

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS.



ESCUELA DE POST – GRADO

UNIDAD DE POST – GRADO DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

TESIS DOCTORAL

**“ LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE EN EL CÓDIGO PENAL
PERUANO DE 1991 SU APLICACIÓN POR LOS JUZGADOS Y SALAS
PENALES DE JUNÍN”.**

PRESENTADO POR EL MAGÍSTER

CESAR AUGUSTO PAREDES VARGAS.

LIMA – 2002.

**“LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE
EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991
SU APLICACIÓN POR LOS JUZGADOS Y
SALAS PENALES DE JUNÍN”.**

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

LA EXIMIENTE DE “MIEDO INSUPERABLE” DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO-LEGISLATIVA

EL CÓDIGO PENAL DE 1822	1
EL CÓDIGO PENAL DE 1848	3
EL CÓDIGO PENAL DE 1850	4
EL CÓDIGO PENAL DE 1870	4
EL CÓDIGO PENAL DE 1932	6
EL CÓDIGO PENAL DE 1944	6
 La Eximente del Miedo Insuperable en diversos proyectos o Anteproyectos del Código Penal Español. El origen inmediato de la fórmula actual del Código Penal Peruano, contenido en el Art. 20 inciso 7.	 6

CAPITULO II

EL FUNDAMENTO DE LA EXIMIENTE DE MIEDO INSUPERABLE

1.- INTRODUCCIÓN	10
1.1. La importancia del fundamento de la eximente	11
1.2.- La fundamentación utilitarista del miedo insuperable	16
1.3.- Principio de evitación de la violencia arbitraria	18
1.4.- La fundamentación según el principio del “ mal menor”.	19
1.5.- La fundamentación según el principio de efectividad de la pena.....	20
1.6.- Ausencia de Intencionalidad.....	28

1.7.- Anulación de las facultades de acción.	28
1.8.- Anulación de las facultades psíquicas. Situación de inimputabilidad.....	31
1.9.- Limitación o disminución relevante de la libertad de elección : la inexigibilidad de otra conducta	32
Conclusión.....	36

CAPITULO III

CONCEPTO MEDICO - PSIQUIÁTRICO Y PSICOLÓGICO DEL MIEDO	41
Génesis del Miedo.....	41
Concepto.....	42

CAPITULO IV

CONCEPTO NORMATIVO DE “MIEDO INSUPERABLE”	51
4.1 EL MIEDO INSUPERABLE COMO ANULATORIO DE LAS FACULTADES INTELECTUALES Y VOLITIVAS. CONFUSIÓN CON EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.....	60
4.2 .EL “MIEDO INSUPERABLE” COMO ANULATORIO DE LAS FACULTADES INTELECTUALES Y VOLITIVAS.....	65
1.- OPERATIVIDAD COMO EXIGEMENTE INCOMPLETA....	67
4.3 EFICACIA MOTIVADORA DEL MIEDO. EL “OBRAR COMPELIDO”	68

4.4.	EL MAL AMENAZANTE, SU REALIDAD Y LOS MIEDOS IMAGINARIOS. TRATAMIENTO JURÍDICO ¿CAVE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ERROR?.....	69
4.5.	NATURALEZA JURÍDICO. PENAL DE LA CAUSA DE EXENCIÓN. EL MIEDO INSUPERABLE COMO CAUSA DE INEXIGIBILIDAD.....	73
4.6.	POSTURAS DOCTRINARIAS.....	74
	I) EL MIEDO INSUPERABLE COMO CAUSA DE INEXIGIBILIDAD.....	82
	II) EL MIEDO INSUPERABLE COMO CAUSA DE INEXIGIBILIDAD.....	87

CAPITULO V

RELACIONES DE LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE RESPECTO DE OTRAS EXIMENTES.

5.1	ESTADO DE NECESIDAD.....	92
	EL MIEDO INSUPERABLE Y EL ESTADO DE NECESIDAD COMO EXIMENTES INDEPENDIENTES Y DOTADAS DE PRESUPUESTOS AUTÓNOMOS.....	93
5.2.	Teorías que permiten la delimitación entre ambas eximentes.....	95

a) La situación motivacional como elemento diferenciador.....	95
b) La tesis que sitúa la diferencia en la distinta Procedencia del mal	97
Las teorías que sitúan la diferencia en el criterio utilizado para realizar la ponderación. Especial referencial a la posición de MIR PUIG.....	98
TOMA DE POSTURA.....	107
Naturaleza jurídica.....	113
CONCLUSIÓN.....	120
LEGITIMA DEFENSA.....	129
FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE Y MIEDO INSUPERABLE.....	143
MIEDO INSUPERABLE Y OBRAR POR DISPOSICIÓN DE LA LEY, EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO, O POR ORDEN OBLIGATORIA DE AUTORIDAD COMPETENTE, EXPEDIDA EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.	148
ANOMALÍAS Y ALTERACIONES PSÍQUICAS Y TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.....	152

CAPITULO VI

EL PRINCIPIO DE NO EXIGIBILIDAD DE CONDUCTA ADECUADA A LA NORMA: CONSTRUCCIONES DOCTRINALES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICO - DOGMÁTICA.....	156
---	------------

UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA NO EXIGIBILIDAD.....	167
---	------------

CRITERIOS PARA DETERMINAR CUANDO ES INEXIGIBLE UNA CONDUCTA ADECUADA A LA NORMA.....	174
---	------------

CAPITULO VII

NO EXIGIBILIDAD Y MIEDO INSUPERABLE . LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE, CONCEPTO Y REQUISITOS.....	177
---	------------

PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN ACUMULADA.....	189
--	------------

A) Como causa de inimputabilidad	190
---	------------

b) La Relación con otras eximentes: La Fuerza irresistible.....	193
--	------------

c) Como Causa de Justificación – el Estado de Necesidad	194
--	------------

Cuadros Estadísticos.....	197
----------------------------------	------------

Gráficos.....	203
----------------------	------------

CONCLUSIONES	230
---------------------------	------------

BIOBLOGRAFIA.....	252
--------------------------	------------

INDICE.....	292
--------------------	------------

ANEXOS

INTRODUCCIÓN

Durante nuestros estudios doctorales, hemos desarrollado la tesis que ahora sometemos a la opinión de los Profesores integrantes de la Comisión Revisora.

El trabajo de investigación ha abarcado, la verificación y procesamiento de sentencias judiciales relativas a una causal de exención nueva en nuestro Código, circunscrita al obrar compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor, conforme al Art. 20.7 del Código Penal de 1991, pronunciadas en la Corte Superior de Junín y contrastadas con las decisiones de la Corte Suprema, en un lapso bastante representativo.

Desde esa perspectiva se ha esclarecido el concepto técnico que se otorga al miedo insuperable en la doctrina contemporánea, criterio que no ha sido asumido por la exégesis jurisdiccional. Partiendo de esta realidad formulamos propuestas político criminales idóneas para potenciar un uso técnico y eficiente de la causal de miedo insuperable, que va incluso a la proposición de lege – ferenda, para la modificación del dispositivo vigente, a similitud del Código Español que le sirvió de modelo.

Esta causa de exención de la responsabilidad criminal tiene una larga tradición en el derecho positivo español. El primer CP de ese país que tuvo realmente vigencia efectiva, el de 1848, ya lo contemplaba.

En la doctrina española, se ha dado a la eximente de miedo insuperable minoritariamente el carácter de causa de justificación y predominantemente el de causa de inexigibilidad de otra conducta, ubicada por ende en la culpabilidad y como sostiene Villavicencio Terreros, con ello hemos recepcionado la problemática que plantea el miedo insuperable en la ciencia penal española.

Algunos penalistas españoles como Gómez Benitez, Gibernat y Cuerda Riezu, postulan que el miedo insuperable es causa de justificación, sin embargo no hay un interés preponderante que es propio de las causas de justificación, no obstante, este argumento es insuficiente, por cuanto la antijuricidad pone en juego un abanico de valores y principios y si invocamos la causa de justificación la víctima no podría defenderse legítimamente ya que faltaría el presupuesto de la agresión ilegítima, por tanto el argumento es débil, pues hay recursos como el estado de necesidad defensivo y la autoría mediata para estos casos. Los que postulan esta opción lo hacen desde un criterio preventivo-general estricto. Con este parecer, la necesidad de la pena deja de ser un principio regulativo general y se convierte en fundamento de merecimiento de pena, sustituyendo la función específica del bien jurídico, lo que implica una confusión tanto del injusto como de la culpabilidad, pues no se considera con precisión los problemas referentes a la motivación del sujeto al actuar, que no debe olvidarse que fue el que produjo un injusto y con conciencia de ello. Esta circunstancia, producción consciente del injusto, no puede entonces ser pasada por alto a la hora de enjuiciar al hecho y al sujeto

dentro de la culpabilidad, de otro modo, se puede ser muy restrictivo o muy flexible en el juicio.

La jurisprudencia tanto nacional como española se ha encerrado en exigencias incompatibles con la exención, al señalar que es necesario un miedo equivalente al terror, puesto que no es un problema de inimputabilidad sino de culpabilidad.

El miedo es psicológico y lo insuperable normativo, por lo que ha de entenderse al miedo como un determinado estado emocional en el sujeto por el temor del advenimiento de un mal

En cuanto a la insuperabilidad del mismo la doctrina tanto nacional como española ha acudido al parámetro normativo del “hombre medio en la posición del autor”. Nosotros hemos criticado este parámetro de concreción porque abre una amplia vía a la arbitrariedad. Compartimos el criterio de Bustos Ramírez quien sostiene que el baremo del hombre medio es de por sí “vago” y, por ello, poco seguro para determinar el contenido de la insuperabilidad, no sólo insuficiente sino incompatible por su carácter generalizante con una categoría esencialmente individualizadora como es la culpabilidad y, en particular, la inexigibilidad de otra conducta.

En reemplazo de este criterio construimos los requisitos del mal amenazante que son : **A) La necesidad de actuar inminentemente ante la amenaza de un mal.** Esta exigencia tiene apoyo en la jurisprudencia española y en parte de la doctrina científica (Diez Paños, Muñoz Conde – García Aran, Puente). No tiene tal carácter la que se

dirija a peligros ya pasados pues la acción a de ser en defensa de un bien jurídico y no para vengar una ofensa anterior. **B) Creencia de la realidad y seriedad del mal**. Con este requisito se plantea la cuestión del error en la situación del miedo insuperable. En la doctrina se ha planteado la posibilidad de aplicar las reglas del error en estos casos (Muñoz Conde / García Arán, Higuera), tal como sucede en los supuestos de eximentes putativas; o bien, la eximente incompleta de miedo insuperable. No compartimos este criterio y creemos que no es satisfactoria, pues la aplicación de las reglas del error presupone la exigencia de la realidad del mal amenazante, lo cual, es incompatible con el fundamento de la eximente. En efecto, debe recordarse que esta eximente se funda en la inexigibilidad de otra conducta en una situación concreta. En estas condiciones, exigir que el sujeto se cerciore de la realidad del mal hará inviable la eximente, para ello sólo es posible con completa seguridad una vez que el peligro se haya concretado en la lesión del bien jurídico. Por tanto para aplicar el miedo insuperable basta con la creencia seria y fundada en la realidad del mal amenazante. Ello no impide establecer que el sujeto con un mayor cuidado pudo haber superado esa creencia errónea, en cuyo caso se aplicará la eximente incompleta. En cuanto a la ilicitud del mal amenazante, creemos que debe matizarse, pues no puede establecerse de manera absoluta para todos los casos. Así sería, por ejemplo, en el caso del ladrón que huye desobedeciendo la voz de alto del policía. En este supuesto, el mal que amenaza es claramente lícito, pero no existe deber alguno de dejarse detener y tal conducta no es susceptible de ser criminalmente exigible. **C) No causación responsable del peligro**. El

principio de responsabilidad por los actos propios excluye de quedar amparadas por el miedo insuperable, aquellas conductas de defensa que provienen de males amenazantes causados por el propio sujeto. Sin embargo para no confundirla con un ilegítimo versari in re ilícita, deben requerirse algunas condiciones para su aplicación como : **1)** No puede bastar la mera causación naturalística del peligro para la denegación de la eximente (por ejemplo , se denuncia al delincuente que luego amenaza). **2)** Es necesario que el concreto peligro final representado por la situación del miedo insuperable (y no así por un peligro genérico sea previsible en el momento de realizar la acción precedente que lo origina. **3)** A la hora de evaluar la actuación precedente deben tenerse en cuenta los motivos que llevan a la persona a colocarse en situación de peligro.

D) Una cierta cantidad de mal. El mal amenazante no puede ser valorado a priori sobre la base de un catálogo cerrado de bienes jurídicos que deberían estar en peligro para que pueda apreciarse el miedo insuperable. **E) El sujeto pasivo del mal amenazante.** Desde luego queda comprendido el supuesto en que la amenaza afecta a los propios bienes del autor. Se discute si se trata de los bienes de un tercero, creemos que hay que considerar también incluidos los supuestos en que el mal amenaza a los intereses de personas vinculadas afectivamente con el autor.

También hemos dedicado un amplio debate a la diferenciación del miedo insuperable y el estado de necesidad. La relación entre ambas eximentes plantea un difícil y discutido problema, por cuanto el

estado de necesidad constituye una eximente genérica capaz de abarcar los casos de conflicto entre bienes jurídicos debidos a la existencia de un peligro, que los españoles han resuelto suprimiendo la ponderación de males y haciendo de la eximente que estudiamos, autónoma y diferenciable de las demás.

Entendemos con Varona que el criterio de diferenciación entre ambas eximentes debe partir del entendimiento del miedo insuperable como una eximente que permite la exención de pena más allá de los supuestos propios del resto de eximentes y, en este caso, del estado de necesidad.

Estos son los criterios que han movido la inquietud que hoy llega a su fin.

EL AUTOR.

CAPITULO I

LA EXIMENTE DE “MIEDO INSUPERABLE” DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICO-LEGISLATIVA.

EL CÓDIGO PENAL DE 1822.

El primer Código Penal español, promulgado como tal es de 1822. Como manifiesta la edición oficial del Código, este fue *“decretado por las Cortes el 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822”* con la promulgación del texto se habían completado todos los requisitos formales necesarios para su entrada en vigor, sin embargo, estimó el gobierno por una serie de razones, que en el presente caso no debía ser así, y publicó una Real Ordenanza aplazando la vigencia para la Península e isla adyacentes hasta el 1º de Enero de 1823, que se ha utilizado es el remitido por el Gobierno a la Audiencia Territorial de Valencia y lleva como fecha el 28 de Septiembre de 1822¹.

A pesar del breve espacio de su vigencia oficial circunscrita sólo a unos meses, y que su aplicación debió ser a lo más, breve, imperfecta y desigual² es posible encontrar un claro antecedente de la eximente en

¹ **ÁLVAREZ GARCÍA FRANCISCO J.**- Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822, Cuadernos de Política Criminal N° 5 Madrid, 1978 pág. 229.

² **CASABO RUIZ JOSÉ RAMÓN** . Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia. *“La aplicación del Código Penal de 1822”* ADP y CP 1979 fascículo II pág. 333 y 334.

el primer texto de la Codificación española en los artículos 21 y 22 en los que el legislador unió en él en un único precepto, diversas causas de exención, que en Códigos posteriores recibiría un tratamiento autónomo. En el Art. 21 se establecía que *“En ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la acción contra su voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material a que no haya podido resistir, o por alguna orden de las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar. Compréndase en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que basta para intimidar a un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar”*.

En el Art. 22 del citado Código penal se regulaba expresamente la eximente incompleta en el sentido de que: *“Si las amenazas o el temor no hubieren sido suficientes para causar estos efectos, o si la violencia aunque efectiva fuere tal que se hubiere podido resistir a ella sin riesgo inminente y grave de la persona, se castigará al que cometa la acción por cualquiera de estas con la tercera a las dos terceras partes de la pena que la ley señale contra dicha acción”*. Por tanto la violencia física y moral tienen un mismo tratamiento.

EL CÓDIGO PENAL DE 1848.-

El Código penal de 1848, que entró en vigor el 1° de junio del mismo año, otorga al miedo insuperable una nueva redacción, que contenía aciertos y deficiencias.

Recogida en el Art. 8 N° 10, tenía la siguiente redacción:

“Están exentos de responsabilidad criminal:

N° 10: El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor”.

Las objeciones de **PACHECO** radican en observar que los casos de fuerza irresistible no plantean en si problema alguno y son sumamente sencillos pues cuando una persona es forzada no existe una conducta humana. Los casos más difíciles, decía el citado autor, son los de violencia moral o miedo³.

La nueva redacción que recibe la eximente reduce, los límites de la misma previstos en el Código anterior. Ya no basta con actuar por miedo a un mal inminente y grave, es necesario que el mal tenido sea mayor que el que se causa, aspecto que fue criticado por Pacheco, que la ley había incurrido en la redundancia de decir que no hay delito donde nadie se había planteado la posibilidad de que lo hubiera.

EL CÓDIGO PENAL DE 1850.-

³

PACHECO. J. F., El Código penal concordado y comentado, 5° ed., Tomo I Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid, 1981, págs. 169 a 174.

El Código Penal de 1850 (reforma de 30 de junio de 1850), regula la eximente de miedo insuperable de forma idéntica a como lo hace el Código de 1848, sin ninguna novedad al respecto.

EL CÓDIGO PENAL DE 1870.-

Por la Ley de 1° de junio de 1870 se aprobó un nuevo Código penal que, en el tema que tratamos, supuso la modificación de la eximente de miedo insuperable. Así, pues, conforme a la nueva redacción del Art. 8 N° 10, está exento de responsabilidad criminal:

“El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor”

Como podrá advertirse con esta reforma se admite la equivalencia de males. **QUINTANO RIPOLLES** advierte que en el Código de 1848, el miedo mismo, para eximir, precisaba que el mal tenido fuera mayor, condición que fue borrada en el de 1870, en que se admitió la equivalencia de males, quizá porque con el avance de la civilización decrece el respeto hacia las virtudes viriles del heroísmo⁴.

LUIS SILVELA⁵ nos dice que el miedo insuperable permite raciocinar y escoger entre el mal con que se amenaza y el delito que mediante él se espera que se cometa, no presenta al hombre en un

⁴ Comentario al Código Penal, 2da. Ed. puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Gimberna Ordeing, Madrid, 1946, pág. 133.

⁵ SILVELA, L. El Derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España, Madrid, imprenta Fortanet, 1874, pág. 214.

estado de no imputabilidad. La conciencia de sí, de la ley o del principio existen, y hay por tanto, dominio sobre su voluntad.

SALVADOR VIADA Y VILASECA consideraba que la amenaza que constituye ese miedo insuperable ha de ser de tal gravedad e inminencia que pueda decirse que la mayoría de los hombres hubieran cedido a ella⁶.

Finalmente **PACHECO** formuló críticas serias, al mal mayor en el sentido que no era racional⁷.

En lo que al miedo respecta - dejando a un lado su discutible inclusión entre las causas de inimputabilidad - la única novedad destacable es la referencia que no se hace al miedo que surge frente a un mal que pudiera afectar al cónyuge, ascendientes, descendientes o hermano del que pretende ampararse en la eximente. Por lo demás sólo se sustituye la palabra “insuperable” por invencible.

EL CÓDIGO PENAL DE 1932.-

⁶ VIADA Y VILASECA, S. Código penal reformado de 1870, Tomo I, Madrid, 1890.

⁷ PACHECO. El Código Penal, concordado y comentado pág. 173.

Este Código Penal aprobado tras la proclamación de la república, regula el miedo insuperable en el Art. 8 a 10 de la misma forma que lo hacía el Código de 1870.

EL CÓDIGO PENAL DE 1944.-

El llamado “texto refundido de 1944 no introduce novedad alguna en lo referente al miedo insuperable (Art. 8 N° 10) conservando la redacción que le diera el Código de 1870, con los elementos claramente subjetivos, con otros de carácter objetivo, que sirven para restringir su operatividad, que se ha mantenido idéntico hasta el Código refundido de 1973.

La Eximente del Miedo insuperable en diversos proyectos o anteproyectos del Código Penal Español. El origen inmediato de la formula actual del Código Penal Peruano, contenido en el Art. 20 inciso 7.

El proyecto de Código Penal de 1980 mantenía la eximente en el Art. 26 N° 8 con contenido idéntico al que tenía el Código derogado. En los mismos términos aparecía recogida en el Art. 22.8 de la propuesta de Anteproyecto del Código Penal, aunque también entonces hubo quien solicitó su supresión por considerarla superflua. Sin embargo se plantearon algunas enmiendas sobre el tema. La enmienda N° 880 del Grupo Parlamentario Comunista proponía que se redactase esta eximente de la siguiente forma “*El que impulsado por miedo*

insuperable a perder la vida, su integridad física o mental o las que un pariente próximo, produce un mal no absolutamente desproporcionado”. Esta enmienda no estaba motivada ni justificada, por lo que fue desechada.

