

EL MIEDO INSUPERABLE: ¿UNA EXIMENTE NECESARIA?

Reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia¹

DANIEL VARONA GÓMEZ

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Girona

SUMARIO

1. Introducción. 2. El fundamento de la eximente de miedo insuperable a partir de las doctrinas de justificación del castigo. 2.1. Doctrina de justificación utilitarista. 2.1.1. La fundamentación según el principio del mal menor. 2.1.2. La fundamentación según el principio de efectividad de la pena. 2.2. Doctrina de justificación del merecimiento (retribucionista) o mixta. 3. El problema pendiente: los límites de la preferencia legítima por los propios intereses. 4. Conclusiones.

1. Introducción

La eximente de miedo insuperable (art. 20.6 CP) es, junto con la alteración de la percepción (art. 20.3 CP), la gran marginada dentro del sistema de causas de exención de la responsabilidad penal que prevé nuestro código penal. Un simple dato fáctico avala esta afirmación: aunque el miedo insuperable se alega con frecuencia en los tribunales (sólo en la última década existen cerca de 75 sentencias del TS sobre es-

¹ Este artículo constituye un resumen de parte de las ideas que se contienen en mi tesis doctoral, publicada con el título *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Comares, 2000.

ta exigente), no ha sido aplicada por nuestro TS, como exigente completa, desde hace ya veinte años².

Sin duda, aunque el panorama en la jurisprudencia menor es algo más alentador³, este demoledor dato muestra a las claras el principal problema al que debe hacer frente toda reconstrucción del miedo insuperable: ¿es ésta una exigente innecesaria, tal y como parece deducirse de su inutilización práctica, o por el contrario tiene un ámbito propio de aplicación, que el TS debido a un entendimiento equivocado de su fundamento (y a ciertas consideraciones político-criminales, *vid.* Varona, 1996:748-749), no estaría en condiciones de identificar?

Si se intenta encontrar la respuesta a este interrogante en la literatura penal española, podremos apreciar que la situación es bien distinta. Aunque durante la vigencia del antiguo código penal algunos autores se pronunciaron por la superfluidad y consiguiente derogación del miedo insuperable⁴, lo cierto es que la doctrina penal española, fundamentalmente por exigencias del *principio de vigencia*, siempre se ha esforzado por encontrar un ámbito de aplicación autónomo al miedo insuperable⁵. Este último proceder es el que parece haber refrendado el

² La última sentencia del TS en la que se aplicó la exigente completa de miedo insuperable data de 22-12-1980 (RAJ 4985). Debe señalarse, no obstante, que la exigente incompleta de miedo insuperable sí es apreciada con relativa frecuencia (*vid.*, por sólo citar las sentencias más recientes, la STS 25-10-1999, RAJ 1999/7379 y STS 26-4-1999, RAJ 1999/3218). Por otra parte, debe hacerse aquí referencia a la reciente sentencia del TS de 24-2-2000 (RAJ 2000/1797) que, aunque no aprecia de forma autónoma la exigente de miedo insuperable, sin embargo la tiene en cuenta para cubrir un exceso intensivo en la legítima defensa, absolviendo al acusado por aplicación de la exigente completa de legítima defensa.

³ Varias decisiones de las Audiencias Provinciales han aceptado recientemente la exigente completa de miedo (*vid.* S.A.P. de Cantabria, de 15-4-1998, ARP 1998/2561; S.A.P. de Madrid, de 1-10-1998, ARP 1998/4484; S.A.P. de Alicante, de 8-2-1999, ARP 1999/376).

⁴ FERRER SAMA (1946: 228-229); BACIGALUPO (1985: 95-96, 1997: 291; pero *vid.* 1996: 144); GETTAS (1990: 50).

⁵ El hecho determinante que ha marcado el devenir teórico del miedo insuperable ha sido la progresiva reforma de la exigente de estado de necesidad. Pues esta exigente, fruto de las reformas de 1932 y 1944, pasó, por un lado, de estar legalmente restringida a supuestos en los que se atentaba contra la propiedad ajena, a poder aplicarse a la lesión de cualquier bien jurídico (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). Así las cosas, la exigente de estado de necesidad parecía contemplar la misma situación que el miedo insuperable, esto es, la amenaza de un mal que se evita causando otro mal no mayor. Pero lo cierto es que la progresiva ampliación del ámbito de aplicación del estado de necesidad no fue acompañada por la derogación de la exigente de miedo.

Código Penal de 1995, pues, de una parte, mantiene al miedo insuperable dentro del catálogo de eximentes, y de otra parte, al derogar el requisito de la ponderación de males anteriormente exigido, permite por lo menos vislumbrar alguna diferencia entre esta eximente y el estado de necesidad⁶.

Sin embargo, en mi opinión, el principio de vigencia, aunque es ciertamente un criterio interpretativo importante (Cobo/Vives, DP, 1999: 120), no puede aportar 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 racional», al que se presume, entre otros atributos, coherente y operativo⁷, postula que no pueden concebirse preceptos penales superfluos o carentes de aplicación. Pero, al margen de que la propia experiencia pone ya en entredicho el peso del principio de vigencia como argumento en favor de la autonomía de un precepto penal⁸, lo cierto es que si no se le encontrara a la eximente de miedo insuperable un ámbito material de aplicación en el que desempeñe un papel propio, no cubierto por el resto de eximentes, la amenaza de tal superfluidad (esto es, la desaparición del miedo insuperable) no sería preocupante.

Por lo tanto, la clave que puede posibilitar la configuración del miedo insuperable como una eximente autónoma y por tanto necesaria, radica en descubrir las razones que explican la existencia de esta causa de exención de la responsabilidad penal. La cuestión no es meramente encontrar el lugar privativo del miedo insuperable dentro del conjunto de eximentes, sino principalmente, aclarar por qué debe tenerlo, es decir, por qué razón es preferible un ordenamiento penal que contemple la eximente de miedo insuperable a otro que no la contenga. Y esto, según creo, sólo puede explicarse a partir del fundamento de la eximente.

⁶ En este sentido, destaca CUERDA ARNAU (1997: 163) que, después de la reforma legislativa 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».

⁷ Operativo en el sentido de que no dicta normas que carezcan de aplicabilidad. Acojo aquí la terminología de NINO (1980: 73-74), que explica brillantemente los caracteres que la dogmática ha atribuido tradicionalmente al legislador.

⁸ 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 sucedido, derogarse sin problemas.

2. El fundamento de la eximente de miedo insuperable a partir de las doctrinas de justificación del castigo

El fundamento de una eximente plantea una discusión sobre las razones últimas de la exención de pena. La doctrina penal ha situado normalmente la respuesta a esta cuestión en el ámbito de lo que se conoce con el nombre de su naturaleza jurídica. De esta manera, la discusión sobre la naturaleza jurídica de una eximente ha desplazado y encubierto normalmente la cuestión previa acerca de su fundamento⁹. Sin embargo, a mi entender, el fundamento de una eximente plantea una cuestión de orden filosófico-moral que es previa a su sistematización en una u otra categoría del delito, esto es, previa a la problemática sobre su naturaleza jurídica.

Por esta razón, el estudio sobre el fundamento de la eximente de miedo insuperable debe abordarse a través de la discusión planteada por las doctrinas de justificación del derecho penal (también llamadas «teorías de la pena»), pues estas doctrinas son, precisamente, el resultado del examen acerca de las razones de filosofía política y moral que se encuentran tras las normas penales. Ciertamente, las teorías de la pena han servido, tradicionalmente, para legitimar la imposición de la pena, pero a mi entender son también de gran valor a la hora de justificar su reverso, esto es, la exención de pena. Una exigencia 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 explicar 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 ello sorprende que la doctrina penal se olvide aparentemente de estas teorías cuando se traspaasa el umbral de la justificación del castigo¹⁰.

⁹ En este sentido, como bien dice SILVA (1998: 233) respecto a los supuestos de necesidad con eficacia exculpante «la preocupación por el problema sistemático (exclusión de la antijuridicidad, de la culpabilidad, de categorías intermedias...) ha primado, según creo, sobre la relativa al fundamento y límites de la exención de responsabilidad...».

