

**EL MIEDO INSUPERABLE Y LA “ÉTICA DEL
HORMIGUERO”:
REFLEXIONES SOBRE EL PAPEL DE LAS EXIMENTES
FUNDADAS EN LA INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA*.**

*Daniel Varona Gómez***

Sumario: 1. Introducción. 2. El fundamento de la eximente de miedo insuperable 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 (in)efectividad de la pena. 2.2. Doctrina de justificación del merecimiento (retribucionista) o mixta. 3. ¿Justificación o exculpación de la conducta? 4. Dos problemas pendientes: miedo insuperable vs. estado de necesidad y los límites de la preferencia legítima por los propios intereses. 5. Conclusiones.

1. Introducción

Es propio de nuestra cultura jurídica subrayar como uno de sus pilares o principios básicos que los ciudadanos no pueden tomarse la justicia por sus propias manos. De hecho, es común afirmar que la propia organización de la justicia penal (con sus leyes y las instituciones encargadas de su funcionamiento), implica privar a los ciudadanos de la capacidad de resolver los conflictos más allá del camino marcado por la propia ley¹.

Sin embargo, lo cierto es que en el propio Derecho Penal existen ciertos preceptos que reconocen (y en algún caso incluso aplauden e incentivan) la defensa de los bienes jurídicos por parte de los propios ciudadanos al margen de las instituciones encargadas de ello. Se trata de eximentes que permiten a los ciudadanos resolver situaciones de conflicto entre bienes lesionando uno de ellos para salvar otro. En definitiva: estamos ante facultades de auto-protección de los bienes jurídicos reconocidas por el propio ordenamiento penal.

La menos controvertida de estas facultades de auto-protección otorgadas al ciudadano es la legítima defensa, ya que, como unánimemente se destaca, en este caso de conflicto de intereses (entre el interés del agresor y el de la víctima), en realidad ambos contendientes no están en la misma posición frente al Derecho.

* 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*, Granada: Comares, 2000. Cabe aclarar que el presente artículo se redactó pensando en el contexto anglosajón y, por ello, las citas de autores anglosajones se conservan en el idioma original.

** Catedrática de la Universitat de Girona. Barcelona. España.

¹ Normalmente ello se suele justificar apelando a la idea de que de esa manera se “minimiza” la violencia, ya que la reacción espontánea ciudadana ante los delitos sería brutal, desproporcionada y carente de las mínimas garantías procesales para los presuntos delincuentes.

Uno de ellos (la víctima de la agresión) se encuentra, por así decirlo, en “mejor” posición, ya que no sólo está defendiendo sus bienes jurídicos de un peligro sino también el interés estatal en la prevención del delito².

Por su parte, la más controvertida de las facultades de auto-protección es aquélla en la que las dos partes del conflicto se encuentran en la misma posición frente al Derecho. Dependiendo del ordenamiento penal las eximentes de este tipo reciben denominaciones diferentes, aunque las figuras básicas son las de *estado de necesidad* y *miedo insuperable* (coacción, *Dures*). Lo fundamental, insisto, es que, sea cual sea su denominación exacta, estamos ante facultades de auto-protección que conllevan la lesión de bienes jurídicos protegidos por el Derecho en un caso en el que las personas implicadas son merecedoras de idéntica protección por parte del derecho, ya que ninguna de ellas (como en el típico ejemplo de los dos naufragos que nadan en pos de la tabla salvadora) tiene responsabilidad alguna en la creación del peligro, y por ello no han de tolerar la pérdida de sus bienes jurídicos. Se trata así de supuestos en los que se produce una “traslación” de un peligro de una esfera carente de responsabilidad alguna por dicho peligro a otra que tiene el mismo *status* jurídico. De ahí la tradicional dificultad que, desde siempre, ha existido para reconocer este tipo de eximentes en el Derecho Penal, pues en cierta forma se trata de no aceptar el “propio destino”, para transferirlo a un tercero.

La cosa se complica aún más porque en el seno de las facultades de auto-protección que implican a ciudadanos que están en la misma posición frente al derecho, el conflicto entre intereses admite diversos “saldos” o resultados en atención a la entidad de los bienes en conflicto (salvación de un interés mayor/igual/menor). Ello plantea la cuestión de si la fundamentación de la defensa en todos los supuestos puede o no ser la misma.

Finalmente la dificultad aumenta en el caso de aquellos ordenamientos jurídicos que, como el español o el anglo-americano, tienen hasta dos eximentes diferentes para tratar la problemática que plantean este tipo de facultades de auto-protección. Ello es así porque a la dificultad inherente a su fundamentación se añade la delicada cuestión relativa a su diferenciación.

En este artículo lo que pretendo es lo siguiente: presentar una fundamentación de las facultades de auto-protección más problemáticas (aquéllas en las que los ciudadanos están en la misma posición frente al derecho), y en concreto, de los casos más polémicos (aquéllos en los que puede considerarse que el “saldo” de la acción no es “positivo” o indiferente, esto es, cuando se ocasiona un mal mayor que el que se evita con la acción). Como veremos, precisamente

² Desde una perspectiva exclusivamente deontológica se diría que está “en mejor posición” porque el agresor, al iniciar la acción, es el único responsable del peligro que se cierne sobre sus bienes jurídicos, y por ello ha de aceptar la reacción, incluso desproporcionada (aunque no excesivamente), de la víctima de su agresión (vid. en la doctrina penal española una reconstrucción de la legítima defensa de este tipo en BALDÓ, 1994:70 y ss).

para cobijar estos casos es para lo que creo que debe reservarse la eximente de miedo insuperable. Adicionalmente, según veremos, esa fundamentación nos ayudará a comprender por qué en dichos supuestos estamos ante una causa de inculpabilidad y no ante una causa de justificación del comportamiento. Por último, en el artículo también se presentará una breve discusión de la diferencia entre las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable, y de los propios límites del miedo insuperable.

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 continental ha situado normalmente la respuesta a esta cuestión en el ámbito de lo que se conoce con el nombre de su naturaleza jurídica (causa de justificación *vs.* causa de exculpación). De esta manera, la discusión sobre la naturaleza jurídica de una eximente ha desplazado y encubierto normalmente la cuestión previa acerca de su fundamento³. 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 jurídica⁴.

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 continental se olvide aparentemente de estas teorías cuando se traspasa el umbral de la justificación del castigo⁵.

³ 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...".

⁴ Sin duda, esta "convicción personal" no es sino un reflejo de mi interés por la doctrina penal anglo-americana, donde se discute abiertamente el fundamento de las defensas a partir de consideraciones morales, filosóficas y políticas.

⁵ 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. LUZON, 1978:62-63; BALDO, 1994:93 y ss., 162 y ss.;

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 primer lugar, la derivada del principio utilitarista del “*lesser evil*”; y en segundo lugar, la resultante del principio de (in)efectividad de la pena.