Para **CEREZO MIR**⁸ debería rechazarse la misma, pues es preferible la redacción del texto del proyecto, coincidente con la del N° 10 del artículo 8 del Código Penal vigente (se refiere al de 1944 refundido). La limitación en los bienes jurídicos amenazados, según **CEREZO MIR**⁹, carece de justificación, preguntándose el autor ¿Porqué ha de excluirse el miedo por ejemplo a un mal contra la libertad sexual, el honor, la libertad o la seguridad. **BACIGALUPO**¹⁰ critico el Proyecto sobre el miedo insuperable (Art. 20.8), indicando que *“La redacción reitera el derecho vigente y, por tanto, mantiene un texto cuya idea es incompleta. La disposición debería expresar que el debe serlo de un mal, igual o superior a algo y precisar en qué consiste ese algo. La idea completa debería decir, tal vez, “igual o mayor que el mal que causa”*.

Por su parte, la enmienda N° 1.451 de la Coalición Democrática consideraba que la eximente se redacte escuetamente del siguiente modo: *“El que obra impulsado por miedo insuperable”*. En la

⁸ Citado por HIGUERA GUIMERA JUAN FELIPE “La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal común y Militar español. Bosch Barcelona 1991, pág. 52.

⁹ Ob. Cit.

¹⁰ BACIGALUPO ENRIQUE.- Notas sobre la Propuesta de Anteproyecto del Código Penal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Monográfico N° 6, V Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Madrid 1983, pág. 56.

justificación de esta enmienda se decía que “La supresión de la referencia a la causa de dicho miedo, “un mal igual o mayor”, coincide con la opinión de los intérpretes que consideran tal alusión.

Fue el anteproyecto de Código Penal de 1992 (Existe una edición del mismo a cargo del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1992) el que daría a la eximente la redacción que tiene el Código Penal Español de 1995. Nuestros legisladores tomaron la redacción del Código de 1944 con sus enmiendas, es decir el Art. 8, inciso 10 y la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, Art. 22, inc. 8, debiéndose también mencionar los Proyectos de septiembre 1989, Art. 25, 8., el Proyecto de Código Penal de julio de 1990, Art. 25.7 y Proyecto de Código Penal Enero de 1991, Art. 20.7.

No esta demás recalcar la importancia que tiene el estudio de los precedentes históricos para la mayor comprensión del Instituto que se pretende investigar. Con acierto el Jurista y eminente Constitucionalista peruano **DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE**¹¹ señala refiriéndose a historia y derecho *“La relación existe, o puede existir, en cuanto hay un pasado en la vida de ese derecho. Es decir el derecho, en cuanto medio regulador de conductas, ha tenido que transcurrir en el tiempo, y por tanto, tiene tras de sí toda una cadena de acontecimientos que constituyen un continuo vital”*.

¹¹ GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO. “Bases para la historia constitucional del Perú”. Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 52, Diciembre de 1998, abril de 1999, pág. 377.

Por tanto no compartimos el criterio del Profesor **HERNÁN HORMAZABAL MALARÉE**, el que al prologar la obra de **DANIEL VARONA GÓMEZ** sostiene que *“el autor en un alarde de sólida formación jurídica rehuye del socorrido recurso de la “parte histórica” con que suelen llenarse las primeras 100 páginas de las tesis doctoral ...”*¹²

En los proyectos españoles, la eximente se encuentra en el de 1980 en el Art. 26° inciso 8°, en el de 1982 en el Art. 8° inciso 7°, en el de 1983 en el Art. 22° inciso 7°, en el de 1983 en el Art. 22° inciso 8° en el de 1992 en el Art. 19° inciso 7 y en el de 1994 en el Art. 21° inciso 6°.

Nuestro Código cambia la redacción de la fuente española cambiando la palabra impulsado por la de compelido que encuentra en el Proyecto peruano de 1990 Art. 25° inciso 7° y en el de 1991 Art. 20° inciso 7°. El Código de 1924 lo prevé en el Art. 85° inciso 3° refiriéndose a la violencia física o amenaza de sufrir un mal inminente. También estuvo previsto en el Art. 31° del Código Penal Tipo para Latinoamérica y en el Código Penal Colombiano Art. 40° inciso 2° y en el Código Penal Ecuatoriano de 1995 Art. 20° inciso 6°.

¹² **VARONA GÓMEZ, DANIEL**; “El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia”, Editorial Comares. Granada 2000, pág. XVI.

CAPITULO II

EL FUNDAMENTO DE LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE

1.- INTRODUCCIÓN.

En esta parte se tratará dos cuestiones fundamentales: que es el fundamento de una eximente y por qué es ésta una cuestión primordial. Sobre lo que se articulará la posterior configuración de la eximente y por qué la discusión debe centrarse en determinado marco teórico; el, constituido por las teorías de filosofía política y moral que sirven de justificación del propio derecho penal (teoría de la pena).

1.1 La importancia del fundamento de una eximente.-

VARONA GÓMEZ ¹³ sostiene que el fundamento de una eximente puede definirse como la razón por la cual el ordenamiento jurídico - penal reconoce o debe reconocer una determinada causa de exención de la responsabilidad criminal en un hecho en principio delictivo. De esta forma, la cuestión del fundamento remite a una pregunta sobre la razón o razones que justifican el reconocimiento legal

¹³ **VARONA GÓMEZ, DANIEL**:: “El miedo insuperable: op. Cit. pág. 7.

de una determinada eximente, en nuestro caso, el miedo insuperable, las que tienen un contenido filosófico moral.

Las razones que hacen relevantes la discusión son el determinar el fundamento de la institución que es presupuesto ineludible del estudio acerca de su naturaleza jurídica que se convierte en criterio rector de su configuración e interpretación.

Por tanto, si el fundamento de una eximente es el presupuesto de su naturaleza jurídica, porque la razón de la exención de pena determinada, a su vez, su inclusión en una u otra categoría del delito, deviene ineludible el tratamiento de la cuestión previa relativa al fundamento del miedo insuperable. En realidad, el fundamento de una eximente es la razón última de su reconocimiento, está también destinado a desempeñar una papel decisivo en su configuración y aplicación, al construir el criterio rector de su interpretación.

VARONA GÓMEZ¹⁴ sostiene con acierto que, allí donde se plantee un problema o dificultad en la configuración y consiguiente aplicación de la eximente de miedo insuperable, deberá el fundamento de la misma servir de guía imprescindible para su resolución. Es decir hay que interrogarse porque razón material o filosófico - moral es preferible una ordenamiento penal que contenga la eximente de miedo insuperable a otro que no la contemple, cobrando por ello superlativa importancia su aplicación jurisdiccional, de donde extraen nuestros

¹⁴ **VARONA GÓMEZ, DANIEL**, El miedo insuperable; op. Cit. Pág.. 8

tribunales toda la serie de requisitos que entienden necesarios para aplicar la eximente de miedo insuperable, y cómo se les dota de contenido, ya que tales exigencias no se encuentran en el texto de la ley. Ciertamente, la parquedad del legislador, al no dar al intérprete indicación alguna sobre el contenido de la eximente de miedo insuperable, dificulta la búsqueda de su fundamento.

La discusión sobre el fundamento de la eximente de miedo insuperable se sitúa en un marco teórico determinado; las teorías de filosofía moral y política que justifican el propio derecho penal, que se ubican en el ámbito de la justificación racional o legitimación de la pena, por lo que reciben tradicionalmente el nombre de “Teoría de la pena”, entre las cuestiones de política criminal desempeñan en la teoría del delito, y el intento de dotar a la cuestión del fundamento de un alcance más amplio que el relativo a la naturaleza jurídica.

El rasgo característico de la dogmática penal de las últimas décadas es la integración de las cuestiones de política - criminal en el aparato conceptual de la teoría general del delito, que se reforma y reinterpreta a partir de los respectivos fines político - criminales que se atribuyen al derecho penal, superando el razonamiento hermenéutico. El punto de partida está contenido en la obra de **ROXIN** “Política Criminal y Sistema de Derecho Penal” y en su monumental tratado donde refiere que “Se debe partir de la tesis de que un moderno sistema de Derecho Penal ha de estar estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas. Pues si la solución

sistemáticamente correcta, aparece como resultado de una valoración previa, estará garantizada de antemano la concordancia entre consecuencia (congruencias) sistemática y la corrección material pretendida, cuya falta ha dado lugar a tantas dificultades¹⁵

SILVA SÁNCHEZ (173) sostiene que en la propuesta metodológica de **ROXÍN** late una visión de la dogmática jurídico - penal ciertamente superadora del modelo positivista muy orientada a poner de relieve los aspectos creadores de la misma. “ es lo cierto que, en la actualidad, pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar consideraciones político - criminales en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías”¹⁶.

BUSTOS RAMÍREZ¹⁷ se adhiere a este planteamiento al indicar que “En definitiva, no se puede hablar de una crisis de la dogmática, sino sólo de una determinada dogmática, aquella puramente conceptual, formal; hoy la dogmática ha de tener además un carácter material y político- criminal. La dogmática ha de ser una dogmática crítica, la única que puede ser adecuada a un Estado Social y

¹⁵ **ROXIN CLAUS**; : Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de Diego- Manuel Luzon Peña y otros. Civitas, Madrid 1997 pág. 217

¹⁶ **SILVA SÁNCHEZ J.M.** (ed.) “Política Criminal y nuevo derecho penal” Libro Homenaje a Claus Roxin J.M. Bosch Editor. Barcelona 1997. Pág.. 18

¹⁷ **BUSTOS RAMÍREZ, JUAN**; : “ Manual de Derecho Penal, parte general . 4ta. Edición PPU Barcelona, 1994 pág. 203.

democrático de Derecho”. Así mismo **MUÑOZ CONDE**¹⁸ afirma que “Dogmática jurídico - penal y Política Criminal están condenadas a llevarse bien”. Igualmente **MIR PUIG**¹⁹ manifiesta que “ La teoría del delito no se halla en efecto desvinculada del fundamento y la función de la pena. Siendo la teoría del delito la que establece los presupuestos generales de la pena, ha de elaborarse “teleológicamente” o mejor, a partir de este significado funcional, y en base, así mismo, a la función social que la Constitución atribuye a la pena. Ello supondrá un planteamiento funcionalista de la teoría del delito”.

ROXIN en su obra precursora sobre Política Criminal y Sistema del Derecho Penal (20) señala que “ Esta rápida marcha por la historia metodológica jurídico - penal ha puesto de relieve que los tres requisitos fundamentales que deben exigirse de un sistema fructífero - claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político - criminales”. Por eso **ROXIN** con gran acierto afirma que “ el delito es antes que nada política criminal, la dogmática está traspasada e informada en ella”²⁰

¹⁸ **MUÑOZ CONDE, FRANCISCO**; : “ Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal” Cuadernos de Política Criminal N° 132, Madrid 1980 pág. 50.

¹⁹ **MIR PUIG, SANTIAGO**; : “ Función de la pena y teoría del delito en un estado social y democrático de derecho” . 2da. Edición Bosch. Barcelona 1982 pág. 41 y 42

²⁰ **ROXIN, CLAUDIUS**; : “Los últimos desarrollos de la Política Criminal, en Política Criminal y estructura del delito (traducción de Juan Bustos y Hernán Hormazabal. Madrid PPU. Barcelona 1992 pág. 9 y 55.

Sin embargo como aclara **VARONA GÓMEZ**²¹ si bien no parece discutible la influencia decisiva que las consideraciones político - criminales juegan en la articulación de las diversas categorías del delito sigue siendo una cuestión debatida que significa exactamente la reconstrucción del delito a partir de tales consideraciones político - criminales que deben participar en esta labor. El propio **ROXIN**²² siente que esta función creativa es constante al afirmar que es cierto que incluso en un sistema teleológico siempre pueden seguir aflorando contradicciones valorativas insatisfactorias en el caso concreto, pero se pueden eliminar mediante correcciones al sistema y precisamente ahí radica el progreso científico en este campo, o, cuando se deban a disposiciones legales vinculantes, ponerlas de manifiesto preparando el trabajo para futuras modificaciones legales.

Ello es particularmente ostensible en la categoría de la culpabilidad, donde ubicamos el miedo insuperable, ya **STRATENWERTH**²³ sostiene que, el estado actual de la ciencia y práctica penal se caracteriza por el descubrimiento y la manifestación del papel que las consideraciones político - criminales, y entre ellas, fundamentalmente los fines preventivos generales, desempeñan en todo el sistema del derecho penal.

²¹ **VARONA GÓMEZ, DANIEL**; : “ El miedo insuperable”, op. Cit. Pág.. 12

²² **ROXIN, CLAUDIUS**; : Derecho Parte General, op. Cit. Pág.. 217

²³ **STRATENWERTH, GÜNTER**; : “El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad”. Madrid 1980 pág. 123.

Al respecto coincidimos con **VARONA GÓMEZ** en afirmar que no se debe extrañar que también por lo que se refiere a la eximente de miedo insuperable, tradicionalmente situada en la categoría de la culpabilidad, se pueda constatar la importancia que alusiones a la prevención general han jugado tanto en su configuración teórica como en su aplicación práctica.

Por esto el fundamento de una determinada eximente, se encuentra en las teorías de justificación del derecho penal, ya que éstas teorías son, precisamente, el resultado de examen acerca de las razones filosófico - políticas que se encuentran en las normas penales.

1.2.- La fundamentación utilitarista del miedo insuperable.-

JOSÉ CID MOLINE Y JOSÉ JUAN MORENO MATEOS²⁴ afirman que “ una ética utilitarista postula el siguiente enunciado: entre las diversas alternativas de acción posibles se ha de preferir aquella que reporte mayor utilidad para la generalidad de los hombres (aquella que aumente la felicidad colectiva). Este principio se constituye en fin último en base al cual un utilitarista deberá proceder a realizar un juicio moral de todas las acciones que frente a otras posibles sean las más funcionales a la satisfacción de tal fin y como moralmente incorrectas aquellas acciones que sean menos funcionales que otras posibles a la satisfacción de tal fin”.

²⁴ **CID MOLINE JOSÉ Y MORENO MATEOS JOSÉ JUAN; : Derecho penal y filosofía analítica (a propósito de Diritto e ragione de L. Ferlayoli). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo XLIV Fascículo I, Madrid 1991 pág. 159.**

Un utilitarista deberá sostener que es moralmente correcto recurrir al derecho cuando este es el mayor instrumento de entre los posibles para aumentar la felicidad colectiva como sostiene J. Bentham, el objeto general que todas las leyes deben tener en común, es aumentar la felicidad total de la Comunidad, y, por tanto, en primer lugar excluir, tanto como fuese posible, todo aquello que tiende a disminuir la felicidad, en otras palabras, excluir al daño.

Los principios de una doctrina de justificación utilitarista son los siguientes:

- a) **Principio de efectividad:** Sólo deben imponerse sanciones penales cuando la violencia producida por el derecho penal es menor que la violencia evitada, como consecuencia de la imposición de tales sanciones.

- b) **Principio de evitación de sacrificio inútil;** nunca puede imponerse una sanción penal si existe un medio menos costoso para la evitación de aquellos comportamientos ofensivos de bienes, principio de última ratio) y nunca debe imponerse una sanción penal más costosa de la necesaria (principio de humanidad). Cualquier exceso de sacrificio es una injustificable disminución de la felicidad de quienes lo sufren.

El principio última ratio reclama la investigación empírica relativa al corte de los diferentes medios de evitación de los comportamientos indeseados, tanto en relación a los medios de evitación (o de tutela) no basados en la coacción, cuando en relación a medios de evitación coactivos, pero basados en la utilización de sanciones de gravedad menor. Las investigaciones relativas a la efectividad de los diferentes medios de tutela es, en la actualidad, una de las más importantes de las desarrolladas por autores utilitaristas.

El principio de humanidad plantea la cuestión de cómo estructurar un sistema penitenciario (sistema de ejecución de penas) para dañar en la menor medida posible a los individuos.

1.3 **Principio de evitación de la violencia arbitraria.**-

El derecho penal debe garantizar que ninguna persona sea sancionada por un comportamiento que no esté taxativamente establecido en la ley (principio de estricta legalidad) y sin que exista un procedimiento justo en el que demuestre su culpabilidad.

Desde esta perspectiva utilitarista existe una doble posibilidad de fundamentar la eximente de miedo insuperable. En primer lugar, la derivada del principio utilitarista del “ mal menor” y en segundo lugar la resultante del principio de efectividad de la persona.

1.4 La fundamentación según el principio del “mal menor”.-

Según este principio, en toda situación de conflicto entre bienes jurídicos en la que uno de ellos haya necesariamente de perecer, debe darse primacía y con ello justificarse aquella acción que suponga la causación de un mal menor y la consiguiente salvaguarda del bien de mayor valor.

Y en relación con la eximente de miedo insuperable puede aplicarse, en principio, en aquellos casos en los que la persona evita con su acción un mal mayor que el que produce con la violación de la ley (Ej. participa en un robo bajo la amenaza de muerte), una doctrina utilitarista procederá a justificar en estos casos la eximente en atención al principio del “mal menor”.

Sin embargo, la fundamentación utilitarista presenta diversas dificultades en cuanto a la fundamentación señalada. La primera es saber que debe formar parte del cálculo de utilidad. En segundo lugar esta la fundamentación utilitarista del miedo insuperable, que quedaría reducida a los casos en que la acción de la persona ocasiona un mal menor, dejando con ello fuera de su ámbito los supuestos de mal igual o mayor.

Sin embargo pueden existir casos en que, obrando por miedo insuperable, se ocasione un mal igual o mayor, existiendo razones

(otras razones distintas de las condensadas en el principio de “ mal menor”) que expliquen la exención de pena.

En tercer lugar, debe destacarse que la fundamentación basada en el mal menor se encontraría posteriormente con el problema de justificar la singularidad de la eximente de miedo insuperable respecto del estado de necesidad, que podría privar a ésta del carácter autónomo.

1.5 **La fundamentación según el principio de efectividad de la pena.** -

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.

La función preventiva del derecho penal se convierte de esta manera en la condición primordial para que esta institución social pueda maximizar la felicidad colectiva, compensando los daños causados por ella con la imposición de castigos.

Respecto a la eximente del miedo insuperable, sería que en las situaciones de la eximente analizada, la persona no es motivable por la sanción penal, debido a las particulares circunstancias en las que se inscribe su acción.

En síntesis: si la persona, como sucede en la situación de miedo insuperable, no es en realidad inmotivable por las normas, resulta difícil aceptar que la eximente de miedo insuperable pueda derivarse sin problemas del principio utilitarista de la efectividad de la pena.

El 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 sea siempre sinónimo de inafectibilidad de la pena, ya que pueden existir argumentos que, en función de la relevancia de consideraciones preventivo - generales, apoyen la denegación o restricción de la eximente.

En definitiva, la pena no tendrá efecto preventivo en el caso de la eximente de miedo insuperable si se tomase como referencia, sólo al concreto afectado por la situación, pero sí podría tener efectos preventivos si la referencia fuese la comunidad por que tendría como resultado la afirmación de la vigencia y respeto de las normas por encima de cualquier otra consideración, con lo cual se robustecería el estándar de comportamientos exigido por el derecho, y así el grado de su cumplimiento. También porque el castigo evitaría que ciertas personas tuviesen la tentación de engañar al Juez con la alegación falsa de alguna eximente y finalmente la imposición de la pena también podría servir para evitar o prevenir las situaciones de miedo insuperable. Es decir la pena tendría aquí un efecto preventivo anterior

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

La crítica al utilitarismo, basada en que esta doctrina conduce al temor penal, sólo parece convincente si se parte de la premisa de que el fin de la pena para un utilitarista es únicamente la prevención de delitos. **VARONA GÓMEZ** ²⁵ sostiene con acierto que felicidad colectiva y prevención son términos intercambiables o sinónimos, pues ello supone una simplificación excesiva del contenido y alcance de la doctrina utilitarista, aclarando que para la doctrina referida el fin de la pena no es en realidad la prevención de delitos, sino la viabilidad del castigo como medio para conseguir una mayor felicidad / utilidad colectiva.

En este sentido **CARLOS SANTIAGO NINO** ²⁶ sostiene que para la concepción moral utilitarista la cuestión es muy clara: la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho algo malo en el pasado (eso ya no se puede evitar), sino para promover la felicidad general. O sea que, para el utilitarismo, una pena está justificada si y sólo si: **a) ella es un medio necesario, en el sentido de que no hay otra forma menos perjudicial para evitar esos males y b) el perjuicio que ella acarrea para su destinatario es menor que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena no se**

²⁵ VARONA GÓMEZ, DANIEL; : “ El miedo insuperable” op. Cit. Pág.,28

²⁶ NINO CARLOS SANTIAGO; : “Introducción al análisis del Derecho” Ariel. Barcelona 1984 pág. 428.

aplicara; La réplica utilitarista ha sido destacada por **GIMBERNAT**²⁷ el que refiere que castigar con el máximo rigor todos los delitos, prescindiendo del distinto trastorno social que producen - que es mayor cuando más valor se atribuye al bien jurídico lesionado y mayor también, respecto de un mismo bien jurídico, en la conducta dolosa que en la culposa - es inadmisibles, en primer lugar, porque la pena - y esta reside en la naturaleza de las cosas - no se puede aplicar derrochadora, sino cautelosamente. si la justificación de la pena es su necesidad, su idoneidad para lograr una vida social soportable es aconsejable que sea ponderada y no sólo tenga como sustento en la culpabilidad, en síntesis el cálculo de la utilidad de la pena no sólo esta en función de la prevención de la pena sino de ser costo social.