¹⁰ Sin embargo, debe señalarse que en la doctrina española ya se ha señalado en algunos estudios la necesidad de acudir a argumentos derivados de las doctrinas de justificación del castigo para fundamentar las eximentes penales (*vid.* LUZÓN, 1978: 62-63; BALDO, 1994: 93 y ss., 162 y ss.; LARRAURI, 1997: 74 y ss.; SILVA, 1998). Sobre este tema, *vid.* la lúcida exposición de NINO (1980; 76 y ss.). En la doctrina alemana también se ha destacado modernamente la necesidad del recurso a las doctrinas de justificación del castigo para fundamentar el estado de necesidad (en este sentido, *vid.* las monografías de MEIBNER, 1990 y RENZIKOWSKY, 1994a, *vid.* también R. MERKEL, 2000). De todas formas, donde más claramente se observa la vinculación entre el fundamento de

Por otra parte, al situar la discusión sobre el fundamento de una eximente en el marco de las doctrinas de justificación del derecho penal se consigue además dotar de un referente contrastable a la reconocida influencia que las consideraciones político-criminales tienen en la interpretación de las diversas categorías del derecho penal.

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

2.1. Doctrina de justificación utilitarista

Si partimos del hecho de que el miedo insuperable es una eximente pensada para tratar ciertos casos en los que una persona obra para evitar un mal que le amenaza, desde la perspectiva utilitarista existe una doble posibilidad de fundamentar la exención de pena en el supuesto del art. 20.6 CP. 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.

2.1.1. La fundamentación según el principio del «mal menor»

Desde el momento en que la eximente de miedo insuperable puede legalmente aplicarse en aquellos casos en los que la persona protege con su acción un bien jurídico de mayor valor que el que lesiona con la violación de la ley, una doctrina utilitarista procederá a justificar en estos casos la eximente en atención al principio utilitarista 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

la exención de pena y las doctrinas de justificación del castigo es en la doctrina angloamericana (*vid.*, por ejemplo, WERTHEIMER, 1987: 144 y ss.; FINKELSTEIN, 1995; DRESLER, 1999: 276 y ss.).

mayor valor; pues en estos casos, la acción llevada a cabo produce mayor felicidad (tiene consecuencias sociales más beneficiosas) que infelicidad¹¹.

Sin embargo, esta posible fundamentación utilitarista del miedo insuperable, al margen de enfrentarse con el problema de determinar qué debe formar parte exactamente del cálculo de utilidad¹², presenta un inconveniente principal: la eximente queda reducida a los casos en los que la acción de la persona protege un bien de mayor valor, dejando con ello fuera de su ámbito los supuestos de bien protegido de igual o menor valor. Ello contradice ya de entrada la regulación legal del art. 20.6 CP, que tras la trascendental reforma sufrida por esta eximente en el CP 1995, no viene ya limitada a una rígida ponderación de bienes, por lo que puede aplicarse en principio también en casos de salvación de un bien jurídico igual o incluso menor.

En suma, la fundamentación utilitarista ligada al principio del «mal menor» no puede aportar razones para explicar la exención de pena en todos los supuestos de posible aplicación de una eximente pensada para tratar situaciones de necesidad o amenaza¹³, con lo que, en el mejor

¹¹ 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 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». Vid una fundamentación utilitarista de la eximente análoga a nuestro miedo insuperable (la defensa de *duress*) en la doctrina angloamericana, en LA FAVE/SCOTT (1986: 374: «la razón de la defensa de *duress* estriba en que, por razones de política social, es mejor que el acusado, enfrentado con una elección de males, escoja el mal menor»); WILLIAMS (1961: 755) y DENNIS (1980: 228). En la doctrina española defiende una fundamentación de este tipo de las situaciones de necesidad exculpantes (entre las que cabría situar al miedo insuperable) SILVA (1998, *vid. infra* nota 14).

¹² La duda estriba en si lo decisivo es la utilidad derivada del concreto acto en cuestión o la utilidad genérica que surge de elevar la concreta acción acaecida a regla de conducta. Un análisis de este problema ilustrado con ejemplos reales puede verse en FLETCHER (1974: 1285 y ss.), cuya conclusión es que las oportunidades de eximir de pena se desvanecen una vez los jueces empiezan a considerar la cuestión del balance de intereses en su formulación más amplia, esto es, representándose los efectos de la posible generalización de la concreta conducta enjuiciada que acontecería con la absolución de la persona. 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 eximente, perjudica a la persona, al permitir la relevancia de consideraciones no directamente ligadas con su actuación.

¹³ 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

de los casos, *sólo ofrece una fundamentación parcial de la eximente*. Ello sólo sería plausible si previamente se demostrara que no existe ninguna *otra* razón que posibilite la exención de pena en los casos no cubiertos por el principio del «mal menor»¹⁴, y según veremos, creo que sí existe esa otra razón.

Por todo ello, como bien dice Dressler (1989: 1353), esta fundamentación sólo podría explicar los supuestos fáciles de miedo insuperable. En esta eximente está en juego, pues, algo más que la simple comparación de males.

2.1.2. La fundamentación a partir del principio de efectividad de la pena

Como es conocido, la filosofía utilitarista parte de que la pena es un mal, cuya legitimación sólo puede encontrarse en la evitación de un mal de mayor gravedad para la sociedad. 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*)¹⁵; ya que en este caso la pena significaría la causación inú-

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 y SILVA, 1998: 251).

¹⁴ Cabe destacar que, recientemente, en la doctrina española SILVA (1998: *passim*, sobre todo, pág. 245 y ss.) ha defendido una fundamentación utilitarista de las situaciones de necesidad no justificantes ligada al principio del mal menor. A su entender son razones consecuencialistas de utilidad social las que explican la exención de pena en los supuestos de necesidad no justificantes, lo cual conduciría a dar relevancia únicamente a los casos en los que «el motivo de la acción sea salvar el bien mayor, pero no relevantemente mayor [si fuera así estaríamos ante un estado de necesidad justificante], o, al menos un bien igual» (1998: 251), no encontrando el autor «ninguna razón que permita fundamentar la plena exención de responsabilidad en los casos en que el sujeto (...) toma la decisión (...) de lesionar un bien de mayor valor para salvaguardar uno de inferior valor» (1998: 224). El porqué no puede eximirse en supuestos de causación de un mal mayor es explicado por este autor aludiendo al «compromiso de abstención que tenemos contraído en relación con terceras personas en razón de la convivencia (interacción) social» (1998: 252-253). Sin embargo (y al margen de los problemas que esta fundamentación del miedo insuperable tendría a la hora de diferenciar entre esta eximente y el estado de necesidad), según creo (*vid. infra* 2.2.) sí existe alguna razón para fundar la exención de pena en casos de causación de un mal mayor, aunque, ciertamente, esa razón no puede alcanzarse con el ropaje de la doctrina utilitarista.

¹⁵ 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).

til 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 fundamentación por parte de la doctrina utilitarista sería entonces, precisamente, que *en las situaciones de miedo insuperable la persona no es motivable por la sanción penal*, debido a las particulares circunstancias en las que se inscribe su acción¹⁶.

Sin embargo, la fundamentación utilitarista de la eximente de miedo insuperable basada en la inmotivabilidad de la persona debe enfrentarse con dos importantes problemas. En primer lugar, requiere que se demuestre que, efectivamente, en las situaciones de miedo ante la amenaza de un mal la persona es inmotivable. El hecho de que en estos casos (salvo supuestos extremos discutibles) la persona afectada no pierda sus facultades de comprender la prohibición penal y actuar de acuerdo con ella, tal y como es mayoritariamente aceptado en la doctrina penal, lleva a restringir la eximente 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 otra¹⁷.

¹⁶ En este sentido *vid.* BENTHAM (1789: 162). Una temprana explicación utilitarista de la eximente por medio de esta alusión a la motivación de la persona puede ya apreciarse en el *Leviatán* de HOBBS: «Si un hombre, por temor a una 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 penal española antigua tenemos un ejemplo de una fundamentación de este tipo del miedo insuperable en CÁRDENAS (1848: 317-318: «¿Qué aprendería la sociedad con ver en el suplicio al naufrago 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? (...) 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»). En la doctrina alemana ya FEUERBACH (en 1801) ofreció la misma fundamentación para las situaciones de necesidad (*vid.* NEUMANN, 1988: 332).

¹⁷ Señalan críticamente esta limitación del argumento utilitarista a casos extremos DRESSLER (1989: 1371); ASHWORTH (1995: 223) y FINKELSTEIN (1995: 263). En la doctrina española, LUZÓN (1996: 622) se refiere a que el reconocimiento de una causa de exculpación sobre la base del efecto preventivo-general de la pena sólo es posible «en situaciones extremas» (*vid.* también SILVA, 1998: 231-232).

Desde este punto de vista, la doctrina utilitarista podría conducir al no reconocimiento del miedo insuperable o su degradación a la categoría de mera atenuación de la pena¹⁸.

Para intentar esquivar este problema, una doctrina utilitarista podría reconocer que la falta de motivación que acontece en las situaciones de miedo insuperable es, en realidad, una *presunción normativa*. 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»¹⁹.

Sin embargo, este estándar de comportamiento 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 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 que tal renuncia provocará mayor utilidad para la colectividad.

El segundo problema con el que debe enfrentarse la fundamentación utilitarista del 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.

¹⁸ Como señala KENNY (1982: 205) un utilitarista podría argumentar que «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, o ser él mismo asesinado: todo hombre debe rezar para no encontrarse nunca entre el diablo y el abismo. Pero si la ley retira el abismo, entonces el hombre irá dondequiera que el diablo le lleve». En el mismo sentido, HALL (1947: 419). En la doctrina alemana *vid.* 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).

¹⁹ *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 mismo modo cualquiera que sea la actitud de la ley, entonces la imposición del castigo no puede actuar como mecanismo preventivo individual o general».

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 (Hart, 1968: 43)²⁰. Por ello, según Hart, si sólo estuvieran en juego los principios utilitaristas, no se deberían admitir las exenciones de pena representadas por las eximentes.

Esta crítica 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 garantías que este principio ha levantado en favor de la libertad del ciudadano²¹.

La réplica utilitarista ha encontrado en nuestro país un claro exponente en el influyente artículo de Gimbernat *¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?* (1971). 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,*

²⁰ Ésta es, de hecho, una crítica recurrente contra el utilitarismo, vid FLETCHER (1978: 815). En la doctrina alemana ya STRATENWERTH (1977: 111). En la española, ya CÓRDOBA (1977: 39-40) y recientemente SILVA (1998: 243-244). A ello podría añadirse una segunda consideración de cariz utilitarista: 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 (vid. sobre este punto HART, 1968: 19-20. En la doctrina alemana, vid. SCHÜNEMANN, 1991: 164-165).

²¹ 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, CÓRDOBA (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 (vid. ROXIN, AT; § 3/46-52 o SCHÜNEMANN, 1991: 162 y ss.)

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; Cid, 1994: 281)²².

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 art. 20.6 CP, en los que la amenaza de la pena no pueda desplegar un pleno efecto motivador sobre las conductas. De esta manera justificaría un utilitarista las consecuencias tradicionales del principio de culpabilidad²³.

Sin embargo, a mi entender, 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. El problema reside en que 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, sino que, paradójicamente, puede tener por resultado *la ocultación* de los problemas originados por su inexistencia. Como destaca Burkhardt (1983: 74) 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 quizás cierto. Pero *este efecto indirecto resulta en realidad no del castigo del no culpable, sino del hecho de que devenga público que un no culpable ha sido sacrificado*²⁴.

²² Vid. también GIMBERNAT (1971b: 176 y ss.). 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».

²³ Vid. BENTHAM (1789: 182-183) y BRANDT (1992: 226-227).

²⁴ Ésta es, de hecho, una crítica ya efectuada por autores contrarios a esta doctrina moral (vid. HOEKEMA, 1980: 260; NORRIE, 1991: 124; MABBOTT, 1939: 156-157). Pero, sin duda, mucho más significativo es el hecho de que este problema haya sido reconocido por los propios autores utilitaristas: vid. SIDGWICK (1907: 489-490) y SMART

En suma, la alusión utilitarista 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 no se generaría en la colectividad un importante sentimiento de inseguridad jurídica, que además podría venir compensado por el aumento de la eficacia preventiva del derecho penal²⁵. Así, si en virtud de consideraciones utilitaristas fuese derogada, por ejemplo, únicamente la eximente de miedo insuperable, dudo que se produjese tal inseguridad ciudadana que forzara al utilitarista a reintroducirla en el ordenamiento penal, pues los ciudadanos no están al tanto de los matices de la ley, y no conocen por tanto 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 (Packer, 1968: 118).

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 *duress* (que podríamos considerar análoga a nuestro miedo insuperable), debido a razones preventivo generales. Por esta razón, según este autor, las consideraciones de utilidad social pueden llevar consigo una severa limitación de la aplicación de la defensa de *duress*²⁶.

Este es, en definitiva, el peligro que puede vislumbrarse tras aquellas explicaciones preventivo-generales del estado de necesidad exculpante en Alemania, que aluden a la «infrecuencia de las situaciones» (Roxin, AT, § 22/6) o a la «no-generalización del motivo del conflicto» (Timpe, 1984: 862-863, siguiendo a Jakobs), para fundamentar la exen-

(1981: 59), quien abiertamente reconoce que «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».

²⁵ 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).

²⁶ En nuestro país ha subrayado la tendencia general restrictiva en la aplicación de las eximentes que se deriva de una orientación teleológica, SILVA (1996: 256-257). De hecho, la eximente en la que más claramente puede apreciarse este fenómeno es el estado de necesidad (*vid.* la paradigmática sentencia del TS 9-3-1990, RAJ 2435).

ción de pena, pues en los casos relatados de fugas de prisión y testigos amenazados, su frecuencia parecería conducir, según tal argumentación, a la denegación de la eximente, con el sacrificio de las consideraciones de justicia del caso individual.

En definitiva, una fundamentación utilitarista de las eximentes penales, y así del miedo insuperable, basada en la ineffectividad de la pena, no puede evitar, a mi entender, la conclusión de que en determinados casos puede ser más efectiva y útil su no reconocimiento, debido al decisivo peso que esta doctrina atribuye a las necesidades de prevención general.

Por todo ello, si se parte de que *las eximentes plantean una cuestión de respeto y protección de los derechos de la persona frente al poder punitivo estatal*²⁷, 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 muy poco sabemos de los concretos efectos preventivo-generales que pueda estar en condiciones de cumplir el derecho penal; sino fundamentalmente porque 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 penal²⁸.

²⁷ Vid. 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». En el mismo sentido, PACKER (1968: 112). En la doctrina penal continental este es en suma el papel que se atribuye al principio de culpabilidad (*vid.* en la doctrina penal española, entre otros, CÓRDOBA, 1977: 59; CEREZO, 1997: 32; BUSTOS/HORMAZÁBAL, 1997: 154; HORMAZÁBAL, 1997: 57-58. En la doctrina alemana, por todos, ROXIN, AT, § 3/49).

²⁸ «Lo esencial de una afirmación de derecho (...) consiste en que un individuo tenga derecho a ser protegido contra la mayoría incluso al precio del interés general» (DWORKIN, 1995: 229) «Ningún sentido tendría jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de lado estos derechos toda vez que resulten inconvenientes. De modo que el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos, ni siquiera cuando el beneficio en cuestión sea un incremento del respeto por la ley». (DWORKIN, 1995: 288).

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 sólida la exención de pena en caso del miedo insuperable, ya que sus premisas parecen conducir a una concepción demasiado restrictiva de esta eximente (al no parecer factible la ineffectividad 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 *esta eximente no plantea una cuestión de maximización de la felicidad/utilidad colectiva, ni tampoco un problema de efectividad o ineffectividad de la pena como mecanismo de prevención general de los delitos, sino 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 el miedo insuperable es la cuestión que debe contestarse, aunque ello requiere abandonar el contexto utilitarista y situar tal fundamentación en otro marco teórico.

2.2. *Doctrina de justificación del merecimiento (retribucionista) o mixta*

Si una doctrina utilitarista no puede fundamentar sólidamente la exención de pena en el caso del 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. Creo que ello puede predicarse, tanto de una doctrina del merecimiento («just deserts», en terminología angloamericana) o retribucionista, como de una doctrina mixta de la justificación del castigo (en sus diversas versiones), pues ambas doctrinas de justificación, ya sea como una exigencia inherente a su concepción del castigo (doctrina del merecimiento —Kant—), o ya sea como un intento de solventar los problemas que una doctrina utilitarista presenta a la hora de justificar la distribución individual del castigo, afirman la necesaria atribución individual de responsabilidad como requisito *sine qua non* de la pena.

Las eximentes de pena, y entre ellas el miedo insuperable, plantean una cuestión que concierne a la distribución individual del castigo,

pues tratan en definitiva de precisar a quién puede o no castigarse penalmente (Hart, 1968: 17). Por tanto *lo que una fundamentación del 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, *ciementar la eximente sobre la base del principio de responsabilidad individual (culpabilidad)*, tal y como este principio ha sido configurado por estas doctrinas de justificación²⁹.

Como subraya la literatura angloamericana, este principio exige que la persona sólo sea castigada penalmente cuando haya tenido una *justa oportunidad de evitar la comisión del delito*³⁰.

La aclaración de esta referencia a una «justa oportunidad» de obrar conforme a derecho, es el gran reto que esta fundamentación del miedo insuperable plantea. La dificultad estriba aquí en que tal alusión a

²⁹ En este sentido, creo que nada hay en esta reconstrucción del miedo insuperable que pueda tildarse de defensa de la caduca teoría retribucionista de la pena, pues insisto: ahora sólo me interesa un aspecto de esa doctrina (la distribución individual del castigo; aspecto en el que, según creo, esta doctrina es superior al utilitarismo), por lo que sería posible mantener la fundamentación que a continuación se presentará desde una doctrina mixta de justificación del Derecho penal.

³⁰ Esta formulación del principio de culpabilidad proviene de HART (1968: 181), y es la que parece haberse impuesto en la doctrina angloamericana (*vid.*, por ejemplo, ASHWORTH, 1995: 243). No creo que a ella pueda reprochársele (como así se ha hecho con la alusión al «poder actuar de otro modo» como sustrato de este principio en la doctrina penal continental, *vid.* GIMBERNAT, 1971a: 142 y ss.; CUERDA RIEZU, 1984: 132 y ss., 250, not.11) que suponga asumir la existencia del libre albedrío en la conducta humana. A mi entender, al margen de que de tomarse esta crítica en sus términos literales, tampoco parecería, de hecho, viable una fundamentación utilitarista del derecho penal (que, en definitiva, se basa en la posibilidad de influir en el comportamiento de los ciudadanos, y por tanto, en la posibilidad que éstos tienen de elegir entre varias alternativas de acción; *vid.* sobre este punto CID, 1994: 146; BURKHARDT, 1983: 62-63; FLETCHER, 1989: 816 y BERNSMANN, 1989: 219; réplica en GIMBERNAT, en 1971b: 177, not.48), debe dejarse claro que la alusión a la «justa oportunidad de obrar conforme a ley» (así como el propio concepto de libertad), es una pura referencia normativa que tiene valor como barrera contra el poder estatal (*vid.* ROXIN, AT, § 19/35; HASSEMER, 1983: 106; NAUCKE, 1991: 240-241). De todas formas, creo que ésta es una formulación más adecuada de este principio que la frecuente alusión al «Anders-handeln-können» propio de la doctrina alemana (JESCHECK/WEIGEND, AT, § 37/I 2 b; § 39/III 2), pues con la alusión a la «justa oportunidad de ajustar el comportamiento conforme a los imperativos legales», queda más claro que lo que se discute no es si la persona tiene o no una oportunidad de cumplir la ley (esto es, si puede fácticamente comportarse de otra manera, lo cual, desde el momento en que aun controla sus facultades psíquicas y físicas, no parece discutible), sino más bien si tal oportunidad de hecho existente puede o no considerarse «justa». Con ello queda claro, pues, el contenido normativo inherente en el principio de responsabilidad, que los partidarios de la fórmula del «poder actuar de otro modo» también reconocen (*vid.* JESCHECK/WEIGEND, AT, § 39/III 2).

la «justa oportunidad» (así como su formulación homóloga en la doctrina penal continental: el «poder actuar de otro modo»), es susceptible de diversas interpretaciones. Pero si descartamos aquellas que se basan, de una u otra manera, en el impacto psíquico de la situación amenazante sobre la persona, y que por lo tanto acaban convirtiendo a la eximente en una causa de inimputabilidad³¹, sólo parece quedar la posibilidad de una referencia normativa: el miedo insuperable plantea 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 mal³².

En la doctrina penal, estas exigencias normativas se han solido resumir en los conceptos de razonabilidad o inexigibilidad, que expresan de esta manera el núcleo normativo de la exención de pena³³.

Sin embargo, como ya advirtiera Henkel (1954: 295-301), principios como la razonabilidad o inexigibilidad aportan tan sólo una aparente fundamentación de la exención de pena, pues sigue faltando la respuesta a la pregunta clave; esto es, por qué puede decirse que en el caso del miedo insuperable la actuación de la persona era razonable y por tanto no podía exigírsele otra conducta. De hecho, esta indetermina-

³¹ Tal y como unánimemente subraya la doctrina alemana en el caso del estado de necesidad exculpante (que, como máximo, sólo destaca este aspecto como co-fundamento de la exención de pena), y es también asumido de forma mayoritaria en nuestro país respecto al miedo insuperable (si mi entendimiento es acertado, sólo parecen discrepar CORDOBA, 1972, y QUINTERO, 1996: 437-439, quienes interpretan esta eximente como un trastorno mental transitorio). Sin embargo, esta es la concepción que mayoritariamente sostiene el Tribunal Supremo español respecto a la eximente de miedo insuperable (*vid.* con detalle, VARONA, 1996). La cuestión no es meramente que con ello esta eximente deviene superflua, por poder venir cubierto su ámbito de aplicación por la eximente de trastorno mental transitorio (art. 20.1 CP), sino que con ello se desconoce que ésta no es la razón de ser de la eximente de miedo insuperable.

³² *Vid.* por ejemplo DRESSLER (1989: 1366): «En su núcleo, la defensa de *duress* requiere que determinemos qué conducta podemos, en una sociedad de miembros de la raza humana, legítimamente esperar de nuestros compañeros humanos amenazados».

³³ 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 *duress* que la persona amenazada se encuentre en una situación en la que no pueda razonablemente esperarse de ella que no viole la ley. 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. En él se sitúa por parte de la doctrina penal española mayoritaria el fundamento del miedo insuperable (*vid.* por todos, CUERDA ARNAU, 1997: 77: «se entiende (...) la insuperabilidad en un sentido deóntico, por cuya virtud, insuperable es el miedo que no es exigible vencer»).

ción inherente del contenido del principio de inexigibilidad ha sido utilizada en la doctrina penal alemana para negar a la inexigibilidad la posibilidad de servir de fundamento de la exención de pena³⁴.

Pero, al margen de que la inexigibilidad, como todo principio jurídico, presente un cierto contenido material o valorativo³⁵, lo único que esta crítica a la fundamentación de una eximente en el principio de inexigibilidad puede subrayar, es que la tarea de la doctrina penal debiera consistir entonces en delimitar su contenido material, posibilitando con ello su más segura aplicación³⁶. ¿Qué es, pues, lo que se encuentra tras el reconocimiento del principio de razonabilidad (o de inexigibilidad) como fundamento del miedo insuperable?

La idea que parece hallarse tras la fundamentación de la eximente de miedo insuperable (así como de las análogas eximentes de coacción

³⁴ *Vid.*, entre otros, JESCHECK/WEIGEND (AT, § 43/III.1), LENCKNER (S/S, vor § 32/110). En nuestra doctrina, *vid.* SILVA (1998: 233).

³⁵ 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 (DWORKIN, 1995: 72 y ss.). Esto se pone claramente 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; ambos se limitan a aportar razones para una determinada argumentación, pudiendo ser vencidos o apartados por el peso de otros principios (*vid.* LENCKNER, 1985: 313). Lo que, por tanto, es preciso es «determinar los principios axiológicos de referencia» (SILVA, 1998: 233), que de alguna manera acoten más claramente la exención de pena.

³⁶ Cabe destacar que, en contra del principio de inexigibilidad como fundamento de una eximente situada en la culpabilidad, se ha argüido también que ello provoca un malentendido: «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, AT, §8/9; *vid.* ya BINDING, 1885: 765; y modernamente LENCKNER, S/S, vor §32/110; OTTO, 1978: 115; HRUSCHKA, 1983: 275. En la doctrina española, *vid.* MIR, DP, 24/5; LARRAURI, 1997: 93 y SILVA, 1998: 239). Si el problema es puramente «terminológico» quizás bastara con sustituir la alusión a la inexigibilidad por la razonabilidad de la conducta. Pero tras esta crítica se encuentra probablemente un rechazo más profundo de la alusión a la inexigibilidad como fundamento de una causa de inculpabilidad, pues ello coloca a la doctrina penal ante un aparente callejón sin salida: ¿cómo decir que el injusto marca el ámbito de acciones que se aceptan como norma de conducta y sin embargo —al relegar la inexigibilidad a la culpabilidad— aceptar que la norma de conducta exigida es la del héroe o santo? Creo, no obstante, que, por una parte, evitando la mención a la inexigibilidad no se esquiva este problema, y por otra parte, precisamente la alusión a la inexigibilidad sirve para poner de manifiesto un problema al que habría que dar respuesta: ¿por qué razón (si es que la hay) puede el ordenamiento penal exigir (al declararlo antijurídico) un comportamiento heroico?

—*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.

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 injerencias 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 (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 persona³⁷.

Sin embargo, esta es una afirmación todavía demasiado genérica para poder servir de punto de partida de la configuración concreta del miedo insuperable³⁸.

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 nivel de valoración (o enjuiciamiento de las acciones) presente 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.

La base del principio 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 señaló que

³⁷ Vid. un mayor desarrollo de esta idea en DWORKIN (1995: 52 y ss.). Desde esta perspectiva puede interpretarse la alusión al principio de dignidad humana (WITTIG, 1969: 548) o de Estado de Derecho (LÜCKE, 1975: 58) como ratio ultima del principio de inexigibilidad.

³⁸ En este sentido, ha afirmado SILVA (1998: 233) que «tratándose [sc. el parámetro de la inexigibilidad] de un evidente juicio valorativo, sería decisivo determinar los principios axiológicos de referencia, cosa que no se hace y que conduce a que no pocos autores afirmen que la doctrina de la inexigibilidad es “inexpresiva” (...). En su base, sólo quedaría un vago aire liberal...».

las causas de exculpación tienen su fundamento en un motivo *subjetivo* preponderante y aprobado (1913: 162, énfasis añadido) (...) Con ello quiere decirse que aquí no debe ser ya decisiva la medida con la que el Juez posteriormente y con tranquilidad mesura, qué interés prepondera objetivamente (...), sino aquella cuyo empleo puede equitativamente exigirse en el momento del hecho *desde el punto de vista del autor...* (1913: 175, énfasis añadido)³⁹.

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 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 enfrenta 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 inexigibilidad 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, el aspecto decisivo es que, *cuando un conflicto entre intereses 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. El principio 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 necesidad.

El miedo insuperable, como eximente fundada en el principio de inexigibilidad, permite entonces acoger (y con ello eximir de pena) determinados supuestos en los que tiene lugar una valoración parcial del conflicto por parte de la persona implicada. En este punto radica su singularidad y, con ello, su irremplazable papel como cláusula de cierre del sistema de causas de exención de la responsabilidad penal⁴⁰. El va-

³⁹ *Vid.* también GOLDSCHMIDT (1930: 440-441).

⁴⁰ Esta sería, a mi entender, la diferencia fundamental entre las eximentes de miedo insuperable (basada en un juicio de parcialidad) y estado de necesidad (basada en un juicio de imparcialidad), cuya consecuencia fundamental es la posibilidad de eximir de pena en algunos supuestos de causación de un mal mayor (aunque no desproporionalmente mayor). No puedo por ello, estar de acuerdo con SILVA (1998: 224) cuando considera que no puede hallarse ninguna razón que permita fundamentar la plena exención de responsabilidad en los casos en que una persona toma la decisión de lesionar un bien de mayor valor para salvaguardar uno de inferior valor (*vid.* sobre esta cuestión, detalladamente, VARONA, 2000: 351 y ss., especialmente pág. 358, nota 151).

lor de esta eximente 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.

Que el ordenamiento penal reconozca una eximente fundada en la preferencia subjetiva del autor por el interés en peligro puede resultar sorprendente. Pero creo que refleja unas pautas o valores ampliamente reconocidos en nuestra sociedad moderna, que tienen que ver con la adecuada separación entre persona y ciudadano; esto es, entre la situación de la persona como miembro de la comunidad (ciudadano) y por lo tanto sujeto a determinadas obligaciones, y su consideración como ser autónomo (persona) que promueve su propia felicidad e intereses. Esta separación 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).

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 derecho penal no puede tampoco ignorar que la institución de la familia tiene un innegable valor social (reconocido por el propio derecho penal: p.ej. art. 454 CP); y que 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.

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 se pretende justificar una conducta⁴¹. 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 de conducta e instituciones sociales plenamente arraigadas en la sociedad, pues con ello estaría negando su valor y autonomía como persona⁴². En definitiva, el principio de inexigibilidad implica el reconocimiento de la separación entre persona y ciudadano (o si se prefiere, individuo y estado)⁴³. Esta separación 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.

El conflicto perenne entre persona y ciudadano ha sido moderna-mente 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 es, por tanto, 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 impersonal⁴⁴, mien-

⁴¹ Un desarrollo de esta idea como base para explicar por qué el miedo insuperable es una causa de inculpabilidad y no de justificación puede verse en VARONA (2000: 118 y ss.).

⁴² Éste es, de hecho, 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, nota 4 *in fine*).

⁴³ *Vid.* FORNASARI (1990: 217-218 y 221). Ya antes puede leerse la misma idea en WITTIG (1969: 548) y en HENKEL (1954: 308).

⁴⁴ 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).

tras 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)⁴⁵.

Para ilustrar esta problemática se introdujo en el debate filosófico una nueva terminología, que diferencia entre «razones neutrales al agente» y «razones relativas al agente» (Nagel, 1996: 43-45). Esta diferencia, según creo, expresa una idea que puede servir para explicar la exención de pena en los supuestos que encuentran su *ratio* en el principio de inexigibilidad⁴⁶.

Desde este punto de vista, creo que el 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 (deontológica) para la acción no merecedora de reproche penal. Una razón que, aunque relativa al agente, debe ser también atendible por el ordenamiento⁴⁷.

⁴⁵ Vid. también NAGEL (1986: 185).

⁴⁶ Esta distinción entre *agent-relative reasons* (aquéllas que incluyen una referencia esencial a la persona que pretende hacerla valer) y *agent-neutral reasons* (aquéllas que no incluyen tal referencia particular: «...la idea fundamental que conduce al reconocimiento de las razones neutrales al agente es la consideración de que nadie es más importante que otro cualquiera», NAGEL, 1986: 171), ya fue elaborada por este autor anteriormente (*vid.* NAGEL, 1986: 152 y ss., 164 y ss.). Un excelente resumen del debate filosófico que rodea a esta nueva terminología puede verse en FARRELL (1997: 63-96).

⁴⁷ 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).

La acción declarada razonable (y por tanto inexigible el cumplimiento de la ley) queda exenta de pena en virtud del art. 20.6 CP, 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 validez de tales relaciones y condenar a alguien por acciones que revelan que valora su bienestar y el de su familia más que el de los extraños.

Esta es la reconstrucción de la eximente de *duress* 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 a una concepción utilitarista, que la limita a los casos en que 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. Ninguna de esas perspectivas puede 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 exige 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 a la de los demás, por lo menos, a 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 me-

por, 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 (...) derivan directamente de inclinaciones de este tipo (1995: 275)⁴⁸

En la doctrina alemana ha sido Neumann⁴⁹, según creo, quien más claramente ha expresado esta idea. Este autor subraya que, en el caso del estado de necesidad exculpante recogido en el § 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 (NK, §35/2) ... El ordenamiento jurídico, con la regulación del § 35, reconoce la existencia de especiales comportamientos de solidaridad en estrechas comunidades sociales (NK, §35/6-)⁵⁰

Y en nuestra doctrina penal, alguno de los intentos llevados a cabo para diferenciar entre las eximentes de miedo insuperable y estado de necesidad, parecen partir también, según creo, de este planteamiento⁵¹.

⁴⁸ En la doctrina angloamericana *vid.* también. KAHAN/NUSSBAUM (1996: 336). En la doctrina italiana puede apreciarse la misma idea en FORNASARI. Según este autor, 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» (1990: 220). Más adelante (1990: 228) pone como ejemplo de tales intereses aprobados «la fuerza del vínculo de solidaridad familiar».

⁴⁹ A quien debo agradecer que dirigiera por primera vez mi atención sobre esta reconstrucción de la eximente durante mi estancia en Frankfurt a. M. en el curso académico 1996-1997.

⁵⁰ *Vid.* ya NEUMANN (1988: 330) y (1992: 95). 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 fragilidades» (*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»; HIRSCH, LK, § 35/3 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 cómo somos.*

⁵¹ *Vid.* MIR (1983: 508: «...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

En resumen, la situación característica de la exención de pena fundada en el principio de inexigibilidad sería la siguiente: nos encontramos ante un conflicto que afecta a intereses particularmente cercanos al autor, por lo que éste lo resuelve de forma parcial, esto es, dando mayor valor a los bienes por los que se siente ligado. Tal resolución parcial es aceptada por el ordenamiento penal porque es el reflejo de unos valores (auto-interés, familia, amor, amistad) que un sistema liberal que reconozca la diferencia entre individuo y estado no puede desconocer: *la perspectiva parcial forma parte de lo que somos y de cómo somos.*

Ciertamente, el ordenamiento ha de acotar la perspectiva parcial en sus justos términos (*vid. infra* 3.1), pero una cosa es canalizar los intentos de la gente por promocionar su propio bienestar o el de aquéllos con quienes está íntimamente vinculado, y otra muy distinta eliminar cualquier tendencia en esta dirección⁵².

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») y BUSTOS/HORMAZÁBAL (1994: 519-520; quienes, sobre el requisito de ponderación de males antiguamente exigido en la eximente de miedo insuperable, escriben que «...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)».

⁵² Quizás a esta fundamentación del miedo insuperable se le reproche que apela «a una concepción anclada en la compasión ante el egoísmo o las emociones asténicas (de debilidad) del agente (cobardía, afecto familiar, etc.) que, en principio, no parece suficiente para una exención de pena» (SILVA, 1998: 247-248). Sobre ello quisiera decir dos cosas. Primero, las causas de exculpación, según creo, apelan efectivamente a un sentimiento de compasión, que sí puede considerarse en ocasiones suficiente para excluir la pena, *porque reconocemos y valoramos los motivos por los cuales la persona ha actuado*. En este sentido, como bien ha destacado FLETCHER (1978: 807 y ss.), la compasión, a diferencia de la piedad, tiene lugar entre iguales, y se expresa exculpando a aquellas personas inmersas en una situación desesperada. Segundo, coincido con SILVA cuando este autor considera que el fundamento de la exención de pena «debe desplazarse de la coacción psíquica a un juicio valorativo objetivo sobre los motivos en conflicto», esto es a un «juicio social [...que tenga...] fundamentalmente en cuenta el contenido de los motivos generados por los bienes en conflicto» (1998: 248 y 249, not. 83). Mi discrepancia (por las razones expresadas en *supra* 2.1.) radica en que no creo que esos motivos se hallen en la lógica consecuencialista de la utilidad social (lo cual conlleva, según SILVA, que no pueda eximirse de pena aquellos supuestos de causalización de un mal mayor; aunque, *vid. infra* not. 53), sino más bien, en las considera-

La base del principio de inexigibilidad y, por tanto, el fundamento de la exención de pena en el caso de la eximente de miedo insuperable es la *preferencia legítima por los propios intereses*. Legítima porque se corresponde con unos valores que, por ser inherentes a la autonomía de la persona, son dignos de protección⁵³.

El fundamento de la exención de pena no radica, pues, en que la persona se encuentre «fuera de sí» fruto del impacto psíquico producido por la situación amenazante, sino al contrario, en que con su actuación demuestra unas preferencias morales (razones) que estimamos no dignas de castigo. La razón relativa al agente es una razón (deontológica) que expresa una determinada valoración normativa⁵⁴.

3. El problema pendiente: los límites de la preferencia legítima por los propios intereses

El problema fundamental que debe afrontar la reconstrucción defendida del fundamento de la eximente de miedo insuperable es fácil de identificar: la preferencia legítima por los propios intereses no puede ser ilimitada. Si así fuera, el miedo insuperable ya no podría concebirse como un mecanismo que pretende regular la difícil tensión entre las exigencias colectivas y la promoción de los propios intereses, sino que sería simplemente una puerta abierta a la arbitrariedad y al nepotismo⁵⁵. De hecho, evitar este último extremo es el gran reto ante el que se en-

ciones deontológicas detalladas, que apoyan el reconocimiento de la razón relativa al agente como una razón para la acción suficiente *en ocasiones* (*vid. infra* 3.1) para eximir de pena.

⁵³ «...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). Debe reconocerse que también una doctrina utilitarista reconoce el valor que tiene para un individuo la perspectiva personal, esto es las particulares relaciones afectivas que las personas tienen frente a determinados bienes propios o de otros individuos (*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 sólidamente la exención de pena en los supuestos de miedo insuperable.

⁵⁴ 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».

⁵⁵ Sería a una tal reconstrucción del miedo insuperable a la única a la que, según creo, podría reprochársele un exceso de «individualismo» (*vid. SILVA*, 1998: 249,

frenta esta eximente, pues en ello se juega en realidad su credibilidad y aceptación.

Por tanto, señalar que el fundamento del miedo insuperable radica en la preferencia legítima por los propios intereses es sólo el primer paso, pues resta situar tal preferencia en sus justos términos. Con ello queda manifiesto que la preferencia por los propios intereses es legítima no sólo porque deriva de unos principios y valores ampliamente reconocidos en nuestras sociedades, sino también porque se sitúa en unos márgenes aceptables.

Ciertamente, exponer aquí detalladamente cuáles debieran ser esos límites excede con mucho el objeto de este trabajo. Por ello, aquí sólo quisiera presentar esquemáticamente cuáles son los requisitos que, a mi entender, deberían exigirse para eximir de pena por concurrir un miedo insuperable⁵⁶. Requisitos que, obviamente, derivan del fundamento defendido de la eximente⁵⁷.

nota 83). Pero al fundamento de la exención basado en la preferencia legítima por los propios intereses (esto es, aquel que tiene su base en la consideración de la persona, en primer lugar, como individuo que promueve *sus* intereses, antes que como ciudadano), no creo que pueda trasladársele tal crítica, pues debe quedar claro que tal preferencia sólo es legítima (esto es, aceptada) si se enmarca dentro de unos determinados límites. Límites que, en este sentido, suponen evidentemente un juicio social. De todas maneras, quisiera dejar claro que dicho juicio social (tal y como se desarrolla detenidamente en VARONA, 2000: 159 y ss.), no puede llevarse a cabo a través del parámetro del «hombre medio», según defiende la doctrina mayoritaria española. Pues este criterio, en primer lugar, se ha utilizado 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». Las exigencias normativas deberían por tanto defenderse por sus propios méritos. En segundo lugar, al criterio del hombre medio en la posición del autor 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 unánimemente 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.

⁵⁶ Una exposición detallada de tales requisitos y la problemática que plantean, desde la perspectiva de la doctrina alemana, angloamericana y española, puede verse en VARONA (2000, Capítulo III).

Los límites a la preferencia por los propios intereses pueden agruparse en dos grandes categorías, una relativa al mal amenazante, y otra referente a la acción defensiva llevada a cabo. Respecto a los requisitos concernientes al mal amenazante, creo que, primero, no es necesario que éste sea de producción inmediata 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 futuros duraderos. Segundo, el mal tampoco ha de ser real o de segura producción, sino que es suficiente con *que sea razonable la creencia de la persona en la seriedad y realidad del mal amenazante*. 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 misma⁵⁸. 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. Ello no impide la *necesaria presencia de una cierta proporcionalidad entre los bienes jurídicos en juego*⁵⁹. Sexto, *el sujeto pasivo*

⁵⁷ Debe partirse del hecho de que el legislador penal requiere para aplicar la eximente de miedo insuperable la presencia de un determinado estado emocional (el miedo). La fundamentación y reconstrucción normativa de la eximente conlleva que la exigencia referente al «miedo» deba interpretarse como la existencia de un cierto estado emocional caracterizado por el temor al advenimiento de un mal. Ello se va a presumir cuando la persona obre para evitar un mal que le amenaza (sobre la problemática que plantea la posible existencia de otros móviles que refuten tal presunción, *vid.* VARONA, 2000: 153-158). De esta manera, 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 a la persona no podía exigírsele otra conducta.

⁵⁸ En este punto discrepo de la doctrina mayoritaria (tanto alemana como española), pues, en mi opinión, el principio de inexigibilidad también impone límites a la persecución estatal de los delitos (tal y como demuestra, por ejemplo, el art. 454 CP), y por lo tanto no se puede descartar de entrada que quepa eximir de pena en supuestos en los que el mal que amenaza suponga la ejecución de una acción acorde a Derecho. De hecho, en la doctrina alemana la discusión sobre la posible aplicación del estado de necesidad exculpante en los supuestos de condena a un inocente pone de manifiesto este extremo (*vid.* a favor de la exención en estos casos, BERNSMANN, 1989: 127 y ss., 430 y ss; NEUMANN, NK, § 35/52; LENCKNER, S/S, § 35/26; KÜHL, AT, § 12/79).

⁵⁹ La exigencia de un catálogo cerrado de bienes jurídicos que deben estar en peligro para poder apreciar la eximente de miedo insuperable, sólo parece justificable a partir de consideraciones preventivo-generales (tal y como lo justificó, respecto del § 35 StGB, el propio legislador alemán, *vid.* ROXIN, AT, § 22/22). Pero situado el fundamento de la exención de pena en una doctrina deontológica de la justicia no puede ahora, por la puerta de atrás, darse entrada a tales consideraciones utilitaristas. Por

del mal amenazante debe ser alguien vinculado afectivamente con el autor, pues sólo así puede considerarse razonable la valoración parcial que implica la eximente.

Por lo que se refiere a las exigencias relativas a *la acción defensiva* llevada a cabo, primero, ésta *debe ser necesaria*, debido a la razonable imposibilidad de evitar el mal por otros medios distintos y exigibles. Segundo, no puede limitarse la eximente en función del bien jurídico lesionado (tal y como sostienen los tribunales ingleses y norteamericanos, que excluyen la defensa de *duress* en los casos de *murder*), lo cual no impide, nuevamente, que pueda exigirse cierta proporcionalidad entre los bienes jurídicos en juego. Y por último, no puede olvidarse que *existen determinadas personas que tienen la obligación de tolerar ciertos peligros*, y que por esta razón verán dificultada su alegación de la eximente⁶⁰.

4. Conclusiones

Según he defendido, la exención de pena en el caso del miedo insuperable no puede explicarse plenamente a partir de una doctrina de jus-

ello, desde una doctrina deontológica creo que lo máximo a lo que puede llegarse es a exigir una cierta proporcionalidad entre los bienes jurídicos en juego (proporcionalidad que quedaría delimitada por los principios de adecuación y recuperabilidad; *vid. VARONA*, 2000: 245 y ss.). Ello, junto con el requisito de la no existencia de otras medidas de actuación razonables aptas para evitar el peligro, impedirá en la mayoría de casos que amenazas a bienes no vitales del individuo puedan quedar exculpadas, pero no lo puede descartar de entrada.

⁶⁰ La doctrina alemana suele fundamentar la exclusión de la exención de pena en estos casos de especial obligación de tolerar el peligro apelando, de nuevo, a consideraciones preventivo generales (*vid.*, entre otros, ROXIN, AT, § 22/38, TIMPE, 1985: 35). Sin embargo, creo que es un principio de justicia tan básico como es el de la *responsabilidad por los propios actos* el que permite fundar deontológicamente tal exclusión (en este sentido, NEUMANN, NK, § 35/33, ESER/BURKHARDT, 1995: 378-379). El valor de este principio de justicia se completa en los supuestos de exculpación que, como el miedo insuperable, conllevan la solución no imparcial de un conflicto de bienes jurídicos, con la alusión al *compromiso de imparcialidad* que las tareas de protección de bienes de la colectividad comportan. Este compromiso implica 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. 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.

tificación utilitarista. Pues esta doctrina filosófica sólo puede fundamentar sólidamente la exención en los supuestos fáciles (salvación de un interés mayor, pero no relevantemente mayor), y no puede asegurar que, en el resto, consideraciones preventivo-generales conduzcan a la no aceptación de la eximente.

Por ello, la eximente de miedo insuperable debe encontrar su fundamento en una doctrina deontológica de justificación del castigo, que proclame como un principio inquebrantable la exigencia de responsabilidad individual para imponer una pena. Ello puede predicarse tanto de una doctrina de justificación retribucionista o mixta. Resta, sin embargo, identificar el principio normativo que fundamenta la exención de pena de acuerdo con estas teorías. A mi entender este principio se encuentra en la idea de inexigibilidad (de la actuación conforme a la ley). Para evitar el frecuente reproche (aunque en parte inevitable) de indeterminación que padece este principio, debe especificarse el núcleo normativo que se alberga tras esta referencia. A mi entender, este núcleo normativo reside en la idea de la preferencia legítima por los propios intereses. Esta es, según creo, la auténtica singularidad del principio de inexigibilidad.

Tras las eximentes que encuentran su fundamento en la idea de inexigibilidad late, por tanto, el reconocimiento de la existencia en nuestras sociedades liberales modernas de un doble nivel de valoración de los conflictos de intereses: aquél que emerge desde una *perspectiva imparcial* (aquella que sería natural sostener si estuviéramos mirando *desde fuera* una situación en la que no estuviéramos personalmente implicados, Nagel, 1996: 20), y aquél que representa la *perspectiva parcial* (que «pertenece a nuestro punto de vista individual: nosotros, por así decirlo, vemos las cosas *desde aquí*», Nagel, 1996). Un enjuiciamiento puramente imparcial olvidaría que las personas no son meramente súbditos cuya vida pueda regularse con independencia de su realidad como individuos que persiguen unos fines propios.

Por ello, un ordenamiento penal respetuoso con la diferencia entre Estado e Individuo 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. Para cobijar parte de estos casos (aquellos que suponen una preferencia legítima por los propios intereses y no meramente una preferencia ilimitada y arbitraria por tales intereses) es precisamente para lo que debe reconocerse la exención de pena en los supuestos de miedo insuperable.

Esta eximente es, por todo ello, necesaria. Pues las razones para eximir de pena que contiene no se encuentran recogidas en ninguna otra eximente. Mientras los tribunales sigan desconociendo este carácter autónomo del miedo insuperable, ciertos casos recibirán una pena injustificada, o deberá ello remediarse, tal y como puede apreciarse en algunas sentencias que deniegan la aplicación de la eximente de miedo, mediante el inseguro recurso de la petición de un indulto. Pero la absolución en los supuestos de miedo insuperable no es una cuestión de piedad o benevolencia, sino de justicia.

Referencias bibliográficas

- ASHWORTH, Andrew (1995): *Principles of Criminal Law* (2.^a ed.). Oxford: Clarendon Press.
- BACIGALUPO, Enrique (1985): *Principios de Derecho Penal Español. II: El hecho punible*. Madrid: Akal.
- (1996): «Teoría de la infracción penal», en T. Vives Antón / J. L. Manzanares Samaniego (editores), *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, págs. 123-144.
- (1997): *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4.^a ed. Madrid: Akal.
- 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.
- 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).
- BERNSMANN, Klaus (1989): «*Entschuldigung*» durch Notstand. *Studien zu § 35 StGB*. Carl Heymanns Verlag KG.
- 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.
- 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 RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán (1994): *Manual de Derecho Penal*, 4.^a edición, Barcelona: PPU.
- (1997): *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen I. Madrid: Trotta.
- CÁRDENAS, Francisco de (1848): «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.
- CEREZO MIR, José (1997): *Derecho Penal. Parte General* (lecciones 26-40), Madrid: UNED.
- CID MOLINÉ, José (1994): *¿Pena justa o pena útil? (El debate contemporáneo en la doctrina penal española)*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- CID MOLINÉ, 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, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S. (1999): *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- CÓRDOBA RODA, Juan (1977): *Culpabilidad y pena*, Barcelona: Bosch.
- CÓRDOBA RODA, Juan / RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1972): *Comentarios al Código Penal*, Tomo I y Tomo II. Barcelona: Ariel.
- CUERDA ARNAU, María Luisa (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.
- DANCY, Jonathan (1993): *Moral Reasons*, Oxford: Blackwell Publishers.
- DENNIS, Ian H. (1980): «Duress, Murder and Criminal Responsibility»; *The Law Quarterly Review* (L.Q.R.), vol. 96, págs. 208-238.
- 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.
- (1999): *Understanding Criminal Law*, 2.^a ed., Matthew Bender, New York – San Francisco.
- DWORKIN, Ronald (1995): *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel.

- ESER, Albin, BURKHARDT, Björn (1995): *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias.*, Madrid: Colex.
- FARRELL, Martín Diego (1997): *Utilitarismo, liberalismo y democracia*, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, n.º 50, México: Distribuciones Fontamara.
- LA FAVE, Wayne R., SCOTT Jr., Austin W. (1986): *Criminal Law*. West Publishing, Co. St. Paul, Minn.
- FERRER SAMA, Antonio (1946): *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, 1.ª ed., Murcia: Sucesores de Nogues.
- 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.
- (1989): «Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht.», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), vol. 101, págs. 803-818).
- FORNASARI, Gabriele (1990): *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova: Cedam.
- GETTAS, Jorge (1990): «Comentario al art. 8.10 CP», en J. López Barja de Quiroga / L. Rodríguez Ramos (coords.), *Código Penal Comentado*, Madrid: Akal.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1971a): «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Madrid: Tecnos (1990), págs. 140-161.
- (1971b): «El sistema del derecho penal en la actualidad», en *Estudios de derecho penal*, 3.ª ed., Madrid: Tecnos (1990), págs. 162-181.
- 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).
- 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.
- HENKEL, Heinrich (1954): «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en *Festschrift für Edmund Mezger*, págs. 249-309.
- HIRSCH, Joachim (1985): «Comentario al § 35 StGB», en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10 Auflage, Zweiter Band (§ 32 bis 60), Berlin: Walter de Gruyter.
- HOBBS, 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.
- HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán (1997): «El nuevo Código Penal y el principio de culpabilidad», en *Jueces para la Democracia*, n.º 29, págs. 54-59.
- HRUSCHKA, Joachim (1983): *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeiner Teil*, Berlin: Walter de Gruyter.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5.º Auflage. Berlin: Dunckler and Humblot.
- KAHAN, Dan M. / NUSSBAUM, Martha (1996): «Two conceptions of emotion in criminal law», en *Columbia Law Review*, vol. 96, págs. 269-374.
- KENNY, Anthony (1982): «Duress *per minas* as a defence to crime: II», en *Law and Philosophy*, 1, págs. 197-205.
- KÜHL, Kristian (1994): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. München: Franz Vahlen.
- LARRAURI PIJOAN, Elena (1997): «Causas de justificación: criterios de identificación», en Winfried Hassemer y Elena Larrauri, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal.*, Madrid: Tecnos.
- LAW COMMISSION (1993): *Criminal Law. Legislating the Criminal Code. Offences against the persons and general principles* (Law Com. N.º 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 Verlagsbuchhandlung.
- VON LISZT, Franz / SCHMIDT, Eberhard (1927): *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25 Auf. Berlin: Walter de Gruyter.
- LÜCKE, Jörg (1975): «Der allgemeine Schulausschliessungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem», en *Juristische Rundschau* (JR), págs. 55-58.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (1978): *Aspectos esenciales de la legítima defensa.*, Barcelona: Bosch.
- (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.
- 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.
- MERKEL, Reinhardt (2000): «La filosofía, ¿convidado de piedra en el debate del derecho penal?», en *La insostenible situación del Derecho Penal*, págs. 181-212, Comares, Granada.
- MEIßNER, Andreas (1990): *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand* (§ 34 StGB).
- MIR PUIG, Santiago (1983): «Problemas de estado de necesidad en el art. 8. 7. CP», en *Estudios Jurídicos en honor del profesor Pérez-Vitoria*, págs. 501-520.
- (1998): *Derecho Penal. Parte General.* 5.^a Edición. Barcelona: PPU.
- MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES (1985). *Part I. General Provisions. Section.2.09. (Duress).* Philadelphia. The American Law Institute.
- 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. Aufl., Alfred Metzner Verlag.
- NEUMANN, Ulfrid (1988): «Der strafrechtliche Nötigungsnotstand –Rechtfertigungs– oder Entschuldigungsgrund?», en *Juristische Arbeitsblätter* (JA), Heft 6, págs. 329-335.
- (1992): Rezension zu Andreas Meißner «Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), págs. 93-95.
- (1997): «§ 34 y 35 StGB», en *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 1. Allgemeiner Teil. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft
- NINO, Carlos Santiago (1980): *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea.
- NORRIE, Allan W. (1991): *Law, Ideology and Punishment. Retrieval and Critique of de Liberal Idea of Criminal Justice*. Dordrecht-Boston-London: Kluwer Academic Publishers.
- OTTO, Harro (1978): *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 3.º Aufl., Marburg: N.G. Elwert Verlag.
- PACKER, Herbert L. (1968): *The limits of the criminal sanction*. Stanford University Press. Stanford, California.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1996): *Derecho Penal. Parte General.*, con la colaboración de Fermín Morales Prats y J. Miguel Prats Canut, 3.ª ed., Barcelona: Cedecs.
- 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 Strafrechtswissenschaft* (ZStW), vol. 106, págs. 93-139.
- ROXIN, Claus (1994): *Strafrecht. Allgemeiner Teil.*, Band I, 2. Auflage, München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- 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).

- 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, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Madrid: Tecnos, págs. 147-178.
- SIDGWICK, Henry (1907): *The Methods of Ethics*, 7.^a ed., University of Chicago Press.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1996): «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo», en *Actualidad Penal*, págs. 247-258.
- (1998): «Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia», en J. M. Silva Sánchez, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- SMART, J. J. C. (1981): «Bosquejo de un sistema de ética utilitarista», en Smart / Williams, *Utilitarismo: Pro y Contra*, Madrid: Tecnos.
- STRATENWERTH, Günter (1977): *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad.*, traducción de Enrique Bacigalupo, Madrid, 1980.
- 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.
- VARONA GÓMEZ, Daniel (1996): «El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento», en *Actualidad Penal*, 1996, págs. 743-763.
- (2000): *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, Comares.
- WELZEL, Hans (1965): *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung* (9.^a Auf.), Berlin: Walter de Gruyter.
- WERTHEIMER, Alan (1987): *Coercion*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey.
- WILLIAMS, Glanville (1961): *Criminal Law, The General Part* (second edition). London: Stevens and Sons Limited.
- WITIG, Peter (1969): «Der übergesetzliche Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht», en *Juristische Zeitung* (JZ), págs. 546-548.