que ha posibilitado la incorporación al juicio de ponderación que tiene lugar en el estado de necesidad de toda una serie de principios o valores que, como ya mencionamos, parecen reflejar la dialéctica entre consideraciones de utilidad y de justicia que se produce en el seno del principio del interés preponderante.

En definitiva, aceptado que el principio del interés preponderante no significa simplemente una ponderación de bienes, *parece posible plantear que puedan existir supuestos en los que se justifique una conducta aun cuando el bien jurídico lesionado sea de mayor valor que el salvado, siempre y cuando algún valor o principio se incorpore a la ponderación y la decante en sentido justificante*[156].

---

que las teorías deontológicas son las que con menor dificultad llegarían a fundamentar una serie de limitaciones al puro saldo consecuencialista de bienes jurídicos.

[154] Este autor pone diversos ejemplos de supuestos de estado de necesidad en los que la conducta no se justifica a pesar de la salvación de un bien jurídico de mayor valor, y viceversa, casos en los que la conducta se justifica a pesar de que en ellos no se salva un bien jurídico de mayor valor (e incluso se lesiona un bien de mayor valor); destacando finalmente que si la ponderación de bienes se muestra como un medio insuficiente para decidir los casos de justificación en estado de necesidad, tal insuficiencia es aún más patente respecto al resto de causas de justificación. Ante ello concluye que "la ponderación que decide sobre la justificación del comportamiento típico, es esencialmente más compleja que lo que da a entender el concepto de ponderación de bienes jurídicos" (LENCKNER, 1985:296-300). Sobre este punto vid. también, entre otros, STRATENWERTH (1956:69).

[155] Entre otros, vid. ya CORDOBA (1972:287); SILVA (1982:665); MIR (1983:506. 515); ROLDAN (1983:514 y ss.); VALLE (1992:597) y BUSTOS/HORMAZABAL (1994:336-337).

[156] El caso más claro, reconocido por nuestra doctrina penal, es el de la eximente de legítima defensa, en donde se recurre al valor o principio de la "afirmación del Derecho", para explicar que se pueda lesionar un bien jurídico de mayor valor que el amenazado (vid. LUZON, 1978:55, 73). En cuanto al estado de necesidad, tal y como bien subraya ROLDAN, "hay que preguntarse cómo puede influir la nueva orientación del juicio de ponderación en el discurso sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad. En principio, se

Todo ello permite plantearnos si el principio de inexigibilidad puede formar parte de alguno de estos principios o valores que pueden conducir a la justificación de la conducta (en virtud de miedo insuperable) aunque se trate de un supuesto de lesión de un bien jurídico de mayor valor. Y ciertamente, a mi entender, un repaso a nuestra doctrina y jurisprudencia parece ofrecer argumentos para defender este planteamiento.

El caso más claro parece ser el de las *indicaciones ética y eugenésica en el aborto*, pues tanto buena parte de la doctrina, como el propio Tribunal Constitucional en su decisión sobre la constitucionalidad de la exención de pena en estos casos, se apoyan expresamente en este principio para fundamentar la justificación de la conducta; aun cuando se admite que la mera ponderación de los bienes jurídicos en conflicto no arroja un saldo positivo a favor de la realización del aborto (o incluso se afirma que éste es negativo).

En concreto, nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia 53/1985, de 11 de abril, declara sobre la interrupción del embarazo producto de una violación (indicación ética), que "Obligarla [a la mujer] a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible..." (F.J.11), y sobre la indicación eugenésica, relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto considera que:

> *El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia.* La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva. (F.J. 11, énfasis añadido)

Esta argumentación del T.C. es también mantenida por buena parte de la doctrina penal de nuestro país, que considera que el fundamento de las indicaciones aludidas radica en el principio de inexigibilidad[157], con lo que se observa cómo este principio puede jugar un

---

puede adelantar que el simplismo tradicional según el cual cuando se salva el bien de mayor valor a costa de otro menor se estará en presencia de una causa de justificación, y cuando el bien que se salva es del mismo valor que el perjudicado sólo cabrá hablar de una causa de exclusión de la culpabilidad, no puede seguir siendo mantenido en su literalidad" (1983:525).

[157] Vid. en este sentido LUZON (1988:632: "en el art.417 bis (...) la ley valora otros supuestos específicos que hacen demasiado duro el embarazo y especialmente respetables los intereses de la mujer relativos a su libertad de decisión, honor, salud, no asunción de dolor o traumas emocionales, etc., y que por inexigibilidad

papel decisivo en el ámbito de la justificación, decantando la ponderación de intereses en favor de la justificación cuando se considere que el cumplimiento de la ley implica un sacrificio o acción inexigible[158].

Ante ello vuelve a plantearse la duda de por qué, si la doctrina reconoce el valor del principio de inexigibilidad en el ámbito de la justificación y también es afirmación mayoritaria que la eximente de miedo insuperable se fundamenta en este principio, se sigue negando rotundamente la posibilidad de que esta eximente sea una causa de justificación. Esta posible contradicción sería aún más visible en aquellos autores que manifiestan expresamente que el principio de inexigibilidad está presente en la fundamentación de la eximente de estado de necesidad[159]; lo cual, lógicamente, requeriría que se presentasen los argumentos que explicaran por qué el mismo principio, en el caso del miedo insuperable, sólo puede llegar a eliminar la culpabilidad del autor y no la antijuricidad de su acción.

Cabe destacar que este problema, como ya se mencionó anteriormente, no parece poder solucionarse acudiendo a una diferenciación en el baremo de medición de la inexigibilidad (la inexigibilidad general u objetiva pertenecería a la justificación; mientras que la inexigibilidad individual o subjetiva sería propia de la exculpación); pues tal diferenciación no parece, en realidad, tener lugar en la posterior delimitación de las eximentes e instituciones penales informadas por el principio de inexigibilidad.

En resumen. La referencia a la falta de un interés prevalente o preponderante para negar la justificación de la conducta en caso de miedo insuperable no parece concluyente. Sólo podría estimarse así si ese principio aludiera a una mera ponderación entre los bienes

---

general de respetar la prohibición penal del aborto en tales casos, explican que, bajo ciertas garantías (...) no se considere merecedora de pena la causación del aborto"; vid. también pág. 652 y 658), y las referencias que aquí se encuentran. Igualmente CEREZO (1997b:48), que alude a que "La conducta de la madre (...) es también lícita, aunque en el fondo se trate de supuestos de una simple falta de exigibilidad..."; aunque, el mismo fundamento luego (aborto sin la concurrencia de los requisitos formales exigidos) sólo sirve para exculpar la conducta. En contra, vid. DIEZ RIPOLLES (1989:113-114, 127-128, 136 y 146-147) y LAURENZO (1990:129, 131).

[158] Por ello, considera LUZON (1996:623, 1988:652) que "ponderación de intereses e inexigibilidad están estrechamente relacionadas."

[159] Así, LUZON (1996:622), y más claramente MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:409, énfasis añadido), quienes subrayan que en el caso del llamado estado de necesidad disculpante (en el que se enfrentan bienes jurídicos del mismo valor y al que estos autores consideran causa de justificación) "no se trata sólo de comparar el valor de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro era la única vía adecuada, dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria.(...) *La idea de la no exigibilidad de otra conducta aconseja dejar sin sanción a quien actúa en estas circunstancias, no ya sólo porque el autor no sea culpable, sino porque tampoco el acto realizado es desaprobado por el Ordenamiento jurídico.*"

jurídicos, respetando por entero su origen utilitarista. Pero como hemos visto, una serie de principios de justicia desvirtúan la mera comparación de bienes, que de este modo pasa a ser más bien una comparación de intereses. Afirmado que la ponderación propia de la justificación tiene lugar entre intereses o valores puede plantearse que un principio o valor propio de una doctrina de justicia como el de inexigibilidad, desempeñe un papel en la justificación de la conducta. Esta posibilidad se ve además confirmada en la doctrina española, que ya ha aceptado el papel de la inexigibilidad en la causa de justificación representada por las indicaciones en el aborto y, en menor medida, en la eximente general del estado de necesidad.

3.2.2. Miedo insuperable y desvalor del comportamiento.

La concepción que define el acto justificado como un acto valioso, tiene todavía una buena representación en la doctrina penal, tanto alemana como española[160], debido quizás a la conjunción de una serie de aspectos que han contribuido a la exigencia de una valoración positiva de la conducta por parte del ordenamiento para poder justificar la conducta. Sin ánimo exhaustivo, creo que entre ellos pueden encontrarse los siguientes:

En primer lugar, la afirmación de una determinada relación entre el tipo y la antijuricidad. Desde la perspectiva del *tipo como presunción o indicio de antijuricidad* se acostumbra a señalar que el tipo aporta unas valoraciones negativas a la conducta que sólo pueden neutralizarse mediante las valoraciones positivas que deben aportar las causas de justificación[161]. Sin embargo, incluso autores que parten de esta premisa, añaden que el contenido valorativo positivo expresado por las causas de justificación puede limitarse a

---

[160] Valga como ejemplo la opinión de MIR (1996:143): "Las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar globalmente de forma positiva el ataque a un bien jurídico-penal" (aunque, vid. 1996:131-132, y 456-457); COBO/VIVES (1996:427); CEREZO (1987:76). Enfáticamente señala SUAREZ MONTES (1995:194) que "En la contemplación valorativa global propia de la causa de justificación no sólo tiene lugar la ausencia de antijuricidad de la acción típica necesaria, sino que, más allá de eso, el supuesto arroja un saldo positivo. El superávit proviene de la protección de un interés de rango superior. De ahí que sea beneficioso y positivo para la comunidad el ejercicio de las causas de justificación y es bueno fomentarlas". FLETCHER (1987:86) llega hasta el extremo de declarar que la justificación "santifica" el acto.

[161] Vid en este sentido, claramente, COBO/VIVES (1996:427): "la justificación (...) habrá de ser concebida como algo que se funda a su vez en un valor objetivo, de naturaleza positiva, que anula el desvalor del hecho típico". Señala MIR (1996:129) que ello se debió a que el neokantismo, al dotar a todas las categorías de la teoría del delito de un contenido valorativo, se apartó de la originaria concepción de BELING (según el cual la presencia de tipicidad no supone ningún juicio de desvalor jurídico sobre el hecho) para afirmar que la tipicidad supone ya un juicio valorativo que afirma un desvalor provisional de la conducta.

neutralizar la valoración negativa que comporta la comprobación de la tipicidad de la conducta, sin ser además necesario que se confiera al hecho una valoración positiva[162].

En segundo lugar, no puede descartarse la importancia que en este punto parece haber tenido *el traslado de funciones preventivo-generales a la antijuricidad* que, de esta manera, no limitarían su papel al ámbito de la culpabilidad, sino que se extenderían por toda la estructura del delito. En referencia a las causas de justificación las consideraciones preventivo-generales les atribuirían una determinada misión: informar a los ciudadanos sobre cuáles son las conductas que pueden guiar su comportamiento. Desde esta perspectiva, las causas de justificación darían vida a una especie de "expectativas de comportamiento"[163]. De ahí a la afirmación de la necesidad de un valor positivo en la acción justificada sólo existe un pequeño paso, porque parece claro que las acciones que el ordenamiento valora positivamente son las que pueden convertirse en modelos de conducta o expectativas de comportamiento; por lo que, como expresivamente añade SUAREZ MONTES (1995:194) es "bueno fomentarlas".

No obstante, aunque sea cierto que las causas de justificación, al marcar el ámbito de lo autorizado, pretenden con ello dar un mensaje al ciudadano sobre cuáles son las pautas de comportamiento que deben seguir en una situación de conflicto, estas pautas de actuación pueden no limitarse a incluir en su seno sólo las conductas valiosas, sino también aquéllas que no sean desvaliosas para la sociedad:

> Es la existencia de un daño el inicial centro de atención del derecho penal. (...) Las causas de justificación niegan tal daño. Desde el momento en que penamos el daño y no el carácter, la justificación no necesita más que la demostración de que la razón para la intervención del sistema de justicia criminal -el daño- está ausente. No es necesario que la conducta sea deseable o moralmente positiva. Es suficiente que no sea indeseable o moralmente negativa. (DRESSLER, 1984:83)[164].

---

[162] Vid. DIEZ RIPOLLES (1995:131-132: "Las causas de justificación (...) pretenden aportar las suficientes valoraciones positivas como para neutralizar las negativas acogidas en el injusto específico. En este sentido, no puede haber dudas de los elementos de valiosidad social acarreados por las causas de justificación al análisis de la conducta contextualizada. De la confrontación de esos componentes con los disvaliosos integrados en el injusto específico (...) [puede resultar que la conducta] pase a ser lícita. En este último caso lo que ha sucedido no es, necesariamente, que el comportamiento pase a ser socialmente valioso, sino que ha dejado de ser socialmente disvalioso, sea porque ha pasado a ser deseado socialmente, sea porque es simplemente permitido". Igualmente: SILVA (1992:393 y 414).

[163] En este sentido ESER/BURKHARDT (1995:204), FLETCHER (1987:76-77), KELINA (1987:462), JAREBORG (1987:430-431).

[164] En nuestra doctrina, vid., por ejemplo, DIEZ RIPOLLES (1995:132-133): "el derecho penal no aspira a promover conductas valiosas sino a evitar conductas disvaliosas, por lo que considerará lícito todo lo que no merezca esa última calificación". Ciertamente, el entendimiento de las causas de justificación como

Por último, la exigencia de un valor positivo para la justificación de la conducta parece también fundamentarse en la relación entre las causas de justificación y la categoría de la prohibición penal. Esta relación, apoyada en una determinada concepción de las normas que parece provenir de BINDING[165], supone concebir a las *causas de justificación como normas permisivas que derogan la vigencia de la norma prohibitiva.* Es decir, las causas de justificación completan el ámbito de la materia prohibida, que no se encuentra así sólo en el tipo; lo cual suele expresarse con la frase de que las causas de justificación marcan el ámbito de lo autorizado, justo o no prohibido[166]. Esta importante función de las causas de justificación requeriría como contrapartida para tal derogación o retirada de la prohibición una condición exigente: la valoración positiva de la conducta.

Sin embargo, de nuevo, parte de la doctrina penal ha puesto de manifiesto que, la caracterización de un comportamiento como no prohibido penalmente, no necesita la presencia de un juicio de valoración positiva, siendo por contra suficiente su consideración como no desvalioso. El que, en determinadas ocasiones, la conducta pueda considerarse además valiosa o socialmente deseable, como sucede cuando la conducta justificada se convierte en una obligación y no en una facultad o derecho de la persona, no obsta para que otras causas de justificación se limiten a atribuir al comportamiento el carácter de no desvalioso, pues tales efectos ulteriores, si los hay, sobrepasan el ámbito de la justificación (DIEZ RIPOLLES, 1995:133).

---

conductas valiosas que el ordenamiento tiene interés en fomentar, parece no poder explicar todos los casos de justificación de una conducta. Por ejemplo, el derecho a no denunciar que reconoce el art. 261 LECrim para determinadas personas. Ello remite a la causa de justificación de obrar conforme a un derecho (20.7. NCP), y en este caso no creo que pueda afirmarse que el derecho considere valiosa la conducta del que no denuncia un delito.

[165] Vid. ESER (1987:39) y HASSEMER (1987:204 y ss.). Esta concepción de las normas penales supone, en esencia, que éstas no se limitan al tipo penal sino que pueden agrupar más caracteres, lo cual acerca la noción de norma a la de injusto.

[166] Este entendimiento de las causas de justificación parece mayoritario en la doctrina alemana y española. Vid. NAUCKE (1991:235: "La categoría de la antijuricidad del sistema penal es la consecuencia de un insatisfactorio estado de la técnica legislativa. Los tipos se extienden más allá de lo necesario en el caso concreto. No se logra formular el tipo de daños, del robo, de las lesiones de tal manera que en cada caso estuviera claro bajo qué circunstancias un robo etc. no fueran penalizables, esto es, no fueran antijurídicos."); KÜPER (1983:92-93); PERRON (1987:218-219, 225, 228; y 1988:142) caracteriza esta concepción como uno de los puntos en común de la doctrina alemana y española sobre la justificación de la conducta; HASSEMER (1987:204-206); MAURACH/ZIPF (1992:444). Ya FRANK (1931:2) se refería a que "Ciertamente, la prohibición y con ella la amenaza penal puede quedar sin efecto cuando tenga lugar una causa de justificación". En nuestra doctrina, entre otros, GIMBERNAT (1971b:171, not.32); CUERDA RIEZU (1984:307); MIR (1996:413 y ss.) y LUZON (1996:65 y ss., 474-475). En la doctrina angloamericana también parece compartirse este punto de vista, vid. ROBINSON (1975:271-272);

Por todas las consideraciones anteriores, parece más exacto afirmar que el ámbito de conductas justificadas no se compone sólo de conductas valiosas, sino que abarca a todas aquéllas que no puedan considerarse desvaliosas. Con ello me sumo al criterio de parte de la doctrina penal, que ya ha señalado los problemas que se derivan de la inclusión, en el ámbito de lo justificado, únicamente de los comportamientos considerados valiosos:

> ...en la concesión de una causa de justificación no se contiene la declaración de que el comportamiento justificado ha de valorarse positivamente. No es desvalorado por el ordenamiento y con ello es aceptado, la función de una añadida valoración positiva no pertenece a las tareas del derecho penal. Así, el moderado derecho de corrección por parte de los padres como manifestación del derecho de educación de los mismos es reconocido por el ordenamiento jurídico, pero detrás de ello no se esconde un posicionamiento con respecto a la discusión pedagógica sobre la valoración o desvaloración de las correcciones que implican castigos corporales. (ROXIN, 1994:482)[167] .

Una vez llegados a este punto cabe replantearse el segundo argumento esgrimido en contra de la justificación de la conducta llevada a cabo en miedo insuperable: ¿puede considerarse desvaliosa esta conducta?.

Si para responder a esta pregunta se sitúa el acento en la propia acción o en la finalidad del autor (*desvalor de la acción o idea del fin*[168]), debe señalarse que resulta cuando menos discutible que la acción que se ha catalogado de *razonable*, y por tanto *inexigible su no realización*, pueda considerarse desvaliosa. Dicho de otro modo, no se alcanza a comprender dónde reside el desvalor de la conducta del ciudadano que no se convierte en

---

FLETCHER (1978:810-811; 1983:728); ALLDRIDGE (1983:665-668); DRESSLER (1989:1374). En contra vid. WELZEL (1963:73-74).

[167] Vid. también OTTO (1978:112-113); LENCKNER (1997:476 -vor §32/9-). En nuestra doctrina cabe citar a GIMBERNAT (1976, 1984), quien en su análisis sobre la eximente de estado de necesidad, ya llegó a la conclusión de que para justificar una conducta no era necesario que ésta fuera considerada valiosa por el ordenamiento, sino que bastaba con que no fuera desvaliosa. A este pensamiento se han adherido numerosos autores españoles; vid., entre otros, LUZON (1978:121 y ss, 1996:57); SILVA (1992:393); DIEZ RIPOLLES (1995:132-133); LARRAURI (1997:89, 98-100). En la doctrina angloamericana vid. DRESSLER (1984:83); ALLDRIDGE (1983:665); ASHWORTH (1995:132).

[168] Como subrayan JESCHECK/WEIGEND (1996:325-326), en el concepto de injusto entran en juego dos ideas principales, que en combinación diversa con otras consideraciones valorativas conforman el fundamento de las diversas causas de justificación. Una es la idea de la *ponderación de bienes*, que representa la concepción del delito como lesión de un bien jurídico (desvalor de resultado), y lleva a la pregunta ¿qué efecto ha tenido el hecho?. La otra es la idea del *fin*, que corresponde a la concepción del delito como actuación de la voluntad contraria a la obligación (desvalor de acción), y conduce a la pregunta ¿cuál era la finalidad del autor?.

un héroe o en un santo, sino que obra razonablemente[169]. Por ello, por lo menos para aquellos autores para los que la falta de un desvalor de la acción se considera ya razón suficiente para excluir la antijuricidad de una conducta[170], es discutible que tal desvalor pueda estar presente en la actuación llevada a cabo por miedo insuperable.

En este sentido, WELZEL, quien primeramente consideró que todo estado de necesidad daba lugar a la justificación de la conducta, subrayó que, en los casos tradicionalmente considerados como estado de necesidad exculpante:

> ...no se trata sin embargo de una cuestión psicológica sobre la presión motivacional, sino de una cuestión valorativa ético-social: si el acto de auto-preservación puede en determinados supuestos de conflicto ser autorizado o no. En los casos en que entra en colisión la propia existencia (integridad física o vida) con los bienes jurídicos de igual o mayor valor de los otros (p. ej. vida contra vida, integridad corporal contra vida), y aquélla sólo puede ser salvada a costa de éstos, el acto de auto-preservación no es desaprobado. (...)
>
> El acto en estado de necesidad es conforme a derecho, también en caso de que el daño causado sea mayor que el peligro amenazante. (...)
>
> *El acto en estado de necesidad no es desaprobado en su valor de acción...* (WELZEL, 1947:49, 51, énfasis añadido)

Sin embargo, a ello replicó ARMIN KAUFMANN que:

> El "acto de auto-preservación" no es, en verdad, aprobado "en determinados supuestos de conflicto", en los cuales es necesario *para conservar un bien jurídico de valor no preponderante*; pero la persecución de una finalidad en sí no desaprobada (*mißbilligenswerten*) ("comprensible"), aminora el desvalor de la acción y con ello también la medida del reproche de culpabilidad dependiente de ello. (1959:157, énfasis añadido)

Como puede observarse en la réplica de ARMIN KAUFMANN, el desvalor de la acción parece venir determinado, en última instancia, por el valor de los bienes en conflicto: si el autor pretende con su acción la salvación de un bien de mayor valor, tal acción, por perseguir un fin justificado por el derecho, es valorada; en caso contrario, su acción (por procurar un fin no justificado), será desvalorada, aunque en forma atenuada. Con ello, el criterio del desvalor de la acción parece quedar, en realidad, vacío de contenido, ya que, en definitiva, lo que importa es el juicio sobre la ponderación de intereses: si éste es positivo

---

[169] Más rotundamente manifiesta MUÑOZ CONDE (1992:42) que "Desde luego, sería absurdo afirmar la antijuricidad, aunque luego se excluya la culpabilidad, de quien actúa como lo hubiera hecho cualquier persona normal (incluido el Juez) en las mismas circunstancias; es decir, de quien actúa 'razonablemente'".

[170] En este sentido LUZON (1996:336, 575) y MIR (1996:414-415). Aunque, vid. *infra* not. 171.

(el autor persigue la salvación de un bien jurídico de mayor valor), entonces la finalidad de su acción es valorada por el ordenamiento. Nada nuevo parece, pues, aportar el criterio del desvalor o finalidad de la acción respecto al problema, ya discutido, de la ponderación de intereses[171].

Por lo tanto, el argumento basado en el desvalor de la acción realizada por miedo insuperable, si pretende aportar un razonamiento diferente de la cuestión relativa a la ponderación de intereses (que ya vimos que no parecía concluyente), debe postular la existencia de un desvalor "específico" de la acción, no ligado a la concreta colisión de intereses.

Este desvalor específico ha sido identificado por parte de la doctrina alemana en determinadas situaciones de necesidad, que reciben el nombre de estado de necesidad coactivo (*Nötigungsnotstand*). Tal desvalor es el argumento principal utilizado para defender la tesis de que en estos supuestos de necesidad no cabe en ningún caso la justificación de la conducta, sea cual sea el valor de los concretos bienes jurídicos en colisión.

El razonamiento de esta tesis es el siguiente: en los supuestos de estado de necesidad coactivo, esto es, los casos en que la situación de necesidad tiene su origen en la amenaza de un tercero (el *Hintermann*), que obliga al coaccionado a realizar una determinada acción, el coaccionado entra en el ámbito de lo injusto (*"cede al injusto"*). Tal colaboración con los planes antijurídicos del tercero, no puede en ningún caso, aunque suponga la salvación de un bien jurídico de mayor valor, declararse justificada por parte del ordenamiento jurídico, si es que éste no quiere renunciar a las condiciones de su propia validez e imposición (LENCKNER, 1997:574 -§34/41b-; WESSELS, 1995:117-118). A ello se añade la consideración relativa a que, de justificarse la conducta, la persona (tercero inocente) sobre la que finalmente recayese la acción delictiva no podría reaccionar legítimamente contra ella, lo cual supondría, en definitiva, que el propio Derecho actuaría en contra de sus intereses al apoyar la acción antijurídica.

---

[171] Ello también puede observarse en la concepción de MIR sobre el desvalor de acción, ya que, aunque este autor manifiesta que la ausencia del desvalor de acción sirve ya para negar la antijuricidad de la conducta, puede observarse que tal desvalor de acción se liga estrechamente al desvalor de resultado, siendo la diferencia entre ellos el enjuciamiento *ex-ante* (desvalor de la acción) o *ex-post* (desvalor de resultado) de la acción (vid. 1996:131, 140, 143). También en la obra de LUZON puede constatarse que el desvalor de la acción tiene en

Desde esta perspectiva, la conducta de la persona en estas situaciones de coacción o amenaza presentaría un *desvalor de acción específico* (la realización de los planes antijurídicos del tercero al ceder el amenazado al injusto) no dependiente de la ponderación de los bienes jurídicos, que imposibilitaría la justificación del comportamiento. Sin embargo, esta fundamentación del desvalor de acción presente en las situaciones de estado de necesidad coactivo, debe enfrentarse con dos dificultades.

En primer lugar, este es un argumento sólo trasladable a determinadas constelaciones de estado de necesidad o miedo insuperable: aquéllas en las que el peligro provenga de la amenaza de un tercero. Con ello, seguiríamos sin saber cuál es el desvalor de acción en aquellos supuestos en los que el peligro provenga de un suceso natural. A ello debe añadirse que tal estricta división de los supuestos de conflicto de bienes entre peligros provenientes de la amenaza de un tercero y peligros procedentes de un suceso natural, no tiene en cuenta que la diversidad de situaciones de necesidad parece desbordar una clasificación tan simple[172].

En segundo lugar, debe destacarse que tal específico desvalor de acción representado por la realización de los plantes antijurídicos del tercero, y la consiguiente perturbación del mantenimiento y afirmación del Derecho, es altamente discutible, tal y como bien ha destacado KÜPER. Por un lado, el argumento basado en el mantenimiento del orden jurídico olvida que dicho orden, en las situaciones de estado de necesidad coactivo, *haga lo que haga la persona amenazada*, va a ser vulnerado: si la persona cede a la amenaza lo será debido a la realización de los planes del amedrentador, pero si no cede, debe tenerse en cuenta que ello implica el padecimiento del mal amenazado (KÜPER, 1986:62-63, 69-71). Y por otro lado, lo que no parece dogmáticamente acertado es que el juicio sobre la conducta de la persona amenazada venga decisivamente determinado por la valoración sobre la acción, ciertamente antijurídica, del amedrentador. Es decir, la teoría que niega la justificación de la conducta en los supuestos de estado de necesidad coactivo supone, en

---

cuenta el desvalor del resultado (1996:622-623), aunque este autor parece tener una concepción más amplia del desvalor de acción (vid. 1996:334-335).

[172] En este sentido, destaca BERNSMANN (1995:197) que los supuestos de estado de necesidad defensivo, en los cuales la amenaza proviene de una persona, pero no afecta a un tercero inocente sino al propio provocador, no vendrían recogidos en esta clasificación de las situaciones de necesidad. Igualmente, en el ordenamiento angloamericano, donde esta diferenciación entre el origen del peligro es la base de la distinción entre las defensas de *necessity* y *duress*, la doctrina ha puesto de manifiesto la necesidad de incorporar un nueva categoría: *duress by circumstances*, para recoger los supuestos en los que el peligro proviene de la actuación de una persona, pero no puede identificarse con una determinada amenaza y con ello con la realización de los planes del amedrentador (ej. huida de la prisión para evitar las amenazas de muerte o de violación). Sobre todo ello, vid. con más detalle *infra* Cap. IV.

definitiva, trasladar el desvalor de la acción de la persona que amenaza, al juicio sobre la conducta de la persona amenazada, confundiendo con ello dos valoraciones diversas (KÜPER, 1986:56-59, 67-69; NEUMANN, 1988:334 y 1997:27 -§34/54-; RENZIKOWSKI, 1994a:67)[173].

Por estas razones, este específico desvalor de la acción no parece un argumento convincente para situar la eximente de miedo insuperable (en los casos en que el miedo procediese de la amenaza de un tercero) en el ámbito de las causas de exculpación.

Por último, si, en una línea diversa y centrada en las consecuencias de la acción (desvalor del resultado o idea de ponderación de bienes), se considera desvaliosa toda aquella conducta en la que se lesiona un bien jurídico de mayor valor, debe recordarse que existen supuestos de justificación en los cuales se lesiona un bien jurídico de mayor valor, y no sólo eso, sino que precisamente en algunos de esos supuestos el principio que decanta la balanza a favor de la justificación parece ser el principio de inexigibilidad de otra conducta, esto es, el mismo principio que se encuentra detrás de la eximente de miedo insuperable.

De nuevo, pues, llegamos a la conclusión que la afirmación referente a que la conducta llevada a cabo por miedo insuperable no puede justificarse por ser una conducta desvaliosa, merece, por lo menos, alguna aclaración más, porque de lo contrario no se alcanza a entender por qué una conducta que ha sido declarada razonable, y por tanto inexigible su no realización, puede ser desvaliosa.

---

[173] Como bien dice RENZIKOWSKI (1994a:67) "¿Por qué debe cargar el amenazado con el injusto del amedrentador? La derivación del peligro hacia el tercero está de todos modos limitada: si el coaccionado puede ejercitar legítima defensa frente al amedrentador, la lesión del tercero no es necesaria. Además deberá analizarse si el recurso a la policía o la ayuda de terceros minimiza de tal manera el riesgo para el coaccionado que no puede hablarse ya de la salvación de un interés preponderante". Debido a las lógicas limitaciones de este trabajo no puedo aquí profundizar en el problema de las situaciones de estado de necesidad coactivo. Sobre este tema vid., fundamentalmente, la monografía de KELKER (1993). Esta autora defiende la concepción criticada en el texto (no justificación de la conducta, en todo caso), profundizando en los argumentos aludidos y presentando algunos nuevos (en este sentido, KELKER da gran importancia a la diferencia entre los peligros naturales y los causados por la amenaza de un tercero, consistente en el enorme "margen de maniobra" que el amedrentador tiene en los supuestos de estado de necesidad coactivo para atentar contra el orden jurídico; margen de maniobra que, en los supuestos de peligros naturales queda limitado por la propia índole del peligro; vid. págs.149 y ss). De todas formas, en el capítulo dedicado a la delimitación entre el miedo insuperable y el resto de eximentes volveré sobre esta

3.2.3. Miedo insuperable y consecuencias reflejas.

Una tercera vía para negar la justificación de la conducta en los casos de miedo insuperable, podría consistir en la apelación a las insatisfactorias consecuencias reflejas que de ello se derivarían.

Como es sabido, la categoría de la justificación penal no tiene una importancia meramente simbólica como muestra de las valoraciones presentes en una sociedad, esto es, como mensaje sobre lo autorizado y no autorizado, sino que también presenta una gran importancia práctica, ya que de la justificación de una conducta se derivan una serie de consecuencias, que KÜPER (1987:82) denominó *consecuencias reflejas*. En concreto, de la consideración de una determinada eximente como causa de justificación se suele derivar que: a) se elimina toda consecuencia jurídica (no sólo penal sino también extra-penal, de acuerdo al principio de la unidad del ordenamiento jurídico); b) se impone al afectado por la acción justificada un deber de tolerarla, sin poder así reaccionar contra ella en legítima defensa; c) la participación en esa conducta es impune; d) se elimina la posibilidad de pena y también de medida de seguridad penal; y e) el error debe ser relevante a efectos penales.

Estas consecuencias reflejas han llevado a algunos autores a subrayar el carácter excepcional de la justificación penal, y consiguientemente el sumo cuidado que debe tener el legislador y el intérprete a la hora de afirmar que una determinada eximente es o no una causa de justificación:

> Cuando el injusto quede anulado, se instaura además una obligación de tolerar para la otra parte, que hace que la resistencia de ésta que encaje en un tipo resulte, a su vez, un injusto y con ello típicamente punible, por lo que la valoración político-criminal siempre debe tener presente este doble aspecto: que la exoneración del uno tiene como resultado el gravamen penal del otro. (ROXIN, 1994:166)[174]

---

diferenciación, pues ella forma parte de la diferenciación propuesta por CUERDA ARNAU, en su reciente monografía, entre las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable.

[174] Es también muy claro en este sentido KÜHL (1994:347): "Esa consecuencia para los intervinientes [el deber de tolerar la conducta justificada] muestra que el legislador debe ser prudente con el reconocimiento de causas de justificación, pues con ellas regula el comportamiento jurídico respectivo de los ciudadanos para situaciones excepcionales. Por contra, el legislador puede ser generoso con la concesión de causas de exculpación, en tanto el efecto preventivo del derecho penal no se debilite en exceso con la renuncia a la pena. Ciertamente, el legislador, con la renuncia a la pena asociada a la causa de exculpación, le otorga al bien atacado la protección preventiva del derecho penal". Ello en realidad encierra el peligro de que se llegue a un punto en que "lo que fundamenta la calidad de una circunstancia como causa de justificación es la decisión referente a que esa circunstancia debe tratarse de acuerdo con las reglas de la justificación" (BACIGALUPO, 1985:70, lo cual es expresamente aceptado por HIRSCH, 1995:52-53).

Desde esta perspectiva, se podría argumentar que con la negación de la justificación de la conducta en el caso del miedo insuperable se protege mejor al tercero inocente sobre el que recae la acción, ya que con ello queda claro que él no tiene la obligación de tolerar la lesión de sus bienes jurídicos[175]. A ello se podría añadir que si la acción realizada por miedo insuperable se justifica, entonces la conducta del "hombre de atrás", es decir, del que ha originado con su amenaza la situación de miedo, debería quedar impune en base al principio de accesoriedad limitada de la participación (MEZGER, 1949:196-197); conclusión esta, que se estima insatisfactoria[176].

Sin embargo, en el estado actual de la discusión sobre las consecuencias reflejas de las causas de justificación, puede defenderse que la justificación de una conducta no conlleva en todo caso una correlativa obligación de tolerar por parte del tercero, siendo por ello posible reconocer al tercero inocente afectado por la acción justificada la posibilidad de reaccionar lícitamente frente a su agresor (no ilegítimo), mediante el *estado de necesidad (defensivo)*. Esta posibilidad parte de que lo que la justificación de una conducta impide, en todo caso, es que el afectado por ella pueda reaccionar mediante legítima defensa; pero no siendo ésta la única posibilidad que el ordenamiento penal reconoce para la defensa de los bienes jurídicos, derivar de la justificación de una conducta un correlativo deber de tolerar, requiere un ulterior análisis relativo a si en el caso concreto concurren o no los presupuestos que impiden la aplicación de los restantes medios defensivos reconocidos. Entre éstos destaca el estado de necesidad, cuya regulación, al no requerir la existencia de un ataque *ilegítimo*, sino meramente la presencia de un *mal*, podría amparar la defensa lícita frente a un comportamiento justificado (LUZON, 1991:125-126, 157-158; LARRAURI, 1997:108-110).

Debe subrayarse que la posición de los autores acerca del deber de tolerar la conducta justificada depende, lógicamente, de la concepción sobre la justificación de la que se parta. Así, los autores que niegan la posibilidad de reaccionar legítimamente ante un acto justificado, suelen partir de una concepción restringida de las causas de justificación, que sólo comprendería las acciones consideradas valiosas. Ciertamente, respecto a acciones valiosas lo lógico parece ser instaurar la correspondiente obligación de tolerar la

---

[175] Parece apoyarse en esta objeción para negar el carácter de justificación del miedo insuperable, QUINTERO (1996a:436), y más explícitamente SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:321-322).

[176] Desde esta perspectiva critica SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:322) a la tesis de la justificación de la conducta en caso de miedo insuperable que, de ser así, "los partícipes estarían exentos de pena en base al principio de la accesoriedad limitada de la participación".

conducta[177]. Pero cuando se considere que el ámbito de la justificación no sólo abarca acciones valiosas sino también no desvaliosas, entonces parece sensato plantearse que no todos los casos de justificación fundamentan una correlativa obligación de tolerar por parte del afectado, siendo posible, por tanto, en ocasiones la lícita defensa del afectado[178].

Por lo que se refiere al argumento relativo a la participación (la impunidad del "hombre de atrás"), cabe señalar que, igualmente, la teoría del delito parece contar con medios suficientes para hacer responder al causante de la amenaza, independientemente de que el comportamiento del amenazado se declare o no justificado. En concreto, aunque se justifique la conducta del autor, la persona que ha originado con su amenaza la situación de necesidad o miedo puede ser hecha responsable mediante la figura de la *autoría mediata*[179].

Por otra parte, no quisiera acabar este apartado sin dejar de señalar que, en realidad, la argumentación centrada en las consecuencias reflejas de la acción justificada, además de que ya hemos visto que no parece, dado el estado actual de la dogmática, decisiva, pues, de hecho, la propia derivación de ciertas consecuencias es, de por sí, un tema controvertido[180], parece implicar un salto sistemático: las consecuencias de algo se debieran

---

[177] Expresivo a este respecto es GIMBERNAT (1976:230), aunque como luego veremos no limite su concepción de la justificación a estos supuestos: "Si la acción cubierta por una causa de justificación es considerada valiosa -lesiones en legítima defensa para impedir un ataque antijurídico, ejecución de una pena privativa de libertad-, entonces nadie puede rechazar esa acción, mediante un comportamiento típico, alegando que se encuentra en estado de necesidad: una situación valorada positivamente (...) no puede ser suprimida mediante la lesión de otro bien protegido por el Derecho penal".

[178] Tal y como ya subrayó GIMBERNAT (1976:228-230), según el cual las causas de justificación excluyen la defensa del afectado si y sólo si la acción se valora positivamente; pero no cuando, como en el supuesto de estado de necesidad por conflicto de bienes jurídicos de igual valor, la conducta sea simplemente no desvalorada. A similares resultados llega LUZON (1978:121 y ss.; 1996:578) con la diferenciación entre causas de justificación de la accción y causas de justificación del resultado. Vid. también MIR (1996:415). En Alemania esta posibilidad es aceptada, entre otros, por GÜNTHER (1987:401 y ss), mediante la diferenciación entre causas de justificación y causas de exclusión del injusto penal (éstas últimas no excluyen la defensa de la víctima, que puede implicar incluso la concesión de la legítima defensa) y LENCKNER, que distingue entre auténticas causas de justificación y simples facultades de actuación, sobre la base de que: "A pesar de la coincidente valoración del hecho como adecuado a derecho que se produce en todas las causas de justificación -con lo que no está ligado además la valoración positiva del hecho- los efectos para el afectado pueden ser diferentes". (1997: 476 -Vor §32/9-). Vid. también ROXIN (1994:524-526).

[179] Se refiere claramente a ello LUZON (1996:578): "si un tercero maneja como instrumento, mediante error, coacción, abuso de inimputabilidad, etc., al autor directo y consigue que éste, amparado en una causa de justificación sólo de la acción, produzca un resultado desvalorado, responde como *autor mediato a través de un instrumento que obra lícitamente*" (vid. también 1994:76). Ciertamente, la aplicación de la figura del autor mediato puede ser problemática respecto a determinados delitos (los delitos especiales propios y los delitos de propia mano). Sobre ello, vid. BUSTOS/HORMAZABAL (1994:440) y MIR (1996:379-380).

[180] Así por ejemplo, HENKEL (1932:56-57) basó su rechazo de la consideración del estado de necesidad como una simple excusa absolutoria en las consecuencias que de ello se derivarían (la punición del partícipe

derivar de la previa clasificación de un objeto como perteneciente a una determinada categoría, y no al revés. En este sentido, como gráficamente señala HASSEMER (1987:195), derivar la caracterización de una eximente como causa de justificación a partir de las consecuencias jurídicas que se asocian a ello, significa "poner el carro antes que el caballo"[181].

3.2.4. La regulación española de la eximente de miedo insuperable.

Aunque, ciertamente, nuestro código penal, a diferencia de la regulación alemana sobre las situaciones de necesidad, no se pronuncia respecto a la naturaleza jurídica de una determinada eximente, no puede negarse que la regulación de las mismas suele utilizarse como base para defender una u otra naturaleza. En este apartado analizaré brevemente los argumentos que la regulación española de la eximente de miedo insuperable puede ofrecer a los partidarios de una u otra concepción sobre su naturaleza jurídica.

Así, por un lado, podría defenderse la inclusión de esta eximente en la categoría de la culpabilidad en base a los siguientes argumentos: primero, la alusión al miedo, esto es, una vivencia de carácter emocional o psicológico, como base de la exención de pena; segundo, la exigencia de que la persona actúe "impulsada" por dicho estado emotivo; y tercero, la imposición de responsabilidad civil a la persona que obra por miedo insuperable.

No obstante, ninguno de estos argumentos parecen aportan razones concluyentes para situar al miedo insuperable en la categoría de la culpabilidad, pues, como vimos en el capítulo precedente, aunque el legislador se refiera a un concepto de contenido psicológico, como lo es el miedo, la fundamentación y consiguiente configuración de la eximente se desarrolla en un plano normativo, sin que ello suponga ya una determinada toma de postura sobre el diverso problema de su naturaleza jurídica.

---

y la irrelevancia del error). Consecuencias que difieren de las postuladas actualmente por la doctrina penal mayoritaria. Vid. también ROLDAN (1983:498-499).

[181] Como añade este autor (1987:196) "La decisión sobre los derechos del tercero (...) es la consecuencia, pero no el presupuesto de la diferenciación entre justificación y exculpación. (...) La facultad de actuación del tercero es, en relación con la diferenciación entre justificación y exculpación, derivativa y no constitutiva". En idéntico sentido vid. GREENAWALT (1987:310 y ss). En nuestra doctrina vid. LUZON (1989:579: "las argumentaciones en atención a las consecuencias nunca son contundentes ni definitivas por sí mismas si no logran poner de relieve la corrección del propio punto de partida") y LARRAURI (1997:52). Expresado en términos de lógica de predicados, con la argumentación en base a las consecuencias reflejas la doctrina parece convertir un condicional (si *p* -justificación- entonces *q* -consecuencias-) en un doble condicional (si y sólo si *p* entonces *q*), lo cual implica una deducción incorrecta según las reglas de la lógica.

Por otra parte, tampoco la alusión a que la persona debe actuar "impulsada" por dicho miedo insuperable, parece servir de apoyo a la consideración de esta eximente como una causa de inculpabilidad, ya que tal mención no puede interpretarse, tal y como bien destaca MORALES (1996:181), como la exigencia de una actuación impulsiva o irrefrenable de la persona, que le colocaría en una situación de inimputabilidad momentánea. De hecho, la doctrina penal no tuvo inconveniente en señalar que la idéntica exigencia que el antiguo código penal contenía respecto de la eximente de estado de necesidad, no implicaba su catalogación como causa de inculpabilidad, sino que podía interpretarse como la plasmación del necesario elemento subjetivo de una causa de justificación (ROLDAN, 1980:30-31).

Por último, tampoco la imposición de la responsabilidad civil (subsidiaria) que prevé el art. 118, regla 4° CP, respecto a la persona que obre en miedo insuperable, parece un argumento definitivo en contra de la justificación de la conducta, pues esta posible consecuencia de la justificación se encuentra claramente en entredicho desde el momento en que, nuestro código penal, impone también la obligación de responder civilmente de los daños causados en ciertos supuestos de justificación de la conducta (así, en virtud del art. 118 regla 3° CP, en caso de estado de necesidad)[182].

En resumen, la concreta regulación española de la eximente de miedo insuperable no puede considerarse un argumento definitivo en favor de su inclusión en la categoría de la culpabilidad. Al margen de lo anteriormente alegado, debe destacarse que dicha regulación podría también utilizarse para defender la justificación de la conducta llevada a cabo en virtud de miedo insuperable; ya que, en primer lugar, nuestro legislador no restringe la eximente a los casos en que estén en peligro determinados bienes de especial importancia para el individuo (condición ésta que suele servir de argumento para la inclusión de una eximente en la culpabilidad). Y en segundo lugar, tampoco prevé nuestro código penal la imposición de medida de seguridad alguna a la persona exenta de pena por miedo insuperable, lo que acercaría esta eximente a las causas de exclusión del injusto penal (AMELUNG, 1991:107; SILVA, 1992:411).

[182] Por esta razón, parece mayormente aceptado en nuestra doctrina que la cuestión relativa a la responsabilidad civil no puede considerarse un argumento decisivo en contra de la justificación de la conducta

4. Replanteamiento del problema: el papel del principio de inexigibilidad como base de la eximente de miedo insuperable.

Lo que hasta aquí he pretendido argumentar es que las razones alegadas por la doctrina penal para defender la inclusión de la eximente de miedo insuperable en la categoría de la culpabilidad, no parecen concluyentes, y ello por una razón fundamental: a partir de la aceptación del carácter multifuncional del principio de inexigibilidad (principio que se encuentra en la base del miedo insuperable), y la consiguiente admisión de su papel en las diferentes categorías del delito, deben presentarse las razones materiales que conducen a una institución penal fundamentada en dicho principio a una u otra categoría penal.

Por lo que respecta a la eximente de miedo insuperable, las razones materiales que la doctrina penal alega para situarla en la culpabilidad (diferenciación entre una inexigibilidad objetivo-general, perteneciente a la antijuricidad, y una subjetivo-individual, propia de la culpabilidad), o que imposibilitan la justificación de la conducta (falta de interés preponderante o desvalor de la conducta), no son, a mi entender, convincentes. Por un lado, tal diferenciación entre una inexigibilidad objetiva y subjetiva, si se refiere al baremo de determinación de la misma, no parece tener lugar; y por el otro, tal y como vimos, parte de nuestra doctrina e incluso el T.C. manifiestan expresamente que el principio de inexigibilidad se encuentra detrás de ciertas causas de justificación.

Por todo ello, parece que el encuadre sistemático de la eximente de miedo insuperable en la teoría del delito depende del papel que el principio de inexigibilidad pueda desempeñar en ella. Esta cuestión requiere un estudio del pensamiento sobre la inexigibilidad.

4.1. El principio de inexigibilidad hasta HENKEL.

Como ya destaqué, aunque algún autor intentó encontrar un origen más remoto, es afirmación hoy totalmente compartida que el pensamiento de la inexigibilidad, como principio llamado a desempeñar un papel sistemático en la teoría del delito, surge de la mano de la teoría de la culpabilidad normativa, a la que por tanto pertenece o incluso fundamenta: no se puede hacer un reproche de culpabilidad a una persona cuando no pueda

---

(vid. entre otros, LUZON, 1978:117; ROLDAN, 1980:44, 1983:507; COBO/VIVES, 1996:424; MIR, 1996:13-14, 421-422; y LARRAURI, 1997: 61 y ss.).

exigírsele que actúe de manera diferente[183]. Debido a este origen, no es de extrañar que el pensamiento de la inexigibilidad encontrara entonces un lugar fijo en la teoría del delito: la categoría de la culpabilidad.

Lo más significativo de este proceso es que la concepción normativa de la culpabilidad, tal y como se aprecia en los trabajos de sus principales fundadores (FRANK y GOLDSCHMIDT) y en los manuales y comentarios de la época (BINDING, v. LISZT, FRANK), más que el resultado de una nueva elaboración dogmática sobre las categorías del delito, parece la respuesta adecuada que la ciencia penal creyó encontrar al dilema dogmático que entonces representaba (y sigue representando aún en parte) la eximente de estado de necesidad plasmada entonces en los artículos 52 y 54 del antiguo código penal alemán (GOLDSCHMIDT, 1913:137; ROLDAN, 1983:498)

Dicho de otro modo, no fue la elaboración de una nueva concepción de la culpabilidad lo que condujo a integrar en ella al estado de necesidad penal, sino que todo parece indicar que sucedió más bien al revés: fue el afán por situar los supuestos de necesidad regulados en dichos artículos en esta categoría lo que condujo a una nueva concepción de la culpabilidad susceptible de acogerlos en su seno. Porque, ciertamente, si los artículos 52 y 54 del código penal alemán se hubieran considerado causas de justificación, la concepción normativa de la culpabilidad habría perdido, precisamente, un argumento concluyente sobre el que basó su crítica de la concepción psicológica de la culpabilidad: la existencia de causas de inculpabilidad no basadas en la negación del nexo psicológico entre el individuo y el resultado (BERNSMANN, 1989:197, not. 131). Dicho afán por situar estos supuestos de estado de necesidad en la categoría de la culpabilidad tenía, pues, un doble motivo: dejar claro que la acción no podía justificarse, pero encontrando a la vez una explicación de la exención de pena que evitara las fricciones e incoherencias de las demás concepciones.

La negativa a justificar la conducta parece responder, fundamentalmente, al entonces ya consolidado principio del interés preponderante, que conducía a la división del estado de necesidad entre casos susceptibles de justificación (cuando se salvaba un interés

[183] En este sentido, SAINZ CANTERO (1965:12, vid. también 1960:433 y ss.), quien tras recoger la opinión de SCARANO, que cree encontrar precedentes del pensamiento de la inexigibilidad en los clásicos italianos, subraya que "corresponde a la doctrina alemana el hallazgo de la no exigibilidad como principio jurídico. Su construcción dogmática se debe a ella y, sobre todo, haber aportado la base que posibilitó su desarrollo: la concepción normativa de la culpabilidad".

preponderante) y aquéllos en que ésta no era posible[184]. Adicionalmente, una de las consecuencias reflejas de la justificación de la conducta, en concreto, la negación al afectado por la acción necesaria del derecho de legítima defensa, no era aceptada en general por la doctrina penal[185].

Por otra parte, la incardinación de los supuestos discutidos de estado de necesidad en la categoría de la meras excusas absolutorias tampoco resultaba convincente, pues ello no impedía la caracterización del comportamiento como delictivo y además conducía al castigo de los partícipes (GOLDSCHMIDT, 1913:136; v. LISZT/SCHMIDT, 1927:191). Tampoco prosperó la creación de una nueva categoría jurídica de contornos borrosos, como fue la propuesta por BINDING, según el cual, el estado de necesidad es expresión, no de un comportamiento adecuado o correcto sino más bien de un "comportamiento no prohibido" (1885:765).

Por todo ello, el lugar adecuado para los supuestos discutidos de estado de necesidad parecía residir en la categoría de la culpabilidad. De hecho, este fue el camino emprendido por la más antigua doctrina penal alemana, representada por FEUERBACH. Según este

---

[184] Ya en 1885 recoge BINDING la idea del interés preponderante cuando afirma que "Dondequiera que el Estado se encuentra ante dos males, de los cuales uno se produce seguro, evita el mayor, elige el menor..." (1885:760). En la misma época elevó v. LISZT este principio a la categoría de principio fundamentador de la antijuricidad material (1908:139), que según su propia explicación "exige que en una tal colisión, el interés menor sea sacrificado, cuando sólo a ese precio pueda conservarse el interés mayor". Naturalmente, los fundadores de la culpabilidad normativa son fieles seguidores de este pensamiento: "la prohibición de la lesión de un bien jurídico no puede encontrar aplicación cuando con su acatamiento se produciría la pérdida de un bien jurídico (igualmente jurídicamente protegido) de mayor valor" (FRANK, 1931:140); "El principio regulativo de aquélla [la justificación] es el interés preponderante para la comunidad jurídica" (GOLDSCHMIDT, 1930:440, vid. también 1913:162).

[185] En este sentido, alude BINDING (1885:763) a que "Precisamente el peso insoportable de la prohibición de la legítima defensa se ha convertido en el arma principal de la lucha contra la afirmación de un derecho en la situación de necesidad [*Notrecht*]" (vid. también GOLDSCHMIDT, 1913:134). Cabe destacar que el propio v. LISZT se refirió a que en estos casos "no obstante, puede fundamentarse para el afectado un segundo estado de necesidad" (1888:142). Ello deriva de que este autor, hasta las últimas ediciones de su influyente manual, donde, finalmente, modificó su concepción (ya en colaboración con SCHMIDT) mantuvo que el estado de necesidad debía incluirse entre las causas de justificación, aun admitiendo que ello era un resultado ciertamente insatisfactorio porque esta eximente no se adecuaba al principio propio de la justificación: el principio del interés preponderante. Sin embargo, como se aprecia en el devenir de las ediciones de su manual, la postura de este autor deriva del hecho de que consideraba que, de no ordenarse el estado de necesidad entre las causas de justificación, debía incluirse entre las meras excusas absolutorias, lo cual aún le parecía más insatisfactorio (vid. v. LISZT, 1905:148). Ciertamente, v. LISZT parece descuidar la posibilidad de incluir el estado de necesidad entre las causas de inculpabilidad, pero ello no era posible con la concepción psicológica de su tiempo, habiendo de esperarse para ello al advenimiento de la concepción normativa, tras lo cual el propio autor no tuvo inconveniente en señalar al estado de necesidad como causa de exculpación (vid. v. LISZT/SCHMIDT, 1927:190-194). Resume con claridad este proceso ROLDAN (1983:486, not. 55).

autor, en los casos de estado de necesidad, la propia situación de apuro y el instinto de supervivencia determinan que las normas penales pierdan toda eficacia intimidatoria, por lo que el individuo se encuentra en una situación de inimputabilidad. Pero como señala el propio BINDING (1885:764) contra tal fundamentación, ya en ese tiempo en general abandonada, se alza "el hecho de que hay obligaciones jurídicas de soportar el estado de necesidad y la experiencia de que la motivación jurídica puede permanecer del todo efectiva". Por tanto, se necesitaba una concepción de la culpabilidad distinta a aquella meramente ligada al dolo y la culpa y a las causas de inimputabilidad (concepción psicológica de la culpabilidad), para dar cabida en ella al estado de necesidad penal. Y esa nueva concepción fue la de la culpabilidad normativa:

> Si el concepto de culpabilidad no comprende nada más que la suma de dolo e imprudencia, y éstas consisten en la consciente o descuidada causación del resultado, entonces permanece del todo incomprensible, cómo la culpabilidad puede excluirse a través del estado de necesidad. Pues también el que obra en estado de necesidad sabe lo que hace. (...) De este fallo no puede responder quien considera que el estado de necesidad elimina la antijuricidad. (...)
>
> Si se sigue la -en mi opinión única correcta- doctrina que ve en el estado de necesidad sólo una causa de exculpación, entonces uno se ve obligado a configurar el concepto de culpabilidad de tal manera que su existencia, su comprobación, también pueda verse afectada a través de las condiciones bajo las cuales se realiza el comportamiento. Ello es desde las definiciones de la culpabilidad (...) subyacentes en el concepto de la doctrina dominante, simplemente imposible, pues partiendo de aquí el concepto de las causas de exclusión de la culpabilidad adolece de insalvables contradicciones.
>
> Ello explica que el infeliz estado de necesidad no pueda permanecer en paz en la moderna doctrina, y que como una pelota sea lanzado de aquí para allá desde el campo de la antijuricidad al de la culpabilidad. (...) pero en el pensamiento de todos aquellos que lo entienden correctamente como una causa de exculpación existe una incongruencia, cuando *se debiera, en primer lugar, configurar el concepto de culpabilidad de tal manera que pudiera serle accesible una influencia de las circunstancias acompañantes* (FRANK, 1907:524-525, énfasis añadido).

Este concepto de culpabilidad fue el elaborado por la doctrina de la culpabilidad normativa:

> En la búsqueda de un corto slogan, que contenga en sí todas las partes constitutivas del concepto de culpabilidad, no encuentro otro que el de reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. La expresión no es elegante, pero no sé de otra mejor. (FRANK, 1907:529)

En definitiva, la concepción normativa de la culpabilidad señaló que el fundamento de la exención de pena en los casos de estado de necesidad en los cuales no se salva un interés prevalente radica en la inexigibilidad de otra conducta al individuo. El siguiente paso para encuadrar esta eximente en la categoría de la culpabilidad fue, lógicamente, elevar la inexigibilidad de otra conducta a fundamento de la propia culpabilidad, que pasó así a denominarse reprochabilidad[186]. Culpabilidad es reprochabilidad, y este reproche no tiene lugar, siguiendo la fórmula de esta concepción, cuando al individuo no puede exigírsele otro comportamiento diferente.

Puede por todo ello decirse que la concepción normativa de la culpabilidad logró al mismo tiempo dos objetivos ampliamente anhelados por la doctrina penal: situar las situaciones de estado de necesidad en las que no se salva un interés preponderante en la esfera de la culpabilidad y librar a ésta al mismo tiempo de la "pesadilla del psicologismo"[187]. De esta manera, no es de extrañar que esta concepción de la culpabilidad fuera rápidamente aceptada por la doctrina penal, y que las principales críticas que se hicieron posteriormente al pensamiento de los fundadores de esta teoría, no se centraron tanto en el descubrimiento del momento valorativo-normativo (reprochabilidad) que la

---

[186] El primer paso en esta evolución se atribuye tradicionalmente a FRANK, que preparó el camino que dio luego plena entrada al pensamiento de la inexigibilidad al señalar que para el juicio de culpabilidad, además del dolo, la culpa y las causas de inimputabilidad, deben tenerse en cuenta las "circunstancias acompañantes" en que tiene lugar la acción: el juicio de culpabilidad requiere que la voluntad del individuo se pueda determinar normalmente, lo cual sucederá cuando las circunstancias que se dan en la realización de la acción no sean anormales (FRANK 1907:527-531, 1931:136). Posteriormente, GOLDSCHMIDT (1913:144-148), ante las críticas realizadas a la concepción de FRANK, que negaban el carácter normativo de su alusión a las circunstancias acompañantes, aportó la base dogmática para dotar al pensamiento de la inexigibilidad de verdadera naturaleza normativa: la diferencia entre normas de derecho y normas de deber. Estas últimas se dirigen a la conciencia del individuo determinándole a obrar tal y como las normas de derecho prescriben, es decir, conforman la conducta interna del individuo (mientras las normas de derecho se dirigen a su conducta externa). El no dejarse motivar por las normas de deber sólo será reprochable, y así culpable, cuando el individuo obre en circunstancias que determinen la exigibilidad de tal función motivadora de la norma de deber (GOLDSCHMIDT, 1913:162, 1930:442). Al mismo resultado de elevar la inexigiblidad a fundamento del reproche de culpabilidad, pero a través de un camino distinto, llegó SCHMIDT. Este autor, tras aludir a la concepción de GOLDSCHMIDT sobre las normas (de derecho y de deber), sostiene que la norma jurídica es en realidad única, pero tiene dos funciones diversas: de valoración, en la esfera de la antijuricidad, y de determinación en la culpabilidad (v. LISZT/SCHMIDT, 1927:206 y ss., especialmente 209 not. 2 y 4). Es precisamente el papel de la norma como norma de determinación lo que decae cuando el individuo obra en una situación de inexigibilidad. Vid. también FREUDENTHAL (1922).

[187] Según MAIWALD (1993:475), la práctica nula atención que la doctrina contemporánea presta al principio de inexigibilidad "puede en parte depender de que los problemas principales para cuya solución se recurrió al Topos 'Inexigibilidad', se consideran hoy en día liquidados. Se alude con ello sobre todo a la discusión sobre si el estado de necesidad tenía efecto justificante o exculpante, y más ampliamente a la controversia sobre si el concepto de culpabilidad debe comprenderse en un sentido 'psicológico' o 'normativo'". Vid. también ROLDAN (1980:24), que destaca que la concepción normativa de la culpabilidad

culpabilidad contenía (lo cual gozó de amplia aprobación), como en el papel que en esta nueva concepción de la culpabilidad debía reservarse al principio de inexigibilidad. En concreto, estas críticas se centraron en dos puntos:

Primero: en el parámetro de determinación de la inexigibilidad. Desde los primeros escritos sobre la inexigibilidad se planteó el problema de cuál debía ser el parámetro a utilizar en el juicio sobre la inexigibilidad del comportamiento: uno individual, que diera cuenta de todas las características propias de la persona a juzgar, o uno general, que hiciera depender tal decisión de un modelo estereotipado, como puede ser el del "hombre medio".

Segundo: en el reconocimiento del principio de inexigibilidad como causa supralegal de exculpación. A partir del planteamiento de la concepción normativa de la culpabilidad no fue difícil llegar a la conclusión de que, más allá de los casos expresamente regulados en la ley como ejemplos de situaciones en las que la exigibilidad de la norma, y con ello la culpabilidad del autor, decaía, la inexigibilidad de otra conducta debía considerarse una causa supralegal de exculpación o inculpabilidad. Se trataba, pues, de liberar al pensamiento de la inexigibilidad de las estrechas fronteras representadas por el estado de necesidad penal, para defender su proclamación como una auténtica causa supralegal de inculpabilidad derivada directamente de la concepción normativa de la culpabilidad[188].

Como modelo para tal desarrollo se presentó la evolución paralela acontecida en las causas de justificación, donde el principio del interés preponderante se consolidó como causa supralegal de justificación tras la revolucionaria sentencia de 1927 del tribunal supremo alemán, que ante los inconvenientes que presentaba la aplicación de la eximente de estado de necesidad (en su antigua regulación) en un caso de aborto por peligro para la vida de la madre, reconoció la aplicación de tal causa de justificación supralegal. De esta forma, tanto FREUDENTHAL (1922:22-23) como GOLDSCHMIDT (1930:452-454) y

---

nace con el fin de seguir manteniendo una explicación de la exención de pena del estado de necesidad (del art. 54 StGB) desde una base culpabilista.

[188] Como expresa JIMENEZ DE ASUA (1962:984) en su defensa de una tal causa supralegal de exculpación, "Quienes, con Mezger y el propio R. Maurach, definen la culpabilidad como reprochabilidad y hacen de *lo exigible* base del reproche -puesto que resulta obvio que lo que no puede exigirse no puede reprocharse cuando no se cumple- ¿cómo no reconocen que, *con independencia de los casos concretos y expresamente establecidos por la ley,* si se prueba que *no se le puede exigir al agente otra conducta de acuerdo al Derecho*, es radicalmente imposible afirmar que existe culpabilidad, si ésta es *reproche* y sólo se reprueba *lo que puede ser exigido*?". Por ello, H. MAYER (cit. en MAURACH/ZIPF, 1992:447) consideró que la eximente de estado de necesidad del art.54 del StGB no podía ser una causa de exclusión de la culpabilidad, pues ello obligaba a un reconocimiento de la inexigibilidad como causa de exculpación supralegal. Vid. también SCHAFFSTEIN (1933:18) y WITTIG (1969:547).

SCHMIDT (v. LISZT/SCHMIDT, 1927:266 y ss.) no dudaron en defender la existencia de una causa supralegal de exculpación basada en la inexigibilidad de otra conducta.

Respecto al primer punto, esto es, la discusión sobre el parámetro del juicio de inexigibilidad, debe remarcarse que lo cierto es que una concepción plenamente individual de la inexigibilidad, nunca llegó a triunfar en la doctrina alemana[189]. En este sentido, cabe destacar que incluso el autor que frecuentemente se cita como defensor de un parámetro individual de concreción de la inexigibilidad, FREUDENTHAL, parece defender en su obra, en realidad, un módulo genérico de determinación[190]. Sin embargo, fue precisamente la pretendida "subjetivación" y "etización" del juicio de culpabilidad a que, supuestamente, conducían las tesis de FREUDENTHAL, el blanco que preferiblemente iban a utilizar los más duros críticos de la inexigibilidad.

De esta manera, tal y como señala ACHENBACH (1974:147 y ss.) el parámetro individualizador no tuvo acogida en la doctrina penal alemana, ni siquiera entre los propios partidarios del reconocimiento de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación, por lo que a partir de la segunda mitad de la década de los veinte se consolida en la doctrina la concepción e interpretación de la inexigibilidad de acuerdo a un parámetro general[191]. Así

---

[189] ACHENBACH (1974:143 y ss.) recoge entre los partidarios de un juicio individualizado a TARNOWSKY y a su maestro, GOLDSCHMIDT; este último debido al proyecto alternativo de código penal que presentó en 1922. En su artículo 22 proponía GOLSCHMIDT la siguiente regulación de la eximente de estado de necesidad: "Disculpable es un comportamiento, que el autor realiza para evitar un daño considerable, inminente y no evitable de forma adecuada a derecho, para sí o para otro, cuando al autor, según las circunstancias o sus condiciones particulares, no pueda exigírsele tolerar la admisión del daño amenazante". Sin embargo, lo cierto es que luego este autor (tal como recoge ACHENBACH, pág.147 y ss.) precisó que el juicio de inexigibilidad debía tener carácter general: "Naturalmente, desde el punto de vista legal, sólo han de reconocerse como preponderantes aquellos motivos que, de acuerdo con las circunstancias, se hubieran impuesto sobre el motivo de la obligación para un hombre medio. Con otras palabras (...) el poder [*Können*] fundamentado en la motivación normal no se ha de determinar subjetivamente, según las características y facultades individuales del autor, sino de acuerdo a un medida objetiva, es decir, en realidad se hace depender de un deber [*Sollen*]. 'El poder de los otros se convierte para el autor en un deber'" (GOLSCHMIDT, 1930:453). También SCHMIDT se refiere al "tipo medio de ciudadano", aunque teniendo en cuenta las cualidades psicofísicas reconocibles del autor. (v.LISZT/SCHMIDT, 1927:267).

[190] Ciertamente, es difícil interpretar qué criterio de concreción de la inexigibilidad defiende FREUDENTHAL en su obra *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht* (1922); ya que esta obra no se centra en este tema, sino en la defensa de la posibilidad de una causa supralegal de exculpación basada en la inexigibilidad. Sin embargo, lo cierto es que FREUDENTHAL se refiere a que lo decisivo para la inexigibilidad es la "fuerza de resistencia normal" (1922:23), y más claramente escribe que "si se dan unas tales circunstancias del comportamiento, que *cualquiera* se hubiera comportado de la misma manera que el autor, entonces no se dan las condiciones generales del dolo y la imprudencia, la posibilidad, de fundar un reproche..." (1922:10-11, énfasis añadido, vid. también pág.7). En este sentido, señaló HENKEL (1932:74) que FREUDENTHAL se mantuvo "alejado de una subjetivación" de la inexigibilidad.

[191] Entre los autores que criticaron la pretentida concepción individual-ética de FREUDENTHAL y, en general, el pensamiento de la inexigibilidad, destacan, primeramente, LIEPMANN y sus discípulos

configurado, el pensamiento de la inexigiblidad tuvo influencia incluso en autores que no acogieron completamente la concepción de la culpabilidad normativa[192].

Sin embargo, donde la crítica al pensamiento de la inexigibilidad alcanzó mayor virulencia, y donde se pusieron de relieve las implicaciones socio-políticas que se encuentran tras este principio, fue en la cuestión referida a la posibilidad de que la inexigibilidad desempeñara el papel de una causa de exculpación supralegal. Como apunta HENKEL (1954:254-255), ya el propio FRANK había manifestado sus reservas en este punto, debido a los problemas de seguridad jurídica que una tal exculpación supralegal llevaba consigo[193].

Ciertamente, como vimos en el capítulo anterior, el principio de inexigibilidad parece encontrar su razón de ser en una aspiración de justicia que está en constante tensión con las necesidades de seguridad jurídica y prevención general. Por ello, cuando éstas últimas pasaron a primer plano, a raíz de los cambios políticos acontecidos en la Alemania de los años treinta, que significaron el ascenso al poder del movimiento nacional-socialista, la concepción sobre la inexigibilidad como excusa supralegal, y en general, este principio, sufrieron una violenta acometida que prácticamente determinó su destierro del pensamiento penal (FRELLESEN, 1980:51-52).

GROSSMANN y SCHUMACHER. De LIEPMANN es la famosa frase sobre que la aceptación de una concepción de la inexigibilidad (y por ende de la culpabilidad) como la defendida por FREUDENTHAL conduciría a una "total osteomalacia del derecho penal", es decir a que "la excepción se convierta en regla y con ello se reduzcan las exigencias normativas en favor de las exigencias individuales a costa del ordenamiento jurídico". GROSSMANN aludió a que con el reconocimiento de la cláusula de inexigibilidad el derecho penal perdería su tarea pedagógica "de ser un apoyo a los hombres en lucha contra la tentación"; al margen de tildarla, entre otras cosas, de elástica, subjetivista y femenina -sic-. Por último, SCHUMACHER, dirige sus ataques también contra la propia teoría de la culpabilidad normativa a la que reprocha la relativización de los bienes jurídicos y, en suma, que coloca al individuo por encima de la colectividad. Por ello, concluye que la teoría de la inexigibilidad perjudica la función del derecho como ordenamiento para la protección de bienes jurídicos. Citas recogidas en ACHENBACH (1974:155 y ss.). Vid. también HENKEL (1954:256-258).

[192] En este sentido señalan MAURACH/ZIPF (1992;448) que "La teoría de la exclusión supralegal de la culpabilidad, en la forma sentada por Freudenthal, que quiso fijar la no exigibilidad atendiendo tan sólo a los criterios individuales del autor concreto, resultó insostenible. (...) A medida que la teoría de la exclusión supralegal de la culpabilidad arraigó en la ciencia, la no exigibilidad fue determinándose (y con razón) por los límites del poder del término medio. Bajo esta forma la nueva doctrina se impuso con sorprendente rapidez".

[193] De hecho, la alusión al problema de inseguridad jurídica que la aceptación de una excusa supralegal presenta, es una constante en las críticas contra ésta y, en general, contra el principio de inexigibilidad. Así, GRÜNHUT aludió a que el reconocimiento de una tal exculpación supralegal dinamitaría el derecho penal estatal (cit. en ACHENBACH, 1974:158). A ello también se refirieron OETKER, v. HIPPEL y SAUER (vid. HENKEL, 1954:256; y FRELLESEN, 1980:25-26). Modernamente, vid. entre otros ROXIN (1994:857), KÜHL (1994:348), ANTOLISEI (1997:428, quien destaca que la falta de contornos de este principio es su "vicio fundamental").

Como señalan ACHENBACH (1974:154) y FRELLESEN (1980:52 y ss.) existieron, primeramente, algunos intentos de adaptar la doctrina de la inexigibilidad a los nuevos presupuestos políticos, que exigían consecuentemente una nueva concepción del derecho penal. En este sentido, autores como JOBST, SAUERLANDT y SIEGERT intentaron una reconstrucción del principio de inexigibilidad en clave "nacionalsocialista"[194]. Pero, esos intentos no pudieron evitar la constatación de que con el nuevo régimen político, la doctrina de la inexigibilidad rápidamente perdió su base. Ello se observa con claridad en la monografía que SCHAFFSTEIN (1933: *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund*) dedicó al tema, cuyo objetivo es claro:

> Nuestra crítica de la exigibilidad no se dirige ni contra la naturaleza normativa del concepto de culpabilidad, ni contra la posible existencia de causas supralegales de inculpabilidad. Va, tan sólo, contra la admisión, más allá de los casos legalmente reconocidos, de la no exigibilidad de la observancia de la norma debido a la anormal situación motivacional, como causa general y supralegal de inculpabilidad. (1933:78)[195].

Para ello critica el postulado fundamental de los defensores del pensamiento de la inexigibilidad, según el cual el imperativo de la norma pierde su vigencia cuando al hombre medio, puesto en circunstancias similares a las del autor concreto, no se le pueda exigir otro comportamiento. Tal afirmación, según SCHAFFSTEIN, parte de una visión incorrecta sobre la validez del Derecho, pues ésta "no está condicionada por la posibilidad de su cumplimiento, sino que, por tener naturaleza puramente normativa, sólo depende de la compatibilidad de la norma particular con el espíritu objetivo del ordenamiento jurídico de que forma parte" (1933:79)[196]. Según este autor, son argumentos preventivo-generales los que refutan la doctrina de la inexigibilidad, porque aunque el ciudadano medio no pueda

---

[194] Así por ejemplo, JOBST señaló que la medida de la exigibilidad debía ser el "sano sentimiento del pueblo", que correspondía a "la concepción heroica del hombre ario-nórdico". SAUERLANDT, por su parte, consideró como medida de la exigibilidad "el ciudadano, tal y como *debe* ser: el partidario de la comunidad jurídica, en este sentido, el ciudadano cumplidor (leal) con la ley" (cit. en FRELLESEN, 1980:55).

[195] Es más, SCHAFFSTEIN reconoce y acepta el papel de la inexigibilidad en la delimitación de la tipicidad y antijuricidad en la omisión (1933:17).

[196] "De ninguna manera es evidente que el Estado parte, en la elaboración de la norma, de que el destinatario o mejor el 'destinatario medio' pueda cumplir con ella. (...) ¿Por qué no puede ser posible y necesario un sacrificio del autor en aras del interés de la comunidad, aun cuando bajo las concretas circunstancias no se pueda motivar al ciudadano medio?". (1933:40-41)

determinarse por la norma, debe analizarse si no existen suficientes razones (preventivo-generales) de peso que exijan la imposición de una pena[197].

Para finalizar, más allá de los argumentos dogmáticos, sitúa SCHAFFSTEIN en primer plano la cuestión de la estrecha relación entre la inexigibilidad y la concepción sobre la relación entre Estado e individuo de la que se parte, para reprochar al pensamiento de la exigibilidad el ser un producto del liberalismo y del socialismo y con ello una forma de expresión del espíritu individualista de la época (1933:62-70). A ello contrapone este autor una determinada concepción del estado:

> En contra de la concepción individualista del Estado, en sus liberales y socialistas variantes, nosotros nos pronunciamos a favor de una concepción conservadora del Estado. El Estado es en sí mismo el valor inmediato y superior. No esta ahí para perseguir el bienestar de sus ciudadanos, sino al contrario, el bienestar de sus ciudadanos sólo es para él un interés mediato, en tanto y en cuanto sirva a su propio desarrollo vital. La concepción del Estado es también decisiva para el posicionamiento sobre la doctrina de la exigibilidad y sus presupuestos político-criminales y metodológicos (1933:69)

Esta concepción del Estado lleva inevitablemente a acentuar de tal manera la subordinación de la persona en interés del Estado que no puede extrañar que con ello el principio de inexigibilidad pierda las bases que lo sustentan; que, tal y como vimos en el capítulo anterior, tienen que ver con el reconocimiento de la separación entre Estado y persona. En resumen, la exhacerbación de los intereses preventivo-generales y de las exigencias del principio de la seguridad jurídica[198], llevan a rechazar enérgicamente el papel de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación, porque no se puede "pasar por alto la necesidad del sacrificio del individuo en aras de la prevención general" (SCHAFFSTEIN, 1933:81)[199]. Por ello, como señala ACHENBACH (1974:161-162), la

---

[197] Argumentos preventivo-generales que se basan, según SCHAFFSTEIN, en la "debilitación del Derecho" o la "relativización", que se derivaría de aceptar el pensamiento de la inexigibilidad como causa de exculpación supralegal, lo cual llevaría a la sociedad, finalmente, a la anarquía (1933:42-46); pues "la doctrina de la exigibilidad invierte la verdadera relación: en vez de servir el ordenamiento jurídico de guía del comportamiento medio, es él mismo dirigido por el comportamiento medio" (1933:46).

[198] Pero como dice expresamente SCHAFFSTEIN, seguridad jurídica "no tanto en interés del delincuente como en interés del Estado" (1933:82). Expresamente en estos dos argumentos se apoya también DROST (1933:181) para rechazar el papel de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación.

[199] Consideraciones semejantes lleva a cabo MAURACH en su *Kritik der Notstandlehre* (1935). En esta obra alude a que es preferible el castigo del ciudadano medio, aunque debido a la situación excepcional la prohibición penal no pueda desplegar completamente su eficacia, que "romper el dique que la ley levanta contra las aspiraciones desenfrenadas de miles, a través del reconocimiento de la ineficacia psíquica de la ley en un caso particular". De lo contrario, el comportamiento del hombre medio tomaría el papel de la ley. En contra de ello, MAURACH se pronuncia por una "rigidez general de las exigencias a la comunidad", que son precisamente las que tienen por misión conformar el comportamiento del hombre medio (y no al revés).

victoria final que en la doctrina obtuvo la negación de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación se debió, más que a la fuerza científica de sus argumentos, a que la doctrina que quería conceder al particular un ámbito de debilidad humana perdonable por encima de las exigencias del Estado, no era compatible con la disposición total del ciudadano en favor del Estado nacional-socialista que este régimen propugnaba[200].

Como resultado de todo ello, tal y como remarca HENKEL (1954:258) el pensamiento de la inexigibilidad quedó reducido a ser considerado la *ratio legis* de las causas de exculpación *legalmente reconocidas* y a, en palabras de MEZGER que el propio HENKEL recoge, desempeñar un papel "en consideraciones individuales aquí y allá". Significativo es, pues, que todo el movimiento contrario al pensamiento de la inexigibilidad no logró desterrarlo completamente ni de la doctrina ni de la jurisprudencia penal, ya que su principal objetivo fue impedir ante todo su utilización como fundamento de una causa de exculpación supralegal, y su delimitación a partir de un criterio individual o subjetivo.

Desplazado con ello el principio de inexigibilidad a otro nivel de la dogmática penal, la tarea de ésta debía consistir en analizar qué función y qué alcance debía reconocérsele a este principio. La respuesta a este interrogante fue el influyente artículo de HENKEL (1954): *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip* (Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo).

4.2. El principio de inexigibilidad tras HENKEL.

El pensamiento de HENKEL puede decirse que marca un antes y un después en la doctrina sobre el principio de inexigibilidad, porque, como él mismo manifiesta, su

---

Sobre la relación entre las exigencias de la prevención general y especial es claro: "La modesta ganancia que, con la negación de la pena debido a la falta de necesidad preventivo especial se daría, no estaría de ningún modo en proporción con los daños que se causarían debido a la retirada de la coacción penal ante el quebrantamiento del derecho" (cit. recogidas en ACHENBACH, 1974:160-161).

[200] Alude también a la importancia de este factor HENKEL (1954:258). A ello se sumó el Tribunal Supremo alemán, que, tras algunas influyente decisiones (como la del *Leinenfänger*) que dieron pie a la construcción dogmática del principio de inexigibilidad, finalmente, en una sentencia de 1932, se pronuncia expresamente sobre la cuestión, negando la posibilidad de una causa supralegal de exculpación fundamentada en la inexigibilidad de otra conducta. Muy expresivo también de este estado de cosas son los cambios acontecidos en el pensamiento de MEZGER. Este autor, en las dos primeras ediciones de su manual, se pronuncia por el reconocimiento de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación (1933:370: "El pensamiento penal es en última medida siempre un pensamiento individualizador"), aun manifestando la necesidad de prudencia en el ámbito de los delitos dolosos (1933:373). Sin embargo, posteriormente (tercera ed. de su *Lehrbuch* -1949- y en su *Grundniss* -1943-) modifica su opinión negando el reconocimiento de tal causa de exculpación supralegal en el ámbito de los delitos dolosos.

pretensión es extraer este principio del reducto en el cual, desde la concepción normativa de la culpabilidad, había sido tradicionalmente recluido (la culpabilidad), ya que "esa localización obstruye el adecuado entendimiento del concepto de exigibilidad, y (...) ha provocado, por un lado un menosprecio de su ámbito de aplicación, pero por otro lado una sobrevaloración de su función" (1954:250).

Con este fin, comienza este autor subrayando el hecho de que nos encontramos ante unos conceptos (exigibilidad e inexigibilidad) que también desempeñan un papel en otras partes del ordenamiento jurídico (1954:260). HENKEL utiliza aquí ejemplos extraídos del derecho civil, en donde el principio de inexigibilidad se ha utilizado para atenuar la rigidez del principio "pacta sunt servanda", e incluso es utilizado por el legislador cuando éste es consciente de la imposibilidad de delimitar completamente una situación jurídica, por lo que deja la solución justa en manos del juez. También cita ejemplos propios del derecho procesal penal, en donde este principio atenúa la rigidez de la obligación de personarse en un juicio; del derecho administrativo, en el que la doctrina y la jurisprudencia alemana, a la hora de decidir qué actuaciones estatales contra la propiedad privada debían ser indemnizadas, recurren al criterio de inexigibilidad (lo decisivo es si es "exigible económicamente" al ciudadano soportar la actuación administrativa). Y finalmente, también del derecho internacional, donde en el ámbito de los tratados internacionales se ha utilizado el pensamiento de la exigibilidad para concretar la cláusula *rebus sic stantibus* (1954:261-267).

Tras ello concluye que el concepto de exigibilidad constituye un principio que interviene en todo el ordenamiento jurídico, y cuya función y significado es el siguiente: constituye una apelación a los órganos que han de decidir un caso concreto para que tengan en cuenta las concretas circunstancias individuales del mismo. En otras palabras, en todos aquellos casos en los que la determinación del alcance de las obligaciones no puede determinarse a través de una regla general o abstracta, sino que sea necesario contemplar la singularidad del caso en cuestión, el ordenamiento jurídico, mediante los conceptos de exigibilidad o inexigibilidad, pone a disposición de los órganos decisorios un principio regulativo que les permite ajustar la abstracción legal al caso concreto. No proporciona, pues, la decisión del caso, pero sí el camino para ella (1954:267-268). De todo ello se sigue que este principio ha de desempeñar también el mismo papel en el derecho penal y por tanto

> el principio no está de ningún modo, tal y como falsamente permite suponer la discusión sobre una causa de exculpación general supralegal, limitado a la doctrina de la culpabilidad o allí posee su núcleo, sino que entra en

> consideración en todo el ámbito de contemplación penal, y por tanto también en la doctrina del tipo y la antijuricidad (1954:268).

A partir de aquí, HENKEL analiza las manifestaciones del principio de inexigibilidad que se pueden encontrar en las diversas figuras delictivas (delitos de acción y omisión -propia e impropia-, dolosos e imprudentes), poniendo de manifiesto que en todas ellas debe reconocerse el carácter multifuncional del principio de inexigibilidad, que con ello puede desempeñar un papel en el juicio sobre la tipicidad, la justificación y/o la culpabilidad de la conducta (1954:268-289). Este papel es particularmente importante en los delitos de omisión (tanto propia como impropia) y en los imprudentes, pues en ambos el principio de inexigibilidad es decisivo ya en la consideración de la conducta como típica o atípica[201].

No obstante, y esto ha de subrayarse, la revitalización que el pensamiento de HENKEL supuso para el principio de inexigibilidad, tuvo lugar a un precio: su catalogación como un *principio regulativo*. Esto es lo que explica que, aunque HENKEL defienda en la parte final de su trabajo la posibilidad de causas supralegales de exculpación, tal y como consecuentemente debe desprenderse de los fundamentos de la culpabilidad normativa, niegue sin embargo que el principio de inexigibilidad pueda desempeñar ese papel en la teoría del delito, debido precisamente a su consideración como un mero principio regulativo (1954:295-301). Esta clase de principios, a diferencia de los que este autor denomina *principios normativos*, son valorativamente neutros y no pueden aportar la decisión de un caso, sino que tienen una función mucho más modesta: *sólo pueden regular lo previo*[202], porque sólo contienen

> ... una orden de regreso, en concreto un retorno al fenómeno concreto de la experiencia a partir del cual la norma decisoria debe desarrollarse (...) La utilización del principio regulativo por el juez no es así aplicación de la norma, ni hallazgo del veredicto a través de la subsunción a partir de una decisión de un tribunal superior, sino creación de la norma mediante la utilización de un concepto que no le proporciona al juez ningún contenido decisorio, sino que

[201] En los delitos de omisión, la exigibilidad es decisiva ya para determinar el ámbito de la propia obligación de ayuda, y por tanto de la tipicidad de la conducta (omisión propia) y también para determinar hasta dónde puede llegar la obligación de evitar el resultado (omisión impropia) (1954:276-281). En los delitos imprudentes este principio desempeña también una importante función en la tipicidad de la conducta, en concreto en el examen sobre la observancia de las medidas de cuidado exigibles objetivamente (1954:281-289). Cabe destacar que ya DROST (1933) había subrayado el diverso papel de la inexigibilidad en la teoría del delito, utilizándolo como argumento en contra de su admisión como causa supralegal de exculpación en los delitos dolosos.

[202] Por ello HENKEL defiende que el fundamento del estado de necesidad exculpante no es la inexigibilidad de otra conducta, sino la consideración del efecto insuperable del instinto de conservación (1954:291 y ss.). El principio de inexigibilidad entra en consideración posteriormente, a la hora de regular y delimitar este fundamento dado.

> sólo le avisa de que debe ser él mismo quien, por medio de un elemento regulativo, determine las nebulosas fronteras de los derechos y las obligaciones. (1954:303)

Por esta razón, se puede decir que HENKEL "dio el tiro de gracia a la inexigibilidad", porque aunque contribuyó a su expansión, ello se logró a costa de su degradación a la categoría de principio regulativo, esto es, en definitiva, a la categoría de ser algo a tener en cuenta pero que no puede decidir nada: la inexigibilidad es sólo un principio regulativo, que no puede conducir a la solución material de los casos, porque no contiene un juicio de valor material (no es un principio normativo), sino que sólo regula "lo previo" (las consideraciones normativas)[203].

No es por ello de extrañar que, partiendo de las tesis de HENKEL, en la doctrina alemana se haya llegado a negar modernamente incluso uno de los pocos reductos que le quedaban al principio de inexigibilidad, esto es, el ser la *ratio legis* o fundamento de las causas de exculpación contenidas en el código penal (en concreto, según la doctrina mayoritaria, el parágrafo 35 -estado de necesidad exculpante- y el 33 -exceso exculpable en la legítima defensa-):

> ...suele entenderse que las causas de exculpación pueden reconducirse en su totalidad al principio de **inexigibilidad de un comportamiento ajustado a la norma.** Con ello no se dice, sin duda, nada incorrecto, pero tampoco se obtiene ninguna fundamentación material, puesto que la exigibilidad y la inexigibilidad únicamente constituyen "principios regulativos" que no indican el contenido de la decisión, sino sólo el camino que conduce a la misma [con cita de HENKEL] (...) No hay que resignarse a un principio tan indeterminado en cuanto a su contenido... (JESCHECK, 1981:655-656)[204]

Como resultado final de todo este proceso, en la doctrina alemana actual se considera en general que el principio de inexigibilidad se limita a desempeñar un papel, fundamentalmente, en los delitos omisivos e imprudentes, como límite inmanente a las

---

[203] BERNSMANN (1989:186, not. 62) destaca que las tesis de HENKEL fueron el tiro de gracia contra la doctrina de la causa supralegal de exculpación basada en la inexigibilidad; lo cual quizás pueda explicar la amplia aceptación que ha tenido el pensamiento de HENKEL en la doctrina penal alemana: el rechazo que la doctrina de la exigibilidad tuvo en la época anterior a la segunda guerra mundial dependió más bien de una determinada concepción política sobre el Estado, y sólo con HENKEL se pudo llegar a la misma conclusión por medio de auténticos argumentos dogmáticos.

[204] En el mismo sentido LENCKNER (1997:516 -Vor §32/110-), quien tras señalar la opinión de los que consideran que el principio que fundamenta las causas de exculpación es el de inexigibilidad escribe que "con ello, el verdadero fundamento de la disculpa permanece sin embargo oculto, porque el concepto de 'inexigibilidad', utilizable en muy diversos ámbitos y presente también en otras partes del ordenamiento, no se refiere a nada más que a un 'principio regulativo' [con cita de HENKEL], que como tal no contiene todavía ninguna declaración sobre el contenido".

exigencias normativas que estos delitos plantean[205], pero tanto su posible consideración como causa supralegal de exculpación[206], como su papel como elemento normativo de la culpabilidad, e incluso su función fundamentadora de las causas de exculpación supralegal, no han podido resistir las críticas centradas, primero, en la inseguridad jurídica inherente a este principio, y segundo, en su consideración como un mero principio regulativo[207]. Lo mismo puede predicarse, como veremos, de la controversia sobre el papel que el principio de inexigibilidad puede desempeñar en la discusión sobre la justificación o exculpación de una conducta.

Una vez explicado el desarrollo histórico del principio de inexigibilidad y el pensamiento de HENKEL parece claro que, si intentamos aplicar las tesis de este autor al problema sobre el papel que puede desempeñar este principio en la discusión sobre la justificación o la exculpación de la conducta, tenemos ya, aparentemente, una clara respuesta al respecto: la inexigibilidad no puede tener ningún papel en esta discusión, sino que son los principios tradicionales que aquí entran en consideración (en resumidas cuentas, el principio del interés preponderante) los que deben solucionar este tema, quedando de este modo relegada la cuestión sobre la inexigibilidad a un papel secundario, esto es, meramente regulativo.

Comparte claramente este punto de vista ROXIN, precisamente en su contribución al libro en homenaje a HENKEL (1974: *"Culpabilidad" y "Responsabilidad" como categorías sistemáticas del derecho penal*). En este artículo ROXIN se pregunta cuál es el contenido material que fundamenta el reproche de culpabilidad, señalando que en los años veinte las

---

[205] Vid. por todos LENCKNER (1997:522-523 -Vor §32/125-126-) y STREE (1997:187 -Vor §13/155-).

[206] Cabe remarcar que, aún después de HENKEL, hubo algún intento aislado de defender la posibilidad de una causa supralegal de exculpación basada en la inexigilidad de otra conducta. A ello se refieren los artículos de WITTIG (1969) y LÜCKE (1975), que intentan derivar tal posibilidad de una interpretación constitucional del principio de culpabilidad (WITTIG) y de la consideración, apoyada en una argumentación propia de la teoría del derecho, de que el derecho penal contiene, en cuanto al tema de la exculpación de la conducta, una laguna legal que el principio de inexigibilidad puede llenar (LÜCKE). A ello añade este último autor una argumentación político-jurídica: la utilización del principio de inexigibilidad como causa supralegal de exculpación viene incluso exigida por el principio del estado de derecho, que entre sus elementos contiene el valor de la justicia. Es precisamente la adaptación de la realidad al caso concreto lo que el principio de inexigibilidad posibilita, con lo que se manifiesta su conexión inexcusable con la idea de justicia (1975:58). Contra ambos intentos se pronunció ya en el mismo año ACHENBACH (1975), que aunque acepta matizadamente la posibilidad de una causa supralegal de exculpación, niega a la inexigibilidad la posibilidad de fundamentarla debido, de nuevo, a su indeterminación (1975:494, con cita de HENKEL). Por ello puede decirse que el intento de recuperar el pensamiento de la inexigibilidad no tuvo prácticamente ninguna repercusión en la doctrina penal (vid. FRELLESEN, 1980:27, not.21; y ROXIN, 1994:856-857).

[207] Como escribe MAIWALD (1993:475-476) a la pérdida total de importancia que ha sufrido el principio de inexigibilidad en la doctrina penal contribuyó decisivamente la concepción de HENKEL sobre este principio, pues al señalar su carácter regulativo y valorativamente vacio facilitó que la dogmática penal no se sintiera ya obligada a llenarlo de contenido con valoraciones materiales.

obras de FREUDENTHAL y GOLDSCHMIDT otorgaron a la exigibilidad este papel. Sin embargo esta concepción es rechazada por ROXIN aludiendo a que

> HEINRICH HENKEL, el homenajeado, ha demostrado irrefutablemente - según creo- que la exigibilidad no es un concepto normativo sino un principio regulativo (...) En efecto: la "exigibilidad" es una cláusula totalmente vacía de contenido, y ya sólo por ello no puede ser el fundamento de la atribución de la culpabilidad (1974:173, vid. también pág.191).

Más adelante, tras aceptar el papel de la exigibilidad como principio regulativo añade este autor que, precisamente debido a este carácter, "la vacía cláusula de *exigibilidad debe por ello rellenarse con las reglas que fundamentan la respectiva categoría del delito*" (1974:184, énfasis añadido).

En nuestra doctrina parece compartir este pensamiento DIEZ RIPOLLES (1989:114, énfasis añadido), quien, para negar que los diferentes supuestos de justificación del aborto (indicaciones) puedan fundamentarse en el principio de la inexigibilidad, alude a que

> En mi opinión, la conocida tesis de HENKEL sobre la inexigibilidad como principio regulatorio general presente en muy diversas categorías del concepto jurídico de delito (...), en cualquier caso no puede llevarse tan lejos como para dar pie a una causa de justificación estructurada de modo exclusivo o fundamental en torno a ella. *A lo más, tal principio regulativo, cuando se utilice al margen de la culpabilidad, podrá establecer límites, que no fundamentación, a los tipos de injusto o a las causas de justificación...* (vid. también págs. 127-128, 136, 146-147)

En definitiva, nos encontramos aquí ya con una respuesta al problema del rol de la inexigibilidad en la discusión sobre la justificación de una conducta: este principio no puede desempeñar ningún papel en ella, porque *es un principio regulativo que como tal se limita a regular un fundamento previamente dado*, que en este caso sería el principio del interés preponderante, señalado por la doctrina mayoritaria como el fundamento de las causas de justificación. Por tanto, de ello se deduciría que las eximentes fundamentadas en el principio de inexigibilidad, como el miedo insuperable, no podrían pertenecer a la antijuricidad, por no ajustarse a la lógica de la preponderancia de intereses; ya que si entre tales intereses no se deja participar al principio de inexigibilidad (que no podría fundamentar ya la prevalencia de intereses, sino todo lo más *regular la prevalencia ya determinada*) decae el principal argumento a favor de la justificación de la conducta.

Con ello se elude además la principal crítica expuesta anteriormente en contra de la reclusión de las eximentes fundadas en la inexigibilidad, como el miedo insuperable, en el ámbito de la culpabilidad. Esta crítica se basaba en la contradicción que parecía suponer el hecho de que, por un lado la doctrina penal marginara el principio de inexigibilidad del ámbito de la justificación, cuando por el otro se veía obligada a reconocer su papel en la fundamentación de las indicaciones ética y eugenésica del aborto, consideradas mayoritariamente como causas de justificación. Tal contradicción, ciertamente, no se daría si, tal y como llevan a cabo DIEZ RIPOLLES o LAURENZO (vid. *supra* not. 157) se rechaza el papel del principio de inexigibilidad en la fundamentación de las causas de justificación, y en concreto, en el aborto.

Sin embargo, esta respuesta al dilema representado por el papel del principio inexigibilidad en la categoría de la antijuricidad no es, a mi entender, convincente, porque la premisa de la que parte (esto es, la inexigibilidad es un mero principio regulador) no parece ser, en los términos en que es empleada por la doctrina penal, correcta.

Ciertamente, no parece discutible la afirmación de HENKEL referente a que el principio de inexigibilidad tiene unos contornos difusos que impiden derivar de él una solución predeterminada e inmediata a cada caso, siendo además concretizable de muy diversa forma según la concepción del legislador o del intérprete. Sin embargo, tal y como el propio HENKEL destaca, esto no supone un demérito o crítica del principio de inexigibilidad, sino que más bien expresa su propia identidad como principio, por lo que sólo puede perturbar a los que esperan de él una solución inmediata de cada caso.

Donde el pensamiento de HENKEL se torna criticable es en su diferenciación entre principios normativos y principios regulativos; donde los primeros, a diferencia de los segundos, sí contienen directamente la solución al caso concreto al tener un contenido valorativo en sí mismo. De hecho, ya en los propios ejemplos que este autor presenta de principios normativos se puede intuir que esta diferenciación no es del todo exacta. Así, HENKEL se refiere a que el principio de las "buenas costumbres" debe considerarse un principio normativo, sin que se alcance a comprender qué puede diferenciar a este principio del de inexigibilidad, por lo menos en cuanto a la determinación o indeterminación de la solución de un caso concreto[208].

[208] De hecho, ya HENKEL (1954:303) parece darse cuenta de ello y manifiesta que la indeterminación del contenido valorativo que el principio de las "buenas costumbres" presenta, indica que nos hallamos ya en el "tránsito" hacia la otra categoría de principios, esto es, los regulativos. MAIWALD (1993:480-481) alude

A mi entender, esta diferenciación entre principios normativos y regulativos y la consiguiente asignación al principio de inexigibilidad de un carácter meramente regulativo es cuestionable, porque, en primer lugar, si ello significa que este principio no tiene absolutamente ningún contenido valorativo (*völlig Wertfrei,* HENKEL, 1954:303), tal afirmación no parece tener en cuenta que el principio de inexigibilidad, como todo principio jurídico, tiene un cierto contenido material o valorativo. En nuestro caso, según creo, el contenido de valor del principio de inexigibilidad reside en la idea de que las exigencias impuestas por las normas legales no pueden ser ilimitadas. Ciertamente, este contenido material es todavía demasiado indeterminado como para poder constituir una ágil herramienta en poder del jurista, pero tal indeterminación es, de hecho, inherente a la naturaleza de todo principio jurídico. De la misma manera, el hecho de que el principio de igualdad indique que situaciones iguales deben recibir el mismo trato jurídico, deja aún un muy amplio margen de maniobra al aplicador e intérprete del derecho en la determinación de las condiciones de aplicación de este principio, pero ello no determina que este principio tenga o no un carácter meramente regulativo o, por contra, normativo.

Y en segundo lugar, si la diferencia entre ambos tipos de principios radica en que unos (los normativos) contienen una pauta o medida para el enjuiciamiento, mientras que otros (los regulativos) no le ofrecen al juez "ningún contenido decisorio"(HENKEL, 1954:303), constituyendo, pues, una especie de "cheque en blanco" en sus manos, esta diferencia no tiene en cuenta algo que, según he señalado, parece consustancial *a todo principio jurídico*: su indeterminación[209]. Por tanto, a mi entender, no es posible establecer una diferencia tan marcada entre las diversas clases de principios como la que defiende HENKEL, porque la naturaleza de estos enunciados jurídicos en realidad no parece diferir respecto a la cuestión relativa a su papel en la decisión jurídica[210].

---

precisamente a este punto cuando destaca que los ejemplos utilizados por HENKEL oscurecen la diferenciación entre principios que él mantiene.

[209] Vid. por ejemplo, ATIENZA/RUIZ MANERO (1996:8-9): "los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia con las reglas (...). La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas."

[210] De hecho, HENKEL, en un escrito posterior (1958:35-37) parece matizar la diferencia entre ambas clases de principios, admitiendo que cláusulas genéricas como los principios de las buenas costumbre o la exigibilidad, se diferencian de los que denomina "conceptos necesitados de complementación valorativa"

Debe subrayarse que la indeterminación de un principio no sólo deriva de su vaga o flexible formulación, sino también de su lógica aplicativa. Como ha defendido DWORKIN, un ordenamiento jurídico no se compone únicamente de normas, sino también de principios; y la diferencia fundamental entre ambos tipos de reglas jurídicas radica en que, mientras las normas son aplicables "a la manera de disyuntivas"[211], un principio

> Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular. [porque...] Puede haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria (...). Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido. (...)
>
> Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: *la dimensión de peso o importancia.* Cuando los principios se interfieren (...) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. (DWORKIN, 1984:76-78, énfasis añadido)[212]

En resumen: un principio, aunque efectivamente puede decidir un caso concreto, no puede impedir que otra serie de principios desempeñen también un papel en la búsqueda de la decisión jurídicamente correcta; por lo que su carácter indeterminado no se limita a su formulación sino también a su papel en la decisión jurídica. Este rasgo de los principios es común para todos, sin que parezca posible una diferenciación como la que realiza HENKEL entre unos, meramente regulativos, y otros con fuerza normativa. Como bien

---

(como p.ej. "abusos desonestos", "maltrato", "injuria"...) en el hecho de que la función regulativa de éstos queda normalmente encubierta, siendo sin embargo visible (franca) en los primeros. Por tanto, ambos tipos de enunciados jurídicos indeterminados no se diferencian en cuanto a su carácter regulativo (pues ambos necesitan de la remisión a un orden valorativo previo para derivar su contenido), sino meramente en cuanto a la visibilidad o encubrimiento de tal papel.

[211] "Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión (...) Si la exigencia de los tres testigos [para la validez de un testamento] es una norma jurídica válida, entonces no puede ser válido un testamento que haya sido firmado solamente por dos testigos." (DWORKIN, 1984:75)

[212] "Las normas no tienen esta dimensión (...) una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso. Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la más especial o algo similar." (1984:78)

Universitat de Girona
Biblioteca

dice MAIWALD (1993:480-481), el motivo de la diferenciación que HENKEL realiza puede estribar en la intervención tan dispar y variada del principio de inexigibilidad en la teoría del delito; pero esto, añade este autor, "no es una cuestión de diferenciación entre principios 'regulativos' y fórmulas 'normativas', como HENKEL lo ve, sino es un tema de la transformación del contenido del concepto"[213].

Todo ello se pone de manifiesto si comparamos el principio de inexigibilidad con el principio propio de la justificación de la conducta, esto es, el principio del interés preponderante. De tal comparación se desprende claramente que ambos principios son igualmente indeterminados, sin que pueda hablarse de que uno es más o menos regulativo, más o menos normativo; ambos se limitan a aportar razones para una determinada argumentación, pudiendo ser vencidos o apartados por el peso de otros principios[214]. En este sentido son especialmente claras las palabras con las que LENCKNER concluye su estudio sobre el principio del interés preponderante como principio propio de la justificación de una conducta:

> Así, queda el principio de la ponderación de intereses como un fundamento extraordinariamente indeciso de la justificación (...) que en definitiva sólo representa una máxima formal. (1985:313)[215]

Por esta razón, la tarea de la doctrina penal, respecto a ambos principios, debiera consistir en delimitar su contenido material, posibilitando con ello su más segura aplicación; una tarea que en Alemania, y por lo que respecta al principio de inexigibilidad, parece haber

---

[213] Vid. sobre este punto también FRELLESEN (1980:66, en especial not. 40).

[214] Así por ejemplo, el principio de inexigibilidad entra en conflicto a menudo con el principio de seguridad jurídica, y el principio del interés preponderante también se ve confrontado con otros principios, como pueden ser el principio de autonomía o dignidad de la persona (aunque, ciertamente, la extrema vaguedad de la alusión al "interés" preponderante posibilita que, de hecho, tal contraposición entre principios tenga lugar en el seno del propio principio del interés preponderante). Muy claramente puede observarse la dialéctica entre los principios en las teorías pluralistas sobre los principios de justificación (por ejemplo, ROXIN, 1994:496-500).

[215] O un *"formales Prinzip"* como se lee en el resumen del artículo. Es muy significativo el hecho de que tanto el artículo de HENKEL, sobre el principio de inexigibilidad, como el de LENCKNER, sobre el de ponderación de intereses, acaben prácticamente de la misma manera, esto es, aludiendo al peligro que representan los principios, por ser susceptibles de concretarse de muy diversa manera, pero resaltando las ventajas que para el derecho penal se derivan de contener fórmulas abiertas que posibiliten la adaptación del juicio penal a las nuevas situaciones y concepciones. Vid. también SCHMIDT (1929:374, 405), y modernamente MEIßNER (en BALDO, 1994:163 not. 365), quien destaca que el principio de la ponderación de intereses al carecer de contornos definidos posibilita una argumentación libre.

Universitat de Girona

sido abandonada por parte de la doctrina mayoritaria con la excusa proporcionada por la tesis de HENKEL sobre su carácter de fórmula vacía[216].

En definitiva, el principio de inexigibilidad no tiene menor "calidad" que los demás principios jurídicos penales; por lo que, partiendo de esta premisa, puede volver a plantearse su papel como criterio a tener en cuenta en la discusión sobre la justificación de una conducta. En otras palabras: no se pueden desterrar las razones que el principio de inexigibilidad contiene, como posibles razones para la justificación de una conducta, simplemente aludiendo a su carácter vacío o (pretendidamente) regulativo, porque ello, que forma parte de su propia esencia como principio, no lo diferencia en realidad del principio o principios que fundamentan la categoría de la justificación de la conducta[217].

Esta conclusión puede comprobarse si volvemos sobre el tema de la justificación de la conducta en el supuesto de las indicaciones ética y eugenésica en el aborto, que he utilizado

---

[216] Una excepción a ello representa el libro de FRELLESEN (1980), que ya en su introducción deja claro que "la ciencia y la práctica jurídica no pueden en derecho penal contentarse con la vacuidad del concepto de exigibilidad, sino que deben desarrollar criterios de enjuiciamiento de la exigibilidad..." (1980:13-14, vid. especialmente págs. 88-97). También LÜCKE (1975:58) se manifiesta a favor de la posible concreción del principio de inexigibilidad, para luego añadir que cuando a pesar de ello "permanece un factor de inseguridad, no es ello ninguna particularidad de la inexigibilidad, sino de todos los conceptos indeterminados e incluso determinados, sin que por ello deba considerarse su utilización contraria al estado de derecho". En nuestro país, subraya MAQUEDA (1991:32-33) que "cualquier pretensión de hacer avanzar hoy la discusión acerca de la exigibilidad, en la línea sugerida por HENKEL, esto es, como *principio general delimitator de deberes*, pasa por revindicar su remisión a un ámbito normativo para que sirva de referencia a la valoración judicial del caso concreto, o aún, a la valoración legislativa de ciertas materias. [not.: Se sigue, pues, la línea marcada por HENKEL pero con la matización importante que supone dar al principio de exigibilidad un *contenido normativo*, y no meramente regulador, operativo en los diversos momentos por los que atraviesa la teoría jurídica del delito e inspirador de mejores políticas legislativas futuras. (...)] Y ese ámbito normativo del que hacer partir decisiones de contenido acerca de la exigibilidad, podría ser el *constitucional*."

[217] De hecho, la equivalencia entre el principio de inexigibilidad y el del interés preponderante fue ya argüida por los primeros representantes de la teoría de la culpabilidad normativa como un argumento a favor de la posibilidad de una causa supralegal de exculpación basada en la inexigibilidad de otra conducta (vid. GOLDSCHMIDT, 1930:453: "el principio del motivo preponderante reconocido por el derecho [esto es, el de inexigibilidad] no es ni en lo más mínimo más indeterminable y más peligroso para la seguridad jurídica que el principio del interés preponderante para la colectividad"; y MEZGER, 1933:374). Cabe señalar que contra esta equiparación se pronunció ya MAURACH (vid. MAURACH/ZIPF, 1992:449), señalando que las diferencias entre el concepto de justificación (que fruto del principio de unidad del ordenamiento jurídico puede tomar en consideración todo el ordenamiento y no sólo las disposiciones penales) y el de culpabilidad (estrictamente penal), impedían tal argumentación ad exemplum. Al margen de la exactitud de la crítica de MAURACH sí debe dejarse constancia que ella no desvirtúa, antes bien, acepta el paralelismo de los principios. También critica este paralelismo ROXIN (1974:174) que se refiere a que el principio de "dañosidad social", como principio de la antijuricidad material, "es un criterio, a pesar de todos los problemas principalmente accesible, con contenido y con una verificación objetiva, por contra la exigibilidad es una fórmula vacía"; sin que se alcance a comprender la mayor concreción de un tal principio de dañosidad social respecto al de exigibilidad.

recurrentemente para intentar demostrar el rol de la inexigibilidad en la justificación de la conducta. A ello responde, como vimos, parte de la doctrina española (entre otros, DIEZ RIPOLLES, LAURENZO, vid. *supra* not. 157) que este principio no se encuentra tras la fundamentación de la justificación en estos supuestos, sino que tal fundamentación debe reconducirse a la lógica de la ponderación de intereses. Desde esta perspectiva, estos autores identifican una serie de intereses que, a su entender, llevan a la justificación de la conducta en estos casos.

Sin embargo, entre estos intereses, como puede apreciarse en la argumentación de los mismos autores, destaca, como no podía ser de otra manera, la idea de la libertad de la madre; libertad a la que, por diversas razones, se le concede en estas indicaciones un valor preponderante (o como mínimo equivalente, LAURENZO, 1990:248) sobre la vida del nasciturus[218]. Pues bien, a mi entender, son ciertamente consideraciones de inexigibilidad las que refuerzan el valor de la libertad de la madre en estos supuestos y contribuyen con ello a su preponderacia, pues no debe olvidarse que el principio de inexigibilidad tiene como finalidad última (como vimos en el capítulo anterior) la protección de la libertad de las personas, imposibilitando que el Estado, en el ejercicio de su poder de definición de delitos, imponga unas obligaciones sólo al alcance de heroínas o santas. En otras palabras, si en estos supuestos la libertad de la madre tiene un valor preponderante sobre la vida del nasciturus es, a mi entender, en parte debido a que se considera que, por las concretas circunstancias del embarazo en las indicaciones ética y eugenésica, la imposición de la maternidad atentaría de forma relevante a su libertad, al implicar una exigencia demasiado gravosa[219].

---

[218] Vid. DIEZ RIPOLLES (1989:147, sobre la indicación ética). Sobre la indicación eugenésica vid. págs. 126 y ss., en donde la argumentación de este autor se torna algo confusa, pues, partiendo de que el fundamento de esta indicación es el interés de la sociedad en asegurar a todos sus futuros ciudadanos unas mínimas garantías de bienestar (por ello el autor reconoce que se trata de "una situación cercana a la de la eutanasia, pero con una peculiaridad: En este caso (...) es la sociedad la que decide entre uno u otro de ambos intereses [el interés a existir y el consistente en el rechazo de una existencia carente de determinadas condiciones] que es este caso son sociales.", 1989:139), se ve, no obstante, obligado a reconocer el valor fundamental que en este supuesto, como en todos, juega el consentimiento de la madre (1989:142). La necesidad del consentimiento, a mi entender, pone de relieve la conexión entre las indicaciones y la inexigibilidad (pues este principio impide que el Estado demande lo inexigible, pero lógicamente deja la última decisión en la persona, que puede, si así lo quiere, comportarse como una heroína o una santa), siendo sin embargo difícil de explicar desde la perspectiva defendida por este autor. Vid. también LAURENZO (1990:128-137), en donde queda más clara la vinculación última de las indicaciones con la libertad de la madre.

[219] En este sentido, aunque la autora manifieste páginas anteriores lo contrario, vid. LAURENZO (1990:137), en donde puede observarse claramente la conexión de la libertad con la idea de exigibilidad, cuando, con respecto a la indicación eugenésica, indica esta autora que el legislador concede aquí mayor atención al bien jurídico libertad de la mujer "porque se trata de un supuesto donde la libertad se ve

Por todo ello, a mi entender, como bien subraya LUZON "ponderación de intereses e inexigibilidad están estrechamente relacionadas" (1996:623, y específicamente sobre el tema de las indicaciones en el aborto:1988:652). Ahora bien, si lo hasta aquí defendido se acepta y se cuestiona por tanto el refinado argumento que la doctrina penal ha elaborado para impedir la permeabilidad de la antijuricidad a las consideraciones de inexigibilidad (su pretendido carácter regulativo), surge el problema de determinar por qué la inexigibilidad desempeña en ocasiones un papel en la justificación de la conducta y en otras, sin embargo, se la recluye en la culpabilidad.

4.3. El papel del principio de inexigibilidad en las categorías de la antijuricidad y culpabilidad.

Cuestionada la consideración del principio de inexigibilidad como un mero principio regulativo incapaz de fundamentar materialmente la exención de pena, deben buscarse las razones que llevan a la eximente de miedo insuperable a la culpabilidad, aun cuando se admita que el principio de inexigibilidad pueda estar también presente en la justificación de una conducta.

Estas razones se encuentran, según la doctrina penal mayoritaria, tal como vimos, en la diferenciación del parámetro de concreción de la inexigibilidad: cuando ésta se remita a un baremo genérico u objetivo (como el habitualmente empleado del "hombre medio"), estaremos ante una manifestación del principio de inexigibilidad en el ámbito de la antijuricidad; mientras que cuando la medida de comparación sea individual o subjetiva (lo que requiere la toma en consideración de las concretas características y cualidades del autor), corresponderá al juicio de inexigibilidad propio de la categoría de la culpabilidad. Este parece ser el camino ensayado por la doctrina penal para afrontar el problema del carácter multifuncional del principio de inexigibilidad.

Sin embargo, como he repetido, ello no parece ser consecuentemente aplicado por la doctrina mayoritaria, por lo que la diferenciación entre inexigibilidad objetiva y subjetiva, así entendida; esto es, como *variación del parámetro de concreción*, no parece servir para

---

especialmente afectada. La crianza de un hijo física o psíquicamente disminuido supone una carga superior que la de un hijo normal, tanto en lo que se refiere a los aspectos específicamente personales de la mujer, como en lo tocante a su mantenimiento económico.",

responder al dilema presentado por el papel del principio de inexigibilidad en la justificación de una conducta.

Ciertamente, el problema que plantea esta referencia a una *inexigibilidad objetivo-general* frente a una *inexigibilidad subjetivo-individual* es que es susceptible de varias interpretaciones; pero creo que ninguna de ellas consigue aclarar el diverso papel de la inexigibilidad en las diversas categorías penales. Descartada la posibilidad de que tal explicación pueda hallarse mediante la diferenciación del parámetro de concreción de la exigibilidad, en la doctrina penal pueden encontrarse, por lo menos, otros dos posibles sentidos de esta dualidad (inexigibilidad objetivo-general y subjetivo-individual).

El primero de ellos consistiría en interpretar la alusión a la inexigibilidad subjetiva como una inexigibilidad referida a una *concreta situación extrema*; mientras la inexigibilidad objetiva quedaría reservada para los supuestos en que ésta pudiera afirmarse sin necesidad de vincularla con una determinada situación. Desde esta perspectiva, la diferencia radicaría en la existencia de deberes, *prima facie* exigibles (p. ej. prohibido matar) y que sólo en determinadas circunstancias (p.ej. conflicto entre tal deber y la propia muerte) se tornan inexigibles (inexigibilidad subjetiva o individual, propia de la culpabilidad); frente a la existencia de deberes ya de por sí inexigibles en toda situación (inexigibilidad general u objetiva, perteneciente al injusto)[220].

Sin embargo, a mi entender, tampoco en este punto parece estar la clave que pueda explicar el diverso rol de la inexigibilidad en las categorías de la antijuricidad y culpabilidad, porque no creo plausible que este principio pueda desvincularse, en estas categorías, de la referencia a una determinada situación. Tal desvinculación sólo parecería posible en la categoría de la tipicidad penal, y en concreto respecto de la existencia de deberes que no fueran siquiera *prima facie* exigibles[221], que no podrían por ello integrar el supuesto de hecho de la prohibición (tipo) penal. Pero una vez traspasada la barrera de la

---

[220] Quizás pueda reconstruirse de esta manera las diferenciación que se encuentra en MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:407-408, énfasis añadido) entre inexigibilidad objetiva ("niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier persona"), y subjetiva ("que se refiere a *determinadas situaciones extremas* en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo..."). Vid. también BERNSMANN (1989:202), que diferencia una inexigibilidad "general-absoluta" y una "general-situativa".

[221] No sólo fácticamente (ej. obligatorio volar, prohibido respirar...), sino también quizás normativamente (ej. obligatorio entregarse a la policía tras la comisión de un crimen), por lo menos en una reconstrucción liberal del derecho penal.

tipicidad, el principio de inexigibilidad en derecho penal se plantea con referencia a una determinada situación, que pone en cuestión el deber impuesto por el tipo penal.

La segunda interpretación posible de la contraposición entre una inexigibilidad objetivo-general y una subjetivo-individual es la que parece defender, en nuestra doctrina, LUZON: la inexigibilidad general (propia de la antijuricidad) consiste en que la ley no quiere exigir, ni a terceros, ni a la persona que se encuentra en la situación concreta de inexigibilidad, el cumplimiento del deber (1988:652, 658); mientras que en la inexigibilidad individual, la exención es sólo personal y no alcanza a terceros (1988:660)[222]. En el *alcance personal o general de la exención de pena* por inexigibilidad parece, pues, radicar la diferencia.

Sin embargo, el problema que esta interpretación presenta es que, aunque se acepte tal planteamiento, éste parece ser más bien la (posible) consecuencia de la incardinación de la inexigibilidad en la antijuricidad o en la culpabilidad, pero no *el presupuesto o la razón* de ello. Es decir, si partimos de la base de que de la concreta regulación de las eximentes que acogen el pensamiento de la inexigibilidad, no parece deducible si la exención de pena afecta o no a terceros partícipes, tal conclusión parece entonces una deducción a partir de determinadas premisas valorativas que conducen a defender el alcance genérico o meramente individual de la exclusión de la pena. Tales premisas son, por tanto, lo decisivo, y lo que esta intrepretación no consigue aclarar, permaneciendo con ello todavía oscura la diferente incardinación de la inexigibilidad en una u otra categoría penal.

A mi entender, la explicación del papel que el principio de inexigibilidad desempeña en las categorías de la antijuricidad y culpabilidad, debe basarse, en primer lugar y como punto de partida, en la contraposición entre un enjuiciamiento imparcial de la situación y uno basado en la idea de parcialidad; y en segundo lugar, requiere diferenciar el diverso rol que este principio puede desempeñar en ambas categorías del delito.

---

[222] En 1995a:3552-3553, escribe LUZON que "si es inexigibilidad sólo individual por circunstancias particulares de un sujeto concreto, es una mera causa de *inculpabilidad* o de exculpación, pero que si se trata de inexigibilidad general, o sea que no se puede, no se quiere o no conviene exigir a nadie en ciertas circunstancias que se abstenga de cometer un hecho, ello excluye la *antijuridicidad*" (*idem* en 1996:568-569). Ciertamente, es dudoso a qué se refiere exactamente este autor con tal diferenciación (pues podría decirse que a "nadie" que se encuentra en situación de miedo insuperable le exige la ley que se abstenga de cometer un delito), por lo que lo más plausible es que tal referencia a la inexigibilidad individual o general radique en el efecto, *frente a terceros*, de la exención de pena por inexigibilidad.

4.3.1. La diferencia entre la valoración imparcial y la valoración parcial del conflicto.

Un *juicio imparcial de valoración* tiene lugar cuando los bienes o intereses en conflicto son valorados *con independencia de la implicación personal del autor en dicho conflicto*, y por lo tanto, sin que sea posible la apelación al mayor valor subjetivo que ciertos bienes tienen para el autor debido a que el conflicto afecta a *sus* propios bienes o intereses. En este sentido, es una valoración que puede denominarse objetiva o externa, es decir, que aunque se realice con criterios de diversa naturaleza, estos no se basan en la perspectiva personal de la persona implicada en el conflicto. Con otras palabras, la perspectiva o juicio impersonal es aquella que sostendríamos si estuviésemos mirando "desde fuera" una situación en la que no estuviéramos personalmente implicados (NAGEL, 1996:19), por lo que los criterios elaborados para su resolución no podrán basarse en particulares relaciones de especial vinculación del autor con los intereses en peligro. En este sentido, en un juicio imparcial, la idea de *quién* es el que ve sus bienes en peligro no se tiene en consideración (DANCY, 1993:139).

Por contra, un *juicio parcial de valoración* es aquél que toma como punto de partida, precisamente, la posición o perspectiva de la persona cuyos intereses se encuentran en peligro. La valoración parcial implica, por tanto, un enjuiciamiento "desde dentro" del conflicto; esto es, *poniéndonos en el lugar de la persona afectada por el peligro.*

En las situaciones de necesidad o peligro, que son el sustrato fáctico de las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable, el aspecto decisivo para proceder a la justificación o exculpación de la conducta radica, a mi entender, en esta diferencia entre el enjuiciamiento imparcial o parcial de la situación. La característica fundamental de ambas eximentes es que, a diferencia de lo que sucede respecto a la legítima defensa, las personas implicadas en el conflicto se encuentran en la misma posición frente al derecho, esto es, ambas tienen idéntica aspiración a la protección jurídica dispensada por el ordenamiento penal[223].

---

[223] Aspecto este frecuentemente destacado por la doctrina penal (vid. ya BINDING, 1885:760; y modernamente, entre otros, LUZON, 1996:620; y MIR, 1996:444-445: "en el estado de necesidad entran en conflicto sujetos que se hallan *en la misma posición frente al Derecho (...) a igualdad de legitimidad en las situaciones de los sujetos, lo que decide el conflicto es la importancia de los intereses en juego.* ¿Por qué uno de los sujetos habría de soportar una lesión más grave que la que amenaza al otro?"). Naturalmente, con ello se deja al margen aquí la situación del *estado de necesidad defensivo*, en la que los intereses en conflicto no merecen idéntica protección jurídica, por ser uno de ellos la fuente de peligro para el interés contrario. Por ello, la doctrina penal admite en estos supuestos un diferente resultado de la ponderación justificante (vid. LUZON, 1991:157; y BALDO, 1994:74 y ss., 170 y ss.).

Partiéndose de tal situación inicial de igualdad, la doctrina penal, para declarar justificada la concreta solución del conflicto de intereses, ha elaborado toda una serie de criterios de ponderación que pretenden determinar cuál de ellos puede preponderar en el caso concreto; criterios que, y esto es lo decisivo, *consisten en valoraciones efectuadas desde el ordenamiento y no desde la perspectiva de una de las partes del conflicto.* En este sentido, al ser valoraciones llevadas a cabo sin tener en cuenta la particular implicación del autor en el conflicto, pueden denominárselas imparciales u objetivas. Debe quedar claro que con ello no se quiere decir que ningún elemento subjetivo o referido al autor puede formar parte del juicio de antijuricidad, sino más limitadamente, que la particular implicación del autor en el conflicto no puede servir como base o criterio para su ponderación; ya que si ello fuera así el ordenamiento penal no estaría respetando la posición de igualdad de protección jurídica en que se encuentran ambas partes del conflicto.

Desde esta perspectiva, nuestra doctrina penal señala que la ponderación de intereses que se efectúa en la eximente de estado de necesidad "debe realizarse con un criterio objetivo, concretamente con arreglo a las valoraciones del Derecho" (CEREZO, 1997b:23)[224]; e independientemente, por tanto, del valor subjetivo que los implicados en el conflicto concedan a sus propios intereses[225]. En tal ponderación pueden intervenir también otras

---

[224] Vid. también LUZON (1996:630): "hay que *partir del valor que el Derecho penal otorga* a la protección de cada interés..."; MIR (1996:614); MORALES (1996:173).