Una doctrina utilitarista subrayará los costos sociales que se producirán en la colectividad (esto es, infelicidad, desutilidad) de no contemplar en las leyes penales un sistema de excusas y eximentes que proteja a los ciudadanos de la sanción penal en ciertos supuestos, como el miedo insuperable, en los que la amenaza de la pena no pueda desplegar un pleno efecto motivador sobre las conductas. Ya **CÓRDOBA RODA**²⁸ ha relevado las dificultades de materializar las proposiciones de la tesis utilitarista y **VARONA GÓMEZ**²⁹ afirma que una doctrina utilitarista no puede, a pesar de todo, presentar una

²⁷ **GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE**; : “Tiene un futuro la dogmática jurídico - penal?, en Estudios de derecho penal, 3era. Edición. Madrid. Tecnos, pág. 240 -265.

²⁸ **CORDOVA RODA, JUAN**; : “ Culpabilidad y pena. Editorial Bosch. Barcelona 1977 pág. 34 y 35.

²⁹ **VARONA GÓMEZ, DANIEL**; : El miedo insuperable”. op. Cit. Pág.. 31 y 55.

fundamentación convincente y sólida de las causas de exención de pena, y así , del miedo insuperable. Ello por las siguientes razones : La alusión a los costos sociales derivados de la inseguridad colectiva, dentro de un ordenamiento penal que no contemple causas de exención de pena, no varia con su existencia pues sólo serían garantías frente al poder estatal. En otras palabras, una consecuencia inquietante de la doctrina utilitarista es que, en determinadas ocasiones y en aras de la utilidad colectiva, puede llevar a justifica el encubrimiento de las implicaciones reales de un problema, esquivando con ello la solución que estime inadecuada para el bien común. Nada parece impedir que mediante este mecanismo, se llegue incluso a hacer desaparecer una determinada eximente, críticas que han sido reconocidas por los propios utilitaristas.

También se analiza el problema que plantean aquellos supuestos en los que el incumplimiento de una regla de conducta establecida en aras de la utilidad común, causa en determinadas ocasiones, mayor felicidad que infelicidad. En éstos casos la ética utilitarista debería conducir, en principio, a reconocer tal excepción como parte de una nueva norma de conducta, pero ello, a su vez, podría provocar, consecuencias perjudiciales, al disminuir el rigor de la regla general. Entonces, la conclusión utilitarista, expresada con cautela, parecería ser ésta: la opinión de que el secreto puede convertir en correcta una acción que de otra manera no lo sería debería ella misma ser mantenida en secreto.

Esto es cierto, pero también parece evidente que entre el extremo de reconocer un completo sistema de causas de exención de la pena y su total derogación existen puntos intermedios que una doctrina utilitarista podría justificar. Otra de las razones es la inseguridad colectiva que un utilitarista esgrime en defensa, presenta el fundamental inconveniente de que solo parece un argumento decisivo si la cantidad de afectados por ella es lo suficiente importante como para equilibrar la mayor eficacia preventiva de un derecho penal menos garantista.

En definitiva, una fundamentación utilitarista de las eximentes penales, y así del miedo insuperable, basada en la ineffectividad de la pena, no puede evitar, la conclusión de que en determinados casos puede ser mas efectiva y útil (contribuir en mayor medida a la felicidad general) su no reconocimiento o aplicación debido al decisivo peso que esta doctrina atribuye a las necesidades de presión general, sino fundamentalmente porque la defensa de los derechos y garantías de la persona que ésta doctrina lleva a cabo 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 sólo punto de andaje en el sistema penal.

En síntesis: si es el carácter de tales garantías y su importancia para los derechos individuales lo fundamental entonces cabe preguntarse por qué no nos desembarazamos de la peligrosa

argumentación indirecta y ponemos los derechos en primer lugar, como cuestiones de principio inquebrantables en función de pretendidas alusiones a la felicidad o la utilidad colectiva. **VARONA GÓMEZ**³⁰ sostiene que “ Esta sería la estrategia adecuada para asegurar las garantías y derechos individuales, y así para lograr una fundamentación sólida de las eximentes y, en nuestro caso, del miedo insuperable”.

Conclusión: La doctrina utilitarista no fundamenta sólidamente la eximente de miedo insuperable.

Por todo lo expuesto, la doctrina utilitarista, más allá de los casos de evitación de un mal mayor (principio del mal menor), no está en condiciones de fundamentar de una forma convincente y sólida la eximente de miedo insuperable.

Con ello se aprecia que la eximente de miedo insuperable no es una cuestión de maximización de la felicidad colectiva, ni tampoco un problema de efectividad o ineffectividad de la pena como mecanismo de prevención general de los delitos. El miedo insuperable plantea una cuestión de justicia, esto es, de reconocimiento de una causa de exención de la pena por motivos distintos a la utilidad común y ligados así al respeto de los derechos de los individuos.

La fundamentación de la eximente de acuerdo a una doctrina de justificación Mixta o del merecimiento (retribucionista).

³⁰ **VARONA GÓMEZ, DANIEL**; : “El miedo insuperable” op. Cit. Pág.. 36

Si una doctrina utilitarista no puede fundamentar sólidamente la eximente de miedo insuperable, la fundamentación de esta eximente debe situarse en una doctrina de justificación del derecho penal que proclame un principio inquebrantable, la exigencia de la responsabilidad individual.

La eximente de pena, y entre ellas de la que analizamos, plantean una cuestión que concierne a la distribución individual del castigo, pues tratan en definitiva de precisar a quien puede o no castigarse penalmente.

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 costos o beneficios sociales como base de su reconocimiento, y por otro lado, cimentar la eximente sobre la base del principio de responsabilidad individual (culpabilidad), lo que plantea el contenido del principio de responsabilidad individual.

Tradicionalmente este principio se ha construido a partir de las ideas de voluntariedad o libertad de elección de la persona, afirmándose que el principio de responsabilidad o culpabilidad exige que sólo se penen las acciones voluntarias o libres de las personas. Este principio exige que la persona sólo sea castigada penalmente cuando haya tenido una justa oportunidad de evitar la comisión del delito.

VARONA GÓMEZ³¹ afirma que naturalmente, en la aclaración del significado de estas referencias a la afección de la libertad o voluntad de la persona o a la ausencia de una “justa oportunidad” de obrar conforme a derecho, se encuentra el gran reto que esta fundamentación de la eximente de miedo insuperable plantea: pues la vaguedad de estos conceptos impediría seguramente que el fundamento desempeñase la importante labor de guía interpretativa que debe cumplir.

1.6 Ausencia de intencionalidad.-

Una interpretación de la fundamentación de la eximente de miedo insuperable basada en la afectación de la voluntad de la persona, podría consistir en destacar que el hecho ejecutado por miedo a tener ante un determinado mal, es un hecho no intencional; es decir, no doloso

Sin embargo no parece convincente que la acción realizada por miedo insuperable sea una acción no intencional y con ello no dolosa. El dolo exige el conocimiento por parte del autor de la situación fáctica, y el elemento volitivo consistente en el mero querer la acción realizada, sea cual sea el móvil último del autor. Ambos elementos están en la acción típica de miedo insuperable, porque el que obra por miedo y para evitar un mal que le amenaza, sabe cuál es la finalidad de

³¹ **VARONA GÓMEZ, DANIEL**; : “ El miedo insuperable..” op. Cit. Pág.. 41

su acción y la realiza por ello intencionalmente y es en todo caso una mala interpretación de la eximente.

1.7 Anulación de las facultades de acción.-

Otra interpretación de la alusión de la libertad de la persona como fundamento a la afección de la libertad de la persona como sustento de la eximente que estudiamos consiste en equiparar tal afección con la anulación de las facultades físicas de actuación de la persona, que equivaldría a aquellas situaciones en las que una fuerza física irresistible obliga a la persona a actuar de una manera determinada, determinándose el paralelismo entre éstas. Sin embargo esta equiparación parte de un presupuesto fáctico erróneo que como manifiesta **MUÑOZ CONDE** y **GARCÍA ARAN**³² En principio refiriéndose al miedo insuperable esta eximente recuerda a una causa de inimputabilidad o incluso de ausencia de acción, por cuanto el miedo es un estado psíquico que puede llevar, incluso, a la paralización total del que lo sufre. Sin embargo, el miedo al que aquí se alude es aquel que, aun afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una opción o una posibilidad de actuación (amenaza, situación de peligro para la vida, etc.) “ insuperable” quiere decir aquí superior a la exigencia media de soportar males y peligros.

³² **MUÑOZ CONDE FRANCISCO - GARCÍA ARAN, MERCEDES; : “ Derecho penal, parte general, 4ta edición. Tiranch lo blanch, Valencia 2000, pág. 450 y 451.**

Sin embargo las ejecutorias españolas han pretendido unificar la eximente en estudio, pues en algunas sentencias han mantenido una concepción sobre la eximente de miedo insuperable basada en la anulación de las facultades físicas de actuación de la persona y especialmente en aquellas que se refieren a la “anulación de la voluntad” y que sustentan una práctica inhibición de la conducta, de “verdadera inhibición mental habla la sentencia (STS 20-4-1959, RAJ 1339) que “ se mueve a impulsos del propio temor o pánico STS 30-9-1993-RAJ 20-3-1958. Alguna que incluso sostiene que “ es preciso: a) que el miedo haya obnubilado la mente del agente, privándole de su capacidad de raciocinio o de su libertad de decisión y determinación, de tal modo que actúe galvanizado y trastornado por el temor..” STS 15-4-1980 (RAJ 12883).

En el Código español vigente de 1995 el informe sobre el anteproyecto del Código Penal de 1992 reproducido en el de 1994³³ se sostiene que: en cuanto a la fuerza irresistible, se entendía por la mayor parte de la doctrina que constituía una causa de ausencia de acción, innecesaria, pues lo que pretendía excluir de la pena quedaba ya fuera de ella por la simple aplicación a contrario de la definición del delito. La interpretación mayoritaria partía de que fuerza irresistible es aquella que no se puede resistir, sino de lo que no se tiene la obligación

³³ Informe sobre el anteproyecto de Código penal de 1992, del consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Política Criminal, N° 48 1992, Edersa, Madrid, pág. 708.

33-A “El miedo insuperable en la Jurisprudencia” en Revista Peruana de Ciencias Penales N° 2, 1993, pág. 641.

de resistir. De este modo se convertía en una autónoma causa de inexigibilidad, distinta del miedo en cuanto en ella, ante el dolor físico presente, se prescindía de toda referencia a la exigencia de proporcionalidad ante el mal que se sufre y el que se causa.

Desaparecida en el Código español de 1995 20.6 la exigencia de proporcionalidad en el miedo insuperable, la eximente aquella ya resultaba claramente superflua y lo propio debería ocurrir en nuestro país.

1.8 Anulación de las facultades psíquicas. Situación de inimputabilidad.-

Otra interpretación posible de la afección de la libertad consiste en comprenderla como la anulación de las facultades psíquicas de la persona y lo que implica un impacto psíquico de tal magnitud que se ven anuladas sus facultades cognoscitivas y volitivas, encontrándose en una situación de inimputabilidad momentánea, que en España es la posición dominante, criterio que también ha sido adoptado por la Jurisprudencia Nacional 33 -A. En España la STS 5-7-1993 (RJA 5874) que alude a que “el miedo insuperable requiere la existencia de un pavor o un pánico que altere la psiquis o provoque un trastorno anímico intenso, anulándose la voluntad y la conciencia en virtud del terror invencible. Así mismo la STS 7-11-1996, (RJA 8190) que dice “la eximente de miedo insuperable debe sobrepasar, para ser causa de exclusión de la responsabilidad criminal, los límites del terror

corriente”. Esta interpretación que tiene fundamento psicológico, ya que interpreta “insuperable” como insuperable psicológicamente, no se adecua a la naturaleza normativa de lo insuperable y debe ser rechazada porque conduce a una gran restricción de la eximente.

También la fundamentación psicológica de la eximente de miedo insuperable presenta un grave problema de determinación, pues siendo el miedo una emoción que se caracteriza por no dejar rastro en la psique de la persona (salvo supuesto de enajenación mental), una vez pasado el peligro o amenaza ¿Cómo se va a calibrar (a posteriori) la existencia de una situación de inimputabilidad momentánea?. **VARONA GÓMEZ**³⁴ con razón sostiene que si lo decisivo, es decir, si lo que fundamenta la eximente, es la presencia de una situación de inimputabilidad momentánea, la labor del Tribunal Supremo - refiriéndose al español - debería consistir únicamente en la constatación de la existencia o no de tal grado de impacto psíquico, sin requerir además toda una serie de requisitos de índole normativa, como son, por ejemplo cierta ponderación entre los males, la obligación de tolerar el peligro por parte de determinadas personas, la amenaza de un mal ilícito o injustificado, etc. Ello supone un atentado contra el principio de culpabilidad.

Por último conlleva un grave problema de culpabilidad entre eximentes, ya que equipara al miedo insuperable con el trastorno mental transitorio contemplado en el Art. 20.1 del Código Penal,

³⁴ **VARONA GÓMEZ, DANIEL**; : “ El miedo insuperable.. Op. Cita. Pág.. 47.

permitiendo la absorción de la eximente más genérica del trastorno a la de miedo, quedando como una eximente superflua. En síntesis el miedo es psicológico y lo insuperable es normativo.

1.9. Limitación o disminución relevante de la libertad de elección : la inexigibilidad de otra conducta.-

Constituye la disminución relevante de la libertad de elección o voluntad de la persona afectada por la situación de miedo. Lo decisivo en las situaciones de miedo insuperable no es la anulación de las facultades (de actuación o volitivas) de la persona, sino que debido a las circunstancias que presionan su actuación (la amenaza de un mal), esta se ve decisivamente coaccionada, y con ello , sus posibilidades de actuación se ven limitadas de forma penalmente relevante.

VARONA GÓMEZ³⁵ anota que es esta razón por la que las eximentes tradicionalmente comprendidas bajo la genérica de vis moral (esto es, el estado de necesidad y el miedo insuperable), han planteado desde siempre graves problemas a la doctrina penal a la hora de su fundamentación; pues su singularidad estriba en que, éstos son casos en los que la persona, conscientemente, elige violar la ley penal.

³⁵ VARONA GÓMEZ, DANIEL; : “ El miedo insuperable.. Op. Cit. Pág.. 49.

La vis moral es un problema mucho más arduo (que la violencia física) consiste en la coacción de la voluntad por tener a un mal inminente decía **JIMÉNEZ DE ASUA**³⁶

MIR PUIG³⁷ sostiene coincidente con esta tesis que el miedo insuperable no excluye la voluntariedad de la acción, sino que la priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse penalmente al sujeto. En realidad no puede aplicarse una pena cuando la persona no tenga una justa oportunidad de ajustar su comportamiento al imperio legal.

Resulta necesario explicar que el fundamento de la eximente de miedo insuperable en la limitación de la voluntad o libertad de elección de la persona es sólo un aspecto, pues resta explicar porqué la disminución de la libertad de elección en cierto grado se convierte en relevante para el derecho penal.

Se ha intentado una explicación en el terreno psicológico, que con exceso conduce a la exigencia de anulación de las facultades psíquicas de la persona, esto es, un estado de inimputabilidad momentánea, que se ubica en un parámetro de evaluación puramente cuantitativa, o a una disminución de las facultades psíquicas de la

³⁶ **JIMÉNEZ DE AUSA, LUIS/ ANTON ONECA, JOSE; : Derecho Penal conforme al código de 1928, Madrid 1929, pág. 254.**

³⁷ **MIR PUIG,SANTIAGO; : Derecho Penal, parte general, quinta edición, Barcelona 1998, pág. 621.**

persona, lo que no explica satisfactoriamente que el miedo insuperable sea una eximente y no simplemente una atenuante.

Por esto como afirma **GÓMEZ BENITEZ**³⁸, en la doctrina penal en el desplazamiento de la eximente desde una noción psicológica a otra normativa se puede hallar la frecuente confusión entre la actuación por “ miedo insuperable” y la realizada en “ estado de necesidad”. Creemos que este es el camino correcto pues en las situaciones de miedo insuperable el aspecto decisivo no reside en la cantidad de presión psíquica que recibe el afectado (criterio cuantitativo), sino que estamos ante una cuestión sobre las exigencias normativas que puedan y deben requerirse de la persona que se encuentra en esa situación de presión (miedo) que limita su voluntad o libertad de elección.

Las exigencias normativas se resumen en los conceptos de razonabilidad o inexigibilidad, que expresan el núcleo normativo, por lo que lo de insuperable debe interpretarse como insuperable normativamente.

VARONA GÓMEZ³⁹ afirma con certeza que la delimitación del punto a partir del cual la limitación de la libertad de elección (que acontece en las situaciones de amenaza de un mal) pasa a ser relevante

³⁸ **GÓMEZ BENITEZ, JOSE MANUEL**; : “ Teoría Jurídica del Delito, Derecho penal, parte general. Civitas, Madrid 1988 pág. 430.

³⁹ **VARONA GÓMEZ, DANIEL**; : “ El miedo insuperable.. Op. Cit. Pág.. 53.

en derecho penal, es una cuestión normativa, que requerirá la delimitación de toda serie de condiciones bajo las cuales, la conducta realizada se estimará razonable y, por tanto, inexigible el cumplimiento del mandato penal. Fundamentación que considero correcta. Sin embargo, la fundamentación de la eximente en base al principio de inexigibilidad ha sido criticada por dar, lugar a una confusión terminológica, pues al situarla en la culpabilidad, no se correspondería con el hecho de que el ordenamiento penal, al declarar la conducta injusta o antijurídica, en realidad si puede exigirla.

MIR PUIG⁴⁰ afirma que “ En paridad, desde el punto de vista terminológico, la expresión “ no exigibilidad no resulta muy afortunada porque oscurece el hecho de que la conducta “ no exigible” si se reclama por el derecho. Podría decirse perfectamente que el Derecho “exige” la conducta heroica, aunque no considere “ penalmente responsable a quien la omite”. Sin embargo, la expresión “ no exigibilidad” se ha impuesto en la doctrina y ciertamente posee fuerza pública, por lo que, con la reserva apuntada, seguiremos utilizándola, por lo que tal vez el problema podía mejorarse sustituyendo la mención a la inexigibilidad por la alusión a la razonabilidad de la conducta.

⁴⁰ **MIR PUIG, SANTIAGO**; : “ Derecho Penal, parte general op. Cit. Pág.. 617.

SILVA SÁNCHEZ⁴¹ cuya crítica resulta más aguda sostiene que como lo antijurídico marco lo exigible por el derecho penal, no puede fundamentarse la exención de la pena por falta de culpabilidad alejando la inexibilidad de la conducta. Sin embargo lo verdaderamente importante es explicitar la idea que se encuentra tras la alusión a estos principios como fundamento de la eximente de miedo insuperable.

Conclusión.- El fundamento de la inexibilidad: la preferencia legislativa por los propios intereses.

En realidad se eximirá de pena por miedo insuperable cuando la persona amenazada por un mal igual o mayor que le provoque miedo, solucione razonablemente el conflicto al que se enfrenta, de tal manera que podamos afirmar que le era inexigible el comportamiento conforme a ley, debiendo interpretarse insuperable como aquel miedo que el ordenamiento penal no exige superar. En síntesis la razonabilidad o inexibilidad aportan tan sólo una aparente fundamentación, de la exención de la pena, pues debe interrogarse porqué la actuación de la persona era razonable y por tanto no podía exigírsele otra conducta.

BALDO LAVILLA⁴² sostiene que estos principios son sólo matemáticos y que deben responder a verdaderos principios

⁴¹ **SILVA SÁNCHEZ, JESÚS - MARÍA**; : “ consideraciones sobre la Teoría del delito, Ad. Hoc. Buenos aires. 1998, pág. 239.

⁴² **BALDO LAVILLA, FRANCISCO**; : Estado de necesidad y legítima defensa, J.J. BOSCH editores 1994, Barcelona pág. 163.

axiológicos. ¿ Qué es en definitiva, lo que se encuentra tras el reconocimiento del principio de razonabilidad (o el principio paralelo de inexigibilidad) como fundamento del miedo insuperable?.