2.1.1. La fundamentación según el principio del “*lesser evil*” (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 “*lesser evil*”. Según este principio, en toda situación de conflicto entre bienes jurídicos en la que uno de ellos haya necesariamente de perecer, debe darse primacía y con ello justificarse aquella acción que suponga la causación de un mal menor y la consiguiente salvaguarda del bien de mayor valor; pues en estos casos, la acción llevada a cabo produce mayor felicidad (tiene consecuencias sociales más beneficiosas) que infelicidad⁶.

Sin embargo, esta posible fundamentación utilitarista de la eximente de miedo insuperable, al margen de enfrentarse con el delicado problema de determinar qué debe formar parte exactamente del cálculo de utilidad⁷, presenta un

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 MEIßNER, 1990 y RENZIKOWSKY, 1994a, vid. también R. MERKEL, 2000). De todas formas, donde más claramente se observa la vinculación entre el fundamento 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; DRESSLER, 1999:276 y ss.).

⁶ 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 “*groundless*”, como por ejemplo “*Where the mischief was outweighed*”, esto es, cuando aunque se hubiera producido un daño con el acto, éste fuese al mismo tiempo “*necessary to the production of a benefit which was of greater value than the mischief*”. Vid una fundamentación utilitarista de la eximente análoga a nuestro miedo insuperable (la defensa de *duress*) en la doctrina angloamericana, en LA FAVE/SCOTT (1986:433: “*The rationale of the defense of duress is that, for reasons of social policy, it is better that the defendant, faced with a choice of evils, choose to do the lesser evil (violate the criminal law) in order to avoid the greater evil threatened by the other person*”); 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* not. 11).

⁷ 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

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 de la eximente española de miedo insuperable⁸.

En suma, la fundamentación utilitarista ligada al principio del “*lesser evil*” 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 amenaza⁹, con lo que, en el mejor 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 “*lesser evil*”¹⁰, y según veremos, creo que sí existe esa otra razón.

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. Otro problema delicado para esta fundamentación de la eximente es si estamos ante una ponderación exclusivamente de “bienes jurídicos” o de forma más amplia de “intereses o males”, ya que si afirmamos lo segundo ya no está siquiera claro lo que estamos comparando.

⁸ 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.

⁹ Cabe aclarar que una fundamentación utilitarista de la eximente que tome como base la comparación de los males en juego, puede llegar quizá a la justificación de la causación de un mal de igual gravedad que el evitado (en este sentido vid. LARRAURI, 1997:89, según la cual, para una teoría utilitarista “un comportamiento que cause tanta felicidad como infelicidad puede ser un comportamiento permitido, desde el momento en que no puede establecerse un curso de acción preferente sobre la base del cálculo de utilidad”), pero en todo caso sería incapaz de abordar la causación de un mal mayor (vid también DRESSLER, 1984:82, 88 y SILVA, 1998:251).

¹⁰ 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 por qué 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.

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 males¹¹.

2.1.2. La fundamentación a partir del principio de (in)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*)¹²; ya que en este caso la pena significaría la causación *inútil* de un daño. Según este principio, pues, no podrán castigarse aquellos comportamientos inevitables, por ser imprevisibles o haber sido realizados por personas no motivables, esto es, que no estén en condiciones de comprender y comportarse de acuerdo con las normas penales (CID/MORESO, 1991:161).

Respecto a la eximente de miedo insuperable, la 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 acción¹³.

Sin embargo, la fundamentación utilitarista de la eximente 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

¹¹ “*Duress is simple not a defense that can be captured by welfarist thinking*” (FINKELSTEIN, 1995:265).

¹² El segundo caso en el cual BENTHAM reconoce que la pena no debería imponerse es aquél en el que ésta sea “*inefficacious, where it cannot act so as to prevent the mischief*” (1789:159).

¹³ 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: “*If a man by the terrour of present death, be compelled to doe a fact against the Law, he is totally Excused; because no Law can oblige a man to abandon his own preservation. And supposing such a Law were obligatory: yet a man would reason thus, if I doe it not, I die presently: if I doe it, I die afterwards; therefore by doing it, there is time of life gained; Nature therefore compells him to the fact.*” (1651:242). En la doctrina penal española antigua tenemos un ejemplo de una fundamentación de este tipo del miedo insuperable en CARDENAS (1848:317-318: “¿Qué aprendería la sociedad con ver en el suplicio al naufrago desgraciado que para salvar su vida mató a su compañero de infortunio? ¿Qué pena bastaría para obligarle a dejarse morir de hambre si otra vez volviera a 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).

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 otra¹⁴.

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 pena¹⁵.

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” (“*reasonable man*”): 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 “*reasonable man*”¹⁶.

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 insuperable no es, de hecho, inmotivable, y que por lo tanto la amenaza de la pena puede desplegar un efecto sobre su conducta, renunciar a la pena sobre bases utilitaristas requiere que se demuestre que tal renuncia provocará mayor utilidad para la colectividad.

¹⁴ Señalan críticamente esta limitación del argumento utilitarista a casos extremos DRESSLER (1989:1371) y FINKELSTEIN (1995:263). En la doctrina española, LUZON (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).

¹⁵ Como señala KENNY (1982:204-205) un utilitarista podría argumentar que “...if we were to consider nothing but deterrence alone, the conclusion to be drawn would surely be that crimes committed under duress should be more severely punished than normal crimes, since a more severe threat of punishment will be necessary to counterbalance the threats constituting the duress (...) it is a very great misfortune to be placed in a situation where one must kill and suffer the consequences, or be killed oneself: any man must pray never to be thus placed between the devil and the deep blue sea. But if the law takes away the deep blue sea, a man will go wherever the devil drives” (de hecho, él mismo considera que por ello *duress* y *necessity* no deberían ser, no ya eximente, sino siquiera causas de atenuación de la pena). Vid. también, HALL (1947:419); KAHAN/NUSSBAUM (1996:334, not.295). 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) y FINKELSTEIN (1995:263).

¹⁶ Vid. DENNIS (1980:234): “The deterrent argument is clear. If we assume that the accused acted as a reasonable man in not resisting the threat, and that both he and the reasonable man would act in the same way again whatever the attitude of the law, then the imposition of punishment cannot act as either an individual or a general deterrent”.

El segundo problema con el que debe enfrentarse la fundamentación utilitarista de la eximente de miedo insuperable consiste en que, aunque se parta efectivamente de una presunción de inmotivabilidad, una doctrina utilitarista no parece poder asegurar que inmotivabilidad sea siempre sinónimo de ineffectividad de la pena.