[225] En la doctrina alemana se ha planteado que pueden existir supuestos en los que cuente el interés o valor subjetivo de alguna de las partes del conflicto, pero como remarca LENCKNER, "La cuestión no sólo reza respecto de qué intereses tiene efectivamente el individuo, sino también si y en qué medida le está permitido tenerlos. Con esto, el modo de consideración se individualiza en grado sumo, pero al mismo tiempo en forma estrictamente objetiva" (cit. en BUSTOS/HORMAZABAL, 1994:337). Respecto a este tema vid., entre otros, KÜHL (1994:276-277); ROXIN (1994:619); RENZIKOWSKI (1994a:63-64) y LENCKNER (1997:571 -§34/33-). Cabe destacar que la valoración subjetiva se alega en la doctrina alemana fundamentalmente *para negar la justificación de la conducta* cuando la víctima del estado de necesidad rechaza la acción salvadora (se suele aludir aquí al ejemplo de la madre que, a pesar de existir riesgo para su vida, se niega a la práctica de un aborto). Estos casos no afectarían, por tanto, a lo defendido en el texto, en el que se trata, repito, de tomar o no en cuenta la valoración subjetiva de los intereses en juego por parte de uno de los intervinientes en el conflicto *como base para justificar la conducta.* Vid, sin embargo, el ejemplo citado por ROXIN del estudiante que lesiona la propiedad ajena para salvar el trabajo final de una asignatura, en el que según este autor debe justificarse la conducta en atención al valor subjetivo que para el estudiante tiene tal trabajo, ya que una valoración objetiva sólo podría tener en cuenta su valor material (prácticamente nulo). A mi entender, en este caso no hace falta apelar al valor subjetivo del examen para justificar la conducta, ya que el ejemplo no parece tener el cuenta que el valor objetivo de tal trabajo puede ser mayor que su mero valor abstracto o material. Ello se demuestra si nos planteáramos el caso en el que el estudiante tuviese una copia de dicho trabajo (supuesto en el que, por mucho que él, subjetivamente, lo valorara, no cabría, a mi entender, la justificación de la conducta), o no la tuviese, y por tanto la destrucción del mismo le supusiera en realidad mayores quebrantos que la mera pérdida material de unos cuantos folios o de un diskett de ordenador.

consideraciones más vagas como ciertos principios jurídicos (dignidad de la persona, autonomía...)[226], pero lo que interesa destacar es que, como dijera SAUER, "objeto de la valoración no es la finalidad individual del autor, sino el fin general del hecho, la finalidad real, la tendencia general del comportamiento. El comportamiento debe interpretarse objetivamente..." (cit. en SCHMIDT, 1929:397)[227].

Pero cuando de lo que se trata no es de justificar la conducta, sino *meramente de exculpar un comportamiento antijurídico*, entonces el ordenamiento penal, a mi entender, debe tener en cuenta la perspectiva de la persona implicada en el conflicto, aceptando, naturalmente dentro de unos límites, la valoración parcial del mismo.

Esta diferencia entre justificación (valoración imparcial) y exculpación (valoración parcial) de la conducta podría recoger el núcleo que se encuentra tras la común afirmación de que la antijuricidad es la categoría del delito en la que tiene lugar la valoración objetiva de la conducta, mientras la culpabilidad es aquélla en la que se procede a su valoración subjetiva. Ello, ciertamente, no parece poder interpretarse en el sentido de que en la antijuricidad no pueden incluirse ningún tipo de consideraciones subjetivas o referidas al autor concreto, o que en la culpabilidad no quepa efectuar ningún juicio normativo establecido con pautas objetivas; sino que podría ser interpretado, más modestamente, en el sentido de que la antijuricidad es aquella categoría del delito en la que el ordenamiento jurídico trata a las personas con independencia de su implicación en el conflicto, esto es, sin tener en cuenta si son ellos mismos, o su familiares o allegados los que están en peligro, sino procurando establecer un orden normativo válido sea quien sea el concreto afectado. Esto es así porque *siendo la antijuricidad el sector del ordenamiento penal en el que se produce la valoración del conflicto o daño producido por una determinada conducta, una exigencia básica de igualdad determina que tal valoración se realice imparcialmente.*

---

[226] Así por ejemplo, el principio de dignidad de la persona podría ser utilizado para excluir *ab initio* de todo cálculo o ponderación justificante determinados bienes esenciales, como podría ser la vida de las personas (vid. CEREZO, 1997b:34 y ss.).

[227] SCHMIDT (1929:352) recoge también la opinión de MERKEL, según el cual detrás de lo que se denomina "estado de necesidad" se esconden dos perspectivas totalmente diferentes: "la coacción para lesionar puede decidirse tanto desde una perspectiva subjetiva como desde una objetiva. En primer lugar, puede fundamentarse en el significado subjetivo que para el autor tienen los intereses en conflicto, y la consiguiente limitación de su libertad de decisión. En segundo lugar, una tal coacción puede resolverse desde el valor objetivo de los intereses en peligro. Ese valor objetivo puede ser incluso suficiente para fundamentar una situación de coacción en la que el interés sea tan importante que su conservación se considere necesaria, y con ello indispensable la lesión del interés contrario".

El enjuiciamiento imparcial propio de la antijuricidad olvida sin embargo que, como vimos en el capítulo anterior, las personas no son meramente ciudadanos cuya vida pueda regularse con independencia de su realidad como individuos que persiguen unos fines propios. Por ello, un ordenamiento penal respetuoso de la diferencia entre ciudadano y persona tiene también que tener en cuenta que, al margen de los criterios objetivos que sirvan para decidir los conflictos entre los ciudadanos, no debe olvidarse que éstos, en determinadas ocasiones, no pueden abstraerse de su concreta personalidad en la valoración de los conflictos que le afectan, dando con ello mayor peso a sus propios intereses y a los de sus familiares o allegados.

En realidad, la principal dificultad con la que se ha enfrenta la existencia de situaciones en las que una persona valora parcialmente el conflicto es su reconocimento y aceptación por parte del ordenamiento penal. Pero si, tal y como fundamenté en el capítulo anterior, el derecho penal debe ser sensible a la existencia de este doble nivel de valoración, creo que la categoría de la culpabilidad es el ámbito adecuado para recoger estos casos de resolución parcial del conflicto; porque, ciertamente, el criterio dominante de resolución de conflictos debería ser aquel que emergiera desde la perspectiva o juicio imparcial (impersonal). Probablemente, es una exigencia de igual trato lo que obliga a que en el nivel más básico y fuerte de exención de pena (la justificación), la perspectiva impersonal sea su principio rector; ya que, como subraya STRATENWERTH (1956:44), "la norma fundamental del comportamiento entre personas es el mandato que obliga a respetar a cualquier otro como, en principio, jurídicamente igual". Con ello se deja para la categoría de la culpabilidad el análisis del punto de vista parcial o personal, *pues es cuando se causa un daño mayor cuando es necesario recurrir a la "magia" del pronombre "mío" para eludir la responsabilidad penal.* Como bien dice TORIO:

> La antijuricidad se halla animada por el criterio axiológico de que ha de tratarse lo igual como igual (...) sea cualquiera el sujeto que lo realice. Como ha sido indicado la antijuricidad equivale a una caracterización objetiva, impersonal, de ese comportamiento. (1985:287)
>
> ...la antijuricidad determina que la acción, *hecha abstracción del individuo que la realiza*, se encuentra impersonalmente en contraste con el orden jurídico, en la culpabilidad trata de enjuiciarse la conexión en que se encuentra la acción con el sujeto que la realiza. (1985:293, énfasis añadido)[228]

[228] Vid. BALDO (1994:38), según el cual las causas de justificación "solo se explican completamente partiendo del entendimiento de las mismas como reglas de resolución objetiva de conflictos de intereses...

En resumen: el doble nivel de valoración de los conflictos que emerge en nuestras sociedades a partir de la doble consideración de las personas como ciudadanos a los que el ordenamiento trata de inculcar la perspectiva impersonal y como individuos motivados por fuertes inclinaciones personales, puede articularse en derecho penal a través de la diferencia entre las categorías de la antijuricidad y culpabilidad; imponiéndose la perspectiva impersonal como nivel básico de la exención (justificación), y reconociéndose el punto de vista personal como posible fuente de la exculpación (inculpabilidad) de la conducta en determinadas circunstancias.

Todo ello llevaría, a mi entender, a situar la eximente de miedo insuperable en la categoría de la culpabilidad, porque el fundamento de esta eximente, situado en la idea de razonabilidad (o en su análoga de exigibilidad), implica, precisamente, tal y como defendí en el capítulo anterior, una apelación a consideraciones propias de la perspectiva personal del conflicto: la persona que obra en miedo insuperable está en definitiva dando mayor peso a unos determinados intereses porque éstos le pertenecen a él mismo o a personas por la que siente una especial vinculación. El núcleo de los principios de razonabilidad o exigibilidad radica en la idea de que para decidir un determinado conflicto de intereses se ha de tener en cuenta la perspectiva personal del afectado por el conflicto (esto es, se ha considerar que el conflicto le afecta a él mismo); y por esta razón las eximentes fundadas en este principio pertenecen, a mi entender, a la culpabilidad.

4.3.2. Cuándo y cómo desempeña un papel el principio de inexigibilidad en la categoría de la antijuricidad.

Naturalmente, esto plantea el problema de determinar el papel que las consideraciones de exigibilidad pueden desempeñar en el ámbito de la antijuricidad; esto es, *cuándo* y *cómo* se encuentra tal principio presente en esta categoría.

El *cuándo* viene determinado, a mi entender, por la propia naturaleza del principio de inexigibilidad: la base de este principio reside, según defendí en el capítulo anterior, en el valor que asigna, en la resolución de un conflicto de intereses, a la perspectiva de la persona implicada en él. De esta manera, *desempeñará un papel en la antijuricidad cuando*

[esto es] -que sea válida 'para todos' " (vid. también pág. 277: "las reglas de lo objetivamente justo/injusto deben regir por igual -principio de igualdad- para todos -*erga omnes*-").

sea necesario tener en cuenta, también en esta categoría, la perspectiva de la persona afectada por el conflicto[229].

Así, por ejemplo, en la legítima defensa consideraciones de inexigibilidad se encuentran presentes, según doctrina y jurisprudencia mayoritaria, en la configuración del requisito de la razonabilidad del medio defensivo; pues, para valorar la reacción defensiva, debe también tenerse en cuenta la perspectiva de la persona que se defiende de una agresión antijurídica[230]. Igualmente, en el estado de necesidad, por lo que respecta al requisito de la posibilidad de adoptar otras medidas antes que la lesión de bienes jurídicos ajenos, se admite aquí también el papel del principio de inexigibilidad. Ello es acorde con la idea de que para valorar la subsidiariedad de la acción en estado de necesidad debe tenerse en cuenta la concreta situación de la persona implicada en el conflicto[231].

---

[229] En este sentido, no creo que el núcleo del principio de inexigibilidad resida, según defendió HENKEL, en constituir una apelación a los órganos que han de decidir un caso concreto para que tengan en cuenta las concretas circunstancias individuales del mismo (1954:267-268, 303). Esto es cierto, pero ello es una característica común de todo principio o concepto normativo (desde esta perspectiva, señaló SCHMIDT -1929:374- que el principio de colisión de intereses "no nos proporciona una rígida y esquemática formulación jurídica que reclama del juez una aplicación como si fuera un artículo cualquiera de la ley. Más bien, significa una línea de argumentación, que le proporciona al juez el camino cuando debe hallar la decisión a través de la idea de justicia subyacente a la cultura del tiempo..."). A mi entender, la característica privativa del principio de inexigibilidad es el valor que pretende dotar, en la resolución de un conflicto, a la perspectiva de la persona implicada en el mismo. Razonabilidad e inexigibilidad son, pues, principios que apelan a una valoración parcial: "La idea de lo que es razonable (...) es lo que puedo afirmar que cualquiera debe hacer en mi lugar..." (NAGEL, 1996:23).

[230] Según CEREZO (1997:22), la necesidad racional del medio "debe apreciarse, por el juez, *ex ante*, colocándose en la posición del agredido en el momento en que sea inminente o se inicie la agresión". Igualmente, subraya MIR (1996:434) que por "racional" ha de entenderse "una necesidad *aproximada*, no estricta, para cualquier persona de las características del autor, colocada en su situación en el momento de defenderse" (vid. también RODRIGUEZ MOURULLO, 1976:39: el juez debe "retrotraerse al momento de la agresión y colocarse mentalmente en la situación personal del autor"). En nuestra jurisprudencia, vid. en este sentido, la STS 24-9-1994 (RAJ 7183, énfasis añadido), que entre los factores para evaluar la necesidad racional del medio empleado en legítima defensa, alude a la "capacidad de reflexión o raciocinio para ponderar el uso más mesurado aconsejable del medio o arma con que cuenta el sujeto que se defiende"; factor en el que "*el juzgador* no puede plantearse la situación en términos de absoluta y fría objetividad, sino que *tiene que procurar empatizar con el decidente* en su propia situación objetiva, una emergencia, *pero valorada subjetivamente desde su perspectiva* y contando con escasos segundos para su opción.". Vid. también la STS 23-10-1991 (RAJ 7349: "El juicio ex-ante sobre la necesidad de la acción requiere que el Tribunal de los hechos adopte la perspectiva de un tercero razonable en el momento de la agresión..."), 7-5-1991 (RAJ 3558) y 14-3-1997 (RAJ 2111), en la que se destaca que en el juicio sobre la racionalidad "priman fundamentalmente módulos objtivos .... sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés...".

[231] Vid. CORDOBA (1972:279-280: la cualidad de absoluto del estado de necesidad "debe (...) ser estimada en un sentido de concreción definido por la idea de exigibilidad..."); PAREDES (1989:124-125); y MIR (1996:462-463). En la jurisprudencia, vid. STS 13-4-1987 (RAJ 2561).

Por tanto, el papel del principio de inexigibilidad no se diferencia, en las categorías de la antijuricidad y la culpabilidad, en el *cuándo* interviene este principio, ya que por su propia naturaleza (inexigibilidad implica atención a la perspectiva de la persona afectada por un conflicto) tal intervención no puede diferir en su contenido; sino más bien en el *cómo* se encuentra presente este principio en la categoría de la antijuricidad: el principio de inexigibilidad tiene en la categoría de la antijuricidad una *función subordinada*, en el sentido de que no sirve para fundamentar la respectiva causa de justificación, sino meramente para informar o fundar un aspecto secundario de la misma. A esta función del principio de inexigibilidad se la ha denominado, desde HENKEL, regulativa, pero no creo que esto pueda interpretarse desde la diferenciación establecida por este autor entre principios normativos y regulativos (vacíos de contenido), ya que esa distinción, según defendí, no parece correcta. Por ello, prefiero hablar de una función subordinada del principio de exigibilidad, en el sentido de que este principio se limita a cimentar (materialmente, y por tanto, no puede decirse que sea un principio vacío de contenido) un aspecto parcial de la causa de justificación, que no es su criterio o razón fundamentadora.

Así, en la eximente de legítima defensa, lo que justifica la conducta no es la necesidad o racionalidad de la defensa, sino la existencia de una agresión antijurídica frente a la que el ordenamiento penal otorga al afectado el derecho a defenderse. Cuestión diferente, y subordinada a ello, es *hasta qué punto* (con qué intensidad) otorga el ordenamiento al agredido el derecho a defenderse, y en esta cuestión pueden también desempeñar un papel consideraciones de exigibilidad que den valor a la perspectiva del agredido:

> La racionalidad ha de subordinarse *a lo que en cada momento* requiera la especial situación del agredido antes de actuar en la defensa, porque sólo desde esta perspectiva "*ex ante*", ha de valorarse el estado anímico de quien se defiende, nunca con el análisis reflexivo, más sereno y frío, que puedan ofrecer cuantas consideraciones "*ex post*" se hagan tras la ocurrencia de los hechos. (STS 30-1-1998, RAJ 102)

Igualmente, en el estado de necesidad, lo que justifica la acción necesaria no es la inexistencia de medios alternativos para eludir el peligro, sino la prevalencia de uno de los intereses en conflicto; limitándose aquí las consideraciones de exigibilidad a tener en cuenta la perspectiva del implicado en el conflicto *para mitigar el rigor del requisito de subsidiariedad de la acción necesaria.* En definitiva, los criterios o valoraciones que fundamentan la justificación de la conducta en estas eximentes son independientes de consideraciones de exigibilidad, en el sentido de que a la hora de otorgar el derecho a defenderse legítimamente o de declarar la preponderancia de un interés en conflicto, el

derecho penal no se guía por la perspectiva personal de la persona afectada por el ataque o la situación de necesidad[232].

Por contra, el principio de inexigibilidad tiene en la categoría de la culpabilidad una *función fundamentadora* de la exención penal, tal y como acontece respecto a la eximente de miedo insuperable. Es precisamente la existencia de una vinculación especial entre el autor y los bienes o intereses en peligro (lo cual supone el sustrato material de la valoración parcial) lo que fundamenta la ausencia de responsabilidad penal; ya que, de otra manera, no parece factible explicar convincentemente por qué se exime de pena en estas situaciones.

A ello podría criticársele que en el supuesto más problemático que ha centrado parte de mis objeciones a la opinión tradicional sobre el papel de la inexigibilidad en la categoría de la antijuricidad; es decir, el caso de las indicaciones ética y eugenésica en el aborto, las consideraciones de inexigibilidad, tal y como subraya parte de la doctrina en nuestro país, tienen también una función fundamentadora, o por lo menos, co-fundamentadora de la exención penal. Esto es, probablemente, cierto, pero, a mi entender, no supone una excepción a la no justificación de la conducta basada en la valoración parcial de la situación de conflicto; sin que para ello sea necesario desdibujar el papel del principio de inexigibilidad en estas eximentes.

En mi opinión, la exención de pena prevista en los casos de las indicaciones ética o eugenésica en el aborto pretende solucionar un conflicto político-jurídico muy complejo en el que, ante su frecuencia, y en aras de la seguridad jurídica, el legislador penal se ha visto obligado a tomar una concreta decisión sobre el valor de los intereses en juego, más allá de la mera declaración sobre la exención o no de pena[233]. Decisión en la que, a mi entender, tal y como argumenta el propio Tribunal Constitucional en la sentencia sobre la constitucionalidad de tales supuestos de exención de pena, han desempeñado también un

---

[232] Por esta razón tampoco estimo acertada la diferenciación de PAREDES (1989:125, not. 41), entre inexigibilidad objetiva (aquella "que el Ordenamiento puede imponer de forma general, en función de la valoración y ponderación de intereses, sin tener en cuenta la circunstancias psicológicas o subjetivas del sujeto concreto") y subjetiva; ya que, a mi entender, la toma en consideración de tales aspectos subjetivos es consustancial a la idea de inexigibilidad. Lo que varía es el fundamental hecho de que tal valoración subjetiva sirva para fundamentar una exención de pena o meramente un aspecto subordinado de la misma.

[233] Como decía ya E.SCHMIDT "los cirujanos y asistentes a un parto no tienen ningún interés en ser exculpados por un comportamiento antijurídico, antes bien, quieren estar seguros de que el juicio valorativo del ordenamiento jurídico está de su lado en caso de un aborto indicado médicamente..." (1929:360-361). Por ello, "el legislador tiene que tener en cuenta que tales situaciones de conflicto [los abortos], en las cuales siempre se encuentran en conflicto los mismos bienes jurídicos y en las que una firme valoración social

papel consideraciones de exigibilidad. Lo fundamental es, sin embargo, que ha sido el propio ordenamiento penal el que, valorando los respectivos intereses en conflicto, ha tomado una determinada decisión en el sentido de autorizar (y por lo tanto justificar) la causación de un aborto en los mencionados supuestos[234]. Es decir, en este caso, el ordenamiento penal no se ha limitado meramente a aceptar la valoración parcial de la madre, sino que, en un supuesto en el que se discutía la preponderancia objetiva de los intereses en juego, *ha efectuado él mismo una valoración*, decantándose por la preponderancia de uno de ellos; valoración que, desde ese momento, puede por tanto considerarse objetiva[235].

Pero cuando el legislador penal no ha efectuado él mismo una ponderación del conflicto[236], juegan los principios generales de la justificación de la conducta, que según creo, deben respetar en las situaciones de necesidad o coacción la igualdad de los intervinientes en el conflicto.

Por ello, a mi entender, el obstáculo más importante con el que debería enfrentarse una teoría que defendiese la justificación de la conducta llevada a cabo en miedo insuperable, es que ello supondría que el ordenamiento penal primaría, en situaciones de necesidad, los intereses de un ciudadano por encima de los de otro, aun cuando ambos tengan derecho a igual consideración y protección por parte del derecho penal. Dicho con otras palabras, el ciudadano afectado podría preguntarse con razón por qué el ordenamiento penal justifica un comportamiento lesivo de sus intereses en atención a la perspectiva personal del autor de la

---

hace factible una decisión segura en favor de uno u otro bien jurídico, podrían liberarse de toda duda a través de una valoración legislativa..." (1929:406)

[234] Desde esta perspectiva, tiene razón DIEZ RIPOLLES cuando señala que el artículo que regula las indicaciones en el aborto "atiende a una específica constelación de intereses que da lugar a una *ponderación especial con un resultado legalmente establecido*" (1989:118, énfasis añadido).

[235] Esto demostraría que, como remarca SILVA (1992:414) "la diferencia entre justificación y exculpación es de grado y que, en teoría, el legislador podría convertir una causa de exculpación en causa de justificación [así, por ejemplo en el supuesto contemplado del aborto en las indicaciones ética y eugenésica], si estimara que eso que hasta el momento se ha entendido como merecedor de ser prohibido bajo pena, aunque luego el castigo concreto no parezca ni necesario ni legítimo, puede incluso dejarse de prohibir penalmente.". Por esta razón, subraya ROXIN (1994:496-497) que "mientras los tipos delictivos descritos en los tipos penales -detención ilegal, allanamiento de morada, lesiones, etc.- muestran una cierta estaticidad, la dinámica de los cambios sociales se filtra en la teoría del delito por medio de las causas de justificación".

[236] Otro posible supuesto en el que el ordenamiento penal ha efectuado una expresa ponderación justificante de una situación de inexigibilidad podría ser el art. 418 LECRIM, en el que se declara que "Ningún testigo podrá ser obligado a declarar [lo cual parece remitir a la causa de justificación del art. 20.7, es decir, en este caso, ejercicio de un derecho] acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, y a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416". En este supuesto, el ordenamiento penal ha valorado la colisión

lesión, cuando él mismo tendría también igual derecho a que se contemplara la situación desde su propia perspectiva, lo cual lógicamente conduciría a la no justificación de la conducta.

Por lo tanto, el derecho penal debe apelar a razones más fuertes que la mera perspectiva subjetiva del autor implicado en el conflicto para explicar a los ciudadanos la justificación de una acción lesiva de sus intereses, merecedores de igual protección.

5. Consecuencias de la consideración del miedo insuperable como una causa de inculpabilidad.

Para finalizar este capítulo debemos plantearnos las consecuencias dogmáticas y prácticas de la catalogación de la eximente de miedo insuperable como una causa de inculpabilidad.

No obstante, debe advertirse que dos de las consecuencias tradicionalmente señaladas por la doctrina penal como dependientes de la clasificación de una eximente como causa de justificación o de inculpabilidad, no serán tratadas en este momento, sino en el capítulo siguiente dedicado a los requisitos de la eximente de miedo insuperable. Estas son las cuestiones referidas a la *participación* en la acción exculpada por miedo insuperable y al *error* sobre la situación de miedo. Ello es debido a que, a mi entender, ambos problemas dependen decisivamente del fundamento de la eximente, y no tanto de su catalogación como causa de exculpación, por lo que reservo su tratamiento para cuando se proceda a la articulación de la eximente en función de su fundamento. Por tanto, aquí trataré otras cuestiones también ligadas tradicionalmente a la naturaleza jurídica de una eximente.

5.1. La reacción defensiva por parte de la víctima de la acción en miedo insuperable.

Al ser la acción exenta de pena por miedo insuperable antijurídica, el tercero afectado por ella no tiene un deber de tolerarla, y puede por tanto reaccionar legítimamente contra ella. El problema que aquí quisiera plantear es si tal reacción puede articularse mediante la eximente de legítima defensa, o por contra, existen argumentos que conduzcan a negar al afectado por la acción en miedo insuperable tal posibilidad, reservando para este supuesto la posibilidad de una reacción mediante la eximente de estado de necesidad (defensivo).

---

entre el interés consistente en la colaboración con la justicia, y el relativo a la fidelidad familiar, decantándose expresamente por este último.

Ciertamente, es afirmación prácticamente unánime en nuestra doctrina que frente a la acción realizada en miedo insuperable, por ser antijurídica, cabe reaccionar en legítima defensa. Ello se deduce, sin más, de la interpretación tradicional del requisito de "ilegitimidad" de la agresión, contemplado en el artículo referente a esta causa de justificación (art. 20.4 CP, requisito primero); pues *ilegítima equivale*, según nuestra doctrina, *a antijurídica*, en el sentido de la propia categoría penal de la antijuricidad[237]; lo cual comprende también la acción ejecutada por miedo insuperable (HIGUERA, 1991:159; SERRANO BUTRAGUEÑO, 1998:323).

Sin embargo, lo cierto es que no han faltado opiniones que, a partir del propio fundamento de la legítima defensa, se han pronunciado en contra de la posibilidad de que la acción del inculpable en general, y con ello, en particular, la realizada en miedo insuperable, pueda rechazarse mediante legítima defensa; defendiendo en estos casos la aplicación de la eximente de estado de necesidad defensivo. Desde esta perspectiva, pues, la legítima defensa requeriría una agresión antijurídica y culpable. En nuestra doctrina ésta es la opinión de LUZON, quien a partir del componente supraindividual del fundamento de la legítima defensa (la necesidad de defensa del orden jurídico), ha manifestado que *de lege ferenda*

> ...lo más adecuado será añadir a la exigencia de que la agresión sea ilegítima (o antijurídica) las palabras "y culpable", de modo que quedaría excluida la legítima defensa contra los inimputables y quienes actúan en miedo insuperable o en error inculpable...
>
> ...la razón fundamental estriba en que la legítima defensa cumple una formidable función de prevención general frente a la comisión de hechos antijurídicos... Pero esta función intimidatoria no tiene sentido frente al inimputable o, en cualquier caso, inculpable, pues la legítima defensa, con sus enormemente amplias facultades de reacción (...) no puede cumplir su función de prevención general intimidando a quien no puede comprender la significación antijurídica de su agresión... o a quien no está en ese momento capacitado para actuar de otro modo por encontrarse en miedo insuperable... Contra esta petulancia e insistencia, reveladora de la voluntad de rebelión ante el orden jurídico es coherente y justa la legítima defensa no proporcional ni subsidiaria, pero no contra el inculpable, frente al que resulta más indicada la reacción en estado de necesidad. (1978:336-337)[238]

---

[237] Vid. ANTON (1949:273-274); CORDOBA (1972:238); LUZON (1978:195-197); MIR (1996:430); COBO/VIVES (1996:468).

[238] En idéntico sentido: LUZON (1991:126, 137; 1996:592-593).

En definitiva, si la legítima defensa cumple una función de afirmación del derecho, puede cuestionarse la necesidad de tal reafirmación frente al inculpable[239]. Igualmente, también desde una fundamentación individual de la legítima defensa parecen existir argumentos en favor de la limitación de la legítima defensa a las agresiones antijurídicas y culpables. En este sentido, como dice KÜHL (1994:138-139):

> Pero también aquél que es crítico con el principio de mantenimiento del orden jurídico, puede exigir un comportamiento culpable, por ejemplo, con la argumentación de que la pérdida de protección jurídica de los bienes jurídicos del agresor sólo puede aceptarse cuando éste tiene la posibilidad de protegerlos mediante la renuncia a la agresión; esto presupone, no obstante, un "comportamiento evitable". Finalmente, puede también derivarse del principio de responsabilidad el argumento de que sólo la agresión responsable (= causada culpablemente) justifica la pérdida de toda consideración defensiva.[240]

Lo cierto es que, tal y como puede observarse en el desarrollo actual de la legítima defensa, los argumentos aportados por los que critican su aplicación en los casos de agresiones de inculpables[241], han tenido eco en la articulación concreta de esta causa de justificación; pues incluso aquellos autores que, de forma mayoritaria, siguen considerando que la legítima defensa sólo requiere una agresión antijurídica, y que por lo tanto es viable frente a las agresiones inculpables, suelen reconocer posteriormente la necesidad de limitar su alcance en estos casos. Tales limitaciones han recibido el nombre, en la dogmática alemana, de *restricciones ético-sociales de la legítima defensa*; y entre sus supuestos de aplicación se incluye la reacción frente a la agresión del inculpable.

Como resultado de este proceso, puede considerarse mayoritaria en la doctrina penal alemana la postura de aquellos autores que reconocen legítima defensa frente al ataque del

---

[239] A ello se ha replicado que la reafirmación del derecho que tiene lugar mediante la legítima defensa, tiene como objetivo el injusto (reafirmación del injusto) y no la culpabilidad (ROXIN, 1994:535, 539). En nuestra doctrina, vid. CEREZO (1997a:205, not. 28).

[240] Según NINO (1982:69 y ss.), el principio de responsabilidad por la generación de la situación del peligro como fundamento de la legítima defensa, conduce a que esta eximente sea "solo aplicable al caso del agresor que obra voluntaria y conscientemente; ella quedaría descartada (...) cuando el autor de la agresión es inimputable, u obra por coacción, error o ignorancia, etcétera". Sin embargo, BALDO, quien recientemente ha defendido una fundamentación exclusivamente individual de la legítima defensa, basada precisamente en el principio de responsabilidad (1994:53 y ss.), considera una restricción "ilegítima" del ámbito de la legítima defensa el exigir que la agresión sea, además de antijurídica, culpable (1994:304). No obstante, según veremos, esta conclusión parece deberse más a otros argumentos, que no al propio fundamento individual de la legítima defensa, pues desde el principio de responsabilidad, que según BALDO explica las amplias facultades de defensa concedidas por esta eximente en base a la idea de que el agresor "*abusa* de su libertad organizativa" (1994:76), se podría igualmente defender que la persona que obra en un estado de inculpabilidad no abusa de su libertad, ya que, precisamente, ésta se encuentra abolida o por lo menos limitada (miedo insuperable) en tales estados.

inculpable, pero restringen la intensidad de la defensa aludiendo a tales límites éticos[242]. Restricción que suele concretarse en la afirmación de un deber de huida (cuando ésta sea posible sin peligro), o de solicitar ayuda ajena; y que puede implicar incluso la obligación de asumir algunos riesgos antes de defenderse con los medios más expeditivos (ROXIN, 1994:558).

Este desarrollo dogmático ha encontrado también eco en nuestra doctrina penal, aunque la limitación del alcance defensivo de la legítima defensa en los casos de agresiones inculpables no sólo se ha fundamentado aludiendo a tales restricciones ético sociales[243], sino también a partir de la interpretación (correctora) del baremo de la "necesidad racional", contemplado en el artículo referente a la legítima defensa[244]; o incluso a través del principio general de la ilicitud del abuso del derecho (CEREZO, 1997a:224-226).

Llegados a este punto, tiene quizás razón ROXIN (1994:540) cuando critica la posición que niega legítima defensa frente al ataque del inculpable, por sacrificar el aspecto preventivo de la legítima defensa y la diferencia elaborada con esfuerzo por la dogmática (precisamente en atención a la legítima defensa) entre antijuricidad y culpabilidad, sin a pesar de todo colocar al agresor inculpable en una mejor posición que la que defienden los partidarios de la legítima defensa limitada; ya que la solución del estado de necesidad defensivo, no parece diferenciarse, en cuanto a los límites de la reacción defensiva, de aquélla.

Es decir, siendo las consecuencias prácticas de esta discusión las mismas, se prefiere la solución de la legítima defensa (limitada) debido a sus ventajas dogmáticas (interpretación sistemáticamente coherente del requisito de "ilegitimidad" o antijuricidad de la legítima defensa) y político criminales (mantenimiento de la función preventiva de esta eximente). Esta parece ser, también, la opinión dominante en nuestra doctrina[245].

---

[241] Estos argumentos pueden verse con detalle en LUZON (1978:223 y ss.).

[242] En este sentido, vid. las afirmaciones de los siguientes autores (el primer número de página corresponde a la afirmación general referente a que cabe legítima defensa frente a la agresión inculpable, mientras el segundo número se refiere a la posterior limitación de su alcance en estos casos): ROXIN (1994:537, 558-559); JESCHECK/WEIGEND (1996:341, 345); LENCKNER (1997:535 -§32/24-, 546 -§32/52-). Según ROXIN (1994:559) sólo SPENDEL niega toda limitación de la legítima defensa en estos casos.

[243] En esta línea vid. GOMEZ BENITEZ (1987:323, 339-340); TAMARIT (1996:160).

[244] En este sentido, vid. BUSTOS/HORMAZABAL (1994:322-324); BALDO (1994:304).

[245] En este sentido, aunque LUZON ha defendido, como vimos, *de lege ferenda* la posición contraria, no duda en señalar que "de lege lata la única posición correcta es la que señala que la agresión ilegítima o antijurídica puede provenir también de una persona no culpable, puesto que también éstas actúan antijurídicamente, e interpretar restrictivamente la agresión antijurídica, de modo que sólo incluyera a la culpable, supone una

Naturalmente, reconocido el peso de los argumentos que abogan por la limitación de la facultad defensiva en los supuestos de agresión inculpable, aceptar tal solución, y por lo tanto admitir que frente a la acción realizada por miedo insuperable cabe legítima defensa, requiere que efectivamente se compruebe que esta alternativa llega al mismo resultado que la defendida por los partidarios del estado de necesidad defensivo; esto es, en definitiva, un mejor trato de estas constelaciones que el que resulta frente a las agresiones antijurídicas y culpables. Ello exige la afirmación y fundamentación de la limitación de la legítima defensa en los casos de agresiones de inculpables (como las realizadas en miedo insuperable); ya sea a partir de la introducción en nuestro sistema de las restricciones ético-sociales[246], ya sea a través de una interpretación flexible del requisito de la "necesidad racional del medio", que restrinja tal necesidad en supuestos de ataques de inculpables[247].

Tal limitación o restricción de la legítima defensa, en nuestra legislación penal, no es probablemente necesario articularla mediante la figura de las restricciones ético-sociales, pues, como bien subrayan BUSTOS/HORMAZABAL (1994:324) y BALDO (1994:304) éstas quedan en verdad subsumidas dentro del concepto de "necesidad racional" de la defensa[248]. Desde esta perspectiva, se podría afirmar que en los casos en que la agresión

---

restricción inadmisible del ámbito de la legítima defensa, que viola el principio de legalidad" (1978:336; en idéntico sentido: 1991:124-125 y 1996:592-593; aunque en la pág. 599 señala que "la exigencia de 'necesidad de legítima defensa' es la única interpretación que podría fundamentar plausiblemente *de lege lata* la (deseable) exclusión de la legítima defensa frente a sujetos inculpables..."). Igualmente: GOMEZ BENITEZ (1987:339): "no es posible forzar el texto legal más allá de sus límites: no existe, pues, base positiva para interpretar que la expresión legal 'agresión ilegítima' quiere decir, en realidad, 'agresión antijurídica y culpable'". Y BALDO (1994:304; en la not. 708 subraya este autor que "Una tal restricción del núcleo conceptual de agresión antijurídica comporta, por lo demás, una quiebra del concepto unitario de antijuricidad. Pues exige que para la regulación de la legítima defensa se consideren antijurídicas aquellas agresiones que sean además culpables y, en cambio, para el resto del sistema normativo jurídico-penal, que se consideren antijurídicas a aquéllas que realmente lo son.").

[246] Ya reconocidas en nuestra jurisprudencia: vid. STS 16-12-1993 (RAJ 9476), 18-7-1994 (RAJ 6645) y 16-2-1998 (RAJ 1459).

[247] Al igual que la "propuesta de que en la legítima defensa se exija una agresión ilegítima y culpable está condicionada a la creación de un tipo de estado de necesidad análogo al § 228 del BGB alemán [estado de necesidad defensivo] pero concebido con mayor amplitud, de modo que en él encajen también las agresiones no culpables, es decir, agresiones antijurídicas pero que no son adecuadas para justificar la amplitud de la legítima defensa" (LUZON, 1978:340). Vid. sobre el estado de necesidad defensivo y las posibilidades de su aplicación en nuestro sistema penal: LUZON (1991:157-158 y 1996:633), BALDO (1994:79-80, 174) y CEREZO (1997b:40, not. 124).

[248] Al margen de que también haya de tenerse en cuenta que tales restricciones ético-sociales no encuentran todavía en nuestra doctrina el amplio respaldo del que gozan en la doctrina alemana, pues se les ha reprochado que "carecen normalmente de base legal, producen una considerable falta de precisión y certeza en los límites de la eximente, con ellas se desnaturaliza la legítima defensa, confundiéndola con el estado de necesidad (al menos con el defensivo) y son, por último, innecesarias en la mayoría de los casos" (LUZON, 1996:609-610). Desde otra perspectiva ha señalado CORCOY (1991:924) que "las restricciones a la legítima

procediera de una persona que obre en miedo insuperable *la defensa debería mantenerse dentro del marco de lo estrictamente necesario*; lo cual significaría, llevando las restricciones defendidas por ROXIN al ámbito de la necesidad racional, que no existiría tal necesidad racional si la víctima se defiende con un medio lesivo, cuando puede *eludir sin dificultades la agresión* (deber de huida), o cuando, puede *recabar, igualmente sin problemas, la ayuda ajena* (fundamentalmente medios policiales: deber de búsqueda de ayuda). O incluso cuando puede utilizar un medio menos lesivo, pero inseguro, y se decide por utilizar en primer lugar el más lesivo (*deber de soportar ciertos riesgos* antes de defenderse con los medios más expeditivos).

Pero, según creo, aún existe otro argumento en favor de la articulación de la limitación de la defensa en casos de agresiones inculpables mediante el requisito de la racionalidad del medio y no en virtud de las denominadas restricciones ético-sociales. Este argumento se descubre si pensamos que el *supuesto* más verosímil de reacción frente a la agresión de un inculpable, es aquél *en el que la persona que se defiende no sabe que el que le agrede es un inculpable*. Este supuesto es aún más probable en el caso de la eximente de miedo insuperable, en el que, a diferencia de los casos en los que el agresor es un menor de edad o un enajenado mental (donde la persona que se defiende puede darse perfecta cuenta de la condición de inculpabilidad del agresor), es difícil que quien reacciona frente a la agresión sepa de la situación de miedo insuperable que la origina. La duda que surge es si en estos casos debe también restringirse la legítima defensa de la víctima.

A mi entender, el derecho penal debe tratar mejor a la persona que yerra (invenciblemente) sobre la situación de inculpabilidad del agresor que al que es consciente de tal característica de la agresión. Por tanto, si en este último caso el que se defiende ve restringida en cierta forma su facultad de defensa, en el primer caso lo más correcto parece ser reconocer la defensa en toda su amplitud[249]. Sin embargo, esta conclusión intuitiva es difícil de defender si basamos nuestra argumentación en la institución de las restricciones ético-sociales de la legítima defensa, pues el fundamento de tales restricciones parece

---

defensa sólo pueden ser válidas cuando, de acuerdo con el principio de legalidad, se realicen, exclusivamente, a través de una interpretación de sus elementos tomando en consideración, al unísono, su doble fundamento".

[249] Esta conclusión también sería aceptada por aquéllos que, como LUZON, defienden que, de *lege ferenda*, la agresión del inculpable no podría dar lugar a legítima defensa, sino a estado de necesidad defensivo. Frente a la crítica de que en la mayoría de los casos el agredido no podrá saber si quien le ataca es culpable o no, responde LUZON (1978:342) que tal objeción no convence "pues si el agredido, no pudiendo saber si el agresor es o no culpable (...) cree erróneamente que el agresor es una persona culpable, entrará en juego la

mantenerse en pie con independencia de que la persona que se defiende sea o no consciente de la situación de inculpabilidad del agresor[250]. Con ello, incluso aunque la víctima de la agresión creyera (con error invencible) que el que le ataca lo hace culpablemente, su facultad de defensa se vería restringida.

La situación cambia, sin embargo, si se soluciona la cuestión del error de la víctima sobre la cualidad de inculpable del agresor mediante el requisito de la racionalidad del medio empleado para defenderse; pues el examen de esta exigencia requiere, tal y como defiende unánimemente doctrina y jurisprudencia, un examen *ex ante* de la situación de agresión[251]. Por tanto, si a partir de una consideración *ex ante* llegamos a la conclusión de que la víctima no podía saber (error invencible) que quien le atacaba lo hacía en una situación de inculpabilidad, esto no podrá tenerse en cuenta en el juicio sobre la necesidad racional del medio, y por lo tanto no se podrá restringir el alcance de la legítima defensa sobre esta base[252].

5.2. La responsabilidad civil.

Aunque la existencia de responsabilidad civil en una acción exenta de pena es utilizada a menudo como un argumento para defender la naturaleza jurídica de causa de inculpabilidad de dicha eximente (así, p. ej., respecto al miedo insuperable, HIGUERA, 1991:160), lo cierto es que, como ya se mencionó, la obligación de indemnizar civilmente por los perjuicios patrimoniales ocasionados tiene un fundamento propio que no ha de ligarse con la naturaleza jurídica de una determinada causa de exención de la responsabilidad penal. Desde esta perspectiva, la responsabilidad civil que nuestro código penal prevé específicamente para el caso de una acción llevada a cabo en miedo insuperable, debe más

---

legítima defensa putativa"; que permite llevar la reacción defensiva más allá del estado de necesidad defensivo.

[250] Pues (desde una fundamentación supraindividual de la legítima defensa) sigue fallando, aun en el caso de que la persona crea que quien le ataca es un inculpable, la función de prevención general de la legítima defensa, ya que el derecho penal no puede intimidar a quien no está en ese momento capacitado para actuar de otro modo por encontrarse en miedo insuperable (LUZON, 1978:337; GOMEZ BENITEZ, 1987:324). Y desde una fundamentación individual de esta eximente, sigue igualmente faltando el atributo de plena responsabilidad (o abuso de libertad del agresor), también en caso de que el que se defienda no advierta que el agresor se encuentra en una situación de inculpabilidad.

[251] Vid. entre otros, BUSTOS/HORMAZABAL (1994:323); BALDO (1994:307); MIR (1996:434); CEREZO (1997a:222). Como dice LUZON (1996:607), el requisito de la necesidad racional "significa una ampliación, no una restricción, del ámbito de la justificación; pues indica que basta con una creencia objetiva y racionalmente fundada ex ante en que era preciso recurrir a ese medio, aunque a posteriori se compruebe que realmente no era necesario (error objetivamente invencible sobre la necesidad...)".

bien considerarse una declaración *ex lege* de responsabilidad civil, que no la consecuencia de su consideración como causa de inculpabilidad.

El artículo 118.1. regla 4° CP establece, respecto a la responsabilidad civil, que en caso de miedo insuperable "responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho".

La obligación de indemnizar que recae, en primer lugar, sobre *los causantes del miedo*, no presenta problema alguno por lo que respecta al supuesto en el que el miedo tenga su origen en la actuación de un tercero, que con su amenaza ha provocado la situación de miedo insuperable (coacción preordenada al delito); pues, tal y como ya ha destacado nuestra doctrina penal, la responsabilidad civil de estas personas se derivaría ya directamente del art. 116 CP, que proclama que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente. Con ello, esta específica previsión del código penal respecto a la responsabilidad civil en caso de exención de pena por miedo insuperable sería superflua[253]. En otras palabras, la persona que amenaza a otra para que cometa un delito, que finalmente queda exento de pena por miedo insuperable, es penalmente responsable por esta acción, y por lo tanto, de ello (y sin necesidad de previsión específica) se deriva ya su responsabilidad civil[254].

Dudoso es, sin embargo, el caso en el que el causante del miedo no pueda considerarse responsable penalmente de la acción finalmente ejecutada por la persona en miedo insuperable; ya que en este caso, su responsabilidad civil no derivaría de su previa

---

[252] Si por contra, el error fuese vencible, las posturas doctrinales se encuentran divididas en cuanto al tratamiento penal del exceso intensivo por error (sobre esta cuestión vid. *infra* Cap. IV).

[253] Ello ya fue destacado por VIZMANOS/ALVAREZ (1853:200); PACHECO (1867:285: "Los que causan el miedo, orígen de una accion dañosa, son verdaderos autores del delito (...): por consiguiente, nada de nuevo, como nada de extraño, nos dice la presente disposición..."); GROIZARD (1870:642); ANTON (1949:652) y QUINTANO (1966:298).

[254] Más dudoso es, en primer lugar, si esta responsabilidad penal debe articularse por la vía de la autoría mediata: el que amenaza sería considerado como autor mediato u "hombre de atrás" (en este sentido vid. MIR, 1996:372, 377, para el que la posición de inculpabilidad del autor material lo subordina al que la utiliza, siendo por ello más adecuada la figura de la autoría mediata, aunque este autor reconoce que como "el instrumento actúa en todos estos casos antijurídicamente, no sería necesaria a efectos de punibilidad la autoría mediata"). O, por contra, de la inducción (en este sentido, QUINTERO, 1996b:305, 581). En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que si el coaccionado efectivamente cumple con los propósitos del amedrentador, no parece defendible que este último sea castigado por su papel en el delito ejecutado (ya sea como autor mediato o inductor) y además por la amenaza inicial (defiende la posibilidad de tal doble castigo KELKER, 1993:126); ya que, a mi entender, la amenaza inicial quedaría absorbida por la responsabilidad final del amedrentador por el delito ejecutado, pues es precisamente tal amenaza la base de su condena por

responsabilidad penal, y por lo tanto, la específica previsión del art. 118 CP respecto a los "causantes del miedo" no podría ya considerarse superflua. A mi entender, para responder a esta cuestión y determinar si en este caso procede la responsabilidad civil del causante, aquí meramente naturalístico (a diferencia del caso anteriormente tratado, en el que el causante lo es también jurídica o penalmente), del miedo, habría que diferenciar los posibles supuestos que podrían plantearse.

En primer lugar, ha de analizarse el caso en que existan efectivamente unas amenazas de un tercero al autor de la acción en miedo insuperable, pero que éstas no se dirijan directamente a la realización del delito llevado a cabo por el autor (coacción no preordenada al delito). Ejemplo: los internos de una prisión amenazan a un compañero con darle una paliza si no accede a realizar determinados actos sexuales. El interno amenazado, para evitar tal mal, decide fugarse de la prisión. En este caso existen unas amenazas de terceras personas que causan el miedo, pero tales amenazas no se dirigen directamente a la acción finalmente llevada a cabo por el autor (la fuga); por lo que, los amedrentadores, si bien serían responsables de unas amenazas, no podrían ser considerados penalmente responsables de la fuga. Por tanto, en este caso, la responsabilidad civil de los causantes del miedo no podría derivarse de su propia responsabilidad penal por el delito cometido por la persona que actúa en miedo insuperable.

En segundo lugar, tampoco podría derivarse la responsabilidad civil del causante del miedo de su propia responsabilidad penal en el caso de que éste hubiese provocado el miedo de forma fortuita[255].

---

autoría mediata o inducción. El castigo por la amenaza sería por tanto sólo posible en caso de que el coaccionado no llevara a cabo el propósito del amedrentador.

[255] Los supuestos en los que *el causante del miedo actúa amparad o por una causa de justificación* presentan una problemática especial, porque al margen de que en estos casos en ocasiones será discutible ya la exención de pena por miedo insuperable(sobre ello vid. *infra* Cap III), "no parece razonable [tal y como bien destaca PUENTE, 1997:255-256] que corresponda la responsabilidad civil al causante de miedo que acaso está ejecutando un comportamiento inobjetable desde el punto de vista del Derecho... [por lo que] cabría entender que cuando la persona que ha causado el miedo actuaba de manera no opuesta al ordenamiento jurídico, la responsabilidad civil recaerá exclusivamente sobre quien hubiera ralizado el hecho". En cuanto a los casos en los que *el causante del miedo es un inimputable* (p.ej. la amenaza proviene de un enajenado mental), aunque ANTON (1949:652) entiende que en estos casos el inimputable no será responsable civilmente, creo que ello supondría contradecir la expresa voluntad del legislador penal, que atribuye a los inimputables la responsabilidad civil directa por sus acciones (art. 118.1. regla 1° CP). Una posición peculiar respecto a este problema es la defendida por QUINTANO (1966:298): "me parece que lo más justo sería, dada la exención de ambos [el inimputable que provoca el miedo y quien actúa por miedo insuperable] (...) acudir, para hacer efectivas las responsabilidades civiles, de modo preferente, a la regla primera [del art. 118.1 CP], y luego, subsidiariamente, a la regla [cuarta], que sería, pues, *doblemente subsidiaria*" (vid. también SAINZ-CANTERO CAPARROS, 1994:103-104).

En el primer caso (coacción no preordenada al delito), creo que la misma razón que conduce a la atribución de responsabilidad civil principal al causante del miedo que es, además, penalmente responsable del delito cometido en miedo insuperable, permite también considerar obligado civil principal a la persona que amenaza al autor del delito provocando su actuación por miedo insuperable. Creo que ello deriva del hecho de que a la hora de imputar la obligación de indemnizar civilmente a la víctima de la acción llevada a cabo en miedo insuperable, el código penal estima que esta responsabilidad debe recaer, en primer lugar, sobre el responsable principal de la situación, y éste es quien con su actuación dolosa o culposa ha provocado una situación de miedo que determina la actuación del coaccionado, aunque ésta finalmente no consista en la realización de los planes del amedrentador[256].

Por esta razón, en el segundo caso planteado (causación fortuita del miedo), a diferencia del supuesto anterior, no parecería posible atribuir responsabilidad civil al que de forma fortuita causa la situación de miedo, ya que, como subraya CORDOBA (1972:970) "no puede corresponder a la voluntad legal el prescribir la obligación de resarcimiento a quien ha sido pura y simplemente factor *causal* del estado psíquico del miedo..."[257].

En resumen, por causantes del miedo debe entenderse, a mi entender, aquellos que de forma preordenada o no, respecto al delito que finalmente se comete, provocan dolosa o culposamente una situación amenazante y con ello el miedo. Esta es la interpretación de este artículo que más parece avenirse con el papel que la doctrina ha atribuido tradicionalmente a la específica previsión de responsabilidad civil en caso de miedo insuperable[258].

En defecto de estas personas, tal y como continúa el art. 118.1 regla 4° CP, y por tanto *de forma subsidiaria*, responderán los que hayan ejecutado el hecho exento de pena en virtud de miedo insuperable. Según la doctrina penal mayoritaria "en defecto", significa *en*

---

[256] CORDOBA (1972:970-971, a quien siguen HIGUERA, 1991:163 y MONTES, 1996:635), parece defender en estos casos la responsabilidad civil subsidiaria del ejecutor del hecho, pero no la principal del causante del miedo, ya que considera que éste sólo es aquél que directamente compele a otro a la comisión de un delito (vid. también YZQUIERDO, 1997:253, quien parece exigir, para que exista responsabilidad directa del causante del miedo que éste lo haya provocado "con la intención de que el delito se cometa..."). A mi entender, en los casos de miedo causado, no como coacción peordenada al delito, cabe efectivamente, según veremos, la responsabilidad subsidiaria de los que realicen el hecho; pero previamente, debe afirmarse también la responsabilidad civil principal de los que provocaron la situación de miedo.

[257] Defienden la falta de responsabilidad civil principal en este caso ANTON (1949:652) e YZQUIERDO (1997:253). Sin embargo, de la opinión de REYES (1958:175) y QUINTERO (1996b:581) parece deducirse que estos autores considerarían que también en este caso el causante del miedo es responsable civil.

caso de que los responsables civiles principales no sean habidos, o sean insolventes (PACHECO, 1867:285-286, QUINTANO, 1966:298; MONTES, 1996:635, YZQUIERDO, 1997:253, PUENTE, 1997:255)[259].

A ello debe añadirse, en primer lugar, tal y como destaca CORDOBA (1972:971), el supuesto en el que el causante del miedo no pueda ser hecho responsable civil por su acción (el supuesto antes contemplado de causación fortuita de la situación de miedo), en el que responsable civil será por tanto únicamente el ejecutor del hecho. Y en segundo lugar, el caso, mencionado por PUENTE (1997:255), en el que no exista ningún tercero causante del miedo porque éste se haya originado por una situación natural o por un animal, donde, igualmente, responsable civil será únicamente la persona que obra por miedo.

El supuesto problemático con referencia a la responsabilidad subsidiaria del ejecutor del hecho es aquél en el que la víctima es a la vez la causante del miedo. Me refiero con ello a la situación en la que no existe un tercero que amenaza a la persona que actúa por miedo insuperable, sino que éste procede de la propia actuación de la persona que resulta ser finalmente la víctima de la acción. En nuestra doctrina, se ha pronunciado a favor de la existencia de responsabilidad civil subsidiaria del autor del hecho en este caso CORDOBA (1972:971), mientras que han defendido la solución contraria ANTON (1949:652), HIGUERA (1991:163), YZQUIERDO (1997:253) y PUENTE (1997:255)[260].

A mi entender, en los casos de que el miedo provenga de la propia actuación de la víctima lo más justo parece ser que no exista, en este caso, responsabilidad subsidiaria del ejecutor del hecho; pues la obligación de indemnizar civilmente a la víctima del delito supondría resarcir a una persona por los perjuicios patrimoniales que esta misma ha provocado[261].

---

[258] Según nuestra doctrina histórica el papel de este artículo sería meramente imponer la responsabilidad subsidiaria del amedrentado (PACHECO, 1876:285; ANTON, 1949:652).

[259] Aunque VIZMANOS/ALVAREZ (1853:200) y GROIZARD (1870:644) estimaron que la responsabilidad civil subsidiaria del autor del hecho sólo procedía en caso de insolvencia del responsable principal. En nuestra doctrina moderna esta parece ser la opinión de SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:844). En cambio ALBACAR (1997:1463) entiende que la responsabilidad civil subsidiaria del ejecutor del hecho procede cuando los causantes del miedo no son conocidos o no existen.

[260] Claramente en este sentido, vid. las STS 30-6-1936 (RAJ 1511), 11-12-1948 (RAJ 1496) y 22-12-1980 (RAJ 4985). En sentido contrario, vid. STS 2-10-1981 (RAJ 3597) y SAP Madrid 15-10-1990 (LA LEY, 1991-2, pág.168).

[261] Según HIGUERA (1991:163) cuando el miedo es causado por la propia víctima no ha lugar a la responsabilidad subsidiaria del ejecutor del hecho porque, primero, la víctima recibiría una indemnización a consecuencia de una actuación ilícita suya; segundo, en cierta forma ello sería un abuso de derecho; y tercero, se podría producir también en cierta medida un enriquecimiento injusto. Fundamenta PUENTE (1997:255) la misma solución aludiendo a que "es claro que el causante del miedo no deberá responder por

Creo que el principio general de la responsabilidad civil referente a la *compensación de culpas* conduce a considerar que en estos casos de acción dañosa que recae sobre el propio causante de la lesión, no ha lugar a responsabilidad civil. Este principio podría también matizar este resultado según si la provocación de la propia víctima fue debida a una actuación dolosa o imprudente.

cuanto reuniría en su persona las cualidades de acreedor y deudor, extinguiendo la obligación. Sin embargo, tampoco parece posible considerar entonces que el 'causante del hecho' debe responder frente al perjudicado/provocador. Considero que en este supuesto, extinguida la obligación del deudor principal (por reunir las condiciones de deudor y acreedor) queda también extinguida la obligación del deudor subsidiario".

CAPITULO III. LOS REQUISITOS DE LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE.

1. Introducción.

Una vez analizado el fundamento y la naturaleza jurídica de la eximente de miedo insuperable, voy a tratar en este tercer capítulo la cuestión referente a los requisitos necesarios para su aplicación. Estudiado por qué el ordenamiento penal debe reconocer esta eximente, y cuál es su emplazamiento dogmático más adecuado, resta saber cuándo puede decirse que la conducta de una persona responde a un "miedo insuperable".

Esta es una cuestión, a mi entender, básica e ineludible, si es que se pretende dotar a esta eximente de virtualidad práctica, pues existen dos importantes motivos que confirman el crucial papel que la delimitación de su contenido, a través de la identificación de una serie de requisitos, desempeña. En primer lugar, hemos de partir de la parca regulación legal de la eximente, que se limita a declarar exento de responsabilidad criminal a aquél que obre por "miedo insuperable". Ciertamente, la economía legislativa puede tener sus ventajas, pero sin duda uno de sus inconvenientes es que apenas ofrece pautas o criterios a partir de los cuales se pueda derivar la configuración de la eximente en cuestión, esto es, en nuestro caso, del miedo insuperable[262].

Sin embargo, debe tenerse muy presente que ello no ha sido obstáculo para que, según veremos, nuestro T.S. haya desarrollado un amplio catálogo de requisitos de obligada presencia para la estimación de la eximente de miedo insuperable. Requisitos que serán objeto de análisis en todo este capítulo[263].

En segundo lugar, si se parte, tal y como defendí en el capítulo primero, de la idea de razonabilidad (o su análoga de inexigibilidad) como base de la eximente de miedo insuperable, y si, por otra parte, no se considera acertada la asignación a estos principios de

---

[262] En contraste aquí, por ejemplo, con el parágrafo 35 del StGB que, como ya he mencionado, recoge una causa de exención de la pena que puede considerarse análoga a nuestro miedo insuperable. Este artículo contiene una amplia regulación de los requisitos necesarios para eximir de pena por estado de necesidad exculpante, lo cual, sin duda, favorece la tarea de concretar sus condiciones de aplicación. Igualmente, las propuestas de codificación de la eximente de *duress* en los ordenamientos británico y norte-americano, ofrecen un detallado catálogo de sus condiciones de aplicación (vid. LAW COMMISSION, 1993; y MPC, 1985, Section 2.09).

[263] Y es que, como subrayan QUINTERO/MUÑOZ CONDE (1983:63) "Por supuesto, el laconismo legal, si se produce, ha de ser cubierto metodológicamente a través de la construcción dogmática".

una función regulativa vacía de contenido[264], el esfuerzo, con el fin de evitar la recurrente crítica sobre la inseguridad jurídica de tales principios, debe encaminarse al objetivo de, en la medida de lo posible, tratar de delimitar, normativamente, su contenido. De esta manera, suscribo plenamente la postura defendida aisladamente en la doctrina penal por algunos autores, que ya han subrayado la posibilidad y necesidad de superar la indeterminación del principio de inexigibilidad a través de la concreción normativa de sus condiciones o requisitos[265].

Que tal tarea sea, ciertamente, difícil, y más respecto a un precepto legal, que como la eximente de miedo insuperable, apenas ofrece pista o punto alguno donde apoyarse, no impide, pues, que crea que en ella se concentran parte de las posibilidades reales de aplicación de esta eximente[266], por lo que su tratamiento me parece ineludible[267].

---

[264] Me refiero con ello al pensamiento de HENKEL y a su caracterización del principio de inexigibilidad como un principio regulativo, que "de ninguna manera presenta un contenido o baremo valorativo, sino que es por entero libre valorativamente [völlig *Wertfrei*] (...)" (HENKEL, 1954:303). Cabe destacar que, como bien subraya FRELLESEN (1980:86) esta concepción del principio de inexigibilidad es la que finalmente ha triunfado en la dogmática alemana, y su consecuencia principal es, precisamente, el abandono del intento de concretar normativamente su contenido. Sobre la crítica a este planteamiento vid. *supra* Cap. II.

[265] Ello ya fue subrayado, en nuestro país, por SAINZ CANTERO (1965:97): "el hallar un criterio de determinación útil es el único expediente que puede salvar al pensamiento de la no exigibilidad de las tachas de indeterminación y vaguedad que en la literatura jurídica penal se le han hecho.". Sin embargo, cabe destacar que los primeros intentos de "concreción" no pasaron de remitirse a criterios tan o más vagos que el propio de inexigibilidad, como fue, según veremos, el expediente del "hombre medio". Un intento más ambicioso de delimitación ha sido defendido en la doctrina alemana por FRELLESEN, que ya en la introducción de su tesis doctoral sobre la "Exigibilidad de la prestación de socorro", subraya claramente que "la ciencia y la práctica penal no se pueden conformar en derecho penal, con señalar la vacuidad del concepto de exigibilidad, sino que deben desarrollar pautas de enjuiciamiento de la exigibilidad, para, también en este terreno, cumplir las exigencias del estado de derecho." (1980:13-14). Este autor concluye más adelante que "la concreción de los conceptos vagos es una tarea que es propia de la jurisprudencia dogmática (...) Cuando el legislador renuncia, con la utilización del concepto de exigibilidad, a una concreción de las exigencias requeribles del individuo, entonces es tarea de la jurisprudencia y de la ciencia penal, llevar a cabo, a través del desarrollo de una dogmática diferenciada de la exigibilidad, tal concreción." (1980:89). En nuestro país ello ha sido también destacado por MAQUEDA (1991:32-33), que atinadamente escribe que "cualquier pretensión de hacer avanzar hoy la discusión acerce de la exigibilidad (...) pasa por reivindicar su remisión a un ámbito normativo para que sirva de referencia a la valoración judicial del caso concreto...", creyendo la autora poder encontrar ese ámbito normativo en la propia Constitución. El porqué ello ha sido defendido aisladamente en la doctrina penal parece radicar en el mencionado éxito de la tesis de HENKEL sobre el carácter regulativo del principio de inexigibilidad.

[266] La otra parte de posibilidades de aplicación de la eximente parece que pasan por una delimitación ya no interna, sino externa de la eximente de miedo insuperable, esto es, con respecto al resto de eximentes del código penal; lo cual se llevará a cabo en el siguiente capítulo.

[267] De hecho, el propio FRELLESEN (1980:77 y ss.) ha llegado incluso a defender que la tarea de concretar, en la medida de lo posible, la referencia a la inexigibilidad por medio de criterios normativos es una exigencia del propio Estado de Derecho y sus postulados de capacidad de generalización, fundamentación y previsibilidad de la decisión jurídica.

Sin embargo, lo cierto es que, a falta de apoyo directo en la letra de la ley de donde puedan derivarse las pautas de la razonabilidad de la acción llevada a cabo por miedo insuperable, debe hallarse algún punto de referencia desde el cual pueda desarrollarse la tarea de concreción, y que sirva al mismo tiempo de pauta normativa donde pueda confrontarse y valorarse esta tarea. De otro modo, bien podría parecer que la configuración de la eximente y de sus requisitos adolecería de cierta arbitrariedad.

A mi entender, esa pauta de referencia viene condicionada por el propio fundamento de la eximente[268]. Según defendí en el primer capítulo, el fundamento de la eximente de miedo insuperable se sitúa en consideraciones normativas ligadas a la idea de razonabilidad, y no, por tanto, en un parámetro puramente psicológico de insuperabilidad. Con ello, ciertamente, tenemos una primera concreción de la insuperabilidad del miedo: sabemos que no estamos aquí ante una insuperabilidad fáctica o psicológica, que entienda la eximente de miedo insuperable como una causa de ausencia de acción o inimputabilidad momentánea. En otras palabras, "miedo insuperable" no significa un pánico o terror que anula las facultades volitivas e intelectivas de la persona y le imposibilita por tanto para obrar[269]. La alusión legal a la insuperabilidad del miedo debe interpretarse, por tanto, normativamente: *la eximente plantea una cuestión sobre las exigencias normativas que pueden legítimamente requerirse de una persona que se encuentra en situación de miedo ante un peligro amenazante.*

Ciertamente, la delimitación así lograda es mínima, pues aún existen muchas dudas sobre cuándo cabe declarar razonable una conducta efectuada por miedo insuperable, y con ello, inexigible, normativamente, el cumplimiento de la ley. Y es que, por un lado, ya hemos aludido a la indeterminación de estos principios; y por el otro lado, y aunque quizás parezca una obviedad, el orden normativo al que debe remitirse su delimitación no puede ser exactamente el propio ordenamiento penal, pues si así fuera, parece que no cabría nunca exculpar una conducta por concurrencia de miedo insuperable, ya que por definición, toda conducta a exculpar presupone la comisión de un delito penal. Es decir, si el parámetro normativo para enjuiciar la inexigibilidad de un comportamiento quedara definido por el propio ordenamiento penal, entonces, por ejemplo, no cabría eximir al que lesione a otra

---

[268] El papel decisivo del fundamento de una eximente en la tarea de delimitar su contenido ha sido reconocido por el propio HENKEL (1954:291 y ss.), y en nuestra doctrina por LUZON (1978:16).

[269] Debe rechazarse, pues, de entrada, la posición mayoritaria de nuestro T.S. que, no sin contradicciones, como luego veremos, interpreta la insuperabilidad del miedo como una insuperabilidad psíquica, que parifica la eximente de miedo insuperable con la de trastorno mental transitorio. Sobre ello volveré al tratar del requisito del miedo.

persona en situación de inexigibilidad, pues el derecho penal castiga las lesiones. El orden normativo al que remitir la concreción de la inexigibilidad es, por tanto, previo o de mayor alcance que el propio ordenamiento penal. Sin duda el derecho penal participa de tal orden normativo, pero no puede identificarse con él; de ahí, quizás, la dificultad de la doctrina para proceder a la delimitación del principio de inexigibilidad[270].

Este orden normativo se debe situar, a mi entender, en el mismo punto que sirve para fundamentar la propia eximente; esto es, en la doctrina de justificación del derecho penal que se encuentra tras su reconocimiento como causa de exención de la pena. Si de una determinada teoría de la pena se extrae la legitimación filosófica o político-criminal de la eximente de miedo insuperable, debe ser también esa misma teoría la que sirva de pauta o modelo a la hora de tratar de concretar su contenido[271].

Según creo, tal y como vimos en el primer capítulo, tras el reconocimiento de la eximente de miedo insuperable se encuentra una doctrina de justificación que considera como base de la sanción penal la existencia de responsabilidad individual. Ello puede predicarse tanto de una doctrina del merecimiento (retribucionista) como de una doctrina mixta de justificación del derecho penal; rechazándose así la fundamentación y configuración de esta eximente desde una perspectiva utilitarista. El aspecto decisivo, a mi entender, de estas doctrinas de justificación del derecho penal es que parten, a la hora de decidir sobre la adscripción individual de responsabilidad penal, de una doctrina de los derechos, concebidos como restricciones a la maximización de algún bien colectivo (CID/MORESO, 1991:171)[272]. Con

---

[270] La necesaria referencia a un orden normativo a partir del cual deducir el contenido del principio de inexigibilidad es, de hecho, y probablemente de forma contradictoria con la propia función meramente regulativa que este autor atribuye a este principio, reconocida por el propio HENKEL, (1954:308, énfasis añadido), que subraya, con respecto a tal principio que "la adecuada delimitación de las exigencias de la obligación solamente puede encontrarse por medio de la *remisión a un ordenamiento valorativo congruente con el derecho*.". Esta idea se encuentra en la base de toda comprensión normativa del principio de inexigibilidad (vid. FRELLESEN, 1980:34: "las propuestas normativistas concretan el concepto de exigibilidad a través de la remisión a un orden normativo, que debe contestar a la cuestión referente a en qué condiciones puede exigirse un comportamiento"; y MAQUEDA, 1991:32-33, que pretende situar este orden normativo en la propia Constitución, con lo que esta autora parece tener bien presente que ese orden normativo es previo al propio derecho penal).

[271] Cabe aquí citar el trabajo de ROXIN "'Culpabilidad' y 'responsabilidad' como categorías sistemáticas penales.". En este artículo, parte ROXIN, citando a HENKEL, de que "la 'exigibilidad' es un cláusula vacía por completo de contenido, y por esta simple razón no puede ser el fundamento material de la atribución de culpabilidad" (1974:173). Sin embargo, más adelante, subraya que "la cláusula vacía de contenido de la exigibilidad debe con ello rellenarse con las consideraciones, que fundamentan cada categoría del delito. (...); en el campo de la responsabilidad éstas son las exigencias de la teoría del fin de la pena."(1974:184-185).

[272] Por eso, quizás, a ambas doctrinas (del merecimiento y mixta), por lo menos a la hora de decidir sobre la adscripción de responsabilidad penal, puede denominárselas *deontológicas*, ya que son doctrinas basadas en

ello se consigue limitar, y éste es mi propósito último, el peso argumentativo que las consideraciones preventivo-generales, podrían desempeñar de situarse la discusión en el ámbito de una doctrina de justificación utilitarista.

Naturalmente, soy consciente de que el emplazamiento de la discusión en el ámbito de una doctrina de justificación deontológica no puede pretender solucionar todos y cada uno de los problemas con los que se enfrenta, desde hace ya mucho tiempo, el principio de razonabilidad o inexigibilidad. Lo único que se pretende con ello es, simplemente, por un lado, ofrecer un referente normativo a partir del cual se desenvuelva la discusión. Creo que, se acepte o no el concreto referente aquí elegido, este es el único camino para hacer avanzar el pensamiento de la inexigibilidad o razonabilidad, que estimo de gran valor en un ordenamiento jurídico, porque este principio parece ineludiblemente ligado a la idea de justicia individual, que tal y como creo, debe ser uno de los valores a defender por el Derecho[273].

Y por otro lado, al situar la discusión en el marco de una doctrina de justificación basada en una teoría de los derechos, lo que también se pretende es que toda limitación de los derechos de una persona deba venir justificada por la correlativa protección de los derechos de otro ciudadano, y no en la apelación a beneficios o finalidades sociales más o menos inciertos. Esto es, a mi entender, particularmente importante en nuestro ámbito, esto es, en la delimitación de la eximente de miedo insuperable, pues ella lleva consigo la presentación y discusión de toda una serie de criterios o requisitos que, no puede olvidarse, no se encuentran en la letra de la ley y por tanto pudieran parecer, a primera vista, una indebida restricción del ámbito de la eximente de miedo insuperable. Por ello, la discusión y, en su caso, defensa, de tales criterios normativos de concreción de la eximente requerirá la presentación de argumentos convincentes que avalen su presencia.

Debe tenerse bien presente que, si se acoge una reconstrucción normativa de la eximente de miedo insuperable, el precio inevitable que se ha de pagar consiste en la exigencia de

---

un código de derechos, entendidos como razones morales en sí mismas, con independencia de sus efectos o beneficios sociales (vid. DRESSLER, 1984:67).

[273] Ciertamente, esto parece ser así si y solo si en el ordenamiento jurídico están afianzados una serie de valores propios del Estado de Derecho liberal que partan de la comprensión del Derecho como un mecanismo de coacción, a limitar en la medida de lo posible, porque, evidentemente, el principio de inexigibilidad como todo principio de referencia normativa está supeditado a la función que uno reconozca al propio Derecho penal. Por ello, no es de extrañar que en la época nazi se intentase, primeramente, en la doctrina penal "ajustar" este principio a su propia ideología, convirtiendo el referente normativo en la propia ideología del sistema o del *Führer* (vid. FRELLESEN, 1980:52 y ss.).

toda una serie de requisitos normativos, cuya función es sopesar la apelación al miedo como una causa de exención de la responsabilidad criminal.

Por otra parte, y al margen de que la doctrina de justificación que proporciona el fundamento de la eximente sea la principal pauta o modelo de configuración de sus requisitos, también creo que existen otros puntos de apoyo que pueden servir de ayuda. Me refiero aquí, en primer lugar, a la propia ley penal, que si bien, como avancé, respecto a nuestra eximente es tan concisa que no puede servir de mucha ayuda, sí parece ofrecer en otros preceptos determinadas pautas sobre las que podremos apoyar en ocasiones nuestras reflexiones. En segundo lugar, también prestaré especial atención al análisis comparativo de los requisitos discutidos en la doctrina y legislación penal extranjera (fundamentalmente la alemana y la angloamericana), con respecto a las eximentes análogas a nuestro miedo insuperable.

Y en tercer lugar, también creo de gran ayuda para la discusión pormenorizada de los posibles requisitos del miedo insuperable, el análisis de la controvertida y diversa jurisprudencia a este respecto, pues como veremos, nuestros tribunales, a través de sus decisiones y en abierta contradicción con el fundamento y naturaleza jurídica que defienden acerca de esta eximente, han configurado un extenso catálogo de requisitos normativos de necesaria presencia para la aplicación de la eximente sexta.

Por último, y antes de proceder a la presentación de los requisitos normativos que creo que pueden ayudar a delimitar la referencia a la insuperabilidad del miedo, resta afrontar una posible crítica al planteamiento del que aquí se parte. Me refiero con ello a la opinión de diversos autores que, en detenidos estudios dedicados al principio de exigibilidad, han concluido que la cuestión de su determinación es un problema de la parte especial del código penal. Esto es, que no se pueden dar criterios genéricos para todo tipo de comportamiento, sino que ello sólo puede partir de la concreta contemplación de un delito de la parte especial (FRELLESEN, 1980:90-93; FORNASARI, 1990:209 y ss.).

Creo que a estos autores les asiste la razón cuando señalan que con ello se facilita la tarea de concreción, pero también estimo que tal opinión no parece tener en cuenta que en los códigos penales, además de delitos concretos inspirados en la idea de exigibilidad, como al que dedica su tesis doctoral FRELLESEN (el delito de la omisión del deber de socorro), existen preceptos de ámbito general que encuentran su base en las ideas de inexigibilidad o razonabilidad. Con ello, el problema de su determinación no se presenta sólo en referencia

a delitos concretos, sino también respecto a preceptos destinados a aplicarse, en principio, en todos los delitos y así en un ámbito genérico[274]. Pero además, tal y como veremos, existe un criterio normativo en la delimitación de la insuperabilidad del miedo que tiene precisamente por función adaptar la aplicación de esta eximente genérica al concreto delito cometido, esto es, a la concreta colisión de bienes jurídicos en cuestión, con lo que, de esta manera, se consigue también enlazar la generalidad del principio de inexigibilidad, con las exigencias de cada delito en concreto, tal y como estos autores, en definitiva, postulan[275].

2. El miedo.

El punto de partida de toda delimitación normativa de la eximente de miedo insuperable debe situarse en la expresa referencia legal a la emoción o estado psicológico del miedo. Ello, según veremos a continuación, plantea, en primer lugar, el problema relativo al alcance de tal referencia legistativa; y en segundo lugar, la cuestión referente a la existencia de una serie de supuestos en los cuales puede discutirse la presencia de este requisito.

2.1. La intensidad del miedo: ¿trastorno psíquico o afección emocional?.

La expresa exigencia de nuestro legislador penal referente a la presencia de miedo, esto es, una emoción o estado psicológico, en la conducta de la persona exenta de pena en virtud de la eximente sexta, parece ser, sin duda, lo que ha conducido a que algún autor en nuestra doctrina (CORDOBA, 1972; QUINTERO, 1996a:435-439) y sobre todo la jurisprudencia, consideren que la eximente de miedo insuperable exige una perturbación anímica (psicológica) de tal entidad que priva a la persona afectada de sus capacidades volitivas y cognoscitivas y por tanto de su posibilidad, fáctica o psicológica, de obrar de otra manera.

Esta interpretación en clave exclusivamente psicológica de la referencia legal al "miedo" parece partir, de este modo, del innegable carácter psicológico de tal emoción,

---

[274] En este sentido, se refiere FRELLESEN (1980:91) a que la concreción de la exigibilidad ha de partir siempre de la concreta obligación de comportamiento o de omisión, "pues las delimitaciones de las obligaciones, que sin diferencia son válidas para todo comportamiento, se contienen ya en las causas de justificación y exculpación recogidas en la parte general"; siendo así que la eximente de miedo insuperable es, precisamente, a mi entender y según lo defendido en el capítulo anterior, una causa de exculpación.

[275] Este criterio es, como veremos, el referido a la ponderación de los bienes jurídicos en juego, pues como bien dice el propio FRELLESEN (1980:90-91) "intuitivamente es sin embargo razonable, que bajo condiciones de comportamiento equiparables, el respeto a la prohibición de matar ha de ser más exigible que el respeto de la prohibición de dañar la propiedad."

considerando que la referencia a su "insuperabilidad" alude en realidad a la exasperación del efecto de la perturbación que la eximente requeriría para llegar a tener efectos como exención plena de la responsabilidad penal; pues, de lo contrario, esto es, de verificarse un menor impacto psicológico, no calificable por tanto de insuperable, sólo se podría aplicar la eximente incompleta. En este sentido, es común encontrar en las sentencias de nuestro T.S. definiciones del miedo insuperable como "estado emocional que produzca una obnubilación tal en la mente del agente que le prive de su raciocinio o de su libertad de autodeterminación" (STS 14-3-1986, RAJ 1641 y 15-12-1995, RAJ 9378)[276].

Esta interpretación, sin duda, presenta una base textual y material no desdeñable. Sin embargo, en primer lugar y como ya vimos al analizar el fundamento de la eximente de miedo insuperable, *no resulta obligado acudir a ella para explicar por qué estamos ante una exención de la responsabilidad penal.* Esta conclusión, según veremos en el siguiente capítulo, queda además reforzada cuando se comprueba que las razones para eximir de pena a que apela tal interpretación en clave psicológica (inimputabilidad momentánea) ya se encuentran recogidas en otras eximentes de nuestro código penal. Creo que ello podría bastar para cuestionar tal interpretación, pero debido a que tal concepción de la eximente de miedo insuperable se encuentra presente en la gran mayoría de sentencias de nuestro T.S., quisiéramos analizar los problemas que, también desde el punto de vista de la psicología y psiquiatría, presenta este entendimiento de la eximente.

En psicología, se considera que el *miedo* no es una emoción patológica, sino una reacción normal ante una amenaza (MARKS, 1991a:21, 37; DICC.OXFORD, 1995:751; ENC.PSY., 1972:371). En este sentido, se distingue entre el miedo, como reacción normal, y la *fobia*, como reacción anormal o patológica (MARKS, 1991a:22, 1991b), esto es, como miedo intenso y desproporcionado respecto al estímulo aparente. En este esquema, pues, son únicamente las fobias las que están calificadas como trastornos psíquicos de la personalidad, que pueden, por ello, dar lugar a la incapacidad psicológica e incluso, en el contexto de repentinos ataques de pánico, física de actuar de la persona afectada (KAPLAN/SADOCK, 1992:876 y ss.). Cabe destacar que el T.S., con su interpretación exclusivamente psicológica de la insuperabilidad del miedo, no parece estar aludiendo al caso de los trastornos fóbicos incapacitantes, que, como veremos en el capítulo posterior, configuran supuestos de enfermedades mentales reconducibles a la

[276] En la misma línea y sin ánimo exhaustivo vid. también STS 20-4-1985 (RAJ 2115) que se refiere al miedo insuperable como "pavor, terror o pánico, que suponga una gravísima perturbación en el psiquismo

eximente de enajenación mental. Sino que, partiendo de que la emoción del miedo no tiene por qué reconducirse a una personalidad patológica, centra su efecto psicológico incapacitador en el impacto o magnitud que el estímulo del miedo, esto es, la amenaza o peligro, provoca en las facultades psíquicas de la persona. Impacto que, según el T.S., ha de derivar en un estado de inimputabilidad (pérdida de las facultades psíquicas de la persona) momentáneo.

Que ello, aun excepcionalmente, puede efectivamente suceder es algo, de hecho, aceptado por la propia psicología, que reconoce que la emoción del miedo puede llevar incluso a la petrificación de la persona (MARKS, 1991a:22)[277]. Sin embargo, y aquí estriba el problema que, desde el punto de vista de la psicología, presenta esta concepción del supuesto de hecho de la eximente de miedo insuperable, lo que también parece aceptado en el ámbito de esta ciencia es que *la comprobación o verificación empírica de los efectos psicológicos que la emoción del miedo tiene sobre la psique y la conducta de la persona afectada presenta graves, por no decir insalvables, dificultades.*

En este sentido, BERNSMANN (1989:159-160), tras analizar los estudios acerca de las reacciones psicológicas en "situaciones catastróficas", esto es, de grave peligro para una persona, considera que lo que la ciencia está en condiciones de considerar probado, es que en estas situaciones se producen una serie de efectos, tanto de carácter fisiológico como psicológico, en la persona. Pero lo que todavía no está en situación de disponer la psicología es de datos válidos sobre qué es lo que realmente sucede en el individuo antes, mientras y después de la situación de peligro; ya que, ni se pueden medir fiablemente, tras el concreto acontecimiento que provocó el miedo, sus efectos sobre la psique, ni se pueden reproducir exactamente las condiciones reales del miedo en experimentos en laboratorio. Por ello, la evidencia científica sobre los efectos psicológicos de las situaciones de peligro ha de basarse, fundamentalmente, en la poco valorable información suministrada por el testimonio de personas que han sufrido algún acontecimiento de este

---

del agente..."), 3-11-1989 (RAJ 8539: "situación de terror anulatoria de la voluntad de la conducta..."), y 16-1-1991 (RAJ 116: "grave perturbación de las facultades del psiquismo o el trastorno anímico intenso...").

[277] No obstante, el efecto psicológico incapacitador del miedo debe considerarse un supuesto excepcional dentro de la gama de reacciones de la persona que sufre miedo, porque de hecho, tal situación de incapacitación va contra la propia funcionalidad de la emoción del miedo, como "legado evolutivo vital que conduce al organismo a evitar amenazas y que tiene un valor de supervivencia obvio" al activar las defensas de la persona y prepararla para enfrentarse contra el mal que le amenaza (así, se han podido comprobrar los efectos fisiológicos del miedo en el cuerpo humano, como aumento de la adrenalina y volumen de los músculos, cuya finalidad es precisamente preparar al cuerpo para la acción). Vid. MARKS (1991a:21-22) y BERNSMANN (1989:161 y ss.).

tipo[278]. Por todo ello, no es de extrañar que los miedos más estudiados y en los cuales se ha centrado la psicología y la psiquiatría, sean las fobias, pues éstos sí presentan las características de continuidad y reproducibilidad en la psique del individuo que permiten su análisis y tratamiento.

En suma, desde un punto de vista psicológico, aparte de que haya de considerarse absolutamente excepcional el supuesto de miedo incapacitador no derivado de una patología individual, no parece que se pueda determinar exactamente qué es lo que sucede en la psique de la persona que sufre miedo ante una amenaza, ni, aunque, en teoría, pudiera determinarse (por ejemplo mediante complejos tests de laboratorio), parece posible poder mesurar tales efectos psicológicos en la práctica. Ello se debe a que el miedo es una emoción que, si no es producto de una patología individual, presenta la particularidad de que no tiene por qué dejar vestigio alguno en la psique del individuo una vez pasado el schock psíquico ocasionado por el peligro. Sin embargo, si es en dicho posterior momento cuando el juez, sin evidencia psicológica contrastable, debe determinar tales efectos psicológicos, cabe preguntarse a dónde conduciría la exigencia de una insuperabilidad psicológica para la aplicación de la eximente de miedo insuperable. En mi opinión, o bien a la inaplicación de la eximente, o bien a la pura arbitrariedad jurídica, pues la falta de un criterio contrastable para la aplicación de la eximente conllevaría que su aplicación quedara en manos de inverificables criterios de oportunidad en la decisión judicial.

Muy ilustrativa a este respecto es la consideración de HIGUERA (1991:38) sobre que nuestro T.S., de forma, nuevamente, contradictoria con su concepción sobre la insuperabilidad del miedo, no suele prácticamente nunca demandar un informe de tipo psicológico cuando se plantea la posible aplicación de esta eximente. Y según he podido comprobar, cuando, excepcionalmente, sí se demanda tal informe éste es, indefectiblemente, negativo sobre la existencia de un miedo psicológicamente insuperable[279].

---

[278] A ello ha de sumarse el grave problema representado por el hecho de que también parece aceptado en la psicología que la reacción psicológica del miedo depende de variables específicas de la personalidad de cada individuo (BERNSMANN, 1989:165), con lo que no podría establecerse un patrón fiable de la reacción tipo o genérica en tal o cual situación de miedo. Por todo ello, este mismo autor concluye que el jurista, en su construcción del estado de necesidad, o traducido a nuestra problemática, en la determinación de la insuperabilidad del miedo, no puede esperar mucho de los psicólogos (BERNSMANN, 1989:173). Aluden también al problema de la heterogeneidad de la medición del miedo GRUBITZSCH/REXILIUS (1987:47).

[279] Ello puede apreciarse en la STS 30-9-1993 (RAJ 7020) o en la SAP de Barcelona de 13-3-1989, (ACT.PEN. 1990, @ 75, énfasis añadido), que se refiere precisamente al problema de valorar el efecto psicológico del miedo una vez acontecido el suceso que lo provoca, denegando la eximente porque "si bien del informe médico forense obrante en autos se desprende que Jean B. sufre una inestabilidad emocional,

En definitiva, tal y como ya ha remarcado nuestra doctrina mayoritaria, la referencia legislativa al "miedo insuperable" no ha de interpretarse en términos exclusivamente psicológicos que aboquen a la exigencia de un estado de terror o pánico incapacitador. La alusión al "miedo" debe entonces interpretarse como *la exigencia de un cierto estado emocional* en el individuo, provocado por la amenaza de un mal y caracterizado por el temor de la persona al advenimiento de un hecho desagradable, frente al cual ésta puede reaccionar de diversas formas. Lógicamente, la reacción que interesa al derecho penal es aquélla en la que, para evitar el mal amenazante, se lesionan bienes jurídicos ajenos[280].

De ello se deriva que la "insuperabilidad" del miedo debe interpretarse en un sentido normativo: miedo insuperable es aquel miedo que, normativamente, no se exige a la persona que lo supere. Dicho con otras palabras, si hemos de partir de que la emoción del miedo que la eximente sexta exige como presupuesto de hecho de su aplicación, no implica un trastorno psíquico incapacitador, entonces el aspecto decisivo no descansa en la cantidad de presión psíquica que recibe el afectado, sino *que estamos ante el problema de determinar qué exigencias normativas pueden y deben requerirse a una persona amenazada por un mal que le provoca miedo* para poder afirmar que estamos ante un miedo insuperable[281].

De todas estas consideraciones se deduce un aspecto importante para la aplicación de la eximente de miedo insuperable: el aspecto emocional específico de nuestra eximente, esto es, el miedo, acaba derivando en una *presunción*. Si, como hemos venido viendo a lo largo de este capítulo, el miedo no es sino la "proyección subjetiva de la situación material de conflicto" que sufre una persona por la amenaza de un mal (SAP Madrid, 29-5-1997,

---

ello no es suficiente para apreciar la concurrencia de dicha causa de exención, *máxime si tenemos en cuenta el lapsus de tiempo que media entre la comisión de los hechos y el momento en el que es reconocido por el forense".*

[280] Así, OCTAVIO de TOLEDO/HUERTA (1986:379: miedo en esta eximente "equivale a temor que experimenta un sujeto ante el peligro de que sobrevenga un mal que intenta evitar..."); MIR (1996:615); COBO/VIVES (1996:628, que se hacen eco de una de las acepciones de la definición del miedo contenidas en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "recelo o aprensión que uno tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que desea"); SILVA/CORCOY/BALDO (1996:326) y CUERDA ARNAU (1997:84: "el miedo a que se refiere el artículo 20 nº 6 no es el terror o pánico que altera la imputabilidad del sujeto (...) sino el que altera la capacidad de decisión.", en el mismo sentido, MORALES, 1996:181). Una definición psicológica puede verse en GRAY (1993:17): "el miedo es un tipo de reacción emocional frente al castigo; pudiendo definirse el 'castigo' como un estímulo que la mayoría de los miembros de la especie considerada procuran rehuir, terminar o evitar."

[281] Como bien dice AYALA (1993:106), "El requisito de la insuperabilidad es eminentemente normativo (...) el miedo es un estado emocional afectivo, pero el miedo insuperable es un concepto que, en su conjunto, es de carácter jurídico.". Vid. también COBO/VIVES (1996:628-629) y SILVA/CORCOY/BALDO (1996:329).

TSJ/AP, 1997, Nº 10, sentencia nº 788), y tal proyección subjetiva no es factible calibrarla *a posteriori* en términos exclusivamente psicológicos, entonces lo importante pasa a ser la verificación de la existencia de dicha situación de conflicto, es decir, la amenaza o peligro de un mal ante el que la persona reacciona evitándolo, pues cuando ello sea así; esto es, *cuando la persona obre para evitar un peligro se va a presumir que su actuación concreta ha venido motivada por el miedo a que tal peligro se realizara.* Esta presunción, de hecho, creo que se encuentra ratificada por la propia psicología, pues como ya vimos, ésta define al miedo como una reacción normal y lógica en el contexto de la amenaza de un mal; y es, ante todo, una lógica consecuencia de la interpretación normativa de la eximente, que desplaza con ello el núcleo decisivo de la exención al tema de las exigencias normativas[282].

Sin embargo, ciertamente, ésta parece ser una presunción *iuris tantum*. Es decir, el ordenamiento penal va a partir, según creo, de la existencia de miedo en la actuación encaminada a evitar un mal, pero tal presunción puede refutarse cuando haya indicios concluyentes que demuestren que la actuación de la persona no fue movida por el miedo al mal amenazante. Estos indicios o casos en los cuales se puede poner en tela de juicio la presencia de la emoción del miedo se pueden agrupar, fundamentalmente, en tres supuestos.

2.2. Supuestos discutibles de miedo.

2.2.1. Acción reflexiva de la persona amenazada.

El primero de los supuestos en los que puede discutirse la presencia de miedo en la persona, es aquél en el que ésta actúa de forma reflexiva. Me refiero con ello a la concepción jurisprudencial que deniega la existencia de miedo cuando constata una mínima actividad de raciocinio o reflexión en la conducta de la persona acusada[283]. Ello ha llevado

---

[282] BACIGALUPO (1997:290): "El miedo o la situación coactiva generada por una amenaza no son sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo...". En la doctrina alemana sobre el estado de necesidad exculpante ha subrayado este punto HIRSCH (1985:198 -§35/39-): "Constatada la intención de evitar el peligro, se presume irrevocablemente por la ley la causalidad de la necesidad para el comportamiento. No es necesario por ello un examen específico en el caso concreto sobre si el autor, de hecho, obró bajo constreñimiento psíquico, esto es, bajo una tal presión psicológica que no se le podía exigir un comportamiento adecuado a la norma (...). La concepción contraria desembocaría en una completa investigación de la personalidad.".

[283] Vid. STS 13-3-1934 (RAJ 509), 21-2-1936 (RAJ 381), 4-3-1958 (RAJ 786: la eximente de miedo insuperable "se excluye por los actos reflexivos del reo..."), 15-4-1980 (RAJ 1283) y 14-3-1986 (RAJ 1641). De hecho, ello no parece ser sino una consecuencia de la propia concepción del TS sobre esta

al T.S., siguiendo esta argumentación, a considerar generalmente incompatible la actuación alevosa de la persona con la estimación de la eximente de miedo insuperable, por entender que la actuación de "prepotencia", "serenidad" o "frialdad de ánimo" que caracteriza la agravante de alevosía no puede considerarse compatible con la presencia de miedo en la persona[284].

Sin embargo, este proceder del T.S. no es, a mi entender, correcto, porque no es sino una de las consecuencias de su restrictivo entendimiento de la eximente de miedo insuperable como trastorno psíquico incapacitador, lo cual, ciertamente, puede ser contradictorio con la actuación reflexiva de la persona. Pero tal actuación reflexiva no impide la presencia de miedo cuando esta emoción no alcanza esas cotas de impacto psíquico anulador de las facultades de la persona que exige el T.S. De hecho, la propia jurisprudencia confirma este punto, cuando, por ejemplo, en la STS 29-6-1990 (RAJ 7306), se subraya que

> ...la serenidad con que procedió, la recurrente, en el momento culminante de ejecución de los hechos, evidencia que si bien obró asustada y amilanada, trastornada y obnubilada, por el temor que sentía a perder la vida a manos de su irascible marido, tal temor, siendo intenso, no fue nunca insuperable...

Es decir, el propio T.S. acepta que aunque la actuación sea "serena", la persona puede estar bajo el influjo de la emoción del miedo, lo único que deniega es su insuperabilidad, de forma consecuente con su concepción exclusivamente psicológica de la misma, sobre la que ya nos hemos pronunciado en diversas ocasiones[285].

En definitiva, los indicios que indiquen que la actuación de la persona no fue el resultado de un impacto súbito de pánico, sino que, al contrario, fue incluso producto de una

---

eximente, que exige, según ejemplifica la STS 26-10-1982 (RAJ 5692) que el afectado quede "psicológicamente incapacitado para discurrir y querer".

[284] En este sentido, STS 4-12-1989 (RAJ 9416), 3-5-1990 (RAJ 3678), 16-1-1991 (RAJ 116), 9-5-1991 (RAJ 3610), 19-7-1994 (RAJ 6653).

[285] Lo mismo cabe decir de la incompatibilidad entre la agravante de alevosía y la eximente de miedo. Es decir, ello deriva de la propia concepción del TS sobre la eximente: "son inconciliables ese trastorno psíquico que el miedo produjo con una circunstancia que lleva en sí el estigma de la traición y de la cobardía (...) y el que procede impedido por el miedo, en el momento que éste llega a límites que impiden el normal raciocinio, ni escoge ni se aprovecha de medios que tiendan a la más fácil ejecución del pensamiento criminoso, apenas surgido realizado, sino que nublada su lucidez de juicio apela al procedimiento que primeramente se le ocurre sin plena voluntad consciente." (STS 20-5-1949, RAJ 822)

reflexión consciente o meditada no pueden considerarse suficientes para negar la existencia de miedo en la persona[286].

Igualmente, como bien destaca PUENTE (1997:253-254), tampoco la realización de actos posteriores a la consumación del delito, encaminados a dificultar que el mismo se descubra y que pueden realizarse ya fuera por completo del alcance de la sensación del miedo, pueden servir, sobre la base de la actividad razonada que con ello se refleja, para denegar la aplicación de la eximente, como en alguna ocasión ha defendido nuestro T.S. (STS 29-4-1988, RAJ 2906).

2.2.2. Transcurso de tiempo entre amenaza y acción salvadora.

Un segundo supuesto en el que se ha discutido la presencia de miedo es aquél en el que, entre la amenaza de un tercero, que es quien provoca el miedo, y la acción ejecutada para eludirla media un lapso de tiempo considerable. A mi entender, tampoco este hecho puede considerarse un indicio suficiente para negar la existencia de miedo en la reacción frente a la amenaza, como en este punto, incluso la propia jurisprudencia, acepta[287]; pues el miedo es un estado emocional que puede gestarse y estar presente en la psique de la persona durante un periodo relativamente largo de tiempo, siendo el último factor desencadenante de la reacción sólo el punto culminante de una serie de sucesos que lo han venido conformando.

La conclusión defendida respecto a los dos supuestos examinados (actuación reflexiva de la persona y trancurso de tiempo entre amenaza y reacción) encuentra un buen apoyo en la propia psicología. Tal como recoge BERNSMANN (1989:167 y ss.), la investigación psicológica sobre la emoción del miedo en situaciones de amenaza que se prolongan durante cierto tiempo, ha demostrado que incluso en situaciones extremas en las que la posibilidad de salvación parece remota y el bien jurídico amenazado es la propia vida, la

---

[286] De hecho, el propio T.S., en otro contexto, defiende esta opinión: vid. STS 27-4-1987 (RAJ 2623, énfasis añadido): "la fuga del procesado, abandonando la escena de los hechos, más evidencia el miedo a ser detenido por la sustracción del automóvil con el que perpetró la colisión con otros dos vehículos, *miedo que igualmente pone de relieve la propia capacidad reflexiva para eludir el alcance de la Ley...*". Igualmente, SILVA/CORCOY/BALDO (1996:326) consideran que cabe hablar de miedo en todos aquellos casos "en que el sujeto obra por el influjo de la amenaza de un mal y para tratar de conjurarlo, aunque lo haga con frialdad o serenidad."

[287] Vid. STS 29-4-1981 (RAJ 1677): "el miedo, puede surgir de modo *instantáneo* o gestarse de manera *lenta y paulatina*" (con cita de diversas sentencias en el mismo sentido).

persona desarrolla toda una serie de mecanismos de superación o evitación del miedo, entre los que se incluye la búsqueda racional de información que pueda lograr la salvación[288].

Una actividad racional o reflexiva, pues, no es que sea incompatible con el miedo, sino que, desde el punto de vista psicológico, es un mecanismo normal de afrontar el peligro aun bajo la emoción del miedo. De hecho, en la mayoría de casos penales en que se plantea la aplicación de la eximente de miedo insuperable, el delito no es producto del primer impacto psíquico que recibe la persona amenazada, sino que, normalmente, la acción se lleva a cabo después de un cierto tiempo y precedida de cierta actividad racional o reflexiva:

> Considérese aquí la STS 29-1-1994 (RAJ 593), que trata el caso de unos internos penitenciarios que, producto del miedo a sufrir la venganza de algún otro interno por haberse descubierto que habían informado a los funcionarios del descubrimiento de un arma ilegal en la cárcel, intentan escapar de la prisión, para lo cual secuestran a algunos funcionarios. Que los presos trazaran un plan de fuga no parece excluir que su actuación viniera motivada por el miedo a la venganza de otros internos[289].

2.2.3. La existencia de otros móviles.

En tercer lugar y por último, un aspecto que puede refutar la presunción de miedo es la presencia acreditada de otros móviles en la actuación de la persona. Ello plantea el problema de la concurrencia del miedo con otros posibles móviles.

---

[288] BERNSMANN subraya como resultado de la investigación sobre el miedo en situaciones de peligro duraderas que el ámbito de reacciones psicológicas que la persona puede desarrollar para superar el peligro es bastante amplio. La investigación psicológica se ha basado aquí, más que en una descripción psico-analítica de los efectos de la situación en la psique de la persona, en la diferenciación de una serie de formas de superación de la situación amenazante: la acción directa, la búsqueda de información, la represión de la acción (inactividad) y la superación intrapsíquica (p.ej. aceptación del posible fatal desenlace, negación del peligro...). Posteriormente menciona el ilustrativo caso de un accidente en una mina en USA en el que dos grupos de mineros permanecieron seis días y medio sepultados en diferentes galerías. Tras superar el schock inicial, comenzó por parte de ambos grupos la "búsqueda de información". Hubo rápidamente unanimidad en que lo más importante era encontrar una salida, aunque ello debía hacerse a oscuras y corriendo el riesgo de explosiones o derrumbamientos. Después de grandes esfuerzos se vio claro que no había salida posible, permaneciendo viable sólo un salvamento desde el exterior. Ante ello, acordaron proteger sus provisiones de agua, y cuando éstas acabaron, los mineros intentaron beberse su propia orina; algo que llevaron a cabo la mayoría. Finalmente fueron rescatados con vida. Todos los sepultados atestiguaron haber sufrido un gran miedo y frecuentes arrebatos de desmoralización.

[289] Recuérdese también el reciente trágico caso de Anabel Segura, en el que la esposa de uno de los autores del crimen alega que fue obligada a simular la voz de Anabel en una cinta magnetofónica bajo amenazas de muerte. Tal alegación plantea varios problemas (fundamentalmente probatorios), pero lo que no parecería correcto sería rechazarla por el hecho de que tal actividad (simular una voz) evidencia que la acusada no había perdido el control de sus actos, pues ello no es lo decisivo para estimar o no la eximente.

Cabe destacar que un requisito comúnmente exigido por el T.S. para aplicar la eximente, y respaldado por cierta parte de nuestra doctrina penal, es que el miedo debe ser el único móvil que guíe la conducta de la persona[290]. La cuestión que quiero plantear en este apartado es si esta taxativa exigencia es o no acertada.

Para ello resulta imprescindible la remisión al fundamento de la eximente de miedo insuperable. La base de la eximente es la existencia de un conflicto de males que amenaza a una persona y no le deja otra alternativa razonable que cometer el delito. Por tanto, requisito *sine qua non* del miedo insuperable es que la persona se encuentre ante tal conflicto de males, esto es, ante una situación coactiva que afecte a su libertad de elección. De esta forma, si la persona no actúa *para evitar el peligro*, sino por otros motivos (ánimo de lucro, odio, venganza...), entonces no puede decirse que su acción viniera coaccionada o determinada por la situación de miedo producida por el mal amenazante. El ordenamiento penal reconoce con esta eximente el valor que la emoción del miedo ante un peligro puede tener en la conducta humana, pero por esta misma razón debe exigirse la presencia de tal emoción en la actuación de la persona que pretende ampararse en esta eximente. Una exigencia normativa consustancial a la eximente de miedo insuperable es, por tanto, que la persona actúe *para* evitar el peligro y salvar así el bien jurídico amenazado.

Sin embargo, si como vimos, la presencia de miedo en quien obra para evitar un peligro es algo que se va a presumir, el problema se desplaza a la posible constatación de otros móviles en la conducta de la persona, que planteen la incompatibilidad de la concreta actuación con el fundamento de la exención. Desde esta perspectiva, parece claro que la acreditación de determinados móviles puede ser incompatible con la presencia de miedo en la persona, y puede llevar por esta razón a la desestimación de eximente, tanto en su modalidad completa como incompleta.

En este sentido, el móvil quizás más alejado del miedo parece ser *la actuación plenamente voluntaria* de la persona, pues con ello se diluye totalmente el fundamento de la eximente:

---

[290] En este sentido, y por solo citar las decisiones más modernas, vid. STS 6-5-1997 (RAJ 3629, con cita de abundante jurisprudencia en esta línea), ATS 27-3-1996 (RAJ 2004) y STS 6-10-1995 (RAJ 7400). En la doctrina comparten esta exigencia SAINZ CANTERO (1983:113); LUZON (1995a:4290), quien deduce que "la conducta en cuestión ha de estar motivada únicamente por el miedo", del hecho de que el legislador se refiera a obrar "impulsado" por el miedo; y PUENTE (1997:254). Cabe destacar que en alguna ocasión nuestro TS se ha referido a que la causa del miedo debe proceder "de un móvil lícito y honesto, esto es, no contrario a los dictados de la moral y el derecho..." (STS 22-10-1942, RAJ 1142; 30-1-1943, RAJ 68; 16-3-1973, RAJ 1341). Sin embargo, esta exigencia no parece referirse tanto al problema del móvil de la

quien ha obrado de forma totalmente voluntaria, esto es, sin sentirse presionado por el mal amenazante, no ha padecido ningún conflicto que afectara a su voluntad o libertad de elección. Por tanto, cuando se demuestre por hechos concluyentes que la persona no ha actuado para evitar el mal sino por otros motivos, decaerá toda posibilidad de aplicar la eximente de miedo insuperable[291].

> Un ejemplo de ello lo proporciona el caso tratado por la STS de 8-3-1995 (RAJ 1910), en el que se juzga a unas personas por colaboración con banda armada por haber dado refugio a unos integrantes de la banda ETA durante su huida de la persecución policial. En su defensa los acusados alegan la eximente de miedo insuperable, situándose con ello el núcleo del recurso de casación en la cuestión de si la colaboración con ETA se debió a una afinidad ideológica con este grupo terrorista o, en realidad, al miedo ante las amenazas llevadas a cabo por los terroristas huidos. El T.S., de la actividad de ayuda desplegada por los acusados, deduce que el miedo que sufrieron no anuló sus normales facultades del psiquismo, ante lo que no estima aplicable la eximente de miedo insuperable, sino únicamente la incompleta apreciada en la instancia y no discutida en casación[292].

---

conducta de la persona (que no tiene sentido exigir que sea lícito u honesto), como al tema, que veremos más adelante, de la posible aplicación del miedo insuperable en casos de amenaza de un mal lícito.

[291] Desde una perspectiva histórica, ofrece un claro ejemplo de ello el enjuiciamiento de los crímenes de guerra nazis, en los cuales varios oficiales y soldados alegaron en su defensa haber realizado los crímenes por miedo a las represalias de sus superiores en caso de negativa; represalias que pueden quedar fácilmente acreditadas por el propio sistema del régimen nazi. Sin embargo, determinados hechos pueden conducir a la conclusión de que tales crímenes no fueron el resultado de un temor o miedo a las represalias, sino simplemente la consecuencia de la adhesión a un determinado régimen. Sobre la problemática de la eximente de *duress* (coacción) en los casos de crímenes de guerra vid. extensamente DIENSTAG (1982:121). Este autor ofrece una serie de criterios para valorar la voluntaria participación en tales crímenes de determinadas personas, como su status en el esquema de la jerarquía militar y de la acción criminal, su actividad (ej. muestras de minimización de la acción criminal, o por contra, muestras de brutalidad...) etc. En el supuesto concreto que este autor trata en su artículo, el caso de Fedorenko (prisionero de guerra ucraniano reclutado por los nazis como guarda en los campos de concentración, al que por sus actividades de ayuda a los nazis el gobierno americano pretendía retirar la nacionalidad americana adquirida tras la guerra), un fuerte indicio en contra de su defensa lo constituyó el hecho de que fue condecorado por su buen servicio a los nazis. Vid. también sobre estos casos ROXIN (1994:811) y ESER/BURKHARDT (1995:381).

[292] La decisión del Supremo en este caso es confusa en varios puntos, lo cual parece traer por causa, nuevamente, la particular concepción de la eximente de miedo como un trastorno mental transitorio. Si ello fuera correcto, los móviles por los que se llega a la situación de trastorno, debieran ser en realidad irrelevantes, importando sólo el concreto impacto psíquico padecido. Sin embargo el T.S. introduce subrepticiamente la discusión sobre los móviles degradando el impacto psíquico recibido por los acusados, de la categoría de un trastorno mental a la de una "cierta situación de angustia" cuando duda de la puridad de los móviles del acusado. Tenemos con ello un claro ejemplo de la arbitrariedad a la que conduce la exigencia de un efecto inverificable para la apreciación de la eximente; y a la vez del juicio normativo encubierto que el T.S. realiza en los supuestos de miedo insuperable. De todas formas, al margen de la concreta argumentación del T.S. en esta sentencia, interesa destacar que, efectivamente, determinados móviles pueden estimarse incompatibles con el fundamento de la eximente y dar por ello lugar a su inaplicación.

Sin embargo, el problema se complica si añadimos *la posibilidad de concurrencia de móviles en la actuación de la persona.* Es decir, que determinados hechos nos lleven a la conclusión de que el autor concreto no ha actuado por miedo sino por otros fines incompatibles, no significa que no puedan existir casos en los que, junto al miedo, concurra en la actuación de la persona otro u otros móviles diversos.

Respecto a este problema, debe, a mi entender, señalarse que, en contra de lo defendido por el T.S. y parte de la doctrina penal, lo que el fundamento de la eximente exige es que la persona obre impulsada por miedo, pero ello no significa que el miedo deba ser el único móvil de su conducta, puesto que si además de por miedo, la persona obra, p.ej. por odio a quien reiteradamente le viene amenazando, ello no parece impedir que se cumpla lo exigido por la ley, esto es, que se obre impulsado, *en definitiva pero no exclusivamente*, por miedo. Por tanto, en estos supuestos de concurrencia de móviles está también presente el fundamento de la eximente, ya que la persona obra, a fin de cuentas, para evitar el mal amenazante. En resumen, tanto en virtud del fundamento de la eximente, como de la propia letra del art. 20.6 parece defendible que la concurrencia, junto al miedo, de otros móviles, no ha de implicar la denegación de la eximente[293].

Ello ha sido defendido por la doctrina angloamericana con respecto al problema análogo que se plantea en la eximente de *duress*. Como bien dice, J.C.SMITH (1992:177), si la amenaza es una condición *sine qua non* (el autor no hubiera llevado a cabo el hecho si no hubiera sido amenazado) debe reconocerse la defensa, aunque el autor tenga otros motivos para actuar[294]. Con ello, en virtud del principio acusatorio, la cuestión acaba recayendo en

---

[293] Defiende este punto de vista CUERDA ARNAU (1997:92): "lo que la Ley pretende exigiendo que el sujeto actúe 'impulsado por miedo insuperable', es asegurarse de que efectivamente falta en aquél la libertad de determinación necesaria para exigirle una conducta distinta. Tal cosa sólo sucederá en la medida en que el agente sea consciente del mal -real o supuesto- que le amenaza y actúe ante el temor de que se produzca. (...). Todo ello, sin embargo, no equivale a convertir la razón de la dispensa en el móvil de la acción y, mucho menos, en el móvil único, pues es obvio que, junto al miedo de que acaezca un mal, pueden concurrir móviles distintos, social o moralmente reprochables...". Igualmente: SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:329).

[294] Esta formulación del problema deriva de una importante decisión de los tribunales ingleses recaída en el caso *Valderrama-Vega* (1985), en el cual se juzgaba a una persona por tráfico de drogas. Valderrama-Vega alegó en su defensa haber recibido amenazas de muerte hacia él y su familia por parte de la mafia de la droga, además de otra amenaza con revelar sus inclinaciones homosexuales. Por último, también alegó dificultades financieras que contribuyeron a su aceptación. El jurado fue informado de que la defensa de *duress* sólo podía concederse si Valderrama-Vega actuó únicamente como resultado de las amenazas de muerte, pero en apelación el tribunal falló que el uso de la palabra "únicamente" fue equivocado. Sin embargo, en un caso posterior similar (*Ortiz*, 1986), la corte de apelación inglesa adoptó una decisión contraria estableciendo que "no existe espacio para otros motivos en sus actos", que no sea el miedo ocasionado por las amenazas. (vid. SMITH/HOGAN, 1993:277). Un detallado análisis de esta cuestión

manos de la acusación, que debe demostrar que, en el caso concreto, la persona tenía determinados móviles para actuar que deben considerarse incompatibles con una actuación guiada por el miedo a la amenaza[295].

Evidentemente, la prueba de los móviles en el proceso penal es difícil, y sobre ello no se pueden pretender dar reglas fijas. Por mi parte, sólo quisiera aquí plantear un posible parámetro para encarar este problema: cuanto más poderoso y más alejado del fundamento que justifica la exención de miedo insuperable sea el móvil concurrente, más se diluirá el efecto del miedo sobre la conducta y mayor relevancia adquerirá, por contra, el otro móvil[296].

Por ejemplo, un móvil alejado del fundamento de la eximente es *la venganza*, ya que la eximente de miedo protege a quien se defiende contra un mal amenazante, no a quien pretende bajo su amparo reaccionar frente a males pasados y por ello ya inevitables o irreparables[297]. Sin embargo, creo que no puede decirse lo mismo del *odio*, emoción cercana a la venganza, pero que puede estar también presente en la actuación de la persona que se defiende del peligro representado por la fuente reiterada de sus males, sin que por ello tal odio desplace el sentimiento de miedo que guía la acción.

La cuestión quizás más problemática respecto a este tema consiste en la valoración del *ánimo de lucro* de la persona.

---

desde el punto de vista de la doctrina inglesa puede verse en ALLDRIDGE (1986:437-440). Cabe destacar que es ésta también la opinión mayoritaria de la doctrina alemana, que exige, respecto a la eximente de estado de necesidad exculpante, que la persona obre para evitar el peligro, "aunque el móvil salvador no necesita venir causado por nobles sentimientos o ser la finalidad última del autor. Quien salva a un familiar bajo las condiciones del parágrafo 35 no por afecto hacia él sino sólo porque no quiere ser visto como un cobarde o porque espera con ello ser llamado a la herencia del salvado, queda también exculpado" (ROXIN, 1994:811-812; vid. también HIRSCH, 1985:197 -§35/38-; KÜHL, 1994:363; JESCHECK/WEIGEND, 1996:483; LACKNER, 1995:232 -§35/5-, en contra JAKOBS, 1995:693; TIMPE, 1984:860; KÖHLER, 1997:338, quienes no estiman necesario ni siquiera que la persona obre para evitar el mal amenazante).

[295] Debe quizás aclararse que, como señala J.C. SMITH (1992:177), esto no equivale a convertir el juicio sobre los móviles concurrentes en una prueba sobre si la persona hubiese actuado de igual forma en ausencia de miedo. Quizás ello pueda parecer un mero juego de palabras, pero se ha de tener en cuenta que si el criterio para evaluar la conducta fuera este último (esto es, si lo decisivo fuera la pregunta ¿hubiera actuado igual el autor de no haber sufrido miedo ante la amenaza del peligro?), ello podría derivar en un juicio sobre la personalidad o modo de vida de un autor concreto, de manera análoga a lo que sucede con la famosa fórmula de FRANK con respecto al dolo eventual (sobre ello vid. GIMBERNAT, 1969:253-254).

[296] Debe remarcarse que, como subrayan JESCHECK/WEIGEND (1996:483), en esta cuestión de los móviles concurrentes ha de tenerse en cuenta el principo *in dubio pro reo.*

> Un ejemplo de ello lo proporciona la STS de 20-9-1993 (RAJ 6800), que plantea el caso de un funcionario del servicio militar acusado del delito de falsificación en documento oficial, habiendo consistido su actividad en, mediante varias falsificaciones, conseguir la exención del servicio militar de cierto número de personas. En su defensa alega miedo insuperable, en concreto debido a unas amenazas de la banda terrorista ETA; amenazas que el T.S. considera probadas. Sin embargo, también consta probado que el acusado recibió por su actividad importantes sumas de dinero en contraprestación a sus servicios, por lo que el T.S. considera que: "Mal puede sostenerse que actuase [el acusado] bajo el dictado del miedo cuando exigió importantes sumas de dinero, en varias ocasiones, separadas en el tiempo, a familiares o directos interesados en librarse del servicio militar (...). Muy al contrario, todo apunta a que en estas acciones su libertad de decisión permanece incólume y en modo alguno el miedo fue el estímulo de su conducta".

El problema es, en suma, que la exigencia de dinero por parte del acusado parece un fuerte indicio demostrativo de que su actuación no vino guiada por el miedo a determinadas amenazas, sino más bien por el ánimo de lucro[298].

De todas formas, la cuestión es compleja, porque es difícil valorar los supuestos en los que, verificado un peligro que la persona teme, ésta pretende *aprovechar* su acción de evitación del peligro para lograr otros fines o ventajas. La solución a estos casos de ánimo lucrativo creo que dependerá del tipo de "aprovechamiento" que la persona pretenda lograr con su acción. Perseguir con ella algún tipo de ventaja patrimonial futura o supuesta (recompensa, llamamiento a herencia), probablemente deba estimarse compatible con el fundamento de la eximente, porque el propio grado de incerteza de la recompensa patrimonial no parece desplazar el miedo al peligro como móvil preponderante. Pero un aprovechamiento patrimonial directo y seguro, si no está ligado directamente con el peligro (esto es, si el peligro no es precisamente la escasez de medios económicos), parece vulnerar el propio fundamento de la eximente que, no olvidemos, es una especial causa de exculpación en la que la valoración de los móviles de la persona puede desempeñar un papel importante a la hora de su aplicación (FORNASARI, 1990:220; FINKELSTEIN,

---

[297] En este sentido vid. ATS 23-4-1997 (RAJ 3295), en el que la persona agredida, una vez pasada la agresión e inmóvil el agresor, dominado por la ira y para vengarse de la anterior bofetada sufrida, sale del coche con un sable japonés y mata a su agresor; y también la STS 10-12-1997 (RAJ 8745).

[298] El ánimo de lucro parece, pues, un móvil incompatible con la emoción del miedo. Por ello, cuando se demuestre que la actuación de la persona ha venido movida por tal ánimo, resultará poco probable que se pueda conceder también influjo en la conducta a la emoción del miedo. Considérese el caso juzgado por la corte de apelación inglesa, en la que un acusado de tráfico de drogas alega en su defensa la existencia de amenazas de muerte por parte de la mafia de las drogas, resultando probado la existencia de claros incentivos financieros para cometer el delito: se le había proveído de un piso en Chelsea, le habían ingresado 50.000

1995:279-281). No obstante, creo que no puede descartarse, en casos dudosos, la solución de la eximente incompleta[299].

3. La insuperabilidad del miedo.

3.1. El criterio del hombre medio en la posición del autor.

Analizado el contenido de la referencia legislativa al miedo, resta analizar el resto de requisitos normativos de la eximente, que se concentran en la alusión a su *insuperabilidad.* Pero antes de abordar esta tarea, debe analizarse la respuesta que, corrientemente, ha dado nuestra doctrina al problema de la determinación de la insuperabilidad del miedo.

Lo primero que debe remarcarse es que la doctrina penal ha tenido siempre bien presente que el principal problema del principio de inexigibilidad radica en su indeterminación. Por esta razón, desde los primeros desarrollos de este principio se ha sentido la necesidad de ofrecer algún criterio o pauta normativa de enjuiciamiento, que pudiera, en la medida de lo posible, paliar la inherente indeterminación del pensamiento de la inexigibilidad.

El criterio que más éxito ha tenido, tradicionalmente, en la doctrina penal es el del "hombre medio", señalado recurrentemente como la pauta adecuada para la determinación de las condiciones de la exigibilidad de un comportamiento. Inexigible sería así aquel comportamiento que el hombre medio no estuviera en condiciones de cumplir, lo cual, aplicado a nuestra eximente de miedo insuperable se traduce en que *insuperable sería aquel miedo que el hombre medio no pudiera (en sentido normativo y no psicológico) vencer*[300].

---

libras en un cuenta de un banco suizo, y cuando fue arrestado llevaba encima 39.000 libras (caso *Ortiz*, vid. en SMITH/HOGAN, 1993:277).

[299] Considérese aquí el caso enjuiciado por la S.A.P. Barcelona de 24-5-1996 (TSJ/AP nº 296), en la que el Tribunal deniega toda aplicación de miedo insuperable como eximente o atenuante porque en el caso concreto "el acusado [de robo], no contento con la cantidad que al parecer le había instado su compañera, aprovecha la ocasión para llevarse algún sobrante (...) si el acusado roba más de lo que necesita o provoca el miedo, siendo así que la necesidad o el miedo se ceñirían a una cantidad concreta y determinada, en este caso de 30.000 pesetas, de ello resulta la evidencia más palpable de que tal miedo o la necesidad no han sido los determinantes de la acción perseguida...". Como se aprecia en la propia sentencia, esta decisión parece venir condicionada por el hecho de que el tribunal, simplemente, no estima verosímil la versión del acusado sobre que cometió el hecho por miedo. Sin embargo, el argumento utilizado para rechazar tal alegación, centrado en la falta del ánimo propio de la eximente porque el acusado no se limitó a robar estrictamente la cantidad de dinero que le exigían, me parece de un rigor exacerbado y por ello criticable.

[300] Como destaca CUERDA ARNAU (1997:97): "El recurso al hombre medio como criterio para medir la insuperabilidad del miedo es el que goza de mayor predicamento entre la doctrina.". En la jurisprudencia son también numerosas las sentencias que aluden a que lo decisivo, para evaluar la insuperabilidad del miedo, es el comportamiento del "común de las personas" (STS 19-7-1994, RAJ 6653, 29-1-1998, RAJ

Respecto a su primacía en la doctrina penal, cabe señalar que ésta se debe, probablemente, a la preocupación por las exigencias de la prevención general, que aconsejan limitar el funcionamiento y potencialidad del principio de inexigibilidad a través de un criterio objetivo-general que, dicho gráficamente, no se pueda escapar de las manos del legislador o del aplicador del derecho[301], como así podría suceder con alguna aislada propuesta individualizadora del criterio de determinación de la exigibilidad que, precisamente por esta razón, apenas encontró eco en la doctrina penal[302]. Resumido en palabras de uno de los fundadores, en la dogmática penal, del pensamiento de la exigibilidad:

> Naturalmente, jurídicamente, han de reconocerse como preponderantes sólo aquellas motivaciones que, bajo las circunstancias concretas, hubieran vencido la motivación de la obligación respecto a un hombre medio [*Durchschnittsmenschen*]. En otras palabras, (...) el "poder" [*Können*] determinado por la "motivación normal" no se ha de medir subjetivamente, según las facultades y características individuales del autor, sino de acuerdo a una medida objetiva, esto es, se hace depender en realidad de un "deber" [*Sollen*]. El poder de los otros se convierte para el autor en un deber. (GOLDSCHMIDT, 1930:453)

Ciertamente, en la doctrina penal no faltaron voces críticas que, por un lado, se preguntaron cuál debía ser el referente de la alusión al "hombre medio"; y que por otro lado, destacaron, ya desde el inicio, la excesiva abstracción de la situación individual que este criterio parecía llevar consigo.

---

385), del "hombre medio o normal" (STS 26-5-1983, RAJ 2785 y 17-12-1934, RAJ 2289), o de "la generalidad de las personas" (STS 20-4-1959, RAJ1339).

[301] MAURACH (1962:51) destaca cómo sólo cuando la inexigibilidad se determinó de acuerdo al parámetro del hombre medio, esta doctrina alcanzó difusión en la doctrina penal. En la doctrina angloamericana parece también presente esta idea; así el MPC (1985:374), en su comentario a la eximente de *duress*, subraya que "hacer depender la responsabilidad de la capacidad de resistencia de un autor determinado sería no menos impracticable e imprudente que permitirla depender de otras variables como la inteligencia o lucidez de juicio, sugestionabilidad o intuición moral". Igualmente, en Inglaterra los jueces ingleses, con ocasión del caso *Graham* (1982), declararon que el estándar generalizante presente en la eximente de *duress* viene requerido por razones de *public policy* (caso citado en SMITH/HOGAN; 1993:278). En nuestro país es muy claro a este respecto DIAZ PALOS (1977:351): "No se trata, por tanto, de admitir todo lo que el sujeto **estime** como invencible. Ello crearía un clima de inseguridad para la convivencia social insostenible. (...) la condición subjetiva debe ser moderada por el patrón de la exigibilidad respecto de un hombre sano de mente y de reacciones normales.".

[302] Sobre esta cuestión es, a mi entender, ilustrativo el hecho de que, de hecho, ni siquiera el clásico trabajo de FREUDENTHAL (1922), señalado por toda la doctrina como ejemplo de la defensa de un criterio individualizado de exigibilidad (ACHENBACH, llega incluso a catalogarlo de "extrema individualización",

Respecto a la primera cuestión, las críticas al criterio del hombre medio se dirigieron tanto a su vaguedad como, fundamentalmente, a los peligros que para la prevención de delitos podían derivarse hacer depender las exigencias del derecho de un referente empírico: el comportamiento considerado, estadísticamente, propio del ciudadano medio. En este sentido, ya se refirió SAUERLANDT (1936, cita en HENKEL, 1954:307) a que "el comportamiento empírico-general del *homunculus normalis* no es una magnitud suficientemente determinable, sino más bien un pura ficción, con lo que la cuestión ponderativa lleva aquí a un juicio inseguro de probabilidad.". El temor de la doctrina penal radicaba, pues, en que "la consideración del comportamiento de la gran masa (...) traía consigo el peligro del deslizamiento hacia inestables valoraciones medias y conduciría a un constante retroceso del derecho penal respecto al quebrantamiento del derecho" (MAURACH, 1935, cita en HENKEL, 1954:308)[303].

Precisamente debido a los peligros que para la prevención general se podían derivar de hacer depender el juicio del hombre medio de un referente *empírico*, los defensores del criterio del hombre medio, se encargaron pronto de subrayar que la alusión a este parámetro no debía entenderse en tal sentido. Es decir, no debía intentarse hallar un referente empírico en la vida real que se correspondiera, por así decirlo, con el hombre, estadísticamente, medio; sino que, más bien, la referencia al "hombre medio" debía entenderse como una ficción jurídica, esto es, como un criterio puramente *normativo*:

> En vista de la situación de la discusión significó el inicio de un cambio fundamental, el intento de *Eb. Schmidt* de situar la medida general en el comportamiento del "ciudadano leal", esto es, del cooperador del derecho, de los ciudadanos cumplidores con las exigencias de la comunidad. Con ello no se postulaba ya más un referente fáctico o cuasi-fáctico, sino uno normativo, y se

---

1974;146), parece, tal y como señalamos en el capítulo precedente interpretable en tal sentido individualizador.