Lo cierto es que tiene que ver con el más amplio reconocimiento de la libertad del ciudadano frente al poder estatal y forma parte de los mecanismos que el ordenamiento penal contempla para proteger más eficazmente la libertad de los ciudadanos, por cuanto suponen una reafirmación del valor de la libertad de los ciudadanos, porque les permite plantear su futuro libre de las injerencias imprevistas del poder estatal, aunque cierta, sin embargo, es demasiado genérica para servir de punto de partida de la eximente que analizamos. Así mismo debemos destacar que esta eximente supone el reconocimiento de la existencia de un doble nivel de valoración (o enjuiciamiento de las acciones) presente en nuestra sociedad, basado en la diferencia existente entre el 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.

VARONA GÓMEZ⁴³ afirma que en la especial posición del autor en el conflicto (su implicación), lo que puede permitir una resolución parcial del mismo, es decir, una resolución que pase por dar mayor peso o valor a unos determinados intereses, por los que el autor se siente especialmente afectado o vinculado. Por tanto, lo decisivo es

⁴³ **VARONA GÓMEZ, DANIEL**; : “El miedo insuperable... op. cit. Pág.. 58.

que la eximente de miedo insuperable, si el conflicto no se resuelve de forma imparcial, debe apelarse a la preferencia subjetiva del autor por los bienes en peligro para explicar y así fundamentar la exención de la pena. El principio de inexigibilidad por 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 decirse, trasladándonos a la perspectiva del concreto individuo afectado por la situación del miedo. Por eso el ordenamiento debe reconocer que nuestros intereses son para nosotros más valiosos, que los de un extraño.

En definitiva, los principios de razonabilidad e inexigibilidad implican el reconocimiento de la separación entre persona y ciudadano (o si se prefiere individuo y estado) y esta separación da lugar a un doble nivel de valoración y a la consiguiente existencia de compromisos asimétricos, esos, compromisos con diferente alcance según si se basan en un juicio parcial o imparcial.

Para ilustrar esta problemática se introdujo en el debate filosófico una nueva terminología, que diferencia entre “razones neutrales del agente” y razones relativas del agente”, que puede ser trasladada al derecho penal para explicar la exención de pena en el supuesto de miedo insuperable; con lo que se alcanzaría el ideal de coexistencia entre intereses particulares y colectivos.

Por tanto la acción llevada a cabo por miedo insuperable queda exenta de pena, no porque sea inevitable (física o psicológicamente)

que un individuo prefiera sus intereses a los de sus seres queridos sobre los demás, sino porque por lo menos algunas veces no es digna de castigo.

En síntesis nos encontramos ante un conflicto que afecta los intereses particularmente cercanos al autor, por lo que éste lo resuelve de forma parcial, esto es, dando mayor valor a los bienes por lo que se siente ligado. La base de los principios de razonabilidad o inexigibilidad y, por tanto, el fundamento de la eximente de miedo insuperable es el preferente legítimo por los propios intereses, legítima porque se corresponde con unos valores que, por ser inherentes a la autonomía de la persona son dignos de protección. Hay ocasiones, pues, en las que la preferencia por los propios intereses es legítima, y la eximente de miedo insuperable pretende cobijar estos casos, que no radica en que la persona se encuentre fuera de sí, sino al contrario, en que con su actuación demuestra unas preferencias morales (razones) que estimamos no dignas de castigo. La razón relativa al agente es, pues, una razón (deontológica) que expresa una determinada valoración normativa.

Esta es en definitiva, la diferencia esencial entre el miedo y las demás emociones, el legislador penal ha destacado de entre todos los estados emotivos, el miedo, no por su incidencia en la psique de la persona (ya que ésta puede ser de hecho, idéntica a las demás y podría haberle conducido a declarar también a la exención de pena de por

ejemplo, la “ira insuperable”); sino porque este sentimiento es el reflejo de unos valores que, una sociedad liberal que se tome en serio la diferencia entre individuo y estado, no puede desconocer.

CAPITULO III

CONCEPTO MEDICO - PSIQUIÁTRICO Y PSICOLÓGICO DEL MIEDO.

El artículo 20 inciso 7) del Código Penal peruano de 1991 dice:

“Esta exento de responsabilidad penal”

7) El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

El solo enunciado de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad penal ya deja entrever el trasfondo psicológico que subyace en toda la problemática que la existencia del miedo suscita.

Génesis del Miedo.- El hombre inicia sus primeros pasos en el campo del miedo, el desarrollo y evolución va enriqueciendo la emoción, diferenciando el miedo de la angustia, existe un miedo normal y situaciones patológicas de miedo agudas o crónicas.

El Psiquiatra **JOSÉ ANTONIO GARCÍA ANDRADE**⁴⁴ manifiesta que el miedo está en íntima relación con los instintos de conservación, de tal forma que tiene su embrión en los movimientos de

⁴⁴ GARCÍA ANDRADE JOSÉ ANTONIO: “ Reflexiones sobre responsabilidad médica”, EDERSA, Madrid 1998 pág. 83 y 84.

huida de los protozoos ante situaciones del entornos desfavorables, actitudes que se van enriqueciendo según se asciende en la escala animal desde la ameba, encontrándose pues el miedo, la huida y la conservación íntimamente relacionadas entre sí mismas.

El hombre inicia sus primeros pasos en el campo del miedo desde el nacimiento, encontrándose protegido y amparado por su madre, pero al tiempo desprotegido y desamparado por su ausencia, lo que genera una sensación primaria arcaica y primitiva, de lo que más tarde será el sentimiento del miedo.

Concepto.- El miedo es una reacción psíquica que afecta nuestro organismo inhibiéndolo o provocando reacciones anómalas e inesperadas, que tiene por base la perturbación anímica, que desencadena la emoción estética del miedo, sufrida por un sujeto. Es la más antigua de todas las emociones humanas y se remonta a tiempos ancestrales. **ARISTÓTELES** la definía como “la espera de un mal”⁴⁵.

QUINTANAR DÍEZ, sostiene que el miedo es la emoción choque de defensa ante un peligro inminente (real o putativo), normalmente externo, reconocido como tal por el individuo que lo padece.⁴⁶ El mismo autor manifiesta que “La aproximación al fenómeno del miedo desde una perspectiva médico - psicológica y

⁴⁵ **ARISTÓTELES: Ética a Nicomaco, Clásicos Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, edición bilingüe por María Araujo y Julián Marias, Madrid 1985 pág. 41**

⁴⁶ **QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: “La eximente de miedo insuperable” EDERSA, Madrid 1998, Pág. g. 41.**

psiquiátrica nos resulta obligada..”⁴⁷ Opinión que es compartida por **JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERA** ⁴⁸ que considera que una discusión sobre este concepto presupone acudir a una base psicológica y psiquiátrica.

Sin embargo **MARÍA LUISA CUERDA ARNAU** ⁴⁹ sostiene criticando a Higuera que dicha afirmación resulta excesiva, pues, según cree, hay que huir - en la medida en que sea posible, y en este caso lo es- de interpretaciones que conviertan los términos típicos en expresión de un lenguaje formalizado e inaccesible para la mayoría, que, de este modo, se ve privada de la garantía representada por la posibilidad de conocimiento de la ley, que debe ser favorecida a través del empleo en ella del llamado lenguaje común.

Pero **CUERDA ARNAU** citando a Higuera, **MARTÍNEZ VAL** ⁵⁰ y **AYALA** ⁵¹ sostiene - parece contradictoriamente a lo expresado anteriormente - que el estudio del miedo desde las perspectivas

⁴⁷ QUINTANAR DÍEZ, MANUEL: op. Cit. Pág.. 39

⁴⁸ HIGUERA QUIMERA, JUAN FELIPE: “La eximente de miedo insuperable en el derecho penal común y militar español”. Editorial Bosch 1991, pág. 23.

⁴⁹ CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA: El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad”. Universidad de Valencia, 1997, pág. 83.

⁵⁰ MARTÍNEZ VAL JOSÉ MARÍA: “ El miedo insuperable”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1963, N° 215, pág. 54 y 55.

⁵¹ AYALA GÓMEZ, IGNACIO: “El concepto de miedo en la circunstancia 10 del artículo 8 del código Penal. En Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la Memoria del Profesor D. Juan del Rosal. Pág. g. 91 y siguientes.

señaladas permite dotar de mayor solidez a la afirmación, de sentido común, de que el miedo es susceptible de ser dividido, según su intensidad en diversos grados.⁵²

Con más pesimismo **MARTÍNEZ VAL**⁵³, sostiene que cuando se adentra uno en las páginas de médicos y psicólogos que han tratado sobre el miedo se advierte en seguida, como acontece en tantos otros sobre temas psicológicos y psiquiátricos, que andamos entre nebulosas, entre falta de precisión en los conceptos, apenas disimulada por una superabundancia terminológica que, en definitiva fracasa como instrumento explicativo.

El médico legista español **PIGA** manifiesta que “El sentido científico de las nociones psicológicas es asaz pequeña para explicarnos el cuadro poliforme de los estados de temor⁵⁴ .

De hecho, en la doctrina es mayoritaria la opinión de quienes estiman que el miedo a que se refiere el Art. 20 inciso 7° del código penal, especialmente la dogmática española, importante por ser fuente de la nuestra, es de que no es el terror o el pánico que altera la imputabilidad del sujeto, lo que convertiría en superflua la eximente,

⁵² CUERDA ARNAU MARÍA LUISA: op. Cit. Pág.. 83.

⁵³ MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA: op. Cit. Pág.. 54.

⁵⁴ PIGA A., : “algunos datos para el estudio de la circunstancias de miedo insuperable”, anuario de Derecho penal y Ciencias penales” Tomo III, fascículo I, 1950 pág. 44 t sigtes.

sino el que altera la capacidad de decisión. No es tampoco aquel miedo leve que induce a la prudencia o la cautela, sino de otro de mayor entidad que afecta de modo serio la libertad de determinación pero sin que sea necesario para que anule la capacidad intelectual o volitiva del sujeto.

El miedo presenta unos aspectos que son susceptibles de graduación atendiendo a las consecuencias psíquicas y somáticas que provoca.

El fenómeno del miedo puede llevar consigo cuatro componentes principales: **a)** la experiencia subjetiva del temor, **b)** las modificaciones asociadas, **c)** las manifestaciones asociadas, **c)** las manifestaciones exteriores del miedo y **d)** las tentativas de evitación o huida de ciertas situaciones en una misma persona.

Se trata de una reacción emotiva que depende no sólo de la gravedad del mal con que se amenaza (elemento objetivo), sino de las especiales circunstancias de la persona que lo padece.

Sobre la motivación en el terreno psicológico se ha escrito mucho, sino, sólo la obra de **COFER Y APEEY** contiene una bibliografía de mas de 2 mil obras, por tanto es inabarcable, pero ello no impide trazar unas líneas generales.

La naturaleza eminentemente subjetiva del concepto de miedo implica, como consecuencia lógica, que, sus efectos varíen según los individuos y las circunstancias, incluso pueden desencadenarse reacciones alternativas.

Diferente es, por el contrario el concepto que adopta parte de la jurisprudencia nacional, que ha optado por una interpretación restrictiva por cuya virtud, el miedo debe producir una perturbación psíquica equivalente al trastorno mental transitoria que determina la imputabilidad, haciéndola superflua. Toda vez que el concepto de miedo, al igual que otros conceptos de la parte general del Derecho penal, carece de respuesta en la ley, pues el Código Penal no proporciona una premisa, sino puntos de apoyo para el desenvolvimiento teórico del concepto.

Según refiere **IGNACIO AYALA GÓMEZ**⁵⁵ si el miedo es una realidad psicológica parece imposible determinar su naturaleza sin hacernos cargo de su intensidad, lo que obliga a dilucidar cuestiones de psicología.

MIRA Y LÓPEZ⁵⁶ ha puesto en evidencia que el miedo puede diversificarse en varias etapas o grados, que son según el citado autor los siguientes:

⁵⁵ **AYALA GÓMEZ, IGNACIO:** op. Cit. Pág.. 92

⁵⁶ **MIRA Y LÓPEZ EMILIO:** “Cuatro Gigantes del alma”, 7a ed., Buenos Aires, Librería el Ateneo, Ed. Argentina 1969, pág. 54 al 62.

1a fase: la prudencia; en la que el sujeto pretende pasar desapercibido, tendiendo a autojustificarse y racionalizar la circunstancia.

2a fase: O estado de la cautela; en la que el individuo en situación de desconfianza domina intelectualmente la situación, pero le invade el pesimismo.

3a fase o de Alarma; en la que ya predomina la sensación de insuficiencia, se pierde claridad y el sujeto desconfía plenamente.

4a fase, de angustia; en la que la unidad intencional se desorganiza, reduciendo las posibilidades de reacción, con desequilibrio de los procesos de excitación e inhibición, comenzando el di encéfalo a adquirir su dominio sobre la corteza cerebral, en plena tempestad visceral. El sujeto cree perder la cabeza, comenzándose a mezclar el temor con el furor.

5a fase o estadio del pánico, en la que la conducta se automatiza, apareciendo incluso crisis convulsivas histeroepileptiformes en plena invasión del miedo, el que incluso y de forma paradójica puede llevar a conductas sorprendentes y crepusculares, con reducción de los niveles de conciencia, dominando la personalidad profunda.

6a fase o del terror, en la que el individuo ha perdido no sólo la intelección y sensibilidad afectiva, sino toda su potencia motriz y de memoria.

Esta clasificación ha sido recogida recientemente por el psiquiatra español **GARCÍA ANDRADE**⁵⁷.

El fenómeno del miedo puede llevar consigo cuatro componentes principales: **a)** la experiencias subjetiva del temor, **b)** las modificaciones asociadas, **c)** las manifestaciones exteriores del miedo y **d)** las tentativas de evitación o huida de ciertas situaciones en una misma persona.

Se trata de una reacción emotiva que depende no sólo de la gravedad del mal con que se amenaza (elemento objetivo), sino de las especiales circunstancias de la persona que lo padece, conforme indica **QUINTANAR DÍEZ** citando a Gregory, R. L.⁵⁸ Siguiendo el criterio de **AYALA GÓMEZ**⁵⁹ podemos sintetizar desde la sicología de la motivación, que explica no lo que al sujeto le sucede en su organismo y psique cuando sufre o tiene “miedo”, sino qué incidencia en su conducta comporta, conviene retener lo siguiente:

⁵⁷ **GARCÍA ANDRADE, JOSÉ: op. Cit. Pág.. 86 - 1854.**

⁵⁸ **QUINTANAR DÍEZ, MANUEL, op. Cit. Pág.. 45.**

⁵⁹ **AYALA GÓMEZ, IGNACIO: op. Cit. Pág.. 98 y 99.**

- a) **el miedo es un factor motivacional.** Bien que se le conciba como instinto, emoción, pulsión primaria o secundaria, lo evidente desde el terreno experimental es que el miedo, o los miedos, inciden en el proceso de motivación de todo individuo.
- b) **La conducta del individuo viene normalmente determinada** (no “Falsamente “ determinada) por las situaciones de conflicto en las que se encuentra en la dualidad ejercida sobre su persona por la presencia de dos estímulos de signo contrario. El miedo, o miedos, se halla presente en multitud de situaciones, actuando como factor de signo negativo que o bien activa al sujeto a su evitación (huida) o bien le supone el paso que da la acción de evitación para suprimir tal estímulo (agresión).
- c) **La resolución de este conflicto motivacional en el que se encuentra es el resultado de distintos factores:** intensidad de los estímulos, factores de índole personal del sujeto (capacidades aprendizaje, hábitos, habilidades, conocimiento, oportunidades). Por ende, cuando el miedo o miedos se halla presentes en un conflicto motivacional son estos factores, en su conjunto, los que determinarán la respuesta desarrollada por el sujeto.
- d) **Por tanto,** si el miedo no está presente en la experiencia o situación concreta de un individuo (de la clase que sea aquél),

puede decirse que no está influyendo en el proceso motivacional o lo que es lo mismo, que suprimido el miedo, la respuesta del sujeto a su situación de conflicto será distinta de aquella observada cuando el miedo está presente como tal factor.

En síntesis la naturaleza eminentemente subjetiva del concepto de miedo implica, como consecuencia lógica, que sus efectos varíen según los individuos y las circunstancias, incluso puedan desencadenarse reacciones alternativas en una misma persona.

CAPITULO IV

CONCEPTO NORMATIVO DE “MIEDO INSUPERABLE”.

El miedo es una realidad psíquica, pero el “miedo insuperable” es ya un concepto jurídico.

La insuperabilidad es explicada por la doctrina a través de dos tesis:

Las tesis objetivas que recurren a parámetros o referencias de índole objetiva a los efectos de determinar la insuperabilidad y es la mayoritaria en doctrina.

RODRÍGUEZ DEVESA⁶⁰ sostiene que la insuperabilidad y el mal han de interpretarse objetivamente. Insuperable es el temor que hubiera determinado a una persona de constitución psíquica sana y reacciones normales a actuar en las mismas circunstancias como lo hizo el que obró por miedo. El mal igual o mayor que se trata de evitar ha de ser real, serio, inminente.

El criterio decisivo resulta del hombre medio situado en el momento y circunstancias del autor.

⁶⁰ **RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA/ SERRANO GÓMEZ ALFONSO: “Derecho Penal Español, Parte General, Décimo sexta edición, Madrid, 1993 pág. 647.**

M. COBO DEL ROSAL / T. S. VIVES ANTON⁶¹ **TESIS UNMSM** sostiene que la insuperabilidad, dado el miedo con que se opera, no puede ser entendida en sentido técnico - psicológico, como imposibilidad de vencimiento o apartamiento de un determinado estado emotivo, sino en sentido deóntico, como inexigibilidad. La valoración de los estados emotivos debe realizarse a través de los preceptos legales que regulan el trastorno mental transitorio y las atenuantes pertinentes.

ANTON ONECA⁶² argumenta que el precepto no trata de conceder un privilegio a los cobardes, el requisito de la exigibilidad, o sea la conducta exigible por ser presumible en el hombre medio.

MUÑOZ CONDE⁶³ reitera que el miedo insuperable es un requisito objetivo. **CUERDA ARNAU M. L.**⁶⁴ Argumenta que la insuperabilidad del miedo es el requisito nuclear de la eximente, el que determina la eficacia jurídica, o si se quiere, los límites jurídicos. Y para la determinación concuerda con las tesis del hombre medio. A mi juicio dice “ tienen razón quienes equiparan la insuperabilidad del miedo con la inexigibilidad de una conducta distinta, pues al Derecho

⁶¹ **COBO DEL ROSAL M. / T.S. VIVES ANTON:** “ Derecho Penal, Parte General” 4a. Edición, Tirant Lo Blanch, Madrid, pág. 628.

⁶² **ANTON ONECA, JOSÉ:** “ Derecho Penal, segunda edición anotada y corregida por José Julián Hernández y Luis Beneytez Merino, Akal/ Iure, Madrid 1986, pág. 311.

⁶³ **MUÑOZ CONDE, FRANCISCO:** “ Teoría General del Delito” Tirant lo Blanch, 2da edición, Valencia 1991, pág. 151.

⁶⁴ **CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA:** “ Comentario al artículo 20.6 del Código Penal de 1995” en *vives anton, T.S. y otros; comentarios al código Penal de 1995*, Valencia, 1996 pág. 176.

en este caso no le interesa la cualidad de superable o insuperable desde el terreno psíquico individual”⁶⁵.

SAINZ CANTERO⁶⁶ que defiende también la tesis objetiva argumenta que la insuperabilidad del miedo ha de medirse con criterios objetivos, cuando el hombre medio, situado en el contexto circunstancial en que se halla el autor, no hubiera podido tampoco dominarlo.

También **MIR PUIG**⁶⁷ se adscribe a la tesis objetivista, al manifestar que la causa de inexigibilidad, debe limitarse a través del criterio de lo exigible al hombre medio en la situación concreta.

Por otra parte, las tesis que pueden denominarse subjetivas optan, a los mencionados efectos, por atender a un criterio estrictamente personal y circunstanciado, calificando la referencia del hombre medio “un criterio impersonal y objetivo” incompatible con el fenómeno psicológico y personalísimo.

HIGUERA GUIMERA⁶⁸ dice que se denomina tesis o criterio subjetivo porque se atiende a un criterio estrictamente personal y

⁶⁵ CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA, *op. Cit.* Pág. 177.

⁶⁶ SAINZ CANTERO, JOSÉ A. : “Lecciones de Derecho Penal”, parte general, Tomo III, Editorial Bosch Barcelona 1985 pág. 110 y 111

⁶⁷ MIR PUIG, SANTIAGO: “Derecho Penal, parte general”; Promociones Públicas Universitarias PPU, Segunda Edición Barcelona 1995, pág. 529.

⁶⁸ HIGUERA GUIMERA; *op. Cit.* Pág. 125.

subjetivo. “ En mi sentir es preciso acudir a la tesis subjetiva, pues es la más acorde con el concepto de miedo, que es algo personal. Mantener lo contrario sería por tanto contradictorio e iría contra la propia naturaleza de las cosas y contra el concepto ontológico del mismo”.

QUINTERO OLIVARES⁶⁹ indica que evidentemente los agentes externos no pueden producir idéntico miedo a todos los hombres, y de ahí la gran relevancia de lo subjetivo en esta eximente.

“El miedo penalmente relevante, por consiguiente, tendrá ese carácter en función de una base subjetiva (la presión psicológica que el miedo produce) y otra objetiva (la entidad de la cusa exterior que ha de producir el efecto interior”⁷⁰.

J. CORDOVA RODA⁷¹ sostiene que la cualidad de insuperable debiera entenderse, dado el contenido de la realidad psicológica del miedo, en el sentido de imposibilidad de vencimiento o apartamiento del estado emotivo por el sujeto.

⁶⁹ **QUINTERO OLIVARES, GONZALO:** “ Introducción al Derecho penal” , parte general. Barcelona 1981 pág. 211.

⁷⁰ **QUINTERO OLIVARES, GONZÁLO:** “ Derecho Penal, parte General”; Segunda Edición. Marcial Pons. Madrid 1989. Pág. 509.

⁷¹ **CÓRDOVA RODA G. RODRÍGUEZ MOURULLO:** “ Comentarios al Código penal “ Tomo I Ariel Barcelona 1976, págs. 336 y 337.

QUINTANAR DIEZ⁷² manifiesta que el miedo es un fenómeno eminentemente individual y personal. Que no sólo depende de la objetiva gravedad del mal amenazante, sino, fundamentalmente, del efecto que, sobre una concreta persona en un momento, lugar y circunstancia determinadas, tuvo la emoción de miedo.

La Jurisprudencia nacional reducida a dos ejecutorias publicadas⁷³, lo que evidencia el escaso uso de esta eximente; opta por el criterio objetivo al manifestar que el miedo “ debe ser insuperable, es decir difícil de resistir en la medida del hombre medio”.

En idéntico sentido la que hemos analizado en el distrito judicial de Junín⁷⁴. Se ha agregado al final otra ejecutoria dictada en el Distrito Judicial de Junín en el año de 1992, que aunque excede del período investigado, en la época nefasta de los Tribunales sin rostro reproduce literalmente la opinión de **MUÑOZ CONDE**, expresa su adhesión al criterio objetivo.

Los autores nacionales,. Que han escrito sobre la parte general, en relación con el código vigente, han optado en su totalidad por la

⁷² QUINTANAR DÍEZ, MANUEL, op. cit. Pág. 64.

⁷³ ROJAS VARGAS, FIDEL: “ Jurisprudencia Penal, Tomo I, Primera Edición, Editores Gaceta Jurídica, Lima 1999 pág. 155 al 157.
Instituto de Defensa legal IDL Jurisprudencia sobre delito de Terrorismo gráfica Bellido Lima 1997 pág. 25 Ejecutorias 268 - 94 JUNIO 06/03/95.

⁷⁴ Sentencia expedida en la causa N° 52-92, en Huancayo 30/5/97.
Revista Peruana de ciencias Penales N° 2 pág. 63 al 646 Ed. Cuzco, Lima 1993 .- El miedo insuperable en la jurisprudencia. - Citados también en Felipe Villavicencia Terreros.- Código Penal comentado 3era edición. Griyley octubre del año 2001 pág. 124 y 125.

tesis objetiva, así **PEÑA CABRERA**⁷⁵ alude a que insuperable, es decir, difícil de resistir en la medida del hombre medio como referencia y para apreciar la entidad del miedo.

En igual sentido **LUIS MIGUEL BRAMONT - ARIAS TORRES**⁷⁶ se adhiere a la tesis objetiva compartiendo la opinión del español Rodríguez Devesa.

JAVIER VILLA STEIN⁷⁷ argumenta que la eximente que nos ocupa elimina la responsabilidad del agente, “visto el miedo grave en relación con un estímulo de provocarlo en el hombre medio”, lo que también reproduce en su obra sobre la culpabilidad reproducido en la segunda edición sin alteración⁷⁸

VILLAVICENCIO TEREROS, FELIPE⁷⁹ expresa que el miedo debe ser insuperable, es decir, no dejar otra posibilidad normal al sujeto en el momento de actuar. Para evaluar la intensidad del miedo

⁷⁵ **PEÑA CABRERA, RAÚL:** “Tratado de Derecho Penal”, Estudio programático de la parte General” 3era edición Lima, 1997 Grijley pág. 418.

⁷⁶ **LUIS MIGUEL BRAMONT – ARIAS TORRES :** “ Lecciones de la parte General y el Código Penal. Editorial San Marcos. Lima 1997 pág. 144.

⁷⁷ **VILLA STEIN, JAVIER:** “Derecho penal parte General . Editorial San Marcos, Lima 1998 pág. 431. Segunda Edición Lima 2001 , pág. 459.

⁷⁸ **VILLA STEIN, JAVIER:** “La Culpabilidad , Ediciones Jurídicas , Lima 1998 pág. 431. Segunda Edición Lima 2001 , pág. 459.

⁷⁹ **VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE:** “ Código Penal” . Editorial Grijley. 2da. Edición. Lima 1997 pág. 132, Tercera Edición octubre del 2001 pág. 124 y 125.

se puede tomar como referencia la generalidad de los hombres, en el sentido de apreciar si hubieran resistido la amenaza en las condiciones particulares del autor.

BRAMONT ARIAS, LUIS A y BRAMONT ARIAS TORRES⁸⁰ en el Código Penal anotado que han publicado, manifiestan que insuperable es el temor que hubiera determinado a una persona de constitución psíquica sana y reacciones normales a actuar en las mismas circunstancias como lo hizo el que obró por miedo.

Nuestro planteamiento coincidiendo con **QUINTANAR DIEZ**⁸¹ y partiendo de la consideración de que el miedo es un fenómeno eminentemente individual y personal, que no sólo dependen de la objetiva gravedad del mal amenazante, sino fundamentalmente del efecto que, sobre una concreta persona (en la que no pueden ser indiferentes su edad, sexo, salud, condición, etc.), en un momento, lugar y circunstancias determinados, tuvo la emoción del miedo, por lo que el reproche penal es eminentemente subjetivo. Adoptamos la tesis subjetiva, que no es la mayoritaria en la doctrina española y la única a nivel nacional, requiere una mayor fundamentación. Creemos que la perturbación psicológica reviste fuerza decisiva y suministra el

⁸⁰ **BRAMONT ARIAS LUIS A. Y BRAMONT ARIAS TORRES**, “ Código Penal anotado. Editorial San Marcos. Lima 1995 pág. 169.

⁸¹ **QUINTANAR DÍEZ**, op. Cit. Pág. 64.

fundamento esencial, si la esencia de la circunstancia viene dada por el miedo, y éste representa un estado psíquico personal, del que la jurisprudencia incluso llega a exigir la producción de una propia situación de la inimputabilidad, resulta incomprensible que se recurra al baremo impersonal del común de los hombres. **BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZABAL MALAREE**⁸² sostiene la tesis que compartimos de que el baremo del hombre medio es de por sí bajo y por tanto, poco seguro para determinar el contenido de la insuperabilidad. Lo mismo podría decirse de la referencia a la “posición del autor”. El Concepto hombre medio en la “posición del autor” aparece recurrentemente en la teoría del delito como un criterio definitivo para zanjar de un plumazo problemas normativos que por su complejidad necesitan mayor reflexión. Pero en lo que al problema de insuperabilidad del miedo se refiere, es un baremo no sólo insuficiente sino incompatible por su carácter generalizaste con una categoría esencialmente individualizadora como es el sujeto responsable y, en particular, la inexigibilidad requiere una individualización que ciertamente no puede ser la valoración que haga la persona sobre sus propios intereses que, como hemos dicho, necesariamente será parcial. El problema reside en determinar sobre que criterios individualizadores el derecho va a admitir como legítima esa valoración parcial de sus intereses que haga una persona en una situación de miedo. Este es el problema de la insuperabilidad y que, ciertamente no puede resolver el criterio normativo del “hombre medio”. De ahí el parentesco entre esta

⁸² **BUSTOS RAMÍREZ, JUAN / HORMAZABAL MALAREE, HERNAN;** : “Lecciones de Derecho Penal, volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pág. 384.

eximente y las causas de inimputabilidad. No obstante, hay una distinción importante entre ambas; en el caso del miedo, existe una causa exterior; en los trastornos mentales que producen estados de terror en quien los sufre, la causa es esencialmente patológica. Evidentemente los agentes externos no pueden producir idéntico miedo a todos los hombres, y de ahí la gran relevancia de lo subjetivo en esta eximente.

La jurisprudencia de España de donde tomamos la eximente, aunque no ha sido siempre uniforme, ha adoptado la tesis subjetiva en algunos casos, pues partiendo de una base médica, se describe como situación pasional o emotiva, padecida por un sujeto normal y originada por una causa real y efectiva. En otras veces ha definido como aquel miedo suficiente para cohibir la libertad de obrar, así las sentencias de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español de 30 de Septiembre de 1978, sobre todo en el considerando tercero, así mismo la del 27 de febrero de 1954.

En otros casos implica la perturbación anímica, que momentánea y enérgica mente nubla la inteligencia y estimula la voluntad en sentido doloso, conforme lo determina la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español de 23 de junio de 1995.

La Trascendencia del contenido y significado de la insuperabilidad se desarrolla en el capítulo de la naturaleza jurídica de la eximente (ausencia de acción causa de justificación, causa de inimputabilidad, causa de inculpabilidad, causa de inexigibilidad o causa mixta) y su operatividad.

4.1 EL MIEDO INSUPERABLE COMO ANULATORIO DE LAS FACULTADES INTELECTUALES Y VOLITIVAS. CONFUSIÓN CON EL TRASTORNO TRANSITORIO.

Una corriente jurisprudencial extendida tanto nacional como española considera “insuperable” o “irresistible” el miedo no dominable que coloque al sujeto en una “situación determinante de la anulación de voluntad”.

Así la sentencia recaída en la causa N° 115-90 en la que tomándose una definición de la Psiquiatría que determina el miedo como la pérdida de la voluntad particular, es la inserción del ser de modo absoluto a ese sentimiento en que no hay posibilidad de control, exige un miedo idéntico la jurisprudencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español de 20 de septiembre de 1995 (R. A. 1995/6638) de 30 de septiembre de 1993 (R. A 1993/ 720, de 20 de Septiembre de 1993 (R .A. 1991/3610), de 4 de diciembre de 1989 (R A. 1989/9416), de 3 de noviembre de 1989 (R. A-. 1989/8539), 16 de

diciembre de 1988 (R. A. 1988/9518), de 29 de abril de 1981, de 25 de marzo de 1977, de 18 de abril de 1975 (R. A. 1975. 1975 / 1759) de 25 de febrero de 1973 8R.A. 1973/651), de 18 de abril de 1972 (R. A. 1972/1705), de 13 de diciembre de 1971, de 20 de abril de 1959, de 14 de febrero de 1957, de 11 de junio de 1956, de 12 de marzo de 1941 (R. A. 417), de junio de 1940 (R. A. 780).

Una interpretación de la insuperabilidad, como las señaladas en las ejecutorias de los Tribunales Españoles y el peruano es incoherente con la sistemática de la teoría jurídica del delito en la que se pretende insertar la eximente, es decir, el propio de una situación de auténtica imputabilidad, de falta total de libertad, o, por mejor decir, de anulación completa de las facultades intelectivas y volitivas. Por su puesto que ello no se condice con el tratamiento de la eximente como causa de inexigibilidad, que presupone la posibilidad del hombre de actuar en un sentido adecuado al ordenamiento jurídico.

En algunas sentencias se llega incluso a exigir la anulación total de la voluntad en la fase del miedo pánico. Como ejemplo se puede citar la Sentencia de 30 de Septiembre de 1978 que considera la eximente como causa de inimputabilidad. Para la que se exige efectos psicológicos del miedo que irían desde la inimputabilidad absoluta generada por el llamado “miedo insuperable”, hasta la disminución de la inmutabilidad como consecuencias de una afectación de menor intensidad. Otros ejemplos de esta tendencia es la sentencia de 20 de junio de 1977, que rechaza la aplicación de la eximente por dos razones

a) porque para que el miedo integre la eximente, es menester, que el estado emotivo anule totalmente las facultades cognoscitivas o intelectivas o el que sin llegar a anular las perturbe y b) es requisitos indispensable que la causa productiva del estado emocional se halle constituida por la amenaza de un mal real, conocido, cierto e inminente y constituya el único medio de evitar el riesgo de que se produzca el mal que le cohibe.

La S. T. De 19 de mayo de 1997, en la que, literalmente se afirma que “la apreciación del miedo insuperable exige que produzca la práctica anulación de la voluntad que se mueve a impulsos del propio temor o pánico y que el miedo sea el móvil único de la acción que como delito se persigue”; así mismo la de 16 de mayo de 1977, en la que describen “ los términos que definen la concurrencia del miedo insuperable son: a) la presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible, determinante de la anulación de la voluntad del sujeto; b) que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; c) que dicho temor anuncie un mal igual o mayor que el causado por el sujeto con su conducta; d) que el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas y e) que el miedo a de ser el único móvil de la acción”.

La aludida jurisprudencia española es criticable por diversos motivos, pero el más importante es que semejante apreciación resulta

incompatible con el elemento objetivo a que alude el art. 8.10 del Código Penal español anterior, idéntico al nuestro (art. 20.7), en la medida que exige males incompatibles con la situación de inimputabilidad.

Destacando tales contradicciones **QUINTANAR DÍEZ**⁸³ manifiesta que si por una parte se requiere la completa anulación de facultades, por otra se exige la presencia de un mal amenazante, grave, cierto, inminente, igual o mayor al causado, exigencia esta última que presupone, a su vez, lo que previamente se entendía anulado, es decir, una mínima capacidad de raciocinio y de juicio que permita evaluar dicha gravedad de males, lo que convertía a la eximente en absolutamente superflua, pues lo que se venía a exigir era una situación para la que se podía alejar, perfectamente al trastorno mental transitorio, incluso sin la necesidad de que verificase el elemento objetivo consistente en la evaluación de males.

Entre la concepción normativa de insuperabilidad y la intensidad del miedo en su acepción médica, podría determinarse que se trata de sus fases quinta y sexta de acuerdo a la graduación de **MIRA Y LÓPEZ**.

⁸³ **QUINTANAR DIEZ, M.;** op. Cit. Pág. 69.

En opinión de **CÓRDOVA RODA**⁸⁴ a los miedos patológicos debe aplicarse la eximente de enajenación.

En conclusión, si bien es censurable la interpretación jurisprudencial española citada con eficacia eximente, por innecesaria y restrictiva, los miedos patológicos dentro de la inimputabilidad resulta acertada

Como consecuencia de la falta de una definición legal de la insuperabilidad del miedo, algunas corrientes jurisprudenciales españolas las califican como causas mixtas, como la de la sentencia de 29 de septiembre de 1986 y en la Doctrina Córdova Roda⁸⁵ y Quintano Ripolles⁸⁶.

El primero afirma que llevados a un deseo de conciliar los dos aspectos estudiados, a saber, el entendimiento objetivo e impersonal del mal, insuperabilidad y proporción, con el personalísimo del miedo, cabría afirmar, en relación a alguna de las observaciones precedentes, que esos dos aspectos de la eximente pueden ser hechos compatibles, en virtud de la consideración de que lo objetivo no contradice, sino simplemente recorta, lo subjetivo.

⁸⁴ **CORDOVA RODA, J.;** : “ las eximentes incompletas en el Código Penal, Oviedo 1996, págs. 249 y siguientes

⁸⁵ **CORDOVA RODA, J. ;** : “ Comentarios al Código Penal, Tomo I, pág. 358.

⁸⁶ **QUINTANO RIPOLLES, A.;** : “Curso de Derecho Penal”, Tomo I, Madrid 1963 pág. 352 y siguientes.

En síntesis, la heterogénea interpretación de los requisitos de la eximente, nos muestra al miedo insuperable como una realidad tanto contradictoria, entre esos dos extremos de objetiva causa de inexigibilidad y de causa de inimputabilidad.

Quintano, determina que la verdad es que la configuración de la eximente 8.10 es ambigua, híbrida mas bien, en el texto legal, requiriendo la concurrencia de elementos subjetivos (el miedo mismo) y objetivos (la entidad de los males), que íntimamente se repelen, las más de las veces al menos; pues una situación de miedo razonable, como la de ser la que aquilata serenamente la cuantía de los males en pugna, que no se aviene ciertamente con la condición de insuperabilidad.

No convence tampoco dicha posición híbrida. Usar dos concepciones distintas de insuperabilidad del miedo, exigiendo para algunos supuestos la completa anulación de las facultades y, para otros, simplemente, la disminución de la libertad electiva o, como se afirma en alguna sentencia, la anulación no completa de dicha libertad supone no haber resuelto de forma precisa y segura la definición normativa de miedo insuperable.

Igualmente, resultaba incongruente los presupuestos de inimputabilidad, cuando la eximente de trastorno mental transitorio no requería de evaluación ninguna de males.

4.2.EL “MIEDO INSUPERABLE” COMO ANULATORIO DE LAS FACULTADES INTELECTUALES Y VOLITIVAS.

La definición de la insuperabilidad del miedo supone una correspondencia entre insuperabilidad y determinado estado psíquico (provocado por el miedo), dado el cual la libertad electiva queda limitada.

En tal caso, una interpretación mas acorde consistiría en indicar la insuperabilidad con perturbación anímica, que sin anular la libertad electiva es una respuesta normal en una determinada situación.

En efecto, otra corriente jurisprudencial (Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1970) sostiene que el miedo al que alude el texto legal, debe ser de tal intensidad que anule las mejores posibilidades de elaboración de una respuesta inteligente. Literalmente se afirma “ que para que el miedo integre la eximente o la atenuante respectiva, es menester que el estado emotivo anule totalmente las facultades cognoscitivas o intelectivas o sin llegar a anularlas las perturbe”.⁸⁷

Otras ejecutorias similares citadas por el mismo autor, alude a que una perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que amenaza al hombre y que imponiéndose a su voluntad le impulsan a

⁸⁷ Citado por QUINTANAR DÍEZ, MANUEL op. Cit. Pág. 74.

ejecutar un delito para no sufrir un mal igual o mayor, padeciendo un estado emocional de temor que afectando instantáneamente a su capacidad de elección origina una reacción vivencial anómala, como medio en su fase intermedia. La naturaleza jurídica que corresponde a la eximente, así concebida, es la inculpabilidad o inexigibilidad, que repetimos han sido expresadas en ejecutorias españolas.

No se trata, en realidad de una causa que justifique el comportamiento típico, ni tampoco de un supuesto de anulación de facultades intelectivas y volitivas, o inimputabilidad, sino, de un supuesto en el que, a pesar de concurrir la tipicidad y antijuricidad de la acción, no se le puede formular reproche alguno, atendida la especial situación en que se encontraba el sujeto.

En síntesis, la insuperabilidad del miedo, de acuerdo a la terminología médica, corresponde a las fases tercera y cuarta de la clasificación de **MIRA LÓPEZ**, que supone la desaparición del normal equilibrio de los procesos de excitación e inhibición desencadenando, la denominada “tempestad viseral” en la que el sujeto se siente enloquecer y perder la cabeza, resulta sin duda, que sería ilógico no reconocer trascendencia jurídica, resulta absolutamente contrario a toda lógica y racional interpretación de las leyes.

1.- OPERATIVIDAD COMO EXIGEMENTE INCOMPLETA.

La eximente de miedo insuperable, es realmente una circunstancia que se fundamenta en la culpabilidad. Es una circunstancia eminentemente subjetiva.

Las pocas decisiones que se ha producido en el Distrito Judicial de Junín y del país, no se han extendido a abarcar el problema de la eximente incompleta, prevista en el artículo 21 del Código Penal peruano, sin embargo es útil manifestar que en España la eximente como incompleta se ha producido, reiteradamente, también desde la perspectiva de la inexigibilidad, algunas sentencias son las de 14 de febrero de 1957 y 2 de diciembre de 1957, en la que se afirma, que aún admitiéndose la eximente incompleta, lo que en ningún caso puede faltar es la existencia de un estado emocional en grado bastante para disminuir la capacidad de elección.

4.3.- EFICACIA MOTIVADORA DEL MIEDO. EL “OBRAR COMPELIDO”

En la sentencia de 19 de julio de 1994 el Tribunal Supremo español define el miedo como “ un estado emocional privilegiado. Debido al enraizamiento en el instinto de conservación que le dota de una fuerza coactiva superior en el ánimo a las demás emociones”.

Una apreciación crítica de la jurisprudencia española permite apreciar que en forma unánime exigen que el miedo sea el único móvil

que induzca al autor a actuar, rechazando los casos al autor, y los casos que contribuyan en forma concomitante, a la reacción posterior (odio, venganza, enemistad, etc.), **DÍEZ QUINTANAR**⁸⁸ afirma que “ Entendemos por el contrario, que lo único exigido por el precepto es un doble nexo causal. Por una parte, entre la amenaza, sea cual fuere, y el miedo que produce la misma reacción en el sujeto y, por otra parte, entre el miedo y el mal causado. El miedo es un estado psicológico personalísimo como dice **SAIZ CANTERO**⁸⁹ debe haber sido causado por la amenaza del mal, incidiendo sobre la capacidad de determinación o elección, sin anularla. En la situación de miedo la persona teme un mal.