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 “*is in fact a spectacular non sequitur*” (*idem*:19). 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, 1968:19)¹⁷. 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 (se arguye) a un rigor penal exacerbado, que derrumbaría las garantías que este principio ha levantado en favor de la libertad del ciudadano¹⁸.

La réplica utilitarista ha encontrado en España un claro exponente en el influyente artículo de GIMBERNAT *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?* (1971). En este artículo GIMBERNAT pretende dejar bien claro que, en relación

¹⁷ Esta 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 CORDOBA (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 (HART, 1968:19-20. En la doctrina alemana, vid. SCHÜNEMANN, 1991:164-165).

¹⁸ En este sentido, en la doctrina española ya se refirió tempranamente a los peligros de la configuración de la categoría de la culpabilidad a partir de las exigencias de la prevención general, CORDOBA (1977:44 y ss.). Igualmente, la viva polémica habida en Alemania sobre el contenido de la culpabilidad parece haber encontrado un punto de acuerdo en la consideración de que las necesidades preventivo-generales deben encontrar un límite en la culpabilidad del individuo, que se convierte de esta manera en un freno irrenunciable a la funcionalización del Derecho Penal (vid. ROXIN, AT; § 3/46-52 o SCHÜNEMANN, 1991:162 y ss.)

con las sanciones penales, *el cálculo de utilidad no sólo toma en consideración la función preventiva de la pena*, sino también, entre otros factores, el coste de las sanciones para las personas castigadas y *la inseguridad* que genera en los individuos la posibilidad de ser arbitraria o imprevisiblemente sometidos al castigo penal, tal y como sucedería en los supuestos en que la pena sea inefectiva por estar la persona en una situación de inmotivabilidad (GIMBERNAT, 1971a; CID, 1994:281¹⁹).

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 propio de las situaciones de miedo insuperable, 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 culpabilidad²⁰.

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, de los casos de 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*²¹.

¹⁹ 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.”

²⁰ Vid. ya BENTHAM (1789:182-183) y modernamente BRANDT (1992:226-227).

²¹ Esta 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 (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.”

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 Penal²². 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* 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*²³.

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 exención 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 efectivo y útil su no reconocimiento, debido al decisivo peso que esta doctrina atribuye a las necesidades de prevención general.

²² Subraya este punto HART (1968:20-21), que destaca como, de hecho, en el ordenamiento penal inglés existen ciertos delitos de “*strict liability*”, justificados en virtud de determinadas necesidades preventivo-generales. Vid. también SCHÜNEMANN (1991:164-165).

²³ En España 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 Tribunal Supremo español de 9-3-1990, RAJ 2435).

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*²⁴, 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 penal²⁵.

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 *lesser evil*), no está en condiciones de fundamentar de una forma sólida la exención de pena en el 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 *la eximente de miedo insuperable 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 la eximente de miedo insuperable es la cuestión que debe contestarse, aunque ello requiere abandonar el contexto utilitarista y situar tal fundamentación en otro marco teórico.

²⁴ Vid. HART (1968:49): “...excusing conditions are accepted as something that may conflict with the social utility of the law’s threats (...) Recognition of excusing conditions is therefore seen as a matter of protection of the individual against the claims of society for the highest measure of protection from crime that can be obtained from a system of threats (...) the system in which excusing conditions are recognized protects the individual better against the claims of society than one in which no recognition is accorded to these factors”. En el mismo sentido, PACKER (1968:112). En la doctrina penal continental éste es en suma el papel que se atribuye al principio de culpabilidad (vid. en la doctrina penal española, entre otros, CORDOBA, 1977:59; CEREZO, 1997:32; BUSTOS/HORMAZABAL, 1997:154. En la doctrina alemana, por todos, ROXIN, AT, §3/49).

²⁵ “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).

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 de la eximente de miedo insuperable porque ésta plantea, en últimas, una cuestión de justicia ligada a la responsabilidad individual del ciudadano, la fundamentación de esta eximente debe situarse en una doctrina de justificación del Derecho Penal que proclame como un principio inquebrantable, y no sujeto así al juego del cálculo de utilidades o necesidades sociales, la exigencia de responsabilidad individual. 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 de la eximente de miedo insuperable basada en una doctrina de justificación retribucionista o mixta supone es*, por un lado, imposibilitar la alusión a los costes o beneficios sociales como base de su reconocimiento, y por otro lado, *cimentar la eximente sobre la base del principio de responsabilidad individual (culpabilidad)*, tal y como este principio ha sido configurado por estas doctrinas de justificación.

Como subraya la literatura angloamericana, este principio exige que la persona sólo sea castigada penalmente cuando haya tenido una “*fair opportunity or chance to adjust his behaviour to the law*”²⁶.

²⁶ Esta formulación del principio de culpabilidad proviene de HART (1968:181), y es la que parece haberse impuesto en la doctrina angloamericana (vid. la discusión moderna en ASHWORTH, 2006:246 y ss.). 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 “*fair opportunity or chance to adjust his behaviour to the law*” (así como el propio concepto de libertad), es una pura referencia normativa que tiene valor como

La aclaración de esta referencia a una “*fair opportunity*” de comportarse de forma acorde a Derecho, es el gran reto que esta fundamentación del miedo insuperable plantea. La dificultad estriba aquí en que tal alusión a la “*fair opportunity*” (así como su formulación homóloga en la doctrina penal continental: el “poder actuar de otro modo”), es susceptible de diversas interpretaciones. Pero si descartamos aquéllas 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 inimputabilidad²⁷, 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 por la amenaza de un mal²⁸.

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 pena²⁹.

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 “*fair opportunity or chance to adjust his behaviour to the law*”, 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 aún controla sus facultades psíquicas y físicas, no parece discutible), sino más bien si tal oportunidad de hecho existente puede o no considerarse “*fair*”. 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).

²⁷ 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. Sin embargo, ésta 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.

²⁸ Vid. por ejemplo DRESSLER (1989:1366); “*At its core, the defense of duress requires us to determine what conduct we, a society of individual members of the human race, may legitimately expect of our fellow threatened humans*”.

²⁹ 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”).

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 indeterminación 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 pena³⁰.

Pero, al margen de que la inexigibilidad, como todo principio jurídico, presenta un cierto contenido material o valorativo, 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 aplicación. ¿Qué es, pues, lo que se encuentra tras el reconocimiento del principio de razonabilidad (o de inexigibilidad) como fundamento de la eximente de miedo insuperable?

Miedo insuperable o la “ética del hormiguero”.

La idea que parece hallarse tras la fundamentación de la eximente de miedo insuperable, 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 persona³¹.

Sin embargo, ésta es una afirmación todavía demasiado genérica para poder servir de punto de partida de la configuración concreta de la eximente de miedo insuperable³².

³⁰ Vid., entre otros, JESCHECK/WEIGEND (AT, § 43/III.1), LENCKNER (S/S, vor § 32/110). En la doctrina española, vid. SILVA (1998:233).

³¹ 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* última del principio de inexigibilidad.

³² 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

Lo que a mi entender constituye la gran singularidad de la eximente de 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 o razonabilidad 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 de inexigibilidad ya fue subrayada por sus fundadores. Así, GOLDSCHMIDT señaló que:

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)³³.

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

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...". La misma indeterminación puede predicarse, según creo, de aquellas fundamentaciones de *duress* que aluden a algo tan vago como la "*humanas fragilitas*" (algo que, por otra parte, como bien dicen WESTEN/MANGIAFICO, 2004:906 y ss. es contradictorio con el parámetro de la "*reasonable firmness*" que se exige para aplicar la *defense*).

³³ Vid. también GOLDSCHMIDT (1930:440-441). Modernamente, ha subrayado de forma muy clara esta fundamentación del principio de inexigibilidad, en la doctrina alemana, FRISTER (1993:147 y ss.). En la doctrina italiana puede apreciarse la misma idea en FORNASARI. (1990:220 y ss.). En la doctrina española comparte este entendimiento de la inexigibilidad MELENDO (2002:489 y ss.; 609 y ss.).

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 penal³⁴. El valor 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:

³⁴ Ésta sería, a mi entender, tal y como veremos, 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, not. 151).

...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; 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.

Ciertamente, 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, según veremos, si se pretende justificar una conducta³⁵. 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 persona³⁶. Estaría imponiendo, en suma, lo que podríamos denominar una “ética del hormiguero”, en la que al individuo, en todo caso, se le exigiría sacrificarse en aras del bien común, negándole toda individualidad (vid *infra* not. 42).

³⁵ Vid. *infra* 3 (y con más detalle en VARONA, 2000:118 y ss.).

³⁶ 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, not.4 *in fine*).

En definitiva, el principio de inexigibilidad implica el reconocimiento de la separación entre persona y ciudadano (o si se prefiere, individuo y Estado)³⁷. 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.

Este entendimiento de la eximente de miedo insuperable no supone sino incorporar al Derecho Penal algunas ideas desarrolladas recientemente por la filosofía política. Y es que el conflicto perenne entre persona y ciudadano ha sido modernamente objeto de atención por parte de la filosofía política, que ha subrayado que una sociedad justa debe reconocer este doble nivel de relaciones y con ello de valoraciones existentes en la sociedad:

El ideal 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 impersonal³⁸, mientras que al mismo tiempo tienen que comportarse solamente en formas que sea razonable exigir de individuos con fuertes motivos personales. Pero proponer este ideal es percibir cuán difícil será realizarlo. Sus dos condiciones empujan en direcciones opuestas. (NAGEL, 1996:24)³⁹.

Para ilustrar esta problemática se introdujo en el debate filosófico una nueva terminología, que diferencia entre "*agent-neutral reasons*" y "*agent-relative reasons*" (NAGEL, 1991:40). 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 inexigibilidad⁴⁰.

Desde este punto de vista, creo que la eximente de miedo insuperable puede concebirse como una de las instituciones que pretenden alcanzar ese ideal de coexistencia entre intereses particulares y colectivos, reconociendo, dentro de un marco delimitado, el valor de la perspectiva personal del conflicto como razón

³⁷ Vid en la doctrina italiana FORNASARI (1990:217-218 y 221). Ya antes puede leerse la misma idea en WITTIG (1969:548) y en HENKEL (1954:308).

³⁸ La perspectiva impersonal es "*one it would be natural to take up if we were looking from outside at a situation to which we were personally unconnected (...) the judgment one would make if one were observing the world from outside*" (NAGEL, 1991:13).

³⁹ Vid. también NAGEL (1986:185).

⁴⁰ 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: "...the fundamental thing leading to the recognition of agent-neutral reasons is a sense that no one is more important than anyone else?", 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).

(deontológica) para la acción no merecedora de reproche penal. Una razón que, aunque relativa al agente, debe ser también atendible por el ordenamiento⁴¹.

Como bien señalan KAHAN/NUSSBAUM (1996:336), la acción declarada razonable (y por tanto inexigible el cumplimiento de la ley) queda exenta de pena en virtud de miedo insuperable, 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 *miedo insuperable* 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 por qué, aun así, se exime de pena, se debe a que la conducta realizada bajo la amenaza de un mal, en algunos casos, viene determinada por unas motivaciones o inclinaciones que son aceptadas socialmente:

Las personas con buenas inclinaciones, y que confieren valor a las cosas que deberían valorar, pueden encontrarse en situaciones en las que, continuar actuando de acuerdo a sus inclinaciones, les llevará a realizar actos dañosos. Supongamos que se sienten

⁴¹ 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.), máximo representante de la doctrina penal nazi, 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).

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 aquéllos 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 aquéllos con los que no mantienen relaciones especiales. Esta no es una inclinación que deberíamos intentar eliminar. Habiendo alimentado y protegido el desarrollo de estos fuertes compromisos asimétricos, seremos incapaces de abandonarlos en las raras, inesperadas situaciones en las que sería mejor, desde el punto de vista del bienestar social general, actuar en contra de tales inclinaciones. Porque reconocemos y nos consideramos vinculados por esas inclinaciones exculpamos a aquellas personas en los casos en que sus acciones (...) derivan directamente de inclinaciones de este tipo. (1995:275).⁴²

En la doctrina alemana NEUMANN⁴³ comparte esta reconstrucción de la eximente análoga al miedo insuperable. 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-)⁴⁴.

⁴² En la doctrina angloamericana vid. también. KAHAN/NUSSBAUM (1996:336).

⁴³ 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.

⁴⁴ Vid. ya NEUMANN (1988:330) y (1992:95). Vid. también muy claramente FRISTER (1993:147 y ss.). De hecho, una constante en la doctrina alemana a la hora de fundamentar la exención de pena en el supuesto del estado de necesidad exculpante ha sido la alusión al instinto de conservación o a la "*humanas fragilitas*" (vid. por ejemplo WELZEL, 1965:161: "...aquí el derecho sólo puede reconocer la plena exención de pena como indulgencia por la debilidad humana, que lleva al que se encuentra en necesidad a preferir su propia salvación o la de sus allegados por encima de la integridad o vida de un extraño."); HIRSCH, LK, §35/3 y MAURACH/ZIPF, 1992:445). Aunque la referencia a la "*humana fragilitas*" no me parece del todo convincente (vid. *supra* not. 33), ello supone, en definitiva (se atribuya o no a una "debilidad humana"), reconocer el

Y en la doctrina penal española, 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 planteamiento⁴⁵.

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* 4), 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 dirección⁴⁶.

sustrato antropológico de la inexigibilidad: *la perspectiva parcial de un conflicto forma parte de lo que somos y de cómo somos*.

⁴⁵ 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 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/HORMAZABAL (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)”.

⁴⁶ 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

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 protección⁴⁷.

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 (KAHAN/NUSSBAUM, 1996:336). La razón relativa al agente es una razón (deontológica) que expresa una determinada valoración normativa⁴⁸.

3. ¿Justificación o Exculpación de la conducta?

La fundamentación de la eximente de miedo insuperable a partir de la diferencia existente entre la resolución imparcial y parcial de un conflicto ayuda también, a mi entender, a explicar por qué estamos en el caso de miedo insuperable ante una causa de exculpación y no ante una causa de justificación del comportamiento.

La característica fundamental de la eximente de miedo insuperable (así como también de la eximente de estado de necesidad) es que, tal y como vimos, estamos ante una facultad de auto-protección en la que, a diferencia de la legítima defensa, las personas implicadas en el conflicto se encuentran en la misma posición frente al derecho, esto es, ambas tienen idéntica aspiración a la protección jurídica dispensada por el ordenamiento penal.

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 causación de un mal mayor), sino más bien, en las consideraciones deontológicas detalladas, que apoyan el reconocimiento de la razón relativa al agente como una razón para la acción suficiente *en ocasiones* (vid. infra 4) para eximir de pena.

⁴⁷ “...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.

⁴⁸ Como bien dice NAGEL (1986:202) “...even though morality has to emerge from an impersonal standpoint, that standpoint must take into account the kind of complex beings from whom it is being devised. The impersonal is only one aspect of their nature, not the whole of it”.

Partiéndose de tal situación inicial de igualdad, la doctrina penal, para declarar justificada la concreta solución del conflicto de intereses, ha elaborado toda una serie de criterios de ponderación que pretenden determinar cuál de ellos puede preponderar en el caso concreto; criterios que, y esto es lo decisivo, consisten en valoraciones efectuadas desde el ordenamiento y no desde la perspectiva de una de las partes del conflicto. En este sentido, al ser valoraciones llevadas a cabo sin tener en cuenta la particular implicación del autor en el conflicto, pueden denominárselas imparciales u objetivas. Debe quedar claro que, con ello, no se quiere decir que ningún elemento subjetivo o referido al autor puede formar parte del juicio de justificación, sino más limitadamente, que la particular implicación del autor en el conflicto no puede servir como base o criterio para su ponderación; ya que si ello fuera así el ordenamiento penal no estaría respetando la posición de igualdad de protección jurídica en que se encuentran ambas partes del conflicto.

Desde esta perspectiva, en la doctrina penal española se acostumbra a señalar que la ponderación de intereses que se efectúa en la eximente de estado de necesidad “debe realizarse con un criterio objetivo, concretamente con arreglo a las valoraciones del derecho” (CEREZO, 1997:23)⁴⁹; e independientemente, por tanto, del valor subjetivo que los implicados en el conflicto concedan a sus propios intereses⁵⁰. En tal ponderación pueden intervenir también otras consideraciones más vagas como ciertos principios jurídicos (dignidad de la persona, autonomía...)⁵¹, pero lo que interesa destacar es que, como dijera SAUER, “objeto de la valoración no es la finalidad individual del autor, sino el fin general del hecho, la finalidad real, la tendencia general del comportamiento. El comportamiento debe interpretarse objetivamente...” (cit. en SCHMIDT, 1929:397)⁵².

⁴⁹ Vid. también LUZON (1996:630): “hay que partir del valor que el Derecho Penal otorga a la protección de cada interés...”; MIR (1996:614); MORALES (1996:173).

⁵⁰ En la doctrina alemana se ha planteado que pueden existir supuestos en los que cuente el interés o valor subjetivo de alguna de las partes del conflicto (respecto a este tema vid., entre otros, KÜHL, 1994:276-277; ROXIN, 1994:619; RENZIKOWSKI, 1994a:63-64 y LENCKNER, 1997:S/S, §34/33-). Cabe destacar que la valoración subjetiva se alega en la doctrina alemana fundamentalmente *para negar la justificación de la conducta* cuando la víctima del estado de necesidad rechaza la acción salvadora (se suele aludir aquí al ejemplo de la madre que, a pesar de existir riesgo para su vida, se niega a la práctica de un aborto). Estos casos no afectarían, por tanto, a lo defendido en el texto, en el que se trata, repito, de tomar o no en cuenta la valoración subjetiva de los intereses en juego por parte de uno de los intervinientes en el conflicto *como base para justificar la conducta*.

⁵¹ Así por ejemplo, el principio de dignidad de la persona podría ser utilizado para excluir *ab initio* de todo cálculo o ponderación justificante determinados bienes esenciales, como podría ser la vida de las personas (vid. CEREZO, 1997:34 y ss.).

⁵² No puedo por tanto estar de acuerdo con WESTEN/MANGIAFICO (2004:888 y ss.) cuando señalan como uno de los argumentos esenciales para defender que la eximente de *Dures* es, en todo caso, una causa de justificación, el hecho de que la comparación entre los bienes en los supuestos de conflicto debe realizarse mediante un “*contextualized standard that takes into account the relationships among the parties and the causal nature of resulting harms*” (2004:895).

Pero cuando de lo que se trata no es de justificar la conducta, sino meramente de exculpar un comportamiento antijurídico, entonces el ordenamiento penal, a mi entender, debe tener en cuenta la perspectiva de la persona implicada en el conflicto, aceptando, naturalmente dentro de unos límites, la valoración parcial del mismo.

En suma, la antijuricidad sería aquella categoría del delito en la que el ordenamiento jurídico trata a las personas con independencia de su implicación en el conflicto, esto es, sin tener en cuenta si son ellos mismos, o sus familiares o allegados los que están en peligro, sino procurando establecer un orden normativo válido sea quien sea el concreto afectado. Esto es así porque siendo la antijuricidad el sector del ordenamiento penal en el que se produce la valoración del conflicto o daño producido por una determinada conducta, una exigencia básica de igualdad determina que tal valoración se realice imparcialmente.

El enjuiciamiento imparcial propio de la antijuricidad olvida sin embargo que, como vimos anteriormente, 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 les afectan, dando con ello mayor peso a sus propios intereses y a los de sus familiares o allegados.

En realidad, la principal dificultad con la que se ha enfrentado la existencia de situaciones en las que una persona valora parcialmente el conflicto, es su reconocimiento y aceptación por parte del ordenamiento penal. Pero si, tal y como fundamenté anteriormente, el Derecho Penal debe ser sensible a la existencia de este doble nivel de valoración, creo que la categoría de la culpabilidad es el ámbito adecuado para recoger estos casos de resolución parcial del conflicto; porque, ciertamente, el criterio dominante de resolución de conflictos debería ser aquél que emergiera desde la perspectiva o juicio imparcial (impersonal). Probablemente, es una exigencia de igual trato lo que obliga a que en el nivel más básico y fuerte de exención de pena (la justificación), la perspectiva impersonal sea su principio rector; ya que, como subraya STRATENWERTH (1956:44), “la norma fundamental del comportamiento entre personas es el mandato que obliga a respetar a cualquier otro como, en principio, jurídicamente igual”. Con ello se deja para la categoría de la culpabilidad el análisis del punto de vista parcial o personal, pues *es cuando se causa un daño mayor cuando es necesario recurrir a la “magia” del pronombre “mío” para eludir la responsabilidad penal.*

En resumen: el doble nivel de valoración de los conflictos que emerge en nuestras sociedades a partir de la doble consideración de las personas como ciudadanos a los que el ordenamiento trata de inculcar la perspectiva impersonal y

como individuos motivados por fuertes inclinaciones personales, puede articularse en Derecho Penal a través de la diferencia entre las categorías de la antijuricidad y culpabilidad; imponiéndose la perspectiva impersonal como nivel básico de la exención (justificación), y reconociéndose el punto de vista personal como posible fuente de la exculpación (inculpabilidad) de la conducta, en determinadas circunstancias.

Por todo ello, la eximente de miedo insuperable debería tratarse como una causa de exculpación, ya que el fundamento de esta eximente, situado en el principio de inexigibilidad implica, precisamente, tal y como he defendido, una apelación a consideraciones propias de la perspectiva personal del conflicto: la persona que obra en situación de miedo insuperable está, en definitiva, dando mayor peso a unos determinados intereses porque éstos le pertenecen a él mismo o a personas por la que siente una especial vinculación⁵³. El núcleo de los principios de razonabilidad o exigibilidad radica en la idea de que para decidir un determinado conflicto de intereses se ha de tener en cuenta la perspectiva personal del afectado por el conflicto (esto es, se ha de considerar que el conflicto le afecta a él mismo); y por ello, las eximentes fundadas en este principio pertenecen, a mi entender, a la culpabilidad.

Y es que el obstáculo más importante con el que debería enfrentarse un entendimiento de la eximente de miedo insuperable como causa de justificación, es que ello supondría que el ordenamiento penal primaría, en situaciones de necesidad, la valoración subjetiva de un ciudadano por encima de la de otro, aun cuando ambos tengan derecho a igual consideración y protección por parte del Derecho Penal. El Derecho Penal debe apelar a razones más fuertes que la mera perspectiva subjetiva del autor implicado en el conflicto para explicar a los ciudadanos la justificación de una acción lesiva de sus intereses, merecedores de igual protección⁵⁴.

⁵³ En la doctrina angloamericana vid. DRESSLER (1989:1356): “*It is much easier to excuse than to justify the person who places his own well-being above that of another*”.

⁵⁴ En la doctrina penal angloamericana es dominante la concepción de la *defense of duress* como una *excuse*, aun reconociendo que se trata de una “*atypical excuse*” (DRESSLER, 1989:1356). De este planteamiento general han discrepado recientemente, en un extenso artículo, WESTEN/MANGIAFICO (2004), titulado precisamente “*The Criminal Defense of Duress: A Justification, Not an Excuse –And Why It Matters*”. Lamentablemente, no dispongo aquí del espacio que merece este artículo para su discusión detallada. Ciertamente, cuando uno afirma que *justification* implica una acción “*...that society regards as acceptable under the circumstances*” (WESTEN/MANGIAFICO 2004:948), existen diferentes posibilidades de interpretar qué es o no “*acceptable under the circumstances*”. Y es cierto también que la consideración de *Duress* como una mera *excuse* siempre ha planteado un delicado problema: cómo explicar entonces que la conducta que declaramos conforme con el *standard* de razonabilidad (y que declaramos que es entonces la pauta de comportamiento normal en una sociedad ya que no exigimos el comportamiento heroico), es sin embargo a la vez considerada un “*wrong*” (a esta contradicción apelan también claramente WESTEN/MANGIAFICO 2004:947-948). Según creo, la respuesta pasa por tener claro que estamos ante una facultad de auto-protección del ciudadano que implica decidir un conflicto de bienes o intereses en un supuesto en el que ambas partes del conflicto están en la misma situación

En suma, la eximente de miedo insuperable, al fundamentarse en la resolución parcial de un conflicto (preferencia legítima por los propios intereses), debe situarse en la categoría de la culpabilidad. Con ello expresamos que la valoración parcial siendo, como es en ocasiones, una razón suficiente para eximir de pena, no es en todo caso una razón tan fuerte como la representada por la resolución imparcial de un conflicto⁵⁵.

Una última aclaración importante: la que aquí se ha presentado es la razón por la que creo que el miedo insuperable, como eximente pensada para eximir de pena casos en los que, desde una perspectiva imparcial, se causa un daño mayor (que el que se evita), debe en todo caso ser una causa de exculpación y no una causa de justificación. Ahora bien, si la eximente de miedo insuperable acoge en su seno también otro tipo de constelaciones en las que el saldo objetivo de la acción es positivo (se causa un daño menor) o indiferente (casos de males iguales), entonces creo que existen otras razones para eximir de pena en estos casos. Razones que, naturalmente, podrían conllevar incluso la justificación de la conducta⁵⁶.

frente al derecho. La resolución de ese conflicto admite varias posibilidades, y creo que el ordenamiento penal debería reflejarlo a nivel de justificación o mera *excuse* del comportamiento. Dicho esto, la diferencia esencial en la resolución del conflicto me parece aquélla que se puede establecer entre la causación de un daño mayor o no (causación daño menor o igual), porque parece lógico que desde la perspectiva del ordenamiento penal importe el “saldo social” de la acción (el Derecho Penal no puede declarar que le es “indiferente”, por ejemplo, que se pierdan dos vidas humanas para salvar una). De hecho, la causación de daños mayores en la resolución de un conflicto es algo que el ordenamiento penal debería sancionar, excepto si existen determinadas razones que permiten excluir la pena. Esas razones (legítima preferencia por los propios intereses), pueden existir según hemos visto, pero ciertamente no pueden pretender tener la misma fuerza moral que la que un ciudadano puede hacer valer cuando su acción no supone un daño mayor (saldo social negativo).

⁵⁵ Creo que adicionalmente hay también razones pragmáticas para defender que la eximente de miedo insuperable sea una causa de exculpación y no una causa de justificación. Pues la experiencia de *duress* y las eximentes análogas como miedo insuperable en los tribunales siempre ha sido una historia marcada por el recelo y las trabas. Y, ciertamente, no creo que ayudara a su mayor reconocimiento el que los jueces pensarán que se trata de una defensa que no sólo exime, sino que justifica la conducta (ello puede observarse muy claramente en el “*leading case*” sobre *necessity* en Canadá: *Perka vs. The Queen*, 1984, en particular págs. 247-248: “*Conceptualized as an "excuse", however, the residual defence of necessity is, in my view, much less open to criticism. It rests on a realistic assessment of human weakness, recognizing that a liberal and humane criminal law cannot hold people to the strict obedience of laws in emergency situations where normal human instincts, whether of self-preservation or of altruism, overwhelmingly impel disobedience. The objectivity of the criminal law is preserved; such acts are still wrongful, but in the circumstances they are excusable*”).

⁵⁶ No estoy por ello de acuerdo con FINKELSTEIN (1995:280-281) cuando traza la diferencia entre *excuse* and *justification* apelando a “...*the stance society takes to the offender: where the basis for the defense is that the actor behaved understandably, given her personal stake in the situation, we excuse, even though the behaviour is not commendable. Where the actor's own interests are not implicated, by contrast, we exonerate only where the behaviour is justified, since the act enhances social utility. Although an actor can increase the general level of utility even where personal interests are at stake, in such cases the actor's reason for violating the prohibitory norm is the act's effects on the actor's own interests*”. Y no lo estoy, porque creo que en el juicio sobre la

Por tanto, ciertamente, la fundamentación que se ha presentado de la eximente de miedo insuperable y las razones que a partir de ella se derivan sobre la justificación o exculpación de la conducta hacen referencia a una estructura concreta de casos (causación de un mal mayor). La cuestión es: ¿supone ello una fundamentación parcial (y así incompleta) de la eximente de miedo insuperable?. Creo que no, aunque responder esta cuestión adecuadamente nos traslada a otra problemática: la diferencia entre las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable.

4. Dos problemas pendientes: miedo insuperable vs. estado de necesidad y los límites de la preferencia legítima por los propios intereses

Hasta aquí hemos visto la fundamentación que estimo más adecuada de la eximente de miedo insuperable y por qué, en base a ello, estamos ante una causa de exculpación y no de justificación del comportamiento. Quedan, no obstante, dos temas pendientes importantes, que obviamente por razones de espacio no puedo desarrollar pormenorizadamente.

La primera cuestión hace referencia a la diferencia que, a partir de la reconstrucción efectuada de la eximente de miedo insuperable, debe trazarse entre esta eximente y el estado de necesidad. Como es bien sabido, en la doctrina angloamericana esta diferencia se ha explicado tradicionalmente a partir del distinto origen del peligro: cuando éste proviene de causas naturales estaríamos ante *Necessity*, y cuando deriva de las amenazas de un tercero se aplicaría la eximente de *Duress* (miedo insuperable, vid. por ejemplo, DRESSLER, 1989:1347 y ss.).

A mi entender, el diferente origen del peligro puede ser, efectivamente, una cuestión a tener en cuenta a la hora de evaluar el conflicto de intereses ante el que se enfrenta una persona⁵⁷, pero no creo que deba ser el criterio esencial para

justificación o exculpación de la conducta más importante que los motivos internos del autor (si actúa en defensa de sus intereses o desde una perspectiva imparcial) es el resultado objetivo de la resolución del conflicto: si la persona con su acción no produjo un mal mayor (justificación) o sí (exculpación). Y es que sólo creo necesario acudir a la implicación personal de una persona en el conflicto como razón para eximir cuando no hay otros motivos (como el “saldo social positivo”) que apoyen la acción (vid. también WESTEN/MANGIAFICO, 2004:871, not. 77).

⁵⁷ Aunque éste es un terreno ciertamente pantanoso. Por ejemplo, en la doctrina angloamericana el reciente artículo de WESTEN/MANGIAFICO (2004:932 y ss.) presenta toda una serie de sugerentes argumentos para defender que los peligros provenientes de las amenazas de un tercero “are more exculpatory than the natural threats of necessity”. Sin embargo, en la doctrina alemana mayoritaria se piensa todo lo contrario: que en los supuestos de necesidad que derivan de las amenazas de un tercero (los “*Nötigungsnotstand*”) existen razones menos fuertes para eximir de pena que cuando el peligro proviene de causas naturales (vid. con más detalles VARONA, 2000:325 y ss.).

diferenciar ambas eximentes. Según creo, si partimos del hecho de que estamos ante eximentes pensadas para resolver supuestos de conflicto entre bienes, lo decisivo debería ser entonces el resultado de dicha resolución, y en concreto si es un resultado que justificamos o meramente exculpamos. Creo que el ordenamiento penal gana en consistencia si diferencia entre las diversas causas de exención de la pena que tratan supuestos esencialmente iguales⁵⁸ en base a las razones para la exención, y en concreto si son razones justificantes o exculpantes. Suele considerarse que el Derecho Penal tiene un papel esencial en la valoración de los comportamientos ciudadanos, y por ello uno esperaría que situase la diferencia entre los supuestos que impiden el castigo precisamente en cuestiones valorativas esenciales, como es el juicio sobre la justificación o exculpación de la conducta.

De hecho, creo que la diferencia entre estado de necesidad y miedo insuperable basada en el diferente origen del peligro es un vestigio histórico, porque el primer reconocimiento de este tipo de situaciones de conflicto de males tuvo lugar en el contexto de las amenazas de terceros y, sólo posteriormente, se reconoció la fuerza excusante también de los peligros naturales⁵⁹. Por esta razón probablemente, en los ordenamientos penales modernos ya no se diferencia entre situaciones de necesidad en atención al origen del peligro, sino más bien en función del resultado de la resolución del conflicto⁶⁰. Este es, según creo, el camino correcto.

Por todo ello, a mi entender, la eximente de miedo insuperable debería reservarse para aquellos casos de conflicto entre bienes en los que no quepa justificar la conducta, porque estemos ante un supuesto de causación de un daño mayor, pero aun así sea posible exculpar al autor en atención a la legítima preferencia por los propios intereses. Y así, la eximente de estado de necesidad debería incluir en su seno todos los casos en los que estemos dispuestos a declarar justificada la conducta de la persona al no ocasionarse un daño mayor y ser así por tanto el “saldo social” de la acción positivo o neutro.

⁵⁸ Porque insisto en que la esencia de las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable creo que estriba en el hecho de ser facultades de auto-protección que el ordenamiento concede a personas que se encuentran en la misma posición frente al derecho.

⁵⁹ En este sentido el estado de necesidad es una eximente más “moderna” porque, a mi entender, siempre ha sido más problemático reconocer la eficacia excusante de los peligros naturales que de las amenazas de un tercero (probablemente por diversas causas: el estado de necesidad es una eximente menos “controlable” por el sistema –vid. por ejemplo *Perka vs. The Queen*, 1984:248: “[n]o system of positive law can recognize any principle which would entitle a person to violate the law because on his view the law conflicted with some higher social value”, vid. también págs.274-275-; y adicionalmente, en el caso de *Duress*, como reconocen los propios redactores del MPC, el sistema puede conformarse con castigar a quien realiza la amenaza que da lugar al conflicto, cosa que no sucede en el caso de que el peligro tenga un origen natural -1985:379-).

⁶⁰ Así MPC (vid. claramente, 1985:373) y Código Penal Alemán (que contiene dos previsiones sobre el estado de necesidad, art. 34 –estado de necesidad justificante- y art. 35 –estado de necesidad exculpante-).

El segundo problema fundamental que debe afrontar la reconstrucción defendida 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 nepotismo⁶¹. De hecho, evitar este último extremo es el gran reto ante el que se enfrenta esta eximente, pues en ello se juega en realidad su credibilidad y aceptación.

Por tanto, señalar que el fundamento de la eximente de 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 servir para delimitar la eximente de miedo insuperable⁶².

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 eximente de miedo insuperable, por lo que éste no puede considerarse un requisito *sine qua non* de la misma⁶³. Cuarto, *el mal que amenaza no ha*

⁶¹ Sería a una tal reconstrucción de la eximente de miedo insuperable la única a la que, según creo, podría reprochársele un exceso de “individualismo” (vid. SILVA, 1998:249, not. 83). Pero al fundamento de la exención basado en la preferencia legítima por los propios intereses (esto es, aquél 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.

⁶² 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).

⁶³ 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 español), y por lo tanto no se puede descartar de

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*⁶⁴. Sexto, *el sujeto pasivo 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 eximente⁶⁵.

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).

⁶⁴ 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 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.

⁶⁵ 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.

5. Conclusiones

Según he defendido, la exención de pena en el caso de la eximente de miedo insuperable no puede explicarse plenamente a partir de una doctrina de justificación 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. Ésta es, según creo, la auténtica singularidad de este principio.

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, 1991:13), y aquél que representa la *perspectiva parcial* (que “*belong to our individual points of view: We see things from here, so to speak*”, NAGEL, 1991:9). 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 (aquéllos 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.

Ahora bien, debe dejarse claro que la preferencia legítima por los propios intereses, siendo, como es, una razón suficiente en ocasiones para eximir de pena, no es una razón tan fuerte como para justificar la conducta. La justificación de la conducta, en los supuestos en los que las partes del conflicto están en la misma posición frente al Derecho, requiere que no se cause un daño mayor. Por ello, el miedo insuperable es efectivamente una causa de exculpación.

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 de la eximente de 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, mediante el inseguro recurso de la atenuación de la pena o 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.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ASHWORTH, Andrew (2006): *Principles of Criminal Law*. (5th ed.). Oxford: Oxford University Press.
- ❖ 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.
- ❖ 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 / HORMAZABAL MALAREE, Hernán (1994): *Manual de Derecho Penal*, 4ª 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.
- ❖ CÓRDOBA RODA, Juan (1977): *Culpabilidad y pena*, Barcelona: Bosch.
- ❖ 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*, 2ª 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, nº 50, México: Distribuciones Fontamara.

- ❖ LA FAVE, Wayne R., SCOTT Jr., Austin W. (1986): *Criminal Law*, West Publishing, Co. St.Paul, Minn.
- ❖ 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.
- ❖ FORNASARI, Gabriele (1990): *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova: Cedam.
- ❖ FRISTER, Helmut (1993): *Die Struktur des "voluntativen Schuldlements": zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention*, Berlin : Duncker & Humblot.
- ❖ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1971a): “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Madrid: Tecnos (1990), págs. 140-161.
 _____ (1971b): “El sistema del derecho penal en la actualidad”, en *Estudios de derecho penal*, 3º 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.
- ❖ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5ª 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, 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° 218).
- ❖ LENCKNER, Theodor (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. Aufl. 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 quarterly review of Psychology and Philosophy*. Vol. XLVIII.
- ❖ MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz (1992): *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Vol 1 (Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat), 8. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag.
- ❖ MELENDO PARDOS, Mariano (2002): *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada: Comares.
- ❖ 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.
 _____ (1996): *Derecho Penal. Parte General*. 4ª Edición. Barcelona: PPU.
- ❖ MODEL PENAL CODE and COMMENTARIES (1985). Part I. General Provisions. Section.2.09. (Duress). Philadelphia. The American Law Institute.
- ❖ MORALES PRATS, Fermín (1996): “Comentario a los arts. 20.5 y 20.6”, en G. Quintero (dto.) / J.M. Valle (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona: Aranzadi.
- ❖ NAGEL, Thomas (1986): *The view from Nowhere.*, Oxford University Press.
 _____ (1991): *Equality and Partiality*, New York: Oxford University Press.
 _____ (1996): *Igualdad y parzialità. 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)”, *Goldammer'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.
- ❖ PACKER, Herbert L. (1968): *The limits of the criminal sanction*. Stanford University Press. Stanford, California.
- ❖ 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 Schuldaußschließungsgrund*. Leipzig: Deichertsche Verlagsbuchhandlung.
- ❖ SCHMIDT, Eberhard (1929): “Das Reichsgericht und der “übergesetzliche Notstand” ”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Vol. 49, págs. 350-411.
- ❖ SCHÜNEMANN, Bernd (1991): “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”, en Schünemann (Hrsg.) *El sistema moderno de derecho penal: Cuestiones fundamentales*, introducción, traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Madrid: Tecnos, págs. 147-178.
- ❖ SIDGWICK, Henry (1907): *The Methods of Ethics*, 7º 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 (1956): “Principien der Rechtfertigung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Vol. 68, págs. 41-70.
- _____ (1977): *El futuro del principio juridicopenal de culpabilidad*, traducción de Enrique Bacigalupo, Madrid, 1980.
- ❖ TIMPE, Gerhard (1984): “Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrerzeß (§ 33 StGB)”, en *Juristische Schulung (JuS)*, págs. 859-864.
- _____ (1985): “Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrerzeß (§ 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* (9º Auf.), Berlin: Walter de Gruyter.
- ❖ WERTHEIMER, Alan (1987): *Coercion*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey.
- ❖ WESTEN, Peter / MANGIAFICO, James (2003): “The Criminal Defense of Duress: A Justification, Not an Excuse - And Why It Matters”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 6, Num. 2, págs. 833-950.
- ❖ WILLIAMS, Glanville (1961): *Criminal Law, The General Part* (second edition). London: Stevens and Sons Limited.
- ❖ WITTIG, Peter (1969): “Der übergesetzliche Schuldaußschließungsgrund der Unzumutbarkeit in verfassungsrechtlicher Sicht”, en *Juristische Zeitung (JZ)*, págs. 546-548.