[303] En la misma dirección se dirigió la crítica de SCARANO (cit. en CUERDA ARNAU, 1997:104-105), sobre que el hombre medio es "un hombre imposible", por lo que cuando se habla de él, la referencia lo es a "un legendario hombre medio" y a un juicio "cuyo hecho no existe: existen en realidad, tantos juicios como hombres de la calle, y la media que resulta no puede tener mayor pretensión de validez que el juicio del particular". Este autor ilustra posteriormente su crítica, centrada ahora en los peligros que para la prevención del delito conlleva este criterio, con el ejemplo del delito de duelo, pues considera que la exaltación del sentimiento del honor en la sociedad de su tiempo conllevaría que un juicio estadístico sobre el hombre medio, concluiría que este delito es impune "verificándose la capitulación (...) de la sociedad frente al delito. Y por tanto el intento de determinar la noción de no exigibilidad según el cálculo estadístico no puede ser compartido." (cit. en CUERDA ARNAU, 1997:105). El mismo ejemplo fue empleado, tiempo atrás, por SCHAFFSTEIN, el más incisivo crítico del pensamiento liberal de la inexigibilidad, para criticar, igualmente, el criterio del hombre medio como medida empírica, que en definitiva, conduce a que "el ordenamiento jurídico, en vez de ser la guía para el comportamiento medio, es él mismo guiado por el comportamiento medio"(SCHAFFSTEIN, 1933:33-34, 46).

reconocía que se trata de la obtención del contenido de la norma por medio del deber [*Sollen*]. (HENKEL, 1954:307)[304]

Estamos, en definitiva, como expresa AYALA (1993:111, énfasis añadido) ante una referencia ideal: "será superable o insuperable para el individuo destinatario de la norma, lo que a su vez sea de tal carácter para el *individuo medio ideal...*"[305]. Y este "ideal", claro está, lo debe conformar el propio ordenamiento jurídico. Con ello, la famosa consigna del pensamiento de la inexigibilidad *"tú debes, porque tú puedes"*, acaba convertida en *"tu puedes, porque tú debes"*, tal como defiende, de hecho, el propio GOLDSCHMIDT, (1930:453, anot. nº 6), que un poco más adelante subraya que, de lo contrario, se llegaría a la impunidad del delincuente por convicción (1930:454).

Por lo que hace referencia a la segunda clásica crítica al criterio del hombre medio, esto es, su abstracción de la situación individual del caso concreto[306], la doctrina penal también encontró un medio de integrar esa crítica en el propio concepto del hombre medio, pretendiendo con ello desvanecerla. En este sentido, pronto se arguyó contra tal crítica que la pauta del hombre medio hacía referencia en realidad a la medida del hombre medio *"en la posición del autor"*, con lo que, en realidad, no tenía lugar un juicio de inexigibilidad de espaldas a las características concretas del caso individual[307].

---

[304] Destaca también claramente este problema CUERDA ARNAU (1997:105-106, énfasis añadido, *idem* en 1996:178), defensora del criterio del hombre medio, y que ante las críticas sobre la indeterminación y peligrosidad de su referencia empírica, subraya que "Lo decisivo no es, pues, lo que, de hecho, le parezca inexigible al hombre medio como simple dato estadístico. Cuando se alude a ese hombre medio, *la referencia lo es a los requerimientos que el ordenamiento puede dirigirle, y éstos se determinan de acuerdo con las normas de la comunidad jurídica*, no según la voluntad del mayor número cuando ésta se opone manifiestamente a la voluntad de la mayoría que representa la ley."

[305] La aclaración de que se trata de un criterio puramente normativo, sin aspiración, pues, de encontrar verificación empírica, evita el equívoco que quizás pudieran causar algunas referencias doctrinales a que "insuperable quiere decir aquí superior a la exigencia media de soportar males y peligros" (MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, 1996:410-411), o aquéllas que toman como referente la actuación de "la mayoría de los hombres" (PUIG PEÑA, 1969:50-51) o la "generalidad" (BUSTOS/HORMAZABAL, 1994:519); pues estas expresiones pudieran entenderse como una alusión estadística al comportamiento de la mayoría de los ciudadanos.

[306] "La 'conocida y apaciguadora fórmula de la diligencia media', la regla personificada del diligente padre de familia significó en un tiempo un desenvolvimiento de gran valor, pero pretende 'medir un hombre de carne y hueso con un fantasma', olvidando que 'la vida sólo con la vida puede medirse' ". (ANTON, 1949:246)

[307] Así, ya SCHMIDT (en v. LISZT/SCHMIDT, 1927:267), uno de los primeros y más firmes defensores del pensamiento de la inexigibilidad, destacó que "el juez ha de imaginarse al ciudadano medio, naturalmente bajo la adecuada consideración de las características psicofísicas cognoscibles del autor.". También SCHAFFSTEIN (1933:33-35), destacó que el criterio del "ciudadano medio" conllevaba una cierta individualización, que, no obstante, se pretendía limitar a las *circunstancias de hecho acompañantes*, mientras que la generalización se predicaba, ante todo, de la *personalidad* del autor. Con ello el criterio se convertía, más bien, en la manera de reaccionar de una "personalidad media" bajo las mismas circunstancias

De este modo, en nuestra doctrina mayoritaria, después de la alusión al criterio del hombre medio, se suele matizar que tal medida de enjuiciamiento debe ser contextualizada con la referencia a la situación concreta del autor. Con ello, el criterio acaba convertido en la fórmula del "hombre medio en la posición del autor", que es la que parece haber triunfado definitivamente, al margen de ciertos matices, en nuestra doctrina[308].

Llegados a este punto, tenemos que el criterio de determinación de la inexigibilidad de una conducta y con ello de la insuperabilidad del miedo, reside en la medida, normativa y no estadística o empírica, del hombre medio en la posición del autor. Sin embargo, a mi entender, y como trataré de fundamentar a continuación, este criterio presenta graves deficiencias, por lo que no parece el adecuado para tratar de delimitar el contenido de la inexigibilidad o, en nuestro caso, de la insuperabilidad del miedo.

3.1.1. Crítica.

3.1.1.1. Insuficiencia del criterio.

Lo primero que debe subrayarse es que si el parámetro de ponderación viene referido a la actuación del hombre medio *en la posición del autor*, y se entiende la referencia a la "posición del autor" en su sentido literal (esto es, como incorporación al baremo de medición de todas las características del autor concreto), entonces, en realidad, lo que la doctrina penal parece postular es la elevación de la conducta del autor concreto a pauta general o media de comportamiento. En otras palabras, este criterio parece dar a entender que *la actuación de la persona concreta se convierte*, de hecho, *en la propia del hombre medio*, pues a éste se le dotan de las características del autor concreto:

---

individuales acompañantes, y la diferencia entre medida de exigibilidad individualizada y generalizante ostentaba, de esta manera, un carácter más cuantivativo que cualitativo.

[308] Defienden tal criterio: DIAZ PALOS (1977:353); SAINZ CANTERO (1985:98, 100); OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA (1986:374); GOMEZ BENITEZ (1987:433); RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO (1991:647); AYALA (1993:110-111); BUSTOS/HORMAZABAL (1994:519); LUZON (1995a:4290); MIR (1996:615); MORALES (1996:183, aludiendo a que la abstracción del hombre medio va en contra de la lógica personalísima de la propia categoría de la culpabilidad); LANDECHO/MOLINA (1996:385, que destacan que "Aunque la doctrina y la jurisprudencia suelen inclinarse hacia la teoría objetiva, casi todos los autores hacen una concesión a la subjetiva, afirmando que hay que tener en cuenta al hombre medio en las circunstancias concretas del autor. Luego parece que lo que se pretende evitar con este recurso a la teoría objetiva es el uso abusivo de esta eximente."); CUERDA ARNAU (1997:110); PUENTE (1997:248-249).

> Pero cuando para la determinación del comportamiento hipotético de los otros deben presuponerse todos los condicionamientos "internos" y "externos" que conllevan la individualidad de un caso, para asegurar la comparabilidad de los comportamientos, entonces se desvanece cualquier diferencia relevante entre el autor y los otros. El comportamiento hipotético no puede ser otro que el del autor, porque los otros han adquirido la individualidad del autor, en lo que ésta sea de relevante para el comportamiento. (FRELLESEN, 1980:47)
>
> La doctrina generalizante de la exigibilidad se encuentra por ello en el dilema de que, por una parte, su pronóstico hipotético debe basarse en todos los factores determinantes del comportamiento del autor, con el fin de conseguir condiciones equiparables, y por otro lado, *el examen hipotético deviene con ello sin sentido, porque los demás destinatarios de la norma coinciden con el autor en todos los aspectos relevantes y por tanto se hubieran comportado como él.* (FRELLESEN, 1980:48, énfasis añadido)[309].

Con ello, el criterio del hombre medio en la posición del autor, o bien desembocaría en un viraje espectacular de la óptica de enjuiciamiento, ya que la pauta de enjuiciamiento no sería la objetivo-normativa del hombre medio sino una subjetivo-normativa, a la cual se llega mediante el artificio de dotar al hombre medio de las características del autor concreto; con lo cual, lógicamente, deja de ser tal hombre medio para convertirse en el concreto autor enjuiciado elevado a modelo genérico (hombre medio)[310]. O bien podría esconder una falacia conceptual, pues, en realidad y por mucho que se emplee la expresión "hombre medio en la posición del autor", no sería cierto que se verificase tal contextualización del criterio objetivo-normativo. Por lo menos, no totalmente, tal y como parece indicar la mención a la "posición" del autor.

---

[309] Este aspecto fue ya adelantado por el propio HENKEL en su trabajo de cátedra sobre el estado de necesidad. Allí ya se refirió, respecto a la determinación de la exigibilidad y criticando la comentada concesión de E.SCHMIDT (vid. *supra* not. 307) a las características psicofísicas del autor, a que "Con otras palabras: nos basamos para la cuestión de la exigibilidad en la medida objetiva del poder de un hombre medio, pero dejamos luego que lo decisivo sean las características y capacidades individuales del autor. Esta concepción contiene sin duda una contradicción, pues no puede haber ninguna compatibilidad entre ambas medidas, sino que o una u otra." (HENKEL, 1932:75). También v. HIPPEL (1930:230, not.1) calificó la fórmula de SCHMIDT como "una contradicción en sí".

[310] Con ello parece que, en realidad, no podría verificarse comparación alguna, ya que ambos términos serían idénticos: se compararía la actuación de la persona concreta con su actuación elevada a modelo genérico. En este sentido, repárese en las palabras de SAINZ CANTERO (1965:53, *idem* 1985:100-101, énfasis añadido), quien, aunque rechaza de modo terminante la delimitación "subjetiva" de la inexigibilidad, alude a que "El juzgador, ante el hecho concreto, debe preguntarse si habría obrado igual el hombre medio, el hombre normal, situado *en idénticas circunstancias externas, presa de las mismas motivaciones y en iguales condiciones personales*, en que el autor concreto ha actuado.", con lo que parece claro que la referencia a partir de la cual se construye el ideal del hombre medio no es sino la del propio autor concreto. Vid. también MORALES (1996:183): "hombre medio en la concreta situación del autor"; AYALA (1993:110): hombre medio "pero en la misma situación que el autor" (igualmente, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, 1986:374); BUSTOS/HORMAZABAL (1994:519): "generalidad en esa misma situación" (en el mismo sentido, ya FERRER SAMA, 1946:234-235: "Al hablar de la generalidad de las personas nos referimos a la

Por todo ello, en nuestra doctrina, algunos autores, conscientes quizás de la contradicción en que puede desembocar la referencia indiferenciada a "la posición del autor", han procedido a matizar este criterio o incluso a rechazarlo, presentando un criterio alternativo.

Entre los primeros puede citarse, por ejemplo, a MIR (1996:615), que alude a que el criterio del hombre medio "es admisible siempre que se sitúe al hombre medio *en la posición del autor*: imaginándolo en todos sus conocimientos y condiciones personales, físicas y mentales, salvo en aquello que pudiera privarle de la normalidad de *criterio* propia del hombre medio.". Al margen de que uno puede preguntarse dónde están situados los límites de la "normalidad" a los que MIR alude[311], lo que ahora me interesa destacar es que con ello queda claro que la referencia a la "posición del autor" no puede ser entendida en sus términos literales, sino que es objeto de una posterior matización que diluye su potencial contenido[312].

Entre los segundos, es decir, entre los autores que presentan un criterio alternativo, guiados también por el propósito de limitar las características del autor concreto a tener en cuenta, se encuentra ANTON (1949:246), que alude al "hombre cooperador normal a los fines de la vida colectiva"; y CEREZO, que estima como correcto el criterio, que recuerda al

---

generalidad de los sujetos que se encontrasen en análogas circunstancias personales, con apreciación de todas las que concurriesen en el caso concreto...").

[311] Según lo que este autor escribe a continuación, los límites de la normalidad y por tanto los factores irrelevantes para el criterio del hombre medio en la posición del autor estarían conformados por las características patológicas del autor, como neurosis o psicopatías, las cuales dan lugar a un miedo patológico que este autor estima encuadrable en la eximente de trastorno mental transitorio. Parecen defender un criterio análogo GOMEZ BENITEZ (1987:433: "el carácter de 'insuperable' del miedo depende de la concreta situación y características personales -no psicológicas- del sujeto que lo padece.", rechazando así la "neurosis y, en general, la psicología del sujeto, que lo haga extremadamente sensible al miedo, [lo cual] debe analizarse, en efecto, como problema de inimputabilidad o semi-imputabilidad del mismo."). Y RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO (1991:647): "Insuperable es el temor que hubiera determinado a una persona de constitución psíquica sana y de reacciones normales a actuar en las mismas circunstancias como lo hizo el que obró por miedo". Limita aún más las características del autor concreto a tener en cuenta SAINZ CANTERO (1965:106) que, a pesar de lo anteriormente manifestado (vid. *supra* not. 310), escribe que "como criterio determinador de la exigibilidad basta el hombre medio normal psíquica y físicamente."

[312] En el mismo sentido, lo más probable es que los autores que se refieren al criterio del hombre medio en la posición del autor (vid. *supra* not. 310), aun sin decirlo explícitamente, están interpretando "posición" en el sentido, únicamente, de contexto fáctico de actuación; con lo cual, nuevamente, se diluye la referencia a la posición del autor.

defendido por E. SCHMIDT, de la "persona inteligente, respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico, del Derecho" (CEREZO, 1997c:88)[313].

Sin embargo, a mi entender, ninguna de estas variantes o matices al criterio del hombre medio en la posición del autor, escapa al problema fundamental que se encuentra indisolublemente unido a tal referencia: *este criterio*, como demuestran las especificaciones o variaciones doctrinales, cuya finalidad es evitar que se convierta al autor concreto en la medida de enjuiciamiento, *esconde los parámetros o consideraciones valorativas a partir de las cuales se llega a defender* una u otra opción, y con ello, *una u otra configuración de la eximente de miedo insuperable.*

Una vez aclarado que la referencia al "hombre medio" implica una pauta normativa de valoración de la conducta individual, lo que debe emprenderse es la tarea de explicitar, en la medida de lo posible, las intuiciones y principios de política-criminal a partir de los cuales se extraen unos u otros criterios normativos. En otras palabras, una vez se admite que el criterio del hombre medio en la posición del autor es meramente un "ideal" normativo (AYALA, 1993:111), resta saber cómo se dota de contenido a tal referencia normativa. Y el criterio del hombre medio en la posición del autor, no parece aportar argumento o punto de partida alguno en este sentido:

> Cuando se entiende la referencia al comportamiento del hombre medio como una referencia normativa, entonces llegamos al mismo punto de partida del problema de la exigibilidad: la búsqueda de las condiciones de la exigibilidad del comportamiento. El concepto del hombre medio, no ayuda aquí más. No da ninguna respuesta a la cuestión sobre la exigibilidad del comportamiento, sino que remite él mismo a la cuestión. Pues las afirmaciones sobre lo que puede exigirse de un hombre medio, son exactamente las afirmaciones buscadas sobre la exigibilidad (FRELLESEN, 1980:49)[314]

---

[313] A este criterio parece también aludir SAINZ CANTERO (1965:106) cuando, citando a GRISPIGNI, escribe que el hombre medio "es el acriminal 'aquel que se abstiene del delito, cualquiera que sea el motivo, utilitario o ético, de la abstención'". Creo que para cuestionar este criterio basta tener en cuenta que parece ilógico medir al autor del delito en situación de inexigibilidad utilizando el parámetro de la persona que, *cualquiera que sea el motivo*, no lo cometería. Respecto al criterio de CEREZO, creo que tampoco es buena solución acudir a la medida de la persona "respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico", porque ello, además de plantear un serio problema respecto a la determinación de lo decisivo, esto es, de cómo debe comportarse una persona para ser calificada de un ciudadano/a respetuoso (problema sobre el cual el criterio no parece aportar nada, vid. la crítica de FRELLESEN, 1980:49 y ss. al análogo criterio de E. SCHMIDT), podría tener el efecto perverso (análogo a un *versari*) de privar de la posibilidad de alegación de la eximente a cualquier persona que, por ejemplo, tenga antecedentes penales o no se la pueda considerar un "ciudadano respetuoso".

[314] Creo acertada, pues, la crítica de GALLO (recogida en SAINZ CANTERO, 1965:103) a la indeterminación del criterio del hombre medio, en el sentido de que este criterio "más que constituir un medio de interpretacion [es él mismo] objeto de interpretación" (en idéntico sentido: FIANDACA/MUSCO,

Que esta visión del criterio del hombre medio en la posición del autor parece acertada lo demuestra, de hecho, la propia doctrina y jurisprudencia penal, pues tras defenderse este criterio como la referencia normativa a partir de la cual debe determinarse la insuperabilidad del miedo, se señalan, sin embargo, a renglón seguido toda una serie de criterios o requisitos normativos que, en opinión de doctrina y jurisprudencia, deben estar presentes para la aplicación de la eximente de miedo. Sin embargo, tales criterios no parecen deducibles de la idea del hombre medio, por lo menos, no sin tener en cuenta otras valoraciones normativas, implícitas en la idea del hombre medio, pero no aclaradas y por ello no susceptibles de discusión y crítica.

Así, por ejemplo, si uno se pregunta si el hombre medio en la posición del autor consideraría insuperable el miedo ante una amenaza lícita (por ejemplo, la detención por la policía tras un atraco), o el miedo ante un peligro que amenazase a su patrimonio, no parece posible encontrar respuesta a ello en ese criterio, sino, evidentemente, en la imagen o ideal de "hombre medio" del cual uno parta, y esto, que es precisamente lo decisivo, es lo que la alusión a tal criterio no puede aclarar[315].

El problema no es sólo, pues, que la referencia al hombre medio en la posición del autor sea todavía un criterio demasiado vago como para delimitar el alcance de la insuperabilidad del miedo; ya que ni sabemos cuál es el modelo de "hombre medio"[316], ni tampoco qué significa exactamente "en la posición del autor", sino, fundamentalmente, que este parámetro se utiliza para defender toda una serie de exigencias normativas que, en realidad, no parecen derivarse de su propia formulación, sino de unas premisas filosóficas y político-criminales concretas. Por tanto, si lo decisivo son tales premisas normativas, que, en

---

1995:364), por lo que al final acaba siendo un juicio que realiza el juez sobre la conducta del reo y la que él mismo hubiera llevado a cabo. También SCHAFFSTEIN (1933:47) destaca que este criterio desemboca en la sustitución del juicio del hombre medio por el del juez que haya de juzgar el caso.

[315] En este sentido, CUERDA ARNAU (1997:110), después de ocuparse ampliamente de la defensa del criterio del hombre medio en la posición del autor, acaba reconociendo que "con lo dicho no queda definitivamente resuelta la cuestión de cuál es el miedo que no es exigible vencer. Queda por decidir si es posible encontrar ciertos criterios que permitan reducir la inconcreción en que también incurre la teoría del hombre medio; esos criterios serían los que servirían como pauta para decidir cuál es el miedo que, en principio, el hombre medio debe vencer.". La última referencia al hombre medio sorprende, pues si la propia autora admite que los criterios normativos son los que deben afrontar la tarea de definir el ámbito de lo inexigible y así del miedo insuperable, me pregunto para qué necesita la doctrina penal el criterio del hombre medio. La propia autora deja claro este aspecto cuando más tarde, a la hora de decidir si la eximente de miedo insuperable puede cubrir la amenaza de un mal lícito, escribe "Es, pues, irrelevante (...) la cuestión de cual hubiera sido en ese caso la actuación del hombre medio que se hallase en idénticas circunstancias."

[316] Como destaca ANTOLISEI (1997:429) con el criterio del hombre medio "se navega en la incerteza".

definitiva, configuran el ideal de hombre medio del que se parte, creo que este criterio no aporta punto de partida o de llegada alguno que pueda ser de utilidad en la concreción de la insuperabilidad del miedo.

Lo que entonces debe ser objeto de análisis son las premisas o intuiciones normativas a partir de las cuales se defiende una u otra exigencia (ej. la iniminencia del mal), para analizar si, por sus propios méritos, fundamentan convincentemente o no toda una serie de requisitos necesarios para la aplicación de la eximente de miedo insuperable.

3.1.1.2. Desatención de las características individuales de la persona.

El criterio del hombre medio en la posición del autor presenta además, a mi entender, otro importante problema: la desatención que este criterio sugiere (y como veremos, defiende) de las características individuales de la persona; por lo menos de algunas de ellas que estimo relevantes.

Ciertamente, la cuestión relativa a si el criterio del hombre medio en la posición del autor permite o no tener en cuenta las características individuales de la persona que sufre el miedo, ha sido desde siempre objeto de atención por parte de la doctrina penal; consciente de la importancia que esta cuestión desempeña en la configuración y aplicación de la eximente de miedo insuperable. Por ello, lejos de rehuirse su respuesta, en las obras de los diferentes autores se adopta una expresa posición al respecto.

Muy significativo es el hecho de que tal posición sea, salvando ciertos matices, prácticamente unánime en nuestra doctrina: el juicio sobre la insuperabilidad del miedo requiere un standard de valoración objetivo, como es el representado por el parámetro del *hombre medio*[317]. Como sabemos, ésta es la respuesta que la doctrina penal suele dar al problema referente al juicio de valoración de la insuperabilidad del miedo. Sin embargo, ciertamente, no puede tomarse al pie de la letra la literalidad de esta referencia al hombre medio, pues, a renglón seguido se suele añadir que este criterio debe referirse al hombre

[317] Claramente en contra de este criterio sólo parecen estar RODRIGUEZ RAMOS (1988:220): en "la culpabilidad es imprescindible la personalización de las exigencias y, por tanto, del previo poder, por lo que debería juzgarse la insuperabilidad en atención a las personales características del agente y no de un hombre medio..."; HIGUERA (1991:125), que mantiene que la tesis objetiva sobre la insuperabilidad del miedo es incompatible con el concepto psicológico del miedo; y SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:327 y ss.).

medio *en la posición del autor*. Tal matización del punto de partida es lo que permite a la doctrina mayoritaria dar entrada en el parámetro de evaluación a toda una serie de circunstancias particulares que nadie parece dispuesto a obviar en el juicio de insuperabilidad del miedo, como la edad, fortaleza física o el género de la persona amenazada[318].

No obstante, no parecería acertado decir que el parámetro del hombre medio *en la posición del autor* permite la individualización del juicio sobre la insuperabilidad del miedo, ya que si bien posibilita la consideración de ciertas características individuales en tal juicio normativo, la doctrina penal deja bien claro que no todas ellas serán relevantes[319].

Del análisis del tratamiento que nuestra doctrina lleva a cabo de este estándar normativo, creo que puede derivarse la siguiente conclusión: lo que la doctrina mayoritaria parece defender es un doble parámetro: objetivo o general por lo que se refiere a la *personalidad* del autor, y subjetivo o individual en lo que respecta al *contexto fáctico o situacional* del mismo:

> *...No puede, por tanto, pretender el amparo de la eximente aquel que sólo puede explicar su temor por su propia timoratez personal.* La neurosis y, en general, la psicología del sujeto, que le haga extremadamente sensible al miedo, debe analizarse, en efecto, como problema de inimputabilidad o semi-inimputabilidad del mismo.
>
> Si, por el contrario, lo que pretendiera afirmarse con esa "objetivización y despersonificación" de la intensidad del miedo es que no deben tenerse en cuenta, a tales efectos, *la situación concreta y las restantes características personales del sujeto*, entonces esa "objetivización" debe ser abiertamente criticada. Es preciso, por tanto, que las circunstancias objetivas y personales cuenten también a la hora de aplicar esta eximente, puesto que para saber si el miedo ha sido o no insuperable es necesario situar al "hombre medio" en el lugar del autor, esto es, tanto en su concreta situación (noche o día, lugar aislado o no, etc.) como en su no menos concreta circunstancia vivencial y personal (experiencia, profesión, etc.). (...) por tanto, *el carácter "insuperable" del miedo dependerá de la concreta situación y características personales -no psicológicas- del sujeto que lo padece* (GOMEZ BENITEZ, 1987:433, énfasis añadido)[320].

---

[318] Por ello, según CUERDA ARNAU (1997:108) "El criterio de hombre medio en la posición del autor evita, pues, caer en el relativismo subjetivista y, al mismo tiempo, sirve para relativizar un objetivismo extremo, indiferente a las circunstancias concretas en que se realizó la conducta".

[319] Como veremos, ello queda claro por la expresa mención de la doctrina a que no debe ser relevante la mayor o menor temerosidad del autor.

[320] En el mismo sentido, vid, DIAZ PALOS (1977:353: "hombre razonable, al hombre sano de mente y de reacciones normales"); SAINZ CANTERO (1985:113: "hombre medio, situado en el contexto circunstancial en que se halla el autor"); RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO (1991:647: "insuperable es el temor que

De esta manera, ciertamente, la diferencia entre la generalización o individualización del juicio valorativo pasa a tener un carácter más cuantitativo que cualitativo (SCHAFFSTEIN, 1933:35), lo cual pone en cuestión la ya tradicional alternativa entre un standard "objetivo" y uno "subjetivo", pues en realidad la disyuntiva que ambos términos plantean no tiene lugar tal y como sugiere su respectiva denominación. En otras palabras, lo que está en juego no es una completa objetivación del criterio, sino meramente una diferenciación de las circunstancias individuales a tener en cuenta.

Llegados a este punto debe señalarse que tal diferenciación entre las características individuales del autor de delito, que van a ser o no relevantes para el juicio normativo sobre la insuperabilidad del miedo, presenta dos problemas fundamentales. En primer lugar, resta por aclarar qué características individuales pueden incluirse en una u otra categoría. Así, no parece dudoso que circunstancias como la edad, la fortaleza física, el género o incluso el lugar en que se produce el delito, pueden considerarse propias del contexto situacional de la acción y por lo tanto relevantes en el juicio normativo. Pero más allá de estas características individuales parece difícil pronunciarse sobre si otras como el rol social o trabajo de la persona, sus específicos conocimientos o sus experiencias vitales (el contexto histórico del autor), forman parte también de dicho contexto situacional o más bien de la personalidad del autor[321]. En otras palabras, la diferenciación entre características pertenecientes o no a la "personalidad" del autor, es, en realidad oscura (SCHAFFSTEIN, 1933:33).

Tal indeterminación es, y con ello hacemos referencia al segundo y principal problema que presenta esta diferenciación entre las circunstancias individuales, consustancial a esta

---

hubiera determinado a una persona de constitución psíquica sana y reacciones normales a actuar en las mismas circunstancias como lo hizo el que obró por miedo"); MORALES (1996:183: "la referencia al hombre medio debe ser relativizada; su *contextualización* permitirá entonces la interrogación por cómo hubiera actuado el hombre medio en la concreta situación del autor..." y MIR (1996:615). En la doctrina angloamericana destaca este punto KADISH (1987:275): "en la aplicación de un estándar objetivo, la ley no hace abstracción de todas las circunstancias en las cuales se actúa. Hasta cierto punto se individualiza. Un defecto físico relevante del acusado -como que es ciego o sordo, por ejemplo- seguramente será visto como parte de las circunstancias en las que imaginamos a la persona ordinaria (...) la frontera es confusa entre aquellas circunstancias especiales que son relevantes y las que no, pero seguramente es una cosa bien diferente de la completa individualización." (vid. también MPC, 1985:375: el estándar de la "persona de firmeza razonable", "no es, no obstante, una referencia puramente externa; se tiene en cuenta la 'situación' del autor (...). Factores remarcados y tangibles que diferencian al autor de otro como su tamaño, fuerza, edad o salud serían considerados a la hora de realizar el juicio exculpatorio. Características temperamentales no lo serían."). Cabe destacar que éste fue también el resultado a que se llegó en la doctrina alemana en la discusión sobre el parámetro de la inexigibilidad (vid. ACHENBACH, 1974:147 y ss.).

[321] Así por ejemplo, el hecho de que el autor haya sido víctima en un pasado cercano de delitos ¿forma parte de su personalidad o más bien del contexto fáctico de la situación?.

distinción, pues lo que se echa en falta es la previa discusión sobre por qué determinadas características individuales forman parte del juicio de valoración normativo sobre la insuperabilidad del miedo, y otras, igualmente individuales, son marginadas de tal valoración, Uno puede legítimamente preguntarse por qué se acepta la modulación del estándar normativo en función de la edad del autor y no cuando se trata de su mayor o menor valentía, aspecto este último que, paradójicamente, parece más relevante que la edad del autor a la hora de decidir sobre la insuperabilidad del miedo. ¿Cuál es, en definitiva, la relevante diferencia entre ambos tipos de características personales: individuales "situacionales" e individuales "psicológicas", que justifica que unas cuenten y otras no en el juicio sobre la insuperabilidad del miedo?.

Lo que la doctrina penal, con la exclusión de las características propias de la personalidad del autor, declara explícitamente perseguir en la eximente de miedo insuperable es que ésta no se convierta en un "privilegio para los cobardes o pusilánimes", lo cual, a su entender, podría suceder de considerarse relevante la psicología individual del afectado por el miedo[322].

Esta explícita mención al pusilánime es, sin embargo, un tanto desconcertante, ya que en la literatura penal puede observarse que lo que la doctrina ha pretendido evitar desde siempre con la exclusión de las características individuales referidas a la personalidad del individuo del juicio de valoración normativo, es, ante todo, la exención de aquellas personas que no comparten los valores de un determinado ordenamiento, esto es, en otras palabras, los delincuentes por convicción[323]. Un estándar de valoración subjetiva, se arguye, conduciría inevitablemente a dar relevancia a cada determinado y especial código ético de valores que tuviera una persona, con la consiguiente impunidad de la mayor parte de los delitos. En definitiva, supondría, como grandilocuentemente se ha llegado a decir, "la capitulación de la sociedad frente al delincuente"[324], ya que, cuanto más insensible a los

---

[322] Una expresa alusión a la imposibilidad de aplicar la eximente respecto al cobarde, pusilánime o timorato se encuentra en la práctica totalidad de los comentarios sobre la eximente de miedo insuperable (vid. ANTON, 1949:311; QUINTANO, 1958:295; DIAZ PALOS, 1977:351; SAINZ CANTERO, 1985:111; AYALA, 1993:108; MORALES, 1996:183; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, 1996:411, CONDE-PUMPIDO, 1996:246; CUERDA ARNAU, 1997:93, 143; PUENTE, 1997:249).

[323] En este sentido, ya GOLDSCHMIDT (1930:454) subrayó con referencia a la determinación de la inexigibilidad que: "sin perjuicio de la consideración de las 'circunstancias acompañantes', no pueden tomarse en cuenta las características y facultades individuales del autor, si no se quiere desembocar de hecho en la exención de pena del delincuente por convicción.".

[324] En este sentido, claramente MAURACH: "En la formulación defendida por *Freudenthal*, que pretendía determinar la inexigibilidad sólo apartir de las valoraciones individuales del concreto autor, no ha podido sin embargo sostenerse la teoría de la exclusión supralegal de la culpabilidad; ello hubiera significado sin duda

valores sociales sea uno, mayor motivo habrá para excusar su conducta (KADISH, 1987:289)[325].

Sin embargo, lo más sorprendente de este argumento es que, en realidad, apenas tiene fuerza para rechazar el análisis de las características individuales de la persona sometida a miedo, porque lo único que postula es algo que, de hecho, nadie parece haber puesto en duda hasta ahora: *la individualización del criterio de valoración normativa no significa una sustitución de dicha valoración por la propia estimación que cada individuo posea sobre sus intereses y los de los demás conciudadanos*[326]; pues ello equivaldría, lógicamente, a convertir a cada ciudadano en juez de sus propios actos[327].

En esto, creo, toda la doctrina penal está de acuerdo, pero el error estriba en pretender que con ello queda ya zanjada definitivamente la cuestión referente a la relevancia de las características individuales en el juicio de valoración normativo. Un ciudadano puede tener perfectamente asumido el código ético y normativo de la sociedad y sin embargo, a causa de una característica o deficiencia particular, puede sentir que la obligación que se le impone es demasiado gravosa para él, porque, por ejemplo, tiene una especial aversión a

---

un tal reblandecimiento de la estructura del derecho penal, un tal peligroso 'tout comprendre c'est tout pardonner', que el derecho penal se vería obligado a capitular frente a la incapacidad del individuo." (vid. también, en general, la reacción contra la inexigibilidad como causa general supralegal de exculpación, en HENKEL, 1954:256 y ss, y ACHENBACH, 1974:155 y ss.).

[325] En nuestra doctrina manifiestan explícitamente esta preocupación con respecto al miedo insuperable, DIAZ PALOS (1977:351): "No se trata, por tanto, de admitir todo lo que el sujeto *estime* como invencible. Ello crearía un clima de inseguridad para la convivencia social insostenible."; y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA (1986:373-374), quienes, en relación a la posibilidad de una determinación subjetiva de la inexigibilidad consideran que, "Sin duda alguna, quienes tuvieran una gran impresionabilidad u operaran con una elasticidad excesiva ('manga ancha') a la hora de ponderar sus propios actos se verían considerablemente favorecidos respecto a los demás con semejante interpretación, que les permitiría situar los límites de lo exigible más allá de donde los situaría el común de sus conciudadanos.". Vid. también CUERDA ARNAU (1997:103).

[326] Según creo, ni siquiera puede atribuírsele a FREUDENTHAL una visión tan ingenua de la inexigibilidad (vid. *supra* Cap. II). En el mismo sentido, vid. FRELLESEN (1980:194, énfasis añadido), que destaca que en el juicio sobre la inexigibilidad de la prestación de socorro puede jugar un papel el poder individual del autor, "pero no como un punto de vista valorativo *autónomo*...".

[327] Así por ejemplo, si una persona que posee una gran fortuna es amenazada por unos delincuentes con la destrucción de un valioso cuadro de su colección privada, si no mata a un tercero; por mucho que la eximente de miedo insuperable permita una valoración parcial (y así hasta cierto punto auto-interesada) del conflicto ante el que se enfrenta una persona, lo que no puede proteger es una valoración absolutamente egoísta o particular de los bienes jurídicos, que suponga una absoluta primacía de los propios intereses frente a los de los demás. Por ello, como veremos, los principios de recuperabilidad y adecuación (y en general todos los criterios normativos que discutiré) intentan hallar el punto de equilibrio (difícil, claro está), entre el espacio de auto-interés que la eximente de miedo insuperable permite y aquél que supone una irrazonable preferencia por los propios intereses, como lo sería en el caso propuesto que se matase al tercero para salvar el cuadro por el que una persona siente una especial predilección.

determinados peligros, o porque sufrió en su pasado determinadas experiencias que le han hecho especialmente reservado y temeroso, o en fin, por multitud de características personales que, insisto, aunque no pongan en duda su respeto al código de valores sociales, le dificultan de manera relevante su cumplimiento[328].

La tradicional crítica a la relevancia de las características personales en los juicios normativos de valoración, como lo es la insuperabilidad del miedo, es, de esta forma, a mi entender, una crítica de escaso valor, porque una cosa es afirmar que la individualización del juicio normativo no puede llegar a sustituir las valoraciones normativas legales, y otra bien distinta es defender que las personas que no tengan una "valentía estándar", es decir, que sean cobardes, no pueden venir amparadas por la eximente de miedo insuperable.

Entre ambas afirmaciones media una gran diferencia, que la doctrina penal debería esforzarse en justificar, sin que pueda considerarse suficiente una mera alusión a la no concesión de un "privilegio" al cobarde, pues uno puede legítimamente preguntarse por qué una persona que sea cobarde o temerosa no va a poder ser excusada por miedo insuperable: ¿es que esta eximente puede ser el vehículo que el derecho penal utilice para requerir un estándar de valentía media o incentivar el valor ciudadano?. Como a continuación veremos, los argumentos que ocasionalmente se alegan para ello no parecen convincentes.

Un primer argumento en favor de la inaplicación de la eximente en estos casos parece basarse en la precupación que la doctrina expresa por la laxa o excesiva aplicación de la eximente de miedo insuperable que se podría derivar de aceptarse la excusa de todo aquél que se considerase especialmente temeroso o cobarde. Debe destacarse que tal preocupación se relaciona con una característica peculiar de la eximente de miedo insuperable: esta eximente surge en la mayoría de casos de la mera alegación del autor del delito, que declara sufrir miedo ante una determinada amenaza o peligro. Si, teniendo en cuenta esta realidad práctica de la eximente, se consideran relevantes para la exculpación las peculiares características del autor que lo hacen especialmente temeroso, entonces,

[328] Como bien dice WERTHEIMER (1987:165) "Parte de la argumentación en favor de un test estandarizado se sitúa en el lógico rechazo a la perspectiva de que un autor actúe bajo coacción meramente cuando él piensa que así sea. Pero el verdadero asunto no es si el test referente a *duress* es puramente interno (no nos referimos a subjetivo en *este* sentido), sino si debe tener en cuenta las características individuales del acusado. Y ello sigue siendo una cuestión por responder".

argumenta la doctrina, la eximente queda totalmente en manos de la persona que la alega, con la consiguiente laxitud en su aplicación[329].

Sin embargo, esta argumentación no puede convencer, ni a nivel teórico, ni a nivel práctico. A nivel teórico presenta el fundamental inconveniente de que supone confundir un tema estrictamente probatorio, con una cuestión de fondo o material. Es decir, que la eximente de miedo insuperable pueda dar cabida a las particulares características de una persona que lo hacen especialmente temeroso, no significa, naturalmente, que baste con que el autor del delito las alegue en el juicio para que el tribunal deba ya por este motivo considerarlas en su sentencia y con ello absolver al acusado. Ciertamente, la persona tendrá que demostrar tales especiales características que lo hacen particularmente temeroso o sensible a determinadas amenazas o peligros, pues de lo contrario, es lógico que el juez se guíe por sus intuiciones acerca del grado normal de resistencia que una persona puede mostrar ante el peligro.

Pero cuando las características individuales que hacen a una persona especialmente vulnerable a una determinada amenaza se acrediten en juicio, entonces el problema probatorio se convierte en una cuestión material de justicia: si se determina que una persona no puede superar el miedo ante el peligro que le amenaza, por mucho que otra persona a la que pueda considerarse de valentía ordinaria lo hubiese superado, ello no impide que para la concreta persona que actuó el miedo fuera, de hecho, insuperable. En definitiva, no parece cierto que aceptar la exención de pena del cobarde conduzca a una aplicación desmesurada de la eximente, o como dice la doctrina a que el miedo insuperable se convierta en un privilegio para los pusilánimes, porque tales especiales características que hacen que una persona sea particularmente temerosa deberán estar probadas, y esto, no quepa duda, es difícil, tal y como se puede observar claramente en las sentencias de nuestros tribunales[330]. Lo que la eximente de miedo insuperable (como todas las eximentes)

---

[329] En este sentido, por ejemplo, CUERDA ARNAU (1997:143): "dejar totalmente a merced de las valoraciones individuales la determinación de cuándo y en qué medida esa anormalidad motivacional lo es en grado de excluir la exigibilidad, conduce al insatisfactorio resultado de conceder una relevancia excusante indeterminada a todas las causas de inexigibilidad. (...) Se acabaría, pues, disculpando la conducta de cualquier honesto pusilánime en detrimento de la libertad de todos, cuya salvaguarda, sin embargo, exige el que no se otorgue al miedo una eficacia excusante indeterminada."; y LANDECHO/MOLINA (1996:385): "parece que lo que se pretende evitar con este recurso a la teoría objetiva es el uso abusivo de esta eximente.".

[330] Es doctrina unánime de nuestro TS que "las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de brotar de manera natural y lógica de los hechos probados y tener constancia real en los mismos con la misma fuerza y evidencia que éstos" (STS 8-2-1973, RAJ 651, que por esta razón deniega la eximente en el caso concreto, en el que el acusado alega tener un carácter débil y asustadizo). Por ello es muy frecuente la

no puede ser es un privilegio para los mentirosos, pero ello no puede llevar a afirmar que no puede dar cobijo a los temerosos, ya que ello supondría, empleando una expresión popular, que pagasen justos por pecadores.

También a nivel práctico parece exagerado e incierto el temor que nuestra doctrina penal muestra a que la eximente de miedo insuperable, de prestar atención a las características personales del autor y convertirse, según se cree, en un privilegio para el pusilánime, se aplique de una forma desmesurada. El panorama de nuestra jurisprudencia sobre el miedo insuperable es totalmente opuesto a esta predicción y, de hecho, desolador: el verdadero problema ante el que se enfrenta la eximente de miedo insuperable no es el de su laxa aplicación, sino todo lo contrario, su inaplicación debida al gran rigor y desconfianza con que esta eximente es tratada por nuestros tribunales. En este contexto, no creo que ayude a superar esta situación la alusión a que esta eximente pueda derivar, de algún modo, en un privilegio exonerador de responsabilidad, pues ello, ni ha pasado, ni con toda probabilidad sucederá en un futuro[331].

Una segunda línea de argumentación para defender la exclusión de las características personales del juicio sobre la insuperabilidad del miedo, se centra en la alusión, ocasionalmente suscrita por algunos autores, a los peligros que para la convivencia pacífica y la seguridad jurídica se derivarían de la admisión de un estándar individualizado de responsabilidad, y en definitiva de la exención del "cobarde"[332]. Tales referencias a la

---

denegación de la eximente al no considerar el tribunal acreditado el peligro o amenaza que se temía (vid. por ejemplo, STS 14-7-1987, RAJ 5340: "Alega el acusado haber sido forzado a guardar el paquete que contenía la droga en el trastero de su casa mediante amenazas de muerte (...); el hecho probado no ofrece un mínimo apoyo, ni puede aceptarse como verosímil -por la simple palabra del acusado- la trasmutación de la posesión de la droga en una custodia forzada por terceros y mantenida por amenazas al poseedor y allegados"; y 30-10-1991, RAJ 7467: "no pudiendo estimarse en el supuesto enjuiciado probados esos hechos objetivos, ya (que) únicamente se observa que el procesado alega que fue amenazado de muerte y temió por su vida, sin que formulara denuncia alguna al respecto, sin que existan sujetos que adveren la existencia del sujeto que presuntamente le presionaba; siendo insuficiente la aseveración de su hermana en el sentido de que recibió llamadas telefónicas amenazadoras..."). Sobre esta cuestión vid. PUENTE (1997:29 y ss.).

[331] Considérese, en este sentido, la SAP Zaragoza 5-7-1996 (ACT.PEN., 1996, @327), en la que, pese a estar acreditada (mediante pericial médica) el carácter pusilánime e inmaduro del acusado, el tribunal, de los hechos del caso, deduce razonablemente que no fue el miedo, sino un arrebato de cólera, lo que llevó al acusado a reaccionar ante una bofetada de la víctima con el desenvaine de un sable japonés que portaba en el coche, con el que ocasionó su muerte y heridas a un acompañante de ésta.

[332] "No se trata, por tanto, de admitir todo lo que el sujeto estime como invencible. Ello crearía un clima de inseguridad para la convivencia social insostenible." (DIAZ PALOS, 1977:351). Vid. también la opinión de CUERDA ARNAU en *supra* not. 329.

convivencia o a la inseguridad son, en cierta medida, ambiguas, pero creo que pueden interpretarse fundamentalmente de dos maneras[333].

En primer lugar se puede estar aludiendo con ello a que, de aceptarse la modulación individual del parámetro de razonabilidad contenido en la eximente de miedo, lógicamente, más personas podrán resultar exentas de pena, lo cual deriva, a su vez, en la impune lesión de bienes jurídicos de terceros ciudadanos[334]. Este argumento no puede convencer, porque, ciertamente, que la conducta en miedo insuperable quede exenta de responsabilidad penal no conlleva que la víctima deba tolerarla en todo caso, sino, antes al contrario, por ser la eximente de miedo insuperable una causa de exculpación, al tercer inocente afectado le cabe siempre la posibilidad de repeler legítimamente la lesión de sus intereses, independientemente de que el autor de tal lesión quede o no exento de pena. El interés de la víctima en no ver lesionados sus derechos queda, pues, en todo caso protegido, sin que su posición dependa de la admisión o no de características individuales en el estándar de razonabilidad, por lo que ello no puede servir a su vez para rechazar la relevancia de estas características en el juicio sobre la insuperabilidad del miedo.

En segundo lugar, la apelación a la seguridad jurídica parece más factible interpretarla como una alusión indirecta a argumentos preventivo-generales, que aconsejan la defensa de un baremo objetivo de razonabilidad para evitar que su subjetivación pudiese ser entendida como una incitación a la relajación de los juicios normativos sobre la responsabilidad de las personas. Dicho con otras palabras, el estándar de razonabilidad debería ser exigente para favorecer un modelo de comportamiento valeroso y no al revés, temeroso, tal y como se derivaría de la inclusión de las características personales del autor en el juicio de razonabilidad[335].

---

[333] Descartando la interpretación, ya comentada, sobre los peligros que para la convivencia se derivarían de admitir que individualización del estándar equivale a sustitución de las valoraciones normativas por las individuales de cada autor.

[334] Vid. en este sentido QUINTERO (1996a:438, énfasis añadido): "Teniendo la eximente un componente subjetivo resulta imprescindible que la aplicación del Derecho no dependa de las oscilaciones emotivas entre unos y otros sujetos, aunque sólo sea en aras de la seguridad jurídica y del mismo *principio de igualdad, no ya entre los que sufran miedo, sino también entre éstos y los titulares de los bienes jurídicos lesionados a impulsos del miedo.*"

[335] En este sentido vid. la defensa en el Código Penal Modelo para USA del criterio de la "persona de firmeza razonable": "el estándar legal puede ganar en efectividad siendo incondicional a este respecto. (...) las normas legales y las sanciones no operan sólo en el momento de la elección, sino también en la conformación de los valores y del carácter." (MPC, 1985:374).

A mi entender, como vimos en el primer capítulo, la eximente de miedo insuperable es una cuestión de justicia, que no puede eludirse con el recurso a argumentos preventivo-generales sobre la posible alarma que podría crearse en la población de aceptarse un estándar de comportamiento individualizado. Además, tal alarma, debido a la excepcionalidad y especialidad de las situaciones en que se alega la eximente de miedo insuperable no parece tener peso suficiente para impedir la individualización del parámetro normativo. Por otra parte, según creo, en los casos más comunes de miedo insuperable el derecho penal debería contentarse, para aplacar toda posible alarma, con perseguir al verdadero culpable de la situación, esto es, la persona que amenaza a otros ciudadanos.

Por último, tampoco puede subestimarse la importancia, ya apuntada, que en la eximente de miedo insuperable juega la cuestión probatoria. Como nos recuerda HART (1968:153), dificultades de prueba son precisamente lo que en ocasiones conducen al legislador a requerir un estándar de valoración objetivo que no tenga en cuenta circunstancias individuales tan difíciles de verificar como las referidas a la personalidad del autor del delito[336], con el objetivo último de evitar falsas alegaciones de la eximente[337].

Sin embargo, un argumento probatorio no puede servir en nuestro caso para denegar toda posible influencia de las características personales en el juicio sobre la insuperabilidad del miedo, pues, al margen de que lo que aquí se discute es un problema material o de fondo y no meramente procesal, no se puede olvidar que *la dificultad probatoria a quien perjudica es a la persona que alega miedo insuperable*. Por otra parte, la acreditación en juicio de tales características personales es lo suficientemente difícil para que, en realidad, sea más probable que un inocente sea condenado (por no poder probar su carácter temeroso) que un culpable logre engañar al juez o jurado con pruebas falsas.

---

[336] Por ello quizá aquéllas circunstancias individuales fácilmente acreditables, como la edad, fortaleza física, género del autor o el lugar en que tiene lugar la acción, son tradicionalmente aceptadas como parte del juicio normativo.

[337] Vid. por ejemplo la declaración del TS con referencia al parámetro de valoración del error en la legítima defensa putativa: "en estos casos de exoneración por inculpabilidad dimanante de una causa de justificación, se ha de proceder con extraordinaria cautela y sumo cuidado pues, de otra forma, puede ocurrir, y de hecho ocurre, que el sujeto activo se parapete o abroquele o encuentre un escudo protector y una excusa o subterfugio exculpatorio, alegando un error que, cobijado y oculto en el interior de su mente, sólo debe entenderse verosímil, y hasta verdadero, cuando los actos exteriorizativos de su interiorizado intelecto así lo acrediten, y cuando, tras el estudio de todas las circunstancias concurrentes en el caso, se entienda que, *cualquier persona media y perteneciente al entorno socio-cultural de los protagonistas del suceso*, hubiere incidido en la misma equivocación..." (STS 26-10-1982, RAJ 5691, énfasis añadido, vid. también STS 20-1-1994, RAJ 36).

Cuestionados los argumentos en contra de la inclusión de las características personales en el juicio sobre la insuperabilidad del miedo, resta fundamentar por qué éstas deben ser tenidas en cuenta.

A mi entender, el juicio normativo al que sin duda remite la referencia a la insuperabilidad del miedo, puede ser compatible con un examen de las características individuales y personales de la persona que alega la eximente. Como ya he mencionado, lo que una inclusión de las circunstancias personales del autor en el juicio sobre la insuperabilidad del miedo no puede significar es la pura sustitución de un juicio normativo por la absoluta preferencia de los intereses o valoraciones individuales del autor. La eximente de miedo insuperable, ciertamente, reconoce un espacio para la solución parcial o autointeresada de un conflicto, pero no puede suponer una ilimitada prevalencia de los propios intereses sobre los bienes jurídicos de los demás y de la colectividad.

Sin duda, la tarea de discernir entre una condición individual valorable y la mera sustitución de las exigencias normativas por un auto-interés censurable, plantea uno de los retos que la eximente de miedo insuperable lleva consigo. Pero la resolución de este problema no puede llevarse a cabo mediante la exigencia de un parámetro generalizante como es el del hombre medio.

Desde una fundamentación y reconstrucción de la eximente en clave de justicia[338], puede aceptarse, a mi entender, una modulación del estándar normativo en función de las características individuales del autor, porque el rechazo de tal posibilidad individualizadora tiene que ver fundamentalmente con argumentos preventivo-generales que, desde la reconstrucción de la eximente de miedo insuperable de la que parto, no pueden aceptarse. Lo decisivo a la hora de aplicar la eximente de miedo insuperable no es lo que una persona razonable (o media) haga en lugar del autor, sino más bien, *qué es lo que puede razonablemente esperarse que una determinada persona, teniendo en cuenta sus características individuales, haga en una situación de miedo debido a la amenaza de un mal*[339].

---

[338] En un escrito anterior (VARONA, 1996:757 y ss.), intenté demostrar mediante el recurso a la obra de RAWLS que una teoría de la justicia deontológica (retribucionista o mixta) llevaría a dar relevancia en el juicio de insuperabilidad del miedo a las particulares condiciones de la persona amenazada.

[339] Muy interesante me parece a este respecto la conclusión de la Comisión Legislativa inglesa, que en sus recomendaciones sobre la eximente de *duress*, abandona el punto de vista tradicional (el criterio de la "persona de razonable firmeza") y reconoce que la eximente debería depender de si el peligro fue de tal magnitud que, en atención a todas las circunstancias del caso (incluyendo expresamente la personalidad del autor), no puede razonablemente esperarse que el autor se resista a él (LAW COMMISION, 1993:51-52).

Por lo tanto, el parámetro de razonabilidad debería ser lo suficientemente flexible para poder dar cuenta aquellos casos en los que la persona no pueda cumplirlo y aun así no parezca justo castigarla con una pena[340]:

> Cuando el hombre contra el cual se dirigía la amenaza no era un *hombre intrépido*, sino un pusilánime, lo castigáis, no porque es *reo* o *malvado*, sino porque es de índole *pusilánime*. ¿Para qué averiguar si en mi caso otro habría temido o no, cuando consta que yo temí, que tuve causa no del todo irrazonable para temer y que obré con la conciencia de ejecutar un acto legítimo? (CARRARA, 1859:§301, not. 1).

Esto no impide, sin embargo, que en el examen sobre la razonabilidad individual de la conducta se empleen una serie de parámetros normativos, pues razonabilidad individual no equivale, ciertamente, a mera alegación o creencia subjetiva de la persona acerca de la insuperabilidad del miedo. Ciertamente, podría pensarse que la exigencia de tales requisitos normativos hace inviable este propósito de individualización[341]. Creo que esta apreciación no es del todo acertada, porque parte de la, a mi entender, errónea vinculación entre individualización del criterio y valoración exclusivamente subjetiva de la situación. Los criterios normativos suponen, efectivamente, el empleo de pautas normativas o si se quiere genéricas para valorar la razonabilidad de la actuación y la insuperabilidad del miedo. Esto es, según creo, inevitable para todo aquél que parta de que lo que no puede aceptarse es que la aplicación de la eximente dependa exclusivamente de la vivencia subjetiva del agente[342].

Como subraya ASHWORTH (1995:222), ello supone que el acusado que carezca de la resistencia "normal" no podrá ser por ello condenado. También es muy destacable que este cambio en la perspectiva sobre la eximente se haya acompañado de una expresa disposición en materia probatoria, que da lugar a una inversión de la carga probatoria. A diferencia de las otras defensas, en las que basta su mera alegación para que la acusación estatal deba cargar con la carga de su desacreditación, en la defensa de *duress* se propone (entre otros motivos, por la facilidad con que puede alegarse), que sea el acusado quien deba cargar con su prueba. Ello ha sido criticado por parte de la doctrina inglesa, pero en todo caso, pone claramente de manifiesto la influencia del tema probatorio en la configuración teórica de la eximente (vid. HORDER, 1994:335-336). Debe destacarse que, según vimos (vid. *supra* not. 330) , la doctrina de nuestro TS, de facto, sitúa la carga de la prueba de las eximentes en la defensa (sobre este tema vid. FLETCHER, 1997:145 y ss.).

[340] Por ejemplo, cuando una persona utiliza la especial susceptibilidad (temerosidad) del coaccionado o su aversión particular a determinados peligros, que el amedrentador conoce, para amenazarla con un mal de esta naturaleza si no participa o comete un determinado delito.

[341] En este sentido, CUERDA ARNAU (1997:232) reprochó a una primera defensa que hice del juicio individualizado (en VARONA, 1996) que no suponía en realidad una individualización, porque "cuando Varona trata de concretar los criterios conforme a los cuales llevar a cabo el juicio acerca de la razonabilidad de la actuación, éstos remiten, en última instancia, a lo que razonablemente puede esperar el *ordenamiento* de un sujeto concreto en una situación determinada: son, por consiguiente, las normas de la comunidad jurídica y no la voluntad del autor lo que acaba por determinar qué es o no es lo 'razonable'".

[342] En este sentido, ya señalé en una primera aproximación al tema que el "juicio de razonabilidad individualizado viene acompañado de toda una serie de requisitos que lo delimitan, ya que individual no

Pero ello, repito, deja todavía un margen de valoración para las características individuales del autor del delito, pues, por ejemplo, que el error sobre el mal deba, según veremos, ser razonable para poder ser apreciado, deja todavía abierta la cuestión sobre si en el juicio sobre la razonabilidad del error pueden ser relevantes las características individuales del autor:

> Centrarse en el individuo no implica, sin embargo, que la condición excusante deba ser ella misma "individualizada", es decir, no sujeta a la aplicación mediante reglas (...). Una teoría gobernada por reglas no necesita ser impersonal o ignorar el carácter de las personas: aspectos personales o psicológicos pueden ser incorporados a las reglas tan fácilmente como las condiciones objetivas o normativas. Los únicos límites de la vinculación de las reglas legales a elementos mentales son probatorios, pero no hay una razón *a priori* para excluir tales elementos de las reglas. (FINKELSTEIN, 1995:274-275)

De hecho, creo que la relevancia de las características individuales es, precisamente, la aspiración fundamental del pensamiento de la inexigibilidad, cuyo empeño es adaptar las genéricas exigencias de la ley a las condiciones individuales del caso concreto[343]. De esta manera, el principio de inexigibilidad se encuentra vinculado con un principio de justicia tan básico[344] como es el del trato igual (FORNASARI, 1990:220-222), que como es bien sabido implica que situaciones desiguales deben recibir un trato desigual[345].

---

significa ilimitado; es decir, el juicio de razonabilidad individual no se realiza sólo sobre la base de la concreta vivencia subjetiva padecida, sino que tiene en cuenta una serie de indicadores o requisitos normativos que pretenden ajustar ese juicio individual con el propio modelo de justicia en el que se sitúa." (VARONA, 1996:759). Vid. también FRELLESEN (1980:194-195): el poder individual del autor es uno de los factores a tener en cuenta en el juicio sobre la inexigibilidad de la omisión de socorro.

[343] Esta es, sin duda, una de las tesis principales del famoso estudio de HENKEL sobre la inexigibilidad: el principio de inexigibilidad significa una llamada de atención para que, en todos aquellos ámbitos en los que la extensión de las obligaciones sea incierta porque no puede delimitarse por medio de normas generales, se tengan en cuenta para ello las circunstancias individuales del caso (1954:267-268). Ciertamente ello puede conllevar cierta inseguridad jurídica, pero como concluye HENKEL "El riesgo de una cierta inseguridad que sin duda lleva consigo el principio de inexibilidad, debemos aceptarlo para satisfacer las exigencias de un justicia individualizadora (1954:309). En el mismo sentido vid. FRELLESEN (1980:94): "Una concreción dogmática del concepto de exigibilidad no excluye en particular que en las reglas dogmáticas sean considerados puntos de vista que se refieren al individuo concreto que actúa. Para la cuestión sobre si le era exigible al autor el cumplimiento de la obligación de comportamiento contenida en el tipo, pueden ser también relevantes puntos de vista personales".

[344] De hecho, quizás el básico (vid. DWORKIN, 1984:Cap. 6).

[345] Como bien subrayan BUSTOS/HORMAZABAL (1997:154): "Responsabilidad y exigibilidad encuentran su fundamento en el art. 9.2 C.E. -que contiene el mandato a los poderes públicos para promover las condiciones para la libertad e igualdad de los individuos-, el art. 10.1 C.E. -que reconoce la dignidad de la persona- y el art. 14 CE -que reconoce el derecho de igualdad"; pues "la culpabilidad (...) es el ámbito en que penetra en el concepto de delito el criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual" (TORIO, 1985:288). Por ello no considero acertada la visión de AYALA (1993:111), según el cual, "en un

Por último, resta analizar una crítica más sutil a la aceptación, en el juicio normativo sobre la insuperabilidad del miedo, de las circunstancias personales o psicológicas del autor. Según ciertos autores, estas características personales no pueden ser relevantes a la hora de analizar la eximente de miedo insuperable, porque integran el supuesto de hecho de otras eximentes contempladas en el código penal, referidas al problema de la imputabilidad del autor de delito. Es decir, no se niega su relevancia *penal*, pero sí su contemplación en sede de miedo insuperable. Desde esta perspectiva, el parámetro del hombre medio en la posición del autor

> ...no habrá de tener en cuenta características patológicas del autor, como neurosis o psicopatías, que dan lugar a un miedo patológico ante circunstancias que el hombre normal lo superaría. *Sucede aquí que ya ha de entrar en juego el trastorno mental transitorio excluyente, en su caso, de la imputabilidad.* La eximente de miedo insuperable ha de reservarse, según su naturaleza, para los casos en que no sería exigible al hombre medio actuar conforme a Derecho. Fuera de estos casos sólo cabe eximir en la medida en que falte la imputabilidad por razones personales. (MIR, 1996: 615-616, énfasis añadido)[346]

Sin embargo, el problema con que, a mi entender, debe enfrentarse esta opinión doctrinal es que, con el loable propósito de desterrar de la eximente todo vestigio de una interpretación exclusivamente psicológica de la insuperabilidad del miedo (que aboque a la superfluidad de esta eximente por coincidir con la de trastorno mental transitorio o enajenación mental), no tiene en cuenta que la realidad práctica de la eximente de miedo insuperable pone de manifiesto que no se puede trazar una nítida frontera entre los supuestos de miedo patológico derivados de la enfermedad de una persona y aquéllos que afectan por igual a la gran mayoría de las personas (esto es, al hombre medio). Tal diferenciación no puede captar una importante zona intermedia, en la que, precisamente, se plantea el problema de la relevancia o no de características personales o psicológicas de la persona en la eximente de miedo.

Esta zona intermedia viene configurada por dos notas esenciales. En primer lugar, nos encontramos ante una persona que, si bien no puede considerarse inimputable, sí que sufre una determinada anomalía psíquica que afecta en cierto grado a su imputabilidad. En segundo lugar, en el caso concreto se aprecia la existencia de un mal real (tal y como

---

Estado social y democrático de Derecho, tal aserto [la insuperabilidad del miedo] ha de entenderse en clave de generalidad".

veremos que debe interpretarse este criterio); esto es, un mal que no deriva de la patología de la persona. Lo que sucede es que, la entidad de tal mal es valorada por la persona en atención a sus particulares características psicológicas, que hacen que lo experimente de una determinada manera, ya sea potenciando su efecto amenazador (otorgándole mayor gravedad) o situando a la persona en una situación de desamparo en la que cree no tener otra salida para librarse del mal que realizar la acción delictiva.

> Ejemplo: S.A.P. Bilbao, 28-7-1992 (ACT.PEN., 1992, @185). Anabel P.F. es acusada de parricidio en comisión por omisión, por no evitar las reiteradas palizas de su compañero sentimental que acabaron con la vida de su hija Haizea de 4 años. En su defensa alega miedo insuperable, debido al miedo que sentía hacia su violento compañero Feliciano. Tal miedo queda acreditado por el hecho de que Anabel prefirió autoinculparse de los hechos cuando la policía la interrogó, y sólo cuando conoce que Feliciano está o va a ser detenido es cuando se decide a contar la realidad, manifestando su deseo expreso de estar separada de él e ingresar en la prisión. El tribunal también estima probado que Anabel "presenta una personalidad inmadura, dependiente, sumisa, pasiva, influenciable y psicopática. Su capacidad cognoscitiva no se encuentra afectada. Ve los problemas pero no sabe resolverlos. Luego sí era consciente de la situación de riesgo que para la vida de su hija Haizea entrañaba la convivencia con Feliciano -conocía las palizas que éste le propinaba- y del deterioro físico que la niña presentaba, pero no reaccionó, nada hizo por evitarlo y ello se debe a sus escasos recursos personales para resolver una situación conflictiva. Su experiencia vital en el hogar donde su padre alcohólico pegaba a la madre, después su convivencia con el padre de Haizea también alcohólico y que le pegaba, hizo que Anabel interiorizara el papel de mujer sumisa, pasiva, reproduciéndolo ante un hombre violento como Feliciano..."

Estos casos serán analizados detenidamente en el capítulo siguiente, pero aquí quisiera poner ya de manifiesto que el fundamental problema que presentan es que, por una parte, la persona no se encuentra en una situación de inimputabilidad, sino meramente de semi-imputabilidad (que pudiera dar lugar a una eximente incompleta o una atenuante), por lo que, por esta causa no podrá ver eximida de pena su conducta[347]. La única posibilidad para ello es, pues, la eximente de miedo insuperable. Pero esto sólo será posible si se acepta que el juicio normativo sobre la insuperabilidad del miedo puede tener en cuenta características individuales psicológicas de la persona afectada, que no serían valoradas en toda su relevancia si el caso se analiza, meramente, como un problema de inimputabilidad, pues no podemos olvidar que en el caso en cuestión existe, de hecho, un peligro o mal real ante el que la persona actúa para evitarlo.

---

[346] En el mismo sentido GOMEZ BENITEZ (1987:433) y CUERDA ARNAU (1997:100): "es lógico que se excluya del ámbito de la eximente tanto el miedo patológico, como aquél, absolutamente infundado que pueda sentir un sujeto especialmente cobarde o timorato."

De esta forma, en el caso planteado la pregunta decisiva no debería ser si una "mujer media" en la situación fáctica de Anabel (y por tanto al margen de su psicología) hubiera actuado como ella, sino si, debido a las circunstancias del caso y a sus características individuales, podía razonablemente esperarse de Anabel que hubiera obrado de otra manera. Incluir en el juicio normativo tales características individuales no supone, como cree parte de la doctrina, acercar la eximente de miedo a la de trastorno mental transitorio, sino tratar de dar la solución más apropiada a determinados casos en los que nuestro sentido de la justicia nos indica que no merecen sanción penal[348].

En definitiva, por todas las razones estudiadas, el criterio del hombre medio, sea o no en la posición del autor, no puede, a mi entender, servir de guía para la aplicación de la eximente de miedo insuperable. La tarea de la dogmática penal debe ir encaminada, por consiguiente, a presentar, una serie de requisitos normativos que deben servir de base para la difícil, pero irrenunciable tarea, de la concreción del principio de la inexigibilidad, y con ello, de la insuperabilidad del miedo. En lo que sigue trataré de defender cuáles pueden ser estos requisitos normativos, que agruparé en dos grupos fundamentales. El primero de ellos referido a las *exigencias respecto al mal que amenaza* en situación de miedo insuperable; y el segundo dedicado al estudio de los *requisitos referentes a la acción salvadora* llevada a cabo.

3.2. Requisitos relativos al mal amenazante.

3.3.1. La inminencia del mal.

La exigencia de que el mal que amenaza debe ser inminente para aplicar la eximente de miedo insuperable es un requisito que encuentra claro apoyo en la jurisprudencia de nuestro

---

[347] Así, en el ejemplo citado la A.P. estimó solamente la eximente incompleta de enajenación mental, negando todo efecto exculpatorio o atenuante a la eximente de miedo insuperable.

[348] De justicia es que, si nuestro TS reconoce en determinadas sentencias sobre miedo insuperable la relevancia de las características personales del autor *para denegar la eximente* (sic), por lo menos se traten igual las características que jueguen a su favor. Vid., por ejemplo, STS 18-4-1972 (RAJ 1705), que deniega la eximente de miedo insuperable por no considerarla acreditada en los hechos probados "tanto más cuanto que se trata de hombre agresivo y pendenciero más que pusilánime, como lo acreditan sus anteriores condenas por dos delitos de lesiones y por otro de atentado a agentes de la Autoridad...", y STS 21-10-1991 (RAJ 7327), en la que igualmente el TS considera que la falta de indicios probatorios "se fortalece si se tiene en cuenta el carácter pendenciero del imputado..."

T.S.[349], así como en parte de la doctrina penal[350]. Con él se plantea el problema de los límites temporales de la acción exculpada por miedo insuperable.

En primer lugar, debe subrayarse que esta eximente no puede amparar aquellas acciones que se dirijan contra peligros ya pasados, que no tengan posibilidad de reproducirse en el futuro, pues la eximente de miedo insuperable ampara a la persona que actúe *en defensa* de los bienes jurídicos y no para vengar una ofensa sufrida[351]. Desde este punto de vista, esta es una exigencia que se encuentra ya contenida en el requisito, previamente analizado, del particular ánimo subjetivo que debe estar presente en la actuación de la persona que actúa por miedo insuperable, y deriva, en suma, del fundamento de la propia eximente.

El aspecto controvertido del requisito de la inminencia se centra por lo tanto en determinar si nuestra eximente sólo puede aplicarse cuando el peligro o daño que amenaza sea de causación inmediata si no se evita[352]; o por contra, puede estimarse en casos en los que el peligro lo sea de un daño futuro. Respecto a esta cuestión, creo acertada la opinión doctrinal que considera que ciertos casos de peligro futuro, concretamente los llamados supuestos de "*peligro duradero*", pueden formar parte también de la eximente de miedo insuperable. Estos casos se caracterizan porque en ellos, aunque el peligro no sea inminente, lo cierto es que amenaza un daño que en cualquier momento de un futuro no lejano se puede materializar o reproducir, siendo necesario actuar para evitarlo, pues de tener que esperarse a su efectivo acaecimiento las posibilidades de defensa pueden tornarse ineficaces.

Desde este punto de vista, el criterio decisivo para la aplicación de la eximente de miedo insuperable no es ya tanto la existencia de un peligro inminente, sino la *necesidad de actuar inminentemente* para evitar el peligro (LENCKNER, 1997:565 -§34/17-; ESER/BURKHARDT, 1995:375). Necesidad de actuar que puede existir también en casos

---

[349] Vid. por sólo citar las más modernas la STS 15-12-1995 (RAJ 9378); 20-9-1996 (RAJ 6745); 7-11-1996 (RAJ 8190). Sin embargo, también ha reconocido en otras sentencias que la situación de miedo insuperable puede ser el resultado de una lenta gestión en la que el estímulo último desencadenante puede encerrar en sí mismo muy escasa significación (vid. sobre ello CORDOBA, 1972:348-350)

[350] Vid. DIAZ PALOS (1977:353); MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:411); CONDE-PUMPIDO (1996:247); LANDECHO/MOLINA (1996:384); PUENTE (1997:251).

[351] Como bien dice HORDER (1992:709) respecto a la defensa de *duress*, estamos ante una eximente que ampara la defensa *preventiva* de la persona, y no la retrospectiva.

[352] Vid., por ejemplo, los casos de la S.A.P. de Madrid, de 12-3-1990 (LA LEY, 1990-3, pág.147), en el que se amenaza a una persona con una pistola para que firme inmediatamente un cheque, y de la S.A.P. de Barcelona de 23-5-1992 (LA LLEI, 1992-2, pág.512), en la que, nuevamente, se amenaza con una pistola a unas personas para que ayuden a un asesino en su huida.

de peligro futuro, en los cuales no quepa esperar del transcurso del tiempo una mejora de la situación, sino antes al contrario, una espera puede significar que ya no se tenga posibilidad de repeler el mal amenazante[353].

El problema es que en los casos de peligro futuro la cuestión decisiva se desplaza a otro requisito de la eximente que posteriormente estudiaremos: la exigencia de que no existan otros medios a disposición de la persona para evitar la lesión. La actuación en evitación de un daño futuro plantea el problema de la existencia de medios estatales preventivos puestos a disposición de los ciudadanos para defender sus intereses; razón por la cual la autotutela de la persona queda limitada por el monopolio estatal de la fuerza. Por lo tanto, cuando el peligro no es inminente sino futuro, el ciudadano debe, en principio, recurrir a tales medios, socialmente organizados y previstos, de defensa[354].

Digo "en principio" porque, sin perjuicio de que ello sea tratado detenidamente más adelante, sí quisiera destacar aquí que la realidad práctica ha mostrado reiteradamente que los medios oficiales de protección no siempre están a disposición de quien actúa en miedo insuperable, o incluso pueden haberse revelado ineficaces en ocasiones precedentes para evitar el peligro, con lo que a la persona no le queda otro remedio que actuar por su cuenta para evitar el peligro futuro.

---

[353] Vid. CUERDA ARNAU (1997:136); HIGUERA (1991:121); OCTAVIO de TOLEDO/HUERTA (1986:380) y SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:325). La doctrina alemana reconoce unánimente que los casos de peligro duradero (*Dauergefahr*) suponen supuestos de mal inminente que pueden ser exculpados en virtud del parágrafo 35 (así, ROXIN, 1994:804; JAKOBS, 1991:571; RUDOLPHI, 1994:72 -§35/7-; NEUMANN, 1997:7 -§35/12-; HIRSCH, 1985:193-194 -§35/29-; KÜHL, 1994:359-360 y JESCHECK/WEIGEND, 1996:481-482). En la doctrina angloamericana, aunque tradicionalmente se exigía estrictamente la presencia de una amenaza de un mal inminente para aplicar la eximente de *duress*, una serie de casos llevaron a matizar tal exigencia (en Inglaterra el caso que supuso un cambio de orientación fue *Hudson and Taylor* (1971) en el que dos jóvenes fueron acusadas de perjurio. En su defensa alegaron haber sido amenazas para que no identificaran en juicio al culpable, estando presentes el día de la declaración las personas que les amenazaron. El tribunal denegó su alegación de *duress* con el argumento de que el mal no era inminente cuando declararon. Las acusadas recurrieron y el tribunal de apelación declaró que la eximente debería haber sido planteada al jurado, porque el peligro debía considerarse inminente aunque no tuviese lugar el mismo día de la declaración si podía hacerse efectivo en cualquier momento del futuro. En Estados Unidos los tribunales han considerado que la exención de pena es posible no sólo "cuando el acusado tiene una pistola en su cabeza", -Corte Suprema de New Jersey en el caso *Toscano,* 1977- cit. en WERTHEIMER, 1987:157-158).

[354] En este sentido, en nuestra doctrina antigua, COLL (1901:564): "El peligro ha de ser inminente, si fuera anterior ó posterior á la comisión del hecho ya no hay tal coacción porque se puede avisar á la autoridad.". Modernamente, vid. MAURACH/ZIPF (1992:461): "Daños que sólo amenazan para un futuro lejano no fundamentan un estado de necesidad, pues respecto a ellos la prevención normalmente es posible mediante medios adecuados socialmente". Igualmente el proyecto de código penal para Inglaterra alude en su previsión de la defensa de *duress* que la amenaza debe ser tal que se lleve a cabo "inmediatamente o antes de que el acusado (o la persona amenazada) puedan obtener protección oficial." (LAW COMMISSION, 1993:49-50).

Una dificultad adicional que plantean los casos de peligro duradero consiste en que los tribunales han de tener bien presente que el enjuiciamiento del caso concreto requiere un *examen de los antecedentes de la situación de peligro*, ya que en muchos casos el desencadenante último de la reacción de defensa sólo puede valorarse como un mal amenazante a la luz de la totalidad de tales antecedentes. Ello es particularmente visible en los supuestos en que la acción en miedo insuperable se dirige contra el causante del peligro o amenaza. Al margen de los casos de "muerte del tirano del hogar", que la totalidad de la doctrina alemana (vid. *supra* not. 353) considera como casos típicos de peligro duradero, puede apreciarse claramente la problemática que plantean estos casos con el ejemplo proporcionado por la STS de 2-12-1995 (RAJ 8970), cuyo relato fáctico es el siguiente:

> Sintiéndose gravemente amenazado por el fallecido y por sus hermanos conocidos como los P., que venían haciéndole objeto de todo género de burlas y con los que había ya sostenido dos peleas, la primera, de 19 de marzo de 1991, en la que se le causó una herida inciso-contusa en cuero cabelludo causada con un hacha, mientras que en la segunda, 29 de mayo del mismo año, resultó con múltiples contusiones y heridas, una de ellas por arma blanca en región torácica, no penetrante, y fractura en la extremidad distal del radio izquierdo, el acusado Antonio J., "El Mareao", que en fecha no exactamente determinada, pero cercana a los dos anteriormente señalados, ante las amenazas que le hacían los tres hermanos citados "si no te matas tú te mataremos nosotros", se había lanzado al vacío desde lo alto de un muro con el ánimo de quitarse la vida, aunque el resultado fuera sólo de fractura de ambos tobillos; después de pasar una tarde preso de gran agitación al haber llegado a la conclusión de que "ellos o yo" y pensando que de esa forma, aunque le cayeran cincuenta años, se verían enseguida los juicios pendientes, haciendo partícipes de su propósito al Sargento de la Policía Municipal y la Letrado Sr. C. del B., entre sollozos y de forma casi ininteligible, sobre las 11 horas del día siguiente, 12 de marzo de 1992, después de hacerse en su domicilio con un cuchillo (...) se dirigió a la Plaza de la Constitución de la localidad granadina de Loja, de la que era vecino, pensando encontrar allí a alguno de los hermanos "P."; nada más llegar pudo ver a uno de los hermanos, Jesús J.H., mirando atentamente las revistas del escaparate del kiosko de prensa que allí existe, dándole la espalda (...), dio sigilosamente la vuelta al puesto de periódicos y, sin previo aviso y de forma súbita, lo acuchilló repetidas veces (...) heridas que produjeron su muerte de forma instantánea.

En este caso el T.S. denegó la aplicación de la eximente alegada de miedo insuperable porque

> lo cierto es que la inmediación entre el mal que se trata de impedir y la acción realizada para evitarlo son una constante jurisprudencial tanto para la estimación del **estado de necesidad** como para la posibilidad de apreciar la concurrencia de la causa de inexigibilidad de otra conducta de **miedo insuperable**...

A mi entender, negar en este caso la inminencia del mal amenazante y con ello la eximente de miedo insuperable significa no tener en cuenta que, en este caso, a la vista de los antecedentes de hecho, existía una situación de peligro duradero, en la cual, al margen de la discusión sobre la posibilidad de evitar el peligro con otros medios[355], no parece discutible que existía un mal amenazante, tal como patentizan las dos graves agresiones sufridas anteriormente por el acusado, a las que deben añadirse las expresas amenazas de muerte.

3.2.2. La realidad del mal: el problema de error en la situación de miedo insuperable.

El segundo requisito relativo al mal amenazante hace referencia al problema del error de la persona sobre la existencia de tal mal. El estudio de esta exigencia normativa voy a dividirlo en las dos cuestiones que, a mi juicio, se plantean bajo la rúbrica de la realidad del mal que amenaza. Primera: ¿debe tener alguna relevancia penal el error de la persona que actúa en miedo insuperable sobre la existencia de un mal amenazante?. Segunda: ¿cuál debe ser el tratamiento dogmático más adecuado de los casos de falta de realidad del mal en los que la persona cree que existe un peligro amenazante?. Lógicamente, sólo procederá tratar la segunda cuestión si se responde afirmativamente a la primera.

Con referencia a la primera cuestión, la doctrina mayoritaria en nuestro país parece de acuerdo en que, efectivamente, ha de darse alguna relevancia penal a la creencia de una persona en la existencia de un mal amenazante, que le lleva a obrar por miedo, aunque posteriormente se demuestre la irrealidad de tal mal (CUERDA ARNAU, 1997:119). Como bien dijera ANTON (1949:312-313)

> ...la jurisprudencia ha ido demasiado lejos cuando ha negado relevancia al mal que sea figuración del agente. Si hemos aceptado el error esencial como excluyente del dolo (y de la culpa cuando no es vencible) y los efectos eximentes de las causas de justificación putativas, no vamos a cerrar las puertas a aquél en una eximente prevalentemente subjetiva como ésta.

---

[355] Repárese en que, primero, exigir aquí estrictamente la inminencia del peligro equivale a hacer inviable la aplicación de la eximente de miedo insuperable, pues si el mal fuese inminente estaríamos ya en terreno de la legítima defensa. Y segundo, respecto al tema de la exigencia de recurrir a otros medios, no puede olvidarse el anuncio de la propia agresión a la policía y las graves agresiones anteriores sufridas por el acusado. Ya CORDOBA (1972:350) criticó el proceder del T.S. respecto a este tema por basarse en "una visión excesivamente atenta a la reacción aislada con desconsideración de los significativos hechos precedentes."

Sin embargo, como el propio ANTON nos recuerda en esta cita, la posición de nuestra jurisprudencia sobre este tema es totalmente opuesta. El T.S. considera que el mal que amenaza en situación de miedo insuperable debe ser "real, efectivo y cierto"[356]. Y no sólo eso, sino que si a ello unimos que en casos de creencia errónea sobre el mal amenazante, el T.S. tampoco acude al artículo que regula las situaciones de error, tenemos como resultado que los supuestos de error no encuentran cobertura ni en el marco de la eximente de miedo insuperable, ni tampoco en el propio del error, denegándose con ello toda relevancia penal al error sobre el mal que amenaza en situación de miedo insuperable[357].

Ello es, desde diversos puntos de vista, criticable. En primer lugar, debe remarcarse que implica una contradicción del T.S. respecto a la fundamentación que, mayoritariamente, el propio tribunal defiende de la eximente de miedo insuperable. Si ésta encuentra su efecto eximente, según el T.S., en la situación de trastorno psíquico (inimputabilidad momentánea) que padece la persona que obra por miedo insuperable, entonces parece claro que, si no se quiere vulnerar el principio de culpabilidad, debe admitirse que es irrelevante la existencia real o no del mal amenazante. Sea éste o no real lo decisivo será siempre el impacto sufrido por la persona y tal impacto puede ser también psicológicamente insuperable frente a un mal que sólo tenga realidad en la imaginación del afectado[358].

En segundo lugar, esta concepción jurisprudencial es también contradictoria con la postura que el propio T.S. mantiene respecto a otras cuestiones, más o menos ligadas a la eximente de miedo insuperable. Así, por una parte, es claramente inconciliable con toda aquella serie de sentencias que han estimado que el miedo insuperable puede aplicarse en situaciones de legítima defensa putativa, siendo así que estas situaciones vienen definidas precisamente por la irrealidad del mal amenazante[359]. Por otra parte, estimo que también se encuentra en contradicción con la interpretación que nuestro T.S. viene defendiendo tradicionalmente del concepto de intimidación, aplicable a diversos delitos, como por ejemplo el robo y las coacciones o amenazas. En el contexto de estos tipos penales el T.S.

---

[356] STS 19-7-1994 (RAJ 6653). Vid. también, entre otras muchas, STS 29-9-1986 (RAJ 4859), 20-12-1988 (RAJ 9668) y 3-11-1993 (RAJ 8255). Las sentencias de 31-3-1986 (RAJ 1715) y 16-6-1987 (RAJ 4955), se refieren explícitamente a que el mal ha de ser real "para excluir las hipótesis del miedo putativo". Como subraya CORDOBA (1972:345), con este requisito la jurisprudencia se refiere, en realidad, a una doble exigencia: una sustantiva, de objetividad del mal, y otra procesal, de constancia en los hechos probados.

[357] Una excepción constituyen las sentencias que aplican en estos casos de mal irreal la eximente incompleta (vid. CORDOBA, 1972:352).

[358] Subrayan esta contradicción jurisprudencial BACIGALUPO (1985:95-96); MORALES (1996:181) y CUERDA ARNAU (1997:118).

[359] Tal y como subrayó CORDOBA (1972:351). En el mismo sentido, LUZON (1995a:4290).

no ha dudado en atribuir eficacia intimidadora a amenazas irreales, pero que presentaban signos externos de seriedad[360]. Si ello es así, no se entiende por qué en la situación de miedo insuperable, en la que por definición se halla presente una intimidación o amenaza (de un mal), la falta de realidad objetiva de dicho mal haya de estimarse irrelevante a efectos penales.

La explicación de esta estricta postura jurisprudencial parece que estriba en el temor a falsas alegaciones de la eximente, tal y como el propio T.S. en alguna ocasión ha reconocido explícitamente[361]. Pero tal temor, confunde una exigencia procesal con un requisito de la eximente, que se deberá, como todos, probar, pues nadie pretende discutir la necesaria realidad "procesal" tanto del miedo como del mal que amenaza (CORDOBA, 1972:352). Por tanto, éste no parece un argumento suficiente para negar toda eficacia penal al error de la persona que obra por miedo insuperable.

Por estos motivos, el ordenamiento penal no puede considerar irrelevante el supuesto de amenaza de un mal irreal, pero que motiva a la persona a obrar en miedo insuperable[362]. El problema que a continuación se presenta, y con ello entro ya en la segunda cuestión, estriba en cómo tratar penalmente estos supuestos de falta de realidad del mal amenazante. Supuestos en los que, no debe olvidarse, el error no deriva de la existencia de una enfermedad mental o patología de la persona, pues si éste fuera el caso, el tratamiento

---

[360] Vid. por ejemplo, STS 29-6-1991 (RAJ 5044), en la que el T.S. considera intimidación la ejercida en un robo por el acusado que amenaza a la víctima con una pistola que decía llevar en el bolsillo. En este sentido, el T.S. (así S. 4-12-1991, RAJ 8981) define la intimidación del robo como aquél en el que se utiliza "cualquier medio que racionalmente produzca terror o temor...".

[361] Vid. STS 12-5-1971 (RAJ 2287). En el mismo sentido CORDOBA (1972:351) y LANDECHO/MOLINA (1996:385).

[362] Como bien destaca MIR (1996:616): "Ello no se opone al principio según el cual el **error sobre la responsabilidad penal** (el llamado **'error sobre la culpabilidad'**) es irrelevante. Pero una cosa es que el sujeto yerre sobre si se halla o no en las condiciones motivacionales requeridas para la responsabilidad penal -así, es irrelevante que el sujeto crea que sufre una enfermedad mental grave si no la sufre- y otra bien distinta, que el enjuiciamiento equivocado de la situación -así, la suposición errónea de una amenaza- provoque una *efectiva* falta de las condiciones motivacionales que exige la responsabilidad penal. (...hay que) tratar de forma distinta ambas clases de error -el error *sobre* la responsabilidad penal y el error *que origina* una situación de falta de responsabilidad penal-. Mientras que el primero es irrelevante, el segundo no puede dejar de estimarse como motivador de una situación de falta de responsabilidad penal.". El error sobre la situación de miedo insuperable sólo podría considerarse irrelevante, pues, si se equiparara al error sobre la propia inimputabilidad de la persona (en este sentido, argumentando para el supuesto de estado de necesidad entre bienes iguales, GIMBERNAT, 1976:223, 226-227, 1984:237-238), lo cual, tal como remarca ROLDAN (1980:40), no parece correcto, "porque el hecho que se estime irrelevante el error sobre la propia inimputabilidad, no implica necesariamente la irrelevancia del error sobre una causa de exclusión de la culpabilidad basada en la no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma."

adecuado de este error pasaría por la aplicación de la eximente de enajenación mental o trastorno mental transitorio (art. 20.1 CP)[363].

La primera posibilidad consiste en aplicar en estos casos *las reglas del error*, tal y como parecen defender DIAZ PALOS (1977:354); MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:411); HIGUERA (1991:123) y PUENTE (1997:251)[364]. Desde este punto de vista, cuando la persona yerre sobre la existencia del mal amenazante, lo correcto sería acudir a las reglas del error, pues en estos casos, al igual que sucede con la legítima defensa o el estado de necesidad, estamos ante un supuesto de eximente putativa. Sin embargo, en mi opinión, esta posibilidad presenta importantes inconvenientes.

En primer lugar, no parece correcto hablar en supuestos de error sobre la irrealidad del mal de la existencia de un "miedo putativo" o un "miedo imaginario", tal y como la aplicación de las reglas del error a estos casos parece suponer[365], pues en estos casos el miedo es real; lo que no es real (sino putativo o imaginario) es el mal amenazante. De esta forma, como bien destaca CUERDA ARNAU (1997:115-116), el miedo que pueda sentirse ante males irreales es, pese a ello, tan real como el que pueda surgir antes males en efecto existentes.

En segundo lugar, compleja parece la decisión sobre qué reglas del error van en concreto a aplicarse en las situaciones de miedo insuperable de un mal irreal. La dificultad estriba aquí en que nuestro código penal, a diferencia del de otros países, no contiene una

---

[363] En este sentido, vid. por ejemplo la STS 22-12-1992 (RAJ 10465), en la que el acusado cree sufrir los influjos de un maléfico hechizo de su vecina, que los peritos médicos atribuyen a un síndrome delirante de persecución. Ello llevó al T.S. a aplicar la eximente incompleta de enajenación mental. El porqué estos casos han de dar lugar a la aplicación, no del miedo insuperable, sino de la eximente de enajenación mental o trastorno mental transitorio, se discute en el siguiente capítulo.

[364] Vid. también LANDECHO/MOLINA (1996:385) que aluden a que en casos de falta de realidad del mal se podría acudir al error o a la eximente incompleta de miedo insuperable (que como veremos es la segunda posibilidad para el tratamiento de la irrealidad del mal). También debe mencionarse aquí la opinión de diversos autores, que únicamente se refieren a que la eximente de miedo insuperable requiere que el mal que amenaza sea real, sin aludir, no obstante, al problema de cuál debe ser el tratamiento penal de los casos de error de la persona sobre su realidad (vid. RODRIGUEZ DEVESA, 1991:647; LUZON, 1995a:4290 y SILVA/CORCOY/BALDO, 1996:328)

[365] En este sentido, explícitamente, DIAZ PALOS (1977:354) que defiende que "la amenaza realmente existente es la que se encuadra en la circunstancia 10 del artículo 8 del Código penal, en tanto que el miedo originado por un mal imaginario o erróneo -miedo putativo en suma- debe ser tratado con arreglo a las normas generales del *error*...". Debe destacarse que en las sentencias del T.S. sobre miedo insuperable en las que este autor ha sido el ponente, se suele aludir a que requisito de esta eximente es la realidad del mal "sin perjuicio de que el mal imaginario engendrador del miedo pueda ser tratado con arreglo a las normas que gobiernan el error" (vid. STS 18-4-1972, RAJ 1705 y 25-3-1977, RAJ 1301). La expresión "miedo imaginario" es utilizada por HIGUERA (1991:123).

regulación expresa del error en la eximente de miedo insuperable, por lo que para su tratamiento deberá recurrirse a las reglas generales contenidas en el art. 14 CP. Pero una vez aquí, queda todavía por decidir si lo pertinente es la aplicación del apartado primero (error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal)[366] o tercero (error sobre la ilicitud del hecho) de este artículo[367]. Ambas posibilidades son problemáticas, puesto que pensadas para tratar, respectivamente, los clásicos supuestos del error de tipo y de prohibición, presentan dificultades a la hora de aplicarse a los casos de error sobre las eximentes penales[368].

Por último, a mi entender, el fundamental problema que presenta la aplicación de las reglas del error en los supuestos de creencia equivocada sobre la realidad del mal amenazante es que, aunque ello pueda parecer plausible debido a que, en definitiva, existe un error, *supone a fin de cuentas exigir para la aplicación de la eximente de miedo insuperable que el mal sea real* (MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, 1996:411; DIAZ PALOS 1977:353-354), ya que sólo tiene sentido recurrir a las reglas del error cuando se considera que no se da el presupuesto fáctico de la eximente[369]. Tal exigencia, según veremos, parece sin embargo incompatible con el fundamento de la eximente.

La segunda opción en el tratamiento de los supuestos de falta de realidad del mal en los que exista un error de la persona sobre el peligro amenazante, consiste en aplicar en estos casos *la eximente incompleta de miedo insuperable* (art. 20.1 CP), tal y como menciona algún autor, y aun sin declararlo explícitamente, puede observarse en alguna sentencia del

---

[366] En este sentido DIAZ PALOS (1977:354), que antes de la expresa regulación del error en el código penal defendió que "si el error era invencible (...) la consecuencia será también la exención por falta de total voluntariedad y con apoyo en el artículo 1° del Código penal, mientras que si el error era vencible, la consecuencia no debe ser la atenuación (exención incompleta) (...) sino el tratamiento de la situación por la vía de la culpa e imprudencia punible"; y PUENTE (1997:251).

[367] En este sentido HIGUERA (1991:149), aun reconociendo que no estamos aquí en verdad ante un error de prohibición.

[368] La dificultad de esta cuestión queda también reflejada en el hecho de que dos códigos penales que tratan expresamente el problema del error sobre el estado de necesidad exculpante acogen soluciones contrarias. En Alemania se sigue en este punto la teoría de la culpabilidad (el error no elimina el dolo ni la imprudencia, sino que meramente atenúa la culpabilidad) tal como atestigua el segundo párrafo del parágrafo 35 StGB; mientras que en Austria su código penal se inscribe en la teoría del dolo (el error excluye el dolo y por tanto el hecho sólo será punible por imprudencia, si en el código se castiga la realización imprudente del concreto delito realizado, vid. párrafo segundo del artículo 10 OStGB). De todas maneras, lo que parece quedar claro en la regulación de ambos países es que el error sobre el estado de necesidad exculpante merece un tratamiento especial que debe expresarse en el propio artículo que regula la eximente.

[369] Vid. también MUÑOZ CONDE (en FLETCHER, 1997:244).

T.S.[370]. Pero esta opción para dotar de relevancia penal al error de la persona que obra por miedo insuperable tampoco es, a mi entender, acertada.

En primer lugar, porque supone, como la posibilidad anteriormente estudiada, partir de la exigencia de la realidad del mal para aplicar la eximente de miedo insuperable, pues de lo contrario no se entendería qué requisito falta para aplicarla de forma completa. Y en segundo lugar porque esta opción no parece diferenciar entre los supuestos de error vencible e invencible, ya que ambos, en principio, recibirían el mismo trato penal. No obstante, ciertamente la diferencia entre ambos tipos de error podría encontrar reflejo posteriormente dentro del amplio marco de atenuación que prevé el art. 68 para los supuestos de concurrencia de una eximente incompleta (rebaja de la pena en uno o dos grados).

Si se cuestionan ambas posibilidades (tratamiento vía reglas del error o eximente incompleta) parece que sólo queda una opción viable: *el error de la persona que actúa en miedo insuperable acerca de la realidad de un mal amenazante debe tratarse como un problema a solucionar dentro de la propia eximente*, esto es, como una cuestión que afecta a los límites de la eximente de miedo insuperable.

Esta parece ser, de hecho, la opinión mayoritaria en nuestra doctrina, aunque su fundamentación es diversa. El argumento principal que suelen utilizar los autores para defender el tratamiento de los casos de error dentro de la propia eximente de miedo insuperable se refiere a que, siendo esta eximente una causa de exculpación en la que lo decisivo es el estado de miedo y la anormal motivación de la persona que lleva consigo, también en los casos en los que el afectado yerre sobre la existencia del mal amenazante tiene lugar tal proceso de anormal motivación debido al miedo[371].

---

[370] Vid. LANDECHO/MOLINA (1996:385). En cuanto a nuestra jurisprudencia vid. la STS 24-4-1975 (RAJ 1759) y la moderna 8-11-1993 (RAJ 8295), que tuvieron como ponente, ambas, a DIAZ PALOS. En ellas aplica el T.S. la eximente incompleta en supuestos en los que el tribunal no estima probada la realidad del mal.

[371] En este sentido, JIMENEZ DE ASUA (1962:913: "Lo que importa, en primer término, es que el agente *obre impulsado por miedo insuperable*. Si en efecto se probare que actuó u omitió por miedo, aunque se demostrara que no tenía realidad el mal que se imaginó el sujeto, ¿negaríamos, por ello, que el *miedo es real*?"; en idéntico sentido, CORDOBA, 1972:351); BUSTOS/HORMAZABAL (1994:519: "da lo mismo que el mal sea *real o no* para los efectos de una motivación");.COBO/VIVES (1996:627, not.39: "el fundamento de la eximente, en la medida que radica en la anormalidad del proceso de motivación, incluye tanto los males reales cuanto los inexistentes..."); MIR (1996:616).

La dificultad que esta argumentación lleva consigo estriba, en primer lugar, en que atribuye mayor peso a la afección motivacional del que en realidad parece tener en la fundamentación del miedo insuperable. En segundo lugar, si lo decisivo para la concepción presentada es la situación de anormal motivación que padece la persona afectada por el miedo, entonces debiera ser irrelevante la vencibilidad o invencibilidad del error. Ambos deberían tener como consecuencia la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable, tal y como, consecuentemente, defendió FERRER SAMA (1946:232). Solución ésta que un autor partidario de esta argumentación (MIR) intenta eludir acudiendo al expediente de la *actio libera en causa*, que sin embargo no parece exento de problemas[372].

Otro argumento utilizado por la doctrina para incluir los supuestos de error en la propia eximente sexta consiste en una alusión a la diferenciación entre las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable; diferenciación que, según estos autores, se diluiría si se exigiese para aplicar el miedo insuperable la realidad del mal amenazante, pues con ello, esto es, con la objetivación del miedo insuperable, se acercaría la situación fáctica de una y otra eximente[373]. Este argumento tampoco me parece del todo convincente, porque, como veremos con detalle en el capítulo siguiente, la diferenciación entre ambas eximentes no reside en la objetividad o realidad del conflicto ante el que se enfrenta la persona. En otras palabras, no creo que todo error en la eximente de estado de necesidad deba trasladarse inmediatamente a la eximente de miedo insuperable.

Por último, en nuestra doctrina también se ha aludido a la reforma llevada a cabo por el nuevo código penal para justificar la inclusión de la problemática del error sobre el mal amenazante en la propia eximente de miedo insuperable[374]. Pero esta reforma, cuyo objeto fue la eliminación de la antigua cláusula de ponderación de males, no parece que sea un

---

[372] MIR (1996:616-617) parece consciente de que una diferenciación del tratamiento del error vencible e invencible es contradictorio con el argumento de la anormalidad de la motivación, por ello recurre al expediente de la *actio libera in causa*, que supone en definitiva retrotraerse a un momento anterior a la comisión del hecho para buscar allí el fundamento de la responsabilidad de la persona. Pero el recurso a la *actio libera in causa* presenta, a mi entender, el problema de que supone partir de que la persona que obra con error está por ello en situación de inexigibilidad y consecuentemente de inculpabilidad (por eso ha de recurrirse a un momento anterior para fundamentar su responsabilidad penal), lo cual, como veremos, es discutible: el miedo insuperable es una eximente basada en la razonabilidad de la conducta, y ello puede tener en cuenta también la razonabilidad del error en el que incurre una persona, que si es vencible determina por ello que la conducta no pueda estimarse del todo razonable y así inculpable.

[373] En este sentido, JIMENEZ de ASUA (1962:913); OCTAVIO de TOLEDO/HUERTA (1986:380); MORALES (1996:182) y CUERDA ARNAU (1997:125).

[374] En este sentido MIR (1996:616); QUINTERO (1996a:439); RODRIGUEZ MOURULLO (1996:104).

argumento decisivo a emplear en el diferente problema de la realidad o irrealidad del mal amenazante en situación de miedo insuperable[375].

Expuestas estas objeciones, creo que la solución al problema del tratamiento del error sobre el mal amenazante en la eximente de miedo insuperable viene condicionada por el propio fundamento de la eximente. Como he repetido a lo largo del trabajo, esta eximente, aunque efectivamente presupone una afección de la libertad o motivación de la persona debido al miedo que padece, no puede explicarse como un problema que atienda exclusivamente a la cuantificación de la afección psíquica sufrida por la persona. Por contra, el miedo insuperable plantea una cuestión sobre las exigencias normativas que pueden legítimamente requerirse de una persona que actúa por miedo a un mal amenazante. Así pues, la razón que explique por qué los casos de error deben tratarse como un problema atinente a los propios límites de la eximente, no puede basarse en el impacto psíquico recibido por la persona, sino que, a mi entender, tiene que remitirse a las exigencias normativas que conforman esta eximente.

Situados en este ámbito, creo que esas exigencias no pueden llevar a requerir la presencia efectiva o real de dicho mal amenazante para poder aplicar la eximente de miedo insuperable. Y ello simplemente porque exigir que la persona que obra por miedo se cerciore con total seguridad de la realidad del mal amenazante equivaldría a hacer inviable, de facto, la eximente, pues una tal comprobación sólo parece posible exigiendo a la persona que, en todo caso, haga caso omiso de la intimidación o peligro, asumiendo así el riesgo de que ello le cueste la efectiva lesión de sus bienes jurídicos y así, incluso, la muerte.

> Así por ejemplo, cuando Antonio F., inmediatamente después de haber matado a Juan R., con la pistola en mano, se dirige corriendo al vehículo donde se hallaban Francisco L. y Natalia R. y amenazándoles con la pistola, que coloca en la cabeza y cintura de Francisco, les informa de que acaba de matar a un hombre y de que haría lo mismo con ellos si no le ayudan a escapar (supuesto fáctico de la S.A.P. de Barcelona de 23-5-1992, LA LLEI, 1992-2, pág.512), exigir que ambos se cercioren indubitablemente de la realidad del mal que les amenaza (la muerte), significa precisamente que acepten tal mal, y ello va

[375] Como bien subraya CUERDA ARNAU (1997:228), el problema de los males irreales "es algo que, a mi juicio, nada tiene que ver con la desaparición de la referencia a la ponderación, pues sólo es eso lo que ha desaparecido y no -que es de lo que parece que Mir extrae su conclusión- la exigencia de un mal, requisito implícito en la idea de miedo...". Lo mismo puede decirse de la argumentación de LUZON (1995a:4290) que apoyaba la exigencia de la realidad del mal en el hecho de que la eximente "no sólo exige un miedo sino además, expresamente, que tal miedo provenga de una mal, luego el miedo no puede estar originado por un mal inexistente o imaginario.". Al margen de que tal apoyo argumental haya desaparecido, no alcanzo a comprender que de la exigencia de obrar impulsado por miedo a un mal, pueda derivarse que tal mal ha de ser real, cuando parece claro que también frente a un mal irreal pero fundado puede sufrir miedo la persona.

> claramente más allá de las exigencias normativas que el ordenamiento penal puede legítimamente requerir de quien se encuentra en situación de miedo por la amenaza de un mal[376].

De esta forma, para poder aplicar la eximente es suficiente con que existan razones que lleven a la persona afectada a creer en la seriedad y realidad del mal amenazante, porque si tal creencia es razonable, entonces quedan satisfechas las exigencias normativas que el ordenamiento penal puede imponer a quien actúa motivado por miedo.

Un buen ejemplo de ello es la *Ley Orgánica de protección a testigos y peritos en causas criminales* (L.O. 19/1994, énfasis añadido), en cuyo artículo primero se dispone que "Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad juridicial *aprecie racionalmente* un peligro grave para la persona, libertad o bienes...". Como puede apreciarse, lo único que se le exige al juez es un juicio de racionalidad sobre la existencia o no de un peligro, pero no, evidentemente, que se cerciore indubitadamente sobre la realidad de tal mal, pues ello, ciertamente, haría inviable la aplicación de tal ley. Si al juez, situado en una posición de privilegio porque el conflicto no afecta a sus propios intereses, no se le puede exigir un juicio sobre la realidad del mal sino sólo sobre su razonable existencia, entonces al ciudadano que se encuentra ante un peligro no puede exigírsele una prueba imposible sobre la realidad del mal.

En definitiva, el problema de la realidad del mal plantea una cuestión sobre la razonabilidad de la creencia de la persona, y éste es un tema (el de la razonabilidad de la actuación) que precisamente enjuicia la propia eximente de miedo insuperable. Por lo tanto, la valoración de tal creencia es una cuestión que afecta también a la valoración global de la acción en miedo insuperable. Por todo ello, *requisito de la eximente de miedo insuperable no es,* pues, *la realidad del mal, sino la razonabilidad de la creencia de la persona en la presencia de un mal amenazante*[377].

---

[376] Vid. el supuesto de la STS 20-12-1988 (RAJ 9668) en la que se enjuicia un delito de aborto llevado a cabo por las acusadas, "temerosas madre e hija de la reacción del padre de la última" y esposo de la primera. El tribunal rechaza en este caso todo valor a la alegación de miedo insuperable porque considera que "no existe un mal real y concreto -simplemente se sospecha la reacción violenta del esposo y padre-...". Sin embargo, en la propia sentencia consta que el padre del que se teme una violenta reacción es un "hombre de carácter violento y con antecedentes por homicidio...", lo cual por lo menos podría haber sido tenido en cuenta por el T.S. para dar cierta credibilidad a la sospecha de las acusadas.

[377] Los jueces ingleses, en el caso *Graham* (1982), establecieron la regla sobre el error en la eximente de *duress*, según la cual la eximente no requiere que amenace un mal real, sino simplemente que el acusado "haya tenido una buena causa para temer que si no hacía el acto requerido sufriría la muerte o una grave lesión" (vid. SMITH/HOGAN, 1992:239). En la doctrina americana vid. LA FAVE/SCOTT (1986:436): "Indudablemente también, el peligro no necesita ser real, basta que el acusado crea razonablemente que es

Precisamente porque la cuestión de los males figurados es un problema de la razonabilidad de la creencia de la persona, puede diferenciarse entre errores vencibles o invencibles, esto es, entre la mayor o menor razonabilidad de tal creencia. El error invencible o totalmente razonable dará lugar a la aplicación de la eximente de miedo insuperable. Más problemático es dilucidar cuál debe ser el tratamiento penal de los errores vencibles.

A mi entender, descartada la aplicación en estos supuestos de las reglas del error debido a que, reitero, ello significaría exigir la realidad del mal amenazante para aplicar la eximente de miedo, cuando, según lo defendido, por ser éste un problema de razonabilidad estamos ante una cuestión a solucionar dentro de los límites de la propia eximente, sólo parecen posibles dos soluciones[378]. La primera de ellas es la propuesta por MIR (1996:617): castigo por delito imprudente, si el delito cometido, claro está, prevé el castigo de esta modalidad. Sin embargo, ello parece problemático por dos razones.

En primer lugar, no parece correcto el recurso a la *actio libera in causa* para fundamentar la punición del error vencible, tal y como lleva a cabo MIR, porque ello significa partir de que la persona que actúa con error vencible es inculpable en el momento de su actuación; por este motivo debe retrotraerse su responsabilidad a un momento anterior. A mi entender, la actuación en error vencible no puede estimarse inculpable porque no se adecúa a las exigencias de razonabilidad que requiere la eximente, y por ello no puede recurrirse al expediente de la *actio libera in causa*. En segundo lugar, difícil de rebatir parece la objeción que ROXIN (1994:823) realiza a la misma postura mantenida por el Tribunal Supremo alemán antes de la entrada en vigor del código penal de 1975: es

---

real". En nuestra doctrina SAINZ CANTERO (1985:112) subraya que "debe bastar con que el mal temido por el sujeto, y existente sólo en su imaginación, tenga una basa razonable, esto es: que la suposición de su existencia esté *racionalmente fundada*.". Y en la jurisprudencia del T.S. merece citarse la STS de 5-7-1988 (RAJ 6485), en la cual se declara excepcionalmente que "el miedo puede provenir también de una falsa apreciación de la situación real por parte del sujeto agente".

[378] En realidad existe una tercera opción, pero opuesta al planteamiento del que se parte. Esta es la defendida por OCTAVIO de TOLEDO/HUERTA (1986:380-381), según los cuales el error vencible en la situación de miedo insuperable es totalmente irrelevante, esto es, no puede comportar ni la exclusión ni la atenuación de la responsabilidad penal pues "en tal caso el 'ciudadano medio' ni hubiera sufrido 'miedo' ni lo habría experimentado de manera 'insuperable'". Al margen de que, a mi entender, debe cuestionarse, como ya vimos, el criterio del hombre medio como pauta de enjuiciamiento de la eximente de miedo insuperable, creo que la postura defendida por ambos autores olvida que la insuperabilidad del miedo, como concepto normativo es graduable, al igual que el error, lo cual debe encontrar reflejo en el distinto tratamiento de los supuestos de error.

> ...dogmáticamente insostenible. Pues si un estado de necesidad [exculpante] en efecto existente para nada altera el dolo del hecho (sino que eventualmente sólo elimina la responsabilidad), su suposición errónea no puede tampoco naturalmente tener ninguna influencia en el dolo.

Por ello la solución más plausible parece ser aquélla que postula en estos casos de error vencible la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable[379], siendo el requisito ausente en este caso, no el de la realidad del mal, sino el de la razonabilidad de la creencia de la persona en la presencia de dicho mal.

3.2.3. La ilicitud.

El tercer requisito relativo al mal que amenaza en situación de miedo insuperable, hace referencia a una exigencia comúnmente defendida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, para la aplicación de la eximente de miedo insuperable: la ilicitud o antijuricidad del mal; aunque, respecto a este tema, debe destacarse ya de entrada que no parece existir acuerdo sobre la denominación más exacta de este requisito. Así, podemos encontrar alusiones a que la eximente de miedo insuperable exige que el mal temido sea *injusto* (PUIG PEÑA, 1969:48), *antijurídico o no justificado por el ordenamiento jurídico* (DIAZ PALOS, 1977:353; RODRIGUEZ DEVESA, 1991:647; HIGUERA, 1991:121; LUZON, 1995a:4290), *ilícito* (HIGUERA, 1991:121; CUERDA ARNAU, 1997:114), o en fin, que se trate de un mal que *no* proceda de una *conducta que el derecho valora positivamente* (MORALES, 1996:182; CUERDA ARNAU, 1997:114)[380].

Por otra parte, relacionada con este requisito se encuentra también la exigencia que se observa en algunas sentencias de nuestro T.S. referente a que la eximente de miedo insuperable debe proceder de una "causa o móvil lícito y honesto" (STS 22-10-1942, RAJ, 1142, 30-1-1943, RAJ 68 y 16-3-1973, RAJ 1341). Sin embargo, esta formulación de la problemática de la ilicitud del mal amenazante no puede considerarse acertada, porque, como bien ha destacado la doctrina penal[381], parece implicar un *versari in re ilicita*, ya que, la previa existencia de un acto ilícito o "deshonesto" no puede resultar decisiva para excluir, en todo caso, la aplicación de la eximente de miedo a una conducta posterior. Así, resulta claro que si, por ejemplo, se amenaza a una persona con revelar su participación en la

---

[379] Tal y como sostienen QUINTERO (1996a:439) y CUERDA ARNAU (1997:128).

[380] En la jurisprudencia se pueden encontrar referencias a que el mal amenazante debe ser injusto (vid. STS 25-10-1974, RAJ 3961, 3-10-1987, RAJ 6951), no justificado (STS 9-3-1994, RAJ 1832), antijurídico (STS 18-4-1972, RAJ 1705, 25-3-1977, RAJ 1301) o ilícito (STS 27-9-1994, RAJ 7223).

[381] CORDOBA (1972:356); CUERDA ARNAU (1997:115)

comisión del delito, el mal no puede considerarse de obligada aceptación por derivar, en último término, de un propio acto ilícito o delictivo[382].

Sin embargo, debe destacarse que los diversos conceptos utilizados por la doctrina para referirse al requisito que ahora estudiamos no parecen ser exactamente sinónimos. En este sentido, la alusión a que el mal que amenaza debe ser antijurídico o injustificado parece remitir a un examen sobre si dicho mal está o no justificado *por el ordenamiento penal*, conforme a las causas de justificación que éste prevé. Ello da lugar a un entendimiento demasiado estricto y por ello cuestionable del requisito de la ilicitud del mal, ya que exigir su antijuridicidad penal significaría descartar del radio de aplicación de la eximente a todos aquellos peligros que, por proceder de animales o de agentes de la naturaleza, pudieran considerarse atípicos y por tanto no antijurídicos (LUZON, 1995a:4290). No debe exigirse, pues, que el mal que amenace sea una conducta típica y antijurídica. Respecto a la alusión a su licitud, creo que este concepto presenta un importante problema interpretativo (ya que no queda claro si la doctrina se refiere aquí a licitud conforme al derecho penal o al ordenamiento en su conjunto), y además no acierta a explicitar lo que, a mi juicio, supone la clave del requisito que estamos analizando: con la alusión a todos los conceptos mencionados lo que la doctrina parece finalmente requerir es *que el mal amenazante no se haya de tolerar legalmente por la persona que padece el miedo*. Esto es lo decisivo: si el peligro tiene su origen en una actuación legal, la persona afectada por tal actuación debe tolerar el peligro que supone (ej. privación de libertad en prisión), y no podrá entonces recurrir a la eximente de miedo insuperable para quedar exento de pena por la acción en defensa de tal mal.

No obstante, la simple alusión a la licitud o justificación del mal no proporciona en realidad una respuesta al previo interrogante relativo a por qué, teniendo el mal su origen en

---

[382] Esta problemática se aprecia en la STS de 30-1-1943 (RAJ 68), cuyo relato fáctico es el siguiente: el acusado se encontraba sustrayendo mazorcas de maíz en una finca cuando fue sorprendido *in fraganti* por el guardia jurado que la vigilaba. Anteriormente, y fruto de otras incursiones en fincas, el acusado y el guardia jurado habían tenido diversos altercados, que se saldaron con la condena del citado guardia por homicidio frustrado. El T.S. no considera acreditado cómo se inició la pelea, pero lo cierto es que ambos se acometieron con cuchillos hasta que, caído el guardia en el suelo, fue herido gravemente por el acusado. Este último alega en su defensa miedo insuperable, lo cual es desestimado por el T.S. con el argumento de que tal eximente "ha de provenir, en primer término, de una causa lícita y honesta, y no puede estimarse como tal la circunstancia de haberle sorprendido infraganti en otra intrusión de la finca...". Sin embargo, no parece del todo razonable rechazar toda discusión sobre la aplicación de la eximente de miedo insuperable, apelando para ello al primer acto ilícito del acusado, pues éste parece que sólo causalmente puede relacionarse con el ataque sufrido. En realidad, la problemática que en este caso se plantea parece estar más cercana a otro requisito del miedo insuperable, que discutiré en el siguiente epígrafe: el mal amenazante no debe haber sido causado responsablemente por quien se defiende en miedo insuperable.

una actuación legal, ha de tolerarlo la persona, sin defensa posible. En otras palabras, la aceptación de este requisito requiere una discusión sobre las exigencias normativas que lo fundamentan.

Para analizar tales razones o exigencias normativas y debido a que en nuestra doctrina no se aborda directamente este tema[383], me parece ilustrativa la discusión que se produce en la literatura alemana a la hora de fundamentar una exigencia similar respecto al estado de necesidad exculpante. Me refiero con ello a la discusión acerca de las denominadas obligaciones legales de tolerar (*gesetzliche Duldungspflichten*), que la doctrina alemana sitúa como un apartado dentro de la expresa cláusula de exigibilidad (de tolerar el peligro) contenida en el parágrafo 35, referente a las personas que se encuentran en una especial relación jurídica con el bien jurídico en peligro (*besonderes Rechtsverhältnis*), por lo que no pueden amparar su conducta en esa eximente[384].

Pues bien, respecto a este requisito, en la doctrina alemana se pueden encontrar hasta tres razones o argumentos para justificar su exigencia. En primer lugar, y éste es quizás el aspecto fundamental de la exigencia respecto a que el mal que amenaza no se haya de tolerar legalmente, se alude al propio interés del Derecho en su ejecución o realización ordenada. En otras palabras y citando a BERNSMANN (1989:428):

> Si una ley -por definición promulgada en interés y para el bien de la comunidad- ordena o permite determinadas medidas contra los particulares, entonces tal ley sería decisivamente perjudicada en su fuerza aplicativa, si las actuaciones previstas pudieran ser frustradas impunemente al amparo del parágrafo 35. Un tal privilegio (...) de la "resistencia" abandonaría a su suerte, por así decirlo, la protección penal de la salvaguardia de importantes tareas (...) y las dificultaría de una manera paradójica. Ya desde tal fundamento organizativo-estatal no puede ser cuestionable la obligación especial, en principio ilimitada, de tolerar las intervenciones estatales conformes a derecho[385].

---

[383] Probablemente porque se estima un requisito obvio e indiscutible (vid. CUERDA ARNAU, 1997:115, que llega a manifestar que "Puesto que existe acuerdo [en la exigencia de este requisito], no es menester detenerse mucho más en este requisito.")

[384] El parágrafo 35 StGB (estado de necesidad exculpante) especifica que no se exculpará a aquél al que, según las circunstancias, le sea exigible tolerar el peligro. Como ejemplo de tales "circunstancias" de mayor exigibilidad menciona expresamente los casos en que el autor ha ocasionado el peligro o aquéllos en que se encuentra en una relación jurídica especial. Estableciendo además a continuación que en los casos de relación jurídica especial la pena no podrá ser ni siquiera atenuada; atenuación que sí será posible, sin embargo, en los demás casos de mayor exigibilidad.

[385] En el mismo sentido, vid. KÜHL (1994:371): "De lo que se trata es de asegurar que los procedimientos estatales son facilitados y observados. Un procedimiento penal sólo puede llegar a su meta (averiguación de la verdad, consecución de la paz jurídica), cuando el inculpado o denunciado tolera determinadas

Sin duda, ésta es la legitimación del principio que se encuentra tras la frase de DIAZ PALOS (1977:353), según el cual "nadie puede ampararse en el temor dimanante de la coacción legalmente ejercitada", porque, de lo contrario, la realización de los fines de la ley, y con ellos del Derecho, se debilitaría en gran medida[386]. Esta es la razón, también, por la cual la doctrina alemana ha subrayado que frente a un acto justificado (por ejemplo, en legítima defensa) no puede reaccionarse al amparo de una causa de exculpación; de lo contrario el derecho concedido por el ordenamiento al ciudadano para defender sus derechos sería poco menos que ilusorio[387].

Naturalmente, de ello se deriva que sólo la coacción *legalmente ejercitada* genera una correspondiente obligación de tolerar, por lo que si la amenaza proviene de la actuación de agentes de la ley que utilizan sus prerrogativas para conseguir fines no permitidos por el ordenamiento (ej.: STS 8-6-1951, RAJ 1465: agentes de la inspección fiscal amenazan a determinadas personas con dar cuenta de sus infracciones fiscales si no se avienen a pagarles una determinada cantidad de dinero), en este caso el mal, aunque provenga de los agentes de la ley o derive de una previa actuación ilícita de la persona no puede considerarse lícito y por tanto no es obligado tolerarlo[388].

Al argumento centrado en la ordenada realización de los fines del Derecho, se suele añadir que, en los casos de peligro proveniente de una intervención legal estatal, el afectado tiene, de hecho, a su disposición toda una serie de mecanismos legales para reaccionar contra ella,

---

intervenciones legalmente regladas..."; LENCKNER (1997:588 -§35/24-); JESCHECK/WEIGEND (1996:487) y SCHMIDHÄUSER (1984:247).

[386] Así por ejemplo, la STS 27-9-1994 (RAJ 7223), trata el caso de una persona que huía tras cometer un atraco y dispara contra el policía que le perseguía, matándole. En su defensa alega miedo insuperable, pero el TS deja claro que "sobre todo, lo que no puede aceptarse es que el miedo pueda producir una exoneración total o parcial de la culpabilidad cuando la acción desencadenante de ese temor proceda de un acto plenamente lícito por parte de quien lo causa, cual es la persecución inmediata del autor de un delito grave...". La sentencia, pues, parece tener claramente en mente que la labor de la policía se dificultaría en gran medida si se pudiera obstaculizar, hasta el punto de implicar un delito grave, impunemente.

[387] Ello plantea, evidentemente, dos previos y difíciles problemas: primero, señalar qué eximentes son causas de justificación, y segundo, fundamentar si todas ellas establecen una correlativa obligación de tolerar para el afectado. En nuestra jurisprudencia pueden verse los casos tratados en la STS 25-3-1981 (RAJ 1223) y 10-10-1988 (RAJ 7723), en los que se deniega toda aplicación de la eximente de miedo insuperable, pues la acción de la víctima había consistido precisamente en intentar evitar un delito contra la propiedad, y por lo tanto podía considerarse ya legítima defensa.

[388] Por ello, la doctrina alemana siempre ha destacado que tal especial obligación de tolerar existe mientras no se trate de actos arbitrarios o propios de una dictadura o estado de terror; destacando que en estos casos también pueden entrar en juego las eximentes de legítima defensa o estado de necesidad (vid. HIRSCH, 1985:208 -§35/60-; RUDOLPHI, 1994:76 -§35/12-; KÜHL, 1994:372-373; LENCKNER, 1997:589 -§35/26-).

fundamentalmente, los recursos que se pueden ejercitar contra los actos jurídicos estatales. De esta manera, desde la perspectiva de un requisito, que posteriormente estudiaremos y que forma parte también en cierto modo del que ahora estudiamos, suele reforzarse argumentalmente la obligación de tolerar las intervenciones estatales aludiendo a que frente a ellas caben otros medios de reacción distintos (y legalmente previstos) que la lesión de bienes jurídicos ajenos[389].

Por último, también en casos de peligro proveniente de un acto de aplicación de la ley, se destaca un aspecto, de nuevo ligado a otro requisito, pero que aquí se vuelve a utilizar para reforzar la exigencia que estudiamos: cuando el peligro o amenaza que pende sobre la persona tiene su origen en la ley, el afectado suele ser el responsable de tal peligro por haberlo causado mediante la precedente vulneración de tal ley[390].

En resumen, parece ser la confluencia de tales razones lo que dota a este requisito de una solidez no discutida por la doctrina, o por lo menos, casi no discutida, porque la propia doctrina alemana muestra a renglón seguido que incluso esta exigencia no está exenta de matices; matices que, en nuestro ordenamiento penal podría recoger la eximente de miedo insuperable.

En este sentido, como muestra BERNSMANN (1987:430 y ss.) la ratio que informa este requisito se desvanece si dejamos de pensar a nivel estatal y nos situamos en un contexto internacional. Así, pongamos el ejemplo de una situación que la doctrina menciona como uno de los claros supuestos en que un ciudadano debe tolerar la intervención o medida

---

[389] Vid. KÜHL (1994:372): "El tolerar tales intervenciones [estatales] es exigible especialmente porque el ordenamiento procesal penal pone a disposición del acusado y del condenado medios jurídicos (incluso contra las sentencias con fuerza de ley: recurso de revisión según el parágrafo 359 del código procesal penal) para la censura de los actos contra la ley."; HIRSCH (1985:208-209 -§35/60-) y LENCKNER (1997:589 -§35/26-).

[390] Este punto es destacado por HIRSCH (1985:209 -§35/61-) cuando se refiere al deber de tolerar la acción en legítima defensa emprendida por la víctima de una agresión, que se deriva de "la circunstancia de que el atacante ha causado imputablemente la situación de conflicto." BERSMANN (1989:127) destaca que ésta fue, de hecho, la primera argumentación empleada por el Tribunal Supremo alemán para no exculpar los casos de estado de necesidad que tenían como origen un acto de los organismos estatales. También en las decisiones de nuestro T.S. se deja sentir el peso de esta argumentación. A parte de las decisiones antiguas que aludían a que el origen del miedo no podía ser una cáusa ilícita o deshonesta, puede ello observarse claramente en la STS 3-10-1987 (RAJ 6951), en la que el acusado, para evitar los gritos de su víctima (una menor) le tapona de tal manera su boca y nariz que muere por asfixia. En su defensa alega miedo insuperable, y el T.S. deniega toda aplicación de esta eximente apelando a que el mal que amenaza (en este caso, que sorprendieran al autor realizando el delito) debe ser injustificado, "lo que ciertamente no puede predicarse (...) de aquellos supuestos en que es precisamente el agente del delito el que inicia la ación delictiva." (vid. también el semejante caso de la STS 10-10-1988, RAJ 7723).

estatal sobre su persona: la situación de los presos de las cárceles; que, para recobrar su libertad no pueden realizar un delito (así detención ilegal de funcionarios o lesiones) y ampararse en la eximente de miedo insuperable. En este caso, si nos trasladamos a un contexto internacional nos podemos encontrar con supuestos en los que, ya sea por la dureza o inhumanidad de las penas previstas en un determinado ordenamiento extranjero o por las características de su imposición (en orden fundamentalmente al respeto de las reglas del proceso penal), nos parezca inexigible, de acuerdo con los parámetros de nuestro propio sistema penal, que el condenado, aun siendo efectivamente culpable, soporte tal condena, sólo por el mero hecho de que con ella se lleve a cabo, o mejor dicho, se imponga, el Derecho del país en cuestión[391].

> Pensemos así en el supuesto, no infrecuente, de un nacional español que es condenado por tráfico de drogas en un país asiático y que, para evitar la condena a muerte, escapa de la prisión lesionando a los guardias que la custodian. Esta persona, podría ser juzgada en nuestro país de acuerdo al principio de personalidad reconocido en el art. 23.2 de la L.O.P.J., o al principio universal o de justicia mundial contemplado en el art. 23.4 de la misma ley[392]. Y de acuerdo con el código penal español podría ser acusado de tráfico de drogas, quebrantamiento de condena y lesiones. La pregunta sería entonces, si, por el hecho de que fue condenado según las leyes de un país, esto es, "legalmente", debe ser inmediatamente desechada toda posibilidad de alegar miedo insuperable respecto a los delitos que realizó para evitar su condena a muerte. A mi entender, no. Y si se acepta que la respuesta debe ser negativa ello enseña que la incuestionable afirmación referente a que el mal proveniente de una actuación estatal debe siempre tolerarse debe, en realidad, matizarse, porque en un Estado de Derecho la actuación del poder estatal no es legal por el mero hecho de ser llevada a cabo por sus agentes, sino que parece existir acuerdo en que sólo lo es si cumple con unos determinados fines que le dan sentido.

Pero sin duda el caso que ha centrado la discusión de la dogmática alemana con referencia al requisito que estudiamos es el de *la condena del inocente*, esto es, el supuesto de la persona que, siendo inocente, es juzgada y condenada por un hecho que en realidad no ha cometido; cuestionándose aquí la doctrina si tal mal debe o no tolerarse por el afectado,

---

[391] BERSMANN menciona aquí el caso de penas que, de hecho, no existen en países como Alemania o España, como son las penas corporales o la pena de muerte; o el caso de condenas excesivamente duras (aquí cita el caso de una Ley de Malasia, que prevé la pena de muerte para todo aquél poseedor de más de 20 gramos de heroína o 200 de hachís).

[392] El art. 23.2 establece que la jurisdicción española "conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminales responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posteriordad a la comisión del hecho...". Por su parte, el art. 23.4 prevé que "igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: (...) f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes."

debido a que es el resultado de una actuación conforme a las reglas del derecho. En definitiva: ¿puede esta persona, para recobrar su libertad, realizar un delito (quebrantamiento de condena, o incluso, por ejemplo, lesiones o detención ilegal de los vigilantes)?[393]. Respecto a esta cuestión, la doctrina alemana está dividida[394].

Lo que me interesa destacar es que el problema de la condena del inocente pone en cuestión las, en principio, indiscutibles razones que se alegan para defender la exigencia referente a que el mal que amenaza no puede ser el resultado de una actuación legal de los organismos estatales. Así, cuando la condena del inocente ya es firme, no se puede aludir a la posibilidad de defensa de la persona por otros medios[395], y tampoco se puede argüir que el afectado es el responsable de su situación por haber ocasionado el peligro mediante su precedente actuar en contra de la ley, porque en este caso, precisamente, no ha habido tal vulneración de la ley (BERNSMANN, 1989:127). Sólo parece quedar, pues, el verdadero núcleo del requisito que analizamos: las actuaciones estatales se han de tolerar porque, de lo contrario, el Derecho no se podría imponer ni llevar a cabo sus fines[396].

---

[393] La doctrina alemana que ha tratado de dar respuesta a esta cuestión, parte de que el inocente debe tolerar su condena, aun errónea, al tener a su disposición unos medios para evitar el mal que le amenaza (la pérdida de libertad) y reaccionar frente a su condena injusta: los recursos que el ordenamiento prevé para combatir las resoluciones judiciales (HIRSCH, 1985:209 -§35/60-; BERNSMANN, 1989:433; LENCKNER, 1997:589 -§35/26-). Pero con ello sólo se desplaza el problema al momento en que la sentencia es ya definitiva y mediante dichos recursos no se ha podido subsanar la condena materialmente errónea.

[394] A favor de la aplicación en estos casos de la eximente de estado de necesidad exculpante, aunque con matices (en primer lugar, respecto a la condena, pues se piensa que sólo cabe excusar cuando la condena que pesa sobre el inocente es grave; y en segundo lugar, respecto al delito cometido, pues no se cree posible exculpar p.ej. la muerte del vigilante): BERNSMANN (1989:127 y ss., 433 y ss.); LENCKNER (1997:589 -§35/26-); NEUMANN (1997:23-24 -§35/52-); KÜHL (1994:373). En contra, pronunciándose por el deber de tolerar en todo caso la injusta condena: TIMPE (1985:36); ROXIN (1994:815); RUDOLPHI (1994:76 -§35/12-); JESCHECK/WEIGEND (1996:487); HIRSCH (1985:209 -§35/60-).

[395] Los autores que deniegan la posible exculpación del inocente condenado suelen fundamentar su conclusión alegando la posibilidad que existe, aun frente a las sentencias firmes, de reaccionar mediante el recurso de revisión. Sin embargo, como bien subrayan BERNSMANN (1989:433) y LENCKNER (1997:589 -§35/26-), este recurso no es siempre factible (como en nuestro ordenamiento se encuentra limitado a ciertas causas muy taxativas), por lo que la obligación de utilizar los recursos legales debe limitarse a aquellos normalmente accesibles; de esta forma, no sería tampoco un recurso que impide la alegación de la eximente la petición de indulto.

[396] La solución en los casos de condena del inocente requiere, por tanto, plantearse si entre estos fines fines puede encontrarse alguno que ampare y defienda, hasta sus últimas consecuencias, la licitud de la condena del inocente. A mi entender, probablemente sí existe una argumentación en apoyo de la denegación de toda exención de pena en casos de la condena firme de un inocente, pero ésta tiene que ver seguramente con las necesidades de prevención general, esto es, con la creencia de que permitir que el ciudadano ponga en cuestión su condena, formalmente adecuada a Derecho, perjudicaría en demasía la seguridad jurídica y las exigencias de la prevención general (vid. TIMPE, 1985:36: "la solución de LENCKNER [posible exculpación del inocente] posibilita que todo aquel que es condenado a una pena drástica en alguna mediada, tenga en sus manos enjuiciar si, según su concepción, la condena fue correcta o equivocada."). Pero desde la posición que he venido defendiendo a lo largo de todo este trabajo, no se puede aceptar esta conclusión. El

Llegados a este punto, y más allá de los casos mencionados, creo que debe replantearse la exigencia que estudiamos, porque, según creo, el principio de inexigibilidad es un principio que ya ha demostrado en diversas ocasiones que puede llegar incluso a la exención de pena en casos en los que, precisamente, el mal que amenaza a la persona deriva de la actuación legal (formal y materialmente) de los órganos estatales. Desde este punto de vista, en realidad la pregunta debería invertirse: *si el principio de inexigibilidad puede excepcionar la obligación de tolerar el mal que legalmente amenaza a una persona ¿cómo se puede requerir de una eximente que encuentra su ratio en este principio, que el mal que amenaza no sea legal?.*

Que el principio de inexigibilidad tiene tal fuerza expansiva se puede demostrar con algún ejemplo de nuestro ordenamiento. Así, no parece discutido en nuestra doctrina que, al margen del emplazamiento más adecuado que sistemáticamente le corresponda, la exención de pena en el caso de encubrimiento entre parientes (art. 454 CP), tiene su fundamento en dicho principio[397]. Sin embargo, ciertamente, el mal que amenaza en este supuesto (procesamiento de un pariente por un delito cometido) proviene de una actuación totalmente legal de los órganos estatales.

Igualmente, en el frecuente caso del delincuente que huye para evitar su detención por parte de la policía, siendo acusado del delito o falta de desobediencia, los tribunales, aun a falta de un precepto del código penal que apoye expresamente la exención de pena en este caso, han declarado reiteradamente que aquí estamos ante un acto de autoencubrimiento impune; aludiéndose en ocasiones expresamente a que

> el indicado acto -negativa del delincuente a dejarse detener- integra un caso de autoeximición, referida a la natural y no patológica reacción del delincuente a escapar de sus perseguidores. En resumen, se viene sosteniendo que no existe

---

ordenamiento que ha tratado injustamente a un ciudadano (injustamente porque en el caso concreto, aun formalmente correcta, la condena es equivocada y materialmente errónea), debe por lo menos dejarle la opción de defender por él mismo sus derechos, cuando el propio ordenamiento no le ofrece medio legítimo ya para hacerlo (KÜHL, 1994:373). Evidentemente, ello no significa que, en todo caso, quepa amparar su actuación por miedo insuperable, pues lo que aquí se discute es sólo el concreto requisito de la ilicitud del mal amenazante. El examen de las demás exigencias normativas que plantea esta eximente sigue, pues, abierto y, de esta forma, por ejemplo, si para huir de la prisión la persona mata al vigilante, el principio de adecuación conducirá seguramente, según veremos, a la denegación de la eximente; pero lo que no parece justo, y en definitiva, lo que no se puede exigir es que el condenado inocente tolere el mal que le amenaza por provenir de una actuación estatal formalmente correcta, como si tal ciudadano tuviese que sufrir en su persona los errores de la maquinaria estatal.

[397] Vid. BAJO (1973:217 y ss); GOMEZ PAVON (1988:121-122).

deber alguno de dejarse detener y que *tal conducta no es susceptible de ser criminalmente exigible*[398].

En el mismo sentido, la cláusula "sin riesgo propio ni de terceros" contemplada en el delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP) plantea también el problema de si, a través de ella, se puede articular la impunidad de supuestos de autoencubrimiento que supongan una omisión de socorro[399].

En definitiva, varios ejemplos parecen avalar la tesis de que la amenaza de un mal legal no por ello ha de tolerarse en todo caso, sino que precisamente el principio que informa la eximente de miedo insuperable, esto es, el principio de inexigibilidad, puede aquí fundamentar la exención de pena. Ello pone en tela de juicio, a mi entender, la exigencia de que el mal que amenaza en situación de miedo insuperable no puede provenir de una actuación legal y por ello de obligado acatamiento.

En contra de la posible aplicación de la eximente de miedo insuperable en supuestos de autoencubrimiento se podría argüir que el ordenamiento jurídico, cuando ha considerado justo atribuir efectos a la inexigibilidad de la conducta en este ámbito, lo ha declarado

---

[398] SAP de A Coruña de 7-2-1992 (ACT.PEN., 1992, @119, énfasis añadido). Vid. también, entre otras muchas, SAP de Toledo de 13-10-1994 (ACT.PEN., 1995, @75), STS 19-4-1991 (RAJ 2823). SAP de Barcelona de 30-4-1992 (ACT.PEN., 1992, @182) y SAP de Toledo de 16-12-1995 (ACT.PEN., 1996, @182). Sobre inhumación ilegal posterior a asesinato vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21-3-1994 (ACT. PEN., 1994, @141).

[399] La jurisprudencia parece, respecto a este punto, mayoritariamente contraria a esta posibilidad, fundamentando su postura en que "el impedimento u obstáculo del cual deriva ese peligro propio o de tercero ha de ser de naturaleza material no de naturaleza jurídica, es decir, dicho impedimento u obstáculo ha de ser tal que por razones de orden físico, tangibles, perceptibles por los sentidos, no fuera posible prestar el auxilio (...) lo que no sucede cuando ese perjuicio consistiera en que, por permanecer en el lugar y prestar el auxilio debido, fuera identificado el autor de una infracción y pudiera ser sancionado como tal." (STS 25-10-1993, RAJ 7956; vid. también STS 20-5-1994, RAJ 4480). Sin embargo, como bien dice SILVA (1988:561 y ss.) "la exclusión categórica de toda posibilidad de estimar inexigible la prestación de socorro en estos casos puede llevar a soluciones como mínimo sorprendentes: así, por ejemplo, a castigar por omisión del deber de socorro al delincuente que, huyendo tras la comisión de un delito perseguido por la policía, pasa de largo ante un motorista accidentado sin socorrerlo..." (vid. también MAQUEDA, 1991:36, y FRELLESEN, 1980:202-203, que considera que debe distinguirse en la elusión de la responsabilidad por el accidente -insuficiente para estimar el socorro inexigible- y la evitación del descubrimiento de otros delitos). Y es que, siguiendo la argumentación del T.S., ¿por qué no castigar tal y como plantearon la acusación particular y el Ministerio Fiscal en el asunto enjuiciado por la SAP Vizcaya de 14-4-1994 (ACT.PEN., 1994, @199), al asesino que huye dejando malherido a su víctima por omisión de socorro?, pues, porque como declara la sentencia "resulta evidente que si una persona decide matar a otra, y en ejecución de dicho propósito -y con tal finalidad- la agrede y, no habiéndole causado la muerte instantánea, la deja gravemente herida, está fuera de lugar el pretender que le sea exigible -bajo conminación de sanción penal- el que preste auxilio a la víctima que acaba de causar." (vid. FRELLESEN, 1980:202: el débil mandato de ayuda que supone la omisión de socorro no puede ciertamente motivar a quien ha vulnerado el fuerte mandato de no lesionar).

expresamente estableciendo supuestos específicos de exención de pena o cláusulas especiales que pueden recoger este efecto del principio de inexigibilidad. Sin embargo, con ello el legislador estaría también dando a entender que estos son supuestos excepcionales que no se pueden ampliar más allá de su específico radio de acción, y por tanto trasladarse a un ámbito genérico mediante la aplicación de la eximente de miedo insuperable.

Pero tal argumento no me parece convincente, pues la propia práctica judicial ha mostrado cómo supuestos no específicamente regulados, como por ejemplo la exención de pena del delincuente que huye perseguido por la policía, también pueden beneficiarse de las razones en favor de la impunidad que contiene el principio de inexigibilidad. Por tanto, si más allá de los casos expresamente aceptados por el legislador, parece posible extender el efecto de este principio, la cuestión es por qué no va a poder la eximente de miedo insuperable utilizarse para articular la exención de pena en tales casos.

Cuando se pone en cuestión, pues, el requisito de la ilicitud del mal, nos damos cuenta de que las razones que aporta para la denegación de la eximente no son, en todo caso, concluyentes, pues el principio de inexigibilidad aporta también buenas razones a favor de la exención de pena, que tienen en cuenta que el Derecho no puede imponerse a costa de cualquier resultado. Por tanto, en realidad, *los casos de autoencubrimiento plantean un problema de límites; en concreto, de los límites de la actividad de encubrimiento de un delito cometido que un ordenamiento liberal puede tolerar.*

> Así, por ejemplo, respecto al encubrimiento de parientes, ya se ha mencionado que el código penal establece una específica causa de exención para los casos en que una persona ayude (encubriendo) a un pariente a eludir la acción de la justicia. Pero si tal ayuda llega hasta el punto de, una vez ya encausado, intentar sobornar al juez para que deje libre al pariente (art. 424 CP); o incluso, estando éste ya detenido o condenado, procurarle su evasión (art. 470.3 CP), nuestro ordenamiento considera que en estos casos se han traspasado los límites de la inexigibilidad y por tanto cabe el castigo de dichas conductas, eso sí, con una sustancial atenuación de la pena respecto de los mismos delitos cometidos por personas no ligadas por relación de parentesco[400].

[400] Igualmente, respecto a los casos de fuga del delicuente, los tribunales han declarado reiteradamente que tal fuga es impune "siempre claro está (...) que la acción del inculpado se limitare a la mera huida, sin enfrentamiento, forcejeo, o acometimiento a los agentes del orden, lo que ya podría conformar otras infracciones penales" (SAP de A Coruña, 7-2-1992, ACT.PEN., 1992, @119; vid. también SAP Barcelona 30-4-1992, ACT.PEN.,1992, @182; SAP La Rioja 23-1-1997 y 12-3-1997, ACT.PEN., 1997, @ 172 y 174; y SAP Granada 14-10-1996, ACT.PEN.,1997, @167). Por ello, como ya vimos, no puede ampararse en miedo insuperable aquél que dispara y mata al policía que le persigue.

Y en tal tarea de determinación de dichos márgenes puede contribuir también, a mi entender, la eximente de miedo insuperable; en particular, allí donde no se pueda recurrir a una específica causa de exención de la pena (como por ejemplo la referida al encubrimiento entre parientes) o a una especial cláusula del tipo (como la de la omisión de socorro)[401] para dar entrada a las consideraciones de inexigibilidad en este ámbito[402].

Así, en todos aquellos casos en los que la actuación encubridora de un delito cometido requiere la realización de un nuevo delito. En estos casos, ciertamente, la regla general no puede ser la exención de pena del segundo delito cometido, puesto que, en principio, un límite de justicia que puede demandarse de la actividad encubridora es que no suponga una nueva infracción de la ley. Sin embargo, creo que no puede descartarse que puedan haber casos en los que, debido a la escasa entidad del segundo delito cometido en relación con la gravedad del mal temido, pueda apreciarse la eximente de miedo insuperable, por lo menos como incompleta.

> Ejemplo: la S.A.P. de Badajoz de 31-1-1984 (SAAP, 1984, pág.616), trata un caso en el que tres mujeres son detenidas por unos robos perpetrados días atrás y, con el fin de eludir su responsabilidad en tales robos, dan a la policía unos nombres falsos. El tribunal las condena por los robos y por el delito, desaparecido en el nuevo código penal, de uso de nombre supuesto (antiguo art. 322 que, además, contenía una agravación específica para el supuesto en

---

[401] Si no se acepta, como vimos que mantenía cierta jurisprudencia, que la cláusula "sin riesgo propio o de tercero" de este delito puede dar cabida a un juicio sobre la inexigibilidad de la actividad que conduzca a la propia detención, siempre quedaría, pues, la posibilidad de estimar que tal juicio puede ser llevado a cabo en sede de miedo insuperable. Vid. en este sentido el caso enjuiciado por la S.A.P de Cádiz de 27-2-1990 (ACT.PEN., 1990, @290): José B. G. encargado de un bar, es requerido para que traslade a un hospital a un cliente que sufre un desfallecimiento producto de la inyección de una dosis de droga. Sin embargo, lo deja abandonado con vida en un descampado y posteriormente muere. En su defensa alega que su actuación fue debida al temor que tenía del fallecido, persona considerada policialmente como peligrosa y huida del centro penitenciario donde cumplía condena, por lo cual el llamar a la policía o llevar al enfermo a un hospital, planteaba un serio temor al procesado ante posibles represalias del enfermo, si a consecuencia de ello y del auxilio prestado era detenido por la policía. En la sentencia, el tribunal considera cumplido el tipo de la omisión del deber de socorro, al estimar que la cláusula "sin riesgo propio o de tercero", no se refiere al hipotético o futuro "que en su caso será constitutivo de circunstancias modificativas de la responsabilidad". En terreno, pues, ya de estas circunstancias analiza la alegación de la eximente de miedo insuperable, que considera aplicable al caso, pero sólo como incompleta, pues la omisión desembocó en la muerte del drogadicto, lo cual, de haberse evitado por el acusado habría, a juicio del tribunal "excluido toda posible represalia, dando lugar por el contrario, a un seguro agradecimiento...".

[402] MAQUEDA (1991:42) ya destacó que "en realidad, lo que se plantea en esos casos -en todos los casos- en que el autor realiza una actividad delictiva para evitar su persecución penal por razón de un delito anterior, es una cuestión de *ponderación* y, por tanto, de límites a una posible justificación de su conducta...", articulable según esta autora mediante el estado de necesidad o el ejercicio legítimo de un derecho (al autoencubrimiento). Sin embargo, en mi opinión, también en sede de culpabilidad, y en concreto en la eximente de miedo insuperable, puede tener lugar un juicio de ponderación, que, naturalmente, no puede requerir los mismos resultados que en sede de justificación.

que el uso del nombre falso se hiciere para ocultar un delito). Ciertamente, debe juzgarse positivamente la desaparición de este tipo penal, pero de seguir vigente creo que sería posible recurrir a la eximente de miedo insuperable para exculpar la conducta[403].

En resumen, la exigencia de que el mal que amenaza en situación de miedo insuperable no puede provenir de la legal actuación de un órgano del Estado no puede aceptarse sin matices, porque precisamente el principio de inexigibilidad lleva implícito en su naturaleza la idea de que es necesario establecer límites a la sumisión del individuo al cumplimiento de los mandatos normativos (MAQUEDA, 1991:25), y entre ellos, al fin estatal de la persecución del delito, que no puede de esta forma imponerse a toda costa[404].

3.2.4. La no causación responsable del peligro.

Curiosamente, en nuestra doctrina no se encuentran apenas referencias en torno a la problemática que se plantea en los casos de temor a un mal provocado por la propia persona que actúa en miedo insuperable. Digo curiosamente porque, por una parte, en varias sentencias del T.S. puede apreciarse como este tribunal tiene en cuenta tal requisito a la hora de aplicar la eximente, y por otra parte, un examen de derecho comparado enseña que existe unanimidad a la hora de requerir de las eximentes análogas a nuestro miedo insuperable, que la persona que pretende beneficiarse de su aplicación no haya provocado responsablemente el peligro que le amenaza[405].

Quizás la falta de atención de nuestra doctrina a este requisito se debe a que, a diferencia de las eximentes de legítima defensa o estado de necesidad que contienen expresamente una

---

[403] Una reciente sentencia del TS (3-10-1997, RAJ 7015), absuelve al acusado de un delito de uso público de nombre supuesto, no sólo por no encontrarse éste ya vigente, sino porque "no cabe duda que no es posible deducir del ejercicio del derecho a no autoincriminarse consecuencias negativas para el acusado". Vid. también el interesante caso tratado en la STS 11-6-1966 (RAJ 3713), en la que el procesado, para evitar un proceso por usura que pendía sobre su enfermo padre ante las nefastas consecuencias que para su ya debilitada salud podía reportar, participa en el plan ideado por un abogado y un funcionario judicial para destruir las pruebas de la denuncia. En este caso, el TS apreció la eximente incompleta aunque el mal que amenazaba (proceso por usura) era legal y su evitación supuso un nuevo delito. Un ejemplo de derecho comparado lo ofrece el parágrafo 157 del StGB, que prevé un específico supuesto de estado de necesidad para el supuesto del falso testimonio ejecutado para evitar la pena por un delito cometido.

[404] En nuestra doctrina ha defendido recientemente esta opinión PUENTE (1997:252-253), quien pone el ejemplo de un inmigrante ilegal que, ante la presencia próxima de unos agentes de policía, escapa rompiendo la luna de un comercio.

[405] En el derecho alemán ésta es, de hecho, una exigencia contenida en el propio parágrafo que regula el estado de necesidad exculpante, que menciona como uno de los supuestos de especial exigibilidad de tolerar el peligro aquél en el que se haya causado el peligro. En el ordenamiento anglosajón, este requisito se

referencia al problema del origen de la situación de peligro ("falta de provocación suficiente" en la legítima defensa, y "provocación no intencionada de la situación de necesidad" en el estado de necesidad), en la eximente de miedo insuperable el legislador no ha hecho mención alguna a este respecto, por lo que su exigencia iría contra el tenor de la eximente. A ello se añade la constatación de que cuando la jurisprudencia ha tomado en consideración la actuación precedente de la persona para denegar la aplicación del miedo insuperable, lo ha hecho con una argumentación y en unos supuestos en los que todo parece indicar que con ello el T.S. está dando vida a un indebido *versari in re ilicita*. Por esta razón, las escasas manifestaciones de nuestros autores con respecto a la problemática del actuar precedente en la situación de miedo insuperable van dirigidas precisamente a remarcar que tales decisiones jurisprudenciales, y con ello el requisito de la inexistencia de un previo actuar ilícito de la persona, implican la censurable vigencia de un *versari*[406].

Ante este panorama, la primera cuestión que debemos plantearnos es la siguiente: el requisito de la no causación responsable del peligro ¿es una de las exigencias normativas que pueden legítimamente requerirse de la persona que se encuentra en situación de miedo insuperable o por el contrario implica, como alguna doctrina ya ha destacado, un rechazable *versari in re ilicita*?.

Ciertamente, desde una fundamentación exclusivamente psicológica de la eximente no parecerían existir problemas para legitimar la exigencia de este requisito, acudiendo para ello al conocido recurso de la *actio libera in causa*, que posibilita que, a pesar de la situación de inimputabilidad de una persona en el momento de realizar un delito, pueda derivarse su responsabilidad penal por su actuar precedente, tal y como sucede respecto de las eximentes de trastorno mental transitorio (20.1 CP) e intoxicación plena por el consumo de alcohol o drogas (20.2 CP)[407]. Pero ya se ha dejado claro en diversos apartados de este trabajo que

---

conoce por el nombre de la doctrina de la *"prior fault"* (ASHWORTH, 1995:220) o *"voluntary exposure to duress"* (LAW COMMISION, 1993:52), que provoca su inaplicación.

[406] Vid. RODRIGUEZ RAMOS (1988:220), CORDOBA (1972:346 y 356) y CUERDA ARNAU (1997:115). Como vimos, nuestro T.S. ha tenido también en cuenta la actuación precedente de la persona para fundamentar la exclusión de la eximente en supuestos de amenaza de un mal justificado o legal (vid. STS 25-3-1981, RAJ 1223; 3-10-1987, RAJ 6951 y 10-10-1988, RAJ 7723); aludiendo a que en estos casos el peligro deriva de la previa actuación delictiva del autor. Sin embargo, estos casos, por referirse al problema de la obligación de tolerar los males legales o justificados, no deberían mezclarse con los que ahora se tratan, ya que, en realidad, los motivos o exigencias normativas que los fundamentan son distintos.

[407] Esta es la argumentación que utiliza LENCKNER (1997:586-587 -§35/9-) para fundamentar el requisito de que el estado de necesidad no puede haber sido causado por la persona, aunque dejando claro que en caso de la eximente de estado de necesidad exculpante no puede decirse que en el momento del hecho el autor estuviera en una situación de inculpabilidad, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de trastorno mental transitorio.

tal fundamentación psicológica de la eximente de miedo insuperable no puede aceptarse. Por ello, lo que debemos discutir es cuáles son las exigencias normativas que abogan por la existencia de este requisito.

A mi entender, existen razones, derivadas del fundamento de la eximente, para exigir que el peligro para los bienes jurídicos que mediante la acción en miedo insuperable se pretende evitar no haya sido causado previa y responsablemente por la persona que actúa. Tras el fundamento de la eximente de miedo insuperable se encuentra, como vimos, la idea de que el ordenamiento jurídico debe asegurar en la mayor medida de lo posible la libertad de los ciudadanos, reconociendo que existen situaciones en las que debido a que éstos se encuentran ante un conflicto que concierne a bienes jurídicos especialmente importantes para ellos, no puede razonablemente exigírseles que toleren el mal que les amenaza, aunque ello suponga realizar una acción no justificada. La libertad de los ciudadanos se vería reducida si el ordenamiento penal no le garantizase su protección en tales supuestos, ya que se encontrarían en un callejón sin salida: sufrir el mal o padecer la condena penal.

Pues bien, tal fundamento y con él las razones de la exención, decaen si es el propio ciudadano el que ha provocado con su actuación una situación de peligro para sus bienes jurídicos que sólo puede evitar con la lesión no justificada de otros bienes jurídicos, pues en estos casos, un principio de justicia tan básico como es el *principio de responsabilidad por actos propios*, determina que no pueda estimarse justo maximizar la libertad de aquélla persona que utiliza ésta en perjuicio de la libertad de los demás ciudadanos. La eximente de miedo insuperable plantea una cuestión sobre las exigencias que se pueden requerir de la persona que se encuentra en una situación de conflicto, y en estas situaciones en las que la responsabilidad por el origen de tal conflicto recae en la propia persona, el ordenamiento jurídico puede imponerle exigencias más gravosas, sin que por ello viole su dignidad o libertad.

De hecho, creo que existen razones más fuertes para exigir este requisito respecto a las acciones meramente exculpadas que por lo que se refiere a aquéllas justificadas por concurrencia de una situación de legítima defensa o estado de necesidad; pues los argumentos que ponen en cuestión la denegación de estas eximentes por un actuar precedente provocador, tienen que ver con su naturaleza como causas de justificación, por

lo que no pueden trasladarse mecánicamente a la eximente de miedo insuperable, que es una causa de exculpación[408].

Por lo tanto, el problema sobre si este requisito implica o no un *versari* no depende en realidad de si es o no legítimo tener en cuenta el actuar precedente de la persona para la inaplicación de la eximente de miedo insuperable (algo que creo justificado), sino más bien de las condiciones en que dicho actuar precedente va a ser relevante para tal inaplicación; esto es, de las condiciones en que podrá afirmarse que existe una causación *responsable* del peligro que amenaza.

Así, lo que parece indiscutible es que *no puede bastar la mera causación naturalística del peligro* por parte de la persona que actúa en miedo insuperable, para que ya se estime inaplicable esta eximente, pues ello sí significaría un censurable *versari in re ilicita*. En este sentido, debe subrayarse que las críticas de nuestra doctrina a las apelaciones del T.S. al actuar precedente de la persona para denegar la eximente de miedo, son acertadas, pero se limitan a supuestos en que, efectivamente, nuestro T.S. hace una aplicación versarista del requisito de la no causación imputable del riesgo, al considerar suficiente un actuar precedente vinculado causalmente con el resultado (según la teoría causal de la *conditio sine qua non*), sin tener en cuenta que la concreta situación de miedo necesita algún vínculo adicional respecto al actuar precedente, que sirva para justificar con mayor solidez la responsabilidad de la persona por dicho actuar precedente.

Por esta razón, la totalidad de la doctrina alemana deja bien claro que la mera causación del peligro no puede bastar para estimar cumplido el requisito relativo al actuar precedente.

---

[408] La razón de fondo que se arguye en la doctrina alemana para rechazar la exigencia de un requisito relativo a la no provocación en el estado de necesidad justificante (doctrina mayoritaria, vid. BERNSMANN, 1989:395, not.355 y LENCKNER, 1997:575-576 -§34/42-; que, no obstante, también subraya que la existencia de una previa causación del conflicto de intereses puede valorarse como un aspecto más de su ponderación) es, precisamente, que en los supuestos de justificación, aunque la persona haya causado la situación de conflicto, el ordenamiento prefiere de todas maneras que éste, una vez surgido, se solucione de forma justificada. Como gráficamente dice ROXIN (1994:613, vid. también 616), el interés no pierde su cualidad de preponderante por el hecho de que el actor haya causado la situación de conflicto (idénticas consideraciones con respecto al ordenamiento anglosajón se encuentran en BAYLES, 1994:447: si una persona provoca un incendio para así poder quemar la propiedad de su enemigo que es utilizada como cortafuego para evitar que el incendio llegue a la ciudad, debe permitirse la defensa para no desincentivar al autor a llevar a cabo la acción que minimice el daño; vid. también ROBINSON, 1975:281). Por esta razón, en nuestra doctrina algún autor ha ya subrayado que, de *lege ferenda*, debería derogarse el requisito del estado de necesidad referente a la provocación no intencional de la situación de necesidad (vid. CEREZO, 1997b:51 -respecto al estado de necesidad justificante- y ROLDAN, 1983:523). Sobre la cuestión de la provocación en las causas de justificación vid. ampliamente LUZON (1994:61 y ss.), quien, no obstante, deja claro que no exigir tal requisito no significa que no se pueda castigar el actuar precedente provocador.

Ello supondría, por ejemplo, que el que realiza una acción adecuada a derecho e incluso valiosa, como puede ser la denuncia de un peligroso delincuente, no podría luego ampararse en esta eximente para no declarar contra tal persona tras ser amenazado, pues, precisamente fue él con su acción (la denuncia) el que causó que tuviese que declarar y con ello el peligro para sus bienes jurídicos[409]. Pero no sólo en los casos de acción precedente lícita parece claro que el mero vínculo causal no puede bastar para afirmar la responsabilidad por el actuar precedente, sino que incluso en supuestos de acción ilícita o incluso delictiva puede resultar excesivo e injustificado denegar toda posibilidad a la persona de apelar a la eximente de miedo insuperable, y ello porque la situación final de conflicto para la persona puede ser, en el momento del actuar precedente, imprevisible[410].

Por tanto, tenemos ya dos elementos que cabe requerir del actuar precedente para que pueda considerarse una causación responsable de la situación de miedo insuperable. En primer lugar, *la previsibilidad del concreto peligro para los bienes jurídicos que da lugar a la situación de miedo*. Es importante remarcar que la previsibilidad debe referirse, no al genérico peligro que pueda derivarse del actuar precedente (que si es ilícito o delictivo podría ser fácilmente afirmado), sino al peligro concreto que para unos determinados bienes jurídicos pueda previsiblemente provenir de dicho actuar precedente[411]. La previsibilidad se

---

[409] Vid. HIRSCH (1985:203 -§35/49-); MAURACH/ZIPF (1992:459); RUDOLPHI (1994:77 -§35/15-); KÜHL (1994:365); ROXIN (1994:816); JESCHECK/WEIGEND (1996:485); LENCKNER (1997:587 -§35/20-); NEUMANN (1997:16-17 -§35/34-).

[410] Es por ello por lo que, a mi entender, el caso tratado en la STS 30-1-1943 (RAJ 68; comentado en *supra* not. 382) puede considerarse una aplicación versarista, pues de un previo actuar delictivo (intrusión en finca para robar) deriva el T.S. la imposibilidad de aplicar la eximente de miedo insuperable a la posterior acción de defensa, la cual, si se analiza con atención el relato fáctico, es imprevisible. Mejor dicho, que de una intrusión furtiva en una finca vigilada por un guardia jurado se puede derivar, previsiblemente, que el furtivo será descubierto por el vigilante y se ocasionará una situación delicada para él, no parece cuestionable. Pero que el guardia jurado sea precisamente una persona con la el furtivo haya tenido graves problemas en el pasado (por motivo de anteriores intrusiones) que condujeron a la condena por homicidio frustrado del guardia, de lo cual podía fácilmente deducirse el particular odio de éste respecto a aquél (y más cuando el guardia acababa de salir de la prisión), me parece que es ya imprevisible.

[411] Ello se observa también en el caso tratado en la not. anterior, pues de la intrusión en una finca ajena es claro que se deriva un previsible peligro genérico de la lesión de ciertos bienes jurídicos, pero lo que no es previsible es el concreto peligro del que nace la situación de miedo insuperable del furtivo, esto es, el peligro de su propia vida debido a las anteriores disputas con el guardia. Este punto ha sido también subrayado por la doctrina alemana; así ROXIN (1994:817-818), pone el caso de la persona que emprende una travesía peligrosa en barco, dejándose en casa el salvavidas. Se produce una tormenta y el barco naufraga; para salvarse arrebata el salvavidas a otro pasajero que sí llevó su salvavidas. En este caso ROXIN defiende que no procede la exculpación de la conducta, debido a que la persona causó de forma responsable el peligro concreto para sus bienes jurídicos. Pero, añade este autor, si en este caso la persona hubiera traído su salvavidas y, en el momento de usarlo, se descubriera que estaba en mal estado, sí podría beneficiarse de la exención si arrebata el salvavidas en buen estado de un tercero, pues la situación de peligro (arriesgada travesía) sí fue creada por la persona, pero no así la concreta situación de necesidad. (vid. también, RUDOLPHI, 1994:77 -§35/16-; HIRSCH, 1985:204 -§35/50-).

predica, pues, de la situación concreta de miedo insuperable (de conflicto para los bienes jurídicos) ante la que se enfrenta la persona. Esta es, de hecho, una exigencia básica para que este requisito no dé lugar a un *versari in re ilicita*, pues como remarca MIR (1996:437) el sentido de este censurable principio "es atribuir al sujeto las consecuencias *imprevisibles* de su actuación ilícita".

En segundo lugar, un elemento importante a la hora de analizar la actuación precedente parece ser *la evaluación de los motivos que llevan a la persona a colocarse en una situación de peligro para sus bienes jurídicos*. De este modo, tomando el ejemplo anteriormente presentado, quizás puede estimarse previsible que la denuncia y testimonio contra un delincuente peligroso puede acarrear amenazas y con ello el peligro para los bienes jurídicos del testigo (piénsese en los famosos casos de los testigos contra la Mafia o de testimonios contra grupos terroristas), pero parece claro que, teniendo en cuenta el motivo que guía a la persona no puede estimarse justo que sobre ella pese una especial exigibilidad de tolerar tal peligro, y por lo tanto, no puede decirse que haya causado responsablemente el peligro para sus bienes jurídicos[412]. El problema es, evidentemente, que más allá de estos casos claros de comportamiento socialmente adecuado o pertenecientes a un ámbito de riesgo permitido es problemático determinar cuándo existe motivo suficiente o razonable para que una persona se coloque en situación de peligro para sus bienes jurídicos[413].

---

[412] En Alemania ha sido ROXIN el que ha subrayado el papel de los motivos del actuar precedente para valorar la causación imputable de la situación de necesidad; lo cual ha sido seguido por parte de la doctrina (vid. KÜHL, 1994:365; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 1995:509; LENCKNER, 1997:587 -§35/20-). Con ello se pretende, ante todo, el distanciamiento de ciertas opiniones de la doctrina alemana que requerían un actuar precedente "antijurídico"o "culpable", pues como bien destaca ROXIN, la auto-puesta en peligro no está prohibida como tal. Por ello la clave de la responsabilidad del autor por su actuar precedente está para este autor en el análisis de los motivos de tal auto-puesta en peligro. Vid. también sobre la importancia de los motivos del actuar precedente para determinar la causación imputable el riesgo, ya BINDING (1885:777-778); TIMPE (1985:36-38) y JAKOBS (1991:574-575).

[413] Para responder a esta cuestión, diferencia ROXIN entre los peligros provinientes del hombre y de la naturaleza: "proviene el peligro de los hombres, entonces el privilegio del estado de necesidad permanece inalterado mientras el autor se haya comportado de una forma socialmente adecuada. Por contra, a quien de una manera imputable insulta o daña a otro, le son atribuibles los previsibles peligros que de ello se derivan y no puede salvarse impunemente de ellos a costa de otros. Quien se expone a los peligros de la naturaleza tiene para ello un motivo suficiente, siempre que quiera ayudar a otros, o sino (como en las expediciones de investigación) pretenda beneficios sociales, a condición de que los peligros reconocibles para él o los otros no prevalezcan por adelantado sobre tales beneficios (1994:817).". TIMPE (1985:36-38) alude al recurrente caso, en la literatura alemana, de una persona que, amenazando una tormenta, sale al mar con su lancha sin llevar salvavidas y tras naufragar con ella se salva a costa de arrebatar el salvavidas de otra persona. Según este autor la eximente no debería aplicarse si la persona que finalmente se salva fue quien provocó la situación retando a otra persona a una carrera entre lanchas, pero sí debería estimarse si el viaje con la lancha se debió a un intento de salvación de otros náufragos.

En la doctrina angloamericana también se ha aludido a la importancia de los motivos que conducen a la persona a colocarse en una situación peligrosa[414], centrándose aquí la discusión en los casos de personas pertenecientes a bandas criminales, que al pretender abandonarla son obligados bajo amenaza a continuar en ella: ¿pueden estas personas ampararse en la eximente de miedo insuperable para eludir su responsabilidad por los crímenes cometidos por la banda (con su participación), o ello no es posible debido a su actuar precedente (ingreso y participación libre en los actos de la banda criminal)?. Los tribunales británicos consideraron en varios casos planteados que

> ...cuando una persona, voluntariamente y con conocimiento de su naturaleza, ha formado parte de una organización criminal o banda que él sabía que ejercería presión sobre él para cometer un delito y de la cual era un miembro activo cuando fue puesto bajo presión, no puede acogerse a la defensa de *duress*. (caso *Sharp*, 1987, cit. en SMITH/HOGAN, 1992:241)

Por lo tanto, tal y como destaca la doctrina inglesa, la defensa no se excluye inmediatamente por la pertenencia de la persona a la banda criminal, sino que ello depende de su naturaleza y del conocimiento de ella por parte del autor, pues si debido al tipo de banda a la que pertenecía la persona, no podía sospechar que sería amenazado gravemente en caso de intentar abandonarla, la eximente no debería ser denegada[415]. Igualmente, no puede olvidarse que es necesario que la persona haya formado parte voluntariamente de la organización criminal.

Los supuestos más complicados son, sin duda, aquellos en que la actuación precedente no va dirigida directamente y de modo previsible a provocar una situación de miedo insuperable[416], sino aquéllos en que tal actuar precedente sólo puede considerarse imprudente respecto a la situación final de conflicto para los bienes jurídicos.

---

[414] LAW COMMISION (1993:52, énfasis añadido): "la defensa no es posible para una persona que conscientemente y *sin una excusa razonable* se expone al riesgo de una amenaza relevante: por ejemplo, formando parte de una banda criminal que sabe que puede amenazar con violencia a un miembro que sea reacio a cometer delitos en su servicio."

[415] Vid. caso *Shepherd* (1987, en CR.APP.R., 1988:47 y ss.): el acusado formaba parte de una banda de ladrones, reclutado por P., y había tomado parte voluntariamente en las primeras acciones del grupo, pero acobardado por la experiencia quiso dejarlo. Entonces P. le amenazó a él y a su familia con violencia si dejaba la banda, por lo que continuó con ellos. Las alegaciones del acusado se vieron corroboradas por el hecho de que, mientras esperaba para ser juzgado fue asaltado y agredido por P. El tribunal revocó la sentencia de instancia que no permitió que el jurado considerase la defensa de *duress*.

[416] Supuesto que, por analogía a la idéntica problemática que se plantea en la legítima defensa, podría denominarse "pretexto de miedo insuperable", que no puede conllevar la aplicación de esta eximente, ni de forma completa ni incompleta. Cabe destacar que en nuestra jurisprudencia se ha alegado en ocasiones la eximente de miedo insuperable, en supuestos que pueden considerarse propios de "pretexto de legítima defensa", siendo rechazada por el T.S. precisamente con la argumentación de que en estos casos "la situación

> Ejemplo: el recurrente no adoptó las más elementales precauciones que exigía el cruce de calles que iba a efectuar y muy especialmente la de aminorar la velocidad que llevaba con la camioneta que conducía, al observar que a distancia de veinte metros se aproximaba y entraba en dicho cruce por su lado derecho, un taxi; lo que fue causa de que al verse obligado el conductor del taxi a detenerse cuando llegaba al centro del cruce, a fin de evitar atropellar a una pareja que transitaba por la calzada el recurrente no pudo hacer lo mismo por su excesiva velocidad, y para evitar chocar con el taxi atropelló a la pareja[417]

La cuestión es si en estos casos, al igual que sucede, según la doctrina penal, en el estado de necesidad[418], debe considerarse aplicable la eximente de miedo respecto al delito doloso final, castigando sólo el comportamiento imprudente anterior. A mi entender, las razones para aplicar la eximente de estado de necesidad en estos casos, tienen que ver fundamentalmente, como ya remarqué, con su naturaleza como causa de justificación, lo cual (salvo en el supuesto de conflicto entre males iguales) conduce a que, una vez originado el conflicto entre bienes jurídicos, no importa por qué causa, el ordenamiento jurídico prefiera que éste se solucione de forma justificada, por lo que en definitiva no va a castigar la concreta acción en estado de necesidad[419]. Pero, respecto a la eximente de miedo insuperable, no parece haber un argumento igualmente razonable para no incluir las acciones imprudentes dentro de las provocaciones responsables de la situación de miedo, ya que la simple mención a que, en definitiva la situación coactiva y el miedo que sufre la persona es el mismo sea cual sea el origen del peligro, olvida que esto no es lo decisivo para la eximente.

Desde una reconstrucción normativa de la eximente parecen existir razones para exigir de quien soluciona un conflicto de forma no imparcial, sino dando mayor peso a los intereses especialmente cercanos a él, que no haya provocado de forma responsable con su actuar tal

---

de peligro fue provocada, o a ella cooperó, el propio responsable" (STS 3-5-1990, RAJ 3678; vid. también STS 20-4-1985, RAJ 2215, en la que se alega la eximente en un caso en que que "el agente del delito comienza los insultos y las agresiones"; y 16-3-1973, RAJ 1341, en la que el T.S. habla de un "suceso buscado y provocado intencionalmente por el procesado para buscar ocasión de desembarazarse de su hermano...").

[417] Supuesto, modificado, de la STS 11-12-1945 (RAJ 1389, en el caso real el conductor de la camioneta, para evitar atropellar a un niño y chocar con el taxi, invade la acera y atropella a una anciana parada en ella), en la que se alegó miedo insuperable. La eximente fue desestimada por la precedente conducta culposa del conductor. Vid. también el similar caso tratado (con igual decisión) por la STS 1-2-1960 (RAJ 251).

[418] Vid. ROLDAN (1980:31-33); SILVA (1982:681, 685); MIR (1983:517-519); GIMBERNAT (1995:70-71). Estos autores defienden que la actuación final es dolosa, pero está exenta de pena por estado de necesidad, lo cual no impide que se castigue su actuar precedente como un delito imprudente.

[419] A esta reflexión debe añadirse que, como bien destaca GIMBERNAT (1995:71) nuestro código penal presenta un fuerte argumento legal para excluir las actuaciones imprudentes de la exigencia del estado de necesidad relativa a su no provocación, pues el propio artículo añade que ésta debe ser "intencionada".

conflicto, y ello creo que puede también predicarse de los supuestos de provocación imprudente de la situación de miedo, siempre, claro está, que se cumplan los requisitos antes estudiados para considerar responsable la causación del peligro. Ello no obsta a que la diferencia que existe entre una provocación dolosa ("pretexto de miedo insuperable") y una imprudente, encuentre adecuado reflejo reservando para la segunda la posibilidad de estimar la eximente incompleta[420].

Por último, para finalizar este apartado, debe plantearse el supuesto en el que el requisito estudiado concurra, o bien sólo en el autor de la acción, o bien únicamente en la persona en peligro.

Hipótesis a): El autor causa de forma responsable un peligro, pero éste no le amenaza a él mismo sino a una persona con la que se encuentra ligada por vínculos de afectividad (que hacen posible una resolución parcial del conflicto): ¿puede eximirse de pena al autor que salva a la persona en peligro?. Parecen existir razones convincentes en favor de la exención de pena en estos casos, pues el fundamento del requisito de la causación responsable del riesgo, determina que sólo quepa imponer una mayor exigibilidad a aquél que ha creado un riesgo para *sus* bienes jurídicos, es decir, a aquél que ha "abusado" de su libertad y luego pretende ampararse en ella para lesionar bienes jurídicos ajenos. Pero, por esta razón, cuando el autor provoca un peligro que después se cierne sobre los bienes jurídicos de sus personas queridas, salvo en el supuesto de un "pretexto de miedo insuperable"[421], no parece razonable imponerle la obligación de tolerar dicho peligro, pues éste ya no le amenaza a él sino a otras personas; que no pueden convertirse, mediante el recurso de la inaplicación de la eximente en estos casos, en la manera de penalizar al autor por su causación responsable del peligro[422]. El autor podrá, de esta manera, ampararse en la eximente de miedo insuperable para salvar a la persona vinculada afectivamente con él y a la que puso en peligro[423].

---

[420] Igualmente, en los casos de provocación imprudente se debe tener en cuenta que el grado de imprudencia debe estar en consonancia con el peligro que amenaza a la persona, y que la causación no se podrá imputar al autor si la víctima ha contribuido de una manera igualmente responsable (compensación de culpas) a la creación del peligro (vid. HIRSCH, 1985:205 -§35/52-)

[421] Es decir, salvo en el caso de que el autor creara dolosamente el peligro para los bienes jurídicos de sus allegados con la finalidad de salvarlos lesionando a un tercero.

[422] Lo cual deberá articularse con los mecanismos que el ordenamiento penal prevé para ello, como los delitos de peligro o los imprudentes.

[423] Como bien subraya ROXIN (1994:818) "cuando un padre es culpable del peligro que amenaza a su propia familia, se sentirá más fuertemente obligado a salvarlos de él -aun a costa de terceros-.". Esta es, de hecho, la posición dominante de la doctrina alemana, pues "nada es más lógico, que ayudar a los parientes, a los que uno ha puesto antijurídicamente en peligro" (JESCHECK/WEIGEND, 1996:485).

Hipótesis b) El autor salva a una persona con la que se encuentra vinculada afectivamente de un peligro que ésta última creó responsablemente. De nuevo, el fundamento de la mayor exigibilidad en casos de causación responsable del peligro parece decaer en estos supuestos, pues aunque el autor obre, en definitiva, para evitar un mal respecto a una persona que ha causado el riesgo, no parece razonable exigirle que se convierta él mismo en el medio de "castigar" (dejando que el mal que amenaza recaiga sobre ella) su conducta peligrosa, perteneciendo tal tarea (si pertoca) a los mecanismos genéricos que en el ordenamiento penal sirven para castigar las puestas en peligro de bienes jurídicos ajenos[424].

Con ello queda claro que el requisito de la causación imputable del riesgo, al ser ciertamente un mecanismo para "penalizar" la conducta de la persona que soluciona un conflicto de manera parcial, debe interpretarse restrictivamente y por tanto sólo encontrará aplicación cuando se trate de la causación de un peligro respecto a los propios bienes jurídicos.

3.2.5. La gravedad del mal amenazante: ¿debe limitarse la eximente en atención al bien jurídico amenazado?

Otro requisito concerniente al mal amenazante hace referencia a la cuestión relativa a si la eximente de miedo insuperable debe tener un límite "mínimo", esto es, un límite en función de los bienes jurídicos amenazados. Ello supondría imposibilitar la aplicación de esta eximente en todos aquellos casos en los que el peligro amenazante no alcance una cierta entidad, que quedaría definida en virtud de la previa determinación de los bienes jurídicos que deben estar en peligro para que proceda el análisis de la eximente de miedo insuperable

---

[424] La solución de aplicar en estos casos, igualmente, la eximente es, sin embargo, muy discutida en Alemania, donde en contra de ella se alega que no puede ser que se exculpe al autor que salva al pariente que ha provocado el peligro para sus bienes jurídicos cuando de obrar el propio pariente la exculpación no sería posible (a diferencia de lo que sucede en la hipótesis anteriormente discutida, en la que, de obrar el pariente nadie dudaría de la exculpación, pues éste no creó el peligro). En este sentido, en contra de la exculpación: TIMPE (1985:38); JAKOBS (1991:19/75); BERNSMANN (1989:437-438). Sin embargo, ello parece implicar una discutible transferencia de la responsabilidad de una persona hacia la otra. A favor de la exculpación vid. ROXIN (1994:819) "la conciencia jurídica general tolera antes una exención de pena en un comportamiento altruista que en uno egoísta."; y NEUMANN (1997:18-19 -§35/39-40-), que fundamenta la exculpación en los siguientes términos: "El comportamiento solidario entre parientes e íntimos amigos no es compatible con el principio 'quien se coloca en peligro, se las arregla con él'. Si amenaza el peligro de que el hijo muera ahogado al romperse el hielo sobre el que patina, entonces no depende para nada la medida de la ayuda exigible al padre del hecho de que el hijo se haya puesto en situación de peligro imprudentemente o tras adoptar toda la precaución debida. (...) A un pariente no se le puede exigir que renuncie a la salvación de su familiar en atención a su culpa en el origen del peligro."

(de ahí que hable de un límite "mínimo", porque marca el umbral de peligro que debe existir)[425].

En el ámbito del derecho comparado cabe observar que una limitación de tal tipo se predica respecto de las eximentes análogas a nuestro miedo insuperable. Así, en el sistema jurídico angloamericano, forma parte de la tradición el límite consistente en que la defensa de *duress* sólo puede aplicarse cuando amenace un peligro de muerte o grave lesión de la integridad física[426]. Por lo que respecta al código penal alemán, tal limitación se encuentra explícita en el propio parágrafo 35, que exige en el estado de necesidad exculpante un peligro para la vida, la integridad física o la libertad.

En nuestra doctrina, han existido también opiniones que se han mostrado favorables a limitar la eximente de miedo insuperable a situaciones en las que el peligro o amenaza alcance una determinada entidad; en concreto, a casos en los que se hallen en peligro bienes personalísimos[427]. Igualmente, ciertas decisiones jurisprudenciales parecen compartir esta limitación de la eximente de miedo insuperable[428]. Nos encontramos, pues, ante una exigencia que parece tener cierto peso en la doctrina penal. Veamos las razones que se pueden alegar en favor de tal limitación.

---

[425] Este requisito plantea, pues, la cuestión previa relativa a la identificación de los bienes jurídicos protegidos por las normas penales. Respecto a esta importante cuestión y sobre el valor crítico del bien jurídico en la dogmática penal vid., por todos, HORMAZABAL (1984 y 1991).

[426] Se exige "danger of death or serious personal injury" (vid. HALL, 1947:413; WILLIAMS, 1983:625; DRESSLER, 1989:1340; SMITH/HOGAN, 1992:237; ASHWORTH, 1995:218). Tal limitación ha sido aceptada por la LAW COMMISSION inglesa (1993:49) y, aunque con matices, por el MPC (1985:375).

[427] En este sentido, MIR (1983:508-509), que incluye entre ellos la vida y la integridad física o mental de la persona; igualmente GOMEZ BENITEZ (1987:435) y PUENTE (1997:252). ROLDAN (1983:503,508) añade a éstos la libertad; y SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:325) el honor. Ello se corresponde con la antigua exigencia comentada por nuestra doctrina histórica sobre que el mal que amenaza en situación de miedo insuperable debía ser *grave*, lo cual, según se interpretaba sólo acontecía cuando el mal amenazante era un peligro contra la vida o la integridad física (vid. CARDENAS, 1848a:321; ESCRICHE, 1876:119 y GROIZARD, 1870:273).

[428] Así, diversas sentencias se refieren a la ligazón entre esta eximente y el instinto de conservación (vid. STS 28-1-1943, RAJ 65; 12-5-1971, RAJ 2287; 25-10-1974, RAJ 3961; 12-2-1981, RAJ 545 y 15-6-1982, RAJ 3535), y otras, más claramente definen el miedo insuperable como "peligro de padecer un mal injusto, grave, ineludible, respecto su vida o integridad personal" (STS 8-2-1973, RAJ 651, en idéntico sentido STS 15-2-1944, RAJ 168 y 15-3-1947, RAJ 385). Sin embargo, tampoco aquí faltan sentencias que defiendan un punto de vista contrario. Así, la STS 24-11-1981 (RAJ 4545, énfasis añadido) se refiere ampliamente a que "el miedo es indudablemente una reacción emocional del ser humano ante un acontecimiento que pone en peligro *su conservación o la de sus deudos...*". De todas maneras, ambas líneas jurisprudenciales son incompatibles con la concepción que defiende el propio T.S. sobre la eximente, pues de ser ésta una perturbación psicológica análoga al trastorno mental transitorio sólo eso (la perturbación) y no la entidad de los bienes en conflicto debería ser lo decisivo para la exculpación o no de la conducta.

Un primer razonamiento, ligado con el entendimiento en clave psicológica de la eximente, consistiría en señalar que la grave afección psicológica que exige el miedo insuperable sólo es plausible en casos en que amenace la lesión o pérdida de un bien jurídico de vital importancia para la persona. Sin embargo, tal argumentación parece deficiente desde un doble punto de vista. En primer lugar, aun aceptando su punto de partida, esto es, la fundamentación psicológica de la eximente, debe señalarse que si tal afección psicológica es lo relevante, entonces, *a priori* no puede descartarse que, por ejemplo, la amenaza contra el patrimonio o el honor de una persona pueda provocar el mismo impacto psicológico sobre la persona. En otras palabras, la fundamentación psicológica de la eximente no parece avenirse con una limitación apriorística de los bienes jurídicos amenazados[429]. Y en segundo lugar, si, tal y como desarrollé en el primer capítulo, se rechaza una fundamentación psicológica de la eximente, entonces no puede explicarse la limitación de los bienes jurídicos amenazados recurriendo al impacto psicológico que recibe la persona que se encuentra en situación de miedo insuperable.

En la doctrina penal se han alegado también, a la hora de proceder a una limitación de los bienes jurídicos amenazados, razones preventivo-generales. Razones que conllevarían que sólo peligros para bienes personalísimos como la vida, la integridad física y la libertad pudieran venir exculpados por miedo insuperable[430]. Sin embargo, nuevamente debo reiterar que si se no se considera adecuada una fundamentación y configuración de la eximente a partir de las necesidades preventivo-generales no puede compartirse la estricta limitación de los bienes jurídicos amenazados como una exigencia ineludible de tales necesidades preventivo-generales. Ello, al margen de que ya es en sí discutible[431],

---

[429] Por eso, en Alemania, la existencia de una limitación legal de los bienes amenazados es utilizada por la doctrina penal como un argumento contundente en contra de la fundamentación psicológica del estado de necesidad exculpante (vid. entre otros, ROXIN, 1994:800; JAKOBS, 1991:568; TIMPE, 1984:860)

[430] En este sentido, claramente ROXIN (1994:801-802, 806-807): "que el peligro de pérdida económica no pueda tener un efecto liberador de la pena se explica porque, de lo contrario, el propio interés suplantaría el ordenado procedimiento jurídico y podría llevar a la sociedad al caos. (...) Son claramente motivos preventivo-generales los que han llevado al legislador a prescindir de la exención de pena en casos en que se actúe para proteger otros bienes jurídicos.". Incluso parte de la doctrina penal alemana, aun no defendiendo una reconstrucción del estado de necesidad exculpante exclusivamente desde la óptica de la prevención general, admite que la estricta limitación de los bienes jurídicos que se encuentra en el parágrafo 35 sólo parece explicable desde las necesidades de prevención general (así KÜHL, 1994:352).

[431] Pues tremendamente discutible es hasta dónde llegan las necesidades preventivas en materia de limitación de los bienes jurídicos amenazados en situación de miedo insuperable. Que ello es así lo demuestra la polémica existente en Alemania, en la que partidarios de una reconstrucción preventivo-general del estado de necesidad exculpante como JAKOBS y TIMPE, defienden, no obstante, una aplicación analógica o como mínimo una atenuación de la pena en casos de amenaza a otros bienes jurídicos, pero de gran importancia en el caso concreto (vid. JAKOBS, 1991:572, TIMPE, 1984:863-864).

significaría desconocer el fundamento que se ha defendido de la eximente de miedo insuperable.

Efectivamente, la exclusión *a priori* de determinados bienes parece tener un objetivo fundamental: primar las exigencias de la seguridad jurídica (y con ello de la prevención general) por encima de las consideraciones de justicia individual, ya que tal exclusión tiene el efecto fundamental de impedir la valoración de la razonabilidad de la acción en el caso concreto si no se alcanza un mínimo de peligro para los bienes jurídicos; peligro que el propio ordenamiento penal establece como una presunción *iuris et de iure*[432]. La negativa al análisis de la situación del caso concreto a que conduce esta expresa delimitación se encuentra, por tanto, a mi entender, en oposición con la propia naturaleza del principio de inexigibilidad o razonabilidad, como principio que apela a una valoración del caso desde la concreta situación acaecida; en definitiva, como una apelación a la justicia individual.

Por otra parte, debe también señalarse que la limitación de la eximente a constelaciones reducidas en las que estén en juego bienes jurídicos de especial importancia como la vida o la integridad física, supone desconocer que los conflictos ante los que se puede encontrar una persona pueden ser de muy diversa entidad[433], con lo que tal limitación supondría, en definitiva, marginar de entrada toda una serie de casos que por lo menos merecerían cierta discusión. El fundamento de la eximente es la razonabilidad de la actuación de la persona, y lo cierto es que ésta puede serlo aun cuando no amenace un peligro para los bienes más importantes:

> Ejemplo: la STS de 24-11-1962 (RAJ 4407) juzga el caso de un accidente imprudente ocasionado por las deficiencias en el sistema de frenado del autobús

---

[432] Que una limitación *a priori* de los bienes jurídicos sólo parece fundamentarse en consideraciones preventivo-generales lo demuestra la doctrina alemana, pues el propio legislador penal, en su justificación del catálogo cerrado de bienes jurídicos alude a que una extensión de la eximente a otros bienes jurídicos como el honor o la propiedad "traería como consecuencia que la no exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma (...) sería reconocida como una causa de exclusión de la culpabilidad en un amplio campo, lo cual sería apropiado para poner en tela de juicio la seriedad de la amenaza penal." (cit. en ROXIN, 1994:806). Igualmente, en la doctrina inglesa la justificación de la limitación de los bienes jurídicos parece basarse también en argumentos preventivo-generales, tal como expone WILLIAMS (1961:758): "amenazas de pérdida económica (...) nunca representarían coacción [*duress*]. Así no sería suficiente para el acusado mostrar que temía ser despedido de su trabajo. Debe marcarse una frontera en algún lado, porque siempre hay razones que impelen a los hombres a vulnerar la ley penal.".

[433] Como señala ASHWORTH (1995:218) parece extraño fijar el grado de la amenaza o del peligro limitando los bienes jurídicos, pues "la seriedad de los delitos respecto a los cuales puede alegarse *duress* puede variar considerablemente. Una horrible amenaza debería ser necesaria para excusar a una persona que causó un grave daño, pero de ello no se sigue que una amenaza de menor entidad no sea suficiente para excusar una ofensa menor".

que conducía el procesado. Deficiencias que éste conocía y de las que dio noticia a su superior laboral, el cual le ordenó, a pesar de ello conducir el vehículo, lo cual realizó debido al temor de ser despedido si se negaba a ello. En este caso, aun no existiendo una amenaza para bienes personalísimos de la persona, no parece justo por esta sola razón denegar la aplicación de la eximente de miedo insuperable.

Desde este punto de vista, la limitación de los bienes jurídicos parece concebida con el pensamiento de que mediante miedo insuperable siempre se va a lesionar un bien jurídico importante, pero lo cierto es que son imaginables casos en los que la lesión lo sea de un bien no primordial, y si aun así se exigiese una amenaza contra un bien vital, entonces probablemente estaríamos ante un caso de estado de necesidad justificante y de esta manera no necesitaríamos ya la eximente de miedo insuperable.

De hecho, creo que el ordenamiento penal español ofrece un buen ejemplo de limitación flexible de los bienes jurídicos en peligro en la citada *Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre sobre protección a testigos y peritos en causas criminales*. Esta ley, como expresa su exposición de motivos, tiene por finalidad proteger a los ciudadanos que puedan ver dificultado su deber de colaborar con la justicia "ante el temor a sufrir represalias", y en su artículo primero (subrayado añadido) declara que para la aplicación de las medidas de protección dispuestas por la ley "...será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave *para la persona, libertad o bienes* de quien pretenda ampararse en ella... ". Como puede apreciarse, esta ley, que regula un determinado ámbito de situaciones de necesidad, mediante la alusión a la persona, libertad o bienes del ciudadano, lleva a cabo una delimitación amplia y flexible de los bienes jurídicos que deben estar en peligro[434].

Igualmente, la propia evolución acaecida en la doctrina alemana muestra que una delimitación estricta de los bienes jurídicos no parece ser una buena solución para el problema que plantean las situaciones de miedo insuperable[435].

En resumen, la delimitación, *a priori*, de un mínimo de peligro a través de un catálogo cerrado de bienes jurídicos no parece avenirse ni con el fundamento ni con la realidad

[434] Otro ejemplo de ello podría ser el art. 418 L.E.Crim. (énfasis añadido) que alude a que "Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya *a la persona*, ya *a la fortuna* de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416."

práctica de la eximente[436]. Ello no implica, según veremos más adelante, que la entidad del bien en peligro sea irrelevante a los efectos de valorar la razonabilidad de la actuación, sino, simplemente, que los motivos que conducen a dar relevancia a tal aspecto no se pueden tasar *a priori*.

3.2.6. El sujeto pasivo de la amenaza.

Por último, una importante cuestión relativa al mal amenazante hace referencia a si éste debe o no afectar a una determinada persona. En otras palabras, ¿queda amparado por esta eximente sólo quien obra para evitar un mal que le amenaza a él mismo, o también aquél que quiere prevenir el peligro que se cierne sobre otra persona?.

Nuestra doctrina, al igual que el T.S., apenas ha prestado atención a este problema, aunque las escasas referencias que sobre este problema se encuentran en las obras de algunos autores lo son, mayoritariamente, para afirmar tal limitación; que, de hecho, se encontraba expresamente prevista en el Código Penal de 1928. En este sentido, ya ANTON (1949:311) alude a que

> El carácter insuperable del miedo nos indica, a falta de referencia expresa en la Ley, que el mal conminado ha de ser grave. (...) Sobre sí mismo o sobre los allegados, dice el Código alemán: y, en efecto, los padres, capaces de

---

[435] En Alemania el Código penal de 1975 amplió el catálogo de bienes contemplado en el código de 1871, añadiendo a la vida e integridad física la libertad. Aún así la doctrina sigue discutiendo si es posible una aplicación analógica o atenuación en casos de amenaza a otros bienes jurídicos (vid. *supra* not. 431).

[436] En la doctrina española han remarcado este punto SAINZ CANTERO (1985:111); HIGUERA (1991:120); MORALES (1996:182); CUERDA ARNAU (1997:133):"no hay razón para, a priori, excluir del ámbito de la eximente todos aquellos bienes que no sean personalísimos...". Especialmente interesante me parece, sin embargo, la opinión contraria de MIR (1983:508-509), que defiende tal limitación de la eximente (a supuestos de peligro para la vida o la integridad física o mental), apelando para ello, precisamente, a una idea que creo que se encuentra efectivamente en el fundamento de la eximente. Según MIR, en la eximente de miedo insuperable no se trata de una comparación intelectual (imparcial) de valores (lo cual tiene lugar en el estado de necesidad justificante) sino "de la concreta vivencia existencial por parte de un sujeto de un conflicto entre dos males que *le* amenazan.", reconociéndose con ello la posible valoración parcial del conflicto por parte del autor. "Ahora bien [continúa MIR], para que el hombre medio imaginario (imagen normativa) pueda perder su imparcialidad, es preciso que el mal que amenace ponga en peligro alguno de sus bienes personalísimos, como la vida o la integridad física". Sin embargo, aun estando de acuerdo con la idea de la valoración parcial que subyace en la eximente de miedo, no creo posible limitar ésta *a priori* a determinados casos. El laudable propósito de MIR (evitar una extensión de la valoración parcial hasta el punto de, por ejemplo, eximir a aquél que da mayor valor a su propiedad que a la vida de otra), no obliga a tal limitación *a priori* de los bienes jurídicos, sino que, como a continuación veremos, puede conseguirse a mi entender con otros medios más acordes con el fundamento de la eximente.

sacrificarse por los hijos, han de temer los de éstos más que los males propios.[437]

En sentido contrario se ha manifestado recientemente CUERDA ARNAU (1997:134-135), alegando que debe rechazarse una limitación *a priori* del círculo de sujetos pasivos de la amenaza al no referirse a ella el código penal. Sin embargo, creo que éste no es un argumento convincente, porque lo cierto es que el punto de partida de toda delimitación normativa de la eximente de miedo insuperable es la carencia de cualquier indicación legislativa sobre lo que es un miedo (normativamente) "insuperable"[438]. Por ello, de ser acertado el argumento de CUERDA ARNAU contra la exigencia del requisito que discutimos, la conclusión parecería ser que no sólo éste, sino ninguno de ellos podría ser legalmente requerido de la persona que obre el miedo insuperable, al no referirse la ley a ninguna exigencia en particular que ilustre cuándo debe entenderse existente tal situación de miedo insuperable. Ello, obviamente, vaciaría totalmente de contenido a la eximente de miedo insuperable, cuando de lo que se trata precisamente es de suplir la falta de indicaciones legislativas con un razonamiento sobre cada posible y discutible exigencia normativa.

Por lo tanto, lo que debemos plantearnos es si existen razones convincentes para restringir la eximente de miedo insuperable a situaciones en las que la persona actúa para evitar el mal que amenaza a una determinada persona. De nuevo resulta aquí imprescindible una remisión al fundamento de la eximente.

---

[437] Ya antes FERRER SAMA (1946:233-234) se había referido a esta cuestión en términos similares (vid. también COLL, 1901:565). Modernamente defienden tal restricción MIR (1983:509, énfasis añadido; que propone la siguiente redacción de la eximente: Queda exento de responsabilidad criminal, "El que impulsado por un miedo insuperable a perder *su* vida, *su* integridad física o mental o las de un *pariente próximo*, produce un mal no absolutamente desproporcionado."); SAINZ CANTERO (1985:111): "El mal que amenaza, o mal temido por el sujeto, consiste en un daño que le puede ser causado a él mismo o a tercera persona con él relacionada."; HIGUERA (1991:120); SILVA/CORCOY/BALDO (1996:327: mal que amenaza a los intereses del autor "u otros sujetos que le son próximos") y SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:325). Debe destacarse que estos autores no explicitan, sin embargo, los argumentos que les llevan a defender esta limitación del circulo de autores.

[438] Tanto es así que, sobre esta base, nuestro T.S. defiende que "insuperable" es un miedo "psicológicamente incapacitador". La anterior regulación de la eximente contenía por lo menos un claro indicio de que ello no podía ser así, ya que al requerir el legislador una ponderación de males, parecía con ello admitir que a la persona afectada por el miedo "insuperable" no se encontraba en una situación de trastorno mental transitorio que la incapacitara para toda valoración o ponderación de males. Pero la reforma, aunque a mi entender debe saludarse por ciertos motivos que en el capítulo siguiente se expondrán, lo cierto es que deja al intérprete sin un claro argumento *textual* para defender la configuración y consiguiente delimitación normativa de la eximente. Por ello, las razones para defender este entendimiento de la eximente deben buscarse más allá del texto legal.

La eximente de miedo insuperable, según la reconstrucción defendida en los capítulos precedentes, supone el reconocimiento por parte del ordenamiento penal del valor que para un ciudadano tienen determinados bienes o derechos en atención a su *especial vinculación* o relación con ellos. Dicha vinculación especial es lo que puede llevar a que, en una situación de conflicto que afecta precisamente a tales bienes o derechos, la persona valore y solucione el conflicto de una manera parcial; es decir, no dando igual peso a todos los bienes jurídicos en juego (y por tanto, no justificadamente), sino atribuyendo más valor a aquéllos por los que siente mayor proximidad. Dicho de otra manera, la solución parcial del conflicto se acepta por el ordenamiento, porque se estima razonable que el autor prime a determinados bienes o derechos en conflicto.

Si esto es plausible, entonces la pregunta que surge a continuación es cuáles son esos bienes o derechos por los que la persona puede razonablemente sentir una especial vinculación o afinidad, hasta el punto de aceptarse la solución parcial de un conflicto. Sin duda, parecen formar parte de este ámbito *sus* propios bienes jurídicos, porque una valoración parcial es claramente razonable cuando el mal amenaza precisamente a los bienes jurídicos del autor, que de esta manera, por ejemplo, prefiere no ser torturado gravemente y sufrir la amputación de alguno de sus miembros a matar a un extraño[439]. Evidentemente, una valoración parcial tiene sus límites, precisamente los límites que se han venido presentando (y se estudiarán) a lo largo de todo este capítulo, pero lo que aquí interesa es determinar cuándo parece razonable aceptar una valoración parcial *en atención a la persona que sufrirá el mal de no evitarse éste con la acción en miedo insuperable*, lo cual incluye, ciertamente, el caso en el que la persona que valora parcialmente el conflicto es la misma que padecerá el mal de no evitarlo.

Más allá de estos casos, deben, a mi entender, presentarse razones igualmente convincentes para aceptar una solución parcial de un conflicto, cuya resolución no afecta ahora al autor de la acción, sino a terceros. En este caso: ¿por qué razón podría aceptarse que se valoraran de mayor manera los intereses de uno sobre los de otro?; o expresado con otras palabras ¿qué es lo que podría colocar al autor de la acción en una situación de especial vinculación o preferencia con los bienes jurídicos de otras personas?.

---

[439] No en vano subrayaba ANTON (1949:311, énfasis añadido) que el "miedo insuperable es un estado emocional privilegiado. Los estados emotivos y pasionales han sido previstos en el Código en concepto de atenuantes (...arrebato y obcecación). Una excepción representa el miedo, sin duda por considerarse que esta emoción, *enraizada en nuestro instinto de conservación*, tiene mayor fuerza coactiva..."

Creo que estas situaciones son aquéllas en las que una de las personas cuyos bienes jurídicos están en peligro, está ligada al autor por ciertos *vínculos de afecto* que son, de hecho, la razón por la cual el autor siente una especial preferencia por los bienes jurídicos de aquella persona. Preferencia que le lleva a valorar por encima de a lo que conduciría un juicio imparcial los bienes jurídicos de tal persona. Una de estas situaciones, probablemente la más clara de ellas, está representada por los vínculos familiares[440].

Ello puede apreciarse en el hecho de que en nuestro ordenamiento, y particularmente en las leyes penales, existen multitud de ejemplos que ilustran el valor y naturaleza de los vínculos familiares, como una realidad social que el ordenamiento no puede desconocer, ya sea imponiéndole a una persona determinadas obligaciones que le coloquen en un conflicto insoluble entre los deberes estatales y aquéllos para con su familia, o bien impidiéndole determinadas actuaciones en defensa de su familia[441].

Claro ejemplo de ello es el art. 454 del CP relativo a la exención de pena para los encubridores de un delito de un pariente, o el 470.3 del mismo código penal en el que se rebaja considerablemente (llegando a poder también eximirse) la pena por el quebrantamiento de condena en favor de un familiar[442]. En nuestra L.E.Crim. también encontramos claros ejemplos de este reconocimiento de la fuerza de los vínculos familiares, cuando el art. 261 exime de la obligación de denunciar a ciertos parientes[443], o cuando el art. 418 establece que ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar "ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el art. 416". Un último ejemplo podría ser la citada *Ley Orgánica de protección a testigos y peritos en causas criminales*, que prevé la toma de las medidas de protección previstas en esta ley cuando la autoridad judicial aprecie un "peligro grave para la persona, libertad o bienes *de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a*

---

[440] Como ya dijera PACHECO (1867:215) "hay entre los parientes lazos de amor, de superioridad, o dependencia, que no pueden menos de traer algún resultado en la esfera del crimen".

[441] Esta es la idea que se encuentra en la fundamentación de NEUMANN (1997:4 -§35/6-) acerca de la expresa limitación legal del estado de necesidad exculpante del código penal alemán a los supuestos de peligro para el autor, un pariente o una persona "cercana" al autor: "Decisivo debería ser que aquél que salva a un pariente o a sí mismo a costa de los equivalentes intereses de un extraño, puede remitirse a valores socialmente reconocidos. (...). El ordenamiento jurídico reconoce con la regulación del § 35 la existencia de especiales relaciones de solidaridad en estrechas comunidades sociales...". Vid. también BERNSMANN (1989:85-87): "el privilegio de los parientes, en especial en relación con el estado de necesidad exculpante, es el reflejo de unas estructuras profundas, socio-psicológicas y acaso biológicas".

[442] Vid. también, en el propio código penal, el art. 424, que atenúa de forma considerable el cohecho cometido en favor de un pariente.

[443] Lo cual se completa con la dispensa de la obligación de declarar establecida en el art. 416 LECrim.

quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos." (énfasis añadido).

No cabe duda, pues, de que nuestro ordenamiento reconoce el especial valor que para los ciudadanos tienen sus relaciones familiares, lo cual, aplicado a nuestra eximente de miedo insuperable significa que debe estimarse aplicable, no sólo cuando el mal amenace a la persona o bienes del propio autor, sino también a la de algún familiar:

> Las relaciones íntimas están definidas, en último término, por una intensa parcialidad; no podemos al mismo tiempo afirmar la validez moral de tales relaciones y condenar a alguien por miedos que revelan que valora el bienestar de su familia (...) más que el de los extraños. (KAHAN/NUSSBAUM, 1996:336)

De hecho, ello ya ha sido reconocido por nuestro T.S., que en alguna sentencia ha aceptado que el mal que amenaza a un pariente puede ser suficiente para la aplicación de la eximente[444].

El problema es, evidentemente, determinar el círculo familiar que ello abarca y, sobre todo, si debe probarse la existencia de un efectivo vínculo de afecto entre el autor y el familiar al que salva. Respecto a estas cuestiones, creo que no se puede exigir una relación familiar tan cercana como la que normalmente demandan las leyes penales citadas[445], porque lo decisivo es, ante todo, la existencia o no de una efectiva relación de afectividad entre los familiares, la cual ciertamente podrá darse más allá del círculo citado e incluso no darse entre familiares cercanos.

Según creo, en la aplicación práctica de la eximente sería razonable la siguiente regla: respecto a los familiares cercanos puede partirse de la presunción de que existe una efectiva relación de afectividad que es lo que determina al autor a obrar en favor de su familiar, recayendo aquí la carga probatoria en la acusación si pretende demostrar que no es tal relación de afectividad lo que mueve al autor sino otros móviles *incompatibles* con la eximente. Por lo que respecta a familiares más lejanos (por ejemplo, primos o tíos), la aceptación de la eximente probablemente requerirá que se demuestren otros elementos, a parte de la relación parental consanguínea, adoptiva o afín (elementos éstos de pura

[444] Vid. la STS 11-6-1966 (RAJ 3713), en la que el acusado participa en la destrucción de una querella que afectaba a su padre por temor a los efectos nocivos que para la salud del mismo (ya gravemente afectada) se podían derivar de prosperar tal querella. Vid. también la STS 19-7-1994 (RAJ 6653).

atribución legal), que apoyen la existencia de una efectiva relación de afectividad, tales como por ejemplo una situación de convivencia o una relación personal cercana.

Todo ello plantea, evidentemente, el problema de si la eximente de miedo insuperable puede aceptarse más allá del vínculo familiar, y en concreto en toda situación en la que exista una relación de afectividad que pueda hacer explicable y razonable que se primen los intereses de una persona sobre los (en un juicio imparcial) de mayor valor de otra. A mi entender, desde el fundamento de la eximente no puede descartarse de entrada que esto sea así, esto es, que determinadas relaciones (de amor, amistad, laborales, de asociación, de tutela...) provoquen un especial vínculo de afectividad entre las personas que lleve a que pueda estimarse razonable que se solucione un conflicto de manera parcial en favor de una de estas personas. Pero ello exigirá que quien alegue la existencia de tal especial relación de afectividad (no reconocida, o por lo menos no con tanta fuerza por el ordenamiento[446]), cargue con la prueba de tales hechos.

> Un ejemplo muy interesante de esta posibilidad puede hallarse en la STS 4-7-1978 (RAJ 2791), en la que el procesado comete un homicidio para librar a su amante de las amenazas, malos tratos y coacciones para ejercer la prostitución que sufría por parte de la "víctima"[447]. La sentencia no considera aplicable en este caso la eximente de miedo insuperable, ni siquiera como incompleta, debido a que estima que la actuación del procesado no casa con la eximente "que por representar un estado psíquico personal de inimputabilidad tendría que haber afectado profundamente a la inteligencia y voluntad del inculpado...". Lo más curioso de la sentencia es que el T.S. considera aplicable a la conducta del

---

[445] Que aluden a un círculo relativamente cerrado o estrecho de parientes: cónyuge (o persona ligada por análoga relación de afectividad), ascendientes, descendientes y hermanos (por naturaleza, adopción o afines).

[446] Una excepción es la regulación de los supuestos de recusación de los jueces (art.54 LECrim), en la que se reconoce, entre otros motivos para ella, la existencia de una *amistad íntima* con alguna de las partes. En nuestro derecho histórico ofrece un interesante ejemplo el artículo 20 del CP 1822 (énfasis añadido): "Las personas receptadoras o encubridoras de sus padres o ascendientes en línea recta, de sus hijos o descendientes en la misma línea de sus maridos o mujeres, o de sus hermanos, no sufrirán por ello pena alguna; excepto si expendieren o distribuyeren alguno de los efectos en que consista el delito, o se aprovechen de alguno de ellos sabiendo su procedencia en cuyo caso serán castigados con la octava a la cuarta parte de la pena prescrita contra los autores del delito. También se castigarán solamente con la octava a la cuarta parte de dicha pena, en todos los casos, a las personas receptadoras o encubridoras de cualquiera de sus parientes o afines hasta el cuarto grado inclusive, *o de aquellas con quien estuvieran unidos por amistad, amor, gratitud o compañía doméstica de dos meses por lo menos antes de la recepción o encubrimiento, y de una manera que sea conocida en el pueblo respectivo la amistad, amor, motivo de gratitud o compañía.*"

[447] El TS considera probada "la explotación económico-sexual o de rufianería a la que la víctima del homicidio tenía sometida a la recurrente a base de extorsiones, amenazas y malos tratos desde hacía ya tiempo, creando en la procesada ahora recurrente la triste convicción de no poder liberarse ya nunca de tal estado de cosas, ni marchándose a vivir a otra ciudad como ya lo había hecho anteriormente a Barcelona de donde el rufián la había obligado a regresar a Madrid, ni tampoco denunciándolo a las Autoridades, por temor a las graves represalias de las que éste amenazaba hacerla objeto si lo hacía, en cuanto lo pusieran en libertad...".

procesado la antigua atenuante del art. 9.7., "teniendo en cuenta los móviles profundamente humanos y altruísticos que impulsaron al recurrente en su conducta criminal", lo cual unido a la "situación criminógena tan excepcional" en la que se encontró el autor, conducen finalmente al T.S. a solicitar un indulto parcial. Probablemente, un entendimiento de la eximente de miedo insuperable en clave de inexigibilidad (por la aludida "situación excepcional" que el propio tribunal reconoce), y no de inimputabilidad, hubiera llevado a una decisión más acorde con la justicia en este caso, en el cual se aprecia la viabilidad de una valoración parcial más allá del ámbito familiar.

En resumen, de acuerdo con el fundamento de la eximente, no parece adecuado restringir la aplicación de la eximente de miedo insuperable a un determinado círculo de personas definido *a priori* (ej. familiares hasta cierto grado), pues aunque ello pueda venir justificado por motivos de seguridad jurídica, pecaría por defecto e incluso, excepcionalmente, por exceso. Pero sí es acorde con el fundamento reservar su aplicación a aquellas situaciones en las que pueda afirmarse la razonabilidad de *la valoración parcial del conflicto* ante el que se enfrenta el autor, lo cual *sólo parece posible cuando el mal que amenace sea un peligro para sus propios bienes jurídicos o para los de una persona con la que exista una especial vinculación afectiva*[448].

De lo contrario, esto es, de no existir ninguna vinculación o relación entre el autor del delito y el tercero beneficiado por su acción, no parecen existir razones convincentes para aplicar la eximente. Así, si secuestran a una persona y exigen a un tercero, con el que el secuestrado no guarda absolutamente ninguna relación, que ponga una bomba en el coche de una determinada persona o de lo contrario el secuestrado será gravemente torturado y lesionado, de colocar efectivamente la bomba el autor y matar al conductor ¿podría aplicarse la eximente de miedo insuperable?, o más concretamente, ¿cuál podría ser el argumento que nos convenciera de la razonabilidad de tal actuación en esta situación?. Parece que

[448] Me parece por ello una aceptable solución la del parágrafo 35 del StGB, que exige un peligro para el autor, un pariente u otra persona "cercana" (*nahestehende Person*) al autor. Cabe destacar que en la doctrina alemana parece mayoritaria la fundamentación de esta exigencia legal en base al impacto psicológico de la situación de necesidad en el afectado, que sólo podría ser intenso en casos de peligro para sus propios bienes o los de un tercero ligado por ciertos vínculos de afectividad (vid. HIRSCH, 1985:194-195 -§35/34-; RUDOLPHI, 1994:72-73 -§35/9-; KÜHL, 1994:357; LENCKNER, 1997:585 -§35/15). Sin embargo, tal fundamentación presenta el mismo problema que toda delimitación psicológica de la eximente: si lo decisivo es tal impacto psicológico, entonces, no puede negarse el efecto exculpante en toda situación en que éste se verifique, y así sea quien sea la persona afectada por la situación de necesidad. Si a algo conduce la fundamentación psicológica de la eximente es a la dificultad de trazar límites normativos, que supongan una vulneración del principio de culpabilidad.

ninguno[449]. Supongamos ahora que el secuestrado es el hijo o la mujer del que debe colocar la bomba[450].

Ahora bien, en toda esta cuestión de la limitación de la eximente en función de las personas afectadas por la situación, debe tenerse muy presente que una tal restricción sólo es plausible si se limita adecuadamente la eximente de miedo insuperable a los supuestos de solución no imparcial (injustificada penalmente) de un conflicto. Pues si, por ciertos motivos, que en el capítulo siguiente trataré, se delimita esta eximente de manera que no recoja sólo supuestos de valoración parcial de un conflicto, sino también algunos que podamos considerar propios de una solución imparcial[451], entonces, ciertamente, las razones a favor de la restricción del círculo de personas que pueden ampararse en miedo insuperable, y con ello el requisito que discutimos, caen por su propio peso[452]. Ello es así

---

[449] Sólo se me ocurre uno: la solidaridad con el secuestrado. Sin embargo, no se entendería porque respecto a la víctima de la acción, a quien se mata, no tiene también el autor el mismo sentimiento de solidaridad. *La eximente de miedo insuperable, para aceptar la solución parcial de un conflicto, necesita, pues, algo más fuerte que los meros vínculos de solidaridad que ligan a todos los ciudadanos de una determinada sociedad, pero que no pueden explicar otras relaciones subyacentes en la estructura social como los vínculos afectivos familiares.* De hecho, el ejemplo propuesto es claramente hipotético, porque en la vida real los secuestradores ya se hubieran encargado de dar fuertes razones al autor del delito para que lo cometiese, lo cual no les hubiera llevado a secuestrar a una persona por la que éste no sintiera ninguna vinculación especial (a no ser que supieran que el autor era un altruista convencido, lo cual no hubiera tampoco servido para convencerlo de realizar el delito, pues el altruista se encontraría ante una dilema moral insoluble).

[450] Certeramente aludía ya FERRER SAMA (1946:233-234) a que "El juez, teniendo en cuenta que la irresponsabilidad penal se basa en la no exigibilidad de otra conducta, deberá decidir sobre si la relación existente entre el que actuó y la persona que resultaba amenazada por el mal temido, es suficiente para explicar que el sujeto no haya preferido que la amenaza se realizase a ejecutar el delito. Así el padre que amenazándole con la muerte del hijo si no ejecuta un hecho que sea delictivo, se ve forzado a ejecutarlo, no incurrirá en responsabilidad en modo alguno. En caso de que el mal que se teme haya de recaer sobre una persona no ligada por vínculos de parentesco habrá que tener en cuenta cuál fuera el grado de afecto que unía a ésta con el sujeto actuante."

[451] O quizás *supuestos en los que no se permita una valoración o ponderación justificada de los intereses* a los ciudadanos debido al especial valor de los intereses en juego. Recuérdese en este sentido el famoso juicio a los médicos alemanes que durante el régimen de Hitler participaron en los programas de "eutanasia" de enfermos mentales llevados a cabo en diversos psiquiátricos. Los médicos alegaron en su defensa que de no haber asumido ellos la dirección de tales programas que llevaron a cabo restrictivamente, hubieran sido sustituidos por otras personas más complacientes con el programa, que hubieran matado así a más personas. El caso se inscribe así en el muy problemático tema del sacrificio de la vida (o vidas) humanas para salvar un mayor número de ellas *en un supuesto en el que el autor no es en realidad parte del conflicto*. Por tanto, este caso no plantea un problema de parcialidad de la decisión (esto es, de que se dé mayor peso a determinados bienes jurídicos especialmente cercanos al autor), sino más bien de si en estas situaciones es o no legítimo tomar una decisión que afecta a la vida de otras personas. Y si el ordenamiento decide no castigar la toma de esa opción (lo cual sólo parece posible, obviamente, cuando el conflicto se soluciona primando el mayor número de vidas) y lo articula mediante una causa de exculpación, entonces, ciertamente ésta deviene una causa de exculpación *sui generis* ya que no se basa en la valoración parcial de un conflicto, por lo que la restricción del círculo de sujetos pasivos de la amenaza no le sería aplicable.

[452] Ello puede observarse nítidamente en las discrepantes opiniones de la doctrina anglo-americana sobre este requisito, lo cual parece derivar de la particular concepción de la relación entre las eximentes de *duress* y

porque si el conflicto se soluciona de forma imparcial (y por ello, justificada) existen las mismas razones para actuar para todo el mundo, no necesitándose una legitimación adicional para eximir de pena.

3.3. Requisitos relativos a la acción salvadora.

Estudiadas las exigencias normativas referentes al mal amenazante que cabe requerir de la acción llevada a cabo por miedo insuperable, resta analizar aquéllas que conciernen a la propia acción salvadora efectuada.

3.3.1. Necesidad de la acción: inevitabilidad del mal por otros medios.

La primera de ellas hace referencia a la subsidiariedad de la acción realizada en miedo insuperable, esto es, la imposibilidad de evitar el peligro por otros medios antes que mediante el recurso a la acción lesiva.

Aun sin ser éste uno de los típicos requisitos que nuestra jurisprudencia declara expresamente necesario para la aplicación de la eximente de miedo insuperable, en numerosas decisiones del T.S. se puede apreciar que este tribunal tiene en cuenta la posibilidad de evitar el peligro amenazante por medios distintos a la concreta actuación delictiva para denegar la eximente. Así, por ejemplo, la STS 20-6-1977 (RAJ 2768) menciona que el miedo insuperable "requiere para su apreciación que el mal producido constituyese el único medio utilizable por el agente para eliminar el riesgo de que se

---

necessity que se defiende. Así, SMITH/HOGAN (1992:238) consideran que "amenazas contra la vida o la seguridad de la familia del acusado o de otros por los que él siente un deber casi con seguridad serán suficientes [para estimar *duress*], y amenazas contra un extraño probablemente serán suficiente evidencia de *duress*". Sin embargo, para justificar la última parte de la afirmación pone el caso de un cajero que es obligado a dar el dinero al atracador bajo la amenaza de matar a un cliente. Ciertamente aquí nadie, sensatamente, podría negar la exención de pena si el cajero entrega el dinero aunque la amenaza no se dirija contra él mismo o alguien cercano a él, pero es que éste es un caso en el que el autor no soluciona el conflicto de manera parcial, sino precisamente ponderando imparcialmente los intereses en juego y atribuyendo lógicamente más valor a la vida que a la propiedad. Y en los casos de valoración imparcial, lógicamente, no tiene sentido requerir una vinculación especial entre el autor y la persona amenazada por el peligro. Sobre este requisito en la doctrina anglo-americana, vid. WILLIAMS (1961757); KILBRANDON (1982:185); LA FAVE/SCOTT (1986:436); KADISH/SCHULHOFER (1989:930-931); DRESSLER (1989:1341); BAYLES (1994:450); LAW COMMISION (1993:49, que consideró que la cuestión referente a la relación entre autor y la persona en peligro no debía imponerse expresamente, bastando el tenerla en cuenta dentro del juicio de razonabilidad; en el mismo sentido PADFIELD, 1992:780).

produjese el mal", aludiendo a que, en el caso concreto, es incluso exigible la fuga[453]. De esta forma, el T.S. parece exigir la subsidiariedad de la acción de miedo insuperable.

En nuestra doctrina, tal exigencia, apenas ha recibido atención, y cuando los autores se pronuncian sobre ella ha sido en general para rechazarla, por considerarla contradictoria con la propia configuración jurisprudencial de la eximente[454], o fruto de una censurable confusión o trasvase de requisitos entre esta eximente y el estado de necesidad[455].

A mi entender, sin embargo, tal opinión doctrinal parece condicionada por la aplicación práctica que nuestro T.S. ha hecho de este requisito, que al entenderlo de una manera muy restrictiva, ha dado lugar a unas decisiones difícilmente justificables. Pero esta desacertada práctica jurisprudencial no obsta a que, en mi opinión, el requisito de que no existan en el caso concreto otras posibilidades de evitar el peligro distintas a la acción delictiva, sea una exigencia normativa razonable de la eximente de miedo insuperable.

El ordenamiento penal reconoce la eficacia eximente del miedo insuperable porque la persona se encuentra ante un conflicto frente al que *no tiene otra alternativa razonable* para evitar el mal que le amenaza que realizar un delito. Forma parte, pues, del fundamento o núcleo de la eximente que no exista otra posibilidad razonable de solucionar el conflicto sin recurrir a la lesión de bienes jurídicos ajenos, pues si así fuera no se podría entender ni exculpar la conducta de aquél que a pesar de existir una alternativa razonable a su alcance realiza un delito. Esta es, de hecho, una exigencia propia de las eximentes que reconocen medios de autotutela de los ciudadanos, y que no se basan en la existencia de un trastorno o impacto psíquico incapacitador, pues si ello sucediera, tal exigencia de medios alternativos de defensa estaría ciertamente injustificada.

---

[453] En el mismo sentido, STS 28-1-1943 (RAJ 65); 12-5-1971 (RAJ 2287: "imposibilidad de encontrar a su alcance [el autor] ningún otro medio no violento o lesivo, que le permita garantizar su personal inviolabilidad."); 13-6-1977 (RAJ 2744); 2-10-1990 (RAJ 7636: "el procesado tuvo otras alternativas antes de realizar el disparo que sabía mortal.").

[454] En este sentido, CORDOBA (1972:355-356), que ya destacó que "la gran perturbación psíquica exigida por el miedo insuperable, difícilmente se aviene con la facultad anímica de seleccionar la producción del resultado delictivo como el único medio para escapar del peligro que acecha; quien tiene plenamente suspendidas sus facultades anímicas, y una tal suspensión es requerida por la jurisprudencia para el miedo insuperable, difícilmente estará en situación de elegir el medio menos lesivo".

[455] Vid. DIAZ PALOS (1977:355) y CUERDA ARNAU (1997:136-137). De otra opinión SILVA/CORCOY/BALDO (1996:328), que señalan que uno de los límites objetivos que debe contener la eximente de miedo insuperable es la "irresolubilidad del conflicto por vía distinta a la de la lesión de la norma penal."

Sin embargo, que ésta sea una exigencia normativa razonable no es obstáculo para reconocer que la situación de miedo insuperable presenta algunas peculiaridades que deben tenerse en cuenta para no desembocar en un entendimiento demasiado restrictivo de este requisito, tal y como se aprecia en las decisiones de nuestros tribunales. En este sentido, creo que deben diferenciarse dos situaciones fundamentales.

En primer lugar, los supuestos de *mal inminente*. En estos casos, la proximidad del peligro conlleva que haya de rebajarse notablemente la exigencia de que la persona no tenga otra posibilidad de evitar el mal amenazante, ya que debido a la inminencia de dicho mal, lo decisivo es que la persona tiene que actuar, y rápidamente, para evitarlo. Por ello, en estos supuestos, en atención al efecto súbito del miedo sobre la actuación de la persona, que le obliga a actuar inmediatamente, medio razonable será aquél que vaya dirigido a evitar el mal amenazante, y sea razonablemente eficaz para ello[456]. Ejemplo de ello son las situaciones de exceso intensivo en la legítima defensa cubierto por miedo insuperable, en las que la imperiosa necesidad de defenderse ante una agresión inminente puede hacer que la persona no se dé cuenta de que, objetivamente, existen otros medios a su disposición para hacer frente a la agresión, medios que, no obstante no se utilizan, porque bajo el impacto del miedo a la agresión la persona sólo piensa en defenderse como puede[457].

La situación varía, sin embargo, en los casos de *peligro duradero*. En estos supuestos, el examen de este requisito pasa a primer plano, porque al hallarnos, no ante un mal inminente que requiere una actuación urgente, sino ante un peligro futuro, debe analizarse si la persona no podía haber evitado tal peligro recurriendo a otros medios, y fundamentalmente, a los organismos estatales encargados de la seguridad de los ciudadanos. Es en estos casos, pues, en los que tiene verdadero sentido plantearse si la persona no tenía otras posibilidades razonables de evitación del peligro, ya que su actuación no viene limitada decisivamente por la inmediatez del mal.

Ejemplo paradigmático de estas situaciones es el caso de la mujer reiterada y gravemente maltratada y amenazada (ella y/o sus hijos) por su marido que, aprovechando, que éste se encuentra desprevenido, lo mata para evitar las futuras agresiones o incluso su muerte.

---

[456] Pues si el medio utilizado es totalmente ineficaz para librarse del peligro, o bien estamos ante un problema de error en la eximente de miedo insuperable (error sobre los medios que debe tratarse de igual forma que un error sobre la situación causante), o bien no podrá afirmarse que la actuación de la persona fue guiada por un ánimo defensivo.

[457] Si en estos casos se estima, no obstante, que existen otros medios a disposición del autor, entonces la discusión se trasladaría al requisito, ya estudiado, del error en la situación de miedo insuperable.

Estos casos plantean una problemática propia de nuestra eximente, porque la mujer, debido a su situación de inferioridad física no puede esperar a que el marido comience la agresión para defenderse, sino que debe aprovechar el momento en que éste se encuentre de espaldas, acostado o en situación similar, para poder hacerlo sin riesgo y con probabilidades de éxito. Sin embargo, ello conlleva que nuestros tribunales denieguen sistemáticamente en estos casos la eximente de legítima defensa, al no existir previa agresión inminente del marido. Igualmente, resulta complicada la aplicación de la eximente de estado de necesidad, ya que el requisito de la ponderación de males que esta eximente exige es también de difícil apreciación en todos estos casos[458]. Por tanto, en tales supuestos la eximente de miedo insuperable puede utilizarse como un medio para fundamentar la exención de pena que evite la rigidez de las exigencias de las anteriores eximentes.

Ello requiere no obstante, que el requisito de la existencia de medios alternativos para evitar el peligro, no se sitúe en un mundo ideal, en el que la sola existencia genérica de fuerzas policiales o de procedimientos alternativos de evitar el mal (como pudieran considerarse en estos casos de mujeres maltratadas, los procesos civiles de separación y divorcio), pueda servir para denegar inmediatamente la eximente. Por contra, el tribunal debe analizar las circunstancias concretas de cada caso para enjuiciar si existían o no realmente otras posibilidades de evitar el peligro, y si éstas eran exigibles y verdaderamente eficaces para ello. Si tales medios no existen o no son eficaces, entonces puede afirmarse que la persona se encuentra en una situación sin salida, en la que no puede exigírsele que tolere el mal amenazante[459].

De esta forma, el requisito que estudiamos plantea el fundamental problema de valorar los mecanismos alternativos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los ciudadanos

---

[458] Sobre la aplicación de legítima defensa y estado de necesidad en situaciones de "muerte del tirano de la casa" vid. ampliamente LARRAURI (1995).

[459] Como bien remarca ROXIN (1994:805) analizando precisamente los casos de "muerte del tirano del hogar" (*Haustyrannenmord*) "naturalmente, las posibilidades alternativas de evitación [del peligro] no pueden ser tomadas a la ligera", tal y como la propia práctica de nuestros tribunales ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones: huir de casa e incluso mudarse a otra ciudad no le sirvió de nada a la mujer en las STS 20-5-1949 (RAJ 822), 4-7-1978 (RAJ 2791) y 19-7-1994 (RAJ 6653); separarse del marido o intentar hacerlo tampoco evitó las amenazas y agresiones del marido en las STS 20-5-1949 (RAJ 822), 4-12-1989 (RAJ 9416), 29-6-1990 (RAJ 7306: en la que las medidas provisionales de separación no se ejecutan por las amenazas de muerte del marido), 12-6-1991 (RAJ 4694) y 19-7-1994 (RAJ 6653). Inútil fue también la denuncia a la guardia civil o a la policía en las STS 29-6-1990 (RAJ 7306) y 19-7-1994 (RAJ 6653, en la que la policía había sido avisada de las amenazas y agresiones del marido en varias ocasiones). Incluso pedir ayuda a familiares o refugiarse en sus casas tampoco ha servido en ocasiones para evitar el peligro (STS 19-7-1994, RAJ 6653, en la que se habla por teléfono con una hermana del marido para que lo intentara

para evitar los peligros que pueden amenazarles, y sobre todo la eficacia de tales medios alternativos, ya que, por ejemplo, la protección policial puede haberse revelado insuficiente en otras ocasiones o ser inviable en el caso concreto, al margen de que difícilmente puede asegurar la total protección de la persona[460]. Así por ejemplo, un caso típico en que se plantea esta problemática es también el de los testigos amenazados para que no presten su testimonio contra una persona determinada. La existencia en nuestro ordenamiento de la *Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales*, es sin duda un argumento para defender que el ciudadano no puede excusarse en el miedo para no declarar auque sea amenazado, porque tal ley pone a su disposición una serie de medidas para protegerle. Pero lo cierto es que ni ese medio de protección puede estimarse eficaz en todas las ocasiones[461], por lo que, de nuevo, se hace necesario evaluar la eficacia de la medidas de protección en el caso concreto.

> Un supuesto muy interesante que ejemplifica todo lo discutido sobre este requisito es el tratado por la SAP Barcelona, 16-2-1996 (TSJ/AP, 1996, sentencia nº 516) en el que se acusa a un recluso de introducir drogas en la prisión en connivencia con su novia. El tribunal estima probadas las amenazas recibidas por el recluso para que introdujera la droga (en la prisión "por mucho que nos duela, la garantía de seguridad personal e integridad física queda notablemente disminuída. Así, la amenaza del mal (...) era real..."); sin embargo sólo estima aplicable la eximente incompleta de miedo insuperable porque "a los sujetos les cabía otras soluciones del conflicto: acudir y solicitar amparo a los funcionarios penitenciarios o autoridad judicial, etc.".

---

calmar). Como puede verse en algunas sentencias se acumulan las medidas alternativas ineficaces; aun así, en ninguna de ellas apreció nuestro T.S. la eximente completa de miedo insuperable.

[460] Sin embargo, en nuestro país el T.S. parece partir de una gran confianza en las fuerzas policiales (en este sentido, además de las citadas en los casos de mujeres maltratadas, vid. STS 28-2-1959, RAJ 2188; 9-10-1990, RAJ 7922, que aprecian, no obstante, la eximente incompleta; igualmente en casos de encubrimiento por miedo vid. SAP Las Palmas, 20-3-1990, ACT.PEN., 1990, @262 y SAP Palma de Mallorca, 24-12-1992, LA LLEI, 1993-1:674). Interesante a este respecto es el caso *Contento-Panchón* (1984), juzgado por los tribunales americanos, en el que el acusado, un empleado de taxi nativo de Bogotá fue amenazado varias veces con su muerte y la de su familia si no introducía droga en Estados Unidos. Contento-Pachón rehusó ir a la policía porque consideraba que la policía en Bogotá era corrupta, y no le ayudaría. Por ello, finalmente accedió a llevar la droga a Estados Unidos, donde fue descubierto y acusado de tráfico de drogas. En su defensa alegó *duress*. El tribunal de instancia negó su alegación con el argumento de que podía haber recurrido a la policía para denunciar las coacciones. Pero el tribunal superior estimó el recurso porque a su entender otra persona, en la situación del acusado también hubiera desconfiado de la policía de su país. Además la otra posibilidad que tenía de evitar el peligro (huir) tampoco es una medida exigible en este caso porque "Contento-Pachón, con su mujer e hijo de tres años, hubiera sido forzado a empaquetar sus posesiones, dejar su trabajo y viajar a un lugar donde los traficantes no pudieran encontrarle. Un jurado podría estimar que esto no era una medio razonable de escape" (cit. en KADISH/SCHULHOFER, 1989:939).

[461] De hecho, la prensa informó recientemente de las graves agresiones sufridas por un testigo protegido del caso GAL. Ello pone de manifiesto que la protección ante importantes grupos de poder (tal y como sucede en Estados Unidos con los testigos protegidos de la Mafia) no puede proporcionar mucha seguridad a las personas.

Lo más curioso de la sentencia es que el propio tribunal, a continuación, nos proporciona los mejores argumentos para criticar su decisión:

"En principio, con la sola formulación de la objeción, parece que nunca pudiera alcanzar atenuación de la responsabilidad, pero un examen más detallado nos da diferente visión. Atendiendo a las concretas circunstancias de las prisiones, con sus particulares códigos de conducta que se traducen en actuaciones agresivas, la exigencia de que el interno acuda al amparo de la autoridad penitenciaria con aplicación de las medidas del art. 32 del Reglamento Penitenciario (...) es bastante difícil; las medidas conducen aun mayor aislamiento, pues en el sentir de los reclusos aparece la sospecha de "chivato". Asimismo, no podemos dejar de considerar que siendo conocidos los amedrentadores, las medidas a adoptar no son lo eficaces que cabría, o al menos no lo fueron en el presente caso."

Tras estas consideraciones lo sorprendente es que no se aplicara la eximente completa de miedo insuperable[462].

Por último, quisiera remarcar que, en los casos en los que el peligro provenga de la amenaza de un tercero no puede denegarse automáticamente la eximente de miedo insuperable argumentando que el autor tenía a su disposición una posibilidad de evitar el peligro que debe considerarse de preferente y obligada utilización: el ejercicio de la legítima defensa contra el amedrentador. Ello significaría olvidar que el juicio sobre la posibilidad de adopción de otras medidas debe situarse en el ámbito de lo razonable en el caso concreto, y la exigencia de que la persona se rebele contra la fuente del mal puede ser demasiado gravosa, al implicar el riesgo de sufrir el mal amenazante[463].

3.3.2. Gravedad de la acción: ¿debe limitarse la eximente en función del bien jurídico lesionado?.

Un segundo requisito relativo a la acción salvadora hace referencia a la cuestión de si la eximente de miedo insuperable debe tener un límite "máximo", esto es, si debe haber un límite respecto al bien jurídico lesionado mediante la acción en miedo insuperable.

---

[462] Un caso similar es el tratado por la SAP Toledo, 8-5-1995 (ACT.PEN., 1995, @265), en el que el tribunal sólo consideró aplicable una atenuante analógica de miedo insuperable.

[463] En nuestro país ha planteado este tema, respecto al estado de necesidad, BALDO (1994:154-155): "El ejercicio de la facultad de defensa frente al sujeto plenamente competente por el peligro amenazante [el agresor] es preferente, por regla general, respecto a cualquier otra acción de salvaguarda lesiva de intereses de terceros ajenos a la creación del peligro", quien, no obstante, subraya que ello no será así si el ejercicio de la legítima defensa puede considerarse arriesgado para la persona. Nuestro CP, además, deja claro en su artículo 450 que la obligación de evitar un delito sólo existe cuando no hay riesgo para la persona.

Ciertamente, esta cuestión no parece haber sido tratada por la doctrina penal de nuestro país, quizá debido a que el código penal contenía en la antigua redacción de la eximente un expreso límite legal ("miedo insuperable de un *mal igual o mayor*") que, de hecho, funcionaba como un límite indirecto respecto a los bienes jurídicos que, por un lado, podían lesionarse, y por otro, debían estar en peligro. Sin embargo, desaparecida tal expresa limitación legal creo que merece la pena plantearse detenidamente la cuestión relativa a si debe limitarse la aplicación de esta eximente en el caso de que se lesionen determinados bienes jurídicos.

En este sentido, es ilustrativa la experiencia del ordenamiento jurídico anglo-americano (Common Law), que, siguiendo una tradición que data ya de varios siglos, viene considerando que la eximente de *duress* no puede aplicarse respecto al delito de *murder*, esto es, en los casos en que se mata dolosamente a otra persona[464].

Sin embargo, un caso juzgado en 1975 (caso *Lynch*), en el que el acusado había participado en el homicidio de un policía cometido por miembros del IRA, puso seriamente en cuestión esta antigua tradición. En este caso, Lynch condujo el coche a través del cual los terroristas llevaron a cabo su atentado, y en su defensa, alegó haber sido coaccionado con la muerte inmediata si no accedía a las peticiones de los terroristas y les conducía al lugar donde tendría lugar el atentado. El juez no permitió a la defensa que planteara al jurado la posible aplicación de la eximente de *duress*, porque ésta, según la tradición del Common Law, no puede alegarse con referencia a los delitos de homicidio. La Corte de Apelación de Irlanda del Norte desestimó la apelación, y el caso fue llevado finalmente por la defensa a la Cámara de los Lores. En su sentencia, la Cámara de los Lores, por una mayoría de 3 votos a 2, decidió que el juez debía haber permitido al jurado valorar la defensa de *duress* respecto al delito de homicidio del que se acusaba a Lynch, con lo que ponía en cuestión la tradicional exclusión de estos delitos del ámbito de aplicación de la eximente.

Sin embargo, sólo un año después, en un caso procedente de Trinidad Tobago (caso *Abbott*) en el que también se planteó la defensa de *duress* respecto a un homicidio, los tribunales británicos, de nuevo por una ajustada mayoría, solucionaron el caso de manera contraria, manteniendo la imposibilidad de la aplicación de la eximente de *duress* en tales

[464] Vid. DRESSLER (1989:1370) y SMITH/HOGAN (1992:235), que citan la famosa frase de BLACKSTONE en sus *Comentarios a las leyes de Inglaterra* (1766): un hombre coaccionado con su muerte "debe preferiblemente morir que escapar de ello con la muerte de un inocente".

supuestos. La justificación de tan desigual trato se basó en el diferente grado de participación del acusado en el homicidio: mientras Lynch sólo condujo el coche al lugar del homicidio, Abbott sujetó a la víctima mientras la apuñalaban y ayudó luego a enterrarla, resultando luego probado que la víctima no murió instantáneamente del apuñalamiento, siendo la causa definitiva de la muerte su enterramiento en vida.

Las críticas contra tal desigual trato arreciaron en la doctrina inglesa, y finalmente, sus tribunales solucionaron de un modo uniforme la cuestión, aunque decantándose por la opción restrictiva: en el caso *Howe* (1987) decidieron que la diferencia entre grados de participación no tenía sentido y que, en definitiva, *duress* no debía ser nunca una defensa respecto al delito de homicidio.

De la experiencia anglo-americana, lo que a nuestros efectos interesan son las razones que la doctrina y, sobre todo, los jueces dieron para justificar la exclusión de la defensa de duress del delito de homicidio, analizando si tales razones son convincentes y pudieran por ello trasladarse a nuestra eximente de miedo insuperable.

En primer lugar, en la argumentación de los jueces ingleses no han faltado apelaciones de cariz utilitarista en defensa de la limitación de la aplicación de la eximente en casos de homicidio. En este sentido, en el caso *Howe*, el juez Lord Hailsham puso en duda que la prohibición de matar, en casos en que peligra la propia vida del autor, pueda considerarse de por sí inefectiva para prevenir el homicidio:

> ...indudablemente en la práctica muchos sucumbirán a la tentación (...) Pero otros no lo harán (...). He conocido en mi propio tiempo demasiados actos de heroismo por parte de seres humanos normales, como para [rechazar la posición del Common Law] (cit. en DRESSLER, 1989:1371, not.212)[465].

Sin embargo, al margen de que, desde la propia perspectiva del utilitarismo tal afirmación sea discutible, lo cierto es que si nosotros partimos de que el fundamento de la eximente de miedo insuperable debe situarse en una doctrina de justicia de carácter retribucionista o mixta, no podemos aceptar una limitación de carácter utilitarista de su ámbito, sino que los

---

[465] Igualmente, en el caso *Abbott*, los jueces apelaron a la autoridad de STEPHEN, que en su *Historia del Derecho penal en Inglaterra* (1883), escribió que "El derecho penal es en sí mismo un sistema de compulsión de la más amplia graduación. Es una colección de amenazas de lesionar la vida, libertad y propiedad si la gente comente crímenes. ¿Han de retroceder estas amenazas tan pronto como se vean contrapuestas por amenazas opuestas? (...) Seguramente es en el momento en que la tentación al crimen es más fuerte cuando la ley debería pronunciarse más clara y enfáticamente por lo contrario.".

criterios y límites a su aplicación han de hallarse desde la propia doctrina de justificación donde situamos su fundamentación.

Y lo cierto es que tampoco han faltado apelaciones por parte de los jueces ingleses para defender la limitación de la eximente de *duress*, que pueden interpretarse como una alusión a una teoría de la justicia de carácter retribucionista o mixto. En este sentido, el juez del caso *Howe* Lord Mackay:

> Me parece claro que la razón por la cual ha sido desde hace mucho tiempo establecido por autores importantes que la defensa de *duress* no era aplicable en un caso de homicidio es debido a la suprema importancia que la ley dispensa a la protección de la vida humana y también a la extrema reticencia a que la ley reconociera a cualquier individuo en cualquier circunstancia, aun extrema, el derecho a elegir que una persona inocente debería ser asesinada en lugar de otra. (cit. en SMITH/HOGAN, 1993:288)

Como subraya DRESSLER (1989:1372), el imperativo kantiano que prohibe la muerte del inocente ha jugado un importante papel en la reafirmación por parte de los tribunales ingleses de la antigua exclusión de la eximente de *duress* en los casos de homicidio. Sin embargo, como bien destaca este mismo autor a continuación, la debilidad de este razonamiento reside en que el valor del derecho o principio en juego (la prohibición de la muerte del inocente), sólo parece demostrar, para uno que sea consecuente con él, que tales homicidios son *injustificables*, tanto ahora como antiguamente; de ahí la alusión explícita de Lord Mackay al problema que supondría la concesión de un *derecho* a la muerte del inocente. Pero desde el momento que la eximente de *duress* (y de miedo insuperable) es sólo una *excusa* y no una razón para justificar el comportamiento, el verdadero problema es si, de nuevo remitiéndonos al fundamento de la eximente, la acción de matar a un inocente, necesaria e irrevocablemente, ha de considerarse una acción irrazonable, sean cual sean las circunstancias en que se llevó a cabo[466].

En mi opinión, ello no parece correcto, porque afirmar lo contrario, esto es, defender la exclusión irrefutable de la eximente de miedo insuperable de los casos de homicidio, significaría, en definitiva, establecer un estándar de comportamiento, en ocasiones sólo al alcance de héroes o santos, e imprimiría con ello al derecho penal de un carácter de estricta

[466] En este sentido, considera ASHWORTH (1998:466) que el tribunal podría haber llegado a la solución correcta (posible exculpación de la conducta) si no se hubiera limitado a concebir la defensa de *duress* como una causa de justificación.

ley moral que éste no tiene derecho a requerir[467]. Si la eximente de miedo insuperable tiene precisamente por función ajustar las demandas de la ley penal a las circunstancias individuales del caso concreto que ponen en cuestión tales demandas, porque el individuo no tiene una justa o razonable oportunidad de cumplirlas, entonces no se puede descartar de entrada, esto es, sin atender al conflicto concreto, ninguna posible lesión a un bien jurídico, y entre ellos, incluso, la vida.

La limitación *a priori* del bien jurídico lesionado en virtud de miedo insuperable parece ser, pues, contraria a su fundamento y a la propia naturaleza del principio de inexigibilidad o razonabilidad. Quizás una buena prueba de todo ello es que, a pesar del peso de la tradición en el sistema del Common Law, los recientes intentos de codificación del derecho penal, tanto en Estado Unidos como en Inglaterra, rechazan la exclusión de la eximente de *duress* en los casos de homicidio[468].

Naturalmente, como los jueces británicios del caso *Lynch* destacaron, la exculpación de la muerte del inocente por medio de la eximente de *duress* (o miedo insuperable), exigirá unos requisitos más estrictos (fundamentalmente, en lo que respecta al peligro que amenaza a la persona y su posible evitación por otros medios) que respecto a otras lesiones de bienes jurídicos, pero ello no significa impedir, *a priori*, toda posible exculpación en estos casos, porque la realidad se ha encargado ya de demostrar que pueden existir casos en que ésta parezca ser la solución más justa.

De hecho, ésta es también la solución acogida por la doctrina y jurisprudencia alemana, que no dudan en declarar que el estado de necesidad exculpante (parágrafo 35 StGB),

---

[467] Tal como ha subrayado gran parte de la doctrina anglo-americana en su crítica a esta estricta limitación del ámbito de la eximente (vid. FLETCHER, 1978:831: "Si *duress*, de hecho, funciona como una excusa no debería existir impedimiento para su invocación en cualquier acto criminal, incluido el homicidio."; MILGATE, 1986:185 y 1988:67-68: "Por supuesto que el heroismo debe ser promovido, pero por la religión o por la ley moral, no por el derecho penal."; J.C. SMITH, 1987:481: "El heroismo es, sin duda, una cosa espléndida pero ordinariamente se cree que es una conducta más allá del deber, que es por lo que se recompensa con medallas. ¿debe encarcelarse de por vida a una persona por no ser un héroe?"; ASHWORTH, 1995:224).

[468] Vid., respecto a Estados Unidos, MPC (1985:375), y en Inglaterra, la LAW COMMISSION (1993:52 y ss.) justificó el alejamiento de la tradición de la siguiente manera: "Según nuestra opinión no es sólo inútil, sino equivocado, que el derecho penal demande un comportamiento heroico. El cumplimiento de un estándar de comportamiento heroico será algo siempre de gran mérito, pero el fracaso en alcanzarlo no debería encontrar la penalización del Estado. Enfatizamos que bajo la propuesta formulación de la defensa, sólo será aplicable allí donde, según el jurado, la amenaza fue tal que el acusado no podía razonablemente resitir a ella. El castigo penal, al contrario que la exhortación moral, no debería utilizarse para promover un estándar de comportamiento más alto que ese. También estimamos importante recordar que la defensa que aquí discutimos es una excusa y no una justificación."

puede amparar también la lesión del bien jurídico vida, aunque en estos casos el examen de los requisitos de la exculpación deba ser especialmente riguroso[469]. La misma solución debe, por todo ello, defenderse para nuestra eximente de miedo insuperable, no considerándose adecuada con ello toda limitación *a priori* de la eximente en función del bien jurídico lesionado[470].

Sin embargo, que la eximente de miedo insuperable no pueda limitarse, *a priori*, ni en cuanto al bien jurídico lesionado, ni, según vimos, por lo que se refiere a los bienes jurídicos que deben estar en peligro para que pueda alegarse con éxito, no significa que esta eximente no requiera cierta *ponderación entre los bienes jurídicos enfrentados*. Ponderación que, aunque distinta lógicamente de la exigida para justificar una conducta, es necesaria también en la eximente de miedo insuperable, porque ésta plantea en definitiva una cuestión sobre la relevancia de los motivos para la actuación, lo cual no puede dejar de tomar también como referente el valor de los bienes jurídicos enfrentados. De hecho, esta ponderación parece ser uno de los puntos claves de los que depende la aplicación de la eximente[471].

Igualmente, el hecho de que esta ponderación, debido a la naturaleza del principio de inexigilidad, no pueda decidirse sino a la vista del caso concreto, no impide, a nuestro

---

[469] Vid. JESCHECK/WEIGEND (1996:483), que aluden a que puede incluso exculparse el "homicidio de masas", tal como declaró el propio Tribunal Supremo alemán en una sentencia de 1964, referente a crímenes de guerra nazis (en NJW, 1964:730-731); igualmente LENCKNER (1997:591 -§35/33-); ROXIN (1994:798); KÜHL (1994:354) y BERNSMANN (1989:407-409).

[470] Cabe destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia española parecen partir de la inexistencia de una limitación de la eximente en función del bien jurídico amenazado; pues tal limitación, hasta donde alcanzo, no ha sido expresamente defendida por ningún autor en nuestra doctrina. Ello se aprecia, además, en la opinión de ciertos autores que ponen el ejemplo de la muerte de un tercero en miedo insuperable (vid. MIR, 1996:608). En la jurisprudencia puede servir de ejemplo la STS de 29-4-1981 (RAJ 1677) que, en un supuesto de homicidio en el que el acusado alega en su defensa miedo insuperable, rechaza tal alegación tras considerar, en un juicio de ponderación entre los bienes jurídicos, que el mal que amenazaba al acusado -intervención judicial consecutiva a las constantes reyertas vecinales y exigencia de una fianza de 200.000 pts.- era mucho menor que el causado. *El juicio de ponderación sustituye, pues, a la limitación a priori de la eximente de miedo insuperable.*

[471] Este punto es puesto de relieve por FLETCHER (1978:803-804) con los siguientes ejemplos: "si una persona mata, amenazada por un tercero, para evitar la mutilación de su cuerpo, ocasiona un daño mayor que la mutilación que de otra manera tendría lugar. Su conducta no podría ser justificada bajo el argumento de la consecución de un bien mayor. Sin embargo, puede tener una alegación perfectamente plausible de *duress* basada en la involuntariedad de la conducta. Pero si la distancia entre el daño ocasionado y el beneficio derivado deviene demasiado grande, el acto aparecerá probablemente como voluntario y así inexcusable. Por ejemplo, si el autor ha de volar una ciudad entera para evitar una fractura de su dedo, nosotros podríamos esperar de él que resista el daño.". Por ello, como remarca el propio autor (FLETCHER, 1974:1277): "la comparación de los intereses no es sino el vehículo para determinar que podemos racional y justamente esperar del autor bajo unas determinadas circunstancias".

entender, que puedan darse ciertas pautas para llevarla a cabo. Para ello quisiera presentar aquí dos principios que podrían servirnos de guía: el principio de recuperabilidad y el principio de adecuación.

El principio de recuperabilidad está inspirado en la siguiente idea: para una persona son más graves las lesiones en aquellos bienes jurídicos de imposible o difícil recuperación, que las que amenazan a bienes fácilmente recuperables. Aplicando esta idea a la ponderación de bienes jurídicos en miedo insuperable ello significaría que cuando amenace la lesión a un bien jurídico de fácil recuperación, parecen existir razones que abogan, en principio, por tolerar dicha lesión y, posteriormente, recuperar el bien jurídico[472]. Este principio tiene por misión, pues, *valorar el peso de las razones que conducen a una persona a lesionar un bien jurídico ajeno en situación de miedo insuperable*, considerándose que éstas tienen más peso (y por tanto son más atendibles) cuanto más irrecuperable sea la pérdida que el peligro supone, pues sólo en estos casos parece defendible que la persona vea limitada relevantemente su libertad de elección, perdiendo con ello su imparcialidad.

Desde esta perspectiva, parece claro que un bien jurídico como la vida, irrecuperable por naturaleza, forma parte indudablemente del ámbito de la eximente de miedo insuperable. Pero más allá de este bien jurídico entramos en terreno de controversia, porque lesiones a bienes como la libertad o la integridad física pueden o no considerarse recuperables dependiendo de las circunstancias concretas del caso[473]. Igualmente, desde la óptica de este principio creo que no podrían excluirse automáticamente lesiones a otros bienes jurídicos como el honor, el trabajo o incluso la propiedad. Una injuria o calumnia puede deshonrar de tal manera a una persona que difícilmente pueda ver reparada su dignidad (ANTON, 1949:311); la amenaza de un despido, por ejemplo en tiempos de crisis y respecto a una

---

[472] Creo que una primera apelación a este principio se encuentra en la obra del famoso jurista inglés BLACKSTONE, que, aunque quizás llevando al extremo el razonamiento de este principio, exigía para la aplicación de la eximente de *duress* un peligro de muerte o mutilación, denegando la eficacia eximente de una amenaza contra la propiedad o de lesiones, porque en tales casos "un hombre puede quedar satisfecho recobrando daños equivalentes, pero tal expiación no es posible para la pérdida de la vida o miembro corporal." (cit. en WERTHEIMER, 1987:276). En el mismo sentido, escribe ROXIN (1994:820) que "no merece ninguna indulgencia, el hecho de que alguien destruya la vida de un inocente o le ocasione graves y duraderas lesiones, para evitar daños corporales reparables." (vid. también BERNSMANN, 1989:410). En nuestra doctrina antigua puede encontrarse también alguna alusión a que males reparables, como los que amenazan a la propiedad no pueden dar lugar a la eximente de miedo insuperable (vid. ESCRICHE, 1876:119 y CARDENAS, 1848a:322).

[473] No recuperable sería por ejemplo claramente una lesión grave que consista en la amputación o pérdida de algún órgano (vid. arts. 149 y 150 C.P.), pero otras lesiones como contusiones, fracturas o malos tratos no podrían considerarse irrecuperables de igual forma. En cuanto a las afecciones a la libertad, parece que según

persona de mediana edad, que tendrá por ello muchas más dificultades de encontrar un nuevo empleo, puede significar para esta persona una pérdida difícilmente recuperable[474]; igual que puede también implicar una pérdida patrimonial irrecuperable la privación de un determinado bien o propiedad, especialmente importante para la persona[475].

El funcionamiento de este principio requiere, pues, tal y como demanda el principio de inexigibilidad, un análisis cuidadoso de la situación concreta acaecida, obligando al intérprete a valorar los mecanismos que el ordenamiento jurídico ofrece al ciudadano para defender sus derechos, ya que el miedo insuperable, al igual que la legítima defensa y el estado de necesidad, es, en última instancia, un medio de autotutela[476]. Desde esta

---

su gravedad y duración podrá afirmarse la mayor o menor recuperabilidad de la lesión o afección a este bien jurídico.

[474] Y más si tenemos en cuenta que, aunque a menudo parece olvidarse, la pérdida del trabajo puede suponer para una persona graves padecimientos económicos y psicológicos que le coloquen en una situación desesperada.

[475] Las mayores polémicas en cuanto al bien jurídico amenazado en situación de miedo insuperable parecen referirse a la amenaza a la propiedad de una persona, considerándose mayoritariamente que ello debe quedar excluido de toda posible aplicación de la eximente. Ciertamente, cuando el peligro que amenace sea una pérdida económica la razón para actuar en miedo insuperable es, desde la perspectiva del principio de recuperabilidad, débil, porque la pérdida de un determinado bien difícilmente puede afectar de tal manera al patrimonio de una persona que pueda considerarse una pérdida patrimonial irrecuperable (para ello debemos hallarnos ante una propiedad o bien especialmente importante o valioso en relación al patrimonio de la persona). Pero no puede descartarse su peso en una determinada situación. Desde el principio de recuperabilidad, pues, la posibilidad de que la propiedad sea un bien defendible por miedo insuperable parece depender en gran medida de la situación económica de la concreta persona amenazada, pues si ésta fuese desesperada la pérdida de un bien valioso podría suponer una pérdida irrecuperable al llevar consigo, normalmente, la afección de otros bienes jurídicos (véase el ejemplo que pone CUERDA ARNAU, 1997:181, para criticar la exclusión que MIR defiende de la propiedad como bien jurídico defendible en miedo insuperable: "no se ve por qué hay que sancionar con una pena, por ejemplo, al agricultor que para salvar su cosecha -fruto de su trabajo de todo un año y único sustento de su familia- abre la compuerta de una presa que amenazaba con inundarla y, con ello, destruye una construcción ajena de idéntico valor.")

[476] Por tanto, el posible triunfo de una alegación de miedo insuperable dependerá, entre otros aspectos, tal y como vimos al estudiar el anterior requisito, de los medios de tutela que estén a disposición de la persona amenazada. Un buen ejemplo de ello creo que lo ofrece la presencia en nuestro ordenamiento de la comentada Ley de Protección al Testigo, cuyo efecto práctico consiste en dificultar la alegación de miedo insuperable de aquel testigo que se niegue a colaborar con la justicia debido al miedo de represalias. Esta idea es subrayada por WERTHEIMER (1987:276): "La idea básica es ésta. El sistema legal está establecido para solucionar conflictos. Su disponibilidad y adecuación para esa misión afecta a nuestros derechos y responsabilidades cuando escogemos solucionar las diferencias por nuestra cuenta (...) el punto general es que cuando B puede recibir una adecuada compensación si no sucumbe a la propuesta coercitiva de A, el sistema legal ha provisto de una alternativa que puede razonablemente esperarse que B utilice.". En el mismo sentido se refiere TIMPE (1984:862), respecto a la problemática de los bienes jurídicos, a que: "Obligado [a arreglárselas con la situación de necesidad] está también la persona que se encuentre en situación de necesidad, cuando según los planes sociales hayan sido previstos unos procedimientos sobre el manejo de determinadas necesidades -en particular económicas-.". A continuación pone el ejemplo del derecho laboral, que prevé prestaciones por desempleo o ayudas para la nueva inserción en el mundo laboral, lo cual, como medios previstos socialmente para el manejo de la situación de necesidad económica provocada por la pérdida

perspectiva el principio de recuperabilidad se encuentra claramente relacionado con la exigencia anteriormente estudiada, relativa a la inexistencia de otra posibilidad para salvaguardar el bien jurídico en peligro.

El segundo principio que sirve para valorar las razones que llevan a una persona a actuar por miedo insuperable es el *principio de adecuación*. La idea que preside este principio es la siguiente: aun siendo cierto que la eximente de miedo insuperable no es una causa de justificación y que por lo tanto permite la causación de un mal mayor que el que amenaza, no es menos cierto que la lesión causada no puede estar fuera de toda proporción con el peligro que amenaza a la persona, pues si así fuera existirían poderosas razones para no exculpar la conducta; razones derivadas de que, en este caso, la persona estaría valorando sus bienes jurídicos muy por encima de lo que el ordenamiento jurídico, aun para exculpar una conducta, puede tolerar.

El derecho penal, con la eximente de miedo insuperable parece reconocer que una persona puede valorar de forma parcial los bienes jurídicos enfrentados, decidiéndose por la lesión del bien de mayor valor debido a ciertas razones que lo ligan más estrechamente con el bien salvado, que de esta manera, aun objetivamente de menor valor, tiene mayor entidad *para la persona que se encuentra en la situación de conflicto*. Pero ese espacio de valoración parcial no puede ser ilimitado[477], y la frontera creo que puede trazarse allí donde el mal causado sea desproporcionalmente mayor que el evitado[478].

---

del empleo, ocasiona, a su entender que el que se encuentre en tal situación "deba arreglárselas solo" si soluciona la situación de necesidad económica fuera de tales procedimientos existentes.

[477] Vid. WERTHEIMER (1987:167, énfasis en el original): las razones relativas al agente (*agent-relative reasons*, en la terminología de NAGEL) nos permiten dar mayor valor a nuestros intereses o a los de nuestros seres queridos que a los intereses de terceros. Pero existen límites: "Incluso si a una persona se le permite estimar de *mayor* valor sus propios intereses que los intereses de los otros, no puede asignarles un peso *infinito*.").

[478] En este sentido, ya HENKEL (1954:291-292) alude a la necesidad de una "cierta proporcionalidad" entre los bienes jurídicos en peligro. Ello es admitido actualmente por la totalidad de la doctrina alemana, que suele situar esta problemática en el ámbito de la expresa regla de exigibilidad del parágrafo 35 que establece unos casos en que puede exigirse a la persona tolerar el peligro, siendo uno de ellos cuando exista una "crasa desproporcionalidad" entre el bien salvado y el daño ocasionado (HIRSCH, 1985:210 -§35/62-; LACKNER, 1995:233 -§35/11-; ESER/BURKHARDT, 1995:379-380; KÜHL, 1994:375-377; LENCKNER, 1997:591 -§35/33-; JESCHECK/WEIGEND, 1996:483). El código penal austríaco contempla expresamente este requisito en su regulación del estado de necesidad exculpante, exigiendo que "los daños derivados del hecho no sean desproporcionalmente mayores que el daño que éste pretende evitar..." (art. 10). En nuestra doctrina SILVA/CORCOY/BALDO (1996:329) consideran también requisito del miedo insuperable que "el bien lesionado, aunque puede ser de mayor valor -en el juicio objetivo del ordenamiento- que aquél que se trata de salvar, no sea en todo caso de valor relevantemente mayor..."

Ciertamente, decidir cuándo ello es así es un problema de valoración de las circunstancias del caso concreto[479]. Por todo ello, y para concluir con la problemática de los bienes jurídicos, quisiera subrayar que el legislador, en este tema, no puede sino limitarse al empleo de una fórmula flexible que remita, en definitiva, a un juicio individual del caso a enjuiciar. Buen ejemplo de ello es el artículo del código penal austríaco sobre el estado de necesidad exculpante (énfasis añadido):

> **Parágrafo 10.** (1) Quien comete un hecho conminado con pena, para evitar *un daño significativo* que amenaza inminentemente al autor o un tercero, está exculpado, cuando los daños resultantes del hecho *no son desproporcionalmente mayores* que los que se pretende evitar, y en la posición del autor no puede esperarse otro comportamiento de una persona que comparta los valores protegidos por el ordenamiento[480].

Por último, resta decir que, por las razones aludidas, tampoco creo acertada una cláusula de ponderación al estilo de la que, en el antiguo código penal, contenía la eximente de miedo insuperable, referida a la exigencia de un "mal igual o mayor". Desde esta perspectiva, debe estimarse acertada la reforma del nuevo código penal que ha suprimido tal expresa ponderación. Aun permaneciendo oscuras las razones de dicha reforma, lo cierto es que la citada ponderación parecía contravenir la naturaleza de la eximente de miedo insuperable como causa de exculpación, que no ha de exigir la causación de un mal menor

---

[479] En Alemania la doctrina mayoritaria suele aludir aquí a ejemplos de "crasa desproporción", como la muerte de un tercero para evitar una leve lesión de la integridad física o la libertad (vid,, entre otros, HIRSCH, 1985:211 -§35/63-; ROXIN, 1994:820, KÜHL, 1994:376). Un intento de establecer una regla más precisa se puede hallar en la obra de BERNSMANN (1989:414-415), que propone una inversión de la regla de justificación contemplada en el parágrafo 34 del StGB. Así, en su opinión, (al margen de las lesiones a la vida, que, según este autor, sólo pueden exculparse cuando está en juego la vida o gravísimas lesiones corporales, comparables con la muerte), si la persona que actúa en estado de necesidad exculpante lesiona un interés "esencialmente preponderante" de un tercero, no puede quedar exento de pena, pues "quien ha de tolerar unos daños determinados en previsión de la utilidad con ellos asociada, no puede evitar o bien ocasionar esos mismos daños activamente a través de la lesión de un interés esencialmente preponderante" (en el mismo sentido, NEUMANN, 1997:22-23 -§35/49-, que remarca, sin embargo, que esta regla sólo puede servir para fijar un límite por debajo del cual la exculpación no será posible, lo cual no significa que en cuanto ella se cumpla deba inmediatamente exculparse la conducta). De todas maneras, esta propuesta debe enfrentarse con la vaguedad inherente al principio del "interés preponderante".

[480] MIR (1983:509, énfasis añadido), también se refería a una cláusula semejante cuando propuso la siguiente redacción de la eximente de miedo insuperable: queda exento de responsabilidad criminal "El que impulsado por un miedo insuperable a perder su vida, su integridad física o mental o las de un pariente próximo, produce *un mal no absolutamente desproporcionado*.". Pero como puede observarse, este autor establece, no sólo la limitación referente a la desproporción entre los males, sino también una limitación en cuanto a los bienes jurídicos, limitación que no estimamos acertada y más cuando ya se exige una ponderación entre los daños, porque como ya escribió GOLDSCHMIDT (1913:178) la exigencia de una cierta proporción tiene sentido cuando no se limitan los bienes jurídicos; de lo contrario estaríamos ante una doble limitación difícilmente justificable, pues "a quien está ante un peligro para la vida o la integridad física, no se le puede exigir otra ponderación..."

o igual para su estimación; ni tampoco, según defendieron algunos autores con la antigua regulación (CEREZO, 1987:83; COBO/VIVES, 1987:515 not. 59) una ponderación objetiva entre los bienes jurídicos análoga a la exigida en el estado de necesidad; pues ello supondría desconocer el fundamento de la eximente[481].

3.3.3. Obligación de tolerar el peligro por parte de determinadas personas.

Por último, el tercer requisito relativo a la acción salvadora llevada a cabo en miedo insuperable hace referencia a la siguiente cuestión: ¿puede limitarse el recurso a esta eximente en función del deber de tolerar el peligro que afecta a determinadas personas?. Dicho con otras palabras: determinadas personas desempeñan una función de protección de bienes jurídicos ajenos, que implica normalmente su exposición a ciertos peligros o riesgos para sus propios bienes jurídicos. Pues bien, ¿puede la persona sobre la que pesa tal obligación de protección de bienes jurídicos ajenos ampararse en la eximente de miedo insuperable para quedar exento de pena en caso de que incumpla tal obligación debido a la amenaza de un mal?.

Lo primero que debe subrayarse es que esta cuestión apenas ha sido objeto de atención por parte de nuestra doctrina, aunque los pocos autores que se pronuncian sobre ella lo hacen para defender la inaplicación de la eximente en aquellos casos en los que exista una obligación especial de tolerar el peligro por parte del autor[482]. Y en nuestra jurisprudencia,

---

[481] Por ello no puede compartirse la opinión de CUERDA ARNAU (1997:112 y ss.) que, a pesar de la reforma, pretende convertir la antigua exigencia de la evitación de un mal igual o mayor en un "criterio rector" de la aplicación de la eximente de miedo insuperable. Según esta autora "en la causación de un mal igual al temido se sitúa lo que hemos denominado la medida genérica del deber de obligación y, por tanto, los temores que puedan surgir ante males *objetivamente* inferiores al causado hay que tenerlos, *en principio*, por superables.". Ciertamente, el objetivo que lleva a CUERDA ARNAU a defender esta postura me parece correcto ("la tan mencionada supresión [de la ponderación de males] no puede significar que la entidad de los males resulte irrelevante..."), pero creo que el límite no puede ponerse, ni siquiera *prima facie*, en la causación de un mal igual, porque ello supone desconocer que el fundamento de la eximente de miedo insuperable va ligado a la idea de la aceptación de una valoración parcial o subjetiva del conflicto que amenaza a una determinada persona. Por ello la eximente de miedo insuperable es una causa de exculpación que permite eximir de pena conductas en que se ocasiona un mal mayor, y ésta que es, precisamente, a nuestro juicio, el valor y singularidad de esta eximente es lo que el criterio rector propuesto por la autora niega (cuestionan también el criterio propuesto por CUERDA ARNAU, MORALES, 1997:183-184 y PUENTE, 1997:246).

[482] Así, ya QUINTANO (1958:295-296 y 1966:134) aludía a que la eximente de miedo insuperable era demasiado amplia "al no exceptuar de su protección, como hace en el estado de necesidad, a las personas a que su cargo o profesión obliga al sacrificio (...). En la vida civil hay ocasiones, y sobre todo personas, en las que la exigencia de heroísmo es, sin embargo, tan inexcusable como en la militar, siendo incongruente que ampare al juez para prevaricar o al policía para no perseguir al delincuente". Vid. también RODRIGUEZ

al margen de alguna declaración aislada que podría apuntar en este sentido, se puede encontrar una mención específica a este problema en la STS 14-11-1966 (RAJ 4913, énfasis añadido), en la que, planteada la problemática del requisito que estudiamos, el T.S. no dudó en su exigencia:

> ...el procesado que conducía el día del evento una furgoneta a velocidad de 50 kilómetros por hora, en tramo que estaba limitada a 30 kilómetros horarios, "al ver que salía algo de llama del motor, debido probablemente a un cortocircuito", no adoptó ninguna medida para cortar el fuego o al menos evitar su propagación (...) y en lugar de obrar así, según le aconsejaban las más elementales normas precautorias, para la *defensa de los intereses materiales y vitales que estaban confiados a su pericia*, sólo pensó en salvar su vida arrojándose en marcha de la furgoneta, dejándola abandonada y sin advertir lo que hacía a los demás ocupantes, y como era normalmente previsible, esa conducta motivó que el vehículo dejado sin gobierno, fuera a estrellarse contra una pared a la derecha de su dirección incendiándose totalmente y pereciendo abrasados los dos pasajeros que ocupan la cabina y sufriendo lesiones los tres ocupantes del interior; *sin que pueda exculparle el miedo insuperable* que alega en el recurso, *pues* aparte de que no hay datos de facto para deducirlo, que *aunque lo sintiera estaba obligado a superarlo y, cual capitán de una nave, no trata de ponerse a salvo, hasta que hubiera hecho todo cuanto fuera posible para liberar del peligro a los ocupantes del vehículo...*

La valoración de esta decisión jurisprudencial y, en definitiva, la respuesta al interrogante con que comencé este apartado requiere, como no podía ser de otra manera, una remisión al fundamento de la eximente, para averiguar si existen o no razones convincentes que apoyen la exigencia de este requisito como una de las legítimas exigencias normativas que pueden requerirse de quien se encuentre en situación de miedo insuperable.

El fundamento de la mayor exigibilidad que deben soportar las personas encargadas de controlar determinados riesgos, se ha asociado normalmente a una cuestión de necesidades preventivo-generales, en el sentido de que el vital papel que en la sociedad desempeñan estas personas, se vería sobremanera dañado (y con él, mediatamente, los bienes jurídicos bajo protección) si se permitiera que los que llevan a cabo tal función pudieran ampararse en la existencia de un peligro para incumplirla[483].

DEVESA/SERRANO (1991:648): "el nivel de exigencia para superar el miedo ha de elevarse para los militares por causa de la específica instrucción que reciben y su específica obligación de hacer frente al peligro."; e HIGUERA (1991:214-215), quien, más genéricamente, declara que "Existe un grupo de personas revestidas de calidad en las que el nivel de exigibilidad es mayor y más notorio, como es el caso, por ejemplo, de los militares, miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, comandantes de aeronaves, capitanes de buque, etc., por lo que en principio no se les podría aplicar esta eximente."

[483] Esta parece ser la fundamentación dominante en la doctrina alemana de la expresa excepción que se establece en el estado de necesidad exculpante (§ 35), cuando el autor en consideración a una "relación

En mi opinión, sin embargo, existe un principio de justicia que legitima este requisito, sin ser necesaria una remisión a necesidades preventivo-generales. Que determinadas personas que asumen una labor de tutela de bienes jurídicos ajenos no puedan esquivar tal función aludiendo a los peligros inherentes a ella, se fundamenta en el *principio de responsabilidad por actos propios*: quien libre y voluntariamente acepta una función de protección de bienes jurídicos respecto a determinados peligros, no puede después (en todo caso) rehuir tal tarea en atención a los peligros que el desempeño de tal tarea comporta[484]. Quizás el resultado pueda parecer el mismo que el que se llega desde una perspectiva preventivo-general, pero después veremos que esto no es así.

El valor de este principio de responsabilidad por los actos propios se completa en los supuestos de exculpación que, como la eximente de miedo insuperable, llevan consigo la solución no imparcial (no justificada) de un conflicto entre bienes jurídicos, con una alusión al *compromiso de imparcialidad* que las tareas de protección de bienes jurídicos de la colectividad lleva consigo. El encargado de proteger a la comunidad de ciertos peligros puede, ciertamente, en ocasiones incumplir sus obligaciones si con ello el conflicto entre bienes jurídicos ante el que se enfrenta es solucionado de forma imparcial y por tanto justificadamente. Este sería el caso, por ejemplo, del bombero que destruye unos bienes ajenos para poder extinguir con mayor seguridad un incendio que amenaza a la vida de varias personas, o del policía que prefiere no detener a un peligroso delincuente en unos grandes almacenes porque sabe que éste intentará dispararle, poniendo con ello en peligro su vida y la de numerosas personas. En estos supuestos, la resolución imparcial de un conflicto aporta razones convincentes para defender una limitación del principio de responsabilidad por los actos propios, ya que el propio ordenamiento penal estará seguramente interesado en que el encargado de proteger los bienes jurídicos ajenos sea consciente de que la obligación de tolerar el peligro no puede imponerse a cualquier precio. Quizás por esta razón, en nuestra doctrina se ha dudado de la eficacia del requisito presente

---

jurídica especial" (*besonderes Rechtsverhältnis*) ha de tolerar el peligro. Vid. ROXIN (1994:812); KÜHL (1994:369); TIMPE (1985:35).

[484] Vid. NEUMANN (1997:16 -§35/33-) "Quien libremente se hace cargo de unas actividades especialmente peligrosas, no puede ampararse (ilimitadamente) en estado de necesidad [exculpante], cuando se encuentra en una previsible situación de peligro."; ESER/BURKHARDT (1995:378-379): "quien permite que se le coloque en un puesto que puede comportar determinados peligros, no debe poder salir corriendo a la hora de la verdad...".

en la eximente de estado de necesidad, referente a "que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, la obligación de sacrificarse"[485].

La situación es, sin embargo, distinta cuando el conflicto entre bienes jurídicos se soluciona de forma parcial; pues en estos casos, *la persona, para poder ampararse en la eximente de miedo insuperable, debe encontrarse en una situación en la que el ordenamiento reconozca la razonabilidad de tal valoración parcial.* Ello no será posible cuando la persona, voluntariamente, haya asumido una labor de protección de bienes jurídicos ajenos; pues tal labor lleva implícito, a mi entender, un compromiso de imparcialidad. De esta forma, el médico de guardia que se encuentra en un hospital y desatiende a una persona gravemente herida para atender a su esposa, que sólo presenta una herida leve, no parece razonable que pueda ampararse en la eximente de miedo insuperable, pues con el libre desempeño y asunción de tal cargo el médico se compromete a tratar de igual forma (imparcialmente) a los enfermos, sin poder remitirse en este ámbito a preferencias subjetivas en virtud de la especial cercanía o vinculación emocional con determinados bienes jurídicos.

Decisiva es, por tanto, la idea siguiente: forma parte de la función de protección de los bienes jurídicos de la comunidad el compromiso de imparcialidad que tal función lleva incorporado. Este compromiso de imparcialidad no sólo tiene que ver con la organización eficiente de las imprescindibles funciones de protección de bienes jurídicos colectivos, sino primordialmente con una intuición de justicia, que señala que *quien libremente asume una labor de control de riesgos frente a una comunidad tiene una mayor responsabilidad frente a ésta que la que normalmente se deriva de los genéricos vínculos de solidaridad.* Estos últimos pueden ser derrotados por la especial vinculación de la persona con los bienes en peligro, pero los compromisos de especial responsabilidad asumidos en función de la colectividad, seguramente, no; o por lo menos no de la misma manera.

---

[485] Ya señaló ANTON (1949:298) que "la tripulación del buque no podrá exculparse por haber procurado su salvamento a costa de perecer los pasajeros; pero sí estarán justificados por arrojar la carga al agua para salvar con la nave sus vidas.". En esta línea, genéricamente alude CEREZO (1997b:53) a que "cuando la desproporción entre los bienes en conflicto es grande, se propugna en la moderna ciencia del Derecho penal española la aplicación de la eximente a pesar de la existencia de un deber de sacrificio". Por esta razón en nuestra doctrina se ha propuesto la interpretación restrictiva de este requisito (ROLDAN, 1980:34, not. 75; 1983:523), o la inclusión de la valoración que lleva consigo en la más amplia ponderación de intereses (COBO/VIVES, 1996:485-486; SILVA, 1982:686 y ss.), o en fin, y partiendo de tal posible inclusión, la derogación de este requisito (CEREZO, 1997b:53-54, en el caso del estado de necesidad justificante).

La *ratio* de este requisito es, pues, que existen personas que, debido al puesto que desempeñan en la sociedad, están obligados a actuar de una manera imparcial en situaciones de peligro o conflicto, *porque todos los afectados tienen derecho a un trato igual por parte de los órganos especialmente encargados de las funciones de protección de peligros.*

El problema que este requisito plantea es, por tanto, según creo, no tanto su legitimación[486], sino sus límites, tanto subjetivos como objetivos. Esto es, se trata de determinar qué personas están sometidas a tal especial deber de imparcialidad, y con qué límites .

En primer lugar, creo que es inherente a la idea de una obligación de imparcialidad el que estemos ante una función de protección de bienes jurídicos *frente a la comunidad o a un colectivo indeterminado de personas*, y no, por tanto, frente a bienes jurídicos singulares pertenecientes a determinadas personas. La obligación de imparcialidad puede tener sentido como un principio organizativo de la función de protección de bienes jurídicos ajenos, cuando estamos ante un foco de peligro genérico, que amenaza a un colectivo indeterminado de personas.

Un claro ejemplo de ello es el desempeño de la labor judicial, en la que, ciertamente, el deber de imparcialidad es un rasgo *sine qua non* de tal función, por lo que el art. 54 LECrim. recoge un amplio catálogo de causas de recusación, cuya razón de ser estriba en la existencia de determinadas relaciones entre el juez y alguna de las partes que pudiera mermar la imparcialidad de aquél. Por ello, parece evidente que un juez no podría ampararse en la eximente de miedo insuperable para evitar la condena por prevaricación en un caso en el que absuelva, a sabiendas de la comisión del delito y de la existencia de pruebas en su contra, a un familiar para evitar que éste entre en prisión. Pero no sólo la función de un juez (cuyo rasgo primordial es precisamente la imparcialidad), sino creo que en general toda aquélla función de protección de peligros frente a una comunidad indeterminada exige que quien la desempeñe se comporte de manera imparcial. De esta

[486] La única manera de rechazar este requisito parece que pasaría por subrayar el aspecto motivacional (impacto psicológico padecido por la persona) contenido en la eximente de miedo insuperable. Pero ello no podría superar la objeción de que el fundamento y configuración de esta eximente no descansa en un problema de cuantificación del impacto psíquico padecido por el afectado. Además en los casos que ahora estudiamos, a los problemas de verificación del impacto psíquico efectivamente acaecido, se añade la dificultad de afirmar su existencia en el supuesto de colectivos que, por venir encargados del control de determinados focos de peligro (incendios, delitos...), son entrenados precisamente para dominar y vencer la presión que siempre lleva consigo una situación de peligro (KÜHL, 1994:369). Por esta razón, afirmar que

forma, un policía no puede dar prioridad a la persecución de los (leves) delitos que le afecta a él mismo o a sus seres queridos, ni un bombero no puede abandonar las labores de extinción de un incendio que amenaza con destruir varios edificios, para evitar la inundación del sótano de su propia vivienda.

Por tanto, en el supuesto de que la función de protección afecte a bienes jurídicos determinados (estoy pensando aquí en las funciones de protección derivadas de las relaciones familiares), no creo que pueda afirmarse un especial deber de sacrificio o exposición ante el peligro, pues el desempeño de tal tarea de protección no parece que lleve consigo un compromiso de imparcialidad. El problema, por tanto, de que las personas encargadas de la tutela de bienes jurídicos específicos incumplan tal deber en atención a determinados peligros les amenacen, será una cuestión a decidir de acuerdo con los requisitos presentados a lo largo de este capítulo, pero no creo que sea un problema propio del que ahora estudiamos[487].

En segundo lugar, del principio de responsabilidad por actos propios creo que se puede extraer la conclusión de que el compromiso de imparcialidad sólo se puede exigir *de quien libremente haya asumido una función de salvaguardia o control de peligros ajenos*. Si tal función de protección de bienes jurídicos ajenos no ha sido contraida voluntariamente por la persona, sino que le ha venido impuesta por ciertas exigencias de seguridad general, entonces creo que las razones de justicia para imponerle un específico deber de soportar el peligro son más débiles, pues en este caso tienen que ver exclusivamente con una apelación a necesidades de prevención general[488].

---

estas personas han padecido, en la situación concreta, una situación de miedo psicológicamente insuperable será aún más inverosímil que en los casos normales.

[487] Creo que merece la pena hacer explícito aquí mi propósito de interpretar restrictivamente el requisito referido a la obligación de tolerar el peligro que amenaza, pues en la doctrina Alemania se puede observar una clara tendencia ampliatoria de este requisito, que tomando como modelo la igualmente extensiva construcción de la posición de garante, conduce a la denegación de la eximente en cuanto se observe la existencia de algún deber específico de protección del bien jurídico en peligro (vid. en este sentido, HIRSCH, 1985:206 -§35/54- que menciona hasta una veintena de ejemplos de personas obligadas a tolerar el peligro amenazante; ROXIN, 1994:820-821; y JESCHECK/WEIGEND, 1996:486). A mi entender, tal deber específico de protección puede efectivamente tomarse en cuenta para valorar la solución del conflicto por parte de la persona, pero no puede erigirse como un principio que lleve consigo la denegación de la eximente de miedo insuperable si no incorpora, al mismo tiempo, un compromiso de imparcialidad, lo cual creo que sólo puede defenderse respecto a funciones de protección de bienes jurídicos de una colectividad indeterminada.

[488] Estoy pensando, ciertamente, en el ejército. NEUMANN (1997:16 -§35/33-) reconoce que en el caso de "una específica relación jurídica llevada a cabo involuntariamente (servicio militar), sólo es posible una débil fundamentación normativa: la sociedad puede y debe esperar de los portadores de determinados roles sociales que no esquiven los peligros típicos de esos roles mediante la lesión de los bienes jurídicos de

Compromiso voluntario y tutela de una colectividad indeterminada son, pues, los rasgos que estimo relevantes para determinar sobre qué personas puede recaer un deber de imparcialidad que impida su amparo en la eximente de miedo insuperable. Pero resta determinar los límites objetivos de este deber de imparcialidad. Respecto a este tema, creo que de lo hasta aquí señalado se puede deducir que la obligación de tolerar el peligro sólo se puede predicar de aquellos *riesgos específicos y propios de la función de tutela* que se desempeña, pues, ciertamente, tal labor de salvaguardia no puede extenderse a cualquier posible peligro que amenace a los bienes jurídicos ajenos, sino sólo a aquéllos respecto los cuales la persona se ha comprometido a tutelar. Así, poniendo un ejemplo de RUDOLPHI (1994:76), un médico está obligado a exponerse al riesgo de contagio en una epidemia, pero su compromiso de tutela de bienes jurídicos ajenos no le obliga a facilitar a su costa, en un naufragio, la salvación de los pasajeros.

Por otra parte, otro límite objetivo que parece razonable es que la obligación de tolerar el peligro no puede llegar hasta el punto de imponer un deber de sacrificio (inmolación) de la persona, exigiéndole el cumplimiento de su función de tutela de bienes jurídicos ajenos aunque ello implique su muerte segura o muy probable[489].

Aplicando todos estos límites al caso presentado al inicio de este apartado tendríamos lo siguiente. Creo que es posible deducir una obligación de tolerar el peligro por parte del

---

otros". Lo cierto es que, una intuición de justicia parece ser que es razonable exigir más de los soldados profesionales que de los reclutas obligados a servir un determinado tiempo en el ejército. La eximente de miedo insuperable podría utilizarse para recoger esta intuición, por ejemplo en el caso de un recluta juzgado por el art. 113 del CP Militar de 1985 (art. 113: "Fuera de los casos anteriores [delitos de cobardía], el militar que, por temor a un riesgo personal, violare algún deber militar cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión."). Téngase en cuenta que el actual CP Militar, a diferencia del anterior código de 1945, no contiene una mención específica respecto a la inaplicación de la eximente de miedo insuperable en el ámbito militar (en contra y a favor por tanto de una exclusión general de esta eximente vid. HIGUERA, 1991:176 y ss.).

[489] Este es un límite ampliamente reconocido por la doctrina alemana (vid. HIRSCH, 1985:206-207 -§35/56-; TIMPE, 1985:35; BERNSMANN, 1989:425-427; MAURACH/ZIPF, 1992:460; ROXIN, 1995:815; RUDOLPHI, 1994:76 -§35/13-; KÜHL, 1994:369; ESER/BURKHARDT, 1995:379; JESCHECK/WEIGEND, 1996:487). Nuestro TS, en una antigua sentencia referida al estado de necesidad (STS 22-5-1901, cit. en CEREZO, 1997b:53, not. 176) declaró que "aunque el maquinista y sus auxiliares tengan obligación de no abandonar su puesto, incurriendo en responsabilidad con arreglo al artículo 22 de la repetida Ley de Policía (de los Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877), caso de verificarlo, esta responsabilidad, cuando como en el presente consta que en nada podían hacer para evitar la catástrofe que no pudieron prever y que permanecieron en su puesto hasta el momento preciso del choque no puede jurídicamente exigirse, porque implicaría la exigencia de un sacrificio inútil.". En contra, estima HIGUERA (1991:94-95) que a los militares, en tiempo de guerra, se les puede exigir incluso el sacrificio de su propia vida.

conductor de la furgoneta, pues si partimos (lo que tampoco queda del todo claro en la sentencia) de que éste era el trabajo que desempeñaba el autor del delito, es razonable exigir de los conductores de medios de transporte *colectivos*, que asuman los riesgos propios de su trabajo (fundamentalmente los riesgos derivados de la conducción de vehículos). Sin embargo, en nuestro caso, el acusado alega que el motivo de su actuación fue la salvación de su propia vida, que vio peligrar por la avería del motor del vehículo. Las circunstancias del caso no nos permiten apreciar si tal peligro era efectivamente tan grave (explosión inminente del vehículo), por lo que el límite objetivo que la propia muerte establece a la obligación de tolerar el peligro, es de difícil apreciación en este caso. Por ello, todo parece indicar que este caso plantea en realidad un problema de error en la conducta de la persona, en concreto de error sobre la magnitud del peligro amenazante, que la persona conceptúa como un peligro de muerte. Este error debiera ser tratado conforme al error en la situación de miedo insuperable (invencible: exención, vencible: eximente incompleta), en cuyo enjuiciamiento (sobre su invencibilidad o no) jugará también un importante papel el hecho de que a la persona que desempeña una función de control de determinados peligros propios de su función de tutela, por su especial preparación, puede exigírsele una valoración más serena de la situación[490].

Cabe destacar que la mayoría de casos en los que se va a plantear la posible aplicación de esta exigencia, se tratarán probablemente de supuestos de omisión, en los que se deberá determinar si el incumplimiento de la obligación de tutela (ej. bombero que no salva a persona en peligro o médico que no atiende a enfermo), puede o no imputarse a la persona. Pues bien, en estos casos lo fundamental será analizar si se cumplen los requisitos para imputar a la persona un delito de omisión, que debido a la particular obligación que pesa sobre la persona de controlar un foco de peligro para bienes jurídicos ajenos, será normalmente de comisión por omisión. Problemático es decidir en estos supuestos de omisión en qué lugar debe analizarse el problema de la exigibilidad de la conducta, aunque la doctrina parece inclinarse por tratarlo ya en sede de tipicidad, pues se trata aquí de delimitar el ámbito del deber de solidaridad (omisión propia) o de evitar el resultado (omisión impropia)[491].

---

[490] La decisión del Supremo no anduvo lejos de la adoptada en el texto, aunque su fundamentación fue bien diversa. El TS parte de que la actuación de la persona fue imprudente y no dolosa, (aunque en la conducta del acusado -saltar de la furgoneta en marcha dejándola descontrolada y yendo a excesiva velocidad- creo que podría afirmarse la presencia de dolo eventual respecto al resultado de muerte); no aceptando la eximente de miedo insuperable, ni como eximente ni como atenuante respecto al delito de homicidio imprudente.

[491] Desde HENKEL (1954:276-281) parece mayoritariamente aceptado por la doctrina alemana el papel de la inexigibilidad en la delimitación de la tipicidad de las omisiones, tanto propias como impropias (vid. por todos STREE, 1997:187-188 -vor §13/155-156- y LENCKNER, 1997:522 -vor §32/125-). En nuestra

Por último, para finalizar este apartado debe plantearse el supuesto en el que el requisito analizado concurra, o bien sólo en el autor de la acción, o bien únicamente en la persona en peligro.

Hipótesis a): El autor, especialmente obligado a tolerar el peligro, incumple tal deber para salvar a una persona con la que se halla vinculada afectivamente. Estos casos, de hecho, ya han sido tratados anteriormente: sobre la persona especialmente obligada a controlar una fuente de peligro para la comunidad pesa un compromiso de imparcialidad, que no puede incumplirse dando mayor peso a sus intereses ni a los de sus allegados[492]. Ciertamente, también en este ámbito deben aplicarse los límites objetivos que se señalaron respecto a la obligación de tolerar el peligro, por lo que si amenaza la muerte segura de la persona vinculada al autor, el deber de exigibilidad decaerá.

De todas formas, en estos supuestos debe incorporarse una limitación objetiva específica, paralela a la defendida respecto del propio autor: el mal que amenaza (a la persona allegada) debe ser uno de los genéricos que comprende en compromiso de imparcialidad que pesa sobre el autor, pues si esto no es así podrá salvarse impunemente al allegado. Esto es, que el médico de guardia que se encuentra ejerciendo su trabajo (volviendo al ejemplo ya mencionado) no pueda primar los intereses de sus allegados respecto a los de terceros, se justifica porque el peligro que amenaza al allegado (referente a su salud) es, precisamente, el que alcanza el compromiso de imparcialidad de un médico. Pero por esta misma razón no puede denegarse la exculpación en el caso del soldado que deserta del ejército para salvar a su familia de graves problemas económicos, pues el compromiso de un soldado no parece

---

doctrina vid. SILVA (1986:299-309), que subraya cómo son, ante todo, argumentos político-criminales (introducción de un contrapunto liberal a la creación de los tipos penales omisivos, que pretende proteger al individuo de excesivas exigencias, marcando la frontera entre obligación social y libertad individual) los que parecen explicar la presencia de factores de exigibilidad en los tipos omisivos, ya sea para delimitar el deber de solidaridad propio de las omisiones propias o el deber de evitar el resultado (posición de garante) perteneciente a la omisión impropia. El peso de estos argumentos políticos criminales es puesto de relieve por FRELLESEN (1980:215-220: la cláusula de exigibilidad presente en el delito de omisión del deber de socorro tiene por función la protección del individuo frente a exigencias abusivas y delimita la frontera entre las obligaciones sociales y la libertad de acción del individuo).

[492] Esta es la posición de la doctrina mayoritaria en Alemania (en contra vid. RUDOLPHI, 1994:76 -§35/14-; HIRSCH, 1985:206 -§35/55-, que argumenta que, de no concederse la exculpación, el resultado es que se carga al allegado en peligro con la obligación de tolerar el peligro, aunque sobre él no pesa tal obligación. Sin embargo, en mi opinión, no pesa sobre el allegado ninguna carga que no tuviera ya, por motivos imparciales, que soportar, sino que sólo se le priva del privilegio de una preferencia sustentada en la vinculación personal con el autor).

que deba alcanzar a tales riesgos (por lo menos no en una situación de paz en la que no se podría argumentar que la deserción provoca un grave perjuicio a la seguridad nacional)[493].

Hipótesis b): El autor salva del peligro a una persona con la que se encuentra vinculado afectivamente, recayendo sobre ésta una obligación de tolerar el peligro. La doctrina penal defiende que en estos casos no procede la exculpación de la conducta, aludiendo a que todos los implicados deben respetar la función de protección de bienes jurídicos que determinadas personas llevan a cabo[494]; pero lo cierto es que desde la fundamentación defendida de este requisito ésta no parece ser la solución correcta. La mayor exigibilidad que corresponde a los encargados de vigilar fuentes de peligro para la comunidad, tiene su fundamento en el compromiso de imparcialidad que estas tareas llevan consigo. Pero por esta misma razón, parece claro que dicho compromiso de imparcialidad sólo puede afectar a la persona que desempeña la tarea protectora, y no a terceros. Dentro de estos terceros ajenos a dicha función de tutela de bienes jurídicos existen unos que sí están autorizados a realizar un juicio parcial: aquéllos que se encuentran especialmente vinculados con la persona en peligro, que aunque se haya comprometido a resolver imparcialmente los conflictos ante los que se enfrente, no puede extender tal compromiso a los demás[495]. Ciertamente, razones preventivo-generales pueden apoyar una solución contraria, pero considerarlas ahora relevantes sería contradictorio con defendido a lo largo de todo el trabajo.

4. Recapitulación. Requisitos esenciales e inesenciales.: la eximente incompleta de miedo insuperable.

El legislador requiere para aplicar la eximente de miedo insuperable la presencia de un determinado estado emocional (el miedo), que debe calificarse de insuperable en el caso concreto. La fundamentación y reconstrucción normativa de la eximente conlleva que la exigencia referida al "miedo" deba interpretarse como la existencia de un cierto estado

---

[493] Dudoso es por ello, el ejemplo que menciona BERNSMANN (1989:439) del juez que comete un delito de prevaricación para librar a su esposa de una situación de necesidad, pues creo que puede razonablemente defenderse que un juez debe resistir determinados peligros contra su persona, e igualmente tolerar los riesgos típicos de su función que se deriven para sus allegados (recordar el ejemplo comentado de la prevaricación para evitar la condena de un allegado por un delito cometido), pero de ahí a exigirle que tolere todo peligro para sus seres queridos que se deriven de sus funciones media cierta distancia.

[494] Vid., por todos, LENCKNER (1997:590 -§35/29-) y BERNSMANN (1989:439).

[495] Defiende la misma solución respecto al tercer requisito del estado de necesidad SILVA (1982:691): en el caso de una persona que salva a un bombero que se encuentra en ejercicio de su actividad profesional, éste "tiene obligación de sacrificarse, pero dicha obligación no la infringe él, pues no actúa en tal sentido, ni el tercero que le salva, sobre quien no pesaba previamente."

emocional caracterizado por el temor de la persona al advenimiento de un mal, lo cual se va a presumir cuando la persona obre para evitar un mal que le amenaza. Con ello el núcleo de la eximente se desplaza a la cuestión sobre la "insuperabilidad" del miedo, adjetivo con el que se resume todo el conjunto de requisitos normativos que deben estar presentes para poder afirmar que la persona no tenía otra opción razonable que cometer el delito.

Estos requisitos normativos pueden agruparse en dos grandes categorías, una relativa al mal amenazante, y otra referente a la acción salvadora llevada a cabo. Respecto a las exigencias concernientes al mal amenazante, en este capítulo he defendido que, primero, no es necesario que éste sea de producción inminente si no se actúa evitándolo, sino que basta con que sea necesario actuar inminentemente para poder defenderse eficazmente, lo cual ampara también la defensa frente a peligros duraderos; segundo, el mal tampoco ha de ser real o de segura producción, siendo suficiente la creencia razonable de la persona en su acaecimiento. Tercero, aunque el mal que amenace sea lícito, y con ello obligado tolerarlo, pueden existir supuestos en los que ello no impida la aplicación de la eximente de miedo insuperable, por lo que éste no puede considerarse un requisito *sine qua non* de la eximente. Cuarto, el mal que amenaza no ha de haber sido provocado responsablemente por la persona que actúa para evitarlo. Quinto, no puede tasarse *a priori* la entidad del mal amenazante mediante la exigencia de un peligro para determinados bienes jurídicos de particular importancia. Sexto, el sujeto pasivo del mal amenazante debe ser alguien vinculado afectivamente con el autor para que pueda considerarse razonable la valoración parcial que implica la eximente.

Por lo que se refiere a los requisitos relativos a la acción salvadora llevada a cabo en miedo insuperable, he argumentado que, primero, ésta debe ser necesaria, debido a la imposibilidad de evitar el mal por otros medios distintos al delito cometido; segundo, no puede limitarse tampoco en función del bien jurídico lesionado mediante el delito, lo cual no significa que no deba exigirse cierta ponderación o adecuación entre los bienes jurídicos en juego; y tercero, y por último, no debe olvidarse que existen determinadas personas que tienen la obligación de tolerar ciertos peligros, y que por esta razón verán dificultada su alegación de la eximente de miedo insuperable.

Todo ello plantea la cuestión con la que quisiera finalizar este capítulo. Se trata del problema referente a si algunos de tales criterios deben considerarse esenciales, de modo que su falta determine no sólo la inaplicación de la eximente de miedo insuperable, sino también la imposibilidad de aplicar la eximente incompleta (art. 21.1 CP).

Respecto a esta cuestión, debe aclararse ya de entrada que actualmente no puede dudarse de que la eximente de miedo insuperable puede ser apreciada como incompleta. Esta posibilidad fue antiguamente combatida por nuestro T.S. con el argumento de que sólo procedía aplicar la eximente incompleta en aquellos casos en los que el legislador había expresamente exigido una serie de requisitos para aplicar la eximente en cuestión; caso este que no era el de la eximente de miedo insuperable[496]. Tal interpretación fue sin embargo criticada por la doctrina penal, y finalmente tuvo que ser también abandonada por el T.S., que actualmente no duda de la posible aplicación de la eximente de miedo insuperable como incompleta[497].

Cabe destacar que el contradictorio entendimiento y aplicación de la eximente de miedo insuperable por parte de nuestro T.S., se traslada también lógicamente a su estimación como incompleta, la cual en ocasiones se aplica porque no se aprecia la existencia de un estado de inimputabilidad momentáneo en la persona afectada por el miedo, aunque sí un trastorno anímico intenso[498]; y en otras ocasiones, por el incumplimiento de ciertos requisitos normativos que el T.S. exige para aplicar la eximente[499]. De todas formas, aún más criticable es el criterio mantenido en alguna decisión judicial de degradar la eximente incompleta a la categoría de atenuante analógica, disminuyende de esta manera injustificadamente el valor atenuante de la circunstancia de miedo insuperable[500].

---

[496] Vid. sobre esta antigua interpretación ANTON (1949:357) y CORDOBA (1972:408-409), que subrayan cómo el legislador de 1932 pretendió evitar esta equivocada interpretación sustituyendo la fórmula legislativa "*las expresadas* en el capítulo anterior, cuando no concurran todos los requisitos necesarios para eximir...", por la de "*todas las expresadas...*".

[497] Se refiere expresamente a este cambio la STS 9-10-1990 (RAJ 7922): "la doctrina de esta Sala, superando la anterior jurisprudencia negativa viene admitiendo la posibilidad de apreciar esta causa de inculpabilidad como eximente incompleta, o en su caso como atenuante analógica..."

[498] En este sentido, por ejemplo, STS 20-2-1987 (RAJ 1274: "si el miedo no le anuló su inteligencia y voluntad sí las aminoró sensiblemente) y 29-10-1988 (RAJ 8250), que incomprensiblemente mezcla ambas concepciones de la eximente en la misma sentencia, pues no aprecia la eximente porque no estima concurrente su insuperabilidad "es decir, la imposibilidad psíquica de ser dominado o neutralizado.", pero sí la incompleta porque "exigir otra conducta distinta a la ejecutada de manera plena es impresentable" (sic).

[499] Vid. por ejemplo, STS 9-10-1990 (RAJ 7922), que no aprecia la eximente completa, pero sí la incompleta, porque "la situación de miedo podía ser superada por el agente en las ocasiones en que logró sustraerse a la amenaza inmediata y tratar de recabar auxilio frente a la misma.".

[500] En este sentido, SAP Toledo, 8-5-1995 (ACT.PEN., 1995, @265), que estimando posible "adoptar otras medidas, para prevenir el mal, diversas a la finalmente adoptada", sólo estima la circunstancia atenuante analógica (se entiende, de miedo insuperable). Puede entenderse el propósito jurisprudencial de graduar al máximo el efecto atenuante de la eximente de miedo insuperable, pero ciertamente, la creación de una atenuante analógica sólo parece tener por misión rebajar arbitrariamente el efecto atenuante de la circunstancia de miedo insuperable (así claramente en la sentencia citada en la que el motivo de atenuación - la posibilidad de adoptar otras medidas es exactamente lo mismo que la sentencia citada en nota anterior, que

A mi entender, el requisito esencial para poder apreciar la eximente de miedo insuperable es *que la persona obre para evitar un mal que le amenaza a él mismo o a una persona con la que le unen vínculos afectivos*. Esta es, creo, la exigencia fundamental que puede requerirse para aplicar la eximente, y significa, en primer lugar, que cuando la persona no obre para evitar un mal que le amenaza, sino por otros motivos, no se podrá aplicar la eximente completa ni incompleta de miedo. Esto es así porque en estos casos falla la base fundamental de la eximente: la existencia de una situación coactiva o de elección entre males que confronte a la persona con una dura alternativa, pues si la persona obra, por ejemplo, por dinero (mata a otro por precio) o porque comparte (caso de los nazis partícipes en el exterminio de judíos) el objetivo perseguido por sus superiores, la comisión del delito no se debe a la amenaza de ningún mal para la persona, sino a otros motivos no equiparables al miedo y la evitación del peligro.

En segundo lugar, esto también supone que debe existir una *base razonable* que lleve a una persona a estimar que le amenaza un mal o peligro, pues de ser totalmente irrazonable la creencia de la persona en la existencia de un mal resultará inviable estimar que la persona obra para evitar un peligro[501]. Y en tercer lugar, debe también exigirse la presencia de una situación personal que explique la valoración parcial que subyace en la eximente de miedo insuperable, lo cual requiere que el mal amenace al propio autor de la acción delictiva o a una persona con la que se encuentra ligado por vínculos afectivos, pues de lo contrario, esto es, de afectar el mal a un extraño, no se entendería la valoración parcial del autor. Tal vinculación especial, los indicios razonables de la existencia de un peligro y la actuación para evitarlo conforman, según creo, la base ineludible de la eximente de miedo insuperable, sin la cual no puede apreciarse ni como incompleta.

Pero ello no significa, según creo, que una vez se constante la existencia de estas dos exigencias deba aplicarse automáticamente la eximente incompleta de miedo insuperable. Los criterios normativos presentados a lo largo de todo este capítulo aportan argumentos para discutir la mayor o menor razonabilidad de la actuación de la persona, y según el criterio concreto que entre en discusión, las razones que éste aporte en contra de la aplicación de la eximente pueden ser de suficiente peso como para impedir, también, la aplicación incompleta de la eximente. En este sentido, volviendo sobre un ejemplo

---

aplicó la eximente incompleta), llevando de esta manera hasta sus últimas consecuencias el tradicional recelo que los tribunales manifiestan por esta eximente.

comentado, si el médico de guardia deja de atender un enfermo grave para cuidar de un familiar levemente herido que se encuentra en el hospital, aunque ciertamente pueda afirmarse que existe un mal (padecimiento del familiar), que la actuación del médico pretende evitar, creo que la posición de especial responsabilidad del médico aporta una razón de peso para denegar la aplicación de la eximente como incompleta. Igualmente, en supuestos de existencia de otros medios de evitación del peligro, cuando éstos se encuentren claramente a disposición del autor, o en casos de gran desproporción entre el mal causado y el evitado, existirán razones para no considerar apreciable ni siquiera la eximente incompleta, sino como máximo una atenuante analógica. Quizás estos casos pudieran reinterpretarse como supuestos de ausencia ya de una situación de peligro o mal[502], pero creo que es preferible admitir que las razones que aportan los criterios normativos discutidos son flexibles, y en atención a las circunstancias del caso concreto podrán llegar o no a alcanzar también la denegación de la eximente incompleta.

Por tanto, la eximente incompleta de miedo será procedente cuando los motivos por los que no se estime aplicable la eximente completa sean de entidad menor, como por ejemplo, los casos, ya mencionados, de un *error vencible en la realidad del mal* o de una *causación imprudente de la situación de peligro*. A ello podrían añadirse los supuestos en los que *la persona tenía a su disposición*, aunque no de forma clara, *otros medios* para evitar el peligro, o aquéllos en los que no se estime del todo cumplida la exigencia relativa a la *ponderación o adecuación entre el mal amenazante y el mal causado*. Tampoco puede descartarse la aplicación de la eximente incompleta en ciertos casos de amenaza de un mal lícito.

Por la misma razón debe aclararse que la presentación de toda una serie de criterios normativos, como los discutidos en este capítulo, no significa que todos ellos deban cumplirse para aplicar la eximente completa de miedo insuperable. Lo que he tratado de explicitar con su estudio es una serie de argumentos que pueden enmarcar la discusión sobre la insuperabilidad del miedo. Se trata, en definitiva, de buscar las razones en favor y en contra de la aplicación de la eximente que el juez, en el caso concreto, deberá examinar y sopesar. Por ello, en la mayoría de casos de miedo insuperable la discusión sobre su aplicación se centrará en alguno o algunos de los criterios discutidos, pero no, lógicamente, en todos y cada uno de ellos. Incluso hemos visto que determinados criterios tienen propios

[501] Dejando a salvo, evidentemente, los casos de error debidos a la patología de la persona, que deberían ser tratados con las eximentes de trastorno mental transitorio y enajenación mental.

límites internos (por ejemplo, el sacrificio de la propia vida no puede exigirse ni de quien tiene una especial responsabilidad de evitar el peligro). Todo ello demuestra que la eximente de miedo insuperable, al plantear una cuestión sobre exigencias normativas, está constantemente sometida a la tensión entre las razones a favor y en contra de su aplicación.

La delimitación de esas razones es, a mi entender, el único camino para posibilitar, en la medida de lo posible, la aplicación de la eximente, o por lo menos, la crítica en casos de inaplicación. Pero, ciertamente, por ser el miedo insuperable un problema de inexigibilidad o razonabilidad de la actuación, no puede pretenderse que los criterios discutidos solucionen, y menos de forma unívoca, todos los posibles problemas con los que se puede encontrar un juez en un caso de miedo insuperable.

[502] Por ejemplo, si al familiar hospitalizado le puede atender sin dificultades otro médico, uno podría dudar de que en este caso existiera ya un mal o peligro a evitar.

CAPITULO IV. LA DELIMITACION DEL MIEDO INSUPERABLE RESPECTO AL RESTO DE EXIMENTES DEL CODIGO PENAL.

1. Introducción.

Sin duda uno de los aspectos más problemáticos que afectan a la regulación y aplicación de la eximente de miedo insuperable es su delimitación respecto al resto de eximentes del Código Penal, ya que ello, de una parte, presupone un determinado entendimiento sobre el fundamento y la naturaleza jurídica tanto del miedo insuperable como del resto de eximentes, y de otra parte, debe enfrentarse con la dificultad que supone el hecho de que el miedo insuperable presenta puntos de conexión con la práctica totalidad del resto de eximentes penales, por lo que su diferenciación respecto a éstas se erige en el aspecto decisivo del que depende su aplicación práctica[503].

Por otro lado, la necesidad de la delimitación entre las diversas causas de exención de la pena que contempla el Código Penal es si cabe aún más apremiante en el caso del miedo insuperable, pues no han faltado opiniones en nuestra doctrina que han abogado por la superfluidad de esta eximente, y consiguientemente, por su eliminación del catálogo general de eximentes. De lo que se trata, pues, en este capítulo es de comprobar si el miedo insuperable tiene un ámbito específico de aplicación que pueda explicar razonablemente, de un lado, su relación con el resto de eximentes, y de otro, su mantenimiento dentro del catálogo general de causas de exención de la pena.

2. El miedo insuperable como eximente superflua.

La consideración del miedo insuperable como una eximente superflua fue defendida en nuestra doctrina por vez primera por FERRER SAMA (1946), y trae por causa las

---

[503] El parentesco entre el miedo insuperable y el resto de eximentes ha sido reiteradamente destacado por la jurisprudencia. Valga como ejemplo la STS de 6-4-1961 (RAJ 1312) que alude a que esta eximente "ostenta muy variados matices de operabilidad, dirigidos de una parte a la anulación de la imputabilidad del agente al destruir sus capacidades cognoscitivas o volitivas por detención de los normales frenos inhibitorios, la de justificación o inculpabilidad en cuanto sitúa el obrar en condiciones semejantes a las de estado de necesidad y aun de legítima defensa de un determinado bien...", o la moderna STS 19-7-1994 (RAJ 6653), que se refiere a que "Se trata de una eximente con íntimas relaciones con la circunstancia 1° -enajenación mental y trastorno mental transitorio-, o incluso con la legítima defensa -4° del artículo 8°-...". Por todo ello, no es de extrañar que apenas se encuentren sentencias en que se plantea únicamente la concurrencia del miedo insuperable, siendo lo normal que junto a ella se analicen otras posibles eximentes.

sucesivas reformas del estado de necesidad acontecidas en los códigos penales de 1932 y 1944.

Fruto de tales reformas, el estado de necesidad pasó, por un lado, de estar legalmente restringido a supuestos en los cuales se atentaba contra la propiedad ajena, a poder aplicarse a la lesión de cualquier bien jurídico llevada a cabo en situación de necesidad (reforma de 1932), y por otro lado, de exigir la evitación de un mal mayor que el causado, pasó a conformarse para eximir de pena con la causación de un mal igual (reforma de 1944). Con ello, por lo menos en cuanto al requisito de la ponderación, lo cierto es que la eximente de estado de necesidad parecía contemplar la misma situación que el miedo insuperable, el cual, desde la reforma del código penal de 1870, también exigía que la persona (movida por el miedo) evitase un *mal igual o mayor* que el causado[504]. Ante ello y desde entonces no es ciertamente de extrañar la opinión de autores que, como FERRER SAMA (1946:228-229), defendieron la superfluidad de la eximente de miedo insuperable, pues a su entender

> La diferenciación [entre el miedo insuperable y el estado de necesidad] será posible en aquellos Códigos que conciban el estado de necesidad de manera tan restringida como lo concebía el nuestro de 1870. Por el contrario, en legislaciones como la vigente en España que han ampliado hasta su máximo límite el estado de necesidad, la subsistencia de esta otra eximente de miedo insuperable es, en realidad, verdaderamente superflua. (...)
>
> En tales condiciones, admitido el estado de necesidad, preguntamos: ¿qué caso de miedo insuperable podría citarse en el que no fuese aplicable también la eximente de estado de necesidad?[505]

La consideración del miedo insuperable como una eximente superflua parte así de su entendimiento como un supuesto especial de estado de necesidad que deja de tener sentido

---

[504] Desde nuestros primeros comentaristas se planteó la duda de a qué hacía referencia la comparación entre males exigida por el legislador, siendo la opinión mayoritaria que se trataba de una comparación entre el mal causado y el evitado por la acción cometida por miedo insuperable (vid. PACHECO, 1867:172; GROIZARD, 1870:270; ARAMBURU -en PESSINA, 1913:406-407-). Sin embargo, debe mencionarse que esta interpretación no fue pacífica, pues no faltaron autores que dieron otra interpretación a la exigencia, mantenida hasta el CP de 1870 (que añadió la referencia al mal igual), de no obrar impulsado por un mal mayor (vid. RUEDA, 1889:171; VICENTE, 1874:224-226; y ESCRICHE, 1876:118-119). Estos últimos autores entendieron que la referencia al mal "mayor" no tenía un significado comparativo, sino calificativo: mal mayor como mal grave.

[505] Sin embargo, aun estimando innecesaria la eximente, FERRER SAMA, al final de su comentario sobre el miedo insuperable parece contradecirse, pues al tratar el requisito de la ponderación de males exigida en esta eximente da un criterio que podría diferenciar el miedo insuperable del estado de necesidad (vid. 1946:234: "Dada la índole subjetiva de la atenuante de miedo insuperable sería absurdo defender la tesis de apreciación [ponderación] objetiva. Unicamente estimando la gravedad de uno y otro mal, *tal como se presentan al autor en el momento de su obrar*, llegaremos a una adecuada solución").

al compás de la reforma de esta última eximente, que se convierte en un precepto genérico, capaz por tanto de abarcar los supuestos que regula la eximente de miedo[506].

Contra este entendimiento del miedo insuperable como una eximente superflua se manifestó la doctrina mayoritaria en nuestro país que, sin embargo, a partir de la reforma del estado de necesidad ciertamente se vio obligada a proponer toda una serie de elementos de delimitación entre ambas eximentes, que en definitiva intentaban conservar algún ámbito de aplicación para el miedo insuperable. Se trataba, de esta manera, de evitar su superfluidad y consiguiente desaparición, pues ello se consideraba contrario al principio de vigencia[507]. Tales intentos de diferenciación serán posteriormente analizados, lo que importa subrayar en este momento es que ni siquiera con la anterior regulación del miedo insuperable la doctrina penal se vio obligada a concluir que esta eximente era superflua, sino que intentó siempre encontrar el elemento de diferenciación entre ésta y el resto de eximentes contempladas en el Código Penal (como ya hemos visto, fundamentalmente el estado de necesidad).

La situación, sin embargo, parece distinta tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal, pues el argumento de la tesis de la superfluidad ha desaparecido de la regulación legal: la eximente de miedo insuperable ya no exige una ponderación de males sino que se limita a eximir de pena al que obre impulsado por miedo insuperable. Ante ello, puede por lo menos plantearse la aplicación de esta eximente en algunos supuestos en los que no cabría aplicar la eximente de estado de necesidad, esto es, en los casos en los que la persona cause un mal mayor que el que evita, por lo que ya no parece defendible que el

---

[506] De la misma opinión es BACIGALUPO (1985:95-96), que parte claramente de que el miedo insuperable "es, en realidad, un caso particular del estado de necesidad...", lo cual, "justifica la opinión de una parte de la doctrina española que considera superflua una regulación expresa de esta circunstancia..." (en una obra reciente, considera sin embargo BACIGALUPO que la reforma del estado de necesidad no debe llevar aparejada la eliminación de la eximente de miedo insuperable, vid. 1996:144; pero en 1997:291 vuelve este autor a concluir que "la legislación debería eliminar esta causa de exclusión de la responsabilidad criminal por innecesaria"); y GETTAS (1990:50).

[507] El principio de vigencia, tal y como remarcan COBO/VIVES (1996:106, citando a SOLER) es un principio interpretativo que "obliga a entender que 'entre dos interpretaciones del mismo (precepto o) complejo de preceptos, es mejor la que da valor al contenido dispositivo de las palabras de la Ley que la que se ve forzada a negárselo' ". Con ello, este principio "da preferencia a la interpretación que otorga sentido a un precepto o grupo de preceptos, frente a aquella otra interpretación que les niega su sentido y se inclina por su carácter superfluo" (CUERDA RIEZU, 1990:523).

estado de necesidad agote completamente el ámbito de aplicación de la eximente de miedo insuperable[508].

Por este motivo puede saludarse la reforma llevada a cabo por el nuevo código, ya que como mínimo ofrece una buena base para diferenciar las eximentes de miedo y estado de necesidad. Por otra parte, cabe señalar que un tema que no parecieron plantearse los partidarios de la teoría de la superfluidad de la eximente de miedo insuperable fue que esta eximente no presenta únicamente relaciones con el estado de necesidad, sino también con otras eximentes, fundamentalmente la legítima defensa, tal y como demuestra la ya antigua línea jurisprudencial que admite la posibilidad de que el miedo insuperable pueda cubrir supuestos de exceso intensivo en la defensa. Por tanto, aunque fuese plausible la superfluidad del miedo insuperable respecto al estado de necesidad eso no parece abocar necesariamente a la superfluidad total de la eximente de miedo, pues aún podría encontrar aplicación en otra serie de supuestos y con respecto a otras eximentes[509]

3. Miedo insuperable y supuestos de ausencia de acción: la relación del miedo insuperable con la eximente de fuerza irresistible.

Ciertamente, la eximente de fuerza irresistible (art. 8.9 del derogado Código Penal) ha desaparecido del actual catálogo de eximentes penales, fruto de la mayoritaria opinión de la doctrina española que señaló que ésta era, en realidad, una eximente superflua, al hacer referencia a supuestos en los que faltaba ya el presupuesto de todo delito, esto es, la

---

[508] En este sentido destaca CUERDA ARNAU (1997:163) que, después de la reforma llevada a cabo por el NCP "hasta quienes, como FERRER SAMA, sólo vean en el miedo un estado de necesidad supletorio están hoy obligados a reconocer que ha dejado de ser una eximente superflua".

[509] La preocupación por dotar al miedo insuperable de un ámbito propio de aplicación puede apreciarse en el comentario que el informe del Consejo General del Poder Judicial realiza a la nueva regulación de la eximente en el Anteproyecto de 1994: "La tradición histórica exigía que el miedo lo fuese de un mal igual o mayor, redacción que creaba una zona de confusión con el estado de necesidad y, a la vez, producía que la punición alcanzase a supuestos de indudable inexigibilidad en los que carece de fundamento." (ANTEPROYECTO, 1994:161). Sin embargo, lo cierto es que de las discusiones parlamentarias sobre la eximente, en las cuales el punto central del debate fue precisamente la conveniencia o no de suprimir la exigencia de ponderación de males (supresión que no era aceptada por el Partido Popular y Convergència y Unió, que defendían así la tradicional redacción de la eximente), no se puede extraer una conclusión o explicación aclaradora del porqué de la reforma y en definitiva del porqué de la supresión de la comparación de males. Por un lado, los ponentes de la reforma, en la discusión del anterior proyecto de código penal (1992) habían aceptado ya una enmienda que precisamente combatía la supresión de la ponderación de males (vid. DIARIO, 1993:19115); y por otro lado, la explicación ofrecida para, esta vez, mantener la referida supresión, presenta una mezcla de argumentos difícilmente compatibles (rigidez de la jurisprudencia, eliminación de la fuerza irresistible, inexigibilidad de otra conducta, falta de acción de la persona que actúa en virtud de miedo). Vid. sobre ello DIARIO (1995:14998 y ss, en especial 15007).

existencia de una acción humana[510]. Con ello, los antiguos supuestos de fuerza irresistible pueden reconducirse hoy en día a la definición general del delito del art. 10 del CP[511].

Sin embargo, la eliminación de esta eximente no impide que siga siendo procedente plantearse la relación entre el miedo insuperable y los casos de falta de acción, pues aunque haya desaparecido la fuerza irresistible, lo que todavía sigue vigente es la problemática que esta eximente planteaba, esto es, los casos en que una fuerza de tal tipo impide la presencia de una acción humana que, como ya he mencionado, se encontrarían recogidos en el art. 10 CP.

De hecho, lo primero que cabe remarcar es que un estudio histórico del sistema de eximentes contemplado en nuestros códigos penales enseña que la primera y más comentada relación entre el miedo insuperable y el resto de eximentes tuvo como protagonista a la fuerza irresistible. Claro ejemplo de ello es que se recogieran en el mismo artículo en el Código Penal de 1822[512], y que desde el de 1848 aparezcan reguladas consecutivamente. Como remarcó nuestra primera doctrina, esta, en apariencia, estrecha relación derivaba de la causa común que unía a ambas eximentes: la existencia de una coacción (física en caso de la fuerza irresistible y moral en caso del miedo), y asimismo del

---

[510] Vid. por todos CEREZO (1994:311), que respecto a esta eximente escribe que "Su relevancia político-criminal es nula y desde el punto de vista dogmático es indudable que en los supuestos en ella comprendidos faltan la acción y la omisión que es el primer elemento del concepto de delito...". No obstante, cabe destacar que un sector de la doctrina española defendió una interpretación de la fuerza irresistible que evitaba su superfluidad; en este sentido tanto COBO/VIVES (1987:513-514) como BUSTOS/HORMAZABAL (1994:520) y MORILLAS (1987:158-163) abogaron por una interpretación de la eximente de fuerza irresistible en clave de inexigibilidad, con la que además de evitarse la superfluidad de esta eximente, se posibilitaba que ésta cumpliese una función de recogida de otras eximentes, al permitir la exención de pena en supuestos en los cuales la estricta exigencia de ponderación de males del miedo insuperable lo hubiera impedido.

[511] Tal y como subrayan MIR (1996:186), MORALES (1996:127), ARROYO de las HERAS (1997:207) y LUZON (1996:276, not.1); aunque este último autor no acepta el argumento tradicional de la doctrina para justificar la superfluidad de la eximente, esto es, que ya es suficiente con la definición del delito, pues según LUZON "siguiendo ese tipo de argumentación, como ya la definición legal de delito exige que las acciones sean 'dolosas o imprudentes' y 'penadas por la ley', también se podría prescindir de una regulación expresa del error de tipo, que excluye el dolo y, si es invencible, también la imprudencia...".

[512] Art. 21: En ningun caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la accion contra su voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material á que no haya podido resistir, ó por alguna orden de las que legalmente esté obligado á obedecer y ejecutar. Compréndese en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar á un hombre prudente, y dejarse sin arbitrio para obrar.

efecto que ambas provocaban: la ausencia de libertad en la conducta de la persona y por lo tanto la exención de pena[513].

Pero lo cierto es que ya en las obras de los comentaristas de la época se aprecia que la eximente de miedo insuperable plantea, en realidad, una problemática alejada de la indiscutida eficacia eximente de la fuerza irresistible. La relación entre ambas eximentes perdió así progresivamente su punto de conexión cuando se hizo evidente la fundamental diferencia que las separa: la falta de una acción humana (fuerza irresistible) frente a la presencia de una acción humana, aun coaccionada (miedo insuperable):

> ...el que viéndose amenazado por un mal actúa movido por el miedo de sufrirlo, cometiendo de esta manera un delito, no ha perdido absolutamente su libertad de elección, sino tan sólo de manera relativa, en cuanto le quedan dos caminos: cometer el hecho delictivo o sufrir el mal amenazante. Por esta circunstancia es por lo que no puede estimarse anulada la acción, ya que se da una manifestación de voluntad, aunque esta voluntad haya sido coaccionada.
>
> No implica lo dicho que el miedo insuperable no deba eximir de responsabilidad, sino tan sólo que *exime por razones distintas a la fuerza irresistible.* (FERRER SAMA, 1946:227, énfasis añadido)[514]

---

[513] En este sentido alude PACHECO (1867:171) a que "La violencia moral cae en el hombre de la misma suerte que la material, pues que el hombre es un compuesto de materia y de espíritu. La violencia moral fuerza su voluntad, como la material fuerza su mano". El propio autor reitera un poco más adelante este parecer cuando se refiere a que el principio del cual derivan ambas es el mismo: la falta de libertad (PACHECO, 1867:179). Más rotundamente, CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZUÑIGA (1848:60-61), miembros de la comisión que redactó el Código de 1848, escriben: "Este caso 10° [miedo insuperable] parece escrito para los actos hijos de una coacción moral, así como el anterior 9° para los que hayan sido producto de una violencia material ó sea fuerza irresistible. Ambos pudieran haber formado una sola exencion" (vid. también BUILLA, 1885:246-247)

[514] "La ineluctabilidad de la violencia física se convierte en la moral en una dura pero posible opción" (QUINTANO, 1958:292). Como he mencionado, esta diferencia esencial entre ambas eximentes fue, de hecho, ya vislumbrada por nuestra primera doctrina penal que, a pesar de subrayar su parentesco con la fuerza irresistible, siempre pareció tener claro que el miedo insuperable planteaba problemas mucho más arduos que aquélla, precisamente porque en el supuesto de un delito ejecutado en virtud fuerza irresistible faltaba ya en realidad una acción humana. Por esta razón, ya en el CP de 1822 fue polémica la inclusión de ambas eximentes en el mismo artículo (en las discusiones parlamentarias se opuso a ello el diputado PUIGBLANCH, alegando que "la violencia moral, á diferencia de la física, no quita al hombre su albedrío y eleccion para obrar ó dejar de obrar, aunque la disminuya", vid. DIARIO DE SESIONES DE LAS CORTES, 1821-1822:1181). Por lo que respecta al CP de 1848, es muy claro RUEDA (1889:169): "Pero (...) hay entre esas dos circunstancias una diferencia tan profunda (...) la violencia física no deja recurso al individuo que es víctima de ella; pero la coacción moral, por grande que sea, permite que el sujeto sobre quien recae lleve su heroismo hasta el punto de sustraerse á su influjo...". Igualmente: PACHECO (1867:171); GROIZARD (1870:261-262); y JIMENEZ DE ASUA-ANTON (1929:253-254). Cabe destacar que donde más claramente se subrayó la diferencia entre ambas eximentes fue en el tema de la responsabilidad civil, prevista para el caso de miedo insuperable pero no para la fuerza irresistible. Esta diferencia fue explicada por nuestra primera doctrina aludiendo a que: "El fundamento de esta responsabilidad subsidiaria [en el caso del miedo insuperable] es que, aun cuando haya existido el miedo, y en su virtud

Sin embargo, este aspecto que marca la diferencia esencial entre ambas eximentes y en definitiva entre los supuestos de miedo insuperable y de ausencia de acción, ha sido desdibujado en algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que, interpretando de un modo muy restrictivo el concepto de miedo, dan lugar a que esta eximente sea concebida como un supuesto de ausencia de acción. Me refiero con ello a una serie de sentencias que expresamente exigen, para apreciar el miedo insuperable, una práctica inhibición de la conducta (de "verdadera inhibición mental" habla la S. de 20-4-1959, RAJ 1339), que "se mueve a impulsos del propio terror o pánico" (S. de 30-9-1993, RAJ 7020), llegándose incluso a aludir en alguna sentencia a que la situación de miedo obliga al afectado "a moverse automáticamente" (S. de 20-3-1958, RAJ 837). Igualmente, parece que no pueden interpretarse sino como una exigencia de ausencia de acción las decisiones jurisprudenciales que deniegan la eximente de miedo porque "la actitud del procesado no es la del que procede bajo un *impacto paralizante* de terror o de pánico..." (S. de 29-9-1989, RAJ 6817, énfasis añadido)[515].

Tal proceder jurisprudencial no parece correcto, fundamentalmente, por dos razones. En primer lugar, porque, con ello el T.S. acoge una *interpretación totalmente restrictiva del concepto de miedo* que, a parte de hacer a la eximente de miedo insuperable inaplicable en la práctica, no da cuenta de la variada y compleja realidad psicológica del miedo. Ciertamente, pueden existir casos en los que el impacto psíquico que recibe la persona ante una situación amenazante es de tal magnitud que se ve incapaz de reaccionar, provocando con ello el miedo una auténtica situación de terror paralizante (o "galvanizante" como dice el Tribunal Supremo), pero tales casos sólo recogen un conjunto muy reducido dentro de la amplia gama de efectos que el miedo puede tener sobre la conducta humana. Con ello, no encontrarían reflejo en nuestro código penal los casos normales de miedo, en los cuales, la

---

hubiese ejecutado el hecho, la persona sobre quien el miedo recayó, pudo no obstante sustraerse á su influjo por un rasgo de suprema energía, ó si se quiere de heroicidad (...) Este sujeto encuéntrase en muy distinto caso de aquel á quien una violencia física impide por completo el ejercicio externo de su libertad, porque á este individuo le fué de todo punto imposible dejar de ejecutar lo que realizó" (RUEDA, 1889:262-263, igualmente vid. AZCUTIA, 1876:318).

[515] La reciente STS 7-3-1998 (RAJ1777) deniega la eximente de miedo porque "la presión que el recurrente sufrió como consecuencia de la superioridad física del coprocesado, reflejada en los hechos probados, en todo caso no era irresistible (...) en la medida en la que no llegó a paralizar por terror al recurrente". En el mismo sentido, la STS de 15-4-1980 (RAJ 1283, énfasis añadido) se refiere a que "es preciso: a) que el miedo haya obnubilado la mente del agente, privándole de su capacidad de raciocinio o de su libertad de decisión y determinación, de tal modo que *galvanizado y trastornado por el terror...*". Las STS de 15-4-1997 (RAJ 2931), 19-5-1993 (RAJ 4177), 24-9-1992 (RAJ 7255) y 3-12-1991 (RAJ 8956) por su parte, aluden a que

amenaza de un mal afecta a la motivación de la persona, pero no impide que ésta tome una decisión; precisamente los casos para los que parece pensada la eximente de miedo insuperable, ya que aquellos otros podrían venir regulados por los supuestos de ausencia de acción.

En segundo lugar, como ya he mencionado, esta concepción del T.S. desconocería la diferencia entre la eximente de miedo y las causas de exclusión de la acción (en concreto, con la anterior regulación, la fuerza irresistible), lo cual conllevaría en últimas la superfluidad del miedo insuperable. Ello sucede porque con esta interpretación de la insuperabilidad del miedo como una insuperabilidad fáctica, se crea en realidad una *relación de especialidad* entre los supuestos de ausencia de acción y de miedo insuperable. Es decir, si se exige, para aplicar la eximente de miedo, que la persona afectada se haya visto privada de su capacidad de acción, convirtiendo de esta manera a estos supuestos de miedo paralizante en el ámbito de aplicación de la eximente de miedo insuperable, entonces esta eximente no sería sino un supuesto especial (especialidad por la causa u origen) de la problemática más genérica de la falta de acción. Llegados a este punto, parece que nada podría impedir que se considerase a la eximente de miedo insuperable como una eximente superflua, ya que su ámbito de aplicación podría también venir recogido por los supuestos de ausencia de acción.

Con ello, esta interpretación jurisprudencial vacía de contenido la eximente de miedo insuperable, cuando, a mi entender y según veremos, existen una serie de supuestos en los que se necesita esta eximente para poder fundamentar la exención de pena.

En resumen, los supuestos de ausencia de acción y la eximente de miedo insuperable son causas de exención de la pena de carácter autónomo, porque no hay supuesto fáctico que pueda ser subsumido simultáneamente en ambas normas (art.10 y art. 20.6 CP). A tal relación de autonomía se llega una vez se constata que el término *insuperable*, que califica a la eximente de miedo, no puede interpretarse como insuperable fácticamente, por lo que los casos de miedo paralizante que eliminan la capacidad de acción del afectado, deben ser tratados en su ámbito propio, esto es, en los supuestos de ausencia de acción. El concepto de "miedo" empleado por el legislador en el art. 20.6 CP debe partir, por tanto, de que, tal y como bien dicen MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:410), "el miedo a que aquí se

---

en el caso del miedo insuperable la voluntad se mueve "por resortes lindantes con el automatismo, bajo un impacto de temor o pánico que la inhibe fuertemente...".

alude es aquel que, aun afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de actuación..."[516].

Aspecto distinto y que ya había atraído el interés de nuestra doctrina es el que se centra en determinar la relación entre el miedo insuperable y aquellos supuestos en los que la fuerza o, teniendo en cuenta la nueva regulación, la causa de la ausencia de acción, no llega a ser irresistible, esto es, no llega a anular la posibilidad de una acción de la persona. En otras palabras, la pregunta es cuál debe ser *el tratamiento jurídico-penal de la fuerza resistible.*

Algunos autores, bajo la vigencia del anterior Código Penal, habían sugerido aquí la posibilidad de aplicar la eximente incompleta de fuerza irresistible (CORDOBA, 1972:332), pero ya MIR (1990:201-202) se pronunció en contra de tal posibilidad, por entender, a mi juicio correctamente, que si esta eximente trataba un supuesto de acción, ésta o está presente en un determinado delito o no lo está, *tertium non datur*[517]. Ante ello, los supuestos de fuerza resistible para eximir o atenuar de pena debían reconducirse a otras eximentes o atenuantes, y entre ellas el miedo insuperable (ANTON, 1949:366; CORDOBA, 1972:334; SAINZ CANTERO, 1985:110).

Ciertamente con el nuevo Código Penal la polémica sobre la posible aplicación incompleta de la eximente de fuerza irresistible ha perdido su importancia, pero no así el problema del tratamiento penal de aquellos supuestos en los que la persona actúa bajo el influjo de una fuerza física resistible. A mi entender, como ya aludía y sigue proponiendo MIR (1996:187), en estos supuestos, si la fuerza resistible determina en la persona un estado de miedo entonces podrá plantearse la aplicación de la eximente completa o incompleta de miedo insuperable, e incluso la atenuante de arrebato y obcecación (art. 21.3 CP) si la

---

[516] Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina española, como vimos, ya desde antiguo. Modernamente vid. GOMEZ BENITEZ (1987:110); BUSTOS/HORMAZABAL (1994:301); CEREZO (1994:309-311); MIR (1996:185 y 613); QUINTERO (1996a:366). Por otra parte, es ésta también la concepción que correctamente destacan otras sentencias de nuestro T.S., como la de 19-7-1994 (RAJ 6653), que alude a que "Mientras que la fuerza irresistible -artículo 8.9- anula y hace desaparecer la voluntad, el miedo la vicia pero no anula, aquélla supone la 'vis absoluta' o 'vis atrox' , en la circunstancia 10° de dicho articulo [miedo insuperable] el agente mantiene y conserva su entendimiento y su voluntad, si bien viciados (*voluntas coacta, tamen voluntas*)"; o la de 18-4-1972 (RAJ 1705), que subraya que el miedo insuperable "ha sido destacado por la Ley como causa de inculpabilidad o de inexigibilidad específica de otra conducta, en cuanto que, si bien reduce considerablemente la libertad electiva del sujeto que lo sufre, no la suprime, puesto que si tal sucede por alcanzar el miedo sus fases álgidas y extremas de pánico y terror habrá lugar a otro tipo de exención por falta de imputabilidad y aún por falta de acción...". Vid. también STS 29-4-1981 (RAJ 1677), 26-10-1982 (RAJ 5692) y 29-6-1990 (RAJ 7306).

[517] De acuerdo con ello también LUZON (1996:279), "pues no existen causas de semi-acción".

afectación a la motivación de la persona no es suficiente para aplicar la eximente incompleta de miedo[518].

El problema que con esta solución se plantea es que es posible que la persona afectada por la fuerza resistible no obre sin embargo en virtud de miedo. En opinión de MIR (1996:187) "si la fuerza resistible no determina miedo relevante alguno en quien la sufre, no estará justificada ni siquiera atenuación alguna...". No obstante, a mi juicio, no parece descartable la posibilidad de que la fuerza resistible pueda tener algún influjo en la motivación de la persona sin derivar necesariamente en un estado de miedo, como ya destacara CORDOBA (1972:333). Por lo tanto, en estos casos, podría apreciarse una atenuante genérica como la de arrebato y obcecación o incluso, según propone LUZON (1996:279), cuando sin sufrir miedo la persona disminuya la exigibilidad de la conducta, se podría aplicar una atenuante analógica a las de culpabilidad disminuida vía art. 21.6 CP (que podría apreciarse como muy cualificada).

4. Miedo insuperable y causas de inimputabilidad.

4.1. Miedo insuperable y enajenación mental (art. 20.1 CP).

4.1.1. Miedo causado por la enfermedad mental de la persona: el miedo patológico.

La relación entre la eximente de miedo insuperable y la de enajenación mental no parece presentar, en principio, grandes dificultades. Es un hecho ya tradicionalmente reconocido en el ámbito de la psicología y la psiquiatría que la emoción del miedo puede provenir de una patología del individuo; es decir, el miedo, dependiendo de los efectos que produzca y de la causa que lo genere, puede ser indicio de un desequilibrio mental atribuible a una enfermedad mental de la persona (vid. *supra* Cap. III), lo cual, en el ámbito del derecho penal plantea la pregunta de a qué eximente deben reconducirse estos casos de miedo patológico. Pues bien, en este punto parece existir acuerdo en que los casos de miedo patológico, fruto por ejemplo de neurosis o psicosis de la persona, deben conllevar la

[518] En el mismo sentido, CUERDA ARNAU (1997:221-222): "hoy podrán reconducirse al miedo los casos de fuerza que, sin eliminar por completo la voluntad de acción, determinen la inexigibilidad de otro comportamiento..."; ARROYO de las HERAS (1997:207-208); PUENTE (1997:35) y SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:319).

aplicación de la eximente de enajenación mental (art. 20.1 CP) y no la de miedo insuperable:

> ...el miedo (**metus**) es un estado emocional de rancio abolengo jurídico con variada repercusión en el área penal en la que junto a su expresa formulación como **causa de inculpabilidad** o de inexigibilidad de otra conducta en la eximente 10° del art. 8 del CP, halla también expresión implícita como **causa de inimputabilidad** dentro de la amplia fórmula del trastorno mental transitorio del núm.1 del art. 8 del mismo Código y aun de la enajenación mental en los casos más reducidos de miedos patológicos o fobígenos... (STS 25-3-1977, RAJ 1300)[519]

Ello parece lo más correcto, debido a las siguientes consideraciones. En primer lugar, en casos de miedo patológico atribuible a una enfermedad mental de la persona, *debe considerarse preferente la aplicación de la eximente de enajenación mental sobre la de miedo insuperable por la especialidad que en este punto supone la previsión de medidas de seguridad para el caso de exención de pena vía eximente de enajenación mental* (art.101 CP). Y ello precisamente porque tales medidas de seguridad tienen sentido si estamos ante una exención de pena fruto de una enfermedad mental de la persona, que necesite el correspondiente tratamiento médico, pero no cuando tal exención no traiga por causa ninguna patología del afectado. Esto queda reafirmado por el propio legislador, que al no prever la imposición de medidas de seguridad en el supuesto de la eximente de miedo insuperable parece dejar claro que esta eximente no está concebida para los supuestos de miedo patológico producto de una enfermedad mental, pues la persona no necesita aquí ningún tipo de tratamiento médico.

Es decir, el hecho de que en caso de la eximente de *miedo insuperable* el legislador no prevea medida de seguridad alguna, parece ser un fuerte indicio demostrativo de que se *exime por razones diferentes a las representadas por la eximente de enajenación mental.* Por otra parte, ello también conlleva que, en el supuesto de que un enajenado mental actúe en circunstancias en las que se pueda aplicar la eximente de miedo insuperable, deberá estimarse esta última de preferente aplicación, por ser más favorable a la persona (al no dar lugar a medida de seguridad alguna).

---

[519] Varias sentencias del T.S. aluden igualmente a que el miedo "puede ser patológico o no patológico, perteneciendo su estudio, en el primer caso, a la Psiquiatría y traduciéndose, en el caso penal, en la circunstancia 1° del citado art. 8 [enajenación mental](...) mientras que el miedo no patológico, ahora sin discusión, tiene su adecuado asiento en la circunstancia que se acaba de citar [el miedo insuperable]" (STS de 29-4-1981, RAJ 1677: "...no hay que olvidar que, en el caso de autos, se trata de un miedo patológico, cuya adecuada incardinación se halla en el núm.1 del art.8."). Igualmente STS de 15-4-1980 (RAJ 1283) y de 26-10-1982 (RAJ 5692).

En segundo lugar, una interpretación diferenciadora de la eximente de miedo respecto a la de enajenación mental, de acuerdo con el principio de vigencia, conduce a reafirmar la conclusión de que el miedo insuperable no regula los casos de miedos patológicos producto de una enfermedad mental del individuo[520]. Ello porque si se interpretase que los supuestos de miedo patológico pertenecen al ámbito de aplicación de la eximente de miedo, se concebiría la *insuperabilidad* del miedo como una insuperabilidad psicológica (inimputabilidad). Tal interpretación desembocaría, de este modo, en una *relación de especialidad* entre las eximentes de enajenación mental y miedo insuperable, ya que ambas requerirían el mismo efecto de inimputabilidad, con la única diferencia relativa a su causa en el supuesto de la eximente de miedo insuperable. Llegados a este punto, nada parece impedir la superfluidad de la eximente de miedo, ya que su ámbito de aplicación podría venir ya recogido por la eximente de enajenación mental.

La única posibilidad de evitar la superfluidad de la eximente de miedo insuperable por concurrencia con la eximente de enajenación mental consistiría en destacar la especialidad que supone el hecho de que la eximente de miedo, a diferencia de la de enajenación mental, no lleve consigo la imposición de medida de seguridad alguna. Sin embargo, esta posible solución presenta el grave inconveniente de que da lugar a una injustificada contradicción legislativa, ya que no se entendería por qué únicamente los supuestos de enajenación mental caracterizados por la emoción del miedo no necesitan tratamiento médico alguno; tratamiento médico que la psiquiatría y la psicología actual no dudan en considerar conveniente[521]. Por tanto, la no imposición de medida de seguridad en caso de exención de pena fruto de miedo insuperable parece que no puede interpretarse sino como un claro indicador de que esta eximente no puede recoger los supuestos de miedo patológico.

Esta es, de hecho, la opinión que ha mantenido pacíficamente nuestra doctrina penal. En este sentido, ya CORDOBA (1972:339-340), en su comentario a la eximente de miedo insuperable, señaló la diferencia existente entre los casos de miedo reconducibles a esta

---

[520] El papel del principio de vigencia en esta diferenciación ha sido ya destacado por algunos autores: "Como cuando no hay acción no ha lugar a preguntarse si la conducta es culpable o no, y como el miedo es una eximente distinta de la enajenación o el trastorno mental transitorio, habrá que excluir del ámbito de esta eximente todos aquellos casos en los que, por producirse una paralización o una genuina psicosis, sean aplicables otras causas de exención de la responsabilidad criminal"(RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO, 1991:645-646).

[521] Vid. sobre este tema GRAY (1993:330-333), que señala que en caso de síndromes neuróticos de miedo la *terapia de conducta* obtiene un alto porcentaje de éxito curativo. A ello añade la ayuda puntual de la *terapia farmacológica.*

eximente y los supuestos de miedo patológico propio de personalidades psicóticas o neuróticas, en los cuales,

> el acento recae en la personalidad. Ninguna de estas dos modalidades podrá, pues, servir de base a la aplicación de la circunstancia décima del artículo 8 [miedo insuperable] (...) La cuestión del enjuiciamiento jurídico-penal de estos supuestos habrá de resolverse, puesto que lo significativo viene dado por la personalidad, en la esfera del número 1 del artículo 8 en su especie de "enajenación"[522]

Por todo ello, cuando nuestra jurisprudencia ha debido enfrentarse a supuestos de hecho que denotan la presencia de un miedo patológico, no ha dudado en considerar que lo apropiado en estos casos es la aplicación de la eximente de enajenación mental y no el miedo insuperable.

> En este sentido, es paradigmático el caso tratado en la STS de 22-12-1992 (RAJ 10465), en el cual el procesado asesinó a su vecina en la creencia de que era víctima de sus prácticas de brujería, a las que atribuía las molestias físicas y psíquicas que padecía. El T.S. aprecia en este caso la presencia de un "síndrome delirante de persecución", acreditado por los informes médico-psiquiátricos del acusado, síndrome que fue la causa del asesinato. Ante ello, aplica la eximente incompleta de enajenación mental, y declara superfluo el estudio de la eximente de miedo insuperable, también alegada por la defensa[523].

En definitiva, las eximentes de miedo insuperable y de enajenación mental son causas de exención de la pena que presentan un ámbito de aplicación autónomo, pues la *insuperabilidad* del miedo no puede consistir en una insuperabilidad psicológica derivada de la enfermedad mental de la persona.

4.1.2. Deficiencias psíquicas de la persona e insuperabilidad del miedo.

Un aspecto que no parece haber sido tratado por la doctrina española consiste en el análisis de una determinada relación entre la enfermedad mental y la eximente de miedo insuperable. No me refiero con ello aquí al miedo patológico fruto de la neurosis o psicosis del individuo, cuyo tratamiento penal, como ya se ha indicado, debe realizarse mediante la

---

[522] Igualmente, JOSHI (1989:138) se refiere a que el miedo patológico no puede dar lugar a la aplicación de la eximente de miedo insuperable, porque "el hombre medio", en casos de miedo patológico, no sentiría miedo. Sin embargo, si como vimos en el Cap.III se relativiza la idea del hombre medio, la utilización de este baremo no parece el criterio adecuado para diferenciar las eximentes de miedo y enajenación mental, razón por la cual en el texto la diferenciación se fundamenta en otras consideraciones.

eximente de enajenación mental, y que por lo tanto, si no exime de pena, debido a que su intensidad no llega a derivar en un efecto de inimputabilidad total de la persona, sólo podrá dar lugar a la apreciación de la eximente incompleta de enajenación mental. Ahora me interesa el caso de la persona que sufre una determinada enfermedad o deficiencia mental, que no le incapacita totalmente para valorar y comprender la licitud de sus actos y obrar conforme a ello, pero que no obstante afecta a su actuación, y en concreto a su reacción frente a una situación en la que amenaza un mal que le provoca miedo. Este miedo, y de ahí la diferencia crucial con los casos de miedo estudiados producto de una personalidad psicótica o neurótica, no es fruto de una patología de la persona; es decir, no viene causado directamente por la enfermedad mental, sino que se origina ante una realidad exterior, ante la cual, sin embargo, la persona reacciona de una determinada manera debido a sus propias características y deficiencias mentales.

En otras palabras, en el primer caso (miedo patológico), la patología individual condiciona decisivamente la existencia de la situación de miedo, mientras en el segundo caso, la enfermedad mental no determina directamente la situación de miedo, que existe en la realidad objetiva, sino que únicamente afecta al modo en que la persona se va a enfrentar a esa situación y va a resolverla. En este último caso, pues, la situación de miedo es real y lo único que aparece condicionado por la enfermedad mental es la reacción de la persona ante ella[524].

El problema valorativo que plantean ambos casos es, por ello, distinto: en el primer caso (miedo patológico), se trata de determinar exclusivamente la intensidad de la enfermedad mental de la persona; en el segundo, por contra, se trata de valorar si el criterio de la razonabilidad de la conducta puede y debe incluir determinadas características propias de la

---

[523] Vid. también la STS 10-3-1947 (RAJ 379).

[524] En el supuesto de miedo patológico producto de la neurosis o psicosis del individuo, o bien tal miedo es producto de un desequilibrio total de la situación interna de la persona, sin relación alguna con la externa -angustia libre o flotante propia de los psicóticos-, o bien el estado emotivo surge por la patológica interpretación que el neurótico atribuye al estímulo externo, que no precisa siquiera guardar relación alguna con un peligro real. En este último caso, no es que la persona, como en los casos de miedo putativo, por un defectuoso conocimiento de la realidad externa, erróneamente se crea en peligro, sino que, por la interpretación que como neurótico atribuye al estímulo se siente temeroso. Esta descripción del efecto de los miedos patológicos fruto de una personalidad psicótica o neurótica se encuentra en CORDOBA (1972:339-340). Si intentásemos aplicar esta clasificación al caso de la STS comentado del "síndrome delirante de persecución", parece que podría encuadrarse en la neurosis, pues, si bien tiene cierta relación con unos estímulos exteriores (el TS se refiere a alimentos que aparecían en su puerta, ruidos extraños en la noche), no obstante, sólo por la interpretación que como neurótico atribuye a esos estímulos, siente miedo. No es, pues, un caso de miedo putativo sino patológico.

persona afectada, en este caso, la presencia de una deficiencia psíquica. Un ejemplo nos puede ayudar a ver con más claridad la diferencia a la que aludimos:

> STS de 4-12-1989 (RAJ 9146): Se declara probado que la acusada María del Carmen B.S. de 34 años, afectada por una debilidad mental con un coeficiente intelectual de 67 que disminuye su imputabilidad aunque no la anula (...) debido a las frecuentes discusiones y a veces malos tratos entre el matrimonio así como de aquél [el marido] para con los hijos, motivó que la acusada formulara demanda de separación (...) lo que contribuyó al empeoramiento de las ya deterioradas relaciones familiares y suscitó en la acusada la idea de poner fin a la vida de su marido...

En este caso, el T.S., ante la enfermedad mental acreditada de la mujer (oligofrenia), aplica la eximente incompleta de enajenación mental, rechazando posteriormente todo posible efecto eximente o atenuante del miedo insuperable. Como puede apreciarse, el miedo de la mujer hacia el marido, ante los malos tratos y vejaciones que el propio tribunal reconoce, no puede calificarse de patológico, pues ni brota espontáneamente, fruto de un desequilibrio psicológico, en ausencia tanto de peligro como de posibilidad imaginada del mismo (angustia libre o flotante propia de las psicosis), ni supone una interpretación que como neurótico se atribuye a un estímulo exterior. Antes bien, la existencia acreditada de malos tratos y vejaciones produjo un miedo real ante estímulos externos reales. Pues bien, en esta situación en la cual la anomalía mental de la persona afecta a la vivencia del miedo nos encontramos ante las siguientes posibilidades en orden a su tratamiento jurídico-penal:

a) Apreciación de la eximente incompleta de enajenación mental: no procede la exención completa de enajenación mental (art. 20.1 CP), debido a que ni estamos ante un miedo patológico que incapacite a la persona, ni por otra parte su particular deficiencia mental aparece como suficiente para eximir de pena, pues tampoco produce una situación de inimputabilidad total de la persona.

b) Estimación de la eximente de miedo insuperable: la solución anterior presenta el inconveniente, a mi juicio, de que con ella no se da relevancia al hecho de que la persona reacciona ante una situación de miedo, provocada por estímulos exteriores reales. Se da, por tanto, el presupuesto fáctico fundamental de la eximente de miedo insuperable, y ante ello, lo más correcto parece ser la aplicación de esta eximente. No se trata, pues, de que la patología de la persona le haya llevado a una situación de miedo (que por esta razón se caracterizaría de patológico), sino de que ésta existe realmente, y la deficiencia psíquica únicamente condiciona su respuesta ante ella.

La duda surge a la hora de decidir si se aplica el miedo insuperable de forma completa o incompleta. A mi entender pueden existir razones que apoyen la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable; razones que se fundamentan precisamente en el hecho de que, a la hora de valorar la reacción de una persona ante un mal real amenazante, deben tenerse en cuenta las particulares deficiencias psíquicas de esta persona; porque su reacción puede parecer en el caso concreto desproporcionada y por ello irrazonable, pero a este veredicto sólo parece llegarse si se prescinden de las concretas características individuales de la persona. Es decir, la respuesta puede parecer inadecuada para la mujer media, pero no para la mujer media que presente las características psíquicas de la acusada.

Por ello, a la solución de aplicar la eximente incompleta de miedo, por lo menos en el caso concreto estudiado en el que no parecen apreciarse otros motivos para defender la posible denegación de la eximente completa de miedo, parece que sólo se llega si no se tienen en cuenta las particulares características psíquicas de la persona afectada por el miedo; solución esta que, a mi entender, peca por defecto.

En definitiva, la aplicación de la eximente de miedo insuperable, atendiendo a las particulares deficiencias psíquicas de la persona, es, a mi juicio, la solución más correcta, pues parece la única manera de tener en cuenta todos los aspectos relevantes del caso. La eximente incompleta de enajenación mental parece pecar por defecto al no tener en cuenta la existencia real de una situación de miedo debido a la amenaza de un mal, al igual que la posibilidad de la eximente incompleta de miedo no tendría en cuenta que la explicación a la respuesta aparentemente desproporcionada ante el mal amenazante puede deberse a las particulares características psíquicas de la persona, que pueden hacerle sentir el mal que le amenaza como particularmente grave, ocasionando con ello un miedo insuperable.

Debe remarcarse que con ello no se está dando entrada en esta eximente a los miedos patológicos, que ya se han situado más convenientemente en otra causa de exención de la pena, pues la diferencia decisiva, insisto, se sitúa entre el miedo que es fruto de una pura figuración patológica (haya o no estímulos externos que lo desencadenen), y el miedo producto de una situación externa real, el cual puede ser insuperable atendiendo a las características individuales de la persona, en este caso, sus particulares deficiencias psíquicas.

Como ya intenté defender en otro lugar (vid. *supra* Cap. III), el estándar de razonabilidad o inexigibilidad puede tener en cuenta determinadas características individuales de la

persona afectada, lo cual en este caso parece legítimo, pues tales características, aunque sean propias de otra eximente (enajenación mental), no son valoradas en toda su intensidad si sólo se aplica una eximente incompleta. Una valoración comprensiva sólo parece posible mediante la combinación de ambas circunstancias, articulada a través de la exención total de pena en virtud de miedo insuperable[525].

> Otro caso que ejemplifica claramente la problemática que plantean estos casos es el tratado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 28-7-1992 (ACT.PEN., 1992, @185). En él se condena a una madre por parricidio en comisión por omisión por no evitar las reiteradas palizas que su pareja le proporcionaba a la hija. La Audiencia Provincial aprecia una eximente incompleta de enajenación mental en la actuación de la madre al reconocer que era una "psicópata lábil de ánimo lo que merma de manera muy importante su capacidad para resolver situaciones conflictivas", pero deniega toda influencia que en los hechos pudiera tener el miedo insuperable alegado por su defensa. En este caso, la negativa a considerar dentro de la eximente de miedo insuperable las características psíquicas de la persona afectada es aún más criticable, porque, en primer lugar, el propio tribunal señala expresamente que requisito de la eximente es que "el miedo sea insuperable, *lo que habrá de apreciarse según las condiciones del sujeto ante el hecho concreto*" (énfasis añadido); y en segundo lugar, la sentencia también reconoce que la acusada sentía miedo de su pareja lo cual le llevó a preferir autoinculparse ante la Policía y sólo cuando luego conoce que su pareja fue detenida se decide a contar la realidad, además de manifestar su deseo a estar separada de él e ingresar en la prisión. A pesar de todo ello, el T.S., en el posterior recurso de casación, deniega la apreciación de la eximente de miedo insuperable porque "Se carece de una base fáctica sobre la que construir los elementos constitutivos de la eximente de miedo insuperable al no constar como probada la existencia de una situación de total dependencia y sumisión de la acusada a los designios del otro condenado" (STS de 18-10-1993, RAJ 7791)[526].

---

[525] Si no se acepta esta solución, lo cual parece depender de la interpretación del estándar de razonabilidad o de insuperabilidad que uno defienda, creo que por lo menos podría reconocerse una doble atenuación al apreciar, junto a la eximente incompleta de enajenación mental la igualmente incompleta de miedo, pues ello sería la única forma de valorar en su globalidad el hecho; doble rebaja de la pena que la doctrina penal considera admisible (vid. CORDOBA, 1972:303, y PADILLA, 1996:573). Cabe remarcar que en el caso en cuestión el TS denegó la apreciación del miedo insuperable como eximente o atenuante debido a que, en su entender, la forma alevosa en la que se llevó a cabo el hecho demuestra que éste se ejecutó por venganza y no por miedo. Una crítica general a este planteamiento del Supremo, mantenido en varias decisiones, puede encontrarse en VARONA (1995:111 y ss.; vid. también *supra* Cap. III).

[526] Vid. también la STS 26-5-1983 (RAJ 2785); 2-12-1995 (RAJ 8970) y 20-9-1996 (RAJ 6745). En la doctrina angloamericana han sido estos casos de personas afectadas por determinadas anomalías psíquicas los que han llevado a los tribunales a replantearse la cuestión relativa al criterio de la "persona de firmeza razonable", tradicionalmente exigido para apreciar la eximente de coacción (*duress*). Finalmente se ha reconocido que las "condiciones psíquicas o enfermedades mentales reconocidas" pueden formar parte de tal estándar de firmeza razonable. La aceptación de tales condiciones psíquicas que hacen a la víctima de las amenazas especialmente vulnerable a ellas tuvo lugar en un caso muy parecido a la sentencia de la Audiencia de Bilbao transcrita: el caso *Emery* (1993), en el que fue aceptada la evidencia psiquiátrica de que la mujer padecía el síndrome de la "indefensión dependiente" para explicar su pasividad ante los abusos del padre

En resumen, la eximente de enajenación mental presenta una clara y una controvertida relación con el miedo insuperable. La clara tiene lugar en los casos de miedo patológico, que sólo podrán dar lugar a la apreciación de la eximente (completa o incompleta) de enajenación mental (art. 20.1 CP). La relación controvertida se refiere a los supuestos en los que una previa enfermedad o deficiencia mental de la persona afecta al modo en que experimenta y soluciona una determinada situación de miedo ante un mal real que le amenaza. A mi entender, en este último caso puede no bastar la apreciación de una mera eximente incompleta de enajenación mental, pues ello no tendría en cuenta la situación de miedo, pareciendo por ello lo más correcto en estos casos su consideración conjunta en sede de la eximente de miedo insuperable, lo cual es posible al aceptarse una modulación individual del estándar de razonabilidad.

4.2. Miedo insuperable y trastorno mental transitorio (art. 20.1 CP).

Más complicada parece en principio la relación entre la eximente de miedo insuperable y el trastorno mental transitorio, pues, como ya mencioné en otro lugar (vid. *supra* Caps. I y II), la opinión mayoritaria de nuestra jurisprudencia, compartida por un sector doctrinal minoritario[527], es aquélla que concibe al miedo insuperable como una especie de trastorno mental transitorio, al exigir para la apreciación de la primera la existencia de unos efectos sobre la psique del individuo idénticos a los exigidos para la aplicación de la segunda (situación de inimputabilidad momentánea).

Valga como claro ejemplo la STS de 19-5-1993 (RAJ 4177), que declara que el

> miedo [es] un fenómeno de la vida afectiva que con intensidad variable altera las normales facultades del psiquismo, perturbación psíquica [que] puede llevar consigo desde una simple disminución a una anulación o cabal trastorno de las facultades cognoscitivas y volitivas. El miedo para eximir de responsabilidad ha de ser "insuperable", en el sentido de imposibilidad de vencimiento o

---

respecto al hijo; vid. sobre este tema los casos *Bowen* (C.L.R., 1996:577 y ss.), *Hurst* (CR.APP.R., 1995:82 y ss), *Hegarty* (C.L.R., 1994:353 y ss.) y *Horne* (C.L.R., 1994:584 y ss.).

[527] Vid. MARTINEZ VAL (1963:103-105), CORDOBA (1972) y QUINTERO (1996a:435-439). Sin embargo, los dos últimos autores, conscientes de los problemas de compatibilización con la eximente de trastorno mental que de ello se derivan, intentan ofrecer criterios para diferenciar ambas eximentes, que serán posteriormente estudiados. Vid. también HOMS (1996:60 y ss.), quien en su estudio sobre la eximente de trastorno mental transitorio parece mantener una postura algo ambigua: "una parte de juristas (...) consideran el miedo insuperable como una variedad de TMT, posición a la que nos adherimos sin reservas, *principalmente* cuando el miedo se convierte en terror" (1996:66, énfasis añadido).

apartamiento del estado emotivo del sujeto, con la correspondencia de un efecto psicológico parangonable a la inimputabilidad del individuo[528].

Consecuentemente con ello, el T.S. en esta sentencia deniega la eximente porque "no puede concluirse una absoluta imposibilidad psíquica de dominar el miedo". En el mismo sentido, el T.S. ha llegado a exigir la necesidad de una "gravísima conmoción del psiquismo del agente" (S. de 15-2-1988, RAJ 1057), o de una "plena perturbación del psiquismo" (S. de 16-6-1987, RAJ 4955)[529].

En definitiva, no cabe duda de que el T.S. está configurando a la eximente de miedo insuperable como una causa de inimputabilidad cuyo fundamento descansa en la existencia de un trastorno o perturbación psicológica grave, que anula las posibilidades de razonamiento y volición de la persona afectada; es decir, exactamente igual que el trastorno mental transitorio[530]. Ante ello, y al margen de otras críticas que pueden hacerse a esta configuración de la eximente de miedo insuperable (vid. *supra* Cap. I y Cap. III), aquí interesa estudiar la relación entre esta eximente y la de trastorno mental transitorio que con tal interpretación de la insuperabilidad del miedo se produce.

Pues bien, la relación entre ambas eximentes a que esta interpretación de nuestro T.S. conduce parece ser, sin duda, la de especialidad. Esto es, ambas eximentes contemplarían el mismo supuesto fáctico (situación de inimputabilidad momentánea), diferenciándose únicamente en la causa, que sería genérica (p.ej.celos) para el caso del trastorno mental transitorio y específica para la eximente de miedo insuperable (el miedo). De esta forma, el requisito de *insuperabilidad* del miedo se interpretaría como insuperabilidad psicológica.

---

[528] En idéntico sentido vid. la reciente STS de 15-4-1997 (RAJ 2931).

[529] Sólo por citar las sentencias más recientes puede ello apreciarse en la STS de 7-11-1996 (RAJ 8190), en la que se alude a que el miedo insuperable "debe sobrepasar, para ser causa de exclusión de la responsabilidad criminal, los límites del terror corriente colocando al sujeto que lo sufra en situación de anulación de su voluntad", en el Auto del TS de 6-3-1996 (RAJ 1904), que entre los requisitos de la eximente alude a que el miedo derive en un "estado emotivo de tan acusada intensidad que prive a la persona que lo sufre del normal uso de su raciocinio, provocando la anulación de sus facultades de autodeterminación" (en idéntico sentido el Auto del TS de 23-4-1997, RAJ 3295 y la STS de 15-12-1995, RAJ 9378).

[530] Vid. por ejemplo la STS de 20-5-1994 (RAJ 3939), que exige para la apreciación de la eximente de trastorno mental transitorio también una "plena perturbación de las facultades mentales", o la STS de 29-4-1981 (RAJ 1677), que se refiere a esta eximente como "privación de [la] capacidad de raciocinio". Por otra parte, ello también se aprecia en el significativo hecho de que el TS, a la hora de definir los efectos que requiere el miedo insuperable para su apreciación como eximente, alude expresamente a la existencia de un trastorno psíquico (STS de 21-10-1991, RAJ 7327 -énfasis añadido-: "el miedo insuperable exige un temor que implique una grave perturbación de las facultades psíquicas, es decir, un *trastorno de tal intensidad* que provoque la práctica anulación de la voluntad..."; STS 5-7-1993, RAJ 5874 -énfasis añadido-: "el miedo

El problema que con esta interpretación se produce es evidente: "con ello se vendría a convertir la eximente de miedo insuperable en una inútil modalidad de trastorno mental transitorio, que ya produce el mismo efecto según el art. 20.1º" (MIR, 1996:614). Efectivamente, la exigencia, para apreciar la eximente de miedo insuperable, de un trastorno psíquico que derive en la pérdida de las facultades cognoscitivas y volitivas de la persona (situación de inimputabilidad momentánea), parece conducir a la superfluidad de esta eximente, al poder venir recogidos sus supuestos de hecho en la eximente de trastorno mental transitorio; solución esta que sería contraria al principio de vigencia[531].

Ello queda demostrado en la propia jurisprudencia del T.S., tal y como se aprecia por ejemplo en el caso tratado en la S. de 24-11-1981 (RAJ 4545), que deniega la eximente incompleta de miedo insuperable, tras haber analizado el trastorno mental transitorio, sobre la base de que "de un mismo hecho psíquico no pueden derivarse varias atenuantes del mismo carácter". Es más, esta sentencia llega hasta el punto de declarar también la incompatibilidad de la eximente incompleta de miedo con la atenuante de arrebato y obcecación, pues "la eximente de miedo insuperable lleva implícita una disminución del nivel de consciencia que es la verdadera razón de su existencia, aminoración psíquica que también constituye el fundamento de la atenuante de arrebato y obcecación..."[532].

---

insuperable requiere la existencia de un pavor o un pánico que altere la psiquis o provoque un *trastorno anímico intenso*, anulándose la voluntad y la consciencia a virtud del terror invencible...").

[531] Subrayan este aspecto del principio de vigencia como criterio diferenciador entre ambas eximentes: RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ (1991:646): "Una interpretación sistemática diferencial entre el miedo y otras causas de exención de la responsabilidad criminal obliga a restringir la esfera de la eximente. Eliminadas las hipótesis en que a consecuencia del miedo falta la acción o la imputabilidad (por enajenación o trastorno mental transitorio), quedan los casos en que la fuerte emoción producida por la perspectiva de un mal deja al sujeto un margen de opción entre soportar el mal que le amenaza o eludirlo realizando un acto punible"; LUZON (1995a:4289): "lo cierto es que esta eximente no puede ser totalmente identificada con la exclusión de acción (...), con el trastorno mental transitorio (...), ni con el estado de necesidad (...), pues en cualquiera de esos casos la eximente del artículo 8.10 [antigua regulación] sería superflua; debe pues otorgársele un ámbito de aplicación específico". Y CUERDA ARNAU (1997:80-81): "Ciertamente, el miedo es una cuestión de grados y algunos de éstos pueden reconducirse a la enajenación, al trastorno mental, o, incluso, eximir de responsabilidad por ausencia de conducta humana. Estos miedos deben, pues, quedar fuera para evitar convertirla en una eximente superflua".

[532] Igualmente, la S. de 3-5-1991 (RAJ 3533) alude a que "tampoco puede ser apreciada la eximente de miedo insuperable, al exigirse para ello una alteración o trastorno de las facultades volitivas e intelectivas producidas por las mismas causas que produjeron el trastorno mental transitorio...".

Como puede observarse, a la eximente de miedo insuperable no le queda ningún ámbito de aplicabilidad; ni como eximente, ni como atenuante[533].

Por ello no es de extrañar que RUIZ VADILLO, antiguo miembro del T.S. (y posteriormente del T.C.), escriba en su comentario sobre la eximente de miedo insuperable que, a su juicio

> ...desaparecida la eximente de fuerza irresistible pudo también desaparecer esta circunstancia (...) cuyos supuestos tendrían cabida en el actual artículo 20.1 teniendo en cuenta que en él se habla de cualquier anomalía o alteración psíquica en virtud de la cual o no se puede comprender la ilicitud del hecho o no se pueda actuar conforme a esta comprensión que es lo que puede acontecer cuando se den los presupuestos sobre los que actúa esta circunstancia eximente (o semieximente) de la responsabilidad criminal. (...)
>
> ... en el miedo insuperable no se excluye la acción (por eso se mantiene en el catálogo de eximentes) pero es evidente que lo que falta es la libertad en el comportamiento del sujeto lo que, a mi juicio, le hace subsumible en la eximente o atenuante de existencia de anomalías o alteraciones psíquicas, que no tienen por qué ser, eso creo al menos, patológicas. (1997:695-696)[534]

Ciertamente, antes del nuevo Código Penal, cabía una posibilidad que evitaba la superfluidad de la eximente de miedo insuperable. Esta consistía en fundamentar la especialidad de esta eximente respecto a la de trastorno mental no solamente en función de la causa de la situación de inimputabilidad momentánea, sino también atendiendo a que el miedo insuperable contenía un requisito especial: la comparación de males. La

---

[533] Cabe destacar que el TS, en ocasiones, no es coherente ni siquiera con sus propios planteamientos, pues, por ejemplo, en la reciente sentencia de 29-1-1998 (RAJ 385), que trata un supuesto de exceso intensivo en la legítima defensa, aun aceptando que el recurrente "sufrió una situación análoga o similar al arrebato y obcecación, sin anular su voluntad", deniega todo efecto eximente o atenuante a la eximente de miedo insuperable, cuando partiendo de que ésta requiere (como la propia sentencia reconoce) la presencia de "un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad", lo lógico hubiera sido la estimación de la eximente incompleta (o por lo menos la atenuante analógica) de miedo.

[534] Esta superposición de ambas eximentes y consiguiente superfluidad del miedo insuperable, producida por la interpretación jurisprudencial de la eximente de miedo, ha sido destacada por gran parte de la doctrina española. Ya ANTON (1949:310) aludía a que la exigencia de un trastorno psíquico que provocara la inimputabilidad momentánea de la persona afectada provocaría que la eximente de miedo fuera "entonces inútil, después de la redacción dada al número 1° a partir de la reforma del 32, dotando de fuerza eximente al trastorno mental transitorio". Igualmente, PEREDA (1959:132); MARTINEZ VAL (1963:103: "el Tribunal Supremo ha configurado, cada vez más, la eximente de 'miedo insuperable' como una perturbación psicológica de profundidad y extensión desmesuradas que podrían quedar encuadradas dentro del 'trastorno mental transitorio'"); BACIGALUPO (1985:96: "si alcanza la intensidad que exige la jurisprudencia, el miedo no será sino una especie de trastorno mental transitorio..."); SAINZ CANTERO (1985:108); OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA (1986:375, 377); GETTAS (1990:50); MORALES (1996:180) y CUERDA ARNAU (1997:72, 79).

fundamentación de una tal relación de especialidad que evitase la superfluidad de la eximente de miedo sólo era posible aceptando un efecto análogo, a nivel de eximentes de pena, al que la doctrina penal denomina "efecto oclusivo de las causas de justificación", que impide el recurso a la eximente genérica (en este caso sería el trastorno mental transitorio) cuando existe otra (el miedo insuperable) que recoge un supuesto específico[535]. Sin embargo, ya MIR (1990:651) se pronunció en contra de tal posibilidad, por significar ello un claro atentado contra el principio de culpabilidad, ya que la eximente de miedo, según tal interpretación, requeriría un efecto de inimputabilidad y además otra exigencia añadida, que no contienen las restantes causas de inimputabilidad, y extraña además a su naturaleza[536].

Pero esta posibilidad es ahora impracticable con el nuevo Código Penal. Tras la supresión de la comparación de males, si se exige, para apreciar la eximente de miedo, un efecto de inimputabilidad equivalente al requerido para el trastorno mental transitorio, el solapamiento entre ambas eximentes, y con ello la innecesariedad del miedo insuperable, parece inevitable.

Sin embargo, en la doctrina española, QUINTERO (1996a:437-439), aceptando la configuración de la eximente de miedo como un supuesto de inimputabilidad momentánea, ha intentado evitar su superfluidad fundamentando su autonomía respecto al trastorno mental transitorio sobre la base de una distinción basada en la causa del trastorno. De esta manera señala que el carácter diferenciado de ambas eximentes

> ...procede tanto de la ausencia de componentes patológicos en el que sufre miedo, cuanto de la concurrencia de una causa exterior de eficacia absoluta. En los trastornos mentales que producen estados de terror en quien los sufre la causa es esencialmente interna (endógena), sin perjuicio de que eventualmente haya sido excitada por un agente exterior.

---

[535] Los supuestos más significativos en los que se debate este efecto oclusivo de las causas de justificación son, por un lado, el de las indicaciones del aborto respecto al estado de necesidad, y por otro el cumplimiento de un deber respecto a la legítima defensa en los casos de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad; sobre este tema vid. CUERDA RIEZU (1990) y LUZON (1995b:40, 1996:581-582).

[536] Este es también el problema con el que debe enfrentarse el criterio de distinción entre ambas eximentes que parece proponer CORDOBA (1972:358). Este autor, consciente de los problemas de delimitación con el trastorno mental transitorio que acarrea una configuración del miedo insuperable en clave de inimputabilidad, alude a que los aspectos objetivo y subjetivo de la eximente "pueden ser hechos compatibles, en virtud de la consideración de que lo objetivo no contradice, sino que simplemente recorta, lo subjetivo; v.gr., que la objetividad exigida para el 'mal' debe llevar consigo que sólo el *miedo* con base objetiva sea capaz de motivar la estimación de la eximente décima [miedo insuperable]". El problema es que tal objetividad del mal aparece así como un requisito añadido a la situación de inimputabilidad que podría impedir la exención de pena en un supuesto auténtico de inimputabilidad, vulnerándose con ello el principio de culpabilidad.

En definitiva, la diferencia estribaría en el origen de la situación de inimputabilidad que motiva ambas eximentes: el miedo insuperable sería un trastorno mental transitorio provocado por una vivencia externa que no deriva de una patología de la persona afectada, mientras la eximente de trastorno mental quedaría reservada para los casos de origen patológico de éste (QUINTERO, 1996a:439)[537].

Ciertamente, si se parte del entendimiento de la eximente de miedo insuperable como un supuesto de inimputabilidad momentánea, esta parece ser la única forma de evitar la superfluidad de la eximente de miedo insuperable por concurrencia con la de trastorno mental transitorio. No obstante, este intento de diferenciar entre ambas eximentes presenta diversos problemas, que conducen, a mi juicio, a su desestimación.

El primer obstáculo viene representado por la firme doctrina jurisprudencial que, abandonada ya la tesis de que el trastorno mental transitorio sólo puede derivar de causas internas o patológicas, acepta hoy en día pacíficamente que éste pueda producirse también por causas externas, sin base patológica alguna en la persona. Ello lo demuestran claramente, entre otras, las sentencias del T.S. de 6-3-1989 (RAJ 2503: "La motivación del trastorno puede ser debida a elementos endógenos o inherentes a la personalidad del agente o a causas exógenas, motivos circunstanciales o estímulos externos al sujeto...") y de 3-5-1991 (RAJ 3533), que aplica trastorno mental incompleto ante la afección psíquica provocada por la situación de paro laboral[538].

El segundo obstáculo viene representado por la propia historia legislativa de la eximente de trastorno mental transitorio, pues, como manifiesta CORDOBA (1972:217)

> La atenta consideración de los motivos que en el Código de 1932 condujeron a la redacción de la presente fórmula de inimputabilidad, y de la jurisprudencia

---

[537] En este sentido, HOMS (1996:62) interpreta la tesis de QUINTERO aludiendo a que "admite que de no existir la exigencia de la base patológica en el TMT, el miedo insuperable y el TMT serían una misma cosa".

[538] Más recientemente, puede ello también apreciarse en la STS de 23-2-1995 (RAJ 1318: el trastorno psíquico puede venir "producido por el choque psíquico de un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza") y en la de 10-10-1996 (RAJ 8239), que claramente alude a que "desaparecido el criterio ya superado de la base patológica como requisito del trastorno mental transitorio, ante la realidad de alteraciones de la mente de origen meramente psíquico, sin que sea preciso la enfermedad, que por su intensidad merecían la exención de responsabilidad, se viene entendiendo por esta Sala que tal trastorno puede tener también origen exógeno, atribuyendo su aparición a un choque psíquico, producido por un agente exterior cualquiera que sea su naturaleza..." (en idéntico sentido vid. STS 6-5-1997, RAJ 3629 y 13-5-1997, RAJ 4544). Destaca este problema que presenta una configuración exclusivamente psicológica de la eximente de miedo GOMEZ BENITEZ (1987:431 y ss.)

> (...), muestra en efecto que el criterio esencial definidor de dicho trastorno, radica en el hecho de representar él mismo una reacción del sujeto a una circunstancia externa.

Aspecto éste, que el mismo autor consideraba refrendado en el hecho de que entonces la eximente de trastorno mental transitorio fuese la única circunstancia de inimputabilidad que no llevaba consigo la imposición de medida de seguridad alguna (CORDOBA, 1972:219).

Ciertamente, por un lado, podría considerarse errónea tal concepción jurisprudencial que admite hoy en día la existencia de trastornos mentales de origen no patológico, y por otra parte, el argumento histórico podría considerarse debilitado por el hecho de que ahora, para la eximente de trastorno mental transitorio, sí se prevea expresamente la imposición de medidas de seguridad (art. 101 CP), lo cual se interpretaría en el sentido de que esta eximente exige una base patológica en el individuo[539]. Pero aún existe un argumento más decisivo para poner en duda la viabilidad de este criterio de diferenciación entre ambas eximentes.

El tercero y, a mi juicio, decisivo obstáculo que debe afrontar esta diferenciación de la eximente de miedo respecto a la de trastorno mental transitorio, basada exclusivamente en la causa del estado de inimputabilidad, estriba en que la regulación legal, al hacer expresa mención al miedo, puede resultar problemática, ya que no parece que todos los casos en los que se produzca un trastorno mental fruto de una causa exterior puedan ser reconducibles a la eximente de miedo insuperable.

En otras palabras, la eximente de miedo no parece que pueda dar cabida a todos los casos en los que el trastorno mental tenga una causa externa y no patológica, con lo que la diferenciación propuesta por QUINTERO podría implicar una infracción del principio de culpabilidad, al hallarnos ante un supuesto de inimputabilidad, merecedor por tanto de exención, que no tendría cabida en las eximentes reguladas en el Código Penal. De este modo, la existencia de dos eximentes para solucionar los casos de inimputabilidad momentánea sería paradójicamente más perjudicial para el individuo que la existencia solamente de la eximente de trastorno mental transitorio, tal y como la interpreta nuestro

---

[539] Repárese, no obstante, en el hecho de que el art. 101.1, subraya que la medida de seguridad se aplicará "si fuere necesaria", con lo que parece posible interpretar que no siempre será necesario imponer una medida de seguridad al exento de pena en virtud de trastorno mental transitorio, lo que confirmaría la posibilidad de un trastorno mental de base no patológica (en este sentido: ARROYO de las HERAS, 1997:72-73 y PUENTE, 1997:115-116).

T.S., de forma así, a mi juicio, acertada[540]. En este sentido, considérese el caso mencionado de la STS de 3-5-1991 (RAJ 3533), en el que la afección y trastorno psíquico es producto de una situación de paro laboral.

En definitiva, una interpretación de la eximente de miedo en clave de situación de inimputabilidad momentánea (trastorno psíquico que anula las facultades del individuo), parece conducir irremisiblemente a la superfluidad de esta eximente al superponerse con el trastorno mental transitorio, lo cual no parece evitable diferenciando ambas eximentes en función del origen patológico o no del trastorno.

Ciertamente, llegados a este punto, lo que debemos plantearnos es si el problema no será que la eximente de miedo insuperable es, de hecho, superflua, tal y como ponen de manifiesto aquellas opiniones que ven en ella un supuesto específico de trastorno mental transitorio. A ello responde la doctrina penal mayoritaria que el principio de vigencia obliga a rechazar toda interpretación que conduzca a vaciar de contenido un precepto penal, en nuestro caso, la eximente de miedo insuperable; por lo que esta eximente debe tener algún ámbito de aplicación propio[541].

Sin embargo, el principio de vigencia parece aportar sólo un argumento formal, que no puede pretender ser una razón definitiva en favor de la autonomía conceptual y material de la eximente de miedo insuperable. Este principio, partiendo de la perspectiva de un legislador coherente y auto-comprensivo, se limita a postular que no pueden concebirse preceptos penales superfluos o carentes de sentido. Pero, al margen de que la propia experiencia pone ya en entredicho el peso del principio de vigencia como argumento en

---

[540] Aunque sin aludir expresamente al problema de la diferenciación entre las eximentes de miedo y trastorno mental, destaca MIR (1996:595) que "Admitido que es posible un trastorno mental transitorio sin base patológica que de hecho excluya la imputabilidad, contradiría de modo intolerable ese principio fundamental [el principio de culpabilidad] el negar la exención de responsabilidad penal en tales casos". Casos, que como hemos pretendido defender, no parece que pudieran venir recogidos con la eximente de miedo insuperable. Además de ello, MIR (1996:595) también defiende la improcedencia de exigir una base patológica en el trastorno mental transitorio alegando "el límite representado por el tenor legal (...)", que no exige en ningún momento la base patológica, lo cual "es importante político-criminalmente, porque sirve de garantía de que no se amplie el ámbito de lo punible -ámbito que se amplia en cuanto se restringe el alcance de la eximente".

[541] De hecho, ya se ha destacado el papel del principio de vigencia respecto al tema de la relación entre el miedo insuperable y los supuestos de ausencia de acción, así como la eximente de enajenación mental. Pero como ya vimos existen otros argumentos al margen de este principio que conducen a la autonomía de la eximente de miedo.

favor de la autonomía de un precepto penal[542], lo cierto es que si no se le encontrara a la eximente de miedo insuperable un ámbito material de aplicación en el que desempeñara un papel propio y se aplicará, por tanto, a casos no cubiertos por el resto de eximentes, la amenaza de tal superfluidad (esto es, de la desaparición del miedo insuperable) no sería preocupante.

Por tanto, el principio de vigencia creo que sólo puede considerarse como una razón que, *prima facie*, indica al intérprete que debe buscarse un ámbito propio y distinto de aplicación para el precepto penal en cuestión, en nuestro caso la eximente de miedo insuperable, evitando de este modo su superfluidad; pero será ese ámbito propio no recogido por otras eximentes la razón material de su mantenimiento en el código penal.

Evidentemente, aún es pronto para pronunciarse sobre ese específico ámbito de aplicación propio de la eximente de miedo insuperable, pues ello será el objeto de estudio del resto del capítulo, pero al tratar de la relación entre esta eximente y la de enajenación mental ya se adelantó la concepción que pretendo defender: el miedo insuperable es una eximente supletoria que permite eximir de pena en toda una serie de supuestos no contemplados en el resto de causas de exención de la pena, pero que aun así no merecen castigo penal. De esta manera, *la eximente de miedo aporta unas razones autónomas para la exención de pena*; razones que ya tuvimos ocasión de estudiar al tratar de su fundamento.

Pues bien, esas razones no son las contenidas en la eximente de trastorno mental transitorio, porque *el miedo insuperable no exime de pena porque la persona amenazada por un mal que le ocasiona miedo pierda sus facultades volitivas y cognoscitivas, sino porque se comporta de modo razonable frente a tal mal amenazante.* Esta es la razón material que conduce a defender la autonomía del miedo insuperable respecto al trastorno mental transitorio:

> Lo que le sucede a quien teme que, de no actuar de manera típica y antijurídica, sobrevenga un mal (...) no es, pues, que inexorablemente sufra una grave perturbación en su psiquismo que lo ponga en situación de no ser capaz de gobernar su comportamiento (...). Lo que le sucede es que el miedo que experimente a que el mal se produzca le impide, a pesar de ser todavía capaz de captar el mensaje prohibitorio de la norma penal y de adaptar su

[542] El ejemplo más claro de ello es, quizás, el caso de la eximente de fuerza irresistible, cuya presencia en el código penal no fue obstáculo para que la doctrina penal mayoritaria la considerara una eximente superflua que podía, como así ha acontecido, derogarse sin problemas.

comportamiento a lo que ésta espera de él, responder a esta expectativa de conducta... (OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, 1986:377-378)[543].

Naturalmente, con ello no se desconoce que las fronteras entre el trastorno mental transitorio y el miedo insuperable no son nítidas, porque, ciertamente, la situación amenazante puede afectar de un modo excepcional a la psique de la persona y derivar de este modo en un verdadero trastorno mental transitorio[544]; o implicar una afección psíquica que pudiera subsumirse en alguna atenuante, como el trastorno mental incompleto o el arrebato u obcecación (arts. 21.1 y 21.3 CP)[545]. Pero el aplicador del derecho deberá intentar deslindar y tratar diferentemente ambos casos, porque siendo diverso el fundamento de la exención de pena, si una eximente absorbiera el ámbito aplicativo de la otra se habrían sacrificado parte de las razones para eximir de pena reconocidas por nuestro legislador penal.

Esta conclusión diferenciadora del trastorno mental transitorio y el miedo insuperable queda también ratificada por la historia legislativa de estas eximentes, de la que puede deducirse que ambas han presentado desde su origen un ámbito de aplicación diverso. De la sistemática de las causas de exención de la responsabilidad penal contempladas en el CP de 1848 (del cual proviene la alusión al "miedo insuperable") destaca el hecho que nuestros primeros códigos fueron extremadamente reacios a la admisión de la exención de pena fruto de trastornos psíquicos que provocasen una situación momentánea de inimputabilidad. La eficacia eximente de tales trastornos no se admitió originariamente ni por la vía de la eximente de fuerza irresistible, ni por la del miedo insuperable; sino sólo tras la reforma de 1932 que dio vida a la eximente de trastorno mental transitorio.

---

[543] Como bien remarca MIR (1996:614) "El espacio propio de la eximente de miedo insuperable sólo se encuentra concibiendo la eximente 6.ª del art.20 como una **causa de inexigibilidad**, distinta tanto de las que excluyan la imputabilidad -como el trastorno mental transitorio- como del estado de necesidad del art. 8.7°. No se trata de que el sujeto pierda su lucidez mental y sea excluida su imputabilidad, sino de que se halla sometido a la amenaza de un mal intersubjetivamente insuperable, esto es, que el hombre medio no superaría, por mucho que siga teniendo clara su conciencia y sea dueño de su voluntad. Ello basta para que concurra un 'miedo insuperable' ".

[544] En este supuesto (vid. por ejemplo, STS 24-11-1981, RAJ 4545), se deberá aplicar la eximente de trastorno mental transitorio *porque la eximente de miedo insuperable no recoge casos de inimputabilidad.* Ahora bien, si en un caso se da el presupuesto fáctico de ambas eximentes (esto es, una situación de inimputabilidad, pero además se cumplen los requisitos necesarios para estimar miedo insuperable), se deberá aplicar preferentemente el miedo insuperable, por ser más favorable a la persona, ya que en ningún caso lleva consigo la imposición de medidas de seguridad.

[545] En estos casos, si se cumplen los requisitos para la aplicación de la eximente de miedo insuperable debe considerarse ello preferente por ser más favorable para la persona que la mera eximente incompleta o atenuación de la pena.

Por tanto, si la eximente de miedo hubiese venido fundada y delimitada desde nuestros primeros códigos en base a un parámetro exclusivamente psicológico, no se entendería por qué el legislador se vio en la necesidad de incorporar el trastorno mental transitorio; así como tampoco parecería encontrar explicación por qué se mantuvo, tras la aceptación del trastorno mental, la eximente de miedo insuperable, en vez de derogarla como hubiese sido lo procedente. La consideración del miedo insuperable como un supuesto de inimputabilidad momentánea desconoce, pues, el origen histórico de la eximente de miedo insuperable[546].

5. Miedo insuperable y legítima defensa (art. 20.4 CP).

Por todo lo hasta aquí analizado, la eximente de miedo insuperable parece encontrar su ámbito de aplicación más allá de los supuestos contemplados en las eximentes estudiadas, esto es, más allá de los casos de ausencia de acción (miedo paralizante), de los de enajenación mental (miedo patológico) y de los de trastorno mental transitorio (miedo temporalmente incapacitador). Es por ello por lo que, una vez se separa el miedo insuperable de tales casos, esta eximente se acerca a los confines de otras causas de exención de la pena, en particular la legítima defensa y el estado de necesidad[547]. Comenzaré por estudiar su relación con la legítima defensa.

Las eximentes de miedo insuperable y legítima defensa presentan indudables puntos de conexión; es por ello que la relación entre ambas ha sido desde antiguo reconocida, y por lo que, en algunas ocasiones, han llegado incluso a confundirse.

La confusión entre ambas eximentes puede apreciarse, de un lado, en el hecho de que no han faltado algunas fundamentaciones de la legítima defensa que han tomado precisamente

---

[546] Buen ejemplo de ello es la STS de 11-3-1934 (RAJ 509), que tras la reciente incorporación al CP de la eximente de trastorno mental transitorio, se ve ya tempranamente en la necesidad de diferenciar entre ambas eximentes. Diferencia que aprecia en el hecho de que "el trastorno mental transitorio, causa nueva de imputabilidad criminal (...) se carecteriza (...) por la perturbación de las facultades mentales en que se encuentra el agente al realizar el hecho antijurídico...", mientras que el miedo insuperable "se caracteriza por la situación de violencia moral en que se encuentra el agente ante la posibilidad de sufrir un riesgo grave e injusto, conocido e ineludible, que, aminorando de tal suerte su voluntad...".

[547] En este sentido, QUINTANO (1958:293-294), después de señalar la diferencia entre el miedo insuperable, que deja opción para obrar al individuo, y la fuerza irresistible, que no permite tal opción, señala que "Con esto queda de manifiesto, hasta cierto punto, el parentesco de la eximente de miedo insuperable con las de necesidad y legítima defensa, cuya raíz común es una fuerza moral determinante de un comportamiento que, en puridad de principios, *pudiera* ser otro, pero que no lo fué en la circunstancia concreta".

como base la existencia de un estado de miedo en la persona que sufre una agresión ilegítima. Miedo que sería lo que justificaría en últimas la reacción defensiva de la persona y con ello la exención de pena[548]. Y de otro lado, tal confusión trae por causa la exigencia, por parte de nuestro T.S. de una serie de requisitos para aplicar la eximente de miedo que acercan el contenido de ambas causas de exención.

La exigencia de tales requisitos se produce respecto a un determinado conjunto de casos que, precisamente, son los que en mayor número dan lugar a la alegación de la eximente de miedo. Éstos son los que la propia jurisprudencia denomina "situaciones bipartitas", para diferenciarlos de las "tripartitas". En estas últimas, se produce una relación trilateral, al existir un causante del miedo (A), un atemorizado (B) y un tercero inocente (C), que es sobre quien recae finalmente la acción que el atemorizado realiza para librarse del mal con el que se le amenaza. Estos casos pudieran parecer, en una primera aproximación, los casos típicos para los que parece pensada la eximente de miedo insuperable (sobre ello vid. *infra* la diferenciación entre esta eximente y el estado de necesidad); sin embargo, ya desde sus inicios, el T.S. ha debido enfrentarse con la situación "bipartita", en la cual el atemorizado no comete un hecho delictivo sobre un tercero inocente, sino que se rebela contra la fuente del temor o mal, por lo que la relación en estos casos es meramente bilateral.

En estas situaciones "bipartitas" el problema estriba en que se plantea un conflicto similar al que acontece en las situaciones de legítima defensa, por cuanto en ambos casos nos encontramos ante el supuesto de una persona que reacciona ante posibles actos ilegítimos de otra. Por ello, esta problemática requiere para su solución una interpretación precisa del requisito característico de la legítima defensa, esto es, la agresión ilegítima y sus diversos aspectos, que posibilite la diferenciación entre esta eximente y el miedo insuperable. Sin embargo, como ya he mencionado, el T.S. oscurece la diferencia esencial entre ambas eximentes al exigir, a la hora de aplicar la eximente de miedo, una serie de requisitos problemáticos.

El supuesto más claro viene configurado por la exigencia, mantenida en algunas ocasiones por nuestra jurisprudencia, del propio requisito definitorio de la legítima defensa,

---

[548] Se refiere explícitamente a esta conexión entre ambas eximentes PUIG PEÑA (1969:53). Alude también a esta posible fundamentación de la legítima defensa, ligada al miedo, aun rechazándola, NINO (1982:44 y ss.); fundamentación que se encuadraría dentro de lo que LUZON (1978:18 y ss.) clasifica como fundamentaciones que no conducen a la licitud de la defensa, por centrarse en la perturbación del ánimo del agredido. Una crítica contundente a esta concepción, actualmente abandonada, puede verse en la propia obra de LUZON (1978:19-25). Vid. también GOMEZ BENITEZ (1987:316-317).

esto es, la existencia de una agresión ilegítima, para aplicar la eximente de miedo. En este sentido, la STS de 17-12-1934 (RAJ 2289, énfasis añadido) declara que el miedo

> ...ha de provenir de un mal real, conocido, cierto e inadmisible, y de tal naturaleza que pueda constituir un atentado a la integridad personal que fundadamente se crea en peligro *por agresión violenta y material del adversario...*[549]

Más sutil es la confusión entre ambas eximentes que deriva del requisito jurisprudencial, exigido de forma prácticamente unánime por nuestro T.S. para aplicar la eximente de miedo, de la existencia de un mal inminente[550]. El problema estriba en que, en estas situaciones bipartitas a las que nos venimos refiriendo, en las que se reacciona frente al causante del miedo o peligro, si la persona ha de esperar a que el mal amenazante devenga inminente, su reacción puede ser digna de legítima defensa y no simplemente de miedo insuperable, por cuanto en estos casos lo más probable es que nos encontramos ya ante una agresión en curso o inminente[551].

Por último, el acercamiento entre ambas eximentes es también apreciable en aquellas sentencias en las que se deniega la aplicación del miedo insuperable, por considerarla incompatible con los supuestos de riña[552], recordando con ello la igual denegación de la legítima defensa en tales casos.

---

[549] En idéntico sentido vid. STS de 15-2-1944 (RAJ 168) y 9-4-1957 (RAJ 1663). Como puede apreciarse por la fecha de las sentencias citadas, esta contradictoria exigencia jurisprudencial que confunde ambas eximentes, puede parecer superada, pero en una reciente decisión el TS vuelve sobre este asunto. Nos referimos al Auto del TS de 27-3-1996 (RAJ 2004). En este caso, el TS, después de plantear que la aplicación de la eximente de miedo insuperable en el supuesto en cuestión depende de si "el recurrente obró ante un miedo insuperable por el intento de agresión ilegítima", concluye denegando tal eximente sobre la base de que "en la presente causa y del relato de hechos probados no se deduce la existencia de una conducta inminente o ilegítima de la que tener necesidad de defenderse o frente a la que reaccionar (...) por lo que no queda acreditado la existencia de una situación objetiva provocadora de la anulación de voluntad en el recurrente".

[550] En este sentido, entre otras muchas vid. STS 24-11-1962 (RAJ 4407), 12-2-1981 (RAJ 545), 26-10-1982 (RAJ 5692), 25-3-1986 (RAJ 1688), 16-6-1987 (RAJ 4955), 6-3-1989 (RAJ 2503), 12-6-1991 (RAJ 4694) y 30-9-1993 (RAJ 7020).

[551] Valga como ejemplo el caso tratado en la STS de 25-3-1986 (RAJ 1688), en el que se deniega la aplicación de la eximente de miedo insuperable en uno de estos casos bipartitos, porque "para que la reacción defensiva pueda estar justificada es menester que se produzca un acontecimiento inmediato en la realidad exterior que provenga del causante del miedo capaz de reavivar la vivencia de temor en el agente, haciéndole ver como inminente la producción del mal objeto de la amenaza...". Sin embargo, pareciera que si se tuviera que esperarse a que el mal que amenaza sea inminente (las amenazas aludidas en el caso se referían a "sé dónde vives y voy a ir por tí y por toda tu familia"), el caso sería digno de legítima defensa y no únicamente de miedo insuperable.

Pues bien, ambos elementos de confusión estudiados deben considerarse, a mi juicio, incorrectos, si es que se pretende diferenciar entre las eximentes de miedo insuperable y legítima defensa. Por eso, ni esta última eximente puede fundamentarse en la existencia de una perturbación del ánimo del agredido producto del miedo[553], ni la eximente de miedo debe requerir la presencia de una agresión ilegítima[554], ni tampoco parece que deba ser inmediatamente denegada en una situación de riña. Por último, según vimos en el capítulo anterior (vid. *supra* Cap. III), el requisito de la inminencia del mal que amenaza en la situación de miedo insuperable debe ser matizado en los supuestos "bipartitos" en los que se reacciona frente a la fuente del mal, pues de lo contrario, de nuevo se superponen las eximentes de legítima defensa y miedo insuperable.

Tratados estos primeros aspectos relativos a la confusión entre el miedo insuperable y la legítima defensa, la relación entre ambas eximentes presenta una primera constelación de casos que pueden calificarse de no problemáticos; me refiero al supuesto de agresión ilegítima en la que el agredido se defiende por miedo a los efectos de tal agresión. Estos casos, una vez se cuestiona la exigencia comentada relativa a que la eximente de miedo requiere una agresión ilegítima frente a la que se reacciona, no parecen plantear a la doctrina y jurisprudencia mayores dificultades: en cuanto esté presente el requisito específico de la legítima defensa, esto es, la presencia de una agresión ilegítima, se aplicará ésta y no el miedo insuperable; por lo que, de este modo, *la legítima defensa debe considerarse preferente respecto al miedo insuperable*[555].

---

[552] Así, STS de 30-10-1965 (RAJ 4881), 3-11-1977 (RAJ 4259) y 20-1-1983 (RAJ 29).

[553] Tal y como acepta la doctrina absolutamente mayoritaria, que defiende una doble fundamentación de la legítima defensa, cifrada en un elemento supraindividual (necesidad de defensa del orden jurídico frente al injusto) y otro individual (necesidad de defensa del bien jurídico particular). Sobre ello, vid. por todos, LUZON (1978:79 y ss.; en contra de tal doble fundamentación y a favor de una configuración de la legítima en clave individual, vid. BALDO, 1994:80-90). En el mismo sentido, se suele afirmar por parte de la doctrina que no se pueden confundir miedo y legítima defensa, pues "ésta no depende para nada de la situación del sujeto que se defiende..." (GOMEZ BENITEZ, 1987:317).

[554] Aspecto éste que ya destacó y contra el que ya se pronunció CORDOBA (1972:346), que alude además a otro requisito exigido por la jurisprudencia respecto al miedo insuperable que también genera una confusión entre ésta y la legítima defensa: la falta de provocación. Vid. también DIAZ PALOS (1977:352).

[555] Así lo declara, sin vacilar, la doctrina: "Si concurren todos los requisitos de la legítima defensa y además el psíquico del miedo como impulsor de la reacción adecuada del sujeto, deberá estimarse aquella eximente" (CORDOBA, 1972:347, not.27), "Es obvio que también deberán excluirse [de la eximente de miedo] los supuestos en los que el sujeto está amparado por una causa de justificación. El que se defiende de una agresión ilegítima que no ha provocado y lo hace con medios adecuados, queda exento de responsabilidad criminal por concurrir una causa de justificación, aunque el móvil determinante de su acción fuera el temor de ser muerte por su agresor" (RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO, 1991:646). En cuanto a la jurisprudencia, la STS de 19-7-1994 (RAJ 6653), ya alude a que la eximente de miedo insuperable "se trata de una eximente con íntimas relaciones (...) incluso con la legítima defensa (...) cuando objetivamente se produce tal situación por una injusta agresión aunque el sujeto actúe impulsado por el miedo a morir", y en

Esta preferencia se fundamenta en la diversa naturaleza jurídica de ambas eximentes (causa de justificación la legítima defensa, frente a la causa de inculpabilidad del miedo insuperable), que conduce, según alega CUERDA RIEZU en el análogo caso de un menor de edad que obra en legítima defensa, a que

> por razones sistemáticas y lógicas, derivadas de la teoría jurídica del delito, la eximente de legítima defensa debe ser considerada preferente, pues elimina la categoría del injusto que es previa a la imputabilidad (o capacidad de culpabilidad); no es necesario atribuir a un sujeto una conducta que es conforme a Derecho (...) la preferencia de la causa de justificación sobre la de inimputabilidad constituye una consecuencia jurídica concursal que no coincide con las habituales de la teoría tradicional del concurso: acumulación, asperación, absorción, etc.; se asemeja únicamente a la del efecto oclusivo del tipo más benigno, pero en el caso que nos ocupa el concurso no se resuelve aplicando un tipo, en el sentido de tipo de injusto, sino la calificación jurídica más benigna. (CUERDA RIEZU, 1990:520).

En otras palabras, en el caso de concurrencia entre eximentes la propuesta parece ser aplicar aquella causa de exención que sea más beneficiosa para la persona (criterio o principio de la calificación jurídica más benigna); ya que si su conducta reúne los requisitos de diversas eximentes, la elección de aquélla más perjudicial podría interpretarse como una aplicación de la ley penal contra reo[556].

La aplicación de este criterio al caso planteado determina que la eximente de legítima defensa, *por ser una causa de justificación*, debe considerarse de preferente aplicación respecto al miedo insuperable, que sólo parece contemplar, a mi juicio y tal como defendí en el Cap. II, una excusa o causa de inculpabilidad[557]. De esta forma, los requisitos exigidos por el legislador en la eximente de legítima defensa parecen tener por función, precisamente, delimitar hasta dónde puede llegar la justificación de una conducta en una situación de defensa ante una agresión ilegítima; más allá de esos supuestos, esto es,

---

estos casos, no parece haber problemas para aplicar la eximente de legítima defensa; así por ejemplo, la STS de 13-4-1987 (RAJ 2561) aplica esta eximente en un supuesto en que reconoce que la persona obró "ante el temor de sufrir lesiones...".

[556] Esta es la solución que parece aceptar la doctrina penal cuando, por ejemplo, señala que si la persona que reacciona en legítima defensa es un inimputable, no se le pueden aplicar medidas de seguridad, pues su conducta viene ya justificada (JOSHI, 1989:29 y ss.).

[557] A veces se ha tratado de fundamentar la preferencia de la aplicación de la legítima defensa alegando que ello deriva de que para aplicar esta eximente es indiferente el estado de ánimo de la persona víctima de la agresión (GOMEZ BENITEZ, 1987:317); pero éste no parece un argumento convincente, ya que no parece dar una razón válida para preferir, cuando sea el caso de que se puedan aplicar ambas eximentes, una sobre

cuando la agresión p.ej. no sea inminente o actual, o no haya incluso agresión, cuando se sobrepasen los límites de la racionalidad de la defensa o, finalmente, cuando se haya provocado la agresión, la conducta, eventualmente, tal y como veremos, podrá estimarse no digna de castigo y por ello amparada por la causa de inculpabilidad del miedo insuperable, pero no podrá considerarse justificada.

De hecho, incluso aquellos autores que, como GIMBERNAT, GOMEZ BENITEZ y CUERDA RIEZU (vid. *supra* Cap. II), consideren que la eximente de miedo insuperable es una causa de justificación, parece que debieran llegar al mismo resultado, ya que la legítima defensa es más beneficiosa para el individuo que el miedo insuperable, porque la exención de pena en virtud de la primera no conlleva la imposición de responsabilidad civil; obligación que, por contra, sí está presente (aun subsidiariamente) en la exención por miedo insuperable (art. 118.1, regla 4º CP)[558].

Este es, pues, el principio general que guía la relación entre la causa de justificación de la legítima defensa y el miedo insuperable: cuando se den los requisitos específicos de la primera, se aplicará ésta y no miedo insuperable, porque debe estimarse preferente la aplicación de la causa de justificación sobre la de exculpación[559]. Por lo tanto, la eximente de miedo insuperable sólo podrá entrar en consideración allí donde falte alguno de tales requisitos de la justificación de la conducta.

---

otra. Tal preferencia debe fundamentarse, a nuestro entender, en la correspondiente primacía de la justificación sobre la exculpación.

[558] Alude precisamente a este tema GOMEZ BENITEZ (1987:356-357). De otro lado, también debe destacarse que la legítima defensa conlleva el deber de tolerar del afectado por la acción; deber de tolerar que no parece poder afirmarse igualmente en el caso del miedo insuperable, aunque se considere a éste como un causa de justificación (vid. GOMEZ BENITEZ, 1987:375).

[559] Ello por razones formales, derivadas de la estructura de la teoría del delito, que en su análisis secuencial de la responsabilidad penal obliga a examinar en primer lugar la posible justificación de la conducta. Pero también y fundamentalmente, por razones materiales, pues como expresa gráficamente HASSEMER (1987:189-192) la teoría del delito no contiene una graduación de la responsabilidad meramente jerárquica (a una categoría de la responsabilidad penal no se puede pasar si no se ha analizado anteriormente su precedente), sino también normativa y basada en una esencial diferencia valorativa: "El perjuicio para el enjuiciado es tanto mayor, cuanto 'más tarde' fracasa la imputación; el interés natural del enjuiciado se dirige hacia una exclusión de la imputabilidad en el nivel de imputación más 'temprano' posible (quien no ha realizado la lesión del bien jurídico se ve menos perjudicadó que quien ha causado los daños, aunque lo haya hecho amparado por un interés jurídicamente protegido; este último tiene una carga de responsabilidad menor que aquél que no puede ampararse en un interés objetivo, sino solamente en un defecto personal). (...) La justificación es algo que, en comparación con la exculpación, tiene tanto un carácter más fundamental en la teoría del delito como es menos perjudicial para el enjuiciado (...) Hay un diferencia normativa entre el derecho a utilizar legítima defensa contra un ataque antijurídico (parágrafo 32 StGB), y la renuncia a la imputación porque el atacado ha sobrepasado las fronteras adecuadas de la defensa a causa de desconcierto, miedo o terror (parágrafo 33 StGB)".

5.1. Supuestos de inexistencia de agresión: exceso extensivo en la legítima defensa.

Así, y en primer lugar cuando no se dé el requisito de la existencia de una agresión ilegítima, ya sea por ser ésta inexistente o no ser actual[560]. En estos casos estamos ante lo que la doctrina penal denomina *exceso extensivo en la legítima defensa*, que da lugar, y de ahí el problema que plantean estos supuestos, a que no se aplique ni la eximente completa ni la incompleta de legítima defensa (art. 21.1 CP). Dentro de este grupo de casos voy a diferenciar entre aquéllos en los que la agresión es imaginaria y aquéllos en los que ésta no es actual.

5.1.1. Agresión imaginaria: legítima defensa putativa.

La inexistencia de una agresión ilegítima que fundamente el recurso a la legítima defensa puede deberse a un error por parte de la persona que se defiende que, de esta manera, cree erróneamente que concurre el presupuesto de la agresión ilegítima. Estos casos son los que la doctrina penal denomina *legítima defensa putativa*. El tema que aquí me interesa es cómo encaja en estos supuestos la eximente de miedo insuperable, pues parece claro que el miedo de la persona puede ser precisamente la causa de tal error, planteándose con ello el problema de delimitación entre los supuestos de legítima defensa putativa y el miedo insuperable.

Que el miedo puede ser la causa del error y que por lo tanto la relación entre la eximente de miedo insuperable y estas situaciones de defensa putativa es estrecha queda acreditado con el estudio de nuestra jurisprudencia.

Efectivamente, en las decisiones del T.S. se observa cómo la eximente de miedo insuperable fue utilizada en un momento histórico para paliar la falta de una construcción conceptual adecuada sobre las situaciones de defensa putativa. En estos casos, el problema ante el que tuvo que hacer frente nuestro T.S. radica en que en ellos es problemática la

[560] Cabe remarcar que si lo único que falta es el atributo de "ilegitimidad" de la agresión, la existencia, no obstante, de ésta podrá dar lugar a la aplicación de la eximente de estado de necesidad (sobre ello vid. LUZON, 1991:124 y ss.). En el texto trato, por tanto, en primer lugar, los casos en que puede estimarse que ya no existe ni siquiera una agresión, por ser ésta inexistente, y en segundo lugar, aquéllos en los que la defensa de la persona se adelanta a la posible agresión (siendo aquí, como veremos, discutible que exista ya una propia agresión) o continúa una vez extinguida ésta.

aplicación de la legítima defensa (completa e incompleta), porque falta el requisito de la agresión ilegítima, siendo, entonces, la alternativa el pleno castigo de la persona. Pero, ciertamente, razones de justicia material llevaron al T.S. a ensayar otras alternativas para solucionar estos casos[561].

Las primeras soluciones pasaron, o bien por la reinterpretación del requisito de la agresión ilegítima, que se llegó a admitir en situaciones de agresión imaginaria, siempre y cuando tal agresión pareciera racionalmente creíble a los ojos del tribunal[562]; o bien por la aplicación en esos casos de la eximente de miedo insuperable, completa o incompleta[563]. De este modo, el miedo insuperable ocupó durante mucho tiempo un lugar destacado como antecesora de la actual legítima defensa putativa. Ello puede observarse en toda una serie de casos en los que se aplicó la eximente de miedo, y que hoy en día pareciera que debieran ser calificados de legítima defensa putativa y resueltos así conforme a las reglas del error del art. 14 CP, al encontrarnos ante una agresión no real, sino imaginaria.

Así, la STS de 24-10-1932 (RAJ 2134) aplica la eximente completa de miedo insuperable en una situación en la que

> ...el procesado, reiteradamente amenazado y agredido por el interfecto, se encontraba poseído de verdadero terror ante la posibilidad de que el S.J.U.P. llegase a cumplir la amenaza de quitarle la vida (...) al ver a su contrario en actitud agresiva y moviendo la mano dentro del bolsillo, lo que determinó en el M.L. el impulso de impedir que se realizase el acometimiento que consideraba inminente...

---

[561] Sobre la evolución histórica de la doctrina del TS en referencia a los casos de legítima defensa putativa, vid. ampliamente RODRIGUEZ MOURULLO (1976).

[562] Así, la STS de 23-4-1934 (RAJ 679), en la que en una situación de persecuciones y amenazas reiteradas en el tiempo, que se repiten en el momento de los hechos, el procesado agrede al amenazador cuando observó que éste se llevaba la mano al bolsillo en ademán de sacar un arma. Aquí aplica el TS legítima defensa en un contexto en el que, como dice la propia sentencia, el procesado "creyera que su vida peligraba". En el mismo sentido, la STS de 3-6-1936 (RAJ 1275) alude a que no existe agresión ilegítima "sino que fue creída o imaginada por el inculpado, sin fundamento racional alguno para ello". Este punto ya fue destacado y defendido por CORDOBA (1972:262). En contra y polemizando con este último autor: RODRIGUEZ MOURULLO (1976:29): "Equiparar la defensa putativa con la legítima defensa real supone inevitablemente confundir justificación e inculpabilidad". Vid. también, sobre esta posición jurisprudencial: JOSHI (1987:701 y 713)

[563] Otro remedio, de menor alcance exonerador, parece que también consistió en la aplicación de las antiguas atenuantes consignadas en los artículos 9.5 ("...haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido") y 9.6 ("...haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados"). Puede ello apreciarse en las STS de 4-10-1935 (RAJ 1732), 12-3-1941 (RAJ 417), 14-4-1943 (RAJ 466) y 4-2-1972 (RAJ 449).

Situación, como puede apreciarse, idéntica a la descrita en la nota 562, y que sin embargo tuvo una solución diferente. Siguiendo esa misma pauta, en la STS de 5-1-1933 (RAJ 2221) se vuelve a apreciar la eximente completa de miedo porque "la conducta de desafío por parte del ofensor determinó en el ofendido el estado de ánimo de ser objeto de agresión inminente...", lo que el T.S. corrobora por la existencia de "elementos suficientes para que, racional y lógicamente pudiera temerse por el agente un mal o peligro cierto e inminente"[564].

Es más, el T.S. ha llegado incluso a declarar sobre el requisito de la agresión en la legítima defensa que

> ...ha de ser objetivamente capaz de poner en peligro la vida o la integridad del acometido *-porque la putativa tiene mejor acomodo en el miedo insuperable*, ya que de otro modo el desajuste normal psíquico haría posibles consecuencias desproporcionadas de un acto leve de agresión-... (STS de 21-1-1965, RAJ 190, énfasis añadido)

Como se puede observar, el T.S. parece desplazar la situación de agresión imaginaria al miedo insuperable porque sus límites (en cuanto a la reacción defensiva) eran más estrechos, al exigirse, en la antigua regulación de la eximente, una proporción entre los males que no requiere la legítima defensa.

Sin embargo, esta concepción fue, en la década de los sesenta, paulatinamente abandonada por la jurisprudencia al compás del refinamiento de la doctrina científica, que señaló que lo propio de los casos de reacción ante una agresión imaginaria era la existencia de un error, y no de miedo o de auténtica legítima defensa. Resume a la perfección esta evolución la STS de 20-3-1972 (RAJ 1442)

> Que de las diversas fórmulas técnico-jurídicas apuntadas en el plano teórico y sopesadas por la doctrina de esta Sala (...) para el adecuado tratamiento legal, dentro de nuestro ordenamiento punitivo vigente, de las situaciones de defensa imaginaria o putativa bien como auténtica legítima defensa, completa o incompleta, bien como miedo más o menos pleno (...) o como error fáctico esencial, excluyente del elemento intelectual del dolo, va ganando esta última posición explicable predominio, como más ajustada a Derecho, por cuanto se centra en el reconocimiento de una inexacta apreciación por parte del sujeto acerca de la realidad y magnitud del peligro, en su opinión, corrido, y

[564] En los mismos términos se pronuncia la STS de 30-6-1936 (RAJ 1511) que absuelve al procesado por aplicación de la eximente de miedo porque actuó "en la creencia de que iba a ser víctima en aquel momento de las amenazas anteriores...".

consiguiente necesidad y proporción, también subjetivas, de la reacción defensiva opuesta al supuesto agresor...

Siguiendo estas premisas, en esta sentencia se estima el recurso interpuesto por el procesado, absolviéndole de toda pena por estimarse existente una situación de legítima defensa putativa con error invencible (en este caso, amenaza con un revólver en realidad inútil para disparar). Lo cual, en ese momento histórico, ante la ausencia de un precepto concreto relativo al error, se articulaba mediante la aplicación *a contrario sensu* del art.1 del CP por falta de voluntariedad en la acción. Por consiguiente, tal y como puede apreciarse, la eximente de miedo insuperable desempeñó durante cierto tiempo el papel de antecesora o remedio de urgencia ante las situaciones de legítima defensa putativa; siendo finalmente desplazada por el tratamiento de estos casos vía error, por lo que puede decirse que, respecto a este punto, la eximente de miedo perdió campo de aplicación.

Cabe destacar que este desplazamiento final de la eximente de miedo insuperable de los casos de legítima defensa putativa parece traer por causa, no solamente el mencionado refinamiento dogmático, sino también los problemas que surgían a la hora de solucionar estos casos mediante la aplicación del miedo insuperable. El principal problema estriba en el requisito, unánimemente exigido por la propia jurisprudencia para aplicar el miedo insuperable, de la realidad del mal que amenaza, pues ello es lógicamente incompatible con la utilización de esta eximente en supuestos putativos. Esto es lo que provoca que en más de una situación de agresión putativa se deniegue la eximente de miedo alegando precisamente la falta de realidad del mal.

Ejemplo: la STS de 15-2-1957 (RAJ 263) trata el caso de una persona aquejada de una enfermedad debilitadora, amenazado reiteradamente de muerte (por lo cual había solicitado auxilio a las autoridades) que al encuentro con su enemigo, que reproduce las ofensas, lo agrede "ante una agresión que presumía inminente". El T.S. aplica sólo la eximente incompleta de miedo "por no ser dable afirmar si el mal que determinaba su temor era cierto en aquel momento..."[565].

[565] Modernamente, vid la STS de 3-11-1993 (RAJ 8225, énfasis en la propia sentencia), que declara igualmente inaplicable la eximente de miedo en un supuesto en el que "no consta la existencia de agresión alguna dirigida por la víctima al recurrente, sino sólo el temor o creencia de éste de *que iba a ser objeto de ataque o agresión por dichos individuos*", por que "de tales hechos no aparece que hubiera una razón real, conocida y cierta para que el agente temiera un mal inminente y grave, igual o mayor al causado, sino sólo una imaginaria y errónea creencia en un posible ataque". En el mismo sentido: STS 11-3-1930 (RAJ 184), 26-1-1935 (RAJ 65), 12-3-1941 (RAJ 417) y 19-12-1963 (RAJ 5089).

Igualmente, un problema añadido para la aplicación de la eximente de miedo en situaciones de legítima defensa putativa consiste en la concepción, defendida por cierta línea jurisprudencial aún presente en nuestros días, que deniega el miedo insuperable en los supuestos bipartitos en los que la persona reacciona contra el causante del miedo o la amenaza, por entender el T.S. que con ello se demuestra la superación del miedo[566].

Sin embargo, una vez se cuestiona, tal y como defendimos en el Cap. III, la exigencia de tales requisitos que impiden la aplicación y utilización de la eximente de miedo en supuestos de legítima defensa putativa, queda por analizar si ese refinamiento dogmático que lleva a tratar estos casos mediante las reglas del error es correcto, pues también podría plantearse la aplicación en las situaciones de legítima defensa putativa en las que esté presente el miedo (esto es, el miedo como la causa del error) de la eximente de miedo insuperable, ya que, en definitiva, existe en estos supuestos el presupuesto fáctico de la eximente sexta del artículo 20 CP.

En la doctrina española no se ha planteado el posible tratamiento de los casos de legítima defensa putativa vía miedo insuperable, e igualmente, como ya he señalado, nuestra moderna jurisprudencia, en los supuestos en que se plantea la duda opta por aplicar la doctrina del error y no la eximente de miedo. A mi entender, esta solución parece la más conveniente, por los siguientes motivos:

Primero. Supone dotar a los supuestos de legítima defensa putativa de un tratamiento unitario, no diferenciado según la causa del error, pues, en definitiva lo característico de estos casos, y lo que aconseja un tratamiento particular, parece ser la equivocada apreciación de la realidad, esto es, la existencia de un error, más allá e independientemente por lo tanto, de la causa que lo motive, que de esta manera pasa a un segundo plano, lo cual no significa, como luego veremos, que ello sea irrelevante.

Segundo. Parece preferible situar estos supuestos de agresión imaginaria, en los que la persona sufra miedo, en la órbita del error porque dogmáticamente parece más acertado deslindar los problemas de error en los presupuestos objetivos de una causa de justificación de la concurrencia de una situación de inculpabilidad por miedo insuperable. Ello porque parte de la doctrina penal mantiene que el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación pertenece en realidad al ámbito de la justificación de la conducta y no

[566] Vid. STS de 21-1-1965 (RAJ 190), 15-11-1984 (RAJ 5491) y 12-6-1991 (RAJ 4694).

a la culpabilidad, por ser equivalentes a los supuestos de error de tipo[567]. Ante tal polémica, situar los supuestos de legítima defensa putativa en el ámbito de la exculpación vía miedo insuperable supone tomar partido por una determinada opción, lo cual requiere analizar con profundidad el problema del error sobre las causas de justificación; tarea ésta que rebasa ampliamente los objetivos de este trabajo[568].

De todas formas, lo que sí cabe señalar es que la opción por el tratamiento de los supuestos de defensa putativa mediante la regulación del error (art. 14.1 o 14.3 CP) o del miedo insuperable, tiene un carácter eminentemente dogmático, pues a efectos prácticos, por un lado, tal opción se soluciona a menudo mediante el principio procesal de rogación[569], lo cual, por otro lado, pone de manifiesto que la discusión en ambos casos se

---

[567] Así, claramente, todos los partidarios de la doctrina de los elementos negativos del tipo y aquellos autores que defienden planteamientos similares, por ejemplo en nuestro país LUZON (1996:473 y ss.) y MIR (1996:418 y 556 y ss.). Sin aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo vid. también BUSTOS/HORMAZABAL (1994:402-405). No ha faltado tampoco alguna decisión jurisprudencial que acoge este parecer, vid. STS 29-4-1989 (RAJ 3575): "El error sobre un presupuesto fáctico de causa de justificación, concretamente a la legítima defensa, debe tratarse como un error en la infracción penal en la que se integran los elementos negativos excluyentes de la responsabilidad penal..."

[568] La preferencia de las reglas del error sobre la eximente de miedo en situaciones de defensa putativa también podría fundamentarse con otros argumentos dogmáticos de solidez discutible. Así, siguiendo el principio de que ante la aplicación de dos eximentes al mismo supuesto de hecho cabe optar por la más beneficiosa para la persona, podría alegarse, en primer lugar, que las reglas del error son más beneficiosas, en cuanto a la obligación de tolerar la reacción del afectado, que las de miedo insuperable (pues el afectado por la defensa putativa no podría reaccionar en legítima defensa); y en segundo lugar, que los efectos respecto a la responsabilidad civil son también más favorables de tratar estos casos con las reglas del error y no mediante el miedo insuperable, pues en el primer caso no cabría su imposición. Sin embargo, como puede ya intuirse, tales efectos o consecuencias dogmáticas parecen depender de que se considere que los supuestos de defensa putativa pertenecen al ámbito de la antijuricidad, lo cual, como he señalado, no es pacífico, por lo cual una argumentación de tal tipo supondría de nuevo optar por una determinada posición dentro de la polémica referida. Por otro lado, debe señalarse que el CP, en su art. 118.2., declara que en los supuestos de error (se remite al art.14 en bloque, por lo que parece englobarse aquí todo supuesto de error) "serán responsables civiles los autores del hecho", con lo que en este aspecto parece equiparable la regulación del miedo insuperable y el tratamiento del error (vid. sin embargo, la interpretación de LUZON, 1996:446 not.2- que defiende que el art.118.2 no es aplicable a los supuestos de error objetivamente invencible de tipo, entre los que cabe incluir los afectantes a los presupuestos objetivos de una causa de justificación -1996:473-; en contra y así a favor de la responsabilidad civil en tal supuesto de error: MIR, 1996:421-422; QUINTERO, 1996c:581; ALBACAR, 1996:1463-1464; COBO/VIVES, 1996:885; YZQUIERDO, 1996:255; y LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, 1996:79, que aluden a que con ello "se colma una laguna de la legislación anterior..."). Por otra parte, incluso los autores que defienden la pertenencia al ámbito de la justificación de los errores sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación, son partidarios de la posibilidad de que el afectado por el error pueda reaccionar legítimamente (pero no con legítima defensa, sino estado de necesidad). Vid. BALDO (1994:299-300) y LUZON (1996:575 y 578).

[569] Según este principio el TS debe tratar en su decisión los motivos de casación presentes en el recurso y por lo tanto alegados por las partes, que de esta manera pueden centrar el debate en torno a una u otra eximente. En este sentido, en supuestos de hecho equivalentes de defensa putativa, en ocasiones el TS sólo examina el miedo insuperable por ser la eximente alegada por el recurrente (así p.ej. STS 24-4-1975, RAJ

lleva a un terreno equiparable, ya que el tema de la vencibilidad o invencibilidad del error parece también, al igual que la insuperabilidad del miedo, un problema de razonabilidad, en el cual muchos de los parámetros y consideraciones realizadas sobre su concreción (vid. Cap. III) parecen ser de ayuda[570].

Por último, aunque se defienda un tratamiento unitario de los supuestos de legítima defensa putativa mediante las reglas del error, no debe olvidarse que no parece lo mismo el error que procede de una simple apreciación inexacta de la realidad, en el que la persona puede conservar su serenidad de ánimo, que el que es fruto de un estado de miedo, pues en este último caso el examen sobre la vencibilidad o invencibilidad del error debe tener en cuenta que a la persona que actúa en este estado no puede valorar la situación de igual forma que el caso contrario, atenuándose por tanto los márgenes de la invencibilidad del error[571].

Por todo ello, me sumo aquí a la doctrina absolutamente mayoritaria que trata los supuestos de defensa putativa mediante las reglas del error, con lo que no se prejuzga la polémica sobre su tratamiento vía art. 14.1 CP (error de tipo o análogo a éste) o 14.3 CP (error de prohibición), como sí parecería hacerlo la aplicación de la eximente de miedo; pero sin olvidar que la distinta causa del error (así el miedo) puede tener importancia a la hora de valorar la invencibilidad o vencibilidad de dicho error.

1759; 15-11-1984, RAJ 5491 y 19-5-1993, RAJ 4177), y otras veces sólo considera la aplicación de la legítima defensa putativa (p.ej. STS 29-4-1989, RAJ 3575; 26-5-1989, RAJ 4262 y 20-1-1994, RAJ 36).

[570] Siempre que se entienda, y esto es importante subrayarlo, que la eximente de miedo insuperable plantea un problema de inexigibilidad normativa, pues de lo contrario, esto es, de concebir a esta eximente, tal y como realiza la jurisprudencia mayoritaria, como un problema de inimputabilidad, la discusión sobre la aplicación del miedo insuperable a los supuestos de legítima defensa putativa se traslada a un plano valorativo totalmente diferente. Desde este punto de vista y teniendo en cuenta el actual estado de nuestra jurisprudencia, debe admitirse que razones de índole práctica aconsejan también que los casos de legítima defensa putativa sean tratados con las reglas del error y no mediante el miedo insuperable, pues en este último caso la exigencia jurisprudencial de un trastorno anímico de tal intensidad que degenere en un estado de inimputabilidad momentánea haría que la absolución en un caso de defensa putativa por aplicación de la eximente de miedo fuese practicamente inviable. Ejemplo de ello es la STS de 19-5-1993 (RAJ 4177); en este caso el procesado alega miedo insuperable en una situación de legítima defensa putativa (como recoge la sentencia, el procesado, "cuando agredió a Francisco M., lo hizo porque creía realmente que éste iba a hacer lo mismo contra él, con algún tipo de arma, pues le había amenazado de muerte anteriormente"), ante lo que el TS deniega la eximente completa e incompleta de miedo (apreciando sólo una atenuante analógica) por que no "puede concluirse una absoluta imposibilidad psíquica de dominar el miedo".

5.1.2. Agresión no actual: legítima defensa preventiva.

Como remarca la doctrina y jurisprudencia penal la actualidad de la agresión es un requisito *sine qua non* de la legítima defensa, por lo que su ausencia provoca la imposibilidad de aplicar esta eximente, tanto en su forma completa como incompleta, al encontrarnos aquí ante un supuesto de exceso extensivo[572]. Se exige, pues, para que pueda hablarse de una *defensa* frente a una *agresión*, que ésta esté en curso (agresión que se está produciendo), que sea inminente o que pueda considerarse incesante, esto es, que aún perdure (ROXIN, 1994:540).

Sin embargo, una serie de casos planteados por la dogmática alemana pusieron de manifiesto la necesidad de matizar los supuestos de falta de actualidad de la agresión. Esto acontece con respecto a los casos que se engloban bajo el nombre de *legítima defensa preventiva*, cuya característica estriba en que, si bien en ellos no parece existir una agresión inminente o actual, sí que puede afirmarse la necesidad de la defensa ante un futuro ataque a los bienes jurídicos de la persona, que con seguridad se producirá o reproducirá. En otras palabras, estamos aquí ante el supuesto de una *agresión futura*, que de tener que esperar la persona a su inicio no podría repelerse con eficacia o seguridad o ello devendría más gravoso, con lo que se plantea el ejercicio adelantado de la defensa como única posibilidad de salvaguardar el bien jurídico amenazado[573].

---

[571] En este sentido, la STS de 20-3-1972 (RAJ 1442) parece tener en cuenta decisivamente que la causa del error fue el miedo para apreciar la invencibilidad de tal error: "es por ello enteramente comprensible que en su juvenil imaginación se reputara agredido o a punto de serlo y que en su congoja reaccionara...".

[572] "La agresión ha de ser actual, es decir, debe haber comenzado ya el peligro y no haber cesado todavía. Aunque a diferencia de otros Códigos nuestro CP no menciona expresamente este requisito, el mismo se deduce (...) tanto del propio concepto de agresión, que requiere una puesta en peligro, como del concepto mismo de defensa, que consiste en 'impedirla o repelerla' y de la propia exigencia de necesidad de defensa (...), pues ello sólo es concebible cuando todavía hay un peligro" (LUZON, 1991:133). En la jurisprudencia, por ejemplo, STS 5-7-1988 (RAJ 6491): "En el exceso extensivo o impropio (exceso en la causa), la reacción del agente bien se anticipa indebidamente, en cuanto aún no puede contarse con un ataque actual o inminente, o se prorroga sin razón que lo justifique al haber cesado la agresión, reaccionando contra un peligro inexistente, falta, es suma, de la 'agresión ilegítima' que constituye el factor desencadenante de la dinámica defensiva, elemento insustituible para la apreciación de esta circunstancia de exención".

[573] El ejemplo paradigmático de este tipo de constelaciones en Alemania se debe a LENCKNER, y consiste en el caso del dueño de una pensión que oye como unos huéspedes planean un ataque a realizar al día siguiente, siendo la única posibilidad de impedirlo darles un narcótico (LENCKNER, 1997:532-533 - §32/16-17-). En nuestro país han planteado la problemática de la legítima defensa preventiva BUSTOS/HORMAZABAL (1994:319), que la definen como "casos en que *la agresión se espera para más tarde*, pero un retardo en la intervención perjudicaría considerablemente una defensa ulterior exitosa."; BALDO (1994:290 y ss.) que se refiere a que "con dicha denominación, se hace habitualmente referencia a aquellos supuestos en los que, o bien si se espera a la actualidad de la agresión, ésta devendrá indefendible -o aumentará considerablemente el riesgo de la defensa para el defensor-, o bien a aquéllos en los que el

Como puede apreciarse, la legítima defensa preventiva plantea, en principio, un problema de interpretación y delimitación de la exigencia de la actualidad en la agresión, pues según lo que se entienda por ella, estos casos podrán ser o no tratados mediante la eximente de legítima defensa. Respecto a esta cuestión, la doctrina mayoritaria considera que los supuestos de defensa preventiva escapan a la interpretación más amplia admisible del requisito de la actualidad de la agresión, con lo que debe negarse la presencia de tal requisito, y por tanto la estimación de la eximente de legítima defensa; proponiéndose, sin embargo, tratarlos conforme a las reglas del estado de necesidad, cuya exigencia de inminencia se interpreta más laxamente[574].

A mi juicio, ésta parece la solución más razonable, porque, de una parte, la alternativa de tratar estos supuestos mediante la legítima defensa parece implicar una ampliación desmesurada del concepto de actualidad, que autorizaría el empleo del medio de defensa más incisivo previsto en el ordenamiento en casos en donde no es que no exista una agresión actual sino que ya no parece haber ni siquiera una agresión (ROXIN, 1985:479)[575]; y de otra parte, parece preferible aplicar a estas constelaciones las reglas del

---

ejercicio preventivo de la defensa es menos gravoso para el 'agresor' que el propio ejercicio de la defensa *stricto sensu*"; y LARRAURI (1995:55 y ss.) que caracteriza a estos casos en los que la agresión futura con seguridad se producirá o reproducirá como supuestos en los que "existe la necesidad de la defensa pues aún cuando el ataque no sea inminente las posibilidades de defensa no mejoran con el transcurso del tiempo" (vid. también LUZON, 1996:597 y SILVA/CORCOY/BALDO, 1996:240).

[574] Como escribe LARRAURI (1995:56, not.41) "La discusión que es produce es si estos supuestos [de legítima defensa preventiva] deben ser tratados con las reglas de la legítima defensa o del estado de necesidad. Ello guarda lógicamente relación con la forma en como se interprete el requisito de actualidad. Si se entiende que es agresión actual aquella en la que hay necesidad de la defensa, entonces cuando la defensa aplazada no sería eficaz, o el peligro para el bien jurídico sería mayor, o las posibilidades de defensa no mejorarían se afirmará que hay legítima defensa. Si por el contrario se estima que el requisito de actualidad es independiente de la necesidad de la defensa deberá afirmarse que no concurre legítima defensa. Pero con ello el análisis no ha terminado pues resta abierta la posibilidad de alegar estado de necesidad";, decantándose finalmente la autora (vid. not.43) por tratar estos supuestos con las reglas del estado de necesidad. Defiende también esta solución BALDO (1994:291-293 y 137, donde alude a que "las situaciones de estado de necesidad no requieren un grado de exigencia de 'actualidad' tan estricto como las situaciones de defensa necesaria, porque, a diferencia de lo que ocurre con estas últimas, en las situaciones de estado de necesidad aún se dispone de un ulterior filtro para valorar el conflicto de intereses que se deriva de tales situaciones: la cláusula de ponderación de intereses.(...) Ello permitirá cubrir la mayoría de las situaciones que generalmente se consideran de estado de necesidad. Y, en especial, permitirá cubrir la situaciones llamadas de legítima defensa preventiva"). Esta parece ser también la doctrina dominante en Alemania, vid. por todos ROXIN (1994:542-543, 624, y sobre la atenuación del requisito de la inminencia en el estado de necesidad: 1994:597, 804).

[575] Tal como, con acierto, destacan BUSTOS/HORMAZABAL (1994:319-320), según los cuales el problema de la legítima defensa preventiva "radicaría en determinar si en verdad hay agresión o no, ya que sólo se trataría de una hipótesis futura, de una probabilidad. Pareciera, pues, que, salvo que se incluyeran

estado de necesidad porque con ello se consigue centrar el problema en la subsidiariedad de la acción defensiva.

En otras palabras, lo que importa decidir en estos casos de legítima defensa preventiva en los que la persona se adelanta a la agresión futura, es si la persona tiene o no la posibilidad de evitar el peligro por otros medios, fundamentalmente mediante el recurso a las fuerzas públicas de seguridad, pues como gráficamente expresa ROXIN, "la defensa preventiva de peligros es principalmente un tema de la policía"; por lo que su uso por parte de los particulares debe tratarse de modo restrictivo. (ROXIN, 1994:624-625)[576]. La cuestión clave se centra de este modo en un requisito propio del estado de necesidad y no tanto de la legítima defensa[577], lo cual aconseja situar el tratamiento de estos supuestos de legítima defensa preventiva en el ámbito de la primera[578].

Después de analizado el concepto y tratamiento de la legítima defensa preventiva, el tema que quisiera aquí plantear en su posible relación con la eximente de miedo insuperable. Lo primero que a este respecto debe destacarse es que nuestra doctrina penal, así como ya ha puesto de manifiesto que los supuestos de legítima defensa preventiva deben ser tratados mediante las reglas del estado de necesidad, no parece haberse planteado la posibilidad de que estos casos sean también solucionados mediante la aplicación de la eximente de miedo insuperable[579]. En lo que sigue trataré de defender esta posibilidad.

---

expresamente estos casos, el concepto mismo de agresión se opone a su inclusión de lege lata" (vid. también BERNSMANN, 1989:59).

[576] Esta consideración se encuentra ya en HOBBES (1651:240): "Pero matar a un hombre porque, basándome en sus acciones o en sus amenazas, se me ocurre pensar que él me matará a mi en cuanto pueda (y cuando yo tengo tiempo y medios de pedir protección del poder soberano), es un crimen". En el mismo sentido, en la doctrina anglosajonsa, escribe ASHWORTH (1995:138) que la legítima defensa "sólo puede ser necesaria si el ataque es inminente o inmediato. Presumiblemente la razón es que, si hay tiempo para avisar a la policía, entonces eso es lo que debería hacerse, con preferencia al uso de la fuerza por un individuo privado". Alude a ello expresamente la STS de 8-11-1968 (RAJ 4574): "cuando el peligro actual e inminente ha cesado -el remoto no es rechazable por acción directa sino por la solicitada protección de los Poderes públicos que pueden y deben restablecer el orden jurídico perturbado- (...) no puede en buenos términos de Derecho hablarse de legítima defensa...".

[577] Sobre la no subsidiariedad de la legítima defensa, vid. LUZON (1991:135-136).

[578] A ello puede añadirse que, según señala ROXIN (1985:480), en los casos de legítima defensa preventiva falla el fundamento supraindividual de la legítima defensa, porque "el Derecho no tiene porqué afirmarse frente a declaraciones de intenciones, sino sólo frente a agresiones inminentes contra bienes jurídicos (vid. también GÜNTHER, 1983:337-338).

[579] Aunque MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:411) sin referirse expresamente al tema de la legítima defensa preventiva, aluden a que la eximente de miedo puede cubrir excesos en la legítima defensa, "pero no cuando no existe agresión ilegítima o ésta ya ha cesado (exceso extensivo)...".

Un caso paradigmático que plantea la problemática de la legítima defensa preventiva, y en el que se estudia la aplicación de la eximente de miedo insuperable, es el que nos ofrece la antigua STS de 16-11-1933 (RAJ 2438):

> ...la procesada aprovechando la circunstancia de que su padre dormía, dió muerte a éste con varios golpes en la cabeza con un destral y una piedra, lo que realizó porque al llegar el interfecto a la caseta donde vivían, el día de autos, le hizo proposiciones para repetir el trato carnal que había tenido desde hace dos años a lo que ella se negó; el interfecto era hombre de carácter violento, provocador y pendenciero, de malas costumbres, con fama de matón en la comarca y hacía víctimas a sus hijos de continuos castigos. La procesada, apenas repuesta del alumbramiento de un hijo habido de su propio padre, fué solicitada nuevamente por el mismo el día de autos, pretendiendo con amenazas y castigo tener a toda fuerza trato carnal con ella y al negarse ésta, aquél la insulta y abofetea, amenazándola con matarla si al levantarse de la siesta no accedía a sus deseos y ante el temor de perder su vida, sabiendo que su padre por su carácter brutal hubiera sido capaz de cumplir la amenaza, llevó a cabo el hecho.

Como puede apreciarse, el problema estriba en que en este caso, en el momento de la muerte del padre, podría negarse la actualidad de la agresión (de matar o violar a la hija), ante lo que decae la posibilidad de aplicar legítima defensa, tal y como fundamentó el T.S. en la propia sentencia[580]. Sin embargo, no parece discutible la necesidad de la defensa ante una agresión futura (incluso expresamente anunciada en este caso), con lo que se plantea el tema de la legítima defensa preventiva. Pues bien, admitida la presencia de un supuesto de legítima defensa preventiva, el caso debería tratarse, en principio, conforme a las reglas del estado de necesidad (art. 20.5 CP), centrándose aquí la discusión en la posibilidad de recurrir a otros medios antes de la lesión al bien jurídico, en este caso, la muerte del padre.

Lo que me interesa plantear aquí es que, al igual que la inexistencia de una agresión actual hace inaplicable la eximente de legítima defensa, pero deja en pie todavía la discusión sobre la posible aplicación del estado de necesidad, la desestimación de esta última eximente, por falta de alguno de sus requisitos, no puede dejar tampoco definitivamente zanjado el

---

[580] Aunque, ciertamente, el caso plantea una situación límite en la que también se podría argumentar que existe ya una agresión actual porque el hecho de "irse a dormir la siesta" con el anuncio del mal en cuanto ésta termine, podría considerarse que supone ya una agresión inminente, pues en cualquier momento de un espacio de tiempo breve puede hacerse efectiva (en este sentido vid. STS 30-3-1993 RAJ 2580, que alude a que se "equipara a la agresión las actitudes de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actividades amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento"). En todo caso, lo que nos interesa plantear es que, aunque se descarte la actualidad de la agresión, este caso supone claramente un supuesto en el que no parece posible negar la necesidad de la defensa, y así la existencia de una legítima defensa preventiva.

problema que plantea el caso en cuestión, porque aún resta por analizar el posible tratamiento de estos supuestos mediante *la eximente de miedo insuperable*, que de esta manera *podría desempeñar una función de complemento de la eximente de estado de necesidad en los casos de legítima defensa preventiva.* Así, por ejemplo, volviendo al caso en cuestión, la eximente de miedo podría entrar en acción siempre que se considerase que la persona podía objetivamente adoptar otros medios para evitar el peligro, pero que no lo pudo hacer o no le eran exigibles debido al estado emocional de miedo en que se encontraba, o también podría ser de aplicación en el caso de que el padre se hubiese ido a dormir con la amenaza de violar a su hija al levantarse de la siesta, pues en este último supuesto podría considerarse que el mal evitado (la violación) no es mayor ni igual que el causado (muerte), decayendo con ello la posibilidad de aplicar estado de necesidad, pero no, con la nueva regulación, la eximente de miedo[581].

A mi juicio, por tanto, el tratamiento de estos casos de exceso extensivo, configurados por los supuestos de legítima defensa preventiva, mediante la eximente de miedo insuperable no puede descartarse, porque estos supuestos no han de tratarse en todo caso con las reglas del estado de necesidad. Esta eximente no agota la posibilidad de eximir de pena en una situación de necesidad en la que amenaza un peligro para la persona, siendo todavía procedente el análisis de la posible aplicación de la eximente de miedo insuperable, que de esta manera posibilitaría la exención de pena en supuestos en los que no se cumpliesen los requisitos del estado de necesidad del art. 20.5 CP; pero donde, no obstante, existieran razones suficientes para eximir de pena.

En otras palabras, el principal motivo que apoya la aplicación del miedo insuperable en los supuestos de legítima defensa preventiva es que el tratamiento de estos casos únicamente mediante las reglas del estado de necesidad podría conducir en nuestro sistema penal a castigar penalmente supuestos que no parecen merecerlo, ofreciéndose aquí la eximente de miedo como un posible y adecuado remedio para estas situaciones. Situaciones

---

[581] Cabe aclarar que el caso comentado puede considerarse un supuesto de estado de necesidad defensivo, en donde un sector de la doctrina penal admite la posible justificación de la lesión de un bien jurídico de entidad algo mayor que el salvado. Sin embargo, nuestro CP parece todavía anclado en el límite del mal igual respecto al estado de necesidad, por lo que cuando se ha propuesto la aplicación en nuestro sistema penal de tal estado de necesidad defensivo se ha hecho por la vía de la "causa de justificación supralegal por analogía" (LUZON, 1991:157-158; 1996:632-633) o por la del "desarrollo continuador del Derecho *praeter legem*" (BALDO, 1994:79-80, 170-176). Sobre este tema vid. CEREZO (1997b:40, not. 124).

en las que, precisamente, el miedo a la agresión futura puede ser la causa de la defensa adelantada o preventiva[582].

Por otra parte, la aplicación de la eximente de miedo insuperable en los casos de legítima defensa preventiva no puede considerarse una solución inadecuada, porque también en el seno de esta eximente tiene lugar la discusión central que plantean los casos de defensa preventiva, esto es, la posibilidad de adoptar otras medidas para evitar el peligro.

Todo ello creo que puede apreciarse analizando un conjunto singular de casos con los que se ha de enfrentar habitualmente nuestra jurisprudencia: los casos de la "muerte del tirano del hogar" (*Haustyrannenmord*); esto es, los casos en los que la mujer, reiteradamente maltratada y amenazada por el marido, decide poner fin a su calvario matándolo, lo que generalmente lleva a cabo cuando éste duerme, está de espaldas, acostado o, en suma, en una situación en la que el marido no podrá reaccionar.

Estos casos pueden considerarse propios de la problemática de la legítima defensa preventiva, porque en ellos se produce una defensa ante una *agresión futura*, ya que los antecedentes del caso demuestran claramente que la situación de violencia y maltratos hacia la mujer se repetirá en el futuro; pero todavía *no actual*, pues la mujer debe esperar a que la agresión cese y el marido se encuentre así por ejemplo dormido, para poder defenderse con eficacia. La necesidad de la defensa parece existir en estos casos, centrándose la discusión en la problemática de la legítima defensa preventiva, y así en la posibilidad de la adopción de otras medidas (por ejemplo, la separación del esposo, la huida...) antes que la muerte del tirano del hogar[583].

Pues bien, nuestro T.S., cuando ha debido enfrentarse con estos casos, ha partido sin dudarlo de la inaplicación de la eximente, completa o incompleta, de legítima defensa, por

---

[582] También debe señalarse que si se acepta la premisa procedente de la dogmática alemana según la cual los casos de legítima defensa preventiva deben tratarse con las reglas del estado de necesidad, ello no parece sólo incluir el supuesto de estado de necesidad justificante (§34 StGB), sino también la regulación del estado de necesidad exculpante (§35 StGB). Es decir, la remisión al estado de necesidad debe considerarse en todo su ámbito, para que no se produzcan excesos de punibilidad, tal y como sucedería de tratarse únicamente los casos de legítima defensa preventiva mediante el estado de necesidad justificante. En este sentido, ROXIN (1985:482-483, 1996:626, 804) recoge expresamente la posibilidad de solucionar los supuestos de legítima defensa preventiva también mediante el estado de necesidad exculpante, cuando no se den los requisitos del justificante, con respecto a una serie de casos sobre los que centraremos más tarde nuestra atención: los casos de la "muerte del tirano del hogar",

[583] Un análisis pormenorizado del tratamiento penal de estos supuestos, con el estudio de las diversas eximentes aplicables, puede verse en LARRAURI/VARONA (1995).

considerar inexistente el requisito de la actualidad de la agresión, o la propia agresión en sí[584], pero no parece que se haya planteado la posible aplicación de las reglas del estado de necesidad[585]. No obstante, la problemática característica que plantea la aplicación de esta eximente a las situaciones de defensa preventiva, esto es, el tema de la adopción de otras medidas para evitar el peligro, se aborda en ocasiones por nuestro T.S. en el marco del miedo insuperable, alegado con frecuencia por las defensas en los casos de muerte del tirano del hogar, pues el miedo a las futuras agresiones es lo que, frecuentemente, guía la defensa de la mujer.

Del tratamiento que el T.S. efectúa de esta cuestión destaca, ante todo, que este tribunal maneja un concepto tan restrictivo del requisito referente a la posibilidad de adoptar otras medidas para evitar el peligro, que la absolución de la mujer por concurrencia de la eximente de miedo parece inviable; tan inviable que no ha llegado a apreciarse en una sola ocasión. El mejor ejemplo de todo ello creo que lo proporciona la STS de 29-6-1990 (RAJ 7306, énfasis en la propia sentencia), en la que se recogen como hechos probados los siguientes:

> la acusada contrajo matrimonio con el interfecto el 19 de febrero de 1983, y si bien, en el inicio las relaciones conyugales fueron normales, trabajando ambos, pronto él abandonó toda labor estable y dándose a la bebida, surgiendo desavenencias que se acrecentaron cuando ella comenzó, en 1986, a trabajar en un bar, con una larga jornada laboral e ingresos del orden de ochenta mil pesetas mensuales, las cuales ingresaba en una libreta de ahorros compartida con su madre para poner el dinero fuera del alcance de su marido, el cual se oponía a que trabajara en el bar, maltratándola y golpeándola continuamente, produciéndole hematomas y llegando, en una ocasión, a retorcerle una muñeca en presencia de un hermano de la acusada, la cual presentó, ante el Juzgado número 3 de Reus demanda de medidas provisionales de separación, recayendo auto el 16 de septiembre de 1987, resolución que no se ejecutó porque la mujer renunció a ello ante las **amenazas de muerte** formuladas por su marido, el cual le dijo que la mataría con una escopeta de caza que poseía, llegando el 21 de octubre de 1987, en el interior de susodicho bar, a golpearla e insultarla, amenazándola con la escopeta referida, y habiendo ella, denunciado las amenazas ante la Guardia Civil de Cambrils, ante la posibilidad de que le fuera retirada la licencia de tenencia de escopeta, la vendió a un hermano, pero no sin anunciar a la acusada que la recuperaría cuando quisiera y que **la mataría con ella en un día muy señalado**, por lo que, la mujer, para su defensa tomó del almacén del bar, y guardó en un armario de su domicilio, una escopeta (...), ocultando el arma, ya cargada y previamente montada, (...)

[584] En este sentido, la ya comentada STS de 16-11-1933 (RAJ 2438), y las modernas STS 1-10-1991 (RAJ 6874) y 30-9-1993 (RAJ 7020), entre otras.

[585] Este proceder jurisprudencial no puede considerarse del todo correcto, pues con ello el T.S. parece no tener en cuenta la posible justificación de la actuación de la mujer, que de este modo queda relegada automáticamente al ámbito de la exculpación.

> produciéndose después las incidencias y acontecimientos que se relatan en el "factum" de la resolución recurrida [la mujer se levantó de la cama, cogió la escopeta y disparó al marido acostado], los cuales se desarrollaron entre las 0 horas y las 10 horas del día 25 de diciembre de 1987, culminando en esa última hora, tras una noche tempestuosa de constantes reyertas verbales e insistiendo el marido el practicar el coito con su consorte, a lo que, ésta, se negó.

Pues bien, en este caso, en el que ya ni se alegó la eximente de legítima defensa, la discusión se centró en la aplicación de la eximente de miedo insuperable; solución que el T.S., casando la sentencia de la Audiencia, estima procedente pero sólo en su vertiente incompleta, con lo que en definitiva acaba condenando a la acusada (en concreto a 13 años de reclusión!). Precisamente, la apreciación como incompleta de la eximente de miedo insuperable se debe a que el tribunal considera que (énfasis añadido)

> la serenidad con que procedió la recurrente en el momento culminante de ejecución de los hechos, evidencia que si bien obró asustada y amilanada, trastornada y obnubilada, por el temor que sentía a perder la vida a manos de su irascible marido, tal temor, siendo intenso, no fue nunca insuperable, *ni impidió la adopción de otras medidas de preservación menos extremas* que la finalmente adoptada...

Esta decisión jurisprudencial plantea sin duda muchos problemas, y a mi juicio, es criticable, fundamentalmente[586], porque el T.S. parece olvidar que la exigencia del recurso a otros medios de solución del conflicto debe situarse en el ámbito de lo razonable, no en el de lo idealmente posible; y razonable parece que la mujer pensara que su situación no tenía remedio y que otras vías de solución no eran factibles cuando ya se había intentado separar del marido, sin éxito debido a sus amenazas, y ya había requerido incluso la ayuda policial para solucionar, de nuevo sin éxito ante la actitud de su marido, tal situación insostenible. Que el propio T.S. deniegue la eximente completa por falta de adopción de otras medidas, parece, en este contexto, una cruel ironía, pues puede sinceramente plantearse la cuestión sobre qué más podía hacer la mujer en esta situación en la que ni los medios civiles -separación- ni los penales -denuncia al marido-, le ayudan a resolver su situación dramática.

Ante ello, pues, debe subrayarse que los casos de "muerte del tirano del hogar" y, en definitiva, de legítima defensa preventiva, exigen una discusión sobre la posibilidad de

---

[586] Previamente debe destacarse que si el propio T.S. destaca que la acción de la mujer tuvo como móvil las reiteradas amenazas de muerte del marido a la mujer, lo cierto es que nada parece impedir aplicar a este caso las reglas del estado de necesidad, tal y como la doctrina penal reclama para los supuestos de defensa

adopción de otras medidas, que debe situarse dentro del ámbito de lo razonable, rechazándose posiciones tan restrictivas como las que sostiene nuestro T.S.[587] La razonabilidad de la conducta podrá ser analizada en el ámbito de la eximente de estado de necesidad o, y esto es lo que quisiera destacar, del miedo insuperable, siempre que se entiendan incumplidos los requisitos del estado de necesidad; con lo que, en resumen, debe aceptarse la posible aplicación de la eximente de miedo en estos casos de exceso extensivo, tanto en su vertiente de eximente completa como incompleta[588].

5.2. Supuestos de falta de racionalidad: exceso intensivo en la legítima defensa.

Analizados los casos en los que la falta del primer y principal requisito de la legítima defensa da lugar a lo que la doctrina conoce como exceso extensivo y en definitiva a la imposibilidad de aplicar esta eximente, en su forma completa o incompleta, resta analizar aquellos supuestos en los que, estando presente este requisito y existiendo así una agresión ilegítima, la víctima de tal agresión reacciona de forma excesiva, excluyéndose de este

---

preventiva, ya que el caso parece enfrentar vida contra vida. Y ello con independencia de que se considere o no que estos casos de estado de necesidad sólo pueden dar lugar a la exculpación de la conducta.

[587] En este sentido, ROXIN (1994:805), aunque sostiene la imposibilidad de aplicar el estado de necesidad justificante en estos casos de muerte del tirano del hogar, con lo que rechaza su posible justificación, se encarga de subrayar, en el ámbito del estado de necesidad exculpante, que "Ciertamente la existencia de otras posibilidades de evitación del peligro no puede tomarse a la ligera. Así, una efectiva protección fuera del tribunal del testigo amenazado es pocas veces posible, porque no puede ser permanentemente vigilado; el recurso a la policía en casos del padre de familia maltratador puede haberse revelado ya a menudo como inefectivo; y dejar la casa no es a menudo factible, por motivos familiares". De hecho, estos casos de muerte del tirano, ofrecen un rosario de medidas menos extremas que se suelen citar como de posible y hasta exigible adopción por parte de la mujer, que de nada sirvieron en el caso concreto: irse de casa e incluso a otra ciudad (STS 20-5-1949, RAJ 822; 4-7-1978, RAJ 2791; y 19-7-1994, RAJ 6653), separarse o intentarlo (STS citadas de 1949 y 1994, y, además de la sentencia comentada, STS 4-12-1989, RAJ 9416 y 12-6-1991, RAJ 4694), denunciarlo a la guardia civil o a la policía (sentencia comentada y STS de 1994 citada, en la que la policía había sido avisada de la actitud del marido en varias ocasiones), e incluso pedir auxilio o ayuda de familiares (en la STS de 1994 citada la mujer se va a casa del padre a buscar refugio y se intentó hablar además por teléfono con una hermana del marido para que lo intentara calmar).

[588] Cabe destacar, además, que ciertos casos con estructura de exceso extensivo en la legítima defensa dan frecuentemente lugar a la alegación de la eximente de miedo insuperable. Estos casos son aquéllos en los que una persona reacciona frente a las amenazas reiteradas de otra, que desembocan, tras unos antecedentes más o menos largos de situación de tensión, en el suceso concreto en el que la persona ataca al causante de sus males, en un momento en el que quizás la víctima no había adoptado una actitud agresiva, pero que trae por causa y adquiere toda su magnitud si se contemplan los antecedentes del caso. En estas situaciones, el TS es muy restrictivo y no aprecia la eximente completa ni, en general, la incompleta de miedo, utilizando para ello diversos expedientes criticables, como puede ser, con respecto a la problemática que ahora tratamos, la posibilidad de adoptar otras medidas antes de la lesión al bien jurídico, a lo cual se llega tras un examen centrado exclusivamente en el epílogo de un suceso de actos que sólo puede valorarse en toda su perspectiva. Sobre estos casos vid. *supra* Cap. III.

modo la concurrencia del segundo requisito de la eximente de legítima defensa, esto es, la racionalidad de la defensa. Cabe destacar que la consecuencia fundamental de este *exceso*, denominado *intensivo*, reside en que, si bien impide la apreciación de la eximente, no es obstáculo para apreciar la atenuante privilegiada de eximente incompleta (art. 21.1 CP).

Tal exceso intensivo puede proceder, según destaca la doctrina penal, de un error de la persona que se defiende, tanto respecto a la intensidad de la agresión como a la del medio defensivo empleado; error que puede ser invencible, lo que determina la exclusión de responsabilidad penal, o vencible, discutiéndose en este último caso el tratamiento penal más adecuado[589].

Pero también, a efectos de lo que aquí me interesa, el exceso intensivo puede deberse al estado emocional de la persona, y en concreto al miedo ante la agresión efectivamente existente; planteándose de esta manera la relación entre la eximente de miedo insuperable y el exceso intensivo en la legítima defensa.

> Ejemplo: El acusado José Luis A., sobre las 18.20 horas del día 9 Nov. 1989 salía en compañía de Juan Ramón N. del "Bar Leo" de la ciudad de Terrasa y se encontró cara a cara en la puerta del establecimiento con Elviro L. con el que en los primeros días del mes de agosto, al poco tiempo de haber salido éste de la clínica mental de Santa Coloma había tenido una disputa. Elviro, al creer que el acusado le provocaba con su sonrisa, inopinadamente le dio un puñetazo en el rostro que, dada su gran fortaleza, le tumbó al suelo y cuando se trataba de incorporar le volvió a dar y tumbar, momento en el que un amigo que le acompañaba trató de lograr que Elviro entrara en razón suplicando que parara, siendo violentamente retirado al tiempo que volvía a por el acusado, que caído en el suelo y viéndose muerto ante la conocida peligrosidad de Elviro y su estado mental, se incorporó como pudo de rodillas y extrajo de la parte posterior de su cintura el revólver que llevaba, con el que disparó a dos metros de distancia todas las balas del cargador hacia Elviro. Y al ver el acusado que

[589] La discusión parece centrarse, respecto a este tema, en si el error vencible debe dar lugar, meramente, a la aplicación de la eximente incompleta (en este sentido CEREZO, 1997a:85-87; y GOMEZ BENITEZ, 1987:359), o si, por el contrario, es posible una doble atenuación de la pena: apreciación de la eximente incompleta por estar presente el requisito esencial de la legítima defensa y aplicación de las reglas del error, partiendo de la pena de la eximente incompleta. A favor de esta doble atenuación vid. LUZON (1991:149; 1996:608); JOSHI (1987:719-720, aunque con cierta matización); LARRAURI (1995:64, not.52); VALLE (1992:569 y ss.: "si convinieramos en que la disminución de pena hasta dos grados para el exceso intensivo encuentra su explicación en la reducción del desvalor objetivo de la conducta del agredido, es decir, en la protección de un bien jurídico y en la afirmación del Derecho frente al injusto, aunque sea parcialmente, entonces las alteraciones en la culpabilidad del sujeto deberían encontrar un cauce autónomo en la repercusión final sobre la medida del castigo a imponer."; y 1996:206) y MIR (1996:626, que llega a este efecto de doble atenuación aplicando la eximente incompleta sobre el tipo imprudente). Sobre el exceso intensivo por error en la jurisprudencia vid. STS 20-3-1980 (RAJ 1168), 2-10-1981 (RAJ 3597), 29-9-1984 (RAJ 4780), 18-11-1987 (RAJ 8542), 10-10-1988 (RAJ 9186) y 12-6-1991 (RAJ 4694).

> dada la gran fortaleza de aquél ni las había notado, emprendió veloz huida al tiempo que sobre la marcha reponía el cargador por si aquél le daba alcance. Pero al no lograrlo, se dirigió a la zona de la riera existente, lugar en el que escondió en unos matorrales el revólver junto a su funda y se encaminó a la Comisaría de Policía donde se entregó y ayudó a la policía a encontrar el arma (Extracto de los hechos probados de la S.A.P. de Barcelona de 9-2-1991, LA LLEI, 1991-2, págs. 474 y ss.).

Respecto a este tema, de hecho, lo primero que debe destacarse es que así como la doctrina penal no ha parecido prestar atención, como vimos, a la relación entre la eximente de miedo y los supuestos de exceso extensivo en la legítima defensa, en cambio es desde antiguo pacíficamente reconocido que el miedo insuperable puede cubrir los excesos intensivos (en los medios defensivos) producidos en la legítima defensa, pues muchas veces la existencia de una agresión desencadena una alteración emocional en la persona agredida, originada por el miedo, que puede ser la causa de tal reacción excesiva[590].

Ello puede apreciarse en el significativo hecho de que nuestro primer código penal (de 1822) recogiera ya un precepto expreso para tratar los supuestos de exceso en la legítima defensa, al igual que el Código Penal de 1928, que se refería explícitamente al exceso en tal eximente que resultara del terror, arrebato u obcecación del momento[591]. Y aunque en nuestro vigente código penal no se contemple ningún precepto semejante, la práctica totalidad de nuestra doctrina ya se ha encargado de subrayar que la eximente de miedo puede cubrir los supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa, conduciendo en definitiva a la absolución de la persona[592], tal y como también ha aceptado la jurisprudencia:

---

[590] Ello puede verse ya en CARRARA (1859:§310), que se refiere expresamente a que en los supuestos de legítima defensa en que se produzca una perturbación ocasionada por terror "se elimina toda imputación con la fórmula *ímpetu de miedo*, y la legitimidad se transforma en una excusa...".

[591] Art. 621 CP 1822: "...Si resultare exceso, ligereza u otra culpa en el uso de la defensa legítima, o porque fuere leve el daño que amenazase con la agresión, o porque el homicida hubiese tenido otros medios de evitarlo, sin necesidad de matar al agresor, sufrirá el que cometa el homicidio en estos casos una reclusión de...". Art. 59 CP 1928: "no será punible [el exceso en la defensa] cuando resulte del terror, o del arrebato y obcecación del momento, atendidas las circunstancias del hecho, las del lugar en que se efectúe y las personales del agresor y agredido".

[592] De hecho, éste es un ámbito pacífico en el que ya desde antiguo se subrayaba la vigencia e importancia de la eximente de miedo insuperable. En este sentido, ANTON (1949:313: "Es bastante frecuente que las defensas aleguen conjuntamente la legítima defensa y el miedo insuperable. La relación, aparte los abusos, es oportuna en algunos casos, pues a veces el injusto agredido sobrepasa, dominado por el temor, los límites racionales"); JIMENEZ DE ASUA (1962:914 y ss); CORDOBA (1972:347); DIAZ PALOS (1974:56-57 y 1977:352); RODRIGUEZ MOURULLO (1976:37); GOMEZ BENITEZ (1987:355-357); VALLE (1992:566 y ss.); LARRAURI (1995:60-61); MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:411); MORALES (1996:179); MIR (1996:616); PUENTE (1997:250); CUERDA ARNAU (1997:18) y SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:319).

> puesto que, como es sabido en tesis científica, también mayoritariamente admitida, no pocas veces el exceso defensivo, aun conscientemente realizado (a diferencia del error en que la actuación es inconsciente, con posibilidad de generar culpa o incidir en el fortuito, según la índole del yerro, según lo explicado), puede ser cubierto por un estado emocional asténico -del que es prototipo el miedo- hasta el punto de ser harto frecuente tal concurrencia emotiva en el defensor... (STS 2-10-1981, RAJ 3597)[593]

Y es que, como ya destacara ANTON (1949:313), esta combinación de legítima defensa y miedo insuperable es "perfectamente lógica, pues de otro modo quien obre por el temor que le produjo una agresión injusta quedaría en peor situación que quien, actuando por el temor derivado de otra causa, no tuviera aquella justificación inicial".

Por tanto, nuestra doctrina penal, a falta de un precepto específico que trate las situaciones de exceso intensivo en la legítima defensa debido a miedo, se muestra partidaria de articular tal exención con la aplicación de la eximente de miedo[594]. Sin embargo, creo que, como acertadamente señala LARRAURI (1995:61 not.47), debe tenerse en cuenta que limitarse a apreciar miedo insuperable significa ignorar la objetiva disminución de injusto existente en el supuesto de una persona que se defiende de una agresión ilegítima; por lo que la solución más adecuada parece que estribaría en el reconocimiento de un *concurso ideal* entre eximentes, en concreto *entre la legítima defensa y el miedo*[595].

---

[593] Igualmente STS 12-2-1936 (RAJ 272), 26-6-1973 (RAJ 2904), 20-3-1980 (RAJ 1168), 29-9-1984 (RAJ 4780: el miedo "cubre el posible exceso en la defensa, que no son incompatibles como se dice en la sentencia recurrida, sino que por el contrario, la fórmula mixta de exención combinando defensa y miedo, ha venido siendo aceptada por la Doctrina y tenido reflejo en Códigos tanto antiguos como modernos") y 10-10-1988 (RAJ 9186).

[594] Ya se refería a ello ANTON (1949:313), cuando señalaba que, en estos casos, a falta de un precepto especial, tal y como sucede en otras legislaciones (cabe mencionar aquí, por ejemplo, el parágrafo 33 del StGB que declara explícitamente que queda exento de pena el exceso en la legítima defensa producto del desconcierto, miedo o terror), nada impide "una solución equivalente" mediante la aplicación de la eximente de miedo; en el mismo sentido vid. CORDOBA (1972:347); RODRIGUEZ MOURULLO (1976:37); MIR (en JESCHECK, 1981:675); GOMEZ BENITEZ (1987:356).

[595] La posibilidad de un concurso ideal entre eximentes ha sido planteada y defendida en nuestro país por CUERDA RIEZU (1990:545 y ss.), con respecto a las causas de justificación. Este autor señala que "el concurso ideal de causas de justificación además de exigir un único hecho, requiere un *único tipo positivo*, cuya justificación total solamente es posible mediante la intervención conjunta de dos o más causas de justificación. Esta es la única manera de que el concurso ideal entre causas de justificación sea la contrapartida exacta del concurso ideal de delitos, puesto que en este último resulta preciso aplicar todas las normas infringidas (...) para abarcar completamente todos los desvalores del hecho; por consiguiente, lo mismo debe regir *mutatis mutandis* en el concurso ideal entre las causas que excluyen el injusto: resultará preciso aplicar todas las causas de justificación concurrentes para alcanzar la consecuencia jurídica de la conformidad a Derecho de la conducta". En mi opinión, cabe también la posibilidad de plantear un supuesto de concurso ideal entre eximentes y no sólo entre causas de justificación, siempre que, igualmente, estemos ante un único tipo positivo (ej. homicidio) que sólo sea posible eximir totalmente de pena mediante la

Con ello se posibilitaría que la solución jurídica contemplase todos los aspectos relevantes del caso, porque, de un lado, la objetiva disminución de injusto puede tener efectos respecto a la obligación de responsabilidad civil (que podría considerarse inexistente en estos supuestos)[596]; y por otro lado, con ello se tiene en cuenta que existe, de hecho, un exceso en lo justificado que el afectado no parece que tenga por qué tolerar[597]. De otro modo, esto es, de considerarse aplicable en estos supuestos únicamente la eximente de miedo insuperable, debería, a mi entender, llegarse a resultados análogos, porque se esté o no de acuerdo con la posibilidad de un concurso ideal entre eximentes, lo que no parece discutible es que la acción del que se excede en la legítima defensa por miedo presenta un menor grado de injusto que la del que no actúa con tal justificación inicial[598].

---

aplicación conjunta de dos eximentes. Pero, como se aprecia en el texto, a mi entender, tal concurso ideal entre eximentes puede ser también factible cuando, *no sólo la exención de pena, sino aquella que más fielmente recoja todos los aspectos relevantes del caso*, sólo sea posible mediante la aplicación conjunta de dos eximentes. En otras palabras, al igual que la doctrina reconoce respecto al concurso ideal de delitos, que tal concurso existe cuando sólo de esta manera se puede contemplar todo el *desvalor* de la acción; el concurso ideal entre eximentes será pertinente cuando ello sea la única manera de recoger todo el "*valor*" de la acción.

[596] Además, tal disminución del injusto podría tomarse en cuenta con referencia al tema de la reacción del afectado por la reacción excesiva. Respecto a este tema, la solución mayoritaria de considerar estos casos como meros supuestos de inculpabilidad por aplicación de la eximente de miedo, podría suponer conceder al agresor inicial el derecho a reaccionar con legítima defensa frente al exceso defensivo, siempre, claro está, que no se considere que el agresor inicial ha provocado suficientemente la final agresión de la víctima, pues es doctrina mayoritaria que los ataques de los inculpables generan derecho a reaccionar en legítima defensa.

[597] Sin embargo, el propio CUERDA RIEZU (1990:547) parece mostrarse contrario a esta posibilidad: "si desde un principio la legítima defensa es incompleta por exceso intensivo, pero se actúa así movido por miedo insuperable, deberá aplicarse únicamente la causa de justificación completa del miedo insuperable en virtud del principio de preferencia de la calificación jurídica más benigna, que otorga en este caso la primacía a la causa de justificación (...) frente a la circunstancia de atenuación...". Obsérvese, no obstante, que este autor parece descuidar que mediante la combinación entre legítima defensa y miedo insuperable articulada a través de un concurso ideal también se llega a la exención de pena y no a la mera atenuación. Ciertamente, la práctica del TS de apreciar en estos casos la eximente de miedo (así STS 22-12-1980, RAJ 4985) presenta menos dificultades que la articulación de un concurso ideal entre eximentes, y es en todo caso preferible que el censurable expediente a veces empleado por el TS consistente en apreciar únicamente la eximente incompleta de miedo en casos que parece que cabría calificar de exceso intensivo en la legítima defensa (vid. STS 30-9-1978, RAJ 2953 -aquí junto con la antigua atenuante de provocación-; 15-11-1984, RAJ 5491; 31-3-1986, RAJ 1715; y 29-10-1988, RAJ 8249).

[598] Más problemático parece el supuesto en el que el miedo sufrido por la persona debido a la existencia de una agresión ilegítima no se pueda calificar de insuperable. En estos casos, GOMEZ BENITEZ (1987:357) defiende la imposibilidad de una doble atenuación cumulativa (incompleta de legítima defensa e incompleta de miedo), por estimar que "la acumulación de ambas eximentes incompletas sería -a nuestro entender- improcedente, porque ello equivaldría a conceder a un mismo hecho (la agresión) un doble efecto atenuatorio". En contra, VALLE (1992:569 y ss., 574, 577; 1996:204) es partidario de tal posibilidad sobre la base del distinto fundamento de la atenuación en cada caso. En mi opinión, si el miedo que sufre la persona víctima de la agresión es el normal e inherente a la agresión no parece posible más atenuación que la de la eximente incompleta de legítima defensa, y si pasa de lo normal pero sin llegar a ser insuperable no parece haber inconveniente para la doble atenuación, como de hecho parece aceptar nuestra jurisprudencia, que ha estimado compatible la eximente incompleta de legítima defensa por exceso intensivo con la

Una vez queda afirmada la posibilidad de cubrir los supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa mediante la eximente de miedo, y a través de la articulación de un concurso ideal entre ambas eximentes, se plantea, no obstante, la previa y crucial pregunta sobre cuándo existe tal exceso intensivo, pues, como veremos, según se interprete la exigencia de la "racionalidad del medio empleado" en la eximente de legítima defensa, quedará más o menos espacio para la existencia de tal exceso y en definitiva para la posibilidad de que la eximente de miedo insuperable lo cubra.

5.2.1. La interpretación del requisito de la *racionalidad* del medio.

Respecto a este requisito, el dilema parece versar entre, por un lado, una subjetivación del juicio de racionalidad del medio en la legítima defensa, que atienda así, a la hora de afirmar la concurrencia de este requisito y con ello de la legítima defensa en su vertiente completa, al impacto emocional que puede sufrir la persona víctima de la agresión; y por otro lado, la exigencia de un parámetro objetivo para valorar la racionalidad del medio, que deje los excesos producto de las alteraciones emocionales, como el miedo, para su posible consideración en el ámbito de la culpabilidad, y así de la eximente de miedo insuperable. Por tanto, como puede apreciarse, la fórmula que combina legítima defensa y miedo sólo parece posible dentro de aquellas concepciones que interpreten objetivamente el requisito de la racionalidad, pues las que defiendan su subjetivación en función de la vivencia particular de la víctima, afirmarán la presencia de este requisito y así de la legítima defensa en situaciones de exceso intensivo debido a miedo insuperable[599].

---

atenuante de arrebato y obcecación (vid STS 22-1-1986, RAJ 167; 23-6-1989, RAJ 5206; 9-2-1990, RAJ 1370; 10-10-1996, RAJ 8239; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 20-11-1989, ACT.PEN.1990, @146).

[599] Ya destacó esta problemática ANTON (1949:358-359): "Sin invocar el miedo insuperable y dando una interpretación subjetivista a la nota de racionalidad del medio, han venido en realidad a excusar el exceso las sentencias que aluden a la temerosa inquietud (sentencia de 22 diciembre 1947) o a la ofuscación de ánimo y el temor (sentencia 29 septiembre 1942) para estimar la legítima defensa completa". Parece defender este punto de vista la STS 30-3-1993 (RAJ 2580) que se refiere a que "aunque puede existir una tendencia a establecer aquel juicio [el de la necesidad racional del medio empleado] según criterios 'ex ante', esto es, conforme a estimaciones objetivas de la valoración del caso y la elección del medio disponible menos peligroso o dañino (...) es lo cierto que se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia otra orientación, más acorde con la naturaleza de la eximente, que toma en cuenta la circunstancia del caso, el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción de defensa, introduciendo así, junto a aquellos módulos objetivos de la comparación de los medios empleados por agresor y defensor, **el elemento subjetivo** que representa valorar tales medios como aquellos que sean, desde el punto de vista del agredido razonables en el momento de la agresión (...). Posición que ha ido adquiriendo apoyo en la doctrina, que no encuentra en el texto legal razón alguna que imponga en este punto de los medios unas exigencias objetivas e igualitarias que restringirían el ámbito de la legítima defensa, y que ha terminado por

Pues bien, respecto a este tema, la doctrina mayoritaria parece de acuerdo en que el requisito de la racionalidad del medio debe ser analizado *ex ante*, y conforme a un criterio objetivo, que evite una, a su juicio, improcedente subjetivación del ámbito de la justificación de la conducta[600]. Por tanto, todo lo que sobrepase el baremo objetivo de racionalidad dará lugar a un exceso intensivo que, no obstante, será posible cubrir mediante la eximente de miedo insuperable.

Sin embargo, la frontera entre la racionalidad del medio y los excesos inculpables no parece ser, ni mucho menos, tan nítida como la postura de la doctrina podría hacer suponer, pues la alusión a la *racionalidad* parece implicar, tal y como destacan doctrina y jurisprudencia, un examen "aproximado" (MIR, 1996:434) o en términos de exigibilidad, del medio empleado por la persona víctima de una agresión; examen que ha de tener en cuenta, según vimos (vid. *supra* Cap. II), la perspectiva del autor agredido:

> El juicio ex-ante sobre la necesidad de la acción requiere que el Tribunal de los hechos adopte la perspectiva de un tercero razonable en el momento de la agresión y a partir de las circunstancias entonces conocidas y cognoscibles establezca cuál es la acción que aparece como apropiada y menos lesiva para lograr el cese inmediato de la agresión. (STS 23-10-1991, RAJ 7349)[601]

> La racionalidad ha de subordinarse *a lo que en cada momento* requiera la especial situación del agredido antes de actuar en la defensa, porque sólo desde esta perspectiva, *"ex ante"*, ha de valorarse el estado anímico de quien se defiende, nunca con el análisis reflexivo, más sereno y frío, que puedan ofrecer

---

se compartida por la jurisprudencia que no descarta ni la valoración de la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión (...) ni la necesidad de acudir al doble patrón objetivo y subjetivo para establecer la proporcionalidad de los medios...". Por todo ello, en esta sentencia se afirma finalmente la concurrencia del segundo requisito de la legítima defensa porque "El medio empleado en la defensa fue, pues, proporcionado con las circunstancias del caso y el estado psicológico de quien defendía la persona de su novia...".

[600] En este sentido, LUZON (1991:148: "lo racionalmente fundado para el hombre medio diligente colocado en la situación del autor. En cambio, es rechazable la posición que sostiene que debe juzgarse desde el punto de vista subjetivo del agente, del que en la situación concreta no es de esperar una fría reflexión: pues ese juicio no sería precisamente racional, sino irracional"); BALDO (1994:308-309); MIR (1996:434) y CEREZO (1997a:222).

[601] En esta sentencia el propio TS recurre a un juicio de exigibilidad cuando se refiere a que, en el caso en cuestión en que se disparó a las piernas al agresor de la morada, la adopción de otras medidas de defensa antes que el disparo "hubiera implicado para el autor asumir otros peligros que, en verdad, no le eran exigibles, dado que el muy difícil prever la reacción del agresor que se siente descubierto". También se refiere expresamente a la exigibilidad de la adopción de otros medios la STS 29-1-1992 (RAJ 581) y 7-5-1991 (RAJ 3558: a la persona "no se le puede exigir la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para excogitar los medios de defensa").

cuantas consideraciones *"ex post"* se hagan tras la ocurrencia de los hechos. (STS 30-1-1998, RAJ 102)[602]

Llegados a este punto, es decir, una vez se afirma que la racionalidad del medio implica un juicio de exigibilidad sobre la elección de medios, parecen ciertamente diluirse las diferencias entre un juicio objetivo *ex-ante* sobre la racionalidad y su consideración subjetiva en función de la vivencia y características de la persona víctima de una agresión, lo cual, a su vez, podría desembocar en la absorción de una gran parte de los supuestos de exceso intensivo por miedo insuperable en la eximente completa de legítima defensa.

Ejemplo: la STS 9-7-1997 (RAJ 5749) declara probados los siguientes hechos: Miguel M. era persona de carácter violento y posesivo y desde el principio de su relación con Luisa la sometía a todo tipo de malos tratos, psíquicos y físicos, que la mujer nunca denunció por estar totalmente dominada por Miguel, del cual dependía psíquica y económicamente. El día de los hechos Miguel se encontraba especialmente excitado a raíz de una llamada telefónica de un colaborador, adicionado todo ello con el consumo de abundantes cervezas, suscitándose un fuerte disputa en el curso de la cual Miguel insultó gravemente a Luisa y amenazó con matarla, infundiéndole un especial temor por la gran agresividad de aquél. En un momento Miguel se ausenta del salón-comedor y regresa al poco tiempo portando cerveza y al momento sacó un revólver con el cual amenazó de muerte a Luisa. Esta, presa de pánico, arrebató el arma a su marido y al ver que Miguel se dirigía hacia ella disparó sobre él, matándolo. Ante estos hechos el T.S. aplicó la eximente completa de legítima defensa, rechazando la presencia de un exceso intensivo porque exigiendo el juicio de racionalidad una ponderación de circunstancias en la que no es "desdeñable la perturbación psicológica del atacado", al estar probado que la mujer actuó "presa del pánico, no era exigible en ella otra conducta."[603]

Ello puede valorarse desde diversos puntos de vista. Por un lado, desde una perspectiva práctica, tal subjetivación del juicio de racionalidad, parece derivar en un trato benévolo con respecto a la responsabilidad civil, pues ésta queda negada en el supuesto de legítima

---

[602] Esto ha sido también destacado por nuestra doctrina, pues ya ANTON (1949:276, siguiendo a SILVELA) se refería a que "La flexibilidad del término 'racional' utilizado por la Ley permite una interpretación individualizada, según las circunstancias del caso". Igualmente MIR (1996:434: "Se entiende que tal adjetivo [racional] hace suficiente una necesidad *aproximada*, no estricta, para cualquier persona de las características del autor, colocada en su situación en el momento de defenderse (consideracion *ex ante*)."). Vid. también BUSTOS/HORMAZABAL (1994:323); LARRAURI (1995:48 y ss. y 61 not.47) y DIAZ PALOS (1974:34, que considera que el criterio correcto es el que haría "un hombre razonable en el momento de la agresión").

[603] En el mismo sentido vid. el caso tratado *supra* en la not. 97, y la STS 24-9-1994 (RAJ 7183), en la que el TS casa la sentencia de la Audiencia que había apreciado la existencia de un exceso en la legítima defensa porque el acusado debió haber dirigido el disparo a un miembro antes que al tronco. A juicio del TS tal consideración no fue correcta "porque el juzgador no puede plantearse la situación en términos de absoluta y fría objetividad, sino que tiene que procurar empatizar con el decidente en su propia situación objetiva, una

defensa, pero subsiste en caso de exención de pena producto de miedo insuperable. Sin embargo, ya vimos que en los supuestos de exceso intensivo cubierto por miedo, en los que el perjudicado es el propio causante de la agresión, no parece que haya lugar a la indemnización por responsabilidad civil[604], por lo que respecto a este punto, la objetivación o subjetivación del juicio de racionalidad no parece presentar inconvenientes.

Por otro lado, más problemática parece la interpretación sobre la racionalidad del medio desde un punto de vista dogmático que defienda la separación entre los juicios de antijuricidad y culpabilidad. En este caso se deberá proceder a señalar cuál es la diferencia entre un examen de la racionalidad del medio que atienda a la exigibilidad de la conducta, como parece reclamar el propio texto legal y es afirmado por doctrina y jurisprudencia, y una cuestionable subjetivación del ámbito de lo justificado, ya que, de lo contrario supuestos de inculpabilidad, aun teniendo su origen en el ejercicio de una causa de justificación, recibirían el trato de auténticos casos de justificación de la conducta; lo que en definitiva, podría suponer confundir y solapar ambas categorías de la teoría del delito. Aunque, ciertamente, éste parece ser uno de aquellos ámbitos en los que la frontera entre ambas categorías es más tenue[605].

A mi entender, si se parte de que, según defendí en el Cap. II., el requisito de la racionalidad del medio en la legítima defensa conlleva una apelación a consideraciones de exigibilidad que posibilitan la toma de consideración de la perspectiva de la persona agredida, ciertamente, determinados excesos que objetivamente (esto es, desde la perspectiva de alguien no implicado en el conflicto) pudiesen constatarse (ejemplo: tras el examen del valor de los respectivos bienes jurídicos o de los medios de defensa existentes), no deberían, no obstante, impedir la aplicación completa de la eximente de legítima defensa, porque *la perspectiva de la persona agredida, al formar parte del juicio sobre la racionalidad*

---

emergencia, pero valorada subjetivamente desde su perspectiva y contando con escasos segundos para su opción".

[604] Vid, en este sentido, STS 30-6-1936 (RAJ 1511), 1-12-1948 (RAJ 1496) y 22-10-1980 (RAJ 4985), sobre improcedencia de la responsabilidad civil cuando el causante del miedo sea la propia víctima de la acción, lo cual parece adecuado, pues supone en definitiva tener en cuenta que en el inicio de la reacción defensiva (aun excesiva) existe una agresión ilegítima. En contra, vid. STS 2-10-1981 (RAJ 3597).

[605] Respecto a esta cuestión es particularmete ilustrativo ASHWORTH (1995:142-143): "Es bien conocido que la súbita amenaza a la propia integridad física puede conducir a las fuertes emociones de miedo y pánico, produciendo cambios psicológicos que llevan al individuo fuera de su 'ser normal'. (...). Desde el momento en que en esos casos la ley se aleja de unos estándars objetivos en favor de la indulgencia respecto a las emociones de los ciudadanos inocentes, el carácter de justificación de la acción aparece diluido por elementos de exculpación".

de la defensa mitiga las exigencias que objetivamente pudieran establecerse. Como ya remarcara SILVELA (cit. en DIAZ PALOS, 1974:48), no puede pedirse al acometido

> ...la suficiente tranquilidad de espíritu para hacer los raciocinios, cálculos y comparaciones que fácilmente se ocurren en la tranquilidad del gabinete. La palabra *racional* indica todo esto e impone a los tribunales la obligación de no ser demasiado severos al juzgar en materias tan delicadas.

Con ello, el ámbito de la exculpación representado por el recurso a la eximente de miedo insuperable para cubrir el exceso intensivo, quedaría reservado para aquellos supuestos en los que, por la magnitud del exceso -según pautas objetivas-, y aunque éste no se estimara suficiente para castigar la conducta, no pareciera adecuada la afirmación de la justificación de la conducta y así la negación al afectado de la posibilidad de defenderse legítimamente contra tal exceso.

5.3. Supuestos de provocación de la agresión.

Por último, para acabar con el estudio de las posibilidades de que la eximente de miedo insuperable pueda completar la falta de requisitos que impida la aplicación de la legítima defensa, debemos plantearnos si el miedo insuperable puede cubrir la ausencia del tercer requisito de esta eximente, esto es, la falta de provocación suficiente.

El gran problema interpretativo que plantea este requisito de la legítima defensa es que, si se acepta su relevancia y no se quiere por tanto derivar en una interpretación que conduzca a su superfluidad[606], es difícil encontrar el ámbito de casos en los que pueda afirmarse que existe una agresión ilegítima por parte del provocado (y posterior agresor), pero el provocador (que luego se defiende) debe ver penalizada su conducta por un actuar precedente (la provocación).

Y es que si se exige mucho para apreciar la existencia de una provocación suficiente (interpretación restrictiva, que parecen apoyar LUZON o MIR[607]) parece que en tales casos (duelo, provocación intencional) habría ya una agresión ilegítima por parte del provocador,

---

[606] Tal y como defiende nuestra doctrina penal mayoritaria, que rechaza el criterio mantenido por SILVELA y FERRER SAMA, según los cuales provocación suficiente es aquella que constituye una agresión ilegítima, con lo cual este requisito sería superfluo (vid. ANTON, 1949:278-279 y LUZON, 1991:152).

[607] Vid. LUZON (1991:156), que considera que sólo es provocación suficiente el caso de una riña mutuamente consentida o de un duelo; y MIR (1996:438), para que el sólo es suficiente la provocación intencional.

que no podría así ni siquiera beneficiarse de la eximente incompleta de legítima defensa. Y por otro lado, si la interpretación de este requisito fuese muy laxa (interpretación extensiva), equiparándose provocación suficiente a todo aquello que dé motivo u ocasión para la agresión (ej. mirada desafiante), entonces no parecería haber motivo suficiente para penalizar la conducta del provocador, implicando este requisito un *versari in re ilicita.*

Respecto al problema que nos interesa, esto es, si la eximente de miedo insuperable puede cubrir el exceso del provocador, aquí hay que partir de que la conducta del provocador da lugar a la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa, ya que el requisito de la falta de provocación suficiente no se considera un requisito esencial de esta eximente. La legítima defensa es incompleta por la existencia de la provocación, y por lo tanto, lo que la eximente de miedo debería cubrir es dicho acto de provocación.

Esta posibilidad quizás no puede descartarse de entrada[608], ya que ello dependerá en definitiva de la concreta configuración que se defienda sobre este requisito de la provocación suficiente, pero parece difícil que la eximente de miedo pueda exculpar el acto de provocación porque, según vimos en el Cap. III, es también un requisito de la propia eximente de miedo la no provocación responsable del peligro que origina el miedo.

6. Miedo insuperable y estado de necesidad (art.20.5 CP).

La relación entre las eximentes de miedo insuperable y estado de necesidad es quizás el tema más problemático y discutido respecto a la delimitación entre el miedo insuperable y el resto de causas de exención de la pena. Clara prueba de ello es el hecho de que en nuestra doctrina se haya llegado a subrayar que "algo que nunca ha sido aclarado por la doctrina española dominante son las relaciones entre el estado de necesidad y el miedo insuperable" (ROLDAN, 1983:508).

Esta problemática parece derivar, en primer lugar, de la propia evolución histórica de las eximentes; en concreto, del estado de necesidad, pues como ya mencioné, de estar concebida esta eximente de forma muy limitada y para un conjunto bastante definido de casos, pasó a configurarse de una manera amplia, tanto en referencia a la cualidad del mal causado en estado de necesidad (que dejó de estar limitado a un mal en la propiedad ajena:

[608] En nuestra doctrina se ha mostrado partidario de esta solución DIAZ PALOS (1974:52-53), pues según este autor el exceso por provocación de la agresión "podrá cubrirse o no conforme a las normas generales sobre la culpabilidad", concretamente con "el recurso de no exigibilidad de otra conducta".

reforma de 1932), como en lo que respecta a la cantidad o ponderación de tal mal (que dejó de requerir una superioridad del mal evitado para conformarse con su equivalencia: reforma de 1944). Así las cosas y a partir de tal ampliación del estado de necesidad, esta eximente y la de miedo insuperable parecían contemplar supuestos de hecho similares, y con requisitos coincidentes, por lo que es desde este momento cuando la relación entre ambas causas de exención de la pena se torna problemática y requerirá la atención de nuestra doctrina penal.

En segundo lugar, el acercamiento entre ambas eximentes tiene también su origen en su paralela fundamentación o configuración normativa. Es decir, cuando el miedo insuperable se aleja de los confines de las causas de inimputabilidad, rechazándose una interpretación exclusivamente psicológica del atributo de la insuperabilidad, y se afirma, por contra, su entendimiento normativo en función de consideraciones basadas en la idea de razonabilidad o exigibilidad, es cuando se descubre su paralelismo con la eximente de estado de necesidad, en la cual, son igualmente consideraciones normativas las que vienen a decidir cuando la amenaza de un mal, que no ocasiona un estado de inimputabilidad en la persona, puede dar lugar a la exención de pena por el delito cometido[609]. En definitiva, ambas eximentes parecen afrontar una problemática similar[610], ante lo que surge la duda y la necesidad de su delimitación teórica y práctica.

En lo que sigue presentaré las diversas propuestas de diferenciación que se han planteado en nuestra doctrina, que creo que pueden agruparse de la siguiente forma:

6.1. Diferenciación según el origen de la amenaza.

Un primer criterio de diferenciación ensayado por nuestra doctrina penal consiste en destacar el distinto origen del mal que amenaza en una situación de necesidad. De esta

---

[609] Como bien dice GOMEZ BENITEZ (1987:430), la eximente de miedo insuperable "se ha ido alejando cada vez más del terreno de la inimputabilidad, y aproximándose más al de la inexigibilidad de conducta distinta. (...) En este desplazamiento de la eximente desde una noción psicológica a otra normativa se puede hallar la frecuente confusión entre la actuación por miedo insuperable y la realizada en estado de necesidad". Por ello no analizaré en este apartado aquellas propuestas de delimitación entre el miedo insuperable y el estado de necesidad planteadas por autores como QUINTERO o CORDOBA que parten precisamente de la fundamentación exclusivamente psicológica de la eximente de miedo, pues aunque ello logra separar claramente ambas eximentes, crea a mi juicio, insolubles problemas de concurrencia con otras eximentes, y en concreto, según ya se analizó, con el trastorno mental transitorio.

[610] En este sentido, nuestro TS ha llegado a aludir en alguna sentencia a que el miedo insuperable consiste en una "situación de necesidad *sui generis*" (STS 10-10-1988, RAJ 7723, énfasis en la propia sentencia), o ha manifestado expresamente que la eximente de estado de necesidad es "en algunos casos, difícil de distinguir" del miedo insuperable (SAP Alicante, 8-5-1995, ACT. PEN., 1995, @161)..

manera, se afirma que los casos que vienen contemplados por la eximente de estado de necesidad son aquéllos en los que la amenaza o el peligro proviene de un suceso natural, *quedando reservada la eximente de miedo insuperable para aquellos otros en los que el mal tiene su origen en la amenaza de un tercero:*

> La diferencia [de la eximente de miedo insuperable] con el estado de necesidad (alternativa de sufrir un mal o inferirlo) no puede obtenerse si no es pensando que el miedo ha de ser producido por la amenaza de una tercera persona (vis moral) que viene a insertar en la motivación que antecede a la resolución de voluntad un motivo extraño y de influencia decisiva. (RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO, 1991:648)[611]

Como puede observarse, según este entendimiento del estado de necesidad y del miedo insuperable, ambas eximentes presentarían un ámbito de aplicación totalmente autónomo, basado en el origen del mal amenazante[612]. Este criterio de diferenciación presenta, sin embargo, a mi juicio, serios inconvenientes, que conducen a su desestimación.

En primer lugar, la argumentación sobre la que se apoya no parece convincente. De un lado, porque no parece cierto que este criterio sea la única forma de diferenciar entre ambas eximentes, pues tal y como veremos, existen otras maneras de establecer la distinción entre miedo insuperable y estado de necesidad[613]. Y de otro lado, porque tampoco parece correcto que esta diferenciación venga obligada por la regla de responsabilidad civil que contiene el código penal para el caso de exención de pena fruto de miedo insuperable. Tal regla, que no ha sufrido modificación en el nuevo Código Penal, prescribe que aunque no exista responsabilidad penal del que obra en virtud de esta eximente sí la hay de carácter civil, la cual corresponderá, en primer lugar y de manera directa a los que hayan causado el miedo, y subsidiariamente a los que hubiesen ejecutado la acción (art.118.1 regla 4ª CP). Partiendo de este precepto, los partidarios de este criterio de diferenciación según el origen del mal amenazante afirman que con ello el código penal estaría confirmando que en los

---

[611] En el mismo sentido DIAZ PALOS (1977:352): "en el estado de necesidad, aún inculpable, no se da el vínculo de causación psíquica en una relación bilateral de personas como acaece en el miedo insuperable" (vid. también QUINTANO, 1958:294, que alude a que en la eximente de estado de necesidad el "mal no ha de provenir de una persona...". Cabe destacar que algunas decisiones de nuestro TS han requerido la amenaza de un tercero para aplicar la eximente de miedo insuperable, así vid. STS 27-6-1949 (RAJ 869), 11-6-1959 (RAJ 2256), 12-5-1971 (RAJ 2287), 20-4-1985 (RAJ 2115).

[612] Cabe destacar que este criterio de diferenciación es el que parece aceptarse mayoritariamente en la doctrina anglosajona a la hora de diferenciar entre las defensas de *Necessity* y *Duress* (coacción) (vid. WERTHEIMER, 1987:146; ASHWORTH, 1995:217). Aunque, como veremos, no sin matices y problemas.

[613] Como bien subraya CUERDA ARNAU (1997:88-89) "es discutible la premisa de la que parte, esto es, la de que ese es el único modo de obtener la diferencia con el estado de necesidad".

casos de miedo insuperable nos encontramos ante una relación trilateral, pues existe un causante del miedo (A), un atemorizado que ejecuta el hecho mandado (B), y un tercero inocente sobre el que recae finalmente la acción (C)[614].

Sin embargo, lo cierto es que de una regla de responsabilidad civil no parece correcto deducir el ámbito de aplicabilidad de una eximente, pues la función de la responsabilidad civil parece ser el restablecimiento de la situación patrimonial alterada por el daño causado con la acción, lo cual, como parece lógico, puede decretarse en función de criterios propios y diferentes a los que deben servir para definir la esfera de aplicabilidad de la eximente en cuestión[615]. Afirmar lo contrario podría llevar al absurdo de exigir, por ejemplo, en el caso de la eximente de estado de necesidad, que para aplicarla debiera haber siempre una persona "en cuyo favor se haya precavido el mal", que cargara con la responsabilidad civil (art.118.1 regla 3ª CP).

En segundo lugar, debe destacarse que tal criterio de diferenciación parece suponer, ante todo, una restricción injustificada del ámbito de aplicación de la eximente de miedo insuperable. Y digo injustificada porque, de un lado y como ya he analizado, las razones que se dan para ello no parecen convincentes[616], y de otro lado y fundamentalmente, porque contra este criterio y la restricción aplicativa que lleva consigo, juega el decisivo hecho, aceptado mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia penal, de que, como vimos, la eximente de miedo insuperable puede cubrir los *supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa*; siendo así que en estos casos no existe una relación trilateral en la que la amenaza de un tercero provoque la acción delictiva, sino que se da meramente una de

---

[614] Así, señalan RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ (1991:648, not.13) que "Robustece esta interpretación la regla tercera del art.20 [el hoy art.118.1 regla 4ª] que distingue entre 'los que hubiesen causado el miedo' y 'los que hubiesen ejecutado el hecho' ". En el mismo sentido, DIAZ PALOS (1977:352)

[615] Como subrayan COBO/VIVES (1996:627, not.40) "No parece metodológicamente correcto inferir el contenido de la eximente de una regla relativa a la responsabilidad civil que pudiera derivarse del delito cometido bajo su amparo" (igualmente, CUERDA ARNAU, 1997:89 y 167, que califica tal argumento de "extravío metodológico", subrayando que "No parece correcto restringir el ámbito de la eximente a partir de una regla relativa a la responsabilidad civil"). Ciertamente, si de las reglas de responsabilidad civil parece dudoso que pueda derivarse la naturaleza jurídica de una eximente (vid. *supra* Cap. II), menos podrá de ellas deducirse el contenido aplicativo de la misma.

[616] Como subraya CUERDA ARNAU (1997:167): "la ley no limita las fuentes del miedo y si el intérprete decide que a ello obliga una interpretación respetuosa con el principio de vigencia, debe estar en condiciones de ofrecer algún argumento que, aunque pueda resultar discutible, sea, al menos, metodológicamente aceptable. Y no lo es en modo alguno inferir el contenido de una eximente de una regla relativa a la responsabilidad civil". Igualmente, señala GOMEZ BENITEZ (1987:435) que "Carece de base legal tal requisito [el de la existencia de una amenaza de un tercero], que sólo puede entenderse como un equivocado trasvase de la problemática de la legítima defensa a la del miedo insuperable".

carácter bilateral, pues la persona reacciona contra a la fuente del mal o temor. De esta forma, de seguirse el criterio de diferenciación discutido, parecería que estos supuestos no podrían ser contemplados por la eximente de miedo y recibirían así castigo penal[617]. Igualmente, parece que tampoco *los supuestos de legítima defensa preventiva* podrían solucionarse mediante la aplicación de la eximente de miedo insuperable, ya que, de nuevo, faltaría aquí una relación trilateral entre personas.

Por otra parte, merece la pena remarcar que la restricción del ámbito de aplicación de la eximente, que de aceptarse este criterio de diferenciación según el origen de la amenaza, se produce respecto a la eximente de miedo insuperable, afectaría también a la eximente de estado de necesidad, ya que, de seguirse tal criterio, no se podría plantear la posible exención de pena en los *supuestos de amenaza de un mal proveniente de un suceso natural en los que la persona causase un mal mayor que el evitado*, pues éstos serían casos de estado de necesidad no abarcables por la regulación legal, y que tampoco podrían solucionarse vía miedo insuperable, al no tener aquí la amenaza su origen en la amenaza de un tercero. Quizás existan razones, en un caso concreto, para denegar toda posible exención de pena en estos casos, pero lo criticable es que mediante la diferenciación en función del origen del peligro estas razones no se explicitan, y por lo tanto, no pueden ser objeto de discusión, al quedar estos casos automáticamente fuera del ámbito de aplicación de la eximente de estado de necesidad y también del miedo insuperable.

De hecho, como analizaré más adelante, los problemas que conlleva el criterio de diferenciación estudiado derivan de que la dualidad sobre la que se basa (amenaza de un peligro natural *versus* amenaza de un tercero) dista de ser clara; lo cual, evidentemente, plantea un problema de principio a este criterio de diferenciación.

Al margen de las razones presentadas que pueden considerarse, a mi juicio, suficientes para cuestionar la viabilidad de este criterio de distinción entre ambas eximentes, debe tenerse en cuenta un problema adicional. Este problema hace referencia a *las implicaciones dogmáticas de tal diferenciación de las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable en función del origen del peligro*. Dicho con otras palabras: hasta aquí se ha analizado la discusión sobre el ámbito de aplicación de la eximente de miedo insuperable,

---

[617] Solución que algún autor partidario de esta diferenciación según el origen del mal no parece dispuesto a admitir coherentemente; en este sentido, DIAZ PALOS (vid. *supra* notas 90 y 109), aunque defiende este criterio, afirma repetidamente que la eximente de miedo puede cubrir los supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa.

pero debe subrayarse que de ello se extraen también decisivas consecuencias respecto a la problemática de la justificación o exculpación de la conducta, pues, tal y como puede observarse en la opinión de los autores que defienden el criterio de diferenciación en función del origen de la amenaza, con tal criterio se está estableciendo conjuntamente el ámbito de aplicación de la eximente de miedo insuperable y el de la exculpación de la conducta.

Es decir, los autores partidarios de este criterio consideran que los supuestos en los cuales el origen de la amenaza proviene de un tercero no pueden estar nunca justificados, pues al derivar estos casos inmediatamente al miedo insuperable y defender la posibilidad de justificación de la conducta sólo respecto a un conjunto limitado de casos que pertenecen al ámbito del estado de necesidad, los casos de amenaza de un tercero (miedo insuperable) sólo podrán ser, como máximo, exculpados. Ello, evidentemente, merece alguna explicación, que estos autores no abordan, pues la imposibilidad de antemano de justificar la conducta del que obra amenazado por un tercero no parece ni mucho menos evidente[618].

En definitiva, la diferenciación en función del origen del mal no es, a mi entender, el camino correcto para trazar la diferencia entre las eximentes de miedo y estado de necesidad, pero si tal criterio de distinción se aceptara, parece que ello debiera ir seguido de una matización a nivel de la naturaleza jurídica de las eximentes en cuestión: o bien se acepta una diferenciación de naturaleza dentro de la propia eximente de miedo (existiendo casos justificados y otros meramente exculpados), o bien se declara que ciertos supuestos de miedo insuperable pueden dar lugar a la aplicación del estado de necesidad; aunque este último camino supone en definitiva negar el criterio de distinción del que se parte. De lo contrario debe explicarse por qué los casos de amenaza de un tercero no pueden ser nunca justificados, sea cual sea la proporción entre el bien salvado y el lesionado.

---

[618] Este problema ha sido también detectado por la doctrina angloamericana. En este sentido es particularmente ejemplificativo el Modelo de Código Penal elaborado para los Estados Unidos (MPC, 1985) que, aun aceptando la tradicional diferenciación entre *duress* (coacción de un tercero) y *necessity* (amenaza de un mal natural) a nivel del supuesto fáctico, no deriva de ello una diferenciación también a efectos de su respectiva naturaleza jurídica, sino que acepta, en su artículo dedicado a *duress* (art.2.09) que si la coacción de un tercero se refiere a una amenaza de un mal menor (*lesser evil*), el hecho podrá quedar justificado por la concurrencia de la defensa de *necessity*.

6.2. Diferenciación por la especialidad del miedo o del estado emotivo especial que afecta a la persona.

Más común parece en nuestra doctrina señalar que la diferencia entre las eximentes de miedo insuperable y estado de necesidad estriba en la especial motivación que guía a la persona que actúa por miedo insuperable, esto es, la emoción del miedo. De este modo, se subraya que esta eximente queda definida por tal estado emocional (el miedo), a diferencia del estado de necesidad, que no exige una motivación especial. Ello parece que ya fue destacado por ANTON (1949:311), quien, después de escribir que el estado de necesidad es compatible con la más perfecta serenidad de ánimo, añade que la eximente de miedo insuperable "radica en un estado emotivo especial, el miedo"[619].

Con ello, en primer lugar, se podría estar aludiendo a que la eximente de miedo es, en realidad, un supuesto específico de estado de necesidad caracterizado por la presencia del miedo. Ello ha sido defendido en nuestra doctrina, en base a la antigua regulación de la eximente de miedo insuperable, por CUERDA RIEZU (1984:250, not.11):

> Si se pone en relación el n.° 10 con el n.° 7, ambos del art. 8 [antiguo CP en el que el art.8.7 contemplaba la eximente de estado de necesidad y el 8.10 el miedo insuperable], se ve que coinciden en la existencia de un mal que amenaza como situación de necesidad previa, y en la exigencia de la proporcionalidad ("mal igual o mayor" dice el n.° 10); y se diferencian en que el estado de necesidad del n.° 7 no incluye el elemento del "miedo". Ambos preceptos están pues en relación de especialidad, siendo ley general el n.° 7 y ley especial el n.° 10 del art. 8. La situación de necesidad y la proporcionalidad son, por expresarlo gráficamente, el tronco común de ambas causas de justificación, mientras que "miedo", como elemento subjetivo, especifica a la eximente del n.° 10 del art. 8.

Como puede observarse, tal relación de especialidad entre ambas eximentes se basa en que con la anterior regulación de la eximente de miedo insuperable esta eximente y la de

---

[619] Vid., igualmente, QUINTANO (1958:294): "En el miedo, en fin, lo que en verdad le caracteriza [es] el influjo decisivo en la psiquis de quien lo sufre"; PUIG PEÑA (1969:54); DIAZ PALOS (1977:350): "La diferencia [entre estado de necesidad y miedo insuperable], repetimos, está en la raíz emocional del miedo, en tanto que el necesitado puede obrar con serenidad e incluso frialdad de ánimo"; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:411): "A diferencia de lo que sucede con el estado de necesidad, la razón de la exención es el componente subjetivo (el miedo)..."; LANDECHO/MOLINA (1996:383): "en el miedo insuperable (...) existe siempre una conmoción emocional. Del estado de necesidad se diferencia porque éste no supone una conmoción anímica"; QUINTERO (1996a:436 y 439): "En la eximente de miedo, en cambio, la **perturbación psicológica** reviste fuerza decisiva y suministra el fundamento esencial". Esta opinión ha encontrado también eco en alguna decisión jurisprudencial; así STS 12-6-1991 (RAJ 4694), que se refiere a

estado de necesidad parecían contemplar la misma exigencia de proporcionalidad (no causación de un mal mayor), y así, en definitiva, el mismo supuesto fáctico. Sin embargo, el principal inconveniente de tal relación de especialidad estriba en que, ciertamente, parece conducir a la superfluidad de la eximente de miedo, por poder venir recogido su ámbito de aplicación por la eximente de estado de necesidad que, contemplando el mismo supuesto de hecho, no exige ninguna motivación adicional.

Por esta razón, este criterio de distinción en particular y, en general, todo intento de diferenciación entre ambas eximentes que conduzca a una relación de especialidad entre el miedo insuperable y el estado de necesidad debe considerarse inadecuado, ya que no puede evitar la conclusión de que la eximente de miedo insuperable es superflua, pues, como bien dice BACIGALUPO (1985:95):

> La significación práctica del miedo, y naturalmente de esta eximente queda, por lo tanto, totalmente anulada: habiendo ya una eximente [estado de necesidad] que excluye la pena con menos requisitos, carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un mayor número de requisitos[620].

De todas formas, debe tenerse en cuenta que el argumento decisivo en favor de tal relación de especialidad, esto es, el hecho de que ambas eximentes contemplan el mismo supuesto fáctico, ha perdido su principal valedor: la redacción legal de la eximente de miedo, pues una vez ha desaparecido la estricta exigencia de proporcionalidad que el antiguo código penal requería con referencia al miedo insuperable, no parece posible fundar entre esta eximente y el estado de necesidad una relación de especialidad.

Por tanto, sólo queda la posibilidad de que mediante el criterio de diferenciación basado en el estado emocional del miedo, se esté aludiendo al hecho de que, siendo el miedo el aspecto distintivo entre ambas eximentes, una vez esté presente tal estado anímico especial, debe aplicarse inmediatamente la eximente de miedo insuperable, quedando con ello

---

que el estado de necesidad no exige "un estado emocional en el sujeto, que -como dice la doctrina- en el estado de necesidad puede decidir fríamente". Vid. también SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:319).

[620] Lo mismo parece que puede predicarse de la opinión de LUZON (1995a:4289) que, igualmente bajo la vigencia del antiguo CP, declara que para otorgarle un ámbito específico de aplicación a la eximente de miedo debe considerársela una causa de justificación: "A favor de esta tesis cabe el argumento de que si se causa un mal menor que el que amenaza pero se actúa sin miedo ello constituye indudablemente un estado de necesidad justificante, pero si se causa ese mismo mal menor que el que amenaza con miedo, la doctrina mayoritaria (favorable a la inexigibilidad) sólo excluye la culpabilidad, lo que es injusto". Pero si ello es así, de nuevo, lo más lógico sería la derogación de la eximente de miedo, pues su ámbito de aplicación ya queda cubierto, y bien cubierto, por otra eximente.

reservada la eximente de estado de necesidad para los supuestos en que tal emoción está ausente.

Sin embargo, el principal problema con el que esta posible diferenciación entre ambas eximentes debe enfrentarse es el siguiente: o bien se procede a una diferenciación de naturaleza jurídica dentro del ámbito de aplicación de la eximente de miedo insuperable, distinguiéndose entre casos justificados y meramente exculpados, o bien no se entiende por qué la existencia del estado emotivo del miedo va a desplazar inmediatamente la posible aplicación de la eximente de estado de necesidad, impidiendo con ello también la eventual justificación de la conducta.

Ni una ni otra posibilidad parecen convincentes. En primer lugar, no parece discutible que si se cumplen los requisitos exigidos para la justificación de una conducta por estado de necesidad, el hecho de que la persona haya obrado en virtud de miedo no puede impedir la justificación de la conducta, porque ésta parece atender, fundamentalmente, a la regulación socialmente correcta de un conflicto de intereses (ROXIN, 1994:165), y no al (y por tanto al margen del) estado emotivo de la persona; del mismo modo que el hecho de que el agredido ilegítimamente se defienda con miedo no impide que se declare justificada la conducta por legítima defensa, si se cumplen sus requisitos[621].

Y en segundo lugar, la alternativa de proceder a una diferenciación de naturaleza jurídica dentro de la propia eximente de miedo insuperable tampoco parece convincente por la siguiente razón. A mi entender, tal y como defendí al analizar la relación entre la eximente de miedo y la legítima defensa, *el criterio de solución de la relación entre la eximente de miedo y el estado de necesidad debe atender al decisivo hecho de que nuestro código penal ha establecido unos requisitos específicos para la exención de pena en virtud de de estado de necesidad*; requisitos más exigentes que los necesarios para eximir de pena por miedo insuperable, y que creo que tienen por misión, precisamente, establecer las barreras de la justificación de la conducta. Más allá de los límites definidos por la eximente de estado de necesidad (y por tanto cuando se incumplan sus requisitos) podrá proceder la eventual exculpación de la conducta en virtud de miedo insuperable que por tanto tendría por misión, a mi entender, posibilitar la exención de pena más allá de los supuestos de justificación

[621] Más enfáticamente señala CUERDA ARNAU (1997:166) que "No puede ser la presencia o la ausencia del miedo, lo que decida si una tal conducta resulta justificada o, simplemente, tolerada. Por absurda, hay que rechazar tal solución".

(cuando se incumplan sus requisitos) y en virtud de otras razones atendibles por el ordenamiento jurídico.

De esta forma, al igual que la eximente de legítima defensa parece tener por misión establecer los límites de la justificación de la conducta en la situación de agresión ilegítima, la eximente de estado de necesidad parece marcar las fronteras de la justificación, en los casos en que la amenaza de un mal no provenga de un injusto agresor[622]. Por tanto, en esos supuestos, independientemente del estado emocional de la persona, y con ello al margen de si actúa movido por miedo o con serenidad de ánimo, lo más correcto parece ser la aplicación de esas eximentes y no del miedo insuperable[623].

> Ejemplo: en la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29-5-1997 (TSJ/AP, 1997, nº 10, sent. nº 788) se declaran probados los hechos siguientes: "Germán G. V., el día 9 de septiembre de 1996 fue sorprendido cuando, a su llegada al aeropuerto de Barajas, procedente de Venezuela, era portador de la cantidad de 1.525 gramos de cocaína (...). Germán G. V. en ese momento se sabía afectado por el SIDA, en un estado ya avanzado de la enfermedad (...y) había aceptado realizar esa actividad de transporte, a sabiendas de la naturaleza del objeto, bajo la promesa de que le sería pagado en España el tratamiento que precisaba. Este no está financiado por la sanidad pública de su país y carecía de medios familiares y personales para procurárselo allí, por su alto coste". Ante ello la defensa fundó su petición de absolución en

---

[622] Me sumo, pues, aquí a aquellos autores que ya han señalado que el art. 20.5 del CP (eximente de estado de necesidad), contempla en todo caso una causa de justificación, debido a su regulación legal. Sin embargo, repárese que ello parece independiente del contenido que se le quiera otorgar a esta eximente. Es decir, aunque se defienda que la eximente de estado de necesidad es, en todo caso, una causa de justificación, queda todavía la tarea de definir cuándo se debe aplicar, ya que, por ejemplo, puede señalarse que los casos en los que colisionan dos vidas humanas no pertenecen a la eximente de estado de necesidad, ya que ésta, no se olvide, exige una ponderación de "males" y no meramente de los "bienes jurídicos" en juego. Sea cual sea, no obstante, el contenido que se le quiera otorgar a la eximente de estado de necesidad (dejo abierto, pues, aquí el tema de si esta eximente contempla los casos de colisión de bienes jurídicos equivalentes), lo que sí me interesa subrayar es que creo que debe concebirse como una causa de justificación que marca los límites de lo justificado en la situación de amenaza de un mal no ocasionado por una agresión ilegítima.

[623] Sin embargo, parece que los partidarios de la teoría de la diferenciación del estado de necesidad podrían tener problemas para fundamentar la aplicación preferente de la eximente de estado de necesidad sobre la de miedo cuando se cumplieran los presupuestos de ambas, por lo menos en los casos de estado de necesidad exculpante, ya que en estos casos en los que presupuesto y consecuencia dogmática es la misma, no acierto a ver cuál podría ser el criterio de distinción entre ambas. Y es que este criterio no podría ser simplemente que debe aplicarse la eximente de estado de necesidad porque exime de pena sin requerir el estado emocional del miedo, porque lo que nos interesa averiguar es qué hacer precisamente cuando está presente tal estado emocional y por tanto pueden aplicarse ambas eximentes (CUERDA ARNAU, 1997:166, escribe que "No puede ser la presencia o la ausencia del miedo, lo que decida si una tal conducta resulta justificada o, simplemente, tolerada", pero como puede apreciarse, esta autora sólo se refiere con ello a la preferencia del estado de necesidad sobre el miedo en los casos de estado de necesidad justificante, siendo así que defiende la teoría de la diferenciación del estado de necesidad, vid. pág.202 y ss. Por esta razón, como veremos, CUERDA ARNAU se ve obligada a ensayar un criterio alternativo de diferenciación entre ambas eximentes).

> la concurrencia de miedo insuperable. El tribunal decretó la absolución pero no la fundamentó en esta eximente, sino en el estado de necesidad, ya que "si tal sentimiento [el miedo] pudo pesar en el acusado, lo fue, precisamente, como proyección subjetiva de la situación material de conflicto representada por la alternativa en que se vio obligado a determinarse de la forma que lo hizo...".

En resumen, a mi entender, la presencia o no de miedo no debe ser lo decisivo a la hora de estimar aplicable en un caso concreto la eximente de miedo insuperable o de estado de necesidad, porque lo que diferencia ambas eximentes es algo más importante que la mera constatación de dicho estado emocional: es la resolución, justificada o no, del conflicto ante el que se enfrenta la persona.

De hecho, creo que ello ya ha sido remarcado por nuestra doctrina penal, pues debe advertirse que algunos de los autores que subrayan el factor emocional como la característica propia de la eximente de miedo insuperable, no trazan la diferencia entre esta eximente y el estado de necesidad únicamente en la presencia o no de un estado de miedo, sino que destacan que debido a ello, es decir, debido al particular estado emocional que atenaza a la persona, el legislador ha sido más flexible en la configuración de la exención de pena[624].

6.3. Diferenciación en función de la "objetividad e inevitabilidad" del peligro.

Una tercera posibilidad de diferenciación entre las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable es la propuesta por COBO/VIVES, que ha sido defendida y desarrollada pormenorizadamente por CUERDA ARNAU (1997) en una reciente monografía dedicada precisamente a este tema[625]. Esta propuesta parte de que, según defienden COBO/VIVES (1996:627):

---

[624] Así por ejemplo, el propio ANTON (1949:311) señala que debido a que lo que prima en la eximente sexta es el factor emocional del miedo "y sin duda porque en esta situación psicológica no es posible la reflexión, el legislador no ha hecho mención de que el mal conminante sea eludible por otros medios distintos a la realización del acto externamente delictivo" (en el mismo sentido MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, 1996:411: "A diferencia de lo que sucede con el estado de necesidad, la razón de la exención es el componente subjetivo (el miedo), no la situación objetiva del conflicto. Por eso, cabe apreciar esta eximente y no la de estado de necesidad, cuando el sujeto en la situación de pánico lesiona un bien jurídico, sin darse cuenta de que había otras formas de solución del conflicto"); lo que, como puede apreciarse, subraya otra diferencia con la eximente de estado de necesidad que, a mi juicio, es acertada, pues sirve para trazar también la adecuada separación entre la justificación y la exculpación de la conducta.

[625] "El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad".

> ...lo que diferencia al miedo insuperable del estado de necesidad es la *ausencia*, en aquél, de una *auténtica situación necesaria*, lo que ocurrirá tanto si el mal a considerar *procede de una amenaza* (y no de un proceso ineluctable), cuanto si dicho mal, aun apreciado por el autor como procedente de acontecimientos naturales inevitables, *carece de realidad.*

Sin embargo, lo cierto es que estos autores no fundamentan más allá de estas breves consideraciones su particular postura sobre la relación entre ambas eximentes. Esta tarea ha sido emprendida por la discípula del prof. VIVES, Mª Luisa CUERDA ARNAU, quien en la monografía mencionada considera que

> El art. 20 n.° 6 viene, en efecto, a cubrir supuestos que no son incardinables en el estado de necesidad por faltar, en tales casos, un auténtico conflicto objetivo e inevitable, que -según vimos- es exigencia conceptual del estado de necesidad. Así acontece *cuando el mal temido carece por completo de realidad y, también, cuando la efectiva materialización de aquél depende de la voluntad de un tercero y no de un proceso ineluctable.* (CUERDA ARNAU, 1997:212, énfasis añadido)

Como puede apreciarse, estos autores trazan una nueva relación entre las eximentes de miedo insuperable y estado de necesidad que se basa, en esta ocasión, en el diferente carácter del conflicto ante el que se enfrenta la persona: si éste es objetivo e inevitable se aplica estado de necesidad (CUERDA ARNAU, 1997:192-193, 201-202); por contra, cuando no sea objetivo (*mal irreal*) o inevitable (*mal proveniente de la amenaza de un tercero*) debe aplicarse la eximente de miedo insuperable.

En mi opinión, no obstante, esta nueva posibilidad de diferenciar entre ambas eximentes tampoco parece solucionar de forma satisfactoria el problema de la relación entre estado de necesidad y miedo insuperable; y ello por los siguientes motivos.

6.3.1. Crítica a la fundamentación histórica del criterio.

CUERDA ARNAU dedica la primera parte de su monografía al estudio del desarrollo histórico-legislativo comparado de las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable, del cual pretende extraer un importante apoyo en favor del criterio defendido; ya que, según esta autora, la distinción entre ambas eximentes en función del conflicto ante el que se enfrenta la persona (recordemos: objetivo e ineluctable en el estado de necesidad, irreal o no inevitable en el caso de miedo insuperable) se encuentra ya presente desde el propio origen histórico de ambas eximentes (1997:52 y ss.).

Para defender tal postura se apoya en los siguientes argumentos. Primero. Respecto al estado de necesidad, CUERDA ARNAU considera que la primera formulación histórica de esta eximente[626] contemplaba únicamente los supuestos de conflicto objetivo (amenaza de un mal real) entre bienes patrimoniales que fueran, además, de entidad distinta. Dicho estado de necesidad no contemplaba, pues, casos en que estuvieran en cuestión bienes personales, esto es, ni siquiera aquellos en que se dañaba la propiedad ajena para salvaguardar un bien personal (1997:57). Segundo; respecto al miedo insuperable, estima la autora que esta eximente recoge históricamente[627] sólo los casos en que el conflicto no es objetivo (mal fundado pero irreal) ni ineluctable (amenaza de un tercero). Tercero. Tal interpretación de ambas eximentes plantea el problema de determinar cómo eran tratados los casos de conflicto objetivo e ineluctable (casos así de estado de necesidad) que por afectar a bienes distintos de la propiedad, no podían reconducirse a la eximente de estado de necesidad, ni tampoco a la de miedo insuperable, debido a que esta última eximente se caracterizaba "por la ausencia de una auténtica situación de necesidad" (1997:61). Pues bien, respecto a este tema, la autora considera que es "más que probable que nuestros juristas de entonces participaran de aquella corriente de pensamiento (...) que concebía el estado de necesidad como algo prejurídico, de manera que no correspondía a la norma jurídica, sino a la ley moral, solventar estos conflictos" (1997:62)[628].

A mi entender, sin embargo, esta lectura de la configuración histórica de las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable no tiene en cuenta aspectos decisivos de la evolución histórica de ambas eximentes que, según creo, llevan a defender una distinta interpretación sobre su papel en el sistema de causas de exención de la pena.

En primer lugar, la idea de que el estado de necesidad se concibió sólo para regular los supuestos de conflicto entre bienes patrimoniales, aun cuando, ciertamente, encuentra sustento en la opinión de algunos autores de la época[629], ni parece derivarse de la

---

[626] Art. 8.7 CP 1848: está exento de responsabilidad criminal "el que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena siempre que concurran las circunstancias siguientes: 1°. Realidad del mal que se trata de evitar. 2°. Que sea mayor que el causado para evitarlo. 3°. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.".

[627] Art. 8.10 CP 1848: está exento de responsabilidad criminal "El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor". En la reforma de 1870 se añadió la referencia al "mal igual o mayor".

[628] Tales casos, pues, "estaban, sin más, fuera del Derecho" (1997:64) Por tanto, el sentido de las reformas de 1932 y 1944 que dota a la eximente de estado de necesidad de su actual amplitud, es interpretado por esta autora de la siguiente forma: "El nuevo estado de necesidad venía a regular jurídicamente lo que hasta entonces se había considerado una cuestión prejurídica" (1997:66)

[629] Vid. por ejemplo claramente en este sentido VIZMANOS/ALVAREZ (1853:82) y CARDENAS (1848b:101, aunque vid. los ejemplos que este propio autor cita sobre "el capitan de un buque que para

regulación legal, que sólo se refería a que el mal causado (no el amenazante) debía recaer sobre la propiedad, ni por otra parte puede considerarse la opinión mayoritaria de la doctrina, pues en la obra de otros autores se defiende claramente la idea contraria[630].

En segundo lugar, tampoco la configuración histórica que CUERDA ARNAU defiende de la eximente de miedo insuperable parece estar de acuerdo con la opinión, en este caso absolutamente mayoritaria, de nuestra doctrina y jurisprudencia histórica, que no duda en señalar que uno de los requisitos imprescindibles para la aplicación de esta eximente es la realidad del mal amenazante[631]; con lo que, ciertamente, *el miedo insuperable parece*

---

salvarlo con sus pasajeros arroja al mar los efectos que conduce (...) [o] el que para contener una inundacion causada por la entrada de un rio en un pueblo, toma alguna cosa ajena para tapar el agujero por donde el agua comienza á introducirse").

[630] Claro ejemplo de ello lo tenemos, a mi entender, en PACHECO (1867:161-162, énfasis añadido) que alude a que el estado de necesidad otorga un derecho "contra las propiedades que pueden *sernos*, ó pueden ser á otras de más importancia, motivo y orígenes de daño". Este "sernos" del que habla PACHECO es interpretado por CUERDA ARNAU (1997:58) de forma contraria, entendiendo que este autor "no pretendía con ello referirse a nuestras personas, sino a nuestros bienes; con toda claridad se deduce tal cosa de los ejemplos que cita...". Creo, no obstante, que la lectura de la obra de PACHECO no parece avalar la interpretación de esta autora, sino que, más bien, apoya la tesis de que el estado de necesidad puede aplicarse respecto a peligros que amenacen a la persona y no únicamente a la propiedad de quien actúa. Primero, por la analogía que el propio autor traza entre esta eximente y la de legítima defensa (dice "ese mismo derecho, y si no el mismo, un derecho semejante, nos asiste contra las propiedades..."), siendo así que no parece haber duda respecto de que esta última eximente permite la defensa de la persona; y segundo, porque, aunque ciertamente PACHECO alude a ejemplos en los que colisionan propiedad con propiedad, el primer ejemplo que cita hace referencia al supuesto del inminente naufragio de un buque, que sólo puede ser evitando lanzando la carga al mar, esto es, menciona un caso que parece un claro ejemplo de estado de necesidad en que la vida/integridad física de la persona (de los pasajeros) se enfrenta con la propiedad (la mercancía). Caso que PACHECO no duda en incluir en la eximente de estado de necesidad. Pero sin duda donde más claramente se aprecia que el estado de necesidad puede también eximir de pena acciones en defensa de bienes personales es en el comentario que este autor realiza sobre la responsabilidad civil en caso de estado de necesidad (vid. 1867:294: "Quien padece en sus propiedades para evitar la ruina de otras, ó para salvar algunas personas que estaban comprometidas, debe ser reintegrado por las personas ó por las propiedades á quienes salvó."). Es más, la primera sentencia de nuestro TS que apreció la eximente de estado de necesidad se refiere, precisamente, a un caso en que no se enfrentaban propiedad contra propiedad, sino vida e integridad física de la persona versus propiedad (STS de 3-11-1875, recogida en VIADA, 1890:166-167, que trata del supuesto de un toro de lidia, una vaca y dos becerros escapados de un corral y que penetran en el corral abierto del procesado, que ante el peligro de su presencia dispara contra ellos, matando a la vaca e hiriendo al toro. El TS aprecia la eximente de estado de necesidad sobre la base de que "el procesado, su familia y los vecinos del pueblo [estaban] expuestos á que, en una salida imprevista del toro, causara éste muchas desgracias y de muchísima más importancia que el daño producido..."; vid. también las sentencias sobre estado de necesidad recogidas en ROLDAN, 1983:475-476).

[631] En este sentido, vid. CARDENAS (1848a:323); GROIZARD (1870:269, 272); ESCRICHE (1876:117): "Pero no toda clase de miedo puede servir de exención. El núm. 10 del art. 8.° de nuestro Código penal, requiere para ello que el miedo sea insuperable; esto es, que sea real y no ilusorio"; CASTEJON (1926:594). Esta es también, en definitiva, la concepción jurisprudencial, como se aprecia en una de las primeras sentencias del TS al respecto (STS 15-11-1880: que deniega en el caso en cuestión la aplicación de la eximente por que no se aprecia "la existencia de un mal que real y verdaderamente amenazase al procesado"). Todo ello queda refrendado por el hecho de que el CP de 1928 incluyera ya expresamente,

contemplar en sus orígenes auténticos estados de necesidad, ante la inicial estrechez de esta última eximente.

En tercer lugar y por último, tampoco creo acertada la concepción de CUERDA ARNAU sobre la existencia de un estado de necesidad "prejurídico", más allá del código penal y fundado en la ley moral, cuya misión fuera la de impedir el castigo en todos aquellos casos de conflicto objetivo e ineluctable entre bienes personales o entre éstos y la propiedad. Exención de pena que, según esta autora, no podía alcanzarse mediante ninguna de las eximentes entonces presentes en el código penal; para lo cual habría de esperarse a las reformas del estado de necesidad de los CP de 1932 y 1944, que lo único que hicieron fue elevar ese estado de necesidad "prejurídico" a la categoría de jurídico (1997:59-64).

En mi opinión, esta hipótesis defendida por CUERDA ARNAU, aunque ciertamente pretende dar una respuesta plausible a la inicial limitación legislativa de la eximente de estado de necesidad, por un lado, no parece avenirse con la opinión de diversos autores que tratan explícitamente en sus obras el problema del conflicto entre bienes personalísimos y, o bien lo derivan, ante la inicial estrechez del estado de necesidad (limitado a la causación de males en la propiedad ajena), a la eximente de miedo insuperable que, como puede observarse, adquiere con ello el carácter de un propio estado de necesidad supletorio; o bien intentan fundamentar la exención de pena en estos casos en virtud de otras eximentes. En todo caso, según he podido comprobar, ningún autor alude a la existencia de un estado de necesidad prejurídico que pudiera solucionar esta problemática, sino que intentan encontrar un punto de anclaje para estos casos en el propio sistema de eximentes de la época:

> Ni hay para que temer, que si no se redacta de otro modo el número que examinamos [la eximente de legítima defensa] sufrirá una pena el náufrago que por salvar su vida lanza al agua á su compañero todavia mas desgraciado que él. (...) La causa de justificación, en la situación extrema que se pinta, no hay que buscarla en este número sino en el número 10 de este propio artículo. -El que sin ódio ni rencor contra una persona, solo por el temor de perecer si no se acoge en la lancha salvadora, lanza á su compañero en el mar, ese obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor ó igual; y exento de responsabilidad está y exento de responsabilidad debe ser declarado por los Tribunales (GROIZARD, 1870:223).
>
> [El miedo insuperable] ampara, en opinión de Groizard, al náufrago que lanza al agua a su compañero más débil, a fin de salvarse en un bote incapaz para sostener a los dos. Científicamente este hecho debe estudiarse y resolverse

entre los requisitos legales de la eximente de miedo, que el daño que amenazase fuera "cierto". Como explica JARAMILLO (1928:118) "Corresponde la nueva dicción del Código a la doctrina de la jurisprudencia que hizo incompatible la inimputabilidad con el daño incierto o simplemente sospechoso".

como "estado de necesidad"; mas no comprendiendo el núm. 7.° del art. 8.° otros males que los daños causados sobre la propiedad ajena, se ha de intentar incluirlo en otra circunstancia de exención... (CASTEJON, 1926:597)[632]

Por otro lado, la existencia de un estado de necesidad prejurídico parece estar también en contradicción con el pensamiento plasmado en gran parte de las obras de la época, que destacan y critican el raquitismo legislativo de la regulación del estado de necesidad.

En otras palabras, si algo parece enseñar el estudio histórico de la evolución de las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable, es más bien la reticencia de nuestro legislador histórico a dar entrada en el sistema de causas de exención de la pena a una eximente tan peligrosa como el estado de necesidad, que sólo parece aceptarse, tal y como sucede con la eximente de miedo insuperable, por el peso de la tradición legislativa española, y aun así de forma muy limitada[633]. No parece cierto, por tanto, que existiese un estado de necesidad prejurídico que solucionase los casos de necesidad más allá del Código penal, sino que, simplemente, la eximente de estado de necesidad fue admitida en principio muy limitadamente por nuestro legislador, por lo que los casos planteados de conflicto entre bienes personalísimos, o bien se reconducían a otras eximentes y entre ellas el miedo insuperable, o bien no podían quedar exentos de pena[634].

---

[632] No parece por tanto exacta la opinión de CUERDA ARNAU (1997:61) sobre que "ninguno de los autores de la época se planteó la cuestión que aquí se está debatiendo. Ni PACHECO, ni GROIZARD, ni VIADA ni muchos otros se cuestionaron siquiera el que hubiera casos de estado de necesidad que, por quedar más allá de los angostos límites del art.8. n.° 7, fuera preciso reconducir a alguna otra eximente -al miedo o a cualquier otra- con el fin de evitar tener que castigar lo que la recta razón dice que debe quedar impune"; pues, efectivamente, parece que sí se plantearon tal problema. En este sentido, a parte de los autores citados en el texto, puede mencionarse a PACHECO, que trata en un apartado de sus famosos comentarios el problema del ámbito general de aplicación de las eximentes, sus principios y sus posibles lagunas. Dentro de ellas examina la problemática general de la exención de pena por virtud de la *necesidad* (PACHECO, 1867:181-182) criticando al entonces vigente CP porque, en su opinión "se debía haber hecho mención de otros sucesos posibles, de aquellos [en] que la necesidad por sí sola autoriza". Para ilustrar esta laguna del CP pone el ejemplo del naufragio en el que "no queda más que un pequeño bote, donde caben poquísimas personas. Si yo cojo y lanzo al mar á uno de los que lo llenaban, para ocupar el puesto de que él se había apoderado ¿soy por ventura culpable de homicidio". Para este autor, no, porque "la necesidad me autorizó a cometer ese hecho horrible"; necesidad que, ante el silencio legal, sólo cree posible articular como exención de pena a través del antiguo art. 1 (definición del delito) o por analogía con otras eximentes del art. 8. A solución parecida llegan también VIZMANOS/ALVAREZ (1848:99-100) que, de nuevo, analizando las posibles omisiones del sistema de eximentes tratan el tema de la *extrema necesidad*, la cual entienden que puede encontrar apoyo en el art.1 del CP. (vid. también ALCUBILLA, 1850:281; VICENTE, 1873:134-136; y CARDENAS, 1848b:324).

[633] Tradición legislativa configurada por las Partidas, en las cuales se contiene la aceptación de la eximente de miedo, mientras que el estado de necesidad sólo aparece regulado fragmentariamente, concretamente en el supuesto de daño contra la propiedad ajena; significativamente, igual que en el CP 1848.

[634] En mi opinión existen varios indicios concluyentes de lo que en el texto se defiende. En primer lugar, la propia doctrina penal destacó la estrechez de la eximente de estado de necesidad, pero la justificó aludiendo a

Por todo ello, de la evolución histórica de nuestro sistema de eximentes no puede, a mi entender, extraerse la conclusión que pretende CUERDA ARNAU de que ambas eximentes han presentado desde siempre un ámbito de aplicación diferenciado en función de la objetividad e ineluctabilidad del mal que amenaza. Más bien, de tal evolución se deduce la parca aceptación de los supuestos de necesidad dentro del sistema de causas de exención de la pena[635], limitada a la eximente de estado de necesidad y de miedo insuperable; las cuales, sufrirán posteriormente una evolución desigual de la que surgirán problemas de

---

sus peligros, concretamente al hecho de que su amplia aceptación derivase en una pérdida de protección de la propiedad (vid. VIZMANOS/ALVAREZ, 1848:100: "seria peligrosísimo consignar en el código la declaracion de que una estrema necesidad era causa de justificacion completa. ¡Cuántos ladrones no se acogerian á ella!"; GROIZARD, 1870:272; COLL, 1902:568, y CARDENAS, 1848b:318-319). En segundo lugar, no puede olvidarse la fundamentación de la reforma penal de 1932, que extendió el estado de necesidad más allá de los supuestos de lesión a la propiedad ajena, por razones de "humanización y elasticidad del Código", por lo que no es que existiese un estado de necesidad fuera del código penal, sino que éste no existía más allá de los supuestos de lesión a la propiedad hasta el CP de 1932, que lo introdujo para solucionar esa laguna histórica y no meramente para explicitar lo hasta entonces admitido. En tercer lugar y por último, tampoco parece posible que los supuestos de estado de necesidad prejurídico fueran solucionados por la ley moral, pues nuestra doctrina penal ya subrayó al comentar las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable que éstas suponían, en realidad, límites a la rigurosa ley moral imperante en aquella época (paradigmático a este respecto es ESCRICHE, 1876:117, quien en su comentario al miedo insuperable escribe que "Bajo el aspecto de la ley moral, esta exención no es admisible, porque (...) nadie tiene derecho para arrojar sobre otro el peligro que la Providencia ha consentido que solo á él amenazara, vid. también CARDENAS, 1848b:315 y ss.; PEREDA, 1959:132; VICENTE, 1873:135; y GROIZARD, 1870:262-266).

[635] Actualmente el TS no se enfrenta a menudo con la problemática del "hurto famélico", pero sí ante su versión moderna, esto es, "hurto por drogodependencia", y en este tema se sigue apreciendo el mismo recelo a la hora de aplicar la eximente de estado de necesidad. A veces, ello se ha declarado incluso genérica y explícitamente, en este sentido, la STS 9-3-1990 (RAJ 2435), no tiene reparos en afirmar sobre esta eximente que "su alegación en un delito violento contra la propiedad tiene que ser mirada con desconfianza por razones elementales de salvaguardia de la convivencia y seguridad general". El discurso es el mismo respecto a la otra versión moderna del hurto famélico, que podríamos denominar "el tráfico de drogas famélico", en los cuales, la denegación del estado de necesidad se basa en una ponderación "preventivo-general" de males (vid. STS 8-10-1996, RAJ 7136: "partiendo de una lógica escala de valores, no ofrece ninguna duda que el tráfico de drogas entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente comisor, por muy agobiante que sea este problema, de ahí que la jurisprudencia de esta Sala haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico, ya que es tanta la incidencia negativa (podríamos decir, catastrófica) que provoca en nuestra sociedad a todos los niveles (personal, familiar, etc.), que hace difícil comprender que una persona pueda llevar a cabo la venta de drogas so pretexto de obtener unas ganancias para así salir de su precaria situación económica, por muy evidente y grave que ésta sea. Además, entender lo contrario, como bien razona el Ministerio Fiscal, sería tanto como abrir una puerta muy peligrosa a favor de la impunidad o semi impunidad de los que realizan estas detestables acciones"; en idéntico sentido, vid. STS 14-10-1996, RAJ 7574 y 23-1-1998, RAJ 52). A la pregunta sobre qué casos, pues, de "hurto famélico" podrían dar lugar a la apreciación de la eximente de estado de necesidad, puede contestarse aquí remitiéndonos a dos sentencias del TS y a sus divergentes comentarios: STS 23-2-1988 (ACT.PEN., 1988, nº 442) y STS 23-11-1991 (ACT.PEN., 1992, nº 143). Sobre este tema vid. también ROLDAN (1983:517 y ss.).

coordinación fundamentalmente respecto a la eximente de miedo. Problemas a los que más adelante intentaré dar una posible solución.

6.3.2. Crítica a la configuración de las eximentes de miedo insuperable y estado de necesidad.

Como ya he mencionado, la concepción de estos autores sobre las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable consiste en entender que la primera contempla únicamente los supuestos de conflicto o amenaza de un peligro objetivo (mal real) e ineluctable (proveniente de un suceso de la naturaleza), mientras que la eximente de miedo queda reservada así para los supuestos en los que amenaza un peligro que, o bien no es objetivo (amenaza de un mal irreal), o bien no es ineluctable o inevitable; aspecto este último que los citados autores consideran representado por los supuestos de amenaza de un tercero (CUERDA ARNAU, 1997:201-202, 212 y ss.).

En mi opinión este entendimiento sobre ambas eximentes no es convincente, porque provoca irresolubles problemas. En primer lugar, *se basa en una distinción que no parece agotar los supuestos de amenaza de un mal*, con lo que al no poder dar cuenta de todos los casos relevantes, podría producir una restricción injustificada del ámbito de aplicación tanto del estado de necesidad como del miedo insuperable. En este sentido, adolece del mismo problema que ya analicé al estudiar el primer criterio de diferenciación posible entre ambas eximentes (esto es, la diferencia según el origen del peligro: suceso natural -estado de necesidad- *versus* amenaza de un tercero -miedo insuperable-), porque, en definitiva, el criterio mantenido por COBO/VIVES y CUERDA ARNAU acaba también aceptando tal distinción, aunque no la configura como su único aspecto, sino que además de ello añade a la eximente de miedo insuperable los casos de mal irreal.

El problema al que me refiero se basa en que la división de los peligros meramente entre aquéllos que provienen de un suceso natural y los originados por la amenaza de un tercero, no parece tener en cuenta que la riqueza de las situaciones de necesidad desborda una clasificación tan limitada; con lo que, a mi entender, existirían ciertos casos que uno no sabría a ciencia cierta a qué eximente pertenecen.

Me refiero a los *supuestos en los que la amenaza no proviene de un suceso natural, pero tampoco de la actuación de un tercero, sino que surge del peligro que representa la propia*

víctima. En estos casos en los que es la propia víctima y no un tercero la fuente del mal, no existe una relación trilateral entre personas (amedrentador -A-, coaccionado -B- y víctima -C-), sino meramente bilateral, por lo que, suponiendo que el mal sea real, parecen existir dudas respecto su encuadre en el esquema aceptado por estos autores[636]. De esta forma, y por lo que se refiere a la eximente de miedo insuperable, los casos de *exceso intensivo en la legítima defensa por miedo*, y de *legítima defensa preventiva* en que no se cumplieran los requisitos del estado de necesidad, no podrían ser solucionados mediante la eximente de miedo insuperable, al no provenir el mal, en ellos, de la amenaza de un tercero[637].

Debe recordarse que, respecto a los casos de exceso intensivo en la legítima defensa por miedo, parece existir acuerdo en que pueden ser tratados mediante la eximente de miedo insuperable, por lo que este criterio de diferenciación parece conducir a una restricción injustificada del ámbito de la eximente de miedo insuperable[638].

El segundo problema que el criterio de diferenciación defendido por CUERDA ARNAU presenta es que *margina del ámbito de aplicación del estado de necesidad (y con ello de la posible justificación de la conducta) los supuestos de amenaza de un tercero*, sin que existan razones convincentes para ello. En este sentido, no se entiende por qué, siendo lo decisivo a la hora de aplicar el estado de necesidad la existencia, según estos autores, de una "auténtica situación necesaria" (COBO/VIVES, 1996:627); queda ésta negada en los supuestos de amenaza de un tercero, que de esta manera quedan automáticamente relegados al ámbito de aplicación del miedo insuperable.

---

[636] CUERDA ARNAU (1997:202,212,216) parece partir de que en la eximente de miedo insuperable se da tal relación trilateral, pues afirma repetidamente que en los casos de miedo el mal "depende de la voluntad de un tercero".

[637] También en Alemania se ha cuestionado la diferenciación de los supuestos de necesidad entre aquéllos en los que el mal procede de un suceso natural y aquéllos en que éste proviene de la amenaza de un tercero. En este sentido, replica BERNSMANN (1995:107) a KELKER (quien en su monografía dedicada al estado de necesidad coactivo (*Nötigungsnotstand*), defiende la distinción que cuestionamos) que esta diferenciación pasa por alto los casos de "estado de necesidad defensivo", en los cuales el peligro también proviene del comportamiento de una persona (y no de un suceso natural), pero plantean una problemática distinta a los casos en que éste deriva de la amenaza de un tercero.

[638] De hecho, la propia CUERDA ARNAU (1997:167) critica duramente la restricción del ámbito aplicativo de la eximente a que conduce la diferenciación por el origen de la amenaza; por lo que sorprende que finalmente, aunque no como único parámetro, acabe por incluirla en su propuesta. Ciertamente, debe señalarse que la autora parece consciente de la posible contradicción que ello contiene, por lo que en el final de su monografía intentará darle una solución a este problema. Solución que, como veremos, para salvar esta contradicción, acaba diluyendo su propio criterio.

Ciertamente, la ausencia de tal "auténtica situación necesaria" parece asumible en el caso de que el mal que amenace a la persona tenga sólo realidad en su imaginación, ya que aquí, en puridad, no parece existir un verdadero conflicto entre bienes jurídicos; pero la afirmación de que en la misma categoría cabe incluir los supuestos en que la amenaza no provenga de un suceso natural[639], sino de la actuación (amenaza) de un tercero es, como la propia CUERDA ARNAU (1997:216) reconoce, "una afirmación polémica", que requiere una detallada y convincente argumentación. Y los argumentos que nos ofrece esta autora, a mi juicio, no parecen serlo.

Según CUERDA ARNAU (1997:215-220) en los supuestos de amenaza real de un tercero (las amenazas supuestas no dejarían de ser otro supuesto de mal irreal), "se desestima su calificación como supuestos de estado de necesidad", porque siendo este último un proceso de naturaleza causal caracterizado por el hecho de que "la inactividad supondría la segura pérdida del bien en peligro" (1997:218); por contra, en el supuesto de la amenaza de un tercero

> hay que concluir afirmando que quien actúa pretendiendo condicionar el impredecible comportamiento de un tercero del que dimana el peligro, se limita a eso: a dar motivos para que éste decida actuar en un sentido o en otro, pero de su actuar no depende -rigurosamente hablando- la salvación del bien en peligro. Así pues, definido el estado de necesidad como conflicto objetivo entre bienes, en circunstancias tales que la salvación de unos depende del sacrificio de los otros, hay que concluir que, ante un proceso intencional no estamos ante un tal estado. Precisamente por lo dicho, propondré -como veremos- reconducir tales supuestos al miedo insuperable. (1997:202)[640]

reafirmándose más adelante la autora en que asignar el carácter de inevitable a la amenaza de un tercero "equivale a decir que somos capaces de determinar la conducta de un tercero, y

---

[639] Obsérvese que parece que los autores partidarios del criterio de diferenciación que discutimos suponen que en los casos de peligro proveniente de un suceso natural el mal es ya por ello inevitable; cuando esto no parece estar tan claro.

[640] "El concepto de estado de necesidad remite, pues, a un proceso causal, por cuya virtud uno de los bienes en conflicto va objetivamente a perecer. Se trata, por consiguiente, de un conflicto que pertenece al mundo exterior y no al de las motivaciones. Pretender otra cosa, esto es, afirmar que dicho estado remite también a procesos intencionales -como son los supuestos de amenazas- es contravenir la verdadera esencia de las cosas, pues la acción de salvaguarda emprendida ante un proceso motivacional *nunca*, ni en abstracto, podría tener la cualidad de 'necesaria'. Así es porque para aceptar que esa acción pueda conjurar -en una consideración *ex ante*, de naturaleza *objetiva*- el peligro que se cierne sobre el bien jurídico, hay que aceptar también que somos capaces de determinar lo que está dentro de la conciencia de un sujeto. Tal cosa supondría, obvio es decirlo, optar por una concepción determinista, según la cual son también leyes necesarias las que rigen el comportamiento humano" (1997:201).

esto, es última instancia, no es más que optar por una concepción determinista" (1997:219).

A esta argumentación pueden formulársele, en mi opinión, importantes objeciones. De un lado, sinceramente, no se alcanza a comprender de dónde extrae la autora tal concepción del estado de necesidad como un "conflicto objetivo, [en el que] (...) el mal acontecerá *necesariamente*, como acontece todo fenómeno causal" (1997:216, énfasis añadido)[641], y de otro lado y fundamentalmente, lo que a mi juicio es sumamente discutible es que, precisamente, ese carácter diferenciado de los peligros provenientes de un suceso natural respecto a los que derivan de la amenaza de un tercero, deba ser lo decisivo para configurar el ámbito aplicativo de ambas eximentes, y como veremos, para decidir sobre la justificación o exculpación de la conducta.

Más atinadas son, a mi juicio, las consideraciones de BERNSMANN (1989:142-146) sobre el problema y las implicaciones de la diferenciación, dentro del estado de necesidad, entre peligros provenientes de la naturaleza y aquéllos que tienen su origen en la coacción de una persona. En su opinión, efectivamente, desde un punto de vista científico-naturalista no cabe duda de que los sucesos o peligros naturales, como por ejemplo la propagación de un fuego, pueden ser previstos y mesurados por leyes causales basadas en los conocimientos científicos (sobre por ejemplo, la velocidad y dirección del viento, las condiciones ambientales...), mientras que, por lo menos, la misma certeza o los mismos pronósticos no pueden hacerse al respecto de los peligros provenientes de la acción humana. Así, por ejemplo, cuando A amenaza con una pistola a B, exigiéndole que torture a C, nadie puede saber con el mismo grado de seguridad que en el ejemplo anterior si, efectivamente, de negarse B éste sería ejecutado por A. Por ello, como dice este autor, "bajo estas premisas, en relación al enjuiciamiento de comportamientos futuros de las personas debiera hablarse más bien de *especulaciones*, que de *pronósticos*" (BERNSMANN, 1989:144).

---

[641] Si mi entendimiento es correcto, el único argumento explícito que ofrece la autora es que "tal y como precisa el Diccionario de la Real Academia, necesario es aquello que 'precisa, forzosa o inevitablemente ha de ser o suceder'. El concepto de estado de necesidad remite, pues, a un proceso causal, por cuya virtud uno de los bienes en conflicto va objetivamente a perecer" (1997:201). Sin embargo, el mismo Diccionario también define "necesario" como "lo que se hace y ejecuta obligado por otra cosa", así como, "necesidad" como "especial riesgo o peligro que se padece, y en que se necesita pronto auxilio". Por otra parte, en la doctrina penal se ha señalado que el estado de necesidad tiene como sustrato fáctico "una situación en la que aparezca como *no absolutamente improbable* la lesión de un bien jurídico" (CEREZO, 1997b:13, énfasis añadido)

Sin embargo, como el propio BERNSMANN subraya a continuación, desde el punto de vista del merecimiento de protección de la persona (*individuelle Schutzwürdigkeit*), no existe ninguna diferencia entre el peligro que proviene de un suceso natural y el derivado del actuar humano; sencillamente porque la única prueba verdaderamente fiable de que, siguiendo con nuestro ejemplo, A no hubiera disparado a B de negarse éste a seguir su amenaza, sería que éste, de hecho, se negase a ello, bajo el precio de que, efectivamente, ello le costara la vida.

Por tanto, lo que el Derecho Penal ha de decidir para valorar las situaciones de necesidad es si en este tema sigue fielmente las diferencias que, ciertamente, las leyes físico-causales demuestran entre ambos casos, o si por el contrario considera otros aspectos de mayor relevancia para su función. En mi opinión, la segunda opción y con ello el rechazo de una diferenciación naturalista que, según creo, poco aporta al derecho penal, parece más convincente[642].

De esta forma, creo que, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia de 12-3-1990 (LA LEY, 1990-3, pág. 147), en el que una persona amenaza a otra con una pistola para que, bajo la amenaza de muerte, le firme unos cheques, que luego resultan impagados (delito de cheque en descubierto, según el antiguo código penal), no podría negarse razonablemente que el peligro para el firmante del cheque era inevitable de no acceder a las demandas del amenazante, por lo que éste se encontraba, ciertamente, en una situación de necesidad. Negar su existencia en este caso, por el hecho de que el mal depende de la voluntad de un tercero, y en definitiva, negar con ello la posible aplicación del estado de necesidad, significa que la víctima de la amenaza ha de cargar con la posibilidad de que el amendrentador renuncie a sus propósitos.

---

[642] Sobre la crítica de CUERDA ARNAU de que ello supone aceptar una concepción determinista de las acciones, debo decir, respetuosamente, que ello me parece exagerado y poco conforme con la realidad del derecho penal. Si realizar especulaciones sobre la conducta futura de las personas basadas en los hechos y en nuestra experiencia es aceptar el determinismo, entonces creo que nuestro código penal parte sin duda de una tal concepción, porque lo cierto es que contiene numerosas prescripciones que enjuician hechos que dependen de la causación humana, lo cual, de hecho, parece inevitable para el derecho penal. Considérese en este sentido la normativa de la autoría y las formas de participación, en la que se condena a ciertas personas como inductoras, porque provocan que otras realicen un delito, siendo así que, de seguir la tesis de CUERDA ARNAU no parece que pudiéramos castigar al inductor, porque ello supondría aceptar que la actuación de los terceros puede motivar y causar las acciones de otros. En definitiva, el derecho penal trata de las acciones humanas y no puede prescindir de su enjuiciamiento por el hecho de que no pueda verificarse científicamente de forma indubitada su efectivo acaecimiento.

Ciertamente, el problema que plantean los supuestos de amenaza de un tercero es que en estos casos es más factible que existan otros medios a los que recurrir antes que la lesión al bien jurídico, pues los casos de amenaza de un peligro natural, por su inminencia, no dejan frecuentemente a la persona otras alternativas de acción. Pero lo que no se puede descartar es que también en los casos de amenaza de un tercero quepa calificar al peligro como jurídicamente inevitable, que es, en definitiva, lo que debiera importarle al derecho penal, y no tanto, si éste es o no, desde una perspectiva científico-naturalística, inevitable.

En tercer problema que presenta el criterio de diferenciación discutido es que *podría conducir a castigar determinados casos que no debieran serlo*, al dejar fuera del ámbito de aplicación tanto del miedo insuperable como del estado de necesidad dos situaciones relevantes: por un lado, los supuestos de estado de necesidad putativo en los que no pudiera afirmarse que la persona padezca miedo; y por otro lado, los casos de amenaza de un peligro natural en los que se cause un mal mayor.

Empezando por el primer supuesto, cabe preguntarse dónde se sitúan los casos de amenaza de un peligro natural en los que existe un error respecto a dicho peligro (*estado de necesidad putativo*), y no pueda afirmarse que la persona sufra miedo. Estos supuestos de estado de necesidad putativo, para los que CUERDA ARNAU (1997:212 y ss.) reserva la eximente de miedo insuperable[643], presentan así el problema de que esta eximente exige un determinado estado emocional, el miedo, siendo así que, aunque se defienda una interpretación flexible (vid. *supra* Cap. III) de la presencia de tal estado emocional en los supuestos de amenaza de un mal, pueden haber supuestos en los que no sea posible afirmar la existencia de miedo[644].

---

[643] Postura a la que se suma SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:319).

[644] CUERDA ARNAU parece consciente de este problema. Por eso defiende una noción muy amplia de lo que cabe entender por miedo, que haría que estuviera presente en toda actuación en estado de necesidad. Vid. 1997:165: "Nada más común en el lenguaje ordinario que decir, por ejemplo, que el médico que, en estado de necesidad, decidió salvar la vida de la madre y sacrificar la del feto, lo hizo porque tenía miedo de que aquella muriese. Que lo hiciera con serenidad de ánimo no quita el que, en efecto, temiese por su vida; es más, la ley, por medio del elemento subjetivo, le exige que así sea". A mi entender, no obstante, lo afirmado por la autora es problemático, pues, según creo, no parece que ningún autor haya considerado necesaria la presencia de miedo o temor en la actuación de la persona que lleva a cabo la acción en estado de necesidad. Quizás por esta razón, aunque OCTAVIO DE TOLEDA/HUERTA (1986:379-380) consideran que la diferencia entre el estado de necesidad y el miedo insuperable estriba en que en la primera siempre ha de darse un conflicto real (mientras que en el miedo insuperable el mal no tiene por qué ser real), no derivan los supuestos de estado de necesidad putativo al miedo insuperable.

Por lo que se refiere al segundo caso en el que el criterio defendido por CUERDA ARNAU podría conllevar un exceso de punibilidad, debe destacarse que parecen quedar fuera de la posible aplicación de ambas eximentes los supuestos en los que la amenaza provenga de un suceso natural real, y sin embargo, el mal causado por la persona sea mayor que el evitado, ya que aquí, según lo defendido por esta autora no cabrá aplicar ni estado de necesidad (al ser el mal mayor) ni tampoco miedo insuperable (ya que el mal, ni es irreal, ni proviene de la amenaza de un tercero). Como ya mencioné, quizás existan razones en un caso concreto para apoyar tal conclusión, pero lo criticable es que la configuración que se defiende sobre ambas eximentes cierra el paso definitivamente a la posible discusión de tales razones, y por tanto, evita de entrada la posible exención de pena en dichos casos.

> Considérese en este sentido, por ejemplo, el caso planteado en la doctrina americana por KADISH/SCHULHOFER (1989:939-940): por una carretera muy estrecha, con barrancos de gran profundidad a ambos lados, circula un coche conducido por A. Este, en un momento determinado del camino, observa a dos individuos en medio de la calzada. Ante ello intenta frenar, pero se da cuenta de que los mecanismos de freno de su auto se han averiado, por lo que sólo le quedan dos opciones, o atropella a ambos individuos para salvarse o se desvía cayendo por uno de los barrancos. En esta tesitura opta por lo primero[645].

A CUERDA ARNAU, ciertamente, no se le escapa este problema; por ello, después de defender la concepción sobre ambas eximentes presentada, afirma al final de su monografía que, con la nueva regulación sobre la eximente de miedo, ésta puede cumplir otras funciones, y en concreto, la función de eximente supletoria con respecto a otras, como el estado de necesidad o la legítima defensa. Respecto al estado de necesidad, señala que

> ...conceptualmente no hay inconveniente alguno en incluir en el miedo insuperable hipótesis de auténtico estado de necesidad, en las que el mal causado fuera superior que aquél frente al que se actúa. (1997:220-221)

Sin embargo, llegados a este punto, no puede dejar de señalarse la contradicción en la que parece incurrir, a mi juicio, la autora; pues aunque ella manifieste expresamente lo contrario (1997:220 not. 503), tal función supletoria del miedo insuperable no parece compatible con su concepción sobre la eximente de miedo y del estado de necesidad. Me explico; según hemos visto, la concepción defendida por CUERDA ARNAU supone defender un ámbito

---

[645] En este caso, siguiendo la propuesta de COBO/VIVES y CUERDA ARNAU, no se podría eximir de pena, aunque sí cabría tal exención si el caso fuera el mismo pero el conductor no se hubiera detenido obligado por su pasajero (un preso fugado que le amenaza con matarlo si se detiene ante el control policial).

de aplicación autónomo para cada una de ellas, en función del carácter del conflicto ante el que se enfrenta la persona. Ambito de aplicación diverso que se caracteriza por el hecho de que la eximente de miedo insuperable no contempla supuestos de estado de necesidad (esto es, de "auténtica situación necesaria"). Pero ahora, la autora, al defender la posible aplicación supletoria del miedo insuperable respecto a la eximente de estado de necesidad, acepta que, entonces, en realidad, existen casos de estado de necesidad que lo son también de miedo insuperable.

En mi opinión, como veremos más adelante, esta función supletoria del miedo insuperable respecto al estado de necesidad marca el camino correcto a seguir, pero ello es, ciertamente, incompatible con la previa posición de esta autora: si se definen los conceptos de estado de necesidad y miedo insuperable de una forma autónoma, de forma que el miedo insuperable no pueda recoger supuestos de estado de necesidad, tal y como llevan a cabo los autores que defienden este criterio de diferenciación, entonces debe ello mantenerse hasta el final, lo cual implica que la eximente de miedo insuperable no puede desempeñar una función supletoria respecto al estado de necesidad.

Lo mismo cabe decir, de la función supletoria que CUERDA ARNAU atribuye al miedo insuperable respecto a la legítima defensa, en concreto, en los casos de exceso intensivo producto de miedo (1997:221); pues ello supone también contradecir el concepto de miedo insuperable del que se parte, ya que en los casos de exceso intensivo, ni el mal es irreal, ni procede de la amenaza de un tercero.

6.3.3. Crítica a las implicaciones dogmáticas de la diferenciación.

Por último, y para acabar con la discusión sobre el criterio de diferenciación propuesto por COBO/VIVES y CUERDA ARNAU, debe señalarse que aunque ello no es explicitado claramente por los autores que defienden este criterio, quizás la razón fundamental que les lleva a su defensa es el hecho de que consideran que la situación de necesidad creada por la amenaza de un tercero no debe ser nunca justificada, sino que, como máximo puede quedar exculpada. Por ello, se reconducen estos casos a la eximente de miedo, de la que no se duda en afirmar su naturaleza como causa de exculpación. En este sentido, CUERDA ARNAU (1997:220), al finalizar su defensa de la inclusión de los casos de amenaza de un tercero en la eximente de miedo insuperable alude a que

> En definitiva, conviene plantearse si, en efecto, estamos decididos a admitir -no sólo en estos casos, sino en cualquier otro asimilable- que una acción realizada bajo el peso de una amenaza puede ser calificada, con todas sus consecuencias, como una acción jurídicamente justa.

No me detendré aquí a valorar esta concepción que rechaza la posibilidad de la justificación de la conducta en los casos de necesidad provocados por la amenaza de un tercero, porque en el Cap. II tuve ya ocasión de cuestionar los argumentos sobre los que se basa esta tesis. Baste aquí señalar que el argumento basado en las consecuencias reflejas derivadas de la justificación de la acción realizada por el coaccionado (la víctima final no podría ejercitar legítima defensa contra la acción del coaccionado) no parece convincente, porque el tercero inocente afectado, aunque la conducta del coaccionado esté justificada, no tiene por qué tolerarla, pudiendo reaccionar mediante el estado de necesidad.

A ello añade CUERDA ARNAU que de estimarse justificada la acción del coaccionado, éste tendría por tanto derecho a realizarla y así la policía no podría evitar su acción. Lógicamente, esta crítica sólo valdría en el supuesto de que la policía tuviera conocimiento del peligro que amenaza al coaccionado y que le obliga a realizar tal acción, ya que, de lo contrario (esto es, de no saber los policías que la persona actúa para evitar un peligro) un examen *ex ante* conforme a deber otorgaría ya a los policías el derecho a intervenir. Pero, de todas formas, a mi entender, si la policía supiese, siguiendo con el ejemplo que propone CUERDA ARNAU (1997:217), que el coaccionado paga el rescate para liberar al secuestrado, entonces, *si su conducta está justificada por no existir otros medios para liberar al secuestrado*, no creo que la policía tenga derecho a impedir el pago del rescate, por lo que ello no podría servir de argumento para negar la justificación de la conducta en casos de amenaza de un tercero[646].

Igualmente, tampoco parece decisivo el argumento, utilizado por la doctrina alemana para rechazar la posibilidad de justificar la conducta en los casos de estado de necesidad originado por la amenaza de un tercero, relativo a que el coaccionado cede a la amenaza del amedrentador y con ello al injusto. Ello significa trasvasar el juicio sobre el comportamiento de este último al que ha de realizarse respecto del llevado a cabo por el coaccionado (sobre ello vid. *supra* Cap. II).

---

[646] Como bien dice RENZIKOWSKI (1994a:68-69): "es dudoso que la evitación [por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad] de una actuación necesaria que sirve para rechazar un mal preponderante, pueda considerarse proporcionada. ¿Pueden los funcionarios policiales, que no han podido evitar la coacción, colocar con su intervención al coaccionado ante un peligro mucho mayor?. También el coaccionado tiene derecho a la protección policial".

Lo único que sí quisiera poner de manifiesto es que ni siquiera de aceptarse tales argumentos que niegan la posibilidad de justificar la conducta en caso de peligro proveniente de la amenaza de un tercero, podría ello considerarse un argumento definitivo en favor del criterio de diferenciación entre el estado de necesidad y el miedo insuperable discutido, por lo menos para aquellos autores que, como los que defienden este criterio, parten de la teoría de la diferenciación respecto a la naturaleza jurídica del estado de necesidad (CUERDA ARNAU, 1997:202-211), pues siendo así, por qué no considerar tales casos como de estado de necesidad disculpante.

En otras palabras, si lo que se quiere con el criterio de diferenciación estudiado es evitar que ciertas situaciones de estado de necesidad (las que tienen su origen en la amenaza de un tercero) puedan dar lugar a la justificación de la conducta, ello no es una razón para trasladar tales supuestos al ámbito de aplicación del miedo insuperable, pues este resultado se podría ya obtener considerándolos pertenecientes al ámbito de aplicación del estado de necesidad exculpante, que según estos autores, se encuentra también recogido en el art. 20.5 CP.

6.4. Conclusión: la función supletoria del miedo insuperable respecto al estado de necesidad.

En mi opinión, la evolución histórica de las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable plantea algunos interrogantes que pueden ayudarnos a solucionar el tema de la relación entre ambas eximentes.

Analizada la reticencia que, según creo, caracteriza la posición del legislador histórico respecto a la eximente de estado de necesidad, cabe preguntarse por qué fue aceptada sin tantos problemas y limitaciones la eximente de miedo insuperable. A mi entender, ello deriva de que esta eximente no presentaba los peligros que creían vislumbrarse en la promulgación de una causa de exención de la pena por una causa tan indeterminada como la necesidad:

> No ignoramos que se ha dicho "*Necessitas non habet legem: quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum*". Mas las consecuencias de esta doctrina serían peligrosas sobre todo en derecho penal (...). La necesidad y la miseria

> deben ser circunstancias de atenuación de los delitos (...) mas no causa de justificación completa. (GROIZARD, 1870:272)[647]

Por eso, tradicionalmente no ha habido tantos problemas para reconocer la eximente de miedo o una análoga, como sí los ha tenido el reconocimiento genérico de la eximente de estado de necesidad. Como subraya ESCRICHE (1876:119):

> ...la exencion por el daño que á causa de un miedo de un mal grave se ocasiona á una persona inocente, se funda en la inconveniencia de exigir la ley positiva una firmeza heróica; por eso esta exencion se extiende á menos que las anteriores, puesto que solo tiene lugar cuando el mal que nos amenaza es muy grave.

Aquí queda, pues, explicitado por qué la eximente de miedo insuperable fue la primera eximente genérica admitida para los supuestos de necesidad o amenaza de un mal: porque, debido a su fundamento y configuración, sólo podía encontrar aplicación en supuestos muy determinados en los cuales la resistencia de la persona pudiese considerarse heroica[648], por lo que, dicho gráficamente, esta eximente difícilmente se podía escapar de las manos del legislador.

Por tanto, creo que puede afirmarse que la eximente de miedo insuperable fue la primera versión histórica de alcance general del problema que representaban los supuestos de

---

[647] Subraya ANTON (1949:293-294) que, a pesar de que la eximente de estado de necesidad encuentra reconocimiento parcial en ciertos supuestos específicos en la legislación antigua, su consideración como eximente genérica es muy tardía. Y aún así, limitada a las lesiones en ciertos bienes jurídicos (la propiedad). Sin embargo, la eximente de miedo o violencia moral está presente ya como eximente genérica desde el primer código penal (el de 1822). Es ilustrativo también analizar la evolución paralela acontecida en los ordenamientos de otros países, como por ejemplo Alemania. Respecto a este país puede verse el análisis de KÜPER (1984) o KELKER (1993:13-16) que demuestran como las primeras prescripciones del estado de necesidad hicieron referencia a la situación de amenazas. Y por lo que respecta al ordenamiento angloamericano, es curioso también observar la gran tradición de la defensa de *duress* (coacción de un tercero), frente a los problemas que todavía existen para el reconocimiento de la defensa de *necessity* (vid. ALLEN, 1995:158, que cita la reacia opinión de varios jueces británicos en casos en que se planteó la defensa de *necessity*: "La defensa de *Necessity* abriría una puerta que nadie podría cerrar. (...) La alegación sería una excusa para toda clase de delitos. Por ello los jueces, en favor de la ley y el orden, deben adoptar una firme posición").

[648] Fueron muchos, en este sentido, los autores que remarcaron que esta eximente sólo podía ser aplicada cuando el mal que amenazase fuese de extrema gravedad. Vid. por todos CARDENAS (1848:321): "solamente cuando peligra nuestra vida podemos ejecutar lícitamente un acto penado por la ley". Añádesele a ello la exigencia ya estudiada de que el mal que amenazase fuera real e inminente y podremos llegar a la conclusión de que la eximente de miedo sería de aplicación en supuestos muy excepcionales.

amenaza de un peligro o mal en situaciones de necesidad (esto es, al margen de los casos de agresión ilegítima)[649].

Ello plantea la pregunta concerniente a por qué la articulación de los supuestos de necesidad se llevó a cabo mediante la referencia al "miedo insuperable". Según puede apreciarse en la doctrina penal de la época de la codificación, la primera regulación de las situaciones de necesidad se caracterizó por subrayar el aspecto emocional del conflicto que afectaba a la persona confrontada ante dos males. De esta manera, la doctrina penal de la época agrupó las situaciones de necesidad bajo la rúbrica de la *vis moral*, destacando la afección emocional (coacción sobre la voluntad o la libertad) que estos supuestos llevaban consigo[650].

Dentro de las diversas traducciones concretas que el fenómeno de la *vis moral* tuvo en las diferentes legislaciones (la "*contrainte*" francesa, la "*manca de libertà di elezione*" del código penal toscano[651], el "*Furcht*" o "*Drohung*" alemán[652]) en nuestro país se acogió la referencia al miedo porque, según argumenta JIMENEZ DE ASUA (1962:866), pesó decisivamente la influencia que en nuestros primeros códigos penales tuvieron los textos romanos y su pervivencia en nuestra legislación a través de las Partidas. En ambos cuerpos legislativos la ley se apoyaba expresamente en el "miedo" para configurar la exención de

---

[649] Ello ha sido también destacado por ROLDAN (1983:475, not. 17 y 476), que subraya cómo en los antiguos artículos 8.7 (estado de necesidad), 8.10 (miedo insuperable) y 8.13 (omisión por causa legítima o insuperable) "estaba presente, en efecto, la situación característica del estado de necesidad: bajo determinadas condiciones -a veces insistiendo más en lo objetivo, otras veces, por el contrario, potenciando lo subjetivo-, el no tener más remedio que causar un mal para evitar un peligro que amenaza con causar otra mal, no existiendo, por lo demás, la posibilidad de obviarlo de otra manera".

[650] Vid, por ejemplo, CARMIGNANI (1863:82-83): "La coacción para obrar supone sin embargo la espontaneidad del agente. Por consiguiente, deriva no de una violencia *física* contra la *voluntad*, sino de una violencia *moral* que se ejerce sobre la *libertad*: y consiste en el *temor* de cualquier mal que sobrevendría al agente, caso de que rehusara hacer lo que se le obliga"; CARRARA (1859:§284, §289); PESSINA (1913:355): "Pero la coacción puede ser también moral (...) la esencia propia de la violencia moral está en que ha desaparecido la libertad de querer porque la voluntad no tiene ya ante sí una infinita variedad de actos posibles donde elegir, sino que se halla entre dos caminos por uno de los cuales ha de ir forzosamente..."; ROSSI (1883:329): "Encuéntrase uno en estado de violencia moral cuando se está entre dos males inmediatos, de modo que uno de los dos sea imposible de evitar".

[651] Vid. sobre la evolución del estado de necesidad en la doctrina y legislación italiana GROSSO (1977:882), quien destaca que en la legislación italiana preunitaria no existía ninguna disposición que hiciese referencia expresa al estado de necesidad, agrupándose los supuestos de necesidad bajo el perfil genérico de los vicios de la voluntad culpable.

[652] Vid. KÜPER (1984:1068) y KELKER (1993:13-14). En la regulación alemana la dualidad entre la *vis física* y la *vis moral* se tradujo en disposiciones referidas a las figuras de la "*Gewalt*" y "*Zwang*".

pena en ciertas situaciones de necesidad o amenazas[653]. De esta manera, la eximente de miedo insuperable fue la traducción concreta que nuestro primer legislador penal acogió del fenómeno de la *vis moral*, tal y como puede apreciarse en la opinión de la doctrina penal de la época, y así paradigmáticamente en las siguientes consideraciones de ARAMBURU (en PESSINA, 1913:406):

> La violencia material y la violencia moral están en nuestro Código (art. 8) reconocidas en estos términos: "El que obra impulsado por una fuerza irresistible"; "el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor"

En definitiva, parece ser, fundamentalmente, el peso de los precedentes históricos que trataban de los supuestos de necesidad lo que explica que su regulación en nuestros primeros códigos penales se articulara mediante la eximente de miedo insuperable[654].

Naturalmente, ello plantea un ulterior interrogante, y éste es por qué la evolución posterior del estado de necesidad, inicialmente presente en nuestro código penal sólo de forma fragmentaria y sin aludirse expresamente a esta denominación[655], hace de ésta la eximente genérica que trata de las situaciones de confrontación entre bienes jurídicos. Según los redactores del Código Penal de 1932, la introducción en nuestro sistema penal de la eximente de estado de necesidad vino motivada por motivos de humanización y de eliminación de la rigidez de la antigua regulación:

> Si el código no fuese duro y rígido en demasía, en atención a la sensibilidad contemporánea, hubiera podido quedar intacto. (...) Pero el Código, vigente hasta ahora, no podía prolongar su vida sin humanizarse y sin hacerlo más elástico (...) El estado de necesidad, tan angostamente aceptado en el antiguo núm. 7 del art. 8°, recibe ahora considerable aumento, y no sólo se reconoce en

---

[653] Así, en el Digesto se alude al "*metum*", y en las Partidas puede leerse que "Otrosi dezimos que Metus en latin tanto quiere dezir en romance, como miedo de muerte, ó de tormento de cuerpo, ó..." (vid. sobre ambos precedentes GROIZARD, 1870:259-260).

[654] La importancia de las Partidas como precedente legislativo del código penal de 1848 es reconocida en el prólogo que tanto VIZMANOS/ALVAREZ (1853:XXII), como PACHECO (1867:XLIV: "En el año de gracia de 1800, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas comprendian aún nuestros códigos criminales") escriben a sus comentarios a este código penal. Este hecho fue también subrayado por ANTON (1965:475): "hasta la mitad de la centuria pasada estuvo vigente la Novísima Recopilación con los Fueros y Las Partidas de fuentes supletorias; las últimas preferidas por los tribunales"; y puede también apreciarse en el significativo hecho de que el supuesto fragmentario de estado de necesidad que se reguló en el CP de 1848 (en el que el mal realizado se dirigía contra la propiedad) recoge a su vez el caso contemplado en las Partidas (vid. también ALVAREZ CORTINA, 1983:19, 26, 54, 70, 72, sobre el idéntico influjo que el derecho romano tuvo en el paralelo tema del efecto de la violencia y el miedo en las instituciones de derecho civil).

[655] En la Enciclopedia Jurídica Española (1910:348) ni siquiera se recoge la voz "estado de necesidad".

caso de daño en propiedad ajena, sino cuando hay que sacrificar cualquier otro bien jurídico.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que la doctrina penal española, aun criticando el raquitismo legal del reconocimiento de la exención de pena en supuestos de necesidad, ya se había encargado de situar los supuestos dignos de exención en otras eximentes (y entre ellas el miedo insuperable), entonces, la afirmación anterior no parece del todo exacta. A mi entender, el aspecto decisivo que contribuyó a la plasmación en nuestro código penal de la institución del estado de necesidad, configurado de forma genérica, no fue tanto la pretendida humanización del código penal como la propia evolución de la doctrina penal, que progresivamente fue desplazando el núcleo de la exención de pena en los supuestos de confrontación entre bienes jurídicos del aspecto subjetivo (impacto emocional que el conflicto tenía en la persona -*vis moral*-), al objetivo (resolución de un determinado conflicto)[656]. Desplazamiento que tuvo lugar, fundamentalmente, en la doctrina alemana de influencia hegeliana (BERNER, 1876:146).

En definitiva, parece ser fundamentalmente el refinamiento de la doctrina penal el que, a mi entender, hace viable la proclamación de una eximente genérica de estado de necesidad, que carezca de los problemas que se derivaban de la antigua regulación de las situaciones de necesidad, por medio de las eximentes ligadas a la idea de la *vis moral*, y así, en nuestro país, la eximente de miedo insuperable. Estos problemas, que lamentablemente parecen seguir vigentes hoy en día, consisten en que la primera regulación de las situaciones de necesidad a través de la eximente de miedo insuperable, concedía un peso quizás excesivo al aspecto de turbación emocional en el individuo, como primer fundamento de la exención de pena. Ello acarreaba el peligro de que, sobrevalorándose el aspecto emocional se diluyese, tal como hace nuestro T.S., el verdadero fundamento y carácter de la eximente, convertiéndola en un mero supuesto específico de la eximente de trastorno mental transitorio.

En resumen, según creo, la eximente de miedo insuperable representa la primera, y por ello ciertamente arcaica, formulación penal de las situaciones de necesidad, tal y como fue recogida en los códigos de tradición latina que destacaron el aspecto emocional de la

---

[656] Como explican JIMENEZ DE ASUA/ANTON (1929:257) "el estado de necesidad se precisa poco a poco y se construye técnicamente, a expensas de la desdibujada fórmula de la violencia moral. El carácter subjetivo, de causa de inimputabilidad, que ésta le imprimía, desaparece casi totalmente, asentándose sobre una base objetiva, que convierte el acto necesario en una causa de justificación".

exención de pena[657]. Por contra, la eximente de estado de necesidad es la formulación moderna de la problemática que plantean los supuestos de confrontación entre bienes jurídicos. Formulación que es producto, fundamentalmente, de la dogmática alemana[658].

Nos encontramos, pues, ante dos eximentes que pretenden regular el mismo fenómeno, pero con un origen distinto y cuya posterior evolución ha llevado a que la eximente de estado de necesidad haya desplazado a la de miedo insuperable. Pero es también esta evolución doctrinal del alcance del estado de necesidad, la que planteará desde entonces, y sobre todo a partir de la reforma del estado de necesidad de 1944 que igualó la ponderación de males, los problemas de compatibilidad y relación entre esta eximente y el miedo insuperable. Pues es a partir de aquí cuando el fruto de dos tradiciones y formas diversas de contemplar el mismo fenómeno (las situaciones de necesidad) confluyen en un mismo código penal, y cuando será por ello necesario buscar los criterios de diferenciación entre ellas que puedan explicar razonablemente el mantenimiento y el papel de la eximente de miedo insuperable en el nuevo código penal. Un papel que, ciertamente, debe admitirse que no puede ser exactamente el mismo que el que la eximente de miedo insuperable desempeñaba en sus orígenes, porque la evolución comentada del tratamiento legislativo de las situaciones de necesidad, implica también una paulatina adaptación y desarrollo de la eximente de miedo insuperable dentro del sistema de causas de exención de la pena.

A mi entender, este criterio reside, tal y como he venido defendiendo a lo largo de todo este capítulo, en el entendimiento de la eximente de miedo insuperable como una eximente que permite la exención de pena más allá de los supuestos propios del resto de eximentes, y en este caso del estado de necesidad.

De hecho, creo que se podría decir que esta *función de supletoriedad del miedo insuperable con respecto al estado de necesidad* ha sido desde siempre -históricamente- uno de los papeles fundamentales de la eximente de miedo insuperable, pues, por lo menos hasta la reforma de 1932, una de las posibilidades que la doctrina barajó a la hora de paliar la estrechez o limitación de la regulación del estado de necesidad fue el recurso a la

---

[657] BACIGALUPO (1997:290): "El miedo o la situación coactiva generada por una amenaza no son sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo...".

[658] No es por ello de extrañar que esta eximente fuera introducida en nuestro código penal en la reforma de 1932, cuyos principales autores (ANTON y JIMENEZ DE ASUA) eran buenos conocedores de la doctrina alemana. En este sentido, alude DIAZ PALOS (1956:204) a que en nuestro código penal se acabó imponiendo la denominación del estado de necesidad "al importarse el tecnicismo alemán".

eximente de miedo (vid. *supra* not. 632), que de esta manera, hasta esa reforma puede considerarse, ciertamente, el precepto más genérico previsto para las situaciones de necesidad. Ese papel, aun de forma más limitada (sólo para casos en que se enfrentan males iguales) lo podía seguir desempeñando hasta la reforma de 1944, que de forma misteriosa (ROLDAN, 1983:502-503) añade al estado de necesidad la causación de males iguales. Es a partir de esa reforma cuando la doctrina se ha visto con más dificultades a la hora de continuar defendiendo el papel del miedo insuperable como estado de necesidad supletorio; pero ahora, con la nueva regulación, es cuando esta función de la eximente de miedo parece, de nuevo, cobrar fuerza.

Estamos, pues, a mi entender, ante una *relación de supletoriedad* entre ambas eximentes, que hace factible que la eximente de miedo pueda aplicarse en aquéllos casos en los que, por falta de alguno de los requisitos del estado de necesidad, no pueda estimarse justificada la conducta, pero aún así haya razones para eximir de pena[659]. Razones que cabe hallar en el propio fundamento de la eximente de miedo insuperable, y que, con la nueva regulación parecen estar en condiciones de ser reconocidas con menores dificultades.

Así, en primer lugar, *en los casos en que no se cumpla el requisito de la ponderación de males previsto para el estado de necesidad* y estemos, por tanto, en un supuesto en el que el mal causado quepa considerarlo mayor que el evitado[660]. La posible aplicación de la eximente de miedo insuperable en estos casos se legitima en función del propio fundamento de la eximente que, como ya expliqué, posibilita en determinadas circunstancias la valoración parcial del conflicto ante el que se enfrenta una persona. Dicha valoración parcial conllevará, en suma, que la persona, al estimar más importantes determinados bienes jurídicos con los que tiene una especial vinculación, ocasione un mal objetivamente mayor que el evitado. Sin embargo, en determinadas circunstancias y verificándose ciertos requisitos, la causación de un mal mayor podrá ser exculpada en virtud de miedo insuperable; pues esta eximente no exige la resolución imparcial (objetiva) de un conflicto

---

[659] En los casos en los que se cumpla el presupuesto de ambas eximentes (se den los requisitos del estado de necesidad y la persona padezca miedo) debe considerarse preferente la aplicación del estado de necesidad por implicar ésta, según creo, una causa de justificación. De esta manera, los partidarios de la teoría de la diferenciación del estado de necesidad podrían tener problemas a la hora de fundamentar la preferencia del estado de necesidad sobre el miedo insuperable en los casos de estado de necesidad exculpante en los que la persona sufriera miedo (vid. *supra* not. 623).

[660] Ya desde antiguo criticó PACHECO (1867:173) la ponderación de males exigida por el antiguo código penal respecto al miedo insuperable, porque llevaba a castigar indefectiblemente los casos de causación de un mal mayor que el evitado. Modernamente destacan este aspecto de la nueva regulación MIR (1996:614);

de intereses, sino aquélla que pueda razonablemente esperarse de la persona afectada por tal conflicto.

> Ejemplo: Quizás desde una perspectiva imparcial pueda considerarse que el secuestro de un avión (con el consiguiente peligro para las vidas de sus ocupantes) es un mal mayor que aquél que puedan pretender evitar con él los secuestradores (en la STS 7-11-1996, RAJ 8190, éste era la propia vida de los secuestradores, amenazada por integristas islámicos en su país natal -Argelia-), por lo que no podría eximirse de pena su conducta en virtud de estado de necesidad. Pero aún debe analizarse si, a pesar de ello y en función de las circunstancias del caso, puede afirmarse que su conducta fue razonable.

Es importante, a mi entender, destacar que el miedo insuperable puede desempeñar esta función supletoria respecto a los supuestos que no puedan incluirse en la eximente de estado de necesidad al causarse un mal mayor, *con independencia de la interpretación que se le dé a la ponderación de males exigida por el estado de necesidad*, y con ello, al margen de que tal ponderación se limite en mayor o menor medida a una estricta comparación entre los bienes jurídicos en juego. Es decir, por ejemplo, en nuestra doctrina algunos autores han defendido que la lesión de bienes esenciales de la persona, como la integridad física o la vida, no puede incluirse en tal ponderación, o bien, por su importancia cualitativa, conlleva que el mal causado sea siempre mayor, por lo que, en tales casos no podría aplicarse la eximente de estado de necesidad[661]. Por lo tanto, en estos supuestos, la exención de pena debería articularse, en su caso, mediante la eximente de miedo insuperable[662].

En el mismo sentido, aquellos autores que consideran que la perturbación del orden jurídico juega un papel decisivo a la hora de proceder a la ponderación de males en el estado

---

MORALES (1996:179); CUERDA ARNAU (1997:220-221); ARROYO de las HERAS (1997:66) y SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:319).

[661] Esta parece ser la opinión de GOMEZ BENITEZ (1987:374-375) y MIR (1996:466-467). Cabe destacar que algún otro autor ha defendido una análoga restricción del estado de necesidad en función de la cualidad del bien jurídico lesionado, pero sólo por lo que respecta al estado de necesidad justificante, así BUSTOS/HORMAZABAL (1994:337-338); CEREZO (1997b:35-36), COBO/VIVES (1996:482) y CUERDA ARNAU (1997:176-177),

[662] En este sentido, claramente, GOMEZ BENITEZ, 1987:374-375: "una correcta base valorativa mostraría que los denominados bienes jurídicos personalísimos (vida e integridad) deben quedar al margen del estado de necesidad por conflicto entre bienes/males iguales (...) Estos casos sólo podrían estar justificados en situaciones de miedo insuperable". Aunque este autor, en referencia a la anterior regulación, consideraba al miedo insuperable como una causa de justificación, interesa ante todo destacar que admitía ya la posible supletoriedad del miedo insuperable respecto al estado de necesidad. Vid. también MIR (1996:466-467), quien en los casos en que debido a la importancia del bien jurídico lesionado estima que no puede aplicarse estado de necesidad, deja a salvo expresamente la posibilidad de eximir de pena por miedo insuperable.

de necesidad, pudiendo en ocasiones ser lo que decante su inaplicación[663], podrían, no obstante, reconocer aquí la posible aplicación de la eximente de miedo insuperable[664].

> Ejemplo: parece que una interpretación análoga a la defendida por MIR y CORDOBA, es la que a veces emplea el T.S. para impedir toda posible aplicación de la eximente de estado de necesidad en ciertos casos en los que, por su frecuencia, la estimación de esta eximente podría crear, a juicio del T.S., alarma social. Esta ponderación preventivo-general de los males en juego supone, en definitiva, conceder mucha más importancia de la que se deriva de su propia protección penal a determinados bienes jurídicos, como por ejemplo la salud pública. Esto es lo que explica que, respecto a los delitos de tráfico de drogas, el T.S. defienda que, por la gravedad a nivel social que estas conductas entrañan, la eximente de estado de necesidad no puede estimarse nunca aplicable en la comisión de estos delitos para paliar problemas económicos, sean éstos graves o no (vid. sobre ello p.ej. STS 8-10-1996, RAJ 7136, y la reciente STS 23-1-1998, RAJ 52). Pues bien, al margen de las críticas que pudiesen hacerse a esta ponderación preventivo general de los males en juego en el estado de necesidad, lo que aquí me interesa subrayar es que aun cuando ello se acepte, no se puede cerrar aquí el debate sobre la posible exención de pena en virtud de miedo insuperable, puesto que en ella las exigencias de la ponderación no pueden considerarse ya, a nivel legal, las mismas que en el estado de necesidad.

En segundo lugar, puede ser también procedente la aplicación supletoria de la eximente de miedo insuperable allí donde se considere que no cabe aplicar la eximente de estado de necesidad porque, en el caso concreto, existían objetivamente otras medidas para evitar el mal amenazante; pero, no obstante *quepa disculpar la no utilización de dichas medidas alternativas en función del estado emocional de la persona y de la actuación razonable que en dicha situación puede exigírsele*[665].

> Ejemplo: En la madrugada del 31-1-1994, cuando Antonio E.O. se hallaba junto a su madre, María Antonia O.L., de 78 años de edad, en el interior de la vivienda, cuya puerta y ventanas se hallaban todas ellas protegidas por sendas rejas que la aislaban del exterior, por causas que no han podido ser determinadas se inició un incendio en el comedor de la casa que se propagó con rapidez por la indicada dependencia; de tal forma que, cuando sus moradores se apercibieron de ello, les resultó imposible acceder al exterior, lo que motivó

---

[663] Así CORDOBA (1972:288) y MIR (1996:464 y ss).

[664] En este sentido, explícitamente, MIR (1996:465-466, 612).

[665] En este sentido, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 26-3-1990 (ACT.PEN., 1990, @264, Marg. 563), que señala que "Con un componente objetivo cual es el mal serio, real e inminente que lo provoca y un calificativo del mismo carácter, la insuperabilidad, como expresión de superior a la exigencia media de soportar males o peligros, el ámbito de influencia del miedo se circunscribe fundamentalmente a la culpabilidad en cuanto, a diferencia de lo que ocurre con el estado de necesidad, la razón de la exención es, precisamente, el componente subjetivo -el miedo- y no la situación objetiva del conflicto. Cabe -afirma la doctrina- su apreciación por tanto cuando el sujeto en la situación de pánico lesiona un bien jurídico sin darse cuenta de que había otras formas de solución del conflicto".

que se refugiaran en la habitación más alejada del fuego. En tal situación, como quiera que el procesado se hallaba en la creencia de que ambos iban a perecer abrasados, presa de un estado de pánico y con el fin de evitar a su madre mayores sufrimientos le propinó un fuerte golpe contra el suelo, donde quedó inconsciente... (relato de hechos probados recogidos por la SAP Tarragona de 4-10-1995, TRIBUNAL, 1995 sent. nº 1615). En este supuesto quizás existían otras medidas para evitar el peligro (requerir el auxilio de otras personas), pero la actuación del procesado podría considerarse razonable en atención a la urgencia de la situación y su estado emocional.

En tercer lugar, otro supuesto en el que el miedo insuperable puede aplicarse en defecto de la eximente de estado de necesidad completando la falta de alguno de sus requisitos, es aquél en el que *el mal que amenaza a la persona sea lícito o legal*, como podría ser, p.ej. el cumplimiento de una pena privativa de libertad tras la condena por un delito. En estos casos, según nuestra doctrina mayoritaria, no se podría aplicar la eximente de estado de necesidad por no estar ya presente el requisito de la amenaza de un mal, ya que por mal no ha de entenderse meramente un acaecer naturalístico, sino aquél que presente tal cualidad desde una valoración jurídica; y desde tal perspectiva no puede considerarse como un mal la producción de un resultado querido o mandado por el propio ordenamiento jurídico[666].

Pero según analicé en el capítulo anterior, estos supuestos en los que la persona reacciona frente a un mal lícito o permitido por el ordenamiento jurídico pueden, en determinadas ocasiones, quedar exentos de pena en virtud de miedo insuperable, pues el propio fundamento de esta eximente (el principio de razonabilidad o su análogo de exigibilidad) lleva implícita la idea de que es necesario establecer límites a la sumisión del individuo respecto al cumplimiento de los mandatos normativos, y entre ellos, al fin estatal de la persecución de los delitos, que no puede imponerse a toda costa.

Ejemplo: El procesado, para evitar un proceso por usura que pendía sobre su enfermo padre, ante las nefastas consecuencias que para su ya debilitada salud podía reportar tal proceso, accede al plan ideado por un abogado y un funcionario judicial para destruir las pruebas de la denuncia (supuesto enjuiciado por la STS 11-6-1966, RAJ 3713).

---

[666] "Tal perjuicio, para constituir un 'mal', ha de merecer un juicio desvalorativo. Este es el motivo de que el condenado a una pena privativa de libertad, que se evade, no pueda alegar estado de necesidad ante el peligro representado por su encierro en prisión" (CORDOBA, 1972:277). Vid. también ANTON (1949:297-298); MIR (1996:455-457). Incluso aquellos autores que como SILVA (1982:669, 674-675; 1988:563, not. 9) consideran que en estos casos sí puede afirmarse la existencia de un mal, deniegan igualmente la aplicación de la eximente de estado de necesidad por entender que en ellos el mal causado es mayor que el que se trata de evitar.

De hecho, creo que este entendimiento de la eximente de miedo insuperable ha sido ya destacado por parte de nuestra doctrina, pues incluso con la anterior regulación, esta causa de exención podía desempeñar efectivamente el papel de eximente supletoria del estado de necesidad. Concretamente, ya pareció destacar esta idea ANTON (1949:311), respecto al requisito del estado de necesidad consistente en la adopción de otras medidas antes que la efectiva lesión al bien jurídico ajeno. Adopción de otras medidas que no estimaba igualmente exigible respecto a la eximente de miedo insuperable, lo que, ciertamente, ya señala un posible ámbito de aplicación exclusivo para esta eximente[667].

Y respecto de la exigencia referente a la ponderación de males, cabe destacar la postura de BUSTOS/HORMAZABAL (1994:519-520), que ya señalaron que este requisito

> habría que entenderlo sólo parcialmente en forma objetiva, pues de otro modo sería demasiado restrictivo sin fundamentación alguna, esto es, el mal igual o mayor debe ser referido *al efecto* en el sujeto, no desde el punto de vista de una proporcionalidad objetiva entre males (ya que el criterio es diferente al de las causas de justificación, en que se enjuicia el injusto, en cambio ahora se trata de enjuiciar al sujeto responsable); lo decisivo es que le haya producido al sujeto un determinado estado emocional insuperable de un mal igual o mayor (no que realmente se trate de un mal igual o mayor.

En otras palabras, la ponderación de males en el miedo insuperable no puede ser tan exigente como en el estado de necesidad, pues de otro modo se desconocería la diferencia entre ambas eximentes y, en suma, entre la resolución justificada y aquélla meramente razonable de un conflicto.

En nuestra doctrina ha defendido también este punto de vista MIR (1990:652, 1981:506-507, 1983:508) quien, partiendo de una diferenciación entre ambas eximentes en función del criterio de ponderación[668], también llegaba al resultado de que la eximente de miedo

---

[667] "El número 10 [eximente de miedo insuperable] radica en un estado emotivo especial, el miedo, y sin duda porque en esta situación psicológica no es posible la reflexión, el legislador no ha hecho mención de que el mal conminante sea eludible por otros medios distintos a la realización del acto externamente delictivo". En el mismo sentido, MIR (1990:652) y MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1993:353).

[668] Según MIR, "mientras que en el estado de necesidad justificante la pregunta de si el mal es igual o mayor debe plantearse al hombre medio situado en una posición *imparcial* ante los bienes en conflicto, en el miedo insuperable dicha pregunta debe dirigirse al hombre medio imaginado *en la situación del autor*. Aquí hay que preguntar ¿qué mal consideraría mayor *para él* el hombre medio que se viese amenazado como el autor? Así, mientras que entre la vida y la integridad física el hombre medio imparcial ha de estimar de mayor valor la primera, puede sentir como más grave *para él* perder una extremidad que el mal que *también para él* debe representar el dar muerte a un semejante". Este punto parece que fue destacado ya por SILVELA (1879:247), que sobre el requisito antiguo de obrar por miedo a mal igual o mayor, comentaba que "esta comparación es difícil de establecer y de apreciar (...) El mal de otro siempre habrá de parecernos menor que

insuperable podía aplicarse en supuestos en los que no se cumplieran los requisitos del estado de necesidad (en este caso, el requisito de la ponderación de males). Donde me distancio de la propuesta de MIR es que, aun estando de acuerdo en que lo que diferencia al miedo insuperable del estado de necesidad es que el primero "no ha de requerir que el conflicto de intereses se resuelva de forma objetivamente justificada" (1996:614), no creo que la eximente de miedo insuperable pueda considerarse equivalente al parágrafo 35 del StGB, donde se regula el estado de necesidad exculpante[669]; pues aunque, efectivamente, respecto al estado de necesidad, la eximente de miedo insuperable pueda adoptar las funciones de un estado de necesidad exculpante, lo cierto es que la regulación española parece dotar a esta eximente de un mayor alcance, como parece demostrarlo el hecho de que esta eximente puede también cumplir una función análoga a la del parágrafo 33 StGB, esto es, la exculpación en supuestos de exceso en la legítima defensa; lo cual marca una nueva función supletoria del miedo insuperable, esta vez respecto de la eximente de legítima defensa. Por ello, el papel de la eximente de miedo insuperable no parece limitarse a la figura de un estado de necesidad exculpante.

Ciertamente, la relación defendida entre las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable, basada en el carácter supletorio de esta última respecto a la primera, es discutible y no está exenta de problemas, pero creo que, por lo menos, es la que mejor está en condiciones de posibilitar el que creo objetivo y papel fundamental de la eximente de miedo insuperable: eximir de pena en toda una serie de casos no recogidos en el resto de eximentes penales, y en este caso, en el estado de necesidad. Casos en que, de acuerdo con el fundamento defendido de esta eximente, existen buenas razones de justicia para eximir de pena; razones no contempladas en otras eximentes.

---

el nuestro, fuera de que la naturaleza del uno y del otro puede ser tan diversa que rechace la comparación" (vid. también BUILLA, 1885:247-248 y modernamente QUERALT, 1986:438-439). Cabe destacar que alguna sentencia se ha hecho eco de este pensamiento, como la SAP de Madrid de 15-10-1990 (LA LEY, 1991-2, pág.168): "para la valoración del mal que amenaza en relación con el causado para evitarlo no debe hacerse con un criterio riguroso, pues no sólo el mal propio ha de parecer más grave que el ajeno, sino que también el estado anímico que se produce por ese miedo insuperable coloca al sujeto en una condición tal, que no se le puede exigir una valoración del mal que pueda causar o ponderar con el que pueda sufrir por el hecho que despierta el sentimiento de miedo". Vid también GOMEZ BENITEZ (1987:434-435) y SILVA/CORCOY/BALDO (1996:326).

669 "La regulación española del miedo insuperable puede y debe cumplir la función que en Alemania desempeña el actual parágrafo 35, relativo al estado de necesidad exculpante" (MIR, 1983:507), por lo que este autor acaba proponiendo una regulación de esta eximente muy parecida al mencionado parágrafo 35 del CP alemán: queda exento de responsabilidad penal "El que impulsado por miedo insuperable a perder su vida, su integridad física o mental o las de un pariente próximo, produce un mal no absolutamente desproporcionado"; (1983:509).

7. Miedo insuperable y cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP).

Por último, resta analizar la posible relación entre la eximente de miedo insuperable y la de cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP).

Por lo que hace referencia a esta cuestión, debe señalarse en primer lugar que *si la persona cumple el deber o ejercita legítimamente un derecho (oficio o cargo) movida por el miedo* (p.ej. a las desfavorables consecuencias de no ejercitar tal derecho), no parece que deba haber problema, en el caso de que tal cumplimiento del deber o ejercicio legítimo derive en una conducta típica penalmente, para estimar justificada la conducta por aplicación de la eximente séptima. Como he venido defendiendo a lo largo de este capítulo, a mi entender, el mero estado emocional del miedo no debe conllevar la inmediata aplicación de la eximente de miedo insuperable, sino que debe considerarse preferente la aplicación de aquella causa de justificación que niegue la calificación de antijurídica de la conducta; en este caso la eximente de cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En definitiva: si se dan los presupuestos de esta eximente debe aplicarse ésta y no miedo insuperable, aunque la persona obre por miedo.

Por tanto, desde la concepción mantenida en este capítulo, la eximente de miedo insuperable sólo podrá entrar en consideración en aquellos casos en los que no se cumplan los requisitos necesarios para eximir de pena en virtud de la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; esto es, en los supuestos en que, o bien no se cumpla el deber, o bien se ejercite ilegítimamente el derecho, oficio o cargo, por el miedo a la amenaza de determinado mal.

> Ejemplo: en el famoso *caso Otegui* se planteó la cuestión del miedo de los jurados del País Vasco a participar en determinados juicios con contenido político. Según se deduce de los arts. 6 y 39 de la *Ley del Jurado*, los candidatos a jurado están obligados a comparecer y desempeñar su labor como jurado de no mediar excusa legal reconocida en la propia ley. Les atañe, así, un deber especial de colaboración con la justicia que esa ley castiga con penas especiales (art. 39: multa, que puede llegar a las 250.000 ptas. en caso de segunda incomparecencia). El problema se plantea cuando el ciudadano incumple tal deber debido al miedo que tiene a sufrir represalias, en este caso, por parte del entorno de la banda terrorista ETA. Para tal supuesto, la propia ley prevé la posibilidad genérica de que el juez dispense al ciudadano de tal deber (excusa genérica del art. 12.7). Pero tal excusa será por lo normal difícil de conceder en estos casos, porque la *Ley del Jurado* exige la acreditación

suficiente de la causa que dificulte el desempeño del cargo del jurado, siendo así que ello será difícil de probar. Por ello, a mi entender, de imponer el juez el cumplimiento del deber de desempeñar el cargo denegando la excusa, cabe la posibilidad de que el ciudadano que incumpla tal deber quede exento de responsabilidad por aplicación de la eximente de estado de necesidad, o por miedo insuperable (siempre que, siguiendo lo defendido en este capítulo, se entiendan incumplidos los requisitos para aplicar estado de necesidad).

Para ilustrar el papel del miedo insuperable como eximente supletoria respecto a la de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, voy a estudiar a continuación los tres supuestos que, con más probabilidad, pueden dar lugar a la alegación de la eximente de miedo. Casos todos ellos referidos a la modalidad del cumplimiento de un deber.

7.1. Exceso en el cumplimiento del deber.

En primer lugar, un problema análogo al tratado en el análisis de la relación entre la legítima defensa y el miedo insuperable, en concreto, el exceso intensivo en la defensa excusable por miedo, podría también plantearse respecto al cumplimiento de un deber. A mi entender, a nivel teórico no puede descartarse que un posible *exceso en el cumplimiento del deber* pudiese ser *excusado por miedo*, al igual que sucede respecto la legítima defensa. Sin embargo, respecto a esta cuestión debe señalarse que la propia naturaleza y requisitos de la eximente de cumplimiento del deber pueden dificultar fundadamente tal posibilidad.

Ello deriva del hecho de que, como la doctrina penal no ha dudado en señalar, el cumplimiento del deber por parte de determinados colectivos, fundamentalmente los cuerpos y fuerzas de seguridad, reclama una mesura en la acción más acusada que la que se exige respecto de la legítima defensa y por tanto que la que concierne a los simples ciudadanos. Esto se traduce en la exigencia de la *necesidad, oportunidad* y *proporcionalidad* como notas características de la actuación del agente de la ley[670]., y encuentra su fundamento material en el convencimiento de que la acción coercitiva del estado debe venir limitada por tales principios en aras de una mejor realización de los valores del estado de derecho, pues el desempeño de estas funciones coercitivas por parte de unos colectivos especializados tiene sentido si y sólo si se mantienen dentro de un

[670] Ya señaló ANTON (1949:282) que "El empleo de la fuerza ha de estar sujeto a medida determinada (...) Y como principio general regulador de esta proporción ha de tenerse en cuenta que el prestigio de la autoridad se compromete tanto por dejación como por abuso". Vid. también CORDOBA (1972:372-375); BUSTOS/HORMAZABAL (1994:349): "El criterio fundamental *será el de menor lesividad posible...*"; MIR (1996:484-486); MORALES (1996:191) y CEREZO (1997b:64).

escrupuloso respeto de las libertades de los ciudadanos, que maximice, por tanto, su disfrute.

Todo ello puede traducirse a su vez en una limitación del papel del miedo para cubrir los excesos en la actuación de las fuerzas del estado, pues por hallarnos precisamente ante un colectivo entrenado para funciones coercitivas que comportan un riesgo, la posibilidad de un exceso cubierto por miedo debe estimarse excepcional, por el mismo principio estudiado en el capítulo anterior de la *especial obligación de afrontar el peligro* que acompaña a estos colectivos. Naturalmente, el tema de a qué colectivos concretos se puede imponer tal obligación específica de soportar los riesgos del peligro, y el alcance de tal deber especial, es, como vimos (vid. *supra* Cap.III) una cuestión polémica, pero parece razonable que estos colectivos vean dificultada su alegación de esta eximente, en los casos en que, por sus propias características, deban afrontar el peligro. En este sentido, como subraya la STS 16-5-1983 (RAJ 2710, énfasis añadido):

> la circunstancia del núm.11 del art.8 del C.P. [cumplimiento de un deber] solamente cubre aquellas acciones violentas de la Autoridad y su agentes que sean "necesarias" para el ejercicio de la función pública (...) siendo su concurso imprescindible tanto para la eximente plena como para la incompleta (...) sin embargo puede faltar la adecuación del medio -exceso intensivo- sin que por ello desaparezca la eximente en su versión incompleta, adecuación que se traduce en racionalidad y en una relación de proporcionalidad que depende de las circunstancias del caso concreto (...), ponderando al respecto los aspectos objetivos del hecho y también los subjetivos, *estos últimos con un criterio exigente*, salvo en los supuestos de agresión o acometimiento, *porque el uso de las armas debe estar precedido, cuando se halla en manos de servidores del orden, de un juicio sereno y reflexivo, y acompañado de pericia y cuidado*, de forma que el respeto a la Ley y la restauración del orden se logre siempre con el menor daño y quebranto para personas o cosas...

7.2. El problema de las órdenes antijurídicas.

En el ámbito del cumplimiento de un deber, la respuesta al interrogante sobre la posible aplicación supletoria de la eximente de miedo insuperable, requiere el tratamiento de una cuestión previa, referida a las órdenes o mandatos antijurídicos, ya que, en principio pareciera que este tipo de órdenes, por ser antijurídicas, no podrían dar lugar a la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber, debiéndose hallar el fundamento para su posible exención de pena en otras eximentes, y entre ellas, el miedo insuperable.

La dificultad estriba aquí en que, en realidad, no parece tan claro que las órdenes antijurídicas, o por lo menos, determinadas órdenes antijurídicas, no puedan resultar

justificadas en virtud de la eximente de cumplimiento de un deber. La doctrina penal ha subrayado desde antiguo la posible existencia en el ordenamiento de los llamados *mandatos antijurídicos obligatorios*, que a pesar de su carácter de antijurídicos, por ser de obligado cumplimiento según el propio ordenamiento jurídico, cabría amparar en la eximente séptima.

La presencia de tales mandatos antijurídicos en nuestro ordenamiento se ha articulado tradicionalmente a través de la interpretación del delito de desobediencia por parte del funcionario público, sancionado en la parte especial del código penal (antiguo art. 369, actual art. 410). Según este artículo, se castiga a aquella autoridad o funcionario público que, fuera de los supuestos de un mandato que constituya una infracción *manifiesta, clara y terminante* de un precepto legal, se niegue abiertamente a dar el debido cumplimiento a las órdenes de su superior. De ello parece deducirse que pueden haber, en efecto, mandatos antijurídicos que sean, no obstante, de obligado cumplimiento; concretamente aquellos que lo sean de forma no manifiesta, clara o terminante. Por lo tanto, respecto a estos mandatos, parece lógico sostener que la ejecución de la orden por parte del subordinado podrá quedar justificada en virtud de cumplimento de un deber, sin perjuicio de la posible responsabilidad penal del autor de la orden antijurídica[671].

Todo ello marca, por tanto, una restricción a la posible aplicación de la eximente de miedo insuperable, a la que no será necesario recurrir para eximir de pena en estos casos de mandato antijurídico obligatorio, al estar ya la conducta justificada. Sin embargo y por ello, a esta eximente, entre otras posibles, deberán recurrir para eximir de pena todos aquellos que no admitan la presencia en nuestro ordenamiento de tales mandatos antijurídicos obligatorios, pues siendo ello así, la obediencia a ellos no podrá considerarse debida, ni podrá integrar por consiguiente el supuesto de hecho de la eximente de cumplimiento de un deber[672].

---

[671] En este sentido, vid. por todos, MIR (1996:496-497), que partiendo de la interpretación del art. 410 señala que "existe, pues, deber de obedecer ciertas órdenes antijurídicas". Por esta razón, los autores que parten de la efectiva existencia en nuestro ordenamiento de tales mandatos antijurídicos obligatorios, estiman que la supresión por parte del nuevo código penal de la eximente de obediencia debida encuentra su explicación en que tal eximente, ante la existencia de la de cumplimento de un deber era superflua, por no ser sino una especialidad de ésta (vid. MIR, 1996:496 y QUERALT, 1986:448-449, 465)

[672] En este sentido, por todos, COBO/VIVES (1996:442 y ss.), según los cuales, "no puede deducirse del artículo 410 del Código Penal que existan en nuestro ordenamiento 'mandatos antijurídicos obligatorios' (...) pues un sistema que admita tales mandatos deviene indefectiblemente antinómico y contradictorio",

Los autores que no aceptan la presencia en nuestro ordenamiento de mandatos antijurídicos obligatorios consideran que en el caso de que el subordinado se niegue a cumplir una orden que, infringiendo la Ley, no lo haga de forma manifiesta, clara y terminante, su conducta es típica (del delito del art. 410), pero quedará justificada por cumplimiento de un deber (del deber de obedecer las leyes) o por estado de necesidad (COBO/VIVES, 1996:445). Pero resta saber cuál debe ser el tratamiento penal en caso de que el subordinado, efectivamente, cumpla dicha orden no manifiestamente antijurídica, siendo así que, según estos autores, en realidad su deber era desobedecerla. Durante la vigencia del antiguo código penal los autores que defendían este punto de vista se inclinaban por considerar tales casos como incardinables en la eximente de obediencia debida, a la que se dotaba, empero, de la naturaleza jurídica de una causa de exculpación y no de justificación (ANTON, 1949:304-305), pero con el nuevo código penal, y al margen de la opinión que uno tenga sobre esta cuestión de los mandatos antijurídicos obligatorios, aquí me interesa señalar que en este caso, la exención de pena del subordinado que cumple la orden deberá articularse por medio de otros expedientes, y entre ellos, la eximente de miedo insuperable[673].

7.3. Supuestos de obediencia en el marco de las relaciones laborales o familiares.

Por último, un ámbito de aplicación propio para la eximente de miedo insuperable, podría estar integrado por aquellos supuestos en los que, debido al tipo de relación que existe entre las personas, *no pudiera estimarse aplicable la eximente de cumplimiento de un deber*, por *no* cumplirse uno de sus requisitos fundamentales: la *existencia de una relación jerárquica de carácter público*, de la que se derive el deber legal de obedecer las órdenes emanadas por el superior jerárquico. Me refiero, fundamentalmente, a los supuestos de *obediencia en el marco de las relaciones laborales o familiares*; lógicamente en aquellos casos en los que la orden emitida por el superior laboral o familiar suponga un mandato antijurídico, por implicar la realización de un delito.

Respecto a estos casos de obediencia laboral o familiar, en el marco del antiguo código penal, se discutía si podían venir amparados o no por la eximente de obediencia debida (art.

[673] En este sentido señala MORALES, (1996:129) que "presentes en el Código Penal las causas de exculpación relativas al error de prohibición (art.14 CP) y al miedo insuperable (art. 20.6°), no parece que pueda identificarse un espacio autónomo de inexigibilidad de conducta (exculpación) que pueda cubrir la obediencia debida. De ahí su desaparación en el CP de 1995".

8.12); dependiendo decisivamente la respuesta que a tal problema se diera de la cuestión previa relativa al fundamento de la propia eximente (MORILLAS, 1984:54-55). Por esta razón, todos aquellos autores que veían el fundamento de la obediencia debida en las necesidades de actuación de la función pública, negaban consecuentemente que esta eximente pudiera extenderse más allá de las relaciones jerárquicas funcionariales, y así a los supuestos de relaciones laborales o familiares[674].

Por contra, la corriente doctrinal opuesta que, considerando que el fundamento de la exención de pena en virtud de obediencia debida residía en el error o la situación de coacción del subordinado, le atribuía consiguientemente la naturaleza de una causa de inculpabilidad, no encontraba dificultades para incluir en ella supuestos de obediencia más allá de las meras relaciones jerárquicas funcionariales, y con ello en el ámbito laboral y familiar[675].

Sin embargo, con el Nuevo Código Penal la cuestión parece complicarse, pues desaparecida la eximente de obediencia debida, los supuestos de mandatos antijurídicos en el ámbito de las relaciones laborales o familiares, o bien se consideran obligatorios y con ello pueden dar lugar a la aplicación de la eximente de cumplimiento de un deber, o bien deben encontrar su articulación en el sistema de causas de exención de la pena por medio de alguna otra eximente.

Respecto a esta cuestión, en la doctrina penal no parece discutirse que, de existir los mandatos antijurídicos obligatorios, éstos tienen eficacia sólo en el ámbito de las relaciones jerárquicas funcionariales, tal y como se deduce del art. 410 CP, por lo que, fuera de este ámbito, las órdenes de un superior laboral constitutivas de delito no podrán estimarse nunca de obligado cumplimiento, vedándose con ello toda posibilidad de estimar aplicable, en el

---

[674] Así QUERALT (1986:52 y ss.); BUSTOS/HORMAZABAL (1994:346-347) y MIR (1996:503, 506). En nuestra jurisprudencia, vid. por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 5-11-1987 (ACT.PEN. 1988, sentencia nº 257), que quizás exageradamente alude a que "la doctrina positiva reiterada del Tribunal Supremo, no admite la obediencia jerárquica laboral y menos cuando se trata de un mandato ilegítimo constitutivo de delito...".

[675] En este sentido, ya ANTON (1949:304-307): "una vez afirmada la naturaleza de esta eximente como causa de inculpabilidad y no de justificación, el problema debe plantearse de nuevo. El hábito de obedecer, el temor al castigo, el poder de sugestión ejercido por el padre sobre el hijo (...) puede reducir de tal modo la facultad de elección, que la culpabilidad deba considerarse notablemente disminuida, o incluso raras veces totalmente suprimida" (vid. también MORILLAS, 1984:55). Así lo ha declarado también en ocasiones nuestro TS, que en los casos en que aceptó la alegación de la eximente de obediencia debida en el ámbito de relaciones laborales, fundamentó esta eximente en el error o la inexigibilidad de otra conducta (vid. STS 18-11-1980, RAJ 4517; 22-4-1983, RAJ 2300; 16-5-1983, RAJ 2710 y 10-4-1992, RAJ 2962).

supuesto de que el subordinado la cumpla, la eximente de cumplimiento de un deber[676]. Por tanto, la exención de pena en estos casos deberá articularse de otra manera.

A mi entender, *una posibilidad para eximir de pena en estos casos de órdenes antijurídicas en el marco laboral o familiar estaría configurada por la eximente de miedo insuperable*; que de esta manera, de nuevo, podría desempeñar una función supletoria respecto a las causas de justificación, en este caso, respecto al cumplimiento de un deber[677]. La aplicación de la eximente de miedo insuperable se fundamentaría en el hecho, reconocido por parte de la doctrina y jurisprudencia de nuestro T.S., de que la obediencia del subordinado laboral a las órdenes de su superior o p.ej. del hijo respecto al padre, puede encontrar su explicación en el sentimiento de miedo del subordinado respecto a las consecuencias desfavorables de la desobediencia, en concreto y respecto a los supuestos de obediencia laboral, normalmente, su despido. En tales situaciones, la obediencia del subordinado, que le puede ocasionar graves perjuicios, podría considerarse inexigible, estando presente por tanto el fundamento de la eximente de miedo insuperable[678].

> En el derecho comparado tenemos un buen ejemplo de ello en la famosa antigua sentencia del Tribunal Supremo alemán del caso *Leinenfänger*; sobrenombre con el que se conocía a un caballo de tiro que tenía la peculiariedad de enredar las riendas del conductor de tal manera que se desbocaba. Un día el patrón le ordenó al cochero preparar el caballo para un paseo, a lo cual éste accedió, por el miedo a perder su puesto de trabajo de negarse a cumplir tal orden, aun a sabiendas del peligro que ello representaba. Como efectivamente se temía, el caballo se desbocó y un transeúnte resultó lesionado. El TS alemán absolvió al

---

[676] Vid. por todos, CEREZO (1989:178 y 1997b:69): "La orden del empresario de realizar una conducta ilícita y como mayor razón si se trata de un ilícito penal, es decir de una acción u omisión típica y antijurídica, no es obligatoria, pues no puede considerarse comprendida en el ejercicio regular de su poder de dirección".

[677] De hecho, esta es una posibilidad que parece reconocer ampliamente la doctrina, vid. MORILLAS (1984:218); QUERALT (1986:60-61); BUSTOS/HORMAZABAL (1994:347); MIR (1996:506); QUINTERO (1996a:441); MORALES (1996:128-129); MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN (1996:357); CUERDA ARNAU (1997:222); ARROYO de las HERAS (1997:208); PUENTE (1997:273-274) y SERRANO BUTRAGUEÑO (1998:319). Otra posibilidad de articular la exención de pena parece que podría ser el error o incluso el estado de necesidad (vid. BUSTOS/HORMAZABAL, 1994:347; MIR, 1996:506; QUINTERO, 1996a:441; PUENTE, 1997:274).

[678] No considero exacta, por tanto, la apreciación de LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN (1996:53) relativa a que la desaparición de la eximente de obediencia debida se debe a que el problema que planteaba esta eximente puede reconducirse al problema del error (quien recibe la orden la cumple sin conocer su ilegalidad); ya que, como veremos, pueden existir supuestos en los que el cumplimiento de la orden no se deba a tal error, sino a una situación de miedo, y no obstante existan razones para eximir de pena.

cochero apoyándose para ello en el principio de inexigibilidad de otra conducta[679].

Esta posibilidad podría ilustrarse con un caso de nuestra jurisprudencia, que como podrá observarse guarda muchas similitudes respecto al famoso caso del *Leinenfänger*, excepto en la decisión del tribunal. Me refiero a la STS de 24-11-1962 (4407), que declara como hechos probados que

> ...en ocasión de conducir el procesado Ceferino C., un autobús de viajeros desde Arure hasta Valle de Gran Rey, siendo propiedad de Eliseo P., a cuyas órdenes trabajaba, al llegar a una curva en La Longuera, paró el autobús y, al intentar dar marcha atrás, salió hacia delante, despeñándose por un terraplén, debido al mal funcionamiento de los frenos, pues el de mano faltaba en absoluto y el de pie estaba defectuoso, lo que con anterioridad conocía Ceferino, quien lo puso en conocimiento del Gerente de la empresa, procesado Domingo T.C., a pesar de lo cual le ordenó que continuara circulando con dicho vehículo y a consecuencia de lo cual se produjeron la muerte y las lesiones que se describen...

En este caso, el acusado alegó la eximente de obediencia debida, que le fue denegada "por no ser de Derecho público la relación entre aquél y el Gerente de la empresa", y también la de miedo insuperable, igualmente rechazada como eximente completa o incompleta porque

> ...es preciso que el mal que se tema sea real, inminente y cierto y no reúne tales condiciones el que se basa en un posible pero cierto despido y no es de tal naturaleza que violente de tal modo su voluntad que le obligue a realizar el acto ilícito, y como por otra parte el mal producido como consecuencia de su conducta era previsible y muy superior al que se trataba de evitar...

Sendos argumentos para rechazar la aplicación de la eximente de miedo insuperable son, a mi juicio, discutibles. En primer lugar, ya tratamos en el Cap. III el problema relativo a la posible restricción de esta eximente en función del bien jurídico amenazado, cuestionado que fuese correcto limitar la eximente a los casos en que esté en peligro la vida o la integridad física de la persona, pues lo esencial para la estimación de esta eximente es la apreciación de una cierta proporcionalidad o adecuación entre los males amenazantes. Adecuación que no puede negarse, de entrada, en aquellos supuestos en los que estén en peligro bienes jurídicos diferentes a la vida o la integridad física.

---

[679] Como bien comentan SILVA/CORCOY/BALDO (1996:327) este caso podría resolverse en derecho español apelando a la eximente de miedo insuperable, pues "el supuesto cabe en el tenor literal del 20.6 y ello es también la solución correcta político-criminalmente de acuerdo a la doctrina de la inexibilidad".

Por tanto, lo que debe valorarse es la relación entre el mal amenazante, en este caso el despido, y el causado, aquí el peligro para la seguridad e integridad de las personas que supone conducir sin frenos. Una valoración que debe tener en cuenta la situación en que se encuentre la persona, pues no parece que deba considerarse igual el despido de una persona que, por su preparación o conocimientos o por la coyuntura económica, pueda encontrar trabajo sin problemas, que el de aquélla para la que un despido suponga serios problemas económicos y existenciales. Teniendo presente que, según he defendido, cuando de esta ponderación no resulte un saldo igual o superior (a favor del evitado) entre los males, lo que no podrá aplicarse es el estado de necesidad, pero ello no parece impedir, con la nueva regulación, la posible aplicación de la eximente de miedo insuperable[680].

En resumen, el miedo insuperable puede, efectivamente, desempeñar una función de complemento de la eximente de cumplimiento de un deber, en concreto, en aquellos casos en los que, por no ser el mandato de obligado cumplimiento (supuestos de relación laboral o familiar, o supuestos de mandatos antijurídicos en el ámbito de la función pública, para aquellos autores que no acepten la posible aplicación de la eximente séptima en estos casos), no puede aplicarse esta causa de exención.

Por tanto, desaparecida la figura de la obediencia debida, que permitía eximir de pena en estos casos, el miedo insuperable adquiere ahora mayor importancia como eximente supletoria a la que reconducir aquellos supuestos no contemplados por el resto de eximentes en los que haya, no obstante, razones (distintas) para eximir de pena, porque la actuación de la persona quepa considerarla razonable.

---

[680] Otro ejemplo lo podría constituir la STS 10-4-1992 (RAJ 2962), que juzga el caso de unos empleados de una sociedad anónima que cometen falsedad, participando con ello en la apropiación indebida por parte dicha sociedad de dinero del Estado. Los empleados fueron absueltos por aplicación de la antigua eximente de obediencia debida, que como vemos, aquí se admitió en una relación laboral. De todas maneras, lo que interesa destacar es la argumentación invocada en la sentencia para la absolución, pues, hoy en día, desaparecida la eximente de obediencia debida, la misma argumentación podría servir para estimar aplicable la eximente de miedo insuperable: "en cuanto al elemento subjetivo [de la eximente de obediencia debida] aun suponiendo que el acto ordenado tenga clara apariencia de ilicitud y resulte así antijurídico, puede no considerarse culpable si el empleado se ve caso de insumisión en riesgo de represalia que puede incluir el privarle de empleo y resultar en su situación real no exigible humanamente otra conducta distinta para la generalidad de las personas". Vid. también la sentencia de la A.P. de Huesca de 28-7-1997 (ACT.ARANZ., 312/31), en la que se absuelve por obediencia debida al encargado de una finca que cumplió la orden de derribar una valla propiedad de una finca ajena por el miedo a ser despedido de negarse a ello. Un reciente caso de obediencia en el marco de la relación familiar, en el cual se alegó miedo insuperable, puede verse en la sentencia de la A.P. de Cuenca de 26-11-1997 (TSJ/AP, 1998, nº 20, sent. nº 1856).

CONCLUSIONES

La primera cuestión central que plantea el estudio de la eximente de miedo insuperable viene representada por su propio fundamento, esto es, por las razones que justifican o legitiman el reconocimiento legal del miedo insuperable como una causa de exención de la responsabilidad criminal (Cap. I). La importancia de esta cuestión estriba en que, en primer lugar, la determinación del fundamento de una eximente es presupuesto ineludible del examen acerca de su naturaleza jurídica; esto es, de su inclusión en una u otra categoría de la Teoría del Delito. Y en segundo lugar, al ser el fundamento de una eximente la razón última de su reconocimiento, se convierte en el criterio rector de su configuración e interpretación.

La discusión sobre el fundamento de la eximente de miedo insuperable se sitúa en el trabajo en un determinado marco teórico: las doctrinas de justificación o legitimación del derecho penal (también llamadas "teorías de la pena"). Ello por dos razones; en primer lugar, una vez se reconoce la influencia que las cuestiones de política-criminal relativas a las finalidades del derecho penal desempeñan en su reconstrucción teórica y aplicación práctica, y por tanto, también en la configuración de una causa de exención de la responsabilidad penal, es necesario proceder a una discusión abierta sobre ellas. Ello sólo parece posible desde las propias teorías de filosofía política y moral que legitiman el derecho penal, pues estas teorías son, precisamente, la respuesta racional que la doctrina penal ha pretendido dar al problema de los fines y principios justificantes a los que el derecho penal debe ajustarse.

En segundo lugar, al situarse la discusión sobre el reconocimiento de la eximente en el plano filosófico-moral constituido por las doctrinas de justificación, se consigue configurar al fundamento como una cuestión previa de mayor alcance que la relativa a su naturaleza jurídica, dotándole de esta manera de un importante valor argumentativo.

Desde una perspectiva utilitarista, la eximente de miedo insuperable puede fundamentarse de dos formas diversas: apelando al principio del mal menor ("*lesser evil*"), o al de efectividad de la pena.

Sin embargo, a mi entender, ninguna de ambas posibilidades puede fundamentar convincentemente la eximente de miedo insuperable. El principio del mal menor se limitaría a justificar la eximente en aquellos casos en los que la persona causara con su acción

delictiva un mal menor que el que se produciría con la realización del peligro amenazante (ej. participación en robo para evitar la propia muerte). Al margen de que ello plantea el importante problema de determinar qué debe formar parte exactamente del cálculo de utilidad, con tal fundamentación la eximente de miedo insuperable quedaría reducida a estos casos en los que la acción de la persona ocasionara un mal menor, dejando con ello fuera de su ámbito los supuestos de mal igual o mayor. Ello contradice, de entrada, la regulación legal de la eximente de miedo insuperable, pues esta eximente, después de la modificación llevada a cabo por el código penal de 1995, no viene ya limitada a los supuestos en que se ocasiona un mal igual o menor que el evitado, sino que puede aplicarse también en principio en casos de producción de un mal mayor.

En definitiva, la fundamentación utilitarista del miedo insuperable ligada al principio del "mal menor", en el mejor de los casos, sólo puede ofrecer una fundamentación parcial de la eximente, que sólo sería plausible si previamente se demostrara que no existen otras razones, diferentes de las condensadas en el principio del "mal menor", para eximir de pena en las situaciones de miedo insuperable.

La fundamentación del miedo insuperable basada en el principio de efectividad de la pena no llega a mejores resultados. Según esta segunda posibilidad utilitarista de fundamentar la eximente, en los supuestos de miedo insuperable la persona, debido a las particulares circunstancias en que se inscribe su actuación, sería inmotivable por la pena, y por tanto el castigo sería inefectivo para la consecución de fines preventivo-generales.

Esta fundamentación debe afrontar dos importantes problemas. En primer lugar, requiere que se demuestre que, efectivamente, en las situaciones de miedo insuperable la persona es inmotivable por la sanción penal. El hecho de que en estos casos (salvo supuestos extremos discutibles) la persona afectada por el miedo no pierda sus facultades de comprender la prohibición penal y actuar de acuerdo con ella, parece jugar en contra de esta alusión a la inmotivabilidad de la persona, o puede llevar a restringir la eximente a un reducido número de casos en los que no parezca discutible la ineficacia de la pena.

En segundo lugar, aun cuando se parta de tal situación de inmotivabilidad en caso de miedo insuperable, una doctrina utilitarista no parece poder asegurar que inmotivabilidad de la persona sea siempre sinónimo de inefectividad del castigo, ya que esta doctrina puede apelar a la relevancia que las consideraciones preventivo-generales juegan en ella. Dichas consideraciones podrían apoyar la denegación o restricción de la eximente, en aras de una

mayor efectividad de la conminación penal. Esta es, de hecho, la tradicional crítica que se viene realizando a la posibilidad de que el principio de culpabilidad se sustituya o configure únicamente de acuerdo con las necesidades de prevención general de los delitos.

Ciertamente, la réplica utilitarista a esta tradicional crítica muestra que un defensor de esta doctrina de justificación puede proceder a una fundamentación más sólida de las eximentes, y con ello del miedo insuperable, mediante la alusión al bien de la seguridad de las personas, que también debe ser tomado en cuenta en el cálculo de utilidad. Desde esta perspectiva, se argumenta que un ordenamiento que no reconociera causas de exención de la responsabilidad penal, provocaría una gran inseguridad colectiva, y por lo tanto una situación de mayor infelicidad, lo cual conduciría finalmente al restablecimiento del sistema de eximentes.

Sin embargo, esta réplica no puede considerarse definitiva porque con ello no se produce en realidad una defensa decidida de las causas de exención de la responsabilidad penal, sino que, al situarse éstas en las frágiles fronteras de la seguridad o inseguridad colectiva, quedan en manos de una argumentación indirecta y débil, que es además eludible mediante el encubrimiento de los problemas originados por la inexistencia de un sistema de causas de exención de la pena. Si tenemos en cuenta que las eximentes, en definitiva, no son sino garantías de los ciudadanos frente al poder coercitivo estatal, se constatan los riesgos que tal fundamentación utilitarista comporta.

Esta contra-crítica al utilitarismo subraya que los ciudadanos no están al tanto de los matices de la ley, y por tanto, aunque pudieran generarse efectos nocivos para la seguridad y el bienestar de las personas si un ordenamiento penal no reconociese ningún tipo de eximentes de responsabilidad penal, tales efectos serían imperceptibles si el legislador derogara una eximente determinada, como el miedo insuperable, o ésta fuera simplemente tratada con mayor dureza por los tribunales de justicia. Esto puede observarse en los casos, acaecidos en Estados Unidos, de fugas de prisión debida a amenazas o negativa a testificar en juicios contra miembros de la Mafia, en los que existe una clara finalidad preventivo-general (mantenimiento de la disciplina en prisión, persecución a ultranza de los grupos mafiosos) que conduce a su denegación en estos supuestos.

Con ello se constata que la eximente de miedo insuperable no es una cuestión de maximización de la felicidad/utilidad colectiva, ni tampoco un problema de efectividad o inefectividad de la pena como mecanismo de prevención general de los delitos. El miedo

insuperable plantea una cuestión de justicia; esto es, de reconocimiento de una causa de exención de la pena por motivos distintos a la utilidad común y ligados así con el respeto de los derechos individuales. Por ello, el fundamento de esta eximente debe situarse en el marco de una doctrina de justificación que proclame como un principio inquebrantable, y no sujeto al juego del cálculo de utilidades, la exigencia de responsabilidad individual para imponer una sanción penal a un ciudadano. Ello puede predicarse tanto de una doctrina del merecimiento (retribucionista) como de una doctrina mixta de justificación del derecho penal.

Tradicionalmente, el contenido del principio de responsabilidad individual o culpabilidad, se ha construido a partir de las ideas de voluntariedad o libertad de elección de la persona. Desde esta perspectiva, el fundamento de la eximente de miedo insuperable se sitúa por estas doctrinas en la afección a la voluntad o libertad de la persona que acontece en las situaciones de miedo insuperable; afección que determina que la persona no tenga en estos supuestos una "justa oportunidad" de obrar conforme a derecho.

Naturalmente, en la aclaración del significado de estas referencias a la afección de la libertad o voluntad de la persona, o a la ausencia de una "justa oportunidad" de obrar conforme a derecho, se encuentra el gran reto que esta fundamentación de la eximente de miedo insuperable debe afrontar; pues la vaguedad de estos conceptos impediría seguramente que el fundamento desempeñase la importante labor de guía para la configuración e interpretación de la eximente que debe cumplir.

Una primera interpretación posible de la fundamentación de la eximente basada en la afección de la voluntad de la persona podría consistir en destacar que el hecho ejecutado por miedo o temor ante un determinado mal, es un hecho no intencional; pero con ello se desconocería que en las situaciones de miedo la persona obra precisamente para evitar un mal, y por tanto lo cierto es que su acción tiene una determinada intencionalidad.

Otra posible interpretación de la alusión a la afección de la libertad sería aquélla que equiparase dicha afección con la anulación de las facultades físicas de actuación de la persona. De esta manera, se explicaría la eximente de miedo de la misma manera que aquellas situaciones en las que una fuerza física irresistible obliga a una persona a "actuar" de una manera determinada. Sin embargo, esta posible fundamentación de la eximente parte de un presupuesto fáctico erróneo, porque la persona afectada por una situación de miedo, salvo en casos extremos, no pierde el control sobre sus movimientos corporales y con ello

su capacidad de actuar. Con ello, "insuperable" no puede interpretarse como insuperable física o fácticamente.

Una tercera interpretación de la fundamentación del miedo insuperable a partir de la idea de la afección a la libertad de la persona consiste en entender tal afección como la anulación de sus facultades psíquicas. Desde este punto de vista, sostenido de forma mayoritaria en nuestra jurisprudencia, se consideraría que en las situaciones de miedo insuperable la persona sufre un impacto psíquico de tal calibre que ve anuladas sus facultades cognoscitivas y volitivas, provocando una auténtica situación de inimputabilidad momentánea. La insuperabilidad del miedo aludiría así a la exasperación del impacto psíquico producido por el miedo en la conducta de la persona, con lo que la emoción del miedo se transformaría en un verdadero pánico o terror.

Sin embargo, esta fundamentación, que podría denominarse psicológica (porque interpreta "insuperable" como insuperable psicológicamente), presenta importantes problemas que conducen a su desestimación. En primer lugar, conduce a una gran restricción de la eximente, que sólo sería aplicable en aquellos supuestos, absolutamente excepcionales según reconoce la propia psicología y psiquiatría, en los que el terror enloquezca a la persona, quedando con ello al margen los casos normales de miedo.

En segundo lugar, una fundamentación psicológica de la eximente de miedo insuperable presenta también un grave problema de determinación, ya que, siendo el miedo una emoción que se caracteriza por no dejar rastro en la psique de la persona una vez pasado el peligro o amenaza, cabe preguntarse cómo va a calibrar el juez posteriormente, en el juicio penal, el insuperable schock psíquico que se exige para su aplicación. Quizás sea ello lo que explique que nuestro T.S., en abierta contradicción con el fundamento psicológico que defiende de esta eximente, exija para su estimación toda una serie de requisitos normativos que pretenden delimitar su aplicación práctica.

Por último, la fundamentación psicológica del miedo insuperable conlleva un grave problema de compatibilidad entre esta eximente y el trastorno mental transitorio, que puede conducir a la superfluidad de la primera.

Es por estas razones, por lo que en la doctrina penal se ha producido un desplazamiento de la eximente de miedo insuperable desde una noción psicológica a otra normativa. Este es, según creo, el camino correcto: en las situaciones de miedo insuperable el aspecto

decisivo no reside en la cantidad de presión psíquica que recibe el afectado (criterio cuantitativo), sino que estamos ante una cuestión sobre las exigencias normativas que pueden y deben requerirse de la persona que se encuentra en una situación de presión (miedo) por la amenaza de un mal que limita su libertad de elección. Se trata, pues, de determinar normativamente las condiciones en las que puede afirmarse que la persona no tiene una justa oportunidad de comportarse de acuerdo a derecho, siéndole por tanto inexigible su cumplimiento.

En la doctrina penal las exigencias normativas incorporadas en la alusión a la "insuperabilidad" del miedo se han solido resumir en los conceptos de razonabilidad o inexigibilidad. Ciertamente, ambos principios pueden considerarse sinónimos, pero en el trabajo se ha considerado preferible situar el fundamento de la eximente en la alusión a la razonabilidad de la conducta. Ello se debe a que, por una parte, la referencia a la razonabilidad puede contribuir a plantear más nítidamente el fundamento normativo que la eximente de miedo insuperable presenta, aportando con ello mayor precisión: en el caso de la eximente de miedo insuperable la actuación conforme a la ley es inexigible, no porque nos encontremos ante una persona que, de hecho, no puede cumplir con el mandato legal, sino porque la conducta realizada es razonable, esto es, adecuada a las circunstancias del caso concreto y a unas pautas moral-normativas presentes en nuestra sociedad.

Y por otra parte, creo que el concepto de razonabilidad puede ayudar a superar el problema terminológico que parece plantear la referencia a la inexigibilidad de otra conducta cuando, como sucede tradicionalmente en relación con la eximente de miedo, ésta se sitúa en la categoría de la culpabilidad.

Debe destacarse que la fundamentación y consiguiente reconstrucción normativa de la eximente de miedo insuperable no puede considerarse incompatible con la concreta regulación de esta eximente en nuestro código penal, ya que aunque ésta tome como base un concepto de innegable carácter psicológico como es el miedo, lo decisivo sigue siendo cómo interpretar su insuperabilidad, y ello debe hacerse normativamente, esto es, a través de la serie de exigencia normativas incorporadas en la referencia a la razonabilidad o inexigibilidad de la conducta.

Sin embargo, una vez se hayan delimitado por medio de la discusión de ciertos requisitos normativos (Cap. III), cuál es el contenido concreto de la referencia a la razonabilidad de la conducta que fundamenta la eximente de miedo insuperable, sólo habremos en realidad

contestado a la pregunta concerniente a *cuándo* se va a aplicar la eximente de miedo; pero sigue faltando la respuesta a la pregunta clave sobre la fundamentación de la eximente, esto es, *por qué* el ordenamiento penal acepta la exención de penal cuando la conducta es razonable en una situación de miedo.

En la doctrina penal puede observarse que la idea que parece hallarse tras la fundamentación de la eximente de miedo insuperable (o sus análogas eximentes *-duress* y estado de necesidad exculpante-) a partir del principio de responsabilidad individual, es que esta eximente tiene que ver con el más amplio reconocimiento de la libertad del ciudadano frente al poder estatal. Ello deriva del hecho de que las eximentes, y entre ellas el miedo insuperable, suponen una reafirmación del valor de la libertad de los ciudadanos al permitirles planear su futuro libre de las injerencias imprevistas del poder estatal (HART): si el ordenamiento penal no reconociera determinadas causas de exención de la pena el ciudadano nunca podría estar seguro de que por una actuación futura imprevisible (accidental, errónea, en defensa de un peligro amenazante, debida a la coacción de un tercero...), no sufriría un castigo penal, con la consiguiente merma de su esfera de libertad.

Aun siendo esto cierto, lo que, a mi entender, constituye la verdadera singularidad del miedo insuperable es que esta eximente supone el reconocimiento de la existencia de un doble nivel de valoración (o enjuiciamiento moral de las acciones) aceptado en nuestra sociedad. Este doble nivel de valoración está basado en la diferencia existente entre un juicio de imparcialidad, en el que la situación debe ser valorada con independencia de la implicación personal del autor en ella; y un juicio que tiene como base precisamente tal implicación personal, y está fundado, de esta manera, en la idea de parcialidad.

La base del principio de razonabilidad (y su análogo de inexigibilidad) reside precisamente en el valor que asigna, en la resolución de un conflicto de intereses, a la especial perspectiva del autor implicado en él, debido a su vinculación personal con el interés amenazado. Es esta especial posición del autor en el conflicto (su implicación) lo que puede permitir una resolución parcial del mismo, es decir, una resolución que pase por dar mayor peso o valor a unos determinados intereses, por los que el autor se siente especialmente afectado o vinculado. Por lo tanto, lo decisivo es que en la eximente de miedo insuperable, como el conflicto no se resuelve de forma imparcial (tal y como queda concretado en el último capítulo, dedicado a la delimitación de esta eximente con el resto de causas de exención de la pena), es necesario apelar a la preferencia subjetiva del autor por los bienes en peligro para poder explicar y así fundamentar la exención de pena.

Ciertamente, que el ordenamiento penal reconozca una eximente fundada en la preferencia subjetiva del autor por el interés en peligro puede resultar extraño y hasta discutible, pero creo que refleja unas pautas o valores morales ampliamente reconocidos en nuestra sociedad moderna, que tienen que ver con la adecuada separación entre persona y ciudadano. Esta separación da lugar a un doble nivel de relaciones, unas basadas en la idea de parcialidad y otras presididas por las exigencias de imparcialidad, que el derecho penal no puede desconocer, y que implican, en definitiva, que nuestros intereses son para nosotros más valiosos que los de un extraño. Igualmente, no se puede ignorar que la institución de la familia conlleva que los intereses de un familiar sean considerados por los demás miembros como más valiosos que los de un extraño.

Dicho con otras palabras: la acción llevada a cabo por miedo insuperable queda exenta de pena, no porque sea inevitable (fáctica o psicológicamente) que un individuo prefiera sus intereses o los de sus seres queridos sobre los de los demás, sino porque por lo menos algunas veces tal preferencia no es digna de castigo. Las relaciones íntimas están definidas, en último término, por una intensa parcialidad, y no podemos al mismo tiempo afirmar la validez de tales relaciones y condenar a alguien por miedos que revelan que valora su bienestar y el de su familia más que el de los extraños.

Desde este punto de vista, la eximente de miedo insuperable puede concebirse como una de las instituciones que pretenden alcanzar el ideal de coexistencia entre intereses particulares y colectivos que la existencia de ciertos compromisos asimétricos lleva consigo, reconociendo, dentro de un marco delimitado, el valor de la perspectiva personal del conflicto como razón para la acción no merecedora de reproche penal.

El fundamento de la eximente de miedo insuperable es, por tanto, la resolución razonable del conflicto ante el que se enfrenta la persona amenazada por un mal. En el caso de esta eximente, la resolución no es razonable porque implique una mayor utilidad social o conlleve la salvación de un bien de mayor valor, sino porque el conflicto ante el que se enfrenta la persona afecta a intereses particularmente cercanos a ella, que legitiman su resolución parcial. Resolución que es aceptada por el ordenamiento penal porque se corresponde con unos valores que, por ser inherentes a la autonomía y condición de la persona, son dignos de protección.

Esta fundamentación del miedo insuperable muestra la particularidad que presenta esta eximente dentro del sistema de causas de exención de la pena, y es probablemente tal singularidad lo que explica que la elaboración dogmática sobre su naturaleza jurídica (Cap. II) presente una gran diversidad de pareceres, que prácticamente agotan todas las posibilidades existentes al respecto.

Sin embargo, lo cierto es que la opinión mayoritaria en nuestra doctrina y jurisprudencia es aquélla que conceptúa al miedo insuperable como una eximente perteneciente a la categoría de la culpabilidad.

La jurisprudencia se apoya para ello en la aludida fundamentación psicológica de la eximente de miedo insuperable, considerada de esta manera como una causa de inimputabilidad análoga al trastorno mental transitorio, al implicar en definitiva un estado de inimputabilidad momentáneo generado por el impacto del miedo en la psique de la persona. La crítica a esta concepción jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del miedo insuperable se centra en que parte de un fundamento erróneo de la eximente, pues como hemos visto "insuperable" no significa insuperable psicológicamente, porque la persona, en las situaciones de miedo insuperable en las que amenaza un mal, no pierde sus facultades de acción ni volición, aunque sin duda estén afectadas. De hecho, la propia jurisprudencia, al exigir toda una serie de requisitos normativos para aplicar la eximente de miedo insuperable, contradice el entendimiento de la misma como una causa de inimputabilidad.

Por su parte, la opinión mayoritaria de la doctrina penal española considera al miedo insuperable como una causa de inculpabilidad, en base, fundamentalmente, a los dos siguientes argumentos. En primer lugar, la catalogación de la eximente como causa de inculpabilidad se apoya en su propio fundamento, esto es, la inexigibilidad de la conducta; principio que se estima perteneciente a la categoría de la culpabilidad. Esta identificación entre inexigibilidad y culpabilidad proviene de la concepción normativa de la culpabilidad, ya que fue en el seno de esta teoría y, en concreto, con referencia a la explicación de la culpabilidad, donde se "descubrió" el principio de inexigibilidad, que se elevó con ello a fundamento de la propia categoría, lo cual naturalmente implicó que las eximentes basadas en tal principio se clasificaran como causas de inculpabilidad.

Sin embargo, al margen de que el peso de esta argumentación decae cuando deja de considerarse a la exigibilidad de otra conducta como el fundamento de la categoría de la culpabilidad, la crítica decisiva que el emplazamiento de la eximente de miedo insuperable

en la culpabilidad, derivado de su fundamento, debe afrontar es el limitado papel que con ello se atribuye al principio de inexigibilidad. Tal y como la obra de HENKEL demostró, este principio no desempeña únicamente un papel en la categoría de la culpabilidad, sino, de hecho, en todas y cada una de las categorías del delito, por lo que del fundamento de la eximente de miedo no puede derivarse sin más su naturaleza jurídica.

Ciertamente, la doctrina penal, consciente del reconocido valor multifuncional del principio de inexigibilidad, ha procedido a refinar la argumentación en que se basa la incardinación de la eximente de miedo insuperable en la categoría de la culpabilidad. Tal refinamiento consiste en la diferencia entre una inexigibilidad general u objetiva, que pertenecería al ámbito del injusto, y una inexigibilidad individual o subjetiva, que sería propia de la culpabilidad, y la que, por tanto, informa la eximente de miedo insuperable. Con ello, la diferencia fundamental entre ambos tipos de inexigibilidad y así entre un juicio de antijuricidad o culpabilidad parece radicar en la pauta o criterio utilizado para su concreción o determinación.

Sin embargo, si bien la doctrina penal recurre a esta diferenciación para explicar por qué, a pesar del valor multifuncional del principio de inexigibilidad, ciertas eximentes fundadas en él, como el miedo insuperable, siguen recluyéndose en la culpabilidad, no parece ser del todo coherente con ella, pues tal diferenciación, que debería llevar consecuentemente a la aceptación de un parámetro individual en la concreción de la insuperabilidad del miedo, no parece corresponderse con la opinión de nuestra doctrina mayoritaria, que sigue considerando que el baremo de medición de la inexigibilidad ha de ser el del "hombre medio" o, en todo caso, un parámetro que posibilite la toma en consideración de criterios normativo-generales.

Llegados a este punto, no parece que el parámetro de determinación de la inexigibilidad pueda considerarse el criterio decisivo a la hora de decidir si una eximente o institución penal fundada en ella, forma parte o no de una determinada categoría del delito, pues en realidad tal parámetro parece ser el mismo en las diferentes categorías.

El segundo argumento utilizado por la doctrina penal para situar la eximente de miedo insuperable en la categoría de la culpabilidad, tiene que ver con el énfasis que en ocasiones se pone en el aspecto emocional o motivacional de la eximente. Pero ello tampoco puede considerarse un argumento convincente en favor de su inclusión en la culpabilidad, porque, como ya vimos, el factor emocional o psicológico no es el decisivo en la eximente de miedo

insuperable; y aunque lo fuera, debe responderse a la cuestión previa sobre la posible justificación de la conducta.

De hecho, la doctrina española no parece haber prestado mucha atención a la discusión sobre la posible justificación de la conducta llevada a cabo por miedo insuperable, aunque se comparte la intuición básica referente a que esta eximente es una causa de inculpabilidad atípica, que no parece encajar bien en el esquema de la categoría de la culpabilidad. Ello ha dado pie a que en nuestra doctrina penal no hayan faltado voces que aboguen por la consideración del miedo insuperable como una causa de justificación, tal y como han defendido GIMBERNAT, GOMEZ BENITEZ y CUERDA RIEZU.

La tesis de estos autores sobre la naturaleza jurídica del miedo insuperable es producto del traslado de la argumentación elaborada sobre el estado de necesidad (al que los mencionados autores consideran, en todo caso, como una causa de justificación) al miedo insuperable, que se concibe de esta manera como un supuesto específico de estado de necesidad. Tras traslado era, antes del nuevo código penal, ciertamente lógico, ya que ambas eximentes tratan situaciones de necesidad ante la amenaza de un mal cuyo requisito esencial parecía el mismo: la no causación de un mal mayor.

Sin embargo, al margen de la discusión sobre las propias bases que atribuyen al estado de necesidad la naturaleza de causa de justificación, la argumentación de estos autores ha perdido gran parte de su fuerza con la modificación de la eximente de miedo insuperable llevada a cabo por el nuevo código penal, pues al derogarse la exigencia relativa a la comparación de males, ya no puede considerarse que esta eximente presente la misma problemática que el estado de necesidad. Por tanto, tras esta modificación legislativa, la atribución al miedo insuperable de la naturaleza de causa de justificación precisa de una argumentación propia diferenciada de la referente al estado de necesidad, que aún no ha sido elaborada por los autores mencionados.

El análisis sobre la naturaleza jurídica de la eximente de miedo insuperable se complica si tenemos en cuenta que los argumentos tradicionalmente utilizados para impedir la catalogación de una eximente como causa de justificación son de problemática aplicación en el caso de la eximente de miedo insuperable.

Así, en primer lugar, la alusión a la ausencia de un interés preponderante (como fundamento de la justificación de la conducta) en las situaciones de miedo insuperable,

olvida que ello no puede interpretarse como una pura comparación utilitarista de los bienes jurídicos en juego; ya que, según reconoce la doctrina penal, la comparación que este principio implica no se agota en el mero cotejo de los bienes jurídicos en conflicto, sino que incorpora también toda una serie de valores y principios. Entre éstos no puede descartarse así el principio de inexigibilidad, como principio que posibilitaría la justificación de la conducta aun cuando el bien jurídico lesionado fuera de mayor valor que el causado. De hecho, esto parece haber sido ya aceptado por la doctrina penal y la jurisprudencia del T.C. respecto de la exención de pena configurada por las indicaciones ética y eugenésica en el aborto; pues aunque éstas se han solido fundamentar de acuerdo con el pensamiento de la inexigibilidad, ello no ha sido óbice para su clasificación como causas de justificación.

En segundo lugar, también es problemático basar la antijuricidad de la conducta en los casos de miedo insuperable en la alusión al desvalor del comportamiento llevado a cabo por miedo insuperable. Si a tal juicio de desvalor se llega a partir de la contemplación del desvalor de la acción realizada (idea del fin de la acción), debe señalarse que resulta cuando menos discutible que la conducta que se ha catalogado de razonable, y por tanto inexigible su no realización, pueda considerarse a la vez desvaliosa; pues no se alcanza a ver el desvalor de la acción del ciudadano que no se convierte en un héroe o santo. Debe remarcarse que el desvalor de la acción debe fundamentarse en algo más que la mera comparación entre los bienes jurídicos en juego, pues de lo contrario este criterio no aportaría nada al anteriormente discutido. Por esta misma razón, el desvalor del comportamiento no puede fundamentarse únicamente en el desvalor del resultado (idea de la ponderación de bienes) ocasionado por la lesión de un bien jurídico de mayor valor que el salvado.

Parte de la doctrina alemana ha fundamentado un desvalor de acción específico (independiente de la ponderación de bienes jurídicos) en aquellas situaciones de necesidad en las que el peligro proviene de la amenaza de un tercero. Este desvalor específico vendría configurado por la realización de los planes antijurídicos del tercero, a los que el amenazado "cede". Pero la argumentación sobre la que se basa esta doctrina no parece convincente, pues implica, en definitiva, un ilegítimo traslado del juicio de antijuricidad concerniente al amedrentador a la conducta del amenazado.

En tercer lugar, tampoco parece convincente la reclusión del miedo insuperable en la culpabilidad a partir de las supuestas consecuencias reflejas que se derivarían del hecho de considerar a esta eximente como una causa de justificación: el deber de tolerar que con ello

se impondría al afectado por la acción en miedo insuperable, y la imposibilidad de castigar a los partícipes, y con ello al que con su amenaza crea la situación de miedo. Esta argumentación no es convincente porque, al margen de que las consecuencias debieran derivarse de la previa inclusión de una eximente en una categoría del delito y no al revés, en el estado actual de la teoría del delito puede coherentemente afirmarse que una causa de justificación no provoca en todo caso un correspondiente deber de tolerar por parte del afectado por ella (que podría defenderse a través de la figura del estado de necesidad defensivo). Por otra parte, existen mecanismos dogmáticos (la figura de la autoría mediata) para hacer responsable al que con su amenaza provoca la situación de miedo, aunque la actuación de la persona se considere justificada.

En cuarto lugar y por último, tampoco la concreta regulación española sobre la eximente y, en particular, la imposición de responsabilidad civil en caso de miedo insuperable (art. 118.1 regla 4° CP), puede considerarse un argumento definitivo en contra de la posible justificación de la conducta llevada a cabo por miedo insuperable.

Como puede apreciarse, gran parte del problema que plantea la naturaleza jurídica de la eximente de miedo insuperable tiene que ver con el dilema que, a su vez, representa el principio de inexigibilidad en la teoría del delito.

La inexigibilidad, como principio llamado a desempeñar un papel en la teoría del delito, surge de la mano de la teoría de la culpabilidad normativa como un intento de explicar con coherencia sistemática el mantenimiento del estado de necesidad en el que no se salva un interés preponderante en la categoría de la culpabilidad. Debido a este origen, no es de extrañar que las eximentes fundadas en este principio se catalogaran inmediatamente como causas de inculpabilidad.

Sin embargo, el enorme potencial expansivo que la teoría de la culpabilidad normativa y la doctrina de la inexigibilidad llevaban consigo, al implicar en definitiva que, más allá de los casos expresamente regulados en la ley penal como ejemplos de situaciones en las que la inexigibilidad de otra conducta decaía, este principio debía considerarse como una causa supralegal de exculpación o inculpabilidad, hizo que a la doctrina de la inexigibilidad se le reprochase ya desde sus inicios la atenuación de las barreras de la culpabilidad y con ello de la sanción penal a que inevitablemente conducía. Por ello no es de extrañar que los ataques contra esta doctrina se hicieran especialmente virulentos en la época del ascenso al poder de los nazis, que vieron en el principio de inexigibilidad un residuo del liberalismo y

socialismo de la época (SCHAFFSTEIN), a los que se contrapone una concepción particular del Estado basada en la absoluta primacía de éste sobre el individuo.

Como resultado de todo ello, el pensamiento de la inexigibilidad quedó reducido a ser considerado la *ratio legis* de las causas de exculpación legalmente reconocidas y a desempeñar un papel "en consideraciones individuales aquí y allá" (MEZGER). Desplazado con ello el principio de inexigibilidad a otro nivel de la dogmática penal, la tarea de ésta debía consistir en analizar qué función y alcance debía reconocérsele a este principio. La respuesta a estas preguntas fue la obra de HENKEL, tras la cual el principio de inexigibilidad quedó reducido a la consideración de un mero principio regulativo (esto es, que no puede fundamentar una institución penal, sino sólo regular el fundamento dado), cuyo papel se extendía por todas las categorías del delito y por tanto no sólo en la culpabilidad.

El traslado de la tesis de HENKEL a la cuestión sobre la naturaleza jurídica de una eximente fundada en el principio de inexigibilidad, como el miedo insuperable, daría como resultado que este principio no podría desempeñar ningún papel en la discusión sobre la justificación de la conducta, ya que al ser un principio regulativo se limitaría a regular un fundamento previamente dado, que en este caso sería el principio del interés preponderante.

Sin embargo, la diferenciación que lleva a cabo este autor entre principios normativos y regulativos no parece del todo convincente, porque, al margen de que todo principio (y con ello también el de inexigibilidad) tiene un cierto contenido valorativo o normativo, el principio de inexigibilidad no parece diferenciarse en cuanto a su grado de concreción (y por lo tanto en su naturaleza como principio normativo o regulativo) del principio tradicionalmente señalado como el fundamentador de la categoría de la justificación de la conducta; es decir, el principio del interés preponderante.

Cuestionada la consideración del principio de inexigibilidad como un mero principio regulativo incapaz de fundamentar materialmente la exención de pena, deben buscarse las razones que llevan a la eximente de miedo insuperable a la categoría de la culpabilidad, aun cuando se admita que este principio puede estar también presente en la justificación de la conducta.

A mi entender, la explicación del papel que el principio de inexigibilidad desempeña en las categorías de la antijuricidad y culpabilidad debe basarse, en primer lugar y como punto

de partida, en la diferenciación estudiada al tratar del fundamento de la eximente entre un enjuiciamiento imparcial de la situación y uno basado en la idea de parcialidad; y en segundo lugar, requiere distinguir el diverso rol que este principio puede desempeñar en ambas categorías del delito.

Las situaciones de necesidad o peligro, que son el sustrato fáctico de las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable, presentan como fundamental característica el hecho de que, a diferencia de lo que sucede con respecto en la legítima defensa, las personas implicadas en el conflicto se encuentran en la misma posición frente al derecho, teniendo así idéntica aspiración a la protección jurídica dispensada por la ley penal.

Partiéndose de tal inicial situación de igualdad, la justificación de la conducta requiere de un principio imparcial de valoración como es el configurado por el interés preponderante. Tal y como puede apreciarse en la doctrina penal, la ponderación que conlleva este principio se realiza con un criterio objetivo, esto es, con arreglo a las valoraciones del Derecho, e independientemente, por tanto, del valor subjetivo (juicio de parcialidad) que los implicados en el conflicto atribuyen a sus propios intereses. Esto es así porque siendo la antijuricidad el sector del ordenamiento penal en el que se produce la valoración del conflicto o daño producido por una determinada conducta, una exigencia básica de igualdad determina que tal valoración se realice imparcialmente, es decir dando igual valor a los intereses de los diversos ciudadanos, sea quien sea el implicado en el conflicto.

En realidad, la principal dificultad con la que se enfrenta la existencia de situaciones en las que una persona valora parcialmente el conflicto ante el que se enfrenta, es su reconocimiento y aceptación por parte del ordenamiento penal. Pero si, tal y como vimos anteriormente, el derecho penal debe ser sensible a la existencia de tal doble nivel de valoración, entonces creo que la categoría de la culpabilidad es el ámbito adecuado para recoger estos casos de resolución parcial de un conflicto, pues el criterio dominante de resolución, y con ello la justificación de la conducta, debiera ser aquel que emergiera desde la perspectiva o juicio imparcial (impersonal).

Ello lleva a situar la eximente de miedo insuperable en la categoría de la culpabilidad, pues el fundamento de esta eximente significa precisamente, tal y como vimos, una apelación a consideraciones propias de la perspectiva personal del conflicto: la persona que obra por miedo insuperable está dando mayor peso a unos determinados intereses porque éstos le pertenecen a él mismo o a personas por las que se siente especialmente vinculado.

Naturalmente, ello plantea el problema de determinar el papel que las consideraciones de exigibilidad pueden desempeñar en el ámbito de la antijuricidad; esto es, cuándo y como se encuentra este principio presente en tal categoría del delito. El cuándo viene determinado, a mi entender, por la propia naturaleza del principio de inexigibilidad, y de esta manera, desempeñará un papel en la antijuricidad cuando sea necesario tener en cuenta, también en esta categoría, la perspectiva de la persona afectada en el conflicto; como sucede, por ejemplo, respecto al requisito de la necesidad racional de la defensa en la legítima defensa o a la exigencia de subsidiariedad propia del estado de necesidad. Supuestos ambos en los que tradicionalmente se reconoce el papel de la inexigibilidad.

Por lo tanto, el papel de este principio no se diferencia, en las categorías de la antijuricidad y culpabilidad, en el cuándo interviene, sino más bien en el cómo se encuentra presente en la antijuricidad: en esta categoría el principio de inexigibilidad tiene una *función subordinada*, en el sentido de que no sirve para fundamentar la respectiva causa de justificación, sino meramente para informar o fundar un aspecto secundario de la misma. Así por ejemplo, en la legítima defensa, lo que justifica la conducta no es la necesidad o racionalidad de la defensa, sino la existencia de una agresión antijurídica que el afectado no tiene por qué tolerar. Cuestión diferente y subordinada a ella es hasta qué punto (con qué intensidad) otorga el ordenamiento el derecho de defensa al agredido, y respecto a esta cuestión pueden desempeñar un papel consideraciones de exigibilidad que den valor a la perspectiva del agredido.

Por contra, el principio de inexigibilidad tiene en la categoría de la culpabilidad una *función fundamentadora* de la exención penal, tal y como acontece respecto al miedo insuperable, porque es precisamente la existencia de una vinculación especial entre el autor y los bienes en peligro lo que fundamenta la ausencia de responsabilidad penal: es cuando se causa un daño mayor, cuando es necesario recurrir a la "magia" del pronombre "mío" para eludir la responsabilidad penal.

Por lo que respecta a las consecuencias de la inclusión del miedo insuperable en la categoría de la culpabilidad, cabe decir que, al ser la acción exenta de pena por miedo insuperable antijurídica, el tercero afectado por ella no tiene un deber de tolerarla, pudiendo por tanto reaccionar legítimamente contra ella. Sin embargo, el hecho de que esta reacción tenga lugar contra la conducta de un inculpable, si bien no puede conllevar la inaplicación

de la eximente de legítima defensa, sí aconseja que el alcance de la facultad defensiva que esta eximente implica se limite o reduzca.

Tal limitación del derecho a la legítima defensa no es necesario articularlo en nuestro derecho mediante la figura, propia de la dogmática alemana, de las restricciones ético-sociales de la legítima defensa, pues éstas pueden quedar subsumidas dentro del concepto de "necesidad racional" de la defensa. Con ello se consigue además circunscribir dicha limitación a los supuestos en los que la persona que se defiende es consciente de que quien le agrede lo hace en situación de miedo insuperable, por lo que no tendría lugar la defendida reducción del alcance de la defensa en los casos en los que la persona yerre invenciblemente sobre la situación de inculpabilidad de su agresor.

Una vez analizados el fundamento y la naturaleza jurídica de la eximente de miedo insuperable, y delimitada por tanto la estructura teórico-conceptual de la eximente, surge la cuestión relativa a su concreta configuración. Estudiado por qué el ordenamiento penal debe reconocer esta eximente, y cuál es su emplazamiento dogmático más adecuado resta saber cuándo puede decirse que la conducta de una persona responde a un "miedo insuperable" (Cap. III).

Ello requiere, en primer lugar, el análisis de la referencia legislativa al "miedo", y en segundo lugar, la delimitación de las exigencias o requisitos normativos condensados en la alusión a su insuperabilidad. Para todo ello servirá de pauta imprescindible el propio fundamento de la eximente.

La expresa referencia de nuestro legislador penal relativa a la presencia de miedo en la conducta de la persona exenta de pena en virtud de la eximente sexta no ha de interpretarse como la exigencia de un estado de terror o pánico incapacitador, sino que tal alusión ha de entenderse como la necesaria presencia de un cierto estado emocional en la persona, provocado por la amenaza de un mal y caracterizado por el temor de la persona al advenimiento de un hecho desagradable.

De ello se deduce que el aspecto emocional específico de nuestra eximente, esto es, el miedo, acaba derivando en una *presunción*, pues siendo el miedo la proyección subjetiva de la situación conflictiva que sufre la persona amenazada por un mal, lo importante pasa a ser la verificación de dicha situación conflictiva, es decir, la amenaza o peligro de un mal, ante el cual la persona reacción evitándolo, pues cuando ello sea así se va a presumir que su

actuación concreta viene motivada por el miedo a dicho mal. Esta presunción es una consecuencia lógica de la fundamentación normativa de la eximente, ya que con ello se desplaza el núcleo de la exención de pena del miedo a las exigencias normativas condensadas en su insuperabilidad.

Sin embargo, ciertamente, ésta es una presunción *iuris tantum* que puede refutarse cuando haya indicios concluyentes que demuestren que la actuación de la persona no fue determinada por el miedo al mal amenazante. Los supuestos en los que podrá negarse la presencia de miedo y por tanto la aplicación de la eximente, no tienen que ver, como contrariamente ha creído nuestra jurisprudencia, con la existencia de una actitud reflexiva por parte de la persona amenazada (ej. confección de un plan o estrategia para evitar el mal), o con el transcurso de un dilatado espacio de tiempo entre la amenaza y la reacción defensiva, sino más bien, con la constatación de ciertos móviles incompatibles con el miedo.

Si se tiene en cuenta que el fundamento de la eximente es que la persona actúa de forma razonable para evitar un mal que le amenaza, entonces, requisito *sine qua non* de la eximente es que se obre para evitar el peligro y no por otros motivos (ánimo de lucro, venganza...). Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que opina nuestra jurisprudencia, con ello no se excluye el supuesto de concurrencia de móviles no incompatibles con el miedo (como el odio), ya que el supuesto en el que el miedo no es el móvil único de la conducta no impide que se cumpla lo exigido por la ley, esto es, que se obre impulsado, en definitiva pero no exclusivamente, por miedo.

Por lo que respecta a la insuperabilidad del miedo, lo primero que debe remarcarse es que la tarea de su concreción ha sido, por parte de la doctrina penal, puesta tradicionalmente en manos del parámetro normativo configurado por el "hombre medio en la posición del autor": insuperable sería así aquel miedo que el hombre medio situado en la posición del autor no pueda (en sentido normativo y no psicológico) vencer.

Sin embargo, este parámetro de concreción presenta diversos problemas que muestran su incapacidad como medio adecuado para delimitar el contenido de la referencia a la insuperabilidad del miedo. En primer lugar, al margen de que el baremo del hombre medio en la posición del autor sea todavía un criterio demasiado vago como para concretar el alcance de la insuperabilidad; ya que ni sabemos cuál es el modelo de "hombre medio" del que debe partirse, ni tampoco qué significa exactamente "en la posición del autor"; decisivo

es el hecho de que este parámetro se utiliza para defender toda una serie de exigencias normativas que, en realidad, no parecen derivar de su propia formulación, sino de unas premisas político-criminales concretas que quedan al margen de la discusión mediante la alusión al "hombre medio".

Así por ejemplo, si uno se pregunta si el hombre medio en la posición del autor consideraría insuperable el miedo ante un peligro que amenazase a su patrimonio, parece claro que no puede esperarse una respuesta de tal criterio, sino, evidentemente, de la imagen o ideal de "hombre medio" del que uno parta; y esto que es precisamente lo decisivo, es lo que tal criterio no puede aclarar. Por tanto, lo que debe ser objeto de discusión y análisis son las premisas o intuiciones normativas a partir de las cuales se defiende una u otra exigencia, como por ejemplo la relativa a que debe existir un peligro para la vida o la integridad física para aplicar el miedo insuperable, para ver si, por sus propios méritos, éste puede devenir o no un requisito de la eximente.

En segundo lugar, al criterio del hombre medio en la posición del autor, tal y como es interpretado por nuestra doctrina penal mayoritaria, puede reprochársele el hecho de que no permite tomar en consideración todas las características individuales relevantes en el juicio sobre la insuperabilidad del miedo. Ello puede apreciarse en el significativo hecho de que se prevenga unánimente contra el hecho de que la eximente de miedo insuperable se convierta en un "privilegio para el pusilánime".

Ciertamente, una individualización del criterio de valoración normativa no puede suponer la sustitución de dicha valoración por la propia estimación que cada persona tenga sobre sus propios intereses y obligaciones; pero ello no impide que el parámetro de enjuiciamiento pueda tener en cuenta los factores individuales que conllevan que una persona sea especialmente temerosa o susceptible a determinados males. Sin duda, la tarea de discernir entre una condición individual valorable y la mera sustitución de las exigencias normativas por un auto-interés censurable, plantea uno de los retos que la eximente de miedo insuperable lleva consigo, pero la resolución de este problema no puede llevarse a cabo mediante la exigencia de un baremo generalizante como el del hombre medio.

El juicio normativo sobre la insuperabilidad del miedo puede ser, pues, compatible con un examen de las características individuales y personales de la persona que alega la eximente. Lo decisivo a la hora de aplicar esta eximente no es lo que una persona razonable (o media) haga en lugar del autor, sino más bien, qué es lo que puede razonablemente

esperarse que una determinada persona, teniendo en cuenta sus características individuales, haga en una situación de miedo debido a la amenaza de un mal. Ello no impide, sin embargo, que en el examen sobre la razonabilidad individual de la conducta se empleen una serie de parámetros normativos, pues razonabilidad individual no equivale, ciertamente, a mera alegación o creencia subjetiva.

Por ambas razones, en el trabajo se estima inadecuado el parámetro del hombre medio en la posición del autor como medio de delimitación de las exigencias normativas que se encuentran resumidas en la referencia legislativa a la insuperabilidad del miedo; por lo que, en su lugar, se presentan una serie de requisitos normativos que pueden servir de base para dicha concreción. Estos requisitos se dividen en aquellos relativos al *mal amenazante* (inminencia, realidad, ilicitud, no causación responsable, gravedad y sujeto pasivo), y los referidos a la *acción salvadora* llevada a cabo por miedo insuperable (necesidad, gravedad y obligación de tolerar el peligro).

En todo este tema ha de tenerse muy presente que, ciertamente, el precio inevitable que se ha de pagar por el desplazamiento de la eximente de miedo insuperable de una noción psicológica, preocupada únicamente por analizar la intensidad del trastorno psíquico producido por el miedo, a su configuración normativa consiste en la exigencia de toda una serie de requisitos normativos cuya función es sopesar la apelación (normativa) al miedo como causa de exención de la responsabilidad penal.

El primer requisito en cuanto al mal amenazante hace referencia a su *inminencia.* Aquí ha de partirse de que la eximente de miedo insuperable no puede amparar aquellas acciones que se dirijan contra peligros pasados, que no tengan una posibilidad de reproducirse en el futuro. Con ello, la exigencia de inminencia hace referencia a la necesidad de un peligro ante el que se actúa defensivamente.

Sin embargo, el peligro no es necesario que sea inminente en el sentido de inmediata causación si no se actúa, sino que la eximente de miedo insuperable puede aplicarse también en casos de "peligro futuro o duradero", en los que no quepa esperar del transcurso del tiempo una mejora de las posibilidades de defensa o evitación del peligro. Desde este punto de vista, el criterio decisivo no es ya tanto la exigencia de un peligro inminente, como la necesidad de actuar inminentemente para evitar el peligro. Ello planteará, en los casos de peligro futuro, el ulterior problema referido a la existencia de otros medios para evitar el peligro (requisito de la necesidad de la acción salvadora).

El segundo requisito relativo al mal amenazante es el referente a su *realidad*. Con él se plantea el problema del error en la situación de miedo insuperable. Aunque nuestra jurisprudencia exige con rigor la realidad del mal amenazante y no da relevancia al error de la persona sobre la existencia de dicho mal (ya que, en la mayoría de ocasiones, ni aplica la eximente completa o incompleta de miedo, ni acude en su defecto a las reglas del error), lo cierto es que el error sobre la existencia de un mal amenazante en la situación de miedo insuperable debe tener relevancia penal. La cuestión estriba en cómo tratar penalmente estos supuestos de error.

En la doctrina penal se ha planteado la posibilidad de aplicar en estos casos las reglas del error, tal y como sucede en los supuestos de eximentes putativas; o bien, la eximente incompleta de miedo insuperable. Pero, al margen de otros problemas, la dificultad esencial que presentan ambas opciones es que la aplicación en estos casos de las reglas del error o de la eximente incompleta supone, a fin de cuentas, exigir para la estimación de la eximente de miedo insuperable que el mal sea real; pues, de lo contrario, no sería necesario acudir a la regulación del error, ni se entendería qué requisito impide la aplicación de la eximente completa. Y que el mal sea real es una exigencia que, según creo es incompatible con el fundamento de la eximente.

Cuestionadas ambas posibilidades, sólo parece quedar una opción viable: el error sobre el mal amenazante debe tratarse como un problema a solucionar dentro de la propia eximente, esto es, como una cuestión que afecta a los límites de la eximente de miedo insuperable. Esta es, a mi entender, la solución correcta: la falta de realidad del mal amenazante no debe dar lugar a la inmediata inaplicación de la eximente completa de miedo insuperable, porque exigir que la persona que obra por miedo insuperable se cerciore con total seguridad de la realidad de dicho mal equivaldría a hacer inviable, de facto, la eximente, ya que una tal comprobación sólo parece posible exigiendo a la persona amenazada que, en todo caso, haga caso omiso del peligro, bajo el precio de que ello le cueste la efectiva realización del peligro y así la lesión de sus bienes jurídicos. Esta no puede ser una exigencia de la eximente, por lo que para aplicarla será suficiente con que existan razones que lleven a la persona a creer en la seriedad y realidad del mal amenazante. Si tal creencia es razonable quedan satisfechas las exigencias normativas que el ordenamiento puede imponer a quien es exculpado por la amenaza de un mal.

Al ser la cuestión de los males figurados un problema relativo a la razonabilidad de la creencia de la persona, puede diferenciarse entre errores vencibles e invencibles, esto es, entre la mayor o menor razonabilidad de tal creencia. El error invencible dará lugar a la aplicación de la eximente de miedo insuperable, y el vencible a su estimación como eximente incompleta.

El tercer requisito relativo al mal amenazante consiste en la exigencia, mayoritariamente defendida por nuestra doctrina y jurisprudencia, sobre su *ilicitud*. Con ello parece querer destacarse que no puede considerarse un mal frente al que quepa reaccionar en miedo insuperable aquél que provenga de la actuación legal de los órganos del Estado (ej. cumplimiento de una pena privativa de libertad), lo cual se ha solido fundamentar en el necesario cumplimento ordenado del Derecho. Sin embargo, ya en la doctrina alemana, algunos supuestos como el de los ciudadanos nacionales condenados en el extranjero o, sobre todo, el de la condena del inocente, han mostrado que este requisito no puede afirmarse sin matices.

De hecho, el principio de inexigibilidad, que se encuentra insito en la fundamentación de la eximente de miedo insuperable, ya ha mostrado en diversas ocasiones (art. 454 CP: encubrimiento de parientes; art. 195 CP: cláusula "sin riesgo propio" en la omisión de socorro; supuestos de auto-encubrimiento impunes) que puede conducir a la exención de pena incluso en casos en los que el mal que amenaza proviene de una actuación legal de los órganos estatales, pues dicho principio lleva implícito en su naturaleza la idea de que es necesario establecer límites a la sumisión del individuo al cumplimiento de los mandatos normativos, y entre ellos, también al fin estatal de la persecución del delito, que no puede imponerse a toda costa.

Estos casos plantean una cuestión sobre los límites que un ordenamiento liberal puede imponer a la actividad de encubrimiento de los ciudadanos y a su propio interés en la persecución del delito. En la determinación de dichos márgenes puede contribuir también la eximente de miedo insuperable, que podrá así fundamentar la exención de pena en un caso de auto-encubrimiento. Por todo ello, el requisito sobre la ilicitud del mal amenazante no puede ser aceptado sin reservas; las reservas derivadas del propio fundamento de la eximente.

El cuarto requisito referente al mal amenazante consiste en la *no causación responsable del peligro*. Con ello quiere expresarse que un principio de justicia tan básico como es el

principio de responsabilidad por los actos propios determina que no pueda alegar la existencia de una situación excepcional, como base para la exención de pena, aquella persona que es responsable de tal situación, y con ello responsable del origen del peligro que le amenaza.

Sin embargo, para evitar que esta exigencia acabe convertida en un ilegítimo *versari in re ilicita*, deben requerirse toda una serie de condiciones para su aplicación. En primer lugar, no puede bastar la mera causación naturalística del peligro para la denegación de la eximente (ej. denuncia a delincuente que luego le amenaza). En segundo lugar, es necesario que el concreto peligro final representado por la situación de miedo insuperable (y no así un peligro genérico) sea previsible en el momento de realizar la acción precedente que lo origina. En tercer lugar, a la hora de evaluar la actuación precedente deben tenerse en cuenta los motivos que llevan a la persona a colocarse en una situación de peligro.

Los supuestos más complicados son aquellos en los que la actuación precedente sólo puede considerarse imprudente respecto a la situación final de peligro para los bienes jurídicos. En estos casos creo que lo más correcto sería la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable.

El quinto requisito referente al mal amenazante tiene que ver con su *gravedad*, esto es, con el problema relativo a si la eximente de miedo insuperable sólo es aplicable en aquellos supuestos en los que el mal amenazante alcance una determinada entidad o gravedad, que quedaría definida *a priori* por medio de un catálogo cerrado de bienes jurídicos que deberían estar en peligro (ej. vida e integridad física). Un ejemplo de ello lo tenemos en los ordenamientos alemán y angloamericano, en los que las eximentes análogas a nuestro miedo insuperable exigen, respectivamente, un peligro para la vida, integridad física o la libertad (§ 35 StGB), o únicamente para la vida y la integridad física (*duress*).

En mi opinión, la limitación *a priori* de la eximente en función de los bienes jurídicos en peligro no se aviene ni con el fundamento ni con la realidad práctica de la eximente, pues, por un lado, el principio de razonabilidad o exigibilidad requieren un examen individual de las circunstancias del caso, sin que parezca posible tasar de antemano, mediante un catálogo cerrado de bienes jurídicos, el umbral de peligro por debajo del cual la actuación de la persona deba considerarse ya, en todo caso, irrazonable. Por otro lado, dicha limitación parece concebida con el pensamiento de que mediante la eximente miedo insuperable siempre se va a lesionar un bien jurídico de gran importancia, desconociendo con ello que

los conflictos ante los que se puede encontrar una persona pueden ser de muy diversa entidad, por lo que no se pueden marginar de entrada toda una serie de casos que por lo menos merecerían cierta discusión.

Por último, el sexto requisito relativo al mal amenazante hace referencia al *sujeto pasivo de la amenaza*. Con ello se plantea la cuestión concerniente a si la eximente de miedo insuperable sólo ampara a aquél que obra en defensa de sus propios bienes jurídicos; o por contra, puede aplicarse también en los casos en que se salvan los intereses de otras personas.

La eximente de miedo insuperable se fundamenta, según vimos, en la resolución razonable del conflicto ante el que se encuentra la persona. La resolución es razonable cuando, debido a la especial vinculación que el autor tiene con los bienes jurídicos en peligro, no puede esperarse de él que se abstenga de su salvación. Por tanto, forma parte de la propia eximente el requisito consistente en que debe existir una relación especial entre los bienes jurídicos en peligro y el autor de la acción salvadora.

Tal vínculo existe, ciertamente, cuando dichos bienes son, precisamente, los del propio autor; pero también cuando aquéllos pertenecen a una persona con la que el autor está vinculado por ciertos vínculos de afecto que pueden fundamentar la resolución parcial del conflicto. El ejemplo más claro es el caso de los familiares, pero no puede descartarse que más allá de este círculo de personas, determinadas relaciones entre personas den lugar a la aplicación de la eximente de miedo insuperable.

De lo contrario, esto es, de no existir ninguna vinculación o relación entre el autor del delito y el tercero beneficiado por su acción, no parecen existir razones convincentes para la exculpación, porque la resolución parcial de un conflicto necesita algo más fuerte que los meros vínculos de solidaridad que ligan a todos los ciudadanos entre sí.

Por lo que respecta a los requisitos relativos a la acción salvadora o defensiva llevada a cabo, el primero de ellos hace referencia a la *necesidad de tal acción*. Este requisito plantea el problema de la posibilidad de evitar el peligro por medios distintos a la concreta acción delictiva ejecutada. Ciertamente, forma parte del fundamento de la eximente de miedo insuperable el hecho de que no exista una posibilidad razonable de solucionar el conflicto sin recurrir a la lesión de bienes jurídicos ajenos, pues esta eximente, como aquellas que

reconocen medios de autotutela de los ciudadanos, debe limitarse a aquellos supuestos en los que no existen otras alternativas razonables de actuación.

Sin embargo, ello no es obstáculo para reconocer la diferencia que existe entre los supuestos de mal inminente, en los que las exigencias implícitas en este requisito deben rebajarse ante la necesidad de actuar inmediatamente, y los casos de peligro futuro o duradero, en los cuales el análisis sobre la existencia de medios alternativos pasa a primer término. Respecto a esta cuestión, debe tenerse en cuenta que dicho análisis no puede situarse en un mundo ideal en el que la sola existencia genérica de fuerzas policiales o procedimientos alternativos de resolución, sirva ya para denegar inmediatamente la aplicación de la eximente. Por contra, es necesario un estudio de los medios concretamente disponibles por la persona amenazada, y sobre todo, de su eficacia.

El segundo requisito relativo a la acción salvadora tiene que ver con la *gravedad de dicha acción*, lo cual plantea la cuestión relativa a si la eximente de miedo insuperable debe limitarse en función del bien jurídico lesionado (ej. no puede excusarse la causación dolosa de la muerte). Una limitación semejante ha sido defendida tradicionalmente por la doctrina anglosajona, pero las razones que se alegan para su defensa no parecen convincentes, porque la exclusión de la eximente en los supuestos de homicidio supondría, en definitiva, establecer un estándar de comportamiento en ocasiones sólo al alcance de héroes o santos. Ciertamente, el heroísmo debe ser promovido, pero por la religión o la ley moral, no por el derecho penal.

El hecho de que la eximente de miedo insuperable, según hemos visto, no pueda limitarse, *a priori*, ni en función del bien jurídico lesionado, ni tampoco en cuanto al bien jurídico en peligro, no significa, ciertamente, que esta eximente no requiera cierta ponderación entre los intereses enfrentados; que aunque distinta, lógicamente, de la requerida para justificar una conducta, es también necesaria para exculparla por miedo insuperable. Esta eximente plantea una cuestión sobre la relevancia de los motivos para la actuación de la persona, y ello no puede dejar de tomar como referencia también el valor de los bienes enfrentados.

Esta ponderación, debida a la naturaleza del principio de razonabilidad que fundamenta la eximente, no puede decidirse sino a la vista del caso concreto, pero existen dos principios que pueden ayudar en esta tarea. En primer lugar, el *principio de recuperabilidad*, cuya misión es valorar el peso de las razones que conducen a una persona a lesionar un bien

jurídico ajeno, considerándose que éstas son más atendibles cuanto más irrecuperable sea la pérdida que el peligro supone. En segundo lugar, el *principio de adecuación*, que se basa en la exigencia de cierta proporción entre el peligro que amenaza y la lesión causada; lo cual impediría la exculpación de la conducta en supuestos de clara desproporcionalidad entre ambos.

El tercer y último requisito relativo a la acción salvadora hace referencia a la existencia de una *obligación de tolerar el peligro* que afecta a determinadas personas. Esta especial obligación no puede fundamentarse en necesidades preventivo-generales, sino en el *compromiso de imparcialidad* que la asunción voluntaria de la tarea de velar por determinados bienes jurídicos lleva consigo.

Este compromiso de imparcialidad tiene que ver con una intuición de justicia que señala que quien libremente asume tal tarea, haciéndose con ello responsable de los bienes jurídicos de terceros, tiene frente a ellos una mayor responsabilidad que la que normalmente se deriva de los genéricos vínculos de solidaridad entre los ciudadanos. Estos últimos pueden ser derrotados por la especial vinculación del autor con los bienes en peligro, pero aquél, seguramente, no, porque todos los afectados por la función de salvaguarda tienen derecho a igual trato por parte de los órganos encargado de ella.

Por otra parte, la especial obligación de tolerar el peligro tiene unos requisitos subjetivos (compromiso voluntario y tutela de una colectividad indeterminada de personas), y objetivos (sólo alcanza a aquellos riesgos específicos y propios de la función de tutela de que se trate, y no puede llegar hasta el punto de imponer un deber de sacrificio -inmolación- de la persona).

Por último, debe tenerse en cuenta que la eximente de miedo insuperable puede aplicarse, según cual sea el requisito afectado y la entidad de su ausencia, de forma incompleta, siempre, eso sí, que se cumpla la base esencial de la eximente, que exige que la persona obre para evitar un mal que le amenaza, lo cual implica también la necesaria presencia de indicios razonables de la existencia de un peligro.

Analizada la delimitación interna de la eximente de miedo insuperable, esto es, sus requisitos o condiciones de aplicación, resta determinar su específico papel en el sistema de causas de exención contempladas en nuestro código penal (delimitación externa). Se trata, en definitiva, de comprobar si el miedo insuperable tiene un ámbito específico de aplicación

que pueda explicar, de un lado, su relación con el resto de eximentes, y de otro, su mantenimiento dentro del catálogo general de causas de exención de la pena (Cap IV).

La relación entre la eximente de miedo insuperable y el resto de causas de exención de la pena es diversa, fluida y controvertida. Pero, esquemáticamente, puede agruparse en dos grandes grupos. En primer lugar, el constituido por la relación entre la eximente de miedo y las causas de ausencia de acción e inimputabilidad (permanente o transitoria: art. 20.1 CP). Y en segundo lugar, el configurado por la delimitación entre el miedo insuperable y las causas de justificación de legítima defensa (art. 20.4 CP), estado de necesidad (art. 20.5. CP), y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y cumplimiento de un deber (art. 20.7 CP).

Respecto al primer grupo, esto es, la relación entre, por un lado, la eximente de miedo insuperable y los supuestos de ausencia de acción; y por el otro esta eximente y las de enajenación mental y trastorno mental transitorio, debe subrayarse que ésta es una relación problemática por el siguiente motivo: es un hecho reconocido por la psicología y la psiquiatría que la emoción del miedo puede presentar muy diversos grados de intensidad y consiguiente afección de la psique de la persona, que pueden llegar incluso a su literal paralización (miedo paralizante), o a su incapacidad psicológica para afrontar la situación, ya sea debido a una patología individual (miedo patológico), o a un schock repentino que priva temporalmente a la persona afectada de sus facultades volitivas e intelectivas (miedo temporalmente incapacitador). Por todo ello, lo cierto es que las concepciones de la eximente de miedo insuperable que, como la sostenida por nuestro Tribunal Supremo, le atribuyen uno de los referidos efectos a la emoción del miedo, no carecen de apoyatura fáctica.

Sin embargo, todos esos supuestos de miedo deben considerarse no pertenecientes a la eximente de miedo insuperable, porque con ello se desconocería el verdadero fundamento de esta causa de exención, restringiéndola así a casos muy extremos, en los que, además, no sería ya necesaria por existir otras eximentes que podrían recoger las razones para la exención de pena representadas por una eximente de miedo insuperable así concebida.

De esta forma, en primer lugar, los supuestos de miedo paralizante podrían ser solucionados adecuadamente mediante el expediente de la ausencia de acción (vía art. 10 del CP); por lo que debe partirse de que el miedo al que alude la eximente sexta es aquél que aún deja a la persona una posibilidad de actuar. Por contra, los supuestos tradicionalmente

conocidos como de fuerza resistible, en los que no puede aplicarse el art. 10 CP debido a que no se llega a anular la capacidad de actuar de la persona, pueden solucionarse mediante la eximente de miedo insuperable.

En segundo lugar, los casos de miedo patológico deben quedar también fuera del ámbito de aplicación de la eximente de miedo insuperable, dando lugar, por contra, a la estimación de la eximente de enajenación mental (art. 20.1 CP). Esta conclusión se refuerza si tenemos en cuenta que en dichos casos de miedo patológico, atribuibles a una enfermedad mental de la persona, debe considerarse de preferente aplicación la eximente de enajenación mental sobre la de miedo insuperable por la especialidad que supone la previsión de medidas de seguridad para el caso de exención de pena en virtud de la eximente de enajenación mental (art. 101 CP). Tales medidas de seguridad tienen sentido si estamos ante una exención de pena fruto de una enfermedad mental que necesite el correspondiente tratamiento médico, por lo que, en el caso del miedo insuperable, el legislador, al no prever la imposición de medida de seguridad alguna, parece dejar claro que esta eximente no está concebida para los casos de miedo patológico producto de una enfermedad mental, y con ello indica que el miedo insuperable exime por razones distintas de las representadas por la eximente de enajenación mental.

Sin embargo, la relación entre las eximentes de miedo insuperable y enajenación mental plantea una segunda hipótesis más interesante. Ya no se trata del supuesto de un miedo patológico insuperable psicológicamente, que da lugar a la consiguiente aplicación de la eximente de enajenación mental, sino del caso de la persona que padece determinadas anomalías psíquicas no totalmente incapacitantes, pero que afectan al modo en que reacciona ante una situación real de miedo causada por la amenaza de un mal. Esta situación de miedo, y esto es lo decisivo, no es producto de la personalidad psicótica o neurótica de la persona; es decir, no deriva de la enfermedad mental, sino que tiene una realidad exterior, ante la cual, sin embargo, la persona reacciona de una determinada manera debido a sus propias características y deficiencias mentales.

El problema valorativo que plantean ambos casos es, por ello, distinto: en el primer supuesto (miedo patológico) se trata de determinar exclusivamente la intensidad de la enfermedad mental de la persona; en el segundo, por contra, se trata de valorar si el criterio de la razonabilidad de la conducta que fundamenta la eximente de miedo insuperable puede y debe incluir determinadas características propias de la persona afectada por el miedo; en este caso, la presencia de una deficiencia psíquica. Hemos de tener en cuenta que, en este

último supuesto, puede no bastar la apreciación de una mera eximente incompleta de enajenación mental, pues ello no tendría en cuenta la situación de peligro, real (según como se interpretó este requisito), que amenaza al individuo. Por ello, en estos casos lo más correcto parece ser la aplicación de la eximente de miedo insuperable, lo cual posibilita tomar en cuenta las particulares deficiencias psíquicas que afectan a la persona, ya que, según defendí, el juicio sobre la razonabilidad de la conducta puede tener en cuenta determinadas características individuales de la persona afectada; características que, de otra manera, no serían valoradas en toda su intensidad.

En tercer lugar, más complicada parece en principio la relación entre la eximente de miedo insuperable y el trastorno mental transitorio (art. 20.1 CP), pues la opinión mayoritaria de nuestra jurisprudencia es aquélla que concibe al miedo insuperable como una especie de trastorno mental transitorio; considerándose de esta manera que el supuesto fáctico de la eximente sexta viene definido por la presencia de un "miedo temporalmente incapacitador".

El problema que esta interpretación presenta es, de nuevo, que con ello la eximente de miedo insuperable devendría una inútil modalidad del trastorno mental transitorio, que cabría derogar. En nuestra doctrina se ha intentado evitar tal superfluidad diferenciando ambas eximentes en función del origen de la situación de inimputabilidad momentánea (origen interno: trastorno mental; origen externo: miedo insuperable). Pero, al margen de otros problemas, la principal dificultad que debe afrontar esta diferenciación es que el traslado de los supuestos de inimputabilidad momentánea, debidos a una causa exterior, de la eximente de trastorno mental a la de miedo insuperable, conllevaría que auténticos supuestos de inimputabilidad no pudieran quedar exentos de pena. Ello es así porque la eximente de miedo insuperable, al exigir precisamente tal estado emocional, no podría dar cabida a todos los supuestos de trastorno mental debidos a una causa exterior.

Por todo ello, en aquellos casos en los que el miedo sufrido por la persona degenere en un auténtico estado de inimputabilidad momentánea debido a la entidad del impacto psíquico recibido (miedo temporalmente incapacitador), deberá aplicarse la eximente de trastorno mental transitorio y no la de miedo insuperable. Decisivo es, por tanto, el hecho de que esta última causa de exención de la pena, según quedó explicado al tratar de su fundamento, exime por razones diferentes a las representadas por el trastorno mental: no se trata de que la persona amenazada por un mal pierda sus facultades volitivas y congnoscitivas, sino de valorar si su comportamiento es o no razonable en atención a las circunstancias en que actúa. Esta conclusión queda reafirmada, por el origen y evolución

histórica de la eximente de miedo insuperable, del cual se desprende la autonomía de esta eximente respecto a las causas de inimputabilidad.

Ciertamente, con ello no se desconoce que las fronteras entre el trastorno mental transitorio y el miedo insuperable son tenues, pero el aplicador del derecho debe deslindar y tratar diferentemente ambos casos, porque siendo diverso el fundamento de la exención de la pena en cada caso, si una eximente absorbiera el ámbito aplicativo de la otra (tal y como lleva a cabo nuestro T.S. en detrimento de la eximente de miedo), se habrían sacrificado parte de las razones para eximir de pena reconocidas por el legislador.

En definitiva, la eximente de miedo insuperable no puede considerarse una eximente superflua en atención a su confluencia con las causas de exención que regulan supuestos de ausencia de acción o inimputabilidad, porque exime por razones propias no recogidas en tales causas de exención.

Por lo que hace referencia al segundo grupo, esto es, la relación entre la eximente de miedo insuperable y las causas de justificación de legítima defensa (art. 20.4 CP), estado de necesidad (art. 20.5 CP) y cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7 CP), la tesis que he defendido en el trabajo es la siguiente: en el caso de poder aplicarse simultáneamente la eximente de miedo insuperable y una de aquéllas causas de justificación, debe estimarse de preferente aplicación la causa de justificación de que se trate, debido a la primacía, fundamentada en razones formales y materiales, de la justificación de la conducta sobre la mera exculpación. Por tanto, la eximente de miedo insuperable sólo podrá aplicarse de forma supletoria; es decir, en aquellos supuestos en los que, debido a la falta de alguno de los requisitos necesarios para aplicar alguna de la causas de exención mencionadas, no pueda considerarse justificada la conducta, pero aun así haya razones suficientes para eximir de pena.

Por lo que respecta a la legítima defensa, se puede plantear la aplicación supletoria de la eximente de miedo insuperable, en primer lugar, en los casos en los que no se cumpla el requisito relativo a la existencia de una agresión ilegítima, y estemos, por tanto, ante un supuesto de *exceso extensivo en la legítima defensa*. Este exceso extensivo puede deberse a un error por parte de la persona que se defiende, que cree erróneamente que es objeto de una agresión ilegítima; lo cual da lugar a lo que la doctrina penal denomina legítima defensa putativa.

La relación entre los supuestos de legítima defensa putativa y la eximente de miedo insuperable deriva del hecho de que el miedo puede ser, precisamente, la causa del error sobre la existencia de una agresión ilegítima. Por ello, no es de extrañar que durante mucho tiempo el T.S. resolviera los casos de legítima defensa putativa mediante la aplicación, completa o incompleta, de la eximente de miedo insuperable. Sin embargo, esta solución fue progresivamente desplazada por la línea doctrinal que subrayó que los casos de legítima defensa putativa plantean en realidad un problema de error, por lo que deben ser resueltos mediante la aplicación de las reglas dogmáticas del error y no a través de la eximente de miedo insuperable.

Esta parece ser la solución dogmática más acertada, porque con ello se consigue dotar a los supuestos de legítima defensa putativa de un tratamiento unitario, no diferenciado en función de la causa del error, y además dicha solución no prejuzga el polémico tema relativo a la naturaleza jurídica del error en los presupuestos fácticos de una causa de justificación (ya que permanece abierto su tratamiento vía art. 14.1 o 14.3 CP), como sí parecería hacerlo la aplicación de la eximente de miedo insuperable, que situaría inmediatamente a ese error en el ámbito de la culpabilidad.

El exceso extensivo en la legítima defensa puede deberse también a la falta de actualidad de la agresión. El problema que plantean los supuestos de falta de actualidad de la agresión se aprecia con especial nitidez en los casos conocidos por el nombre de *legítima defensa preventiva*. En ellos, si bien no existe una agresión inminente o actual, sí puede afirmarse la necesidad de la defensa ante un ataque futuro que con seguridad se producirá o reproducirá, y que de esperarse a su efectivo acaecimiento podría impedir la defensa o hacerla más gravosa. Por ello, el ejercicio adelantado de la defensa se plantea como la única posibilidad de salvaguardar el bien jurídico amenazado. En estos casos, debido a la falta de una agresión inminente la doctrina penal mayoritaria se manifiesta contraria a la aplicación de la eximente de legítima defensa, considerando, por contra, posible solucionarlos mediante la eximente de estado de necesidad.

Lo que en el trabajo se ha defendido es que, al igual que la inexistencia de una agresión actual hace inaplicable la eximente de legítima defensa, pero deja en pie todavía la discusión sobre la posible estimación del estado de necesidad, la inaplicación de esta última eximente, por falta de alguno de sus requisitos, no puede dejar tampoco definitivamente zanjado el problema que plantean estos casos, porque aún resta analizar el posible tratamiento de estos supuestos mediante la eximente de miedo insuperable. De esta manera, el miedo

insuperable, podría desempeñar una función de complemento de la eximente de estado de necesidad en los casos de legítima defensa preventiva.

El segundo caso en el que puede plantearse la aplicación supletoria de la eximente de miedo con respecto a la legítima defensa es aquél en el que no se da el segundo requisito de ésta, consistente en la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Lo cierto es que, a diferencia de los casos estudiados de legítima defensa preventiva, nuestra doctrina penal ha considerado ya desde antiguo que el *exceso intensivo en la legítima defensa* puede cubrirse mediante la aplicación de la eximente de miedo insuperable, pues el miedo puede ser lo que le lleve a la persona a emplear un medio excesivo de defensa.

En mi opinión, en estos casos de exceso intensivo en la legítima defensa cubiertos por miedo la solución dogmáticamente más acertada sería la aplicación de un concurso ideal entre ambas eximentes, pues ello pone de relieve el menor grado de injusto que presenta la acción de quien se defiende de una agresión ilegítima.

El tercer y último caso en el que puede plantearse la aplicación supletoria de la eximente de miedo insuperable respecto a la legítima defensa es aquél en el que el requisito incumplido sea el relativo a la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende de la agresión ilegítima. En este caso, al no impedir la ausencia de este requisito la aplicación de la eximente incompleta, lo que la eximente de miedo insuperable debería cubrir sería el propio acto provocador; algo que, aunque no puede descartarse categóricamente, se enfrenta con la dificultad que supone el hecho de que un requisito propio de la eximente de miedo es la no causación responsable del peligro que amenaza a la persona.

La relación entre las eximentes de miedo insuperable y el estado de necesidad (art. 20.5 CP), plantea sin duda el tema más problemático y discutido respecto a la delimitación entre el miedo insuperable y el resto de causas de exención de la pena. Tal problemática deriva fundamentalmente de la propia evolución histórica de la eximente de estado de necesidad, que, de contemplar en su origen sólo determinados supuestos específicos de necesidad pasó a configurarse (reformas de 1932 y 1944) como una eximente genérica capaz de abarcar los casos de conflicto entre bienes jurídicos debidos a la existencia de un peligro. Es a partir de entonces cuando se plantea que el papel anteriormente desempeñado por la eximente de miedo insuperable queda absorbido por la más moderna eximente de estado de necesidad, siendo, por tanto, aquélla superflua (FERRER SAMA).

Ante esta problemática, la doctrina penal española intentó buscar criterios de diferenciación entre ambas eximentes que evitasen tal consideración del miedo insuperable como una causa de exención superflua. Así, en primer lugar, parte de la doctrina señaló que la diferencia entre ambas eximentes radica en el diferente origen de la amenaza o peligro ante el que se enfrenta la persona: cuando éste deriva de un suceso natural debe aplicarse la eximente de estado de necesidad, quedando con ello reservada la eximente de miedo insuperable para aquellos casos en los que el mal tiene su origen en la amenaza de un tercero. Esta tesis se apoyó en la regulación relativa a la responsabilidad civil en caso de miedo insuperable, que alude expresamente a "los que hayan causado el miedo".

Sin embargo, éste no puede considerarse un criterio adecuado de diferenciación entre ambas eximentes, pues, al margen de que el contenido de una eximente no puede derivarse de una regla sobre la responsabilidad civil y de que tal diferenciación provoca importantes problemas a nivel de la naturaleza jurídica de ambas eximentes, tal criterio supondría marginar del ámbito de aplicación de la eximente de miedo insuperable toda una serie de casos (exceso intensivo en la legítima defensa, supuestos de legítima defensa preventiva), que no podrían por tanto quedar exentos de pena, ni en virtud de esta eximente ni tampoco a través del estado de necesidad. En definitiva, el criterio que diferencia miedo insuperable y estado de necesidad en función del origen del peligro no tiene en cuenta que la diversidad de situaciones de necesidad o conflicto entre bienes jurídicos desborda una clasificación tan limitada.

En segundo lugar, en nuestra doctrina también se ha subrayado la especial motivación que guía a la persona que actúa por miedo insuperable, esto es, la emoción del miedo. Ello sería lo que la diferenciaría de la eximente de estado de necesidad, que no necesita para su aplicación la presencia de dicha emoción, y es compatible así con la más perfecta serenidad de ánimo. Sin embargo, este criterio de diferenciación tampoco es convincente, porque, de un lado, si meramente se limita a postular una particular relación de especialidad entre ambas eximentes, derivada del específico ánimo que debe estar presente para aplicar la eximente de miedo, ciertamente, con ello esta causa de exención sería superflua. Habiendo ya una eximente (estado de necesidad) que exime de pena con menos requisitos, carecería de sentido otra que hace depender el mismo resultado de un mayor número de requisitos.

De otro lado, con tal criterio se podría dar a entender que en cuanto esté presente dicho ánimo particular (el miedo) debe aplicarse la eximente de miedo insuperable, quedando con

ello reservada la eximente de estado de necesidad para los supuestos en que tal emoción esté ausente. Pero entonces, o bien se procede a una diferenciación de naturaleza jurídica dentro del ámbito de aplicación de la eximente de miedo, distinguiéndose entre casos justificados y meramente exculpados, o bien no se entiende por qué la existencia de tal estado emotivo va a desplazar inmediatamente la posible aplicación de la eximente de estado de necesidad, impidiendo con ello también la eventual justificación de la conducta.

Según creo, ninguna de ambas posibilidades es convincente, ya que la sola presencia de miedo, ni puede impedir la eventual justificación de la conducta, ni tampoco desplazar inmediatamente el caso de la eximente de estado de necesidad a la de miedo insuperable. Lo que diferencia ambas eximentes es algo más importante que la mera constatación de dicho estado emocional: es la resolución, justificada o no, del conflicto ante el que se enfrenta la persona.

En tercer lugar y por último, en nuestra doctrina también se ha defendido que lo que diferencia ambas eximentes es el carácter del conflicto ante el que se enfrenta la persona: cuando éste es objetivo o inevitable se aplica el estado de necesidad; por contra, cuando el conflicto no sea objetivo (supuestos de mal irreal) o inevitable (casos de mal proveniente de la amenaza de un tercero y no de un suceso natural), debe aplicarse el miedo insuperable.

Sin embargo, tampoco este criterio parece convincente, pues debe afrontar diversos problemas difíciles de solucionar. Primero, se basa en una distinción que no parece agotar los supuestos de amenaza de un mal, por lo que, al no poder cuenta de todos los casos relevantes, podría conducir a una restricción injustificada del ámbito de aplicación tanto del miedo insuperable como del estado de necesidad. Me refiero con ello a los supuestos en los que la amenaza no proviene de un suceso natural, pero tampoco de la actuación de un tercero, sino que surge del peligro que representa la propia víctima (supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa y legítima defensa preventiva).

Segundo, tal criterio de diferenciación margina del ámbito de aplicación del estado de necesidad (y con ello de la posible justificación de la conducta) los supuestos de amenaza de un tercero, sin que existan razones suficientes para ello.

Tercero, el criterio discutido podría conducir a castigar determinados casos que no debieran serlo, al dejar fuera del ámbito de aplicación tanto del miedo insuperable como del estado de necesidad dos situaciones relevantes: los supuestos de estado de necesidad

putativo en los que no pudiera afirmarse que la persona padezca miedo; y aquéllos en los que la amenaza proviene de un suceso natural y se causa un mal mayor que el evitado.

A mi entender, el criterio de diferenciación entre ambas eximentes debe partir del entendimiento de la eximente de miedo insuperable como una eximente que permite la exención de pena más allá de los supuestos propios del resto de eximentes, y en este caso, del estado de necesidad. Estamos, pues, ante una relación de supletoriedad entre ambas eximentes, que permite que la eximente de miedo insuperable pueda aplicarse en aquéllos casos en los que, por falta de alguno de los requisitos del estado de necesidad, no pueda estimarse justificada la conducta, pero aún así haya razones para eximir de pena.

Esta función supletoria de la eximente de miedo insuperable respecto al estado de necesidad era, ciertamente, difícil de fundamentar con la antigua regulación del miedo insuperable, que parecía atrapada entre las eximentes de trastorno mental transitorio (si se interpretaba psicológicamente) y el estado de necesidad (si se la configuraba normativamente); pero el nuevo código penal, al haber derogado el requisito de la ponderación de males, que acercaba la eximente de miedo insuperable al estado de necesidad, permite vislumbrar más claramente el papel de esta eximente como un *estado de necesidad exculpante*.

En verdad, la consideración del miedo insuperable como un estado de necesidad exculpante se ha debido enfrentar siempre con la dificultad aparente que supone la propia referencia legal al "miedo", que dota a esta eximente, según ciertos autores de una naturaleza psicológica incompatible con el estado de necesidad. Sin embargo, tal y como enseña la doctrina histórica, la eximente de miedo insuperable constituye la primera regulación de las situaciones de necesidad en nuestros códigos penales (debido al reconocimiento inicialmente muy limitado del estado de necesidad), que se caracterizó por subrayar el aspecto emocional del conflicto que afectaba a la persona confrontada ante dos males (*vis moral*). Dentro de las diversas traducciones concretas que el fenómeno de la *vis moral* tuvo en las diferentes legislaciones, en nuestro país se acogió la referencia al miedo por la influencia decisiva que en nuestros primeros códigos penales tuvieron los textos romanos, que se apoyaron en el "miedo" para regular las situaciones de necesidad y amenazas.

Por tanto, ciertamente, la eximente de miedo insuperable es fruto de la antigua tradición legislativa de las situaciones de necesidad, que tiene por ello sus inconvenientes (al

conllevar el peligro de que se sobrevalore, tal y como hace el T.S., el aspecto emocional de la eximente, convirtiéndola en un mero trastorno mental), pero que no impide su configuración como un estado de necesidad exculpante que sirva para eximir de pena más allá de los supuestos contemplados por el estado de necesidad.

Así, en primer lugar, en los casos en que no se cumpla el requisito de la ponderación de males previsto para el estado de necesidad, y estemos, por tanto, en un supuesto en el que el *mal causado* quepa considerarlo *mayor que el evitado*. La posible aplicación de la eximente de miedo en estos casos deriva de su propio fundamento, pues esta causa de exención permite la resolución parcial de un conflicto. Es importante destacar que esta función del miedo insuperable es independiente de la interpretación que se le dé a la concreta ponderación de males exigida por el estado de necesidad, y con ello al margen de que ésta se limite en mayor o menor medida a una estricta comparación de los bienes jurídicos en juego.

En segundo lugar, la eximente de miedo insuperable puede aplicarse en aquellos supuestos en los que no quepa aplicar el estado de necesidad debido a que se considere que *en el caso concreto existían otras medidas alternativas para evitar el mal amenazante*, pero, no obstante, quepa disculpar la no utilización de dichas medidas en atención al estado emocional padecido por la persona y a la actuación razonable que en dicha situación puede exigírsele.

En tercer lugar, otro supuesto en el que el miedo insuperable puede aplicarse en defecto del estado de necesidad completando la falta de alguno de sus requisitos, es aquél en el que *el mal que amenaza a la persona sea lícito o legal*; supuestos estos en los que la doctrina penal considera inaplicable el estado de necesidad, pero en los que no puede, según vimos, descartarse la estimación de la eximente de miedo insuperable.

Por último, el miedo insuperable puede cumplir también una función supletoria respecto a la eximente de cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7), en los casos en los que, por falta de alguno de sus requisitos, no pueda estimarse justificada la conducta, pero aun así haya razones para eximir de pena.

El supuesto en el que con más claridad puede apreciarse esta función supletoria de la eximente de miedo insuperable es aquél en el que no pueda estimarse aplicable la eximente de cumplimiento de un deber por no cumplirse uno de sus requisitos fundamentales: la

existencia de una relación jerárquica de carácter público, de la que se derive el deber legal de obedecer las órdenes emanadas del superior jerárquico. Me refiero con ello, a los supuestos de *obediencia a órdenes antijurídicas en el marco de las relaciones laborales o familiares.*

Respecto a estos casos, en el marco del antiguo código penal, se discutía si podían venir amparados o no por la eximente de obediencia debida; aspecto éste en el que la doctrina estaba dividida, y que dependía de la naturaleza jurídica que se atribuyera a esta eximente. Pero con el nuevo código penal la cuestión se complica, pues desaparecida la obediencia debida y teniéndose en cuenta que en estos supuestos la orden no puede considerarse obligatoria (lo cual impide la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber), estos supuestos, o bien quedan castigados en todo caso, o bien deben encontrar su articulación en el sistema de causas de exención de la pena por medio de alguna otra eximente.

A mi entender, una posibilidad para eximir de pena en estos casos de órdenes antijurídicas en el marco laboral o familiar estaría configurada por la eximente de miedo insuperable. Ello se fundamentaría en el hecho de que la obediencia del subordinado a las órdenes del superior (laboral, familiar) puede encontrar su explicación en el miedo que aquél siente por las consecuencias negativas de su desobediencia (ej. pérdida del puesto de trabajo), pudiendo, por tanto, considerarse razonable su actuación.

Ciertamente, la relación defendida entre la eximente de miedo insuperable y las causas de justificación de legítima defensa, estado de necesidad y cumplimiento del deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, basada en el carácter supletorio de aquélla respecto a éstas, es discutible y no está exenta de problemas, pero creo que, por lo menos, es la que mejor está en condiciones de posibilitar el objetivo y papel fundamental de la eximente de miedo insuperable: eximir de pena en toda una serie de casos no recogidos por el resto de eximentes. Casos en que, de acuerdo con el fundamento defendido de esta eximente, existen buenas razones de justicia para eximir de pena; razones no contempladas en el resto de eximentes, que no tienen en cuenta la importancia de la valoración parcial del conflicto como razón suficiente, en determinadas ocasiones, para la exención de pena.

El miedo insuperable es, por todo, una eximente necesaria que puede cumplir el papel de eficaz cláusula de cierre del sistema de causas de exención de la pena contempladas por el legislador penal.

Sin embargo no sería realista finalizar sin remarcar que toda posible función que esta eximente pueda desempeñar será papel mojado mientras nuestro T.S. siga negando al miedo insuperable toda virtualidad y autonomía al interpretarlo como un mero trastorno mental transitorio.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS CITADAS EN EL TEXTO.

ACHENBACH, Hans (1974): *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechts-systematischen Schuldlehre*, Berlin: J. Schweitzer Verlag.

- (1975): "Wiederbelebung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht?", en *Juristische Rundschau* (JR), págs. 492-496.

- (1991): "Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad", en Schünemann (Hrsg.) *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Madrid: Tecnos, págs. 134-146.

ALBACAR LOPEZ, José Luis (1996): "Comentario a los arts. 118 y 119 Cp", en C. Conde-Pumpido (dtor), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid: Trivium.

ALCUBILLA, Marcelo M. (1850): "¿Además de los casos comprendidos en el art. 8° del Código penal, puede darse alguno otro que legalmente exima de responsabilidad criminal?", en *Revista de los Tribunales y de la Administración*, núm. 23, segunda serie, págs. 277-282.

ALLEN, Michael J. (1995): *Textbook on Criminal Law* (third edition), Blackstone Press Limited.

ALLDRIDGE, Peter (1983): "The Coherence of Defences", en *The Criminal Law Review* (Crim.L.R.), págs. 665-672).

ALVAREZ CORTINA, Andrés-Corsino (1983): *Violencia y miedo en el código civil español. Su aplicación al matrimonio*, Oviedo: Universidad de Oviedo.

AMELUNG, Knut (1991): "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en Schünemann (Hrsg) *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Madrid: Tecnos, págs. 94-107.

ANTEPROYECTO de Código Penal (1994), Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado. Madrid: Cuadernos del C. G. P. J.

ANTOLISEI, Francesco (1997): *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale* (14° ed. a cura di Luigi Conti), Milano: Giuffrè editore.

ANTON, A. E. (1982): "Duress *per minas* a a defence to crime: III", en *Law and Philosophy*, 1, págs. 207-216.

ANTON ONECA, José (1949): *Derecho Penal*, 2ª Edición (anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino), Madrid: Akal (1986).

- (1965): "El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XVIII, págs. 473-495.

ARISTOTELES: *Etica Nicomáquea*, ed.Planeta-De Agostini (1995.)

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso/ GOYENA HUERTA, Jaime/ MUÑOZ CUESTA, Javier (coord.) (1997): *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona: Aranzadi.

ASHWORTH, Andrew (1995): *Principles of Criminal Law*. (2° ed.). Oxford: Clarendon Press.

- (1998): "Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht England", en *Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenchaft* (ZStW), Vol 110, págs. 461-472.

ATIENZA, Manuel / RUIZ MANERO, Juan (1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

AYALA GOMEZ, Ignacio (1993): "El concepto de miedo en la circunstancia 10 del artículo 8 del código penal", en *Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

AZCUTIA, Manuel (1876): *La Ley Penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870, en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras*. Madrid.

BACIGALUPO, Enrique (1985): *Principios de Derecho Penal Español. II: El hecho punible*. Madrid: Akal.

- (1986): "Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad", en *La Ley*, Tomo 4, págs. 1198-1203.

- (1996): "Teoría de la infracción penal", en T. Vives Antón / J.L. Manzanares Samaniego (dtores), *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, págs. 123-144.

- (1997): *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4° ed. Madrid: Akal.

BAJO FERNANDEZ, Miguel (1973): *El parentesco en el Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.

- (1979): "La intervención médica contra la voluntad del paciente", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XXXII, págs. 491-500.

BALDO LAVILLA, Francisco (1994): *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona: José María Bosch.

BARRY, Brian (1997): *La justicia como imparcialidad*. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.

BAUMANN, Jürgen / WEBER, Ulrich / MITSCH, Wolfgang (1995): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10 Auf., Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking.

BAYLES, Michael D. (1994): "Reconceptualizing Necessity and Duress", en *Justification and Excuse in the Criminal Law*, A Collection of Essays edited by Michael Louis Corrado. Garland Studies in Applied Ethics, Vol. 1. New York-London: Garland Publishing, Inc.

BELING, Ernst (1910): *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann.

BENTHAM, Jeremy (1789): *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Edited by J.H. Burns and H.L.A. Hart. London-New York: Methuen (1982).

BERNER, Albert Friedrich (1876): *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, 8 Auf., Leipzig.

BERNSMANN, Klaus (1989): *"Entschuldigung" durch Notstand. Studien zu § 35 StGB.* Carl Heymanns Verlag KG.

- (1995): Recensión a "Der Nötigungsnotstand (Brigitte Kelker)", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), vol. 107, págs. 196-201.

BINDING, Karl (1885): *Handbuch des Strafrechts.* Neudruck der Ausgabe Leipzig 1885 (Scientia Verlag Aalen, 1991).

BRANDT, Richard B. (1992): *Morality, Utilitarianism and Rights.* Cambridge: Cambridge University Press.

BUILLA Y ALEGRE, Arturo (1885): "Certamen de la Academia de Jurisprudencia de la Universidad de Oviedo", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (R.G.L.J.), Tomo 67, págs. 246-249.

BURKHARDT, Björn (1983): "Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips", en H. Michael Baumgartner / A. Eser (Hrsg.) *Schuld und Verantwortung. Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, Tübingen: J.C.B. Mohr, págs. 51-87.

BUSTOS RAMIREZ, Juan / HORMAZABAL MALAREE, Hernán (1994): *Manual de Derecho Penal*, 4ª edición, Barcelona: PPU.

- (1997): *Lecciones de Derecho Penal.* Volumen I. Madrid: Trotta.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1982): *La Justificación Penal. Fundamento, Naturaleza, Fuentes.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

CARDENAS, Francisco de (1848a): "Comentarios y Observaciones sobre los artículos más importantes del nuevo código penal. Comentario al art. 8.10", en *El Derecho Moderno*, núm.5, págs. 313-324.

- (1848b)" "Comentarios y observaciones sobre los artículos más importantes del nuevo código penal. Comentario al art. 8.7", en *El Derecho Moderno*, núm. 5, págs. 97-104.

CARMIGNANI, Giovanni (1863): *Elementos de Derecho Criminal*, Bogotá: Temis (1979).

CARRARA, Francesco (1859): *Programa de Derecho Criminal. Parte General.* Vol. I., Bogotá: Temis (1978).

CASTEJON, Federico (1926): *Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870.*, Volumen II. Tratado de la responsabilidad, Madrid.

CEREZO MIR, José (1982): *Problemas fundamentales del Derecho Penal.*, Madrid: Tecnos.

- (1987): "La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español", en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. X, Universidad de Santiago de Compostela, págs. 53-118.

- (1989): "La eximente de obediencia debida en el código penal español", en *Estudios Penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, págs. 175-189.

- (1994): *Curso de Derecho Penal Españos. Parte General* I, 4° ed., Madrid:Tecnos.

- (1997a): *Curso de Derecho Penal Español. Parte General.* Tomo II. Teoría jurídica del delito/1, 5° ed., Madrid: Tecnos.

- (1997b): *Curso de Derecho Penal Español. Parte General.* Tomo III. Teoría jurídica del delito/2, 5° ed., Madrid: Tecnos.

- (1997c): *Derecho Penal. Parte General* (lecciones 26-40), Madrid: UNED.

CID MOLINE, José (1994): *¿Pena justa o pena útil? (El debate contemporáneo en la doctrina penal española),* Madrid: Ministerio de Justicia.

CID MOLINE, José / MORESO MATEOS, José Juan (1991): "Derecho Penal y filosofía analítica. (A propósito de *Diritto e ragione* de L.Ferrajoli)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XLIV, págs. 143-178.

COBO del ROSAL, M. / VIVES ANTON, T.S. (1987): *Derecho Penal. Parte General,* 2° ed., Valencia:Tirant lo Blanch.

- (1996): *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., adecuada al código penal de 1995 por María Isabel Valldecabres Ortiz. Valencia: Tirant lo Blanch.

COHEN, David (1988): "The development of the modern doctrine of necessity: a comparative critique", en *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven* (Eser, Albin / Fletcher, George, ed.). Vol. II, págs. 973-1001. Freiburg.

COLL I PUJOL, Juan (1902): *Programa de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.*

COLVIN, Eric (1990): "Exculpatory Defences in Criminal Law", en *Oxford Journal of Legal Studies* (O.J.L.S), Vol. 10, págs. 381-407.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (1996): *Contestaciones de derecho penal al programa de judicatura, Parte general,* Madrid: Colex.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (1991): "'Restricciones' jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XLIV, págs. 903-932.

CORDOBA RODA, Juan (1977): *Culpabilidad y pena,* Barcelona: Bosch.

CORDOBA RODA, Juan / RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1972): *Comentarios al Código Penal*, Tomo I y Tomo II. Barcelona: Ariel.

CROSS and JONES, Card (1992): *Criminal Law,* 12ª Edit., London: Butterworths.

CUERDA ARNAU, María Luisa (1996)" "Comentario al art. 20.6 CP", en T. M. Vives Antón (coord.) *Comentarios al Código Penal de 1995,* Tomo I, Valencia: Tirant lo blanch.

- (1997): *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad.* Valencia: Tirant lo Blanch.

CUERDA RIEZU, Antonio (1984): *La colisión de deberes en Derecho penal,* Madrid: Tecnos.

- (1990): "Sobre el concurso entre causas de justificación", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XLIII, 519-556.

DANCY, Jonathan (1993): *Moral Reasons*, Oxford: Blackwell Publishers.

DEL ROSAL, Juan (1959): *Derecho Penal Español* (Lecciones), 1° ed., Tomo II, Madrid.

DENNIS, Ian H. (1980): "Duress, Murder and Criminal Responsability"; *The Law Quarterly Review* (L.Q.R.), Vol.96, págs. 208-238.

DIARIO DE LAS CORTES (1821-1822), Tomo II, págs. 1180-1183.

DIARIO de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Año 1995. Núm.494, Sesión núm. 58 (martes 16 de mayo 1995).

DIAZ PALOS, Fernando (1956): "Estado de necesidad", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo VIII, Barcelona:Francisco Seix, págs. 904-912.

- (1974): "Legítima defensa", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XV, Barcelona:Francisco Seix, págs. 19-59.

- (1977): "Miedo Insuperable", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVI, Barcelona:Francisco Seix, págs. 345-355.

DICCIONARIO Oxford de la mente (1995), dirigido por Richard L. Gregory. Voz "Miedo y Valor", págs. 749-751. Madrid: Alianza.

DIENSTAG, Abbe L. (1982): "Comment: Fedorenko v. United States: War Crimes, the Defense of Duress, and American Nationality Law.", en *Columbia Law Review*, vol. 82, págs. 120-183.

DIEZ RIPOLLES, José Luis (1989): "La reforma del delito de aborto", en M. Cobo del Rosal (dtor.) / M. Bajo Fernández (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo IX, Madrid: Revista de Derecho Privado, págs. 11-254.

- (1995): "La categoría de la antijuricidad en derecho español", en D. M. Luzón Peña / S. Mir Puig (coord.) *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi, págs. 87-170.

DRESSLER, Joshua (1984): "New thoughts about the concept of justification in the criminal law: a critique of fletcher´s thinking and *rethinking*", en *UCLA Law Review*, Vol. 32, págs. 61-99.

- (1989): "Exegesis of the law of duress: Justifying the excuse and searching for its proper limits.", en *South California Law Review* (S.C.L.R), vol. 62, págs. 1331-1386.

DROST (1933): "Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten", en *Goltdammer Archiv für Strafrecht* (G.A.), vol. 77, págs. 175-183.

DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel.

ELLIOTT, D. W. (1989): "Necessity, Duress and Self-Defence.", en *The Criminal Law Review* (Crim.L.R.), págs. 611-621).

ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA (1910), Tomo XXIII, Barcelona:Francisco Seix, págs. 348-349.

ENCLYCLOPEDIA of Psychology (1972), Volumen 1 (A to F), Voz "Fear",pág. 371. London: Search Press.

ENCYCLOPEDIA of Psychology (1984), Volumen 2. Raymond J. Corsini, editor. Voz "Fear", págs. 11-13. John Wiley and Sons Publishing.

ESCRICHE, Joaquín (1876): *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Tomo IV, Madrid: Imprenta de Eduardo Cuesta.

ESER, Albin, BURKHARDT, Björn (1995): *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias.*, Madrid: Colex.

LA FAVE, Wayne R., SCOTT Jr., Austin W. (1986): *Criminal Law*, West Publishing, Co. St.Paul, Minn.

FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Mardrid: Trotta.

FERRER SAMA, Antonio (1946): *Comentarios al Código Penal*, Tomo I., 1° ed., Murcia: Sucesores de Nogues.

FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo (1995): *Diritto penale, Parte generale* (3° ed.) Bologna: Zanichelli editore.

FINKELSTEIN, Claire O. (1995): "Duress: A Philosophical Account of the Defense in Law", en *Arizona Law Review*, Vol. 37, págs. 251-283.

FLETCHER, George P. (1974): "Individualization of excusing conditions"; *Southern California Law Review* (S.C.L.R.), Vol.47, págs. 1269-1309.

- (1978): *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown and Company. Boston Toronto.

- (1983): Voz "Excuse", en S. Kadish (edit.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, Vol. 2, págs. 724-729.

- (1987): "The Right and the Reasonable", en A. Eser / G. Fletcher (Hrsg.) *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven*, Band I, págs. 67-119.

- (1989): "Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht.", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), vol. 101, págs. 803-818).

- (1997): *Conceptos básicos de derecho penal*, prólogo, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Valencia: Tirant lo blanch.

FORNASARI, Gabriele (1990): *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova: Cedam.

FRANK, Reinhard (1907): "Über den Aufbau des Schuldbegriffs", en *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum*, págs. 521-547.

- (1931): *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 auflage, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

FRELLESEN, Peter (1980): *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Metzner.

FREUDENTHAL, Berthold (1922): *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht.* Tübingen: Mohr.

GEARTY, Conor (1987): "Howe to be a hero"; *The Cambridge Law Journal.* (Cam.L.J.) págs. 203-205.

GETTAS, Jorge (1990): "Comentario al art. 8.10 CP", en J. López Barja de Quiroga / L. Rodríguez Ramos (coord.), *Código Penal Comentado*, Madrid: Akal.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1969): "Acerca del dolo eventual", en *Estudios de derecho penal*, 3° ed., Madrid: Tecnos, págs. 240-265.

- (1971a): "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de derecho penal,* 3ª ed., Madrid: Tecnos (1990), págs. 140-161.

- (1971b): "El sistema del derecho penal en la actualidad", en *Estudios de derecho penal*, 3° ed., Madrid: Tecnos (1990), págs. 162-181.

- (1974): "Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem", en *Festschrift für Hans Welzel*, págs. 485-497.

- (1976): "El estado de necesidad: un problema de antijuricidad", *en Estudios de derecho penal*, 3° ed., Madrid: Tecnos (1990), págs. 218-230.

- (1979): *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español.* Madrid: Servicio de Publicaciones Universidad Complutense.

- (1984): "Prólogo al libro de Antonio Cuerda 'La colisión de deberes en derecho penal'", en *Estudios de derecho penal*, 3° ed., Madrid: Tecnos (1990), págs. 231-239.

- (1995): "Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes), en A. Eser / E. Gimbernat / W. Perron (edit.) *Justificación y exculpación en Derecho Penal (coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, págs. 63-71.

GOLDSCHMIDT, James (1913): "Der Notstand, ein Schuldproblem", en *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht* (Öst.ZStr), págs. 129-196.

- (1930): "Normativer Schuldbegriff", en *Festgabe für Reinhard von Frank.* Vol. 1. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930 (Scientia Verlag Aalen, 1969).

GOMEZ BENITEZ, José Manuel (1987): *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General.*, Madrid: Civitas.

GOMEZ DE LA SERNA, Pedro y Juan Manuel MONTALBAN (1874): *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, 11ª Edición, Madrid, Tomo III.

GOMEZ PAVON, Pilar (1988): *El encubrimiento. Artículos 17 y 18 del Código Penal.* Madrid: Trivium.

GRASSO, Carlo Federico (1977): "Necessità", en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXVII, págs. 882-896.

GRAY, Jeffrey Alan (1993): *La psicología del miedo y el estrés*, Barcelona: Labor.

GREENAWALT, Kent (1987): "The Perplexing Borders of Justification and Excuse", en A. Eser / G. Fletcher (Hrsg.) *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven*, Band I, págs. 263-313.

GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, Alejandro (1870): *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Burgos, Tomo I.

GRUBITZSCH, Siegfried / REXILIUS, Günter (1987): *Psychologische Grundbegriffe*, Voz "Angst", págs. 45-50. Rowholts enzyklopädie.

GÜNTHER, Hans-Ludwig (1983): *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Carl Heymanns Verlag KG.

HALL, Jerome (1947): *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis: Bobbs-Merrill Company Publishers.

HARE, R.M. (1981): *Moral Thinking. Its Levels, Method and Point.* Oxford: Clarendon Press.

HART, H. L. A. (1968): *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law.* Clarendon Press, Oxford.

HASSEMER, Winfried (1983): "Alternativen zum Schuldprinzip?", en H. M. Baumgartner / A. Eser (Hrsg.), *Schuld und Verantwortung. Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, Tübingen: J.C.B. Mohr, págs. 89-107.

- (1987): "Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare", en A. Eser / G. Fletcher (Hrsg.) *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven*, Band I, págs. 175-227.

- (1993): "La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XLVI, págs. 35-80.

HENKEL, Heinrich (1932): *Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht*, München: C.H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung.

- (1954): "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip", en *Festschrift für Edmund Mezger*, págs. 249-309.

- (1958): *Recht und Individualität*, Berlin: Walter de Gruyter.

HIGUERA GUIMERA, Juan-Felipe (1991): *La eximente de miedo insuperable en el derecho penal común y militar español.*, Barcelona: Bosch.

von HIPPEL, Robert (1930): *Deutsches Strafrecht*, Vol II (Das Verbrechen. Allgemeine Lehren).

von HIRSCH, Andrew / ASHWORTH, Andrew (1992): *Principled Sentencing*. Edinburgh University Press.

HIRSCH, Joachim (1985): "Comentario al § 35 StGB", en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10 Auflage, Zweiter Band (§ 32 bis 60), Berlin: Walter de Gruyter.

- (1995): "La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana", en A. Eser / E. Gimbernat / W. Perron (edit.) *Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, págs. 33-60.

HOBBES, Thomas (1651): *Leviatán*, traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Madrid: Alianza Editoria (1995).

HOEKEMA, David A. (1980): "The Right to Punish and the Right to be Punished", en *John Rawls´ Theory of Social Justice. An introduction.* H. Gene Blocker / Elizabeth H. Smith editors. Athens: Ohio University Press.

HOMS SANZ DE LA GARZA, Joaquín (1996): *Trastorno mental transitorio y drogas que inciden el la imputabilidad*, Barcelona: J.M. Bosch.

HORDER, Jeremy (1992): "Autonomy, Provocation and Duress", en *The Criminal Law Review* (Crim.L.R.), págs. 706- 715.

- (1994): "Occupying the moral high ground? The Law Commission on duress.", en *Criminal Law Review* (Crim.L. R.), págs. 334-342.

HORMAZABAL MALAREE, Hernán (1991): *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: PPU.

- (1984): "Política penal en el estado democrático", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XXXVII, págs. 333-346.

- (1997): "El nuevo Código Penal y el principio de culpabilidad", en *Jueces para la Democracia*, nº 29, págs. 54-59.

HRUSCHKA, Joachim (1983): *Strafrecht nach logish-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeiner Teil*, Berlin: Walter de Gruyter.

JAKOBS, Günter (1991): *Strafrecht. Allgemeiner Teil.*, 2, neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyer, Berlin, New York.

- (1995): *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons.

JARAMILLO GARCIA, A (1928): *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, Vol I, Libro I, Salamanca.

JAREBORG, Nils (1987): "Rechtfertigung und Entschuldigung im schwedischen Strafrecht", en A. Eser / G. Fletcher (Hrsg.) *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven*, Band I, págs. 411-436.

JESCHECK, Hans-Heinrich (1981): *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.* 5'° Auflage. Berlin: Dunckler and Humblot.

JIMENEZ DE ASUA, Luis (1962): *Tratado de Derecho Penal.*, Vol. VI, Buenos Aires

JIMENEZ DE ASUA, Luis / ANTON ONECA, José (1929): *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, Madrid.

JOSHI JUBERT, Ujala (1987): "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XL, págs. 697-720.

- (1989): "Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XLII, págs. 125-140.

KADISH, Sanford H. (1987): "Excusing Crime"; *California Law Review*, Vol.75, págs. 257-289.

- (1989) and SCHULHOFER: *Criminal Law and its processes. Cases and Materials.* 5ª Edición, Little, Brown and Company.

KAHAN, Dan M. / NUSSBAUM, Martha (1996): "Two conceptions of emotion in criminal law", en *Columbia Law Review*, Vol. 96, págs. 269-374.

KANT, IMMANUEL (1797): *La Metafísica de las Costumbres*, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesus Conill Sancho, Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento, Madrid, 1989.

KAPLAN, Harold I. / SADOCK, Benjamin J. (1992): *Tratado de Psiquiatría.* Tomo I (2° ed.). Madrid: Salvat (Ediciones Científicas y Técnicas, S.A.).

KAUFMANN, Armin (1959): *Die dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen: Otto Schwartz and Co.

KELINA, S. G. (1987): "Umstände, die die Strafbarkeit einer Tat ausschließen. Vergleichende Analyse der sowjetischen und der westdeutschen Konzeption", en A. Eser / G. Fletcher (Hrsg.) *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven*, Band I, págs. 453-465.

KELKER, Brigitte (1993): *Der Nötigungsnotstand.* Berlin: Duncker and Humblot, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 79.

KENNY, Anthony (1982): "Duress *per minas* as a defence to crime: II", en *Law and Philosophy*, 1, págs. 197-205.

KILBRANDON (1982): "Duress *per minas* as a defence to crime: I", en *Law and Philosophy*, 1, págs. 185-195.

KÖHLER, Michael (1997): *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Springer.

KÜHL, Kristian (1994): *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* München: Franz Vahlen.

KÜPER, Wilfried (1981): "Tötungsverbot und Lebensnotstand", en *Juristische Schulung* (JuS), págs. 785-794.

- (1983): "Der entschuldigende Notstand -ein Rechtfertigungsgrund? -Bemerkungen zur kriminalpolitischen 'Einheitstheorie' Gimbernat Ordeigs-", en *Juristische Zeitung* (JZ), págs. 88-95.

- (1984): "Notstand I (strafrechtlich)", en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), III Band, Erich Schmidtverlag, págs. 1064-1072.

- (1986): *Darf sich der Staat erpressen lassen?. Zur Problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstandes.* Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag.

- (1987): "Grundsatzfragen der 'Differenzierung' zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung", en *Juristische Schulung* (JuS), págs. 81-92.

- (1994): Recensión a "Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB) -Andreas Meißner-", en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), vol. 106, págs. 822-833.

LACKNER, Karl (1991): *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen.* 19. neubearbeitete Auflage. München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchandlung.

LANDECHO VELASCO, Carlos María / MOLINA BLAZQUEZ, Concepción (1996): *Derecho Penal Español. Parte General*, 5° ed., Madrid: Tecnos.

LARRAURI PIJOAN, Elena (1997): "Causas de justificación: criterios de identificación", en Winfried Hassemer, Elena Larrauri, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal.*, Madrid: Tecnos.

LARRAURI PIJOAN, Elena, VARONA GOMEZ, Daniel (1995): *Violencia doméstica y legítima defensa.*, Barcelona: EUB.

LAURENZO COPELLO, Patricia (1990): *El aborto no punible*. Barcelona: Bosch.

LAW COMMISSION (1977): *Criminal Law. Report on defenses of general application* (Law Com. N° 83).

- (1993): *Criminal Law. Legislating the Criminal Code. Offences against the persons and general principles* (Law Com. N° 218).

LENCKNER, Theodor (1985): "Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), págs. 295-313.

- (1997): "Comentario previo al § 32 y comentario a los § 34 y 35 StGB", en *Strafgesetzbuch Kommentar*, A. Schönke / H. Schröder, 25 neubearbeitete Auflage, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchandlung.

von LISZT, Franz (1888): *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 3 Auf.

- (1905): *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 14-15 Auf.

- (1908): *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16-17 Auf. J. Guttentag Verlags-buchhandlung.

von LISZT, Franz / SCHMIDT, Eberhard (1927): *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25 Auf. Berlin: Walter de Gruyter.

LOPEZ GARRIDO, Diego, GARCIA ARAN, Mercedes (1996): *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario.*, Madrid.

LÜCKE, Jörg (1975): "Der allgemeine Schulausschliessungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem", en *Juristische Rundschau* (JR), págs. 55-58.

LUZON PEÑA, Diego-Manuel (1978): *Aspectos esenciales de la legítima defensa.*, Barcelona: Bosch.

- (1988): "Indicaciones y causas de justificación en el aborto.", en *Cuadernos de Política Criminal* (C.P.C.), págs. 629-661.

- (1991): "Legítima defensa y estado de necesidad defensivo", en *Estudios Penales*, págs. 113-158, Barcelona: PPU.

- (1994): "*Actio illicita in causa* y provocación en las causas de justificación", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XLVII, págs. 61-86.

- (1995a): Voz "Miedo Insuperable" e "Inexigibilidad y exigibilidad", en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, págs. 4289-4290 y 3552-3554.

- (1995b): "Causas de atipicidad y causas de justificación", en D.M. Luzón Peña / S. Mir Puig (eds), *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal.*, Pamplona: Aranzadi., págs 21-41.

- (1996): *Curso de Derecho Penal. Parte General I.* Madrid: Editorial Universitas.

MABBOTT, J. D. (1939): "Punishment", en *MIND, a quaterly review of Psychology and Philosophy*. Vol. XLVIII.

MAIWALD, Manfred (1993): "Die Unzumutbarkeit -Strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten?, en *Festschrift für Horst Schüler-Springorum*, págs. 475-491.

MAQUEDA ABREU, María Luisa (1991): "Exigibilidad y derecho a no declararse culpable", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XLIV, págs. 25-43.

MARKS, Isaak M. (1991a): *Miedos, fobias y rituales. 1. Mecanismos de la ansiedad.* Barcelona: Martínez Roca.

- (1990b): *Miedos, fobias y rituales. 2. Clínica y tratamientos.* Barcelona: Martínez Roca.

MARTINEZ VAL, José María (1963): "El miedo insuperable", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (R.G.L.J.) (2ª época), Tomo 47, págs. 54-105.

MAURACH, Reinhart (1962): *Tratado de Derecho Penal.*, traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Tomo II, Barcelona: Ariel.

MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz (1992): *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Vol 1 (Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat), 8 Auf., Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.

MAYER, Max Ernst (1915): *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung.

MEZGER, Edmund (1933): *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2° Auf., Berlin: Duncker and Humblot.

- (1949): *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la 2° ed. alemana (1933) y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado.

MILGATE, H. P. (1986): "Murder and the killer who acts under duress"; *The Cambridge Law Journal.* (Cam.L.J.) págs. 183-185.

- (1988): "Duress and the Criminal Law: another turn by the house of Lords"; *The Cambridge Law Journal* (Cam.L.J.), págs. 61-76.

MIR PUIG, Santiago (1982): *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona: Bosch.

- (1983): "Problemas de estado de necesidad en el art. 8. 7. CP", en *Estudios Jurídicos en honor del profesor Pérez-Vitoria*, págs. 501-520.

- (1990): *Derecho Penal. Parte General.* 3ª Edición. Barcelona: PPU.

- (1996): *Derecho Penal. Parte General.* 4º Edición. Barcelona: PPU.

MODEL PENAL CODE and COMMENTARIES (1985). Part I. General Provisions. Section.2.09. (Duress). Philadelphia. The American Law Institute.

MONTES PENADES, Vicente L. (1996): "Comentario al art. 118 CP", en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Valencia: Tirant lo Blanch.

MORALES PRATS, Fermín (1996): "Comentario a los arts. 20.5 y 20.6 CP", en G. Quintero (dtor.) / J. M. Valle (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona: Aranzadi.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo (1984): *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*. Madrid: Civitas.

- (1987): *La eximente penal de fuerza irresistible*. Granada: Universidad de Granada.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1980): "Culpabilidad y prevención en Derecho Penal.", en *Cuadernos de Política Criminal,* nº12, págs. 41-58.

- (1992): "¿'Legítima' defensa putativa?. Un caso límite entre justificación y exculpación", en *Poder Judicial*, nº 25, págs. 33-47.

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCIA ARAN, Mercedes (1993): *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- (1996): *Derecho Penal. Parte general,* Valencia: Tirant lo blanch.

NAGEL, Thomas (1986): *The view from Nowhere.,* Oxford University Press.

- (1996): *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política.* Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.

NAUCKE, Wolfgang (1991): *Strafrecht. Eine Einführung*, 6 Auf., Alfred Metzner Verlag.

NEUMANN, Ulfrid (1988): "Der strafrechtliche Nötigunsnotstand -Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund?", en *Juristische Arbeitsblätter* (JA), Heft 6, págs. 329-335.

- (1997): "Comentario a los § 34 y 35 StGB", en *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch.* Band 1. Allgemeiner Teil. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

NINO, Carlos Santiago (1982): *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Buenos Aires: Astrea.

- (1994): *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel.

NORRIE, Allan W. (1991): *Law, Ideology and Punishment. Retrieval and Critique of de Liberal Idea of Criminal Justice*. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana (1986): *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito* (2° ed.). Madrid: Rafael Castellanos.

ONECHA SANTAMARIA, Carlos (1981): "La eximente de miedo insuperable" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (R.G.L.J.) (2ª época), Tomo 83, 277-289.*

OTTO, Harro (1978): *Pfichtenkollision und Rechtwidrigkeitsurteil*, 3° Auf., Marburg: N.G. Elwert Verlag.

- (1992): *Grundkurs. Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 4 Auflage, Berlin: Walter de Gruyter.

PACHECO, Joaquín Francisco (1854): *Estudios de Derecho Penal*, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840, 2° ed,. Madrid.

- (1867): *El Código Penal comentado y concordado*, 3ª Edición, Madrid, Tomo I.

PACKER, Herbert L. (1968): *The limits of the criminal sanction.* Stanford University Press. Stanford, California.

PADFIELD, Nicola M. (1992): "Duress, Necessity and the Law Commission", en *The Criminal Law Review* (Crim.L.R.), págs. 778-789.

PADILLA ALBA, Herminio (1996): "Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la penal", en *Estudios Penales y Jurídicos, Homenaje al Prof. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, págs. 559-577.

PAREDES CASTAÑON, José Manuel (1989): "Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad: El criterio de la exigibilidad", en *Poder Judicial*, n° 13, págs. 115- 128.

PEREDA, Julián (1959): *Covarrubias penalista*, Barcelona: Bosch.

PERRON, Walter (1987): *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

- (1988): "Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XLI, págs. 137-156.

PESSINA, Enrique (1913): *Elementos de Derecho Penal*, con adiciones de Félix de Aramburu y Zuloaga, 2° ed., anotada y adicionada por E. Cuello Calón, Madrid: Hijos de Reus.

PROYECTO de Código Penal Italiano (1878), en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (R.G.L.J.), Tomo 53, págs. 99-115.

PUENTE SEGURA, Leopoldo (1997): *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid: Colex.

PUIG PEÑA, Federico (1969): *Derecho Penal. Parte General.* Tomo II, 6° ed., Madrid: Revista de Derecho Privado.

QUERALT i JIMENEZ, Joan Josep (1986): *La obediencia debida en el código penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8.12 CP)*, Barcelona: Bosch.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio (1958): *Compendio de Derecho Penal*, Vol. I, Madrid: Revista de Derecho Privado.

- (1966): *Comentarios al Código Penal*, 2° ed., puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Madrid: Revista de Derecho Privado.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1996a): *Derecho Penal. Parte General.*, con la colaboración de Fermín Morales Prats y J.Miguel Prats Canut, 3ª ed., Barcelona: Cedecs.

- (1996b): "Comentario al art. 28 CP", en G. Quintero (dtor.) / J. M. Valle (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona: Aranzadi

- (1996c): "Comentario al art. 118 CP", en G. Quintero (dtor.) / J. M. Valle (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona: Aranzadi

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MUÑOZ CONDE, Francisco (1983): *La reforma penal de 1983*. Barcelona: Destino.

RAWLS, John (1978): *Teoría de la Justicia.* Fondo de Cultura Económica. Traducción de María Dolores González. México-Madrid-Buenos Aires.

RENZIKOWSKY, Joachim (1994a): *Notstand und Notwehr*, Berlín: Duncker und Humblot, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 90.

- (1994b): "Rechtfertigung und Entschuldigung im DDR-Recht", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft* (ZStW), Vol. 106, págs. 93-139.

REYES MONTERREAL, José María (1958): *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 3° ed., Madrid: Gráficas Menor.

ROBINSON, Paul H. (1975): "A theory of justification: societal harm as a prerequisite for criminal liability", en *UCLA Law Review*, Vol. 23, págs. 266-292.

RODRIGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GONZALEZ, Alfonso (1991): *Derecho Penal Español. Parte General*, 14 ed., Madrid: Dykinson.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1976): *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid: Civitas.

- (1996): "Comentario al art. 20.6 CP", en G. Rodríguez Mourullo (dtor.) / A. Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Civitas.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis (1988): *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Trivium.

ROLDAN BARBERO, Horacio (1980): *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma.* Madrid: Fundación Juan March.

- (1983): "Estado de necesidad y colisión de intereses", en *Cuadernos de Política Criminal* (C.P.C.), págs. 469-550.

ROMEO CASABONA, Carlos María (1997): "Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución", Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna.

ROSSI, M. P. (1883): *Tratado de Derecho Penal* (3 ed.), Madrid: Eduardo Cuesta.

ROXIN, Claus (1972): *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch.

- (1974): "'Schuld' und 'Verantwortlichkeit' als strafrechtliche Systemkategorien", *en Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel.* Berlin: Walter de Gruyter.

- (1985): "Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand", en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin: Duncker and Humblot, págs. 457-484.

- (1994): *Strafrecht. Allgemeiner Teil.*, Band I, 2. Auflage, München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchandlung.

RUDOLPHI, Hans-Joachim (1966): "Ist die Teilnahme an einer Notstandtat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), págs. 67-99.

- (1994): "Comentario al § 35 StGB", en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhand.

RUEDA, Ramón Ramiro (1889): *Elementos de Derecho Penal, con arreglo al programa de esta asignatura en la Universidad de Santiago*, 2° ed., Santiago, Tomos I y II.

RUIZ VADILLO, Enrique (1997): "Comentario al art. 20.6 CP", en C. Conde-Pumpido (dtor.) *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid: Trivium.

SAINZ CANTERO, Jose A. (1960): "El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de no exigibilidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XIII, págs. 419-453.

- (1965): *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada.

- (1985): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Tomo III., Barcelona: Bosch.

SAINZ-CANTERO CAPARROS, José E, (1994): "La responsabilidad civil derivada del delito", en M. Cobo del Rosal (dir.) / M. Bajo Fernández (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XVI, págs. 87-132.

SCHAFFSTEIN, Friedrich (1933): *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschließungsgrund.* Leipzig: Deichertsche Verlagsbuchhandlung.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1984): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2 ed., Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

SCHMIDT, Eberhard (1929): "Das Reichsgericht und der 'übergesetzliche Notstand'", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), Vol. 49, págs. 350-411.

SCHÜNEMANN, Bernd (1991): "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en Schünemann (Hrsg.) *El sistema moderno de derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, tradución y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Madrid: Tecnos, págs. 147-178.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (1998): "Comentario a los arts. 20.6 y 118 CP", en I. Serrano Butragueño (coord.), *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, Granada: Comares.

SHAVELL, Steven (1985): "Criminal Law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent.", en *Columbia Law Review*, vol.85, págs. 1232-1262.

SIDGWICK, Henry (1907): *The Methods of Ethics*, 7° ed., University of Chicago Press.

SILVA SANCHEZ, Jesús María (1982): "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XXXV, págs. 663-691.

- (1986): *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: Bosch.

- (1987): "Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuricidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XL, págs. 647-663.

- (1988): "Problemas del tipo de omisión del deber de socorro", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XLI, págs. 561-574.

- (1992): *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: J.M. Bosch.

- (1996): "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo", en *Actualidad Penal*, págs. 247-258.

SILVA SANCHEZ, Jesús María / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / BALDO LAVILLA, Francisco (1996): *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte General*, Barcelona: J. M. Bosch.

SILVELA, Luis (1874): *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislacion vigente en España*. Madrid, Tomo I.

- (1879): *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España.*, Madrid, Tomo II.

SMART, J. J C. (1974): "Utilitarismo extremo y restringido", en Philippa Foot (edt.), *Teorías sobre la Etica*, Fondo de Cultura Económica, págs. 248-265.

- (1981): "Bosquejo de un sistema de ética utilitarista", en Smart / Williams, *Utilitarismo: Pro y Contra*, Madrid: Tecnos.

SMITH, K. J. M. (1982): "Duress: The role of the reasonably steadfast man"; *The Law Quarterly Review* (L.Q.R.), Vol. 98, págs. 347-351.

- (1989): "Must Heroes Behave Heroically?", en *The Criminal Law Review* (Crim.L.R.), págs. 622-628.

SMITH, J. C. / HOGAN, Brian (1992): *Criminal Law* (seventh edition). London-Dublin and Edinburgh: Butterworths.

- (1993): *Criminal Law. Cases and Materials*. 5ª Edición, London: Butterworths.

SMITH, J. C. (1989): *Justification and Excuse in the Criminal Law*, London: Stevens and Sons.

STRATENWERTH, Günter (1956): "Prinzipien der Rechtfertigung", en *Zeischrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), vol. 68, págs. 41-70..

- (1971): *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat.* Carl Heymanns Verlag.

- (1977): *El futuro del principio juridicopenal de culpabilidad.*, traducción de Enrique Bacigalupo, Madrid, 1980.

- (1995): *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?.* Berlin-New York: Walter de Gruyter.

STREE, Walter (1997): "Comentario previo al § 13 StGB", en A. Schönke / H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25 neubearbeitete Auflage, München: C. H. Beck´sche Verlagsbuchhandlung.

SUAREZ MONTES, Fabio (1995): "Reflexiones en torno al injusto penal", en D.M. Luzón Peña / S. Mir Puig (coord.) *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi, págs. 187-198.

TAMARIT SUMALLA, José María (1996): "Comentario al art. 20.4 CP", en G. Quintero (dtor.) / J. M. Valle (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona: Aranzadi.

TIMPE, Gerhard (1984): "Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB)", en *Juristische Schulung* (JuS), págs. 859-864.

- (1985): "Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB)", en *Juristische Schulung* (JuS), págs. 35-39.

TORIO LOPEZ, Angel (1985): "El concepto individual de culpabilidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XXXVIII, págs. 285-301.

TRIFFTERER, Otto (1985): *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer Verlag.

URMSON, J.O. (1985): "V. Santos y Héroes", *Conceptos Morales.* Comp. Joel Feinberg; págs. 106-129. Fondo de Cultura Económica, México.

VALLE MUÑIZ, José Manuel (1992): "Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (A.D.P.C.P.), Tomo XLV, págs. 561-612.

- (1996): "Comentario al art. 21.1 CP", en G. Quintero (dtor.) / J. M. Valle (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona: Aranzadi.

VARONA GOMEZ, Daniel (1996): "El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento", en *Actualidad Penal*, 1996, págs. 743-763.

VIADA Y VILASECA, Salvador (1890): *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de Julio de 1876.*, 4ª Edición, Madrid, Tomo I.

VICENTE Y CARAVANTES, José (1873): "De la defensa que exime de responsabilidad criminal", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (R.G.L.J.) (1° época), Tomo 43, págs. 123-139.

- (1874): "Sobre la circunstancia que exime de responsabilidad criminal consistente en obrar por impulsos de miedo insuperable de un mal mayor. ¿Qué debe entenderse aquí por mal mayor?", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (R.G.L.J.) (1ª época), Tomo 44, págs. 222-232.

VIZMANOS, Tomás María de, Cirilo ALVAREZ MARTINEZ (1853): *Comentarios al Código Penal*, 2º Edición, Madrid. Tomo I.

WASIK, Martin (1977): "Duress and Criminal Responsibility", en *The Criminal Law Review* (Crim.L.R.), págs. 453-464.

WELZEL, Hans (1947): *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlin: Walter de Gruyter.

- (1963): *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung* (8° Auf.), Berlin: Walter de Gruyter.

- (1965): *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung* (9° Auf.), Berlin: Walter de Gruyter.

WERTHEIMER, Alan (1987): *Coercion.* Princeton University Press. Princeton, New Jersey.

WESSELS, Johannes (1995): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 25 Auflage, Heidelberg: C.F. Müller Verlag.

WILLIAMS, Glanville (1961): *Criminal Law, The General Part* (second edition). London: Stevens and Sons Limited.

- (1983): *Textbook of Criminal Law* (second edition). London: Stevens and Sons.

WITTIG, Peter (1969): "Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht", en *Juristische Zeitung* (JZ), págs. 546-548.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (1997): *Aspectos civiles del nuevo código penal (responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de derecho de familia y otros extremos),* Madrid: Dykinson.

Universitat de Girona
Biblioteca