El miedo que a nosotros interesa, es aquel que, afectando psíquicamente al sujeto, deja, como dice **MUÑOZ CONDE**⁹⁰ una opción o posibilidad de actuación.

Y como destaca **HIGUERA GUIMERA**⁹¹ dadas las características y connotaciones psicológicas y personalísimas del miedo, es indiferente que el móvil de éste sea de carácter lícito o ilícito, pues lo decisivo es que la libertad del sujeto quede motivado.

⁸⁸ Confrontese **DIEZ QUINTANAR, M.** ; : op. Cit. Pág. 80

⁸⁹ **SAIZ CANTERO, J. A.;** Lecciones de Derecho penal, parte General, volumen III. Culpabilidad, Punibilidad. Bosch, casa Editorial S.A. Barcelona 1985. Pág. 110.

⁹⁰ **MUÑOZ CONDE, F.** ;: Teoría Jurídica del delito, Tirant lo Blanch, Valencia 1989, pág. 151.

⁹¹ **HIGUERA GUIMERA, J. F.** ;: La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal común y militar español, op. Cit. Pág. 122.

En realidad no parece incompatible con el estado emocional del miedo, la concurrencia de otros móviles, conclusiones que son coherentes, con la comprensión de la eximente como inexigibilidad.

4.4. EL MAL AMENAZANTE, SU REALIDAD Y LOS MIEDOS IMAGINARIOS. TRATAMIENTO JURÍDICO. ¿ CAVE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ERROR?.

A pesar de que en sede legal, no se exige sino un miedo de regular intensidad que lo haga insuperable, el Tribunal español exige, tanto en las sentencias antiguas como recientes, que este fuese real y conocido e inminente o próximo, en realidad todas las sentencias requieren la gravedad del mal amenazante como predicado lógico necesario de la insuperabilidad. Con algunas variantes se exige también “el mal temido ha de ser grave, sentido como tal por la valoración individual y social, lo que excluye el miedo putativo, así como aquellos que tuviesen por objeto acontecimientos venideros no inminentes. En realidad las tres ejecutorias publicadas en nuestro país, al que ya hicimos referencia, determina, la supresión del miedo putativo, o situación de miedo patológico (fobígeno o ansioso) al señalar que el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece. Esto no está de acuerdo con un grupo aunque escaso de Resoluciones Españolas que han empezado a admitir el miedo de origen patológico. En los miedos patógenos los males temidos son creados por el propio sujeto, por tanto imaginarios en la mayor parte de ocasiones.

El problema que se plantea es establecer la clase o supuesto de error, puesto que no se trata de un error sobre un elemento del tipo, tampoco un error de prohibición, que creemos no es necesario para atender éste tipo de supuestos, Ni el precepto legal exige que el mal sea real ni habría ningún inconveniente de acogerlos como eximente completa.

Los autores españoles no le han prestado mucha atención al problema del error.

Si el miedo insuperable se conceptuara como una causa de inimputabilidad, el error sería irrelevante.

Un error sobre la capacidad de culpabilidad, es decir, la creencia errónea en la concurrencia de una causa de inimputabilidad (enajenación mental, trastorno mental transitorio, minoría de edad penal, etc.) Como dice **CEREZO MIR**⁹² pues lógicamente irrelevante, pues no afecta realmente la capacidad del sujeto de comprender el carácter ilícito de la conducta en obrar conforme a ese conocimiento.

⁹² **CEREZO MIR, JOSE:** “ La regulación del estado de necesidad en el código Penal Español, en Estudios penales y criminológicos N° X, Santiago de Compostela 1987, pág. 78.

En los casos de error sobre los presupuestos fácticos de las causas de inculpabilidad, así por ejemplo cuando el sujeto cree que existe el peligro que representa para él una amenaza, pero que no suceda en la realidad de la vida, nos encontramos aquí ante una situación de inexigibilidad. Para **ROLDAN**⁹³ la acción realizada en estado de necesidad, en caso de conflicto de bienes iguales, lícita, considera que frente a ella no cabe la legítima defensa, sino el estado de necesidad, la conducta de los partícipes es siempre impune y el error sobre las circunstancias que sirven de base a la eximente sería un error de prohibición. Para **ALONSO ÁLAMO**⁹⁴, esta clase o supuesto de error se diferencia del error sobre presupuestos reales de una causa de justificación, si bien guarda un paralelismo estructural con éste. la opinión alemana dominante considera que un error sobre los presupuestos o circunstancias objetivas que sirvan de base a las causas de inculpabilidad tiene relevancia y es equivalente al error de prohibición.

En España **CÓRDOVA RODA**⁹⁵ considera que el miedo puede ser imaginario y no real, puesto que desde un punto de vista psicológico no hay duda de que miedo es tanto el estado emotivo ante

⁹³ **ROLDAN BARVERO**; Estado de necesidad y colisión de interés. Cuadernos de política Criminal N° 20, 1983, pág. 469 y siguientes.

⁹⁴ **ALAMO ALONSO, M.** ;: “ Error sobre los presupuestos reales de exclusión de la culpabilidad, en Estudios de Derecho Penal y Criminal en el libro de Homenaje a Rodríguez Devesa, Madrid 1989 pág. 59 y siguientes.

⁹⁵ **CORDOVA RODA, J.** ;: “ Comentarios al Código penal op. Cit. Pág. 351.

un peligro real, como el que surge ante uno objetivamente inexistente pero supuesto.

En sentido opuesto **DÍAZ PALOS**⁹⁶ sostiene que la eximente exige que sea real o conocido y no aparente, sin embargo reconoce que desde un punto de vista psicológico es totalmente indiferente que el mal que amenaza sea real o aparente.

Los casos de error en que el sujeto cree la existencia de un mal real origen del miedo cuando resulta que el mal es imaginario, debe ser reconducidos a la teoría general del error.

MIR PUIG⁹⁷ si ha de entenderse objetivamente, el requisito de mal igual o mayor, sólo concurre cuando se da realmente y no sólo en la imaginación del autor, sin embargo, no puede cerrarse el paso a la eficacia de un posible error. Sin embargo aunque el error determine la falta de culpabilidad en el sujeto, no siempre habrá de conducir a la impunidad. Sólo el error invencible ha de tener estas consecuencias. El error vencible no puede impedir que deba castigarse el descuido que condujo al mismo.

⁹⁶ **DÍAZ PALOS, F. ;:** “Miedo Insuperable” Nueva Enciclopedia Jurídica Sexi. Barcelona 1978, pag. 355.

⁹⁷ **MIR PUIG, S. ; :** “Derecho Penal, parte general, PPV, Barcelona 1985 pág. 532 y 533.

4.5. NATURALEZA JURÍDICO. PENAL DE LA CAUSA DE EXENCIÓN. EL MIEDO INSUPERABLE COMO CAUSA DE INEXIGIBILIDAD.

La emoción del miedo insuperable y sus efectos, han determinado que en la doctrina una apreciación distinta, dentro de la naturaleza jurídica. Las que deben ser expuestas, aunque sintéticamente.

La doctrina española ha determinado de preferencia una Configuración diversa, más objetiva por la referencia al “mal igual o mayor”.

En primer lugar, la eximente como causa de inculpabilidad por aplicación de inexigibilidad, postura mayoritaria.

Otro sector que se inicia por los primeros comentaristas al Código Penal español, lo ubica como causa de imputabilidad.

Algunos autores la califican como causas de justificación, o dotada de naturaleza híbrida, e incluso se propugna su desaparición por considerarla superflua.

4.6. POSTURAS DOCTRINARIAS.

PACHECO⁹⁸ escribía sobre esta circunstancia que es perturbación y sus consecuencias determinarán que no existe responsabilidad..

Sin embargo **JIMÉNEZ DE ASUA**⁹⁹ aclara que no se debe dar importancia a este efecto justificante que atribuye al miedo, ya que en ese tiempo no se usaban esos términos con el rigor de hoy. Lo que importa es que el miedo se estimaba por Pacheco dentro de la “violencia moral”, y que el hombre que obra con su voluntad coaccionada no se le puede exigir que actúe de otro modo; es decir, de manera heroica, postulados que hoy nos llevan a reconocer en el miedo una causa de inculpabilidad.

LUIS SILVERA¹⁰⁰ descartaba que la eximente pudiese ser una causa de inimputabilidad, sugiriendo la clasificación más exacta de inexigibilidad, dejando en claro que el miedo insuperable que anula por completo la voluntad y capacidad de raciocinio del hombre, es el que constituye causa de inimputabilidad.

⁹⁸ **PACHECO, Joaquín Francisco;** “ El código Penal concordado y comentado de 1856 EDISOFER S.L. Madrid 2000 pág. 192 al 194.

⁹⁹ **JIMÉNEZ DE ASUA, Luis.;** Tratado de Derecho Penal ; Editorial Lozada Bs. As. Tomo VI, pág. 900.

¹⁰⁰ **SILVERA, L :** El Código Penal Tomo I, Madrid 1874 pág. 214 y 215.

BERNARDO DE QUIROZ¹⁰¹ ve de otro modo la eximente que analizamos, pues la trata entre las causas de justificación y como una de las formas del estado de necesidad.

GROIZARD¹⁰² decía que la violencia moral llevaba hasta un punto tal que dominando la voluntad del agente la precipita necesariamente en una dirección dada, constituye la causa general de justificación. Afirma que la voluntad cohibida es voluntad; pero añadamos donde hay voluntad cohibida, no hay libertad y donde no hay libertad en la acción, no hay delito. Sin duda se refería al miedo que anula absolutamente la voluntad, en consecuencia, la libertad, como causa de inimputabilidad.

Por lo demás la doctrina mayoritaria española determina la eximente de miedo insuperable como causa de inculpabilidad¹⁰³ para sólo referirme a las monografías más recientes. Sin embargo es menester aludir a la posición tradicional aunque no mayoritaria, se apoya en dos argumentos: a) El Fundamento del miedo insuperable debe situarse en las dificultades motivacionales de la persona o en un terreno subjetivo; y estas cuestiones son propias de la categoría de la culpabilidad; b) el fundamento de la eximente de miedo insuperable

¹⁰¹ **DE QUIROZ, BERNALDO, D.C.** voz “ miedo insuperable” Enciclopedia Jurídica Española; Volumen XVII páginas 258 y 259.

¹⁰² **GROIZARD, A.;** : El código penal de 1870 concordado y comentado tomo I, Madrid, 1986, páginas 266 y siguientes.

¹⁰³ Conf. Cueda Arnau, M.L: : Miedo insuperable... cit. Págs.. 77 y siguientes. HIGUERA GUIMERA, J. F. La eximente de miedo insuperable, cit. Págs.. 81 y siguientes. Quintanar Díez, Manuel: La eximente de miedo insuperable, págs.. 94

radica en el principio de inexigibilidad de otra conducta, y este principio pertenece o desempeña su papel en el reducido ámbito de la culpabilidad.

Refiriéndose al primero, indica que este argumento trasladaría, a su entender, el miedo insuperable a la culpabilidad, pues es ésta la categoría del delito tradicionalmente reservada al análisis de los problemas de motivación o afección psíquica. Esta eximente de miedo insuperable plantea una cuestión en realidad más complicada que la simple constatación y medición de un determinado impacto psíquico; y que tiene que ver con una serie de valoraciones normativas que una argumentación centrada en el impacto psíquico no podría explicar, o cuando menos, situar en su justo lugar. En segundo lugar, cabe subrayar que, aunque sea cierto que el individuo en la situación de miedo insuperable sufre una presión motivacional, ello no puede evitar que se conteste a la cuestión precedente sobre si el comportamiento está justificado o no. Es decir, la afección motivacional o psíquico no puede impedir ni prejuzgar el análisis de la justificación de la conducta, en buena técnica penal y por que las circunstancias gravosas que todavía se anudan al hecho de calificar una eximente como causa de inculpabilidad, agrupadas bajo el nombre de “consecuencias reflejas”; esto es, recordemos legítima defensa, participación y error, fundamentalmente.

Para algún autor la eximente puede encuadrarse dentro de las causas de inculpabilidad, aceptando que recoge supuestos de estricta inimputabilidad y otros de inexigibilidad.

Creemos que los supuestos de estricta inimputabilidad deben reconducirse al trastorno mental transitorio o a la enajenación mental, limitando la eximente a los supuestos de inexigibilidad, como opina la mayor parte de la doctrina española.

MUÑOZ CONDE¹⁰⁴ se adscribe a la causa de inexigibilidad, aunque partiendo de una tesis objetiva. En principio, esta eximente recuerda a una causa de inimputabilidad o incluso de ausencia de acción, por cuanto el miedo es un estado psíquico que puede llevar incluso a la paralización total del que lo sufre. **QUINTANAR DÍEZ**¹⁰⁵ no comparte con el autor en cuanto a la eximente en clave objetivista, pues ignora la naturaleza propia del fenómeno del miedo que, por definición jamás es gratuito. Desde luego, el principio de inexigibilidad que se encuentra en la base del más amplio de culpabilidad, subyace de forma evidente en esta causa de exención de la responsabilidad criminal y, como correlato necesario de una concepción normativa de la culpabilidad, resulta evidente la compatibilidad con una apreciación de la relación entre hecho, autor y

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F. ; GARCÍA ARAN, M. : derecho Penal, Parte General, 2da edición revisada y puesta al día conforme al C.P. de 1995, pág. 410.

¹⁰⁵ QUINTANAR DÍEZ, M. op. cit. pág. 98.

norma que sea interpretada de acuerdo a la propia naturaleza de esos tres elementos hecho- autor-norma.

Según **DÍAZ PALOS**¹⁰⁶ es necesario, para el miedo hacer una graduación psicológica de las posibles fases del miedo y de acuerdo con éstas calificar como causa de inimputabilidad o de inculpabilidad el miedo sufrido, los supuestos de miedo propiamente dicho, de reacción vivencial normal deben ser descartados jurídicamente, según cual sea el grado de intensidad, conforme al esquema psicológico progresivo antes mencionado.

Cuando se utilizan las fases en que la psiquiatría fracciona el miedo, como punto de partida para una correcta calificación de la eximente, así mismo se permite diferenciarla del trastorno mental transitorio, el estado de necesidad o el exceso en la legítima defensa, lo que además le da operatividad y especificidad a la eximente, convirtiendo al miedo insuperable en un supuesto clásico de inexigibilidad de otra conducta.

También **DEL ROSAL**¹⁰⁷ encuadra el miedo entre las causas de inculpabilidad por aplicación del principio de inexigibilidad, así manifiesta que el miedo insuperable es una causa de inculpabilidad específica en la que debiera apreciarse, claro está, determinadas

¹⁰⁶ **DÍAZ PALO, FERNANDO**:: Miedo insuperable en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1978, op. cit. pág. 347 y 348.

¹⁰⁷ **DEL ROSAL, J.** : lecciones de Derecho Penal, parte general II, Madrid 1976, edición revisada por Cobo del Rodal, pág. 240 al 250..

circunstancias como para no serle exigible otro tipo de conducta distinta, que es en el fondo la verdadera razón de esta causa de inculpabilidad.

En síntesis es necesario, para dicho autor, hacer la graduación psicológica de las posibles fases del miedo y de acuerdo con éstas calificar como causa de inimputabilidad o de inculpabilidad del miedo sufrido.

Se utilizan, así las diversas fases en que la psiquiatría divide el miedo como punto de partida para una correcta calificación de la eximente y sirve para deslindar respecto al trastorno mental transitorio, el estado de necesidad o el exceso en la legítima defensa. Encuadrando el miedo entre las causas de inculpabilidad por aplicación del principio de inexigibilidad de otra conducta.

Creemos que la causa de inexigibilidad dota de específica operatividad a la eximente, para cuya apreciación no se requerirá la anulación completa de las facultades volitivas e intelectuales.

MIR PUIG¹⁰⁸ sostiene que el espacio propio de la eximente de miedo insuperable sólo se encuentra concibiendo la eximente como una causa de inexigibilidad, distinta tanto de las que excluyen la imputabilidad como el trastorno mental transitorio como del estado de

¹⁰⁸ **MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal, Parte General, 4ta. Edición corregida y puesta al día con arreglo al código Penal de 1995 pág. 614.**

necesidad. No se trata de que el sujeto pierda su lucidez mental y sea exclusiva su imputabilidad, sino de que se encuentre sometido a la amenaza de un mal intersubjetivamente insuperable.

La clave de insuperabilidad para **MIR PUIG** es objetiva, es decir el hombre medio. Pero el criterio del hombre medio tiene un matiz original en este autor, cuando afirma que el hombre medio hubiera resistido al miedo caso de haber tenido edad, sexo, la cultura, la experiencia, el oficio, etc., del autor, si lo hubiera hecho de haber conocido como éste la situación o de la haberse producido el ataque por sorpresa, de noche, después de haberse producido una serie de atentados en aquella zona, etc. Descartando los miedos patológicos.

Como es sabido la responsabilidad penal no sólo decae cuando el sujeto del injusto, se encuentra en unas condiciones psíquicas, distintas a las normales (inimputabilidad), sino también cuando actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido, se dice entonces que se ha obrado en situación de “no exigibilidad”.

SAINZ CANTERO¹⁰⁹ sostiene que el principio de “no exigibilidad” está implícito, constituye el fundamento de la eximente que estudiamos.

¹⁰⁹ SAINZ CANTERO, J. A. : “ El desenvolvimiento histórico - dogmático del principio de “no exigibilidad”, en anuario de Derecho Penal y ciencias Penales, 1960 pág. 419.

La razón de ella es el principio de “no exigibilidad” o, lo que es lo mismo, la situación de no exigibilidad de otra conducta.

HIGUERA GUIMERA¹¹⁰ afirma que nos hallamos ante una causa de inexigibilidad, efectivamente cuando la persona comete un delito en virtud del miedo insuperable. En estos casos cometer una acción típica y antijurídica, pero que no será culpable porque no se puede exigir a su autor, en estos casos otra conducta distinta.

CORDOVA RODA¹¹¹ afirma que la eximente es híbrida, concibiéndola en último extremo, como causa de inexigibilidad. Es una realidad un tanto contradictoria, entre esos extremos de objetiva, causa de inexigibilidad y causa de inimputabilidad.

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON¹¹² afirman que la no exigibilidad representa, pues una dispensa, otorgada en ciertas situaciones, del reproche personal por el hecho injusto realizado y conciben la eximente como dotada de una naturaleza mixta, entre causa de imputabilidad y causa de inexigibilidad, para aclarar que la ubicación unívoca del trastorno mental transitorio o del estado de necesidad y por tanto superflua, estamos de acuerdo en parte, pues si se confirma la eximente como causa de inimputabilidad, sería un

¹¹⁰ **HIGUERA GUIMERA, J. F.;** : op.cit. pág. 82.

¹¹¹ **CORDOVA RODA, J. :** Las eximentes incompletas op. cit. pág. 277.

¹¹² **COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, T.S. :** Derecho penal, parte general, tercera edición corregida y actualizada, Valencia, 1990 páginas 478 y 479.

supuesto de trastorno mental transitorio, pero entendiéndola como ausencia de un conflicto objetivo de bienes, no entra en juego el estado de necesidad.

La interpretación unívoca en el área de la inimputabilidad, subsumiría la eximente en una variante del trastorno mental transitorio, que además impediría en los supuestos de coacción de la voluntad, que no llegue a la anulación de la misma.

También la fijación de la eximente en sus elementos objetivos produciría la desnaturalización de una causal con evidente componente subjetivo.

4.7. EL MIEDO INSUPERABLE COMO CAUSA DE INEXIGIBILIDAD.

Partiendo de un concepto normativo de culpabilidad conforme a la cual esta es entendida como el reproche que se dirige al sujeto porque, no obstante, poder cumplir las normas jurídicas, no lo hace.

Definitivamente uno de los puntos más debatidos en la doctrina jurídico-penal es el último estadio en la estructura sistemática del hecho punible es, la culpabilidad. Dicha categoría dogmática ha ido evolucionando paulatinamente en la medida en que también hacía lo propio la teoría del delito, así desde sus inicios se ha hablado de una culpabilidad netamente subjetiva- psicológica gobernada por el dolo y la culpa, que era del sistema causalista, luego se ha hablado de una

culpabilidad con introducción valorativas, es decir se mantiene el dolo y la culpa y se agrega el elemento de la “inexigibilidad del comportamiento”, después llegaremos al sistema finalista que entiende que la culpabilidad esta compuesto de tres elementos: el primero la imputabilidad que es la capacidad de culpabilidad, la segunda el conocimiento del carácter antijurídico del acto y por último la exigibilidad de un comportamiento distinto al actuado.

En esta línea de pensamiento ubicamos a una corriente pos finalista, lo que los doctrinarios tildan de funcionalista y que subdividen en dos direcciones: un funcionalismo moderado cuyo conspicuo representante es el Profesor **CLAUS ROXIN** y un funcionalismo radical o sociológico-sistémico liderado por **GUNDHER JAKOBS**. Para efectos de nuestro trabajo de investigación nos adherimos a la doctrina del funcionalismo moderado, en este sentido nos parece pertinente las palabras de **ROXIN**¹¹³ cuando manifiesta que la culpabilidad en el sentido del Derecho Penal es la realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y de la facultad de conducirse de allí derivada, en otras palabras la culpabilidad es un actuar antijurídico en el caso de capacidad de reacción ante la norma. Otro punto que es menester advertir es el cambio semántico pero al mismo tiempo de enormes efectos prácticos es decir llamar a la categoría del delito que sigue al injusto no “culpabilidad” sino “responsabilidad” que es la culpabilidad que merece pena y que ha

¹¹³ **ROXIN, Claus.** : “Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal”. Revista Nueva Doctrina Penal, 1996/B Bs. As. 1996. Editores del Puerto. Pág. 481 al 482.

adoptado nuestro Código Penal, tomando posición ha incorporado en el (Art. VII del Título Preliminar del C.P.). En este sentido a la imputación subjetiva debe integrarse junto a la culpabilidad también aspectos preventivos, de modo que la culpabilidad sólo constituía un aspecto parcial, si bien esencial de la “responsabilidad”. Ahondando más en esta cuestión la pena puede quedarse atrás de la medida de culpabilidad, si las necesidades preventivas hacen innecesario un agotamiento de la medida de culpabilidad e incluso lo hacen parecer desaconsejable. La postura de **ROXIN** lo que hace es transferir la concepción del fin de la pena a la teoría de la responsabilidad, exigiendo aquí también junto a la culpabilidad siempre una necesidad preventiva de castigo¹¹⁴. Ahora pasaremos a deslindar lo correspondiente a las causas de justificación y de exculpación como factores negativos en la teoría sistemática del delito. Una causa de justificación presupone que dos intereses colisionan entre ellos de tal manera que sólo uno de ellos puede imponerse.

A partir de un planteamiento dogmático diverso de la teoría del delito, **GIMBERNAT**¹¹⁵ incluye la eximente dentro de las causas de justificación.

La eximente de miedo insuperable, en la cual la amenaza del mal debe prevenir de un tercero ha sido calificada por un sector de la

¹¹⁴ **ROXIN**, Claus, op. cit. pág. 492.

¹¹⁵ **GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE**; : Introducción a la parte general del Derecho Penal español. Universidad Complutense, 1979 pág. 65 y 66.

doctrina española de superflua (**FERRER, QUINTANO, DEL ROSAL**), por estimar que no es imaginable ningún caso en que la eximente no sea subsumible, al mismo tiempo, en el estado de necesidad.

Según la tesis dominante en la Jurisprudencia española, el mal con el que se amenaza debe ser real: no basta el imaginario. En la ciencia, en cambio, las opiniones sobre la exigencia de la realidad del mal aparecen divididas.

Frente a la opinión mayoritaria en la dogmática, que califica al miedo insuperable de causa de exclusión de la culpabilidad, estimo dice el penalista citado que se trata de una causa de justificación, es decir de antijuricidad. En síntesis el estado de necesidad por conflicto de intereses iguales y el miedo insuperable tiene la naturaleza jurídica de ser una causa de inculpabilidad, porque precisamente en estos supuestos de la eximente el sujeto es susceptible de motivar mediante la pena. La culpabilidad sólo falta en caso de miedo insuperable. En éste no ocurre que el Derecho no pueda motivar a determinados sujetos a evitar un hecho, sino que no quiere hacerlo frente a nadie.

GOMEZ BENITEZ¹¹⁶ coincidiendo con **GIMBERNAT** plantea que “sólo las personas no motivables por el Derecho penal actúan sin culpabilidad. Esto no sucede en las situaciones de miedo

¹¹⁶ **GOMEZ BENITEZ, J. M.:** Teoría jurídica del delito. Derecho penal, parte general, Madrid 1984, pág. 435 y sgts.

insuperable, al menos si no se les considera como situaciones de trastorno mental transitorio. En estos casos el sujeto es motivable y el derecho penal, podría, por tanto, intentar inhibir a las personas a actuar típicamente; podría pero no quiere hacerlo, porque está asumiendo socialmente; que los hechos realizados en tal caso no deben ser punibles en general; en consecuencia el miedo insuperable no es una “causa de inexigibilidad de conducta distinta, sino de “justificación” del hecho; no cabe pues, legítima defensa enfrentada, sino sólo estado de necesidad.

Debe también destacarse la postura de **BACIGALUPO**¹¹⁷ para quien “el miedo insuperable” es, en realidad, un caso particular del estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad, por lo que resulta una eximente superflua. El miedo o situación coactiva generada por una amenaza no sería sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo: allí colisiona el bien jurídico amenazado y el que es necesario lesionar para evitar el primero. Por tanto, son aplicables aquí las reglas del estado de necesidad tanto del que excluye la antijuricidad como el que excluye la atribuibilidad.

La solución preferible no debe eliminar el significado objetivo de la relación entre el mal causado y el que quiere evitar, pues si es suficiente con un mal imaginario, es evidente que entonces carece de

¹¹⁷ **BACIGALUPO, ENRIQUE: Principios de Derecho Penal, Akal Madrid 1998 Quinta edición, pág. 290 al 292.**

sentido que ambos guarda una determinada proporción. La conclusión a la que arriba es que debe extraerse del estudio dogmático y que la legislación debería eliminar esta causa de exclusión de la responsabilidad criminal innecesaria.

“ habiendo ya una eximente que excluye la pena con menos requisitos carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un mayor número de aquellos”.

4.8. EL MIEDO INSUPERABLE COMO CAUSA DE INEXIGIBILIDAD.

Ya hemos adelantado que partimos de un concepto normativo de culpabilidad, que es en realidad “ el reproche personal” que se dirige al autor por la realización de un hecho constitutivo del delito. El núcleo de la culpabilidad se halla, pues, en la infracción de las obligaciones personales dimanantes de la norma de deber . La existencia de un deber se halla conceptualmente vinculada a su exigibilidad: y en consecuencia debido es lo que puede ser exigido. Conforme a la opinión de **M. COBO DEL ROSAL** y **T. S. VIVES ANTON** ¹¹⁸ “Para que algo pueda ser exigido a una sujeto particular, es necesario, en primer lugar, que pueda exigirse a cualquiera que se halle en idénticas circunstancias y en segundo lugar, que el sujeto en cuestión sea capaz, personalmente, de llevarlo a cabo, en síntesis culpable es,

¹¹⁸ **COBO DEL ROSAL, T.M. VIVES ANTON; Derecho penal, parte general, Valencia 1996, Págs.. 506 y 507.**

cuando pudo actuar de otra manera, motivándose en la norma, en que la fórmula “pudo” tiene un significativo técnico de capacidad junto a otro deóntico de exigibilidad. Resultando de interés el aspecto deóntico para delimitar al “poder miedo” que como fundamento de la reprochabilidad individual, si juega, en ocasiones, un papel de límite de la misma.

Aprovechamos esta última referencia al aspecto deóntico de exigibilidad para censurarla a nuestro juicio desmesurada operatividad del parámetro del “hombre medio”, usado en la aplicación de la eximente de “miedo insuperable“, incluso como fundamento determinante de la aplicabilidad de la misma. La que debe funcionar como criterio o límite de la culpabilidad, pero no de fundamento de la misma.

En realidad la dogmática ha desarrollado 3 criterios sobre este tópico. La cuestión de más envergadura que la exigibilidad, y la no exigibilidad, de conducta adecuada a la norma presentan es la de su determinación. Con este motivo se ha sostenido el criterio subjetivo, cuando no existe poder en el sujeto, y por esto, desaparece para el agente el deber, y con el deber la culpabilidad, se ha de determinar según las circunstancias, uno es el concepto de hombre medio que se obtiene de las estadísticas y otro el deontológico, fruto de una valoración expresada del ordenamiento jurídico. Este modelo no se forma mediante un proceso de generalización empíricamente deducido de una serie de observaciones particulares más o menos extensas en modo de establecer una especie media, en base a la cual vayan

determinadas las desviaciones que en relación con ella presenta los casos particulares observados; sino es algo diverso. Los nexos de orden fenoménico, obtenidos de la ciencias estadísticas, no son obligatorios y solamente pueden adquirir significado jurídico cuando son aceptados como elementos de una desviación de tal naturaleza que los trasciende. Esto es tan cierto, que si, hubiera de prevalecer en la determinación, de la exigibilidad el factor social, común a todos, consistente en la exaltación del sentimiento del honor que es patrimonio del hombre medio.

Dislocar dicho instrumento elevándolo a la categoría de elemento del juicio de culpabilidad supone contradecir la propia esencia del pensamiento de inexigibilidad.

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA¹¹⁹ indica que se puede entender que si el riesgo es de poca gravedad por los bienes jurídicos afectados, es un caso de nueva inexigibilidad penal general, aunque no esté justificada la omisión, pero que si la impunidad de las omisiones de dichos preceptos es por riesgo propio o ajeno de cierta gravedad, y por ello de importancia igual o superior al que supondría la correspondiente omisión, estamos ante una manifestación de inexigibilidad jurídica general.

¹¹⁹ **LUZON PEÑA, DIEGO MANUEL: Curso de Derecho Penal, Parte General I; editorial universitas, S.A. Madrid 1996 pág. 648 y sgts.**

Existe una tendencia que ya hemos analizado que denomina a esta inexigibilidad motivacional - **AYALA GOMEZ**-¹²⁰ indica que “el miedo es un factor motivacional en la conducta de quien lo sufre”. Sin embargo ese miedo, al que dota de efectos eximentes de responsabilidad criminal, ha de tratarse de un miedo “insuperable”, categoría que conforme a la opinión del citado autor ni psiquiátrico ni psicológicamente encuentra definición por ser de connotación jurídica y se resuelve acudiendo al hombre medio. No compartimos esta postura dominante en la dogmática española, pues en nuestra opinión este miedo alude al concreto sujeto que la experimenta, y el aludido hombre medio debe desempeñar cuando mas una función auxiliar a los efectos de la determinación de la culpabilidad, nunca determinante o excluyente, o el segundo planteamiento de **DANIEL VARONA GOMEZ**¹²¹ de que el miedo insuperable encuentra su justificación en una inexigibilidad fundada en la preferencia legítima de los propios intereses, siendo por tanto una causa de inculpabilidad por lo que su apreciación dependerá del individuo con criterio frente a la amenaza, que podrá ser real o presunta, que haga inexigible a ese individuo el comportamiento conforme a la norma.

La exigibilidad se adscribe por tanto, al juicio de culpabilidad determinando, en ciertos casos, la inculpabilidad. La no exigibilidad opera imposibilitando la articulación del reproche, en el seno de los

¹²⁰ **AYALA GOMEZ, IGNACIO**,: El concepto de miedo en la circunstancia 10 del artículo 8 del Código Penal, op. Cit. Págs.. 1034 y sgts.

¹²¹ **VARONA GOMEZ, DANIEL**: “ El miedo insuperable: op.cit. pág. XVI.

delitos, dolosos, y quebrando la relación personal entre el autor y el hecho requerida por la forma de culpabilidad imprudente.

Como refiere **QUINTANAR DIEZ**¹²² La insuperabilidad debe entenderse, por tanto, en clave eminentemente personal, y subjetiva sin la necesaria referencia al hombre medio que, a nuestro juicio, no es sino un pie forzado jurisprudencialmente para eludir los problemas de prueba que ofrece un fenómeno tan complejo como el miedo.

De opinión contraria es **GONZALO QUINTERO OLIVARES**¹²³ quien afirma que teniendo la eximente un componente subjetivo resulta imprescindible que la aplicación del Derecho no dependa de las oscilaciones emotivas entre unos y otros sujetos, aunque sólo sea en aras de la seguridad jurídica. Hay que realizar la posibilidad de que la existencia de la eximente dependa totalmente de la sensibilidad del sujeto, pues podría conducir a consecuencias poco equitativas.

¹²² **QUINTANAR DIEZ, M. op. cit. pág. 117.**

¹²³ **QUINTERO OLIVARES, GONZALO, MORALES PRATS, FERMIN Y PRATAS CAMUT, MIQUEL: Curso de Derecho Penal, parte general, Cedecs Editorial, Barcelona 1996 pág. 438.**

CAPITULO V

RELACIONES DE LA EXIMENTE DE MIEDO INSUPERABLE RESPECTO DE OTRAS EXIMENTES.

5.1. ESTADO DE NECESIDAD.

JOSÉ HURTADO POZO¹²⁴ en su excelente monografía “ La Ley importada” destaca que el legislador nacional al redactar la exposición de motivos del Código Penal de 1885, que se convirtió en el Primer Código Penal del Perú de 1863, indica que había seguido muy de cerca el código penal español, porque estando las costumbres de los peruanos “vaciadas en los moldes impercederos de las leyes y del idioma de Castilla” no era posible alejar del proyecto de aquel modelo, siendo por tanto el código español de 1848 el que sirvió de modelo al legislador peruano. Sostiene así mismo que el legislador peruano no realizó una servil imitación, sino que modificó el “código importado” para adecuarlo, de acuerdo con su concepción política social, al estado del país. Con este objeto, simplificó o suprimió diversas disposiciones y específicamente en el artículo 8 sobre exención de la responsabilidad criminal no reprodujo expresamente el parágrafo 10) que alude al que obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor; por eso debemos destacar que

¹²⁴ HURTADO POZO, JOSÉ: *La Ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú.* Centro de Estudios de Derecho y Sociedad Cedys, Lima 1979 pág. 29 y sgtes.

nuestro ordenamiento fue original en este punto a diferencia del ordenamiento jurídico penal español que tradicionalmente ha concedido relevancia eximente de responsabilidad criminal al miedo insuperable, que mantuvo esta causa con autonomía funcional respecto del estado de necesidad. Por tanto no todas las legislaciones hispanoamericanas regulan esta eximente en forma autónoma.

EL MIEDO INSUPERABLE Y EL ESTADO DE NECESIDAD COMO EXIMENTES INDEPENDIENTES Y DOTADAS DE PRESUPUESTOS AUTÓNOMOS.

Existen autores que consideran al “miedo insuperable” como una causa eximente superflua, así **FERRER SAMA**¹²⁵ en la doctrina española, cuyo parecer comparten autores recientes¹²⁶.

Una razón que motivo esta postura fue la de estimar que sus presupuestos fácticos coinciden con el estado de necesidad. Por esto afirma **FERRER SAMA** que ambas eximentes son conceptualmente lo mismo, que siempre lo han sido aunque

¹²⁵ **FERRER SAMA, A. : Comentarios al Código Penal, Murcia, I (1946), II (1948) y IV (1956). Tomo I** pág. 228 y 229.

¹²⁶ **QUINTANO RIPOLLEZ, G. : Curso de Derecho Penal, Madrid, 1963. Tomo I** pág. 252; **GETTAS, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS, Código Penal comentado, Madrid 1990, pág. 49, 50; BACIGALUPO, Principios de derecho penal, parte general, Akal/iure, Madrid 1998 Quinta edición** pág. 290 al 292.

históricamente aludiendo a la legislación española - pudiera establecerse entre ellas una diferencia, pero en todo caso no sustancial entendiendo a la clase y entidad de los bienes enfrentados.

Hasta 1932 habría que entender que el estado de necesidad aparecía regulado en el derogado Art.,. 8 N° 7 del código penal español (o su equivalencia) cuando el conflicto afectaba a bienes patrimoniales de distinto valor, y en el anterior Art. 8.10 (o equivalentes) en los demás casos. Ahora bien, a partir del código de 1932 - momento en el que se admite el estado de necesidad cualquiera que fueran los bienes lesionados y, más aún, del Código de 1944 que permite causar un mal igual al evitado, decae esa función supletoria del estado de necesidad contenido en el Art. 8 N° 10 que, según esa posición, resulta, claro es, una eximente superflua.

A lo que hay que añadir el concepto de estado de necesidad del que parte **FERRER SAMA** para el que , lo previsto en el artículo 8, N° 7 se ha de aplicar tanto al caso de que el mal amenazante sea real, como al que sin existir, el sujeto crea razonablemente que existe, por cuanto lo determinante es el hecho de que el que actúa lo haya impulsado por estado de necesidad. Pero el carácter supletorio que **FERRER SAMA** asigna al miedo insuperable en relación al estado de necesidad es

provechoso rescatar en cuyo caso no sería una eximente superflua.

5.2. Teorías que permiten la delimitación entre ambas eximentes.

En España ha sido mayoritaria la doctrina que confiere un ámbito propio al miedo insuperable. Las propuestas han sido numerosas y diferentes, analizaremos las más importantes:

a) La situación motivacional como elemento diferenciador.

Un apreciable número de autores españoles entienden que la diferencia entre ambas eximentes radica en la situación motivacional requerida psiquiátrico -psicológica.

Esta teoría es defendida por **ANTON ONECA**¹²⁷, **QUINTANO RIPOLLEZ**¹²⁸ y más recientemente por **DÍAZ PALOS**¹²⁹.

¹²⁷ ANTON ONECA, JOSE. : Derecho Penal, op. Cit. Pág.. 311

¹²⁸ QUINTANO RIPOLLEZ, ANTONIO, : curso, op. Cit. Pág.. 352 y 353.

¹²⁹ DÍAZ PALOS, D. FERNANDO. : Voz “miedo” op. Cit. 350.

ANTON ONECA afirma que el estado de necesidad “es compatible con la más perfecta serenidad de ánimo, mientras que el miedo insuperable radica en un estado emotivo especial”, en el cual “no es posible la reflexión”; se trata, en suma, de un estado emocional privilegiado. Díaz Palos afirma que la diferencia esta en la raíz emocional del miedo.

También **QUINTERO OLIVARES** afirma que así como en el estado de necesidad “el acto puede ser objetivo y emotivamente frío, en el caso del miedo insuperable éste se adueña de la voluntad¹³⁰.

Compartimos la opinión de **MARÍA LUISA CUERDA ARNAU**¹³¹ quien opina por rechazar por inconsistente cualquier propuesta que pretenda situar la diferencia entre ambas eximentes en la situación emocional del miedo, afirma que para que entre en juego el miedo insuperable es preciso que ésta exista; ese es el primero de los presupuestos que condiciona su aplicación.

Sin embargo siendo imprescindible su sola presencia no desplaza la eximente de estado de necesidad en favor del miedo insuperable. Cuando se afirma que la diferencia radica en la

¹³⁰ **QUINTERO OLIVARES, GONZALO.** : Curso, op. Cit. Pág. 439.

¹³¹ **CUERDA ARNAU, MA. LUISA.** : El miedo insuperable su delimitación frente al estado de necesidad op. Cit. Pág. 165.

alteración emocional que supone el miedo frente a la serenidad de ánimo del que actúa en estado de necesidad, lo que sucede es que se esta manejando un concepto tan restrictivo de miedo que lo acerca confusamente a las causas de inimputabilidad.

b) La tesis que sitúa la diferencia en la distinta procedencia del mal.

Un sector de la doctrina ubica la diferencia en la distinta procedencia del mal, en concreto aludiendo a que el mal del miedo insuperable procede de la amenaza de un tercero. Comparten esta tesis **QUINTANO RIPOLLEZ**¹³², **JIMÉNEZ DE ASUA**¹³³, y **RODRÍGUEZ DEVESA**¹³⁴

El último de los autores citados manifiesta que “ La diferencia con el Estado de Necesidad (alternativa de sufrir un mal o inferirlo) no puede obtenerse si no es pensando que el miedo ha de ser producido por la amenaza de una tercera persona (vis moral) que viene a insertar en la motivación que antecede a la resolución de voluntad un motivo extraño y de influencia decisiva, aclarando que robustece esta interpretación la regla

¹³² **QUINTANO RIPOLLEZ, ANTONIO.: Comentarios. Op. Cit. Pág.. 133.**

¹³³ **JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, Tratado T. IV op. Cit. Pág.. 325 y 326.**

¹³⁴ **RODRÍGUEZ DEVESA, JOSE MARÍA / SERRANO GÓMEZ, ALFONSO.: Derecho penal español, parte general, 16° edición, op. Cit. pág. 648.**

tercera del Art. 20 del código penal español, que restringe entre los hechos que hubiesen ejecutado el hecho”

MARÍA LUISA ARNAU, observa que la afirmación de que ese es el único modo de diferenciar ambas eximentes, no es más que un juicio apriorístico que conduce a restringir sin base legal el ámbito de la eximente, sin que, además resulte respaldado por un buen argumento ¹³⁵, criterio que es compartido por **COBO / VIVES Y GÓMEZ BENITES**.

Las Teorías que sitúan la diferencia en el criterio utilizado para realizar la ponderación. Especial referencial a la posición de MIR PUIG.-

De acuerdo a este criterio en el estado de necesidad se entiende que el mal causado no debería ser objetivamente mayor que el que se trataba de evitar, dicha exigencia no se estima requerida en esos términos en el miedo insuperable.

En éste, la evaluación de los bienes enfrentados debe ser subjetiva o, al menos habría de hacerse conforme a lo que hubiese pensado el hombre medio que se hallase en las mismas circunstancias que el autor.

¹³⁵ CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA, OP. CIT. PÁG.. 167.

CUERDA ARNAU¹³⁶, rechaza esta postura afirmando que situar la diferencia entre las dos instituciones es aquel criterio es renunciar a descubrir la auténtica esencia de cada una de ellas; de acuerdo con aquella tesis, las dos eximentes no difieren en lo sustancial, pues el miedo acaba siendo una subespecie del estado de necesidad, cuya única diferencia frente al contenido en la eximente estaría en el hecho de no quedar sujeto a la objetiva ponderación de bienes exigida en aquella. Así mismo tales propuestas conducen a otorgar al miedo una eficacia eximente en muchos casos desmesurada, lo que no puede corregirse, limitado cuando la ley no lo hace, el ámbito del miedo a los supuestos en que resultan afectados bienes personalísimos.

En efecto entre los autores que deciden adoptar en el miedo un criterio de ponderación subjetivo destaca **HIGUERA GUIMEIRA**¹³⁷, que afirma que “la ponderación no hay que hacerla con módulos o parámetros estrictamente objetivos al estilo que nos recuerde el estado de necesidad, u objetivos atenuados como el módulo o parámetro propuesto por **MIR PUIG** de acudir al hombre medio”.

¹³⁶ **CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA; op. Cit. Pág.. 169.**

¹³⁷ **HIGUERA GUIMEA, JUAN FELIPE, op. Cita. Pág.. 128.**

Creo - continua El autor que la ponderación o la valoración ha de hacerse de una forma subjetiva. Será por consiguiente la persona concreta, que sufre o padece el miedo y que esté motivado, junto a sus circunstancias, la que tenga que realizar la citada ponderación o valoración.

Pensamos que a la hora de valorar si el miedo era o no insuperable habrá que tener en cuenta, entre otras cosas, la gravedad del mal temido, y la del mal causado y, naturalmente esa valoración será hecha por el Juez a partir de los datos que le suministra el ordenamiento y no atendiendo a la personal apreciación del autor. El hecho de que la eximente contenga un elemento que no se trata de una causa de inimputabilidad, al reconocimiento de ciertos límites objetivos que impiden la simple valoración subjetiva se convierte en reguladora de la aplicación de la ley.

Para **MIR PUIG**, la ponderación requerida por el miedo debía efectuarse atendiendo al criterio del hombre medio situado en la posición de autor, en síntesis propone que la función del miedo insuperable es la de dar cabida a los casos de estado de necesidad entre bienes personalísimos, es decir un estado de necesidad excusante, que obviamente no esta contenido en la ley, apreciación que se encuentra inescindiblemente unida a la definición que defiende sobre el estado de necesidad, sosteniendo que el miedo insuperable era una especie del estado

de necesidad pero no es una eximente superflua, en relación al estado de necesidad justificante, pues para ambos se exige la presencia de un mal igual o mayor. Y resolvió resumiendo a criterios de ponderación distintos en cada caso: objetivo o imparcial, en el estado de necesidad justificante, mientras que en el miedo insuperable la pregunta de si el mal es igual o mayor debe dirigirse al hombre medio en la situación del autor. **MIR PUIG** se aparta de la teoría dominante de la diferenciación en razón de su convencimiento de que aquella otorga al estado de necesidad justificante un ámbito demasiado amplio, mientras que el alcance que concede al estado de necesidad exculpante resulta en parte excesivo y en parte insuficiente, evitando su propuesta estos inconvenientes.

No es satisfactorio - continua -que todo estado de necesidad entre bienes desiguales en que se salva el más valioso justifique necesariamente el hecho - y no sólo es satisfactorio que - “justifique”, sino que tampoco lo es que exima automáticamente, pues tampoco tiene por que faltar en estos casos de culpabilidad, lo que a su juicio se evidencia en dos sencillos ejemplos: 1) ante una lluvia repentina alguien elegantemente vestido toma el paraguas de un albañil cuyas ropas tienen un valor inferior; 2) extracción de órgano no vital a quien no consciente en ello, cuando tiene lugar para salvar a otra persona. En ambos casos se advierte que es insuficiente el sólo dato de la superioridad del bien salvado y que es preciso buscar

critérios ulteriores que permitan limitar en mayor medida la exención por estado de necesidad¹³⁸

Por otra parte, el estado de necesidad exculpante se concibe por la doctrina española en términos demasiado amplios. En cambio, resulta insuficiente limitar el estado de necesidad exculpante a los casos que se salva un bien igual y no inferior al que se sacrifica.

La situación de conflicto motivacional puede concurrir también en el sujeto aunque lesione un bien jurídico superior, y para la exclusión de culpabilidad lo único decisivo es la presencia efectiva de la anormalidad motivacional, que sólo importa en la justificación.

La única manera de evitar tan graves inconvenientes es empezar por desistir el empeño de cobijar en el Art. 8°. 7 del código Penal español derogado y el Art. 20.4 y 20.5 del Código Penal Peruano, tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante. El estado de necesidad exculpante debe entenderse comprendido por la eximente del miedo insuperable. El planteamiento de **MIR PUIG** acarrea tres inconvenientes: la exigencia de una comparación objetiva del valor de los males/bienes en juego, pese a que lo único que debe importar es la

¹³⁸ **MIR PUIG, SANTIAGO.**: “ Problemas del estado de necesidad en el Art. 8.7 CP; Estudios jurídicos en honor del Profesor Pérez - Vitoria, Barcelona 1983, Tomo I Pág.. 504 y 505.C

anormalidad motivacional del que actúa, pues no es posible inducir tales supuestos en el miedo insuperable, pues concluiremos en la tesis que el miedo insuperable es una eximente superflua, tesis que no aceptamos, pues nada hay en el Código que respalde tal aseveración de convertir el miedo en un estado de necesidad excusante o exculpante sujeto al criterio de ponderación que dicho autor propone.

De una parte afirmar que la eximente del miedo insuperable es, simple y llanamente, un estado de necesidad supone renunciar a la posibilidad de otorgar a ésta alguna función genuina no cubierta por otras eximentes, y, rechazo, limitar sus posibilidades de actuación, pues históricamente la función que se le asigna no es la de solventar casos de conflicto objetivo inevitable entre bienes, sino justamente aquella que, conceptualmente, el estado de necesidad no podía ni puede cubrir, razón por la que no advertimos la ventaja que pueda tener una construcción que se empeña en vaciar de contenido la eximente de miedo insuperable. De otra parte el criterio de ponderación con el que opera **MIR PUIG** sigue siendo insatisfactorio, pues la supresión no exime al Juez de tener que examinar el valor de los intereses enfrentados; es más, ese ha de ser, uno de los elementos básicos para decidir sobre la insuperabilidad del miedo y si como propone **MIR PUIG**, el criterio de ponderación no es un criterio objetivo que atienda al valor que el propio ordenamiento concede a tales bienes, como

el riesgo de ampliar en exceso los límites de la eximente, no

siendo causal el que se excluya del ámbito del miedo insuperable los bienes que no sean personalísimos y conduciría a resultados injustos si éstos recaen en un bien patrimonial y estaba inspirado en los que dispone el Art. 35 del Código Penal Alemán STGB que carece de apoyo en lo que expresa la ley española y la muestra.

Y como destaca **CUERDA ARNAU**¹³⁹ el inconveniente que veía **MIR PUIG** en el hecho de alojar en el anterior 8 N° 7 del Código Penal Español derogado, del estado de necesidad excusante - la no limitación de la eximente en los bienes personalísimos - ni resulta convincente ni se resuelve con su propuesta de llevar aquél al miedo insuperable.

En realidad, el art. 8 N° 7 del código Penal español derogado, no limitada su ámbito a los casos de salvación de los bienes personalísimos, como tampoco lo hace el vigente código del 95 (art. 20 N° 5, como lo reconoce expresamente **MIR PUIG**, que le parece sin sentido la exculpación automática, en los casos de conflicto de bienes que no tengan aquel carácter cuando son equivalentes.

¹³⁹

CUERDA ARNAU, MARIA LUISA. Op. Cit. Pág. 181.

Así mismo la posición de este autor que el estado de necesidad justificante quede limitado - como sucede en Alemania - a los casos de bienes personalísimos, tampoco se soluciona llevando dicho estado de necesidad al miedo insuperable, que importará restricción contra el tenor literal de la ley en contra del reo.

En efecto, como es sabido el Código español de 1995 ha suprimido la referencia a que quien actúa lo haga impulsado por estado de necesidad y se limita a advertir que el actuante ha de hacerlo “ en un estado de necesidad”, **QUINTERO OLIVARES**¹⁴⁰ se pregunta ¿ Qué consecuencias tenía la exigencia de ese impulso en el estado de necesidad ? Que lo cierto es que prácticamente no tenía ninguna, y ello tanto porque el elemento absolutamente preponderante es la situación “ objetiva” de necesidad cuanto porque ese impulso puede coexistir con otras motivaciones (egoísmo).

Tanto **MIR PUIG**¹⁴¹ como otros autores propugnan una interpretación restrictiva del auxilio necesario, en el estado de necesidad, porque motivan la posibilidad del auxilio necesario en

¹⁴⁰ **QUINTERO OLIVARES** y Otros. Curso de Derecho Penal, parte general, Barcelona 1996, pág. 412.

¹⁴¹ **MIR PUIG**, “ Problemas del Estado.”, op. Cit. Pág. 507.

la existencia de una anormalidad motivacional de tipo psicológico similar a la que puede producirse en el propio necesitado.

En síntesis: en el caso de auxilio necesario en el estado de necesidad excusante, debe considerarse la existencia de un contra motivo suficiente, es decir una situación de anormalidad motivacional jurídicamente relevante..

En cuanto al argumento adicional esgrimido por **MIR PUIG** y otros penalistas españoles, en el sentido de que en el Art. 8 N° 7 no hay ninguna limitación en la esfera del auxilio necesario, razón por la que se caería en contradicción de dejar impune al que ejecuta el hecho de su propia mano, al mero partícipe. Este autor sostiene que defender la regulación unitaria del estado de necesidad excusante, conduce al absurdo de admitir, que, en un estado de necesidad excusante, la participación en la conducta del necesitado o, en su caso, del auxiliador sería punible, mientras que no sería el auxilio necesario, pese a que éste autoriza al auxiliador a actuar en lugar del necesitado. Y, desde luego, el absurdo sería mayúsculo. Pero es que la conclusión puede ser otra, pues si el auxilio necesario autoriza el que otro actúe en lugar del necesitado con mayor motivo (argumento a fortiori) hay que entender que dicho auxilio abarca también la conducta del que simplemente participa. De ese modo, la impunidad del partícipe sería una

excepción establecida por la Ley. En resumen **MIR PUIG** limita el miedo insuperable en los casos en que el conflicto afecta bienes personalísimos, postura que aunque no esta en la ley parte de su inspiración en el Código Alemán .

COBO Y VIVES¹⁴² sostiene - aludiendo al miedo insuperable - que tradicionalmente se incluyen en la eximente los casos de violencia moral que, perturbando la capacidad de decisión, no anula la de acción. La jurisprudencia suele recortar indebidamente el ámbito de aplicación de la eximente a supuestos en que la violencia o la amenaza provenga de otra persona. Tal interpretación restrictiva no se halla justificada por la delimitación entre miedo insuperable y estado de necesidad, pues lo que diferencia al miedo insuperable del estado de necesidad es la ausencia en aquél, de una auténtica situación necesaria, lo que ocurrirá tanto si el mal a considerar procede de un amenaza (y no de un proceso ineludible.), cuanto si dicho mal, aun apreciado por el autor como procedente de acontecimientos naturales inevitables, carece de realidad.

TOMA DE POSTURA.- Para ello es importante la concepción que mantiene el investigador sobre la eximente en

¹⁴² **COBO DEL ROSAL M. - VIVES ANTON T.S. ; Derecho penal, parte general, 3era edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991 pág 530**

debate, que no es otra que la adhesión a la teoría del estado de necesidad, que es la mas convincente.

Del artículo 20 incisos 4° y 5° que describen el estado de necesidad justificante y exculpante, no puede inferirse referencias explícitas de las exigencias conceptuales del estado de necesidad, el último de los cuales ha sido incorporado por el Código de 1991.

HURTADO POZO¹⁴³ concibe el estado de necesidad como una situación de peligro (presente o inminente), en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente. En la doctrina española existe cierto consenso en entender que el estado de necesidad implica la existencia de un conflicto objetivo e inactuable entre dos bienes, en circunstancias tales que la salvaguarda de uno de ellos requiere la lesión o la puesta en peligro de otro.

Las discrepancias son en cuanto a fijar el contenido y alcance de los requisitos a los que no todos atribuyen el mismo significado.

¹⁴³ **HURTADO POZO, JOSE;** . Manual de Derecho Penal, parte general Segunda edición, eddili, Lima 1987, pág. 382.

Siguiendo el criterio de **CUERDA ARNAU** podemos afirmar que el estado de necesidad se caracteriza por la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico, lo que se debate aquí es la naturaleza del juicio en base al cual afirmar la existencia o inexistencia del peligro. Esta primera exigencia equivale a la presencia de un mal real cuya probable materialización hay que determinar mediante un juicio ex - ante, de naturaleza objetiva. Esta tesis no es compartida por todos.

Así **CORDOVA RODA**¹⁴⁴ sostiene que en cuanto a la naturaleza del peligro, se plantea la cuestión de si el contenido del referido juicio de probabilidad ha de ser, o no, exclusivamente objetivo, esto es, se suscita la interrogante de si para estimar la presencia del peligro se requiere un juicio despersonalizado por el que ex - ante se considere probable la producción del evento, o si podrán también motivar la estimación de aquel las creencias del agente.

La realidad del mal según los comentaristas clásicos, no trasluce tanto la objetividad, cuando la inmediatez del peligro. El tratamiento otorgado a la errónea suposición de peligro, por la doctrina científica hoy dominante, basado en la aplicación de los tradicionales principios de culpabilidad doloso y culposo o de la atenuante primera del Art. 9 del código español, representa una construcción dogmática que no parece haber tomado

¹⁴⁴ **CORDOVA RODA**, Comentarios, tomo I, op. Cit. Pág. 272 y ss.

suficientemente en consideración las características propias de la regulación vigente en nuestra realidad práctica. El estado de necesidad como base de la circunstancia séptima del artículo 8, del código Español derogado, encierra evidentemente una exigencia de realidad que conduce a excluir, tanto de la eximente plena como de la incompleta, los supuestos en los que la figuración del sujeto acerca del peligro, no haya sido suficientemente probada. No parece sin embargo - continua **CORDOVA RODA** - que tal exigencia de realidad, debe conducir a desestimar la circunstancia de estado de necesidad en los casos de peligro putativo.

CUERDA ARNAU¹⁴⁵ reitera que la conclusión a la que este autor llega es difícilmente compatible con algunas afirmaciones, claras y precisas, hechas por los comentaristas clásicos, en cuya opinión, por el contrario, cree encontrar apoyo para sostener tal tesis.

Para concluir refiere **CUERDA ARNAU**, el primero de los requisitos del estado de necesidad, la realidad del conflicto es una exigencia conceptual de dicho estado y se aplicará tal eximente en los casos en que mediante un juicio ex - ante, de naturaleza objetiva, pudiera determinarse la existencia del peligro, y por tanto es requisito conceptual del estado de necesidad que el conflicto se produzca en circunstancias tales

¹⁴⁵ **CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA, op. Cit. Pág. 192.**

que permitan afirmar que la salvación del bien en peligro depende del sacrificio a otro bien jurídico, ya sea este de un tercero, ya pertenezca al mismo sujeto en cuyo interés se actúa.

Sin embargo ha sido objeto de interpretaciones diferentes.

En lo referente a la jurisprudencia española, esta exige para el estado de necesidad el carácter de conflicto absoluto, lo que implica en sí dos exigencias a) que se hayan agotado todas las vías legítimas para la salvación del bien; y b) para el caso que no existieran tales vías que se recurra al medio menos perjudicial de los posibles,¹⁴⁶ **DEL ROSAL** hace hincapié que a pesar de la orientación moderna, dirigida a ampliar el estado de necesidad la práctica del Derecho se ha resistido a veces a recogerla con la generosidad con que se concibió por la doctrina, que en esencia hace coincidir con los que exigían los códigos españoles de 1932 (“que no haya otro medio practicable y menos perjudicial”), en los cuales la referencia lo era al estado de necesidad justificante.

En realidad como afirma **CORDOVA RODA** esa cualidad de absoluto es hoy reclamada unánimemente por la doctrina, criterio que es observado por **CUERDA ARNAU** la que afirma que tal aseveración es excesiva.

¹⁴⁶ Lo que importa consolidar una larga tradición jurisprudencial (vid. **DEL ROSAL**. “ Del concepto de estado de necesidad “ en *Comentarios a la Doctrina penal del Tribunal Supremo, Madrid, 1961, Editorial aguilar* pág. 373 y ss. Mas recientemente SSTS 8 de junio 1994 (**RAJ 4544**), 25 de abril 1944 (**RAJ 3431 F°J° . 3°**), 1ero febrero 1994 (**RJ. A. 1239P°J° 5°**)

En lo referente a agotar las vías legítimas de que “ si el agente le fuera factible acudir a las vías legítimas para evitar el mal que se le acecha, vendría a faltar ya un propio “ estado de necesidad “.

Opinión similar es la de **COBO** y **VIVES** los que sostienen que “Negar la naturaleza de justificación del acto mediante el cual se sacrifica un bien para salvar otro, cuando dicha salvación podría haberse obtenido por medios lesivos, no significa negar que dicha conducta deba, en cualquier hipótesis, producir responsabilidad criminal”¹⁴⁷ concluyendo como es natural que producirán efectos meramente excusantes las acciones de salvamento que intenten salvaguardar un bien igual y las que, aún dirigidas a lograr la supervivencia del bien mayor, carezcan de la aptitud necesaria para preservarlo¹⁴⁸ debiendo colegirse que para éstos autores éste no es un requisito conceptual de la eximente.

Esta es la opinión que compartimos, no sólo en relación a la exigencia de acudir al medio menos lesivo, sino también de agotar previamente todas las vías legítimas, debiendo

¹⁴⁷ **COBO DEL ROSAL M. VIVES ANTON T.S. ; Derecho penal, parte general 4ta edición adecuada al Código Penal de 1995 por María Isabel Valdecabres Ortiz; Tiranch lo blanch, Valencia 1996 pág. 478.**

¹⁴⁸ **COBO DEL ROSAL M. VIVES ANTON T.S. ; Derecho Penal , Parte General, Op. Cit. Pág. 625.**

distinguirse lo que es una situación de necesidad de lo que es una actuación innecesaria ante dicho estado.

BALDO LAVILLA¹⁴⁹ sostiene que para que sea objetivamente necesario intervenir en amparo del interés amenazado es exigible entre otros requisitos, que en mayor o menor grado concurra una amenaza de peligro real, y cuando falte se alude a la necesidad abstracta, en idéntico sentido **MIR PUIG**¹⁵⁰ indica a que debe distinguirse también para el estado de necesidad entre necesidad abstracta y necesidad concreta. La primera faltará si no hay necesidad de ninguna acción salvadora, y la segunda si existe dicha necesidad pero podría haberse empleado un medio menos lesivo.

Por el contrario en caso de que la conducta lesiva configurase una reacción frente a una reacción de peligro, habrá que admitir que se hace frente a una situación de peligro, que a la postre puede resultar justificada, excusada, o no explicada, en cuyo caso podrá acudir a la eximente incompleta.

Para concluir con la delimitación del estado de necesidad conviene destacar el carácter objetivo del mismo en relación al conflicto de bienes. En efecto el concepto de estado de necesidad remite a un proceso causal, en cuya virtud uno de los bienes en

¹⁴⁹ **BALDO LAVILLA, FRANCISCO, op. Cit. Pág. 149**

¹⁵⁰ **MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho penal, parte general, 5ta edición Barcelona, 1998 pág. 468.**

conflicto va a perecer, por lo que pertenece al mundo exterior y no a las motivaciones, por tanto es ex ante y de naturaleza objetiva. Así, pues, definido el estado de necesidad como conflicto objetivo entre bienes, en circunstancias tales que la salvación de unos depende del sacrificio de los otros, hay que concluir que, ante un proceso intencional no estamos ante un tal estado, por lo que es coherente reconducir tales supuestos al miedo insuperable.

Naturaleza jurídica.-

La doctrina española mayoritaria, aludida a lo largo de la exposición, atribuye al estado de necesidad una doble naturaleza: causa de justificación cuando el conflicto enfrenta intereses desiguales y la conducta tiende a la salvación del mayor, y causa de exculpación cuando aquél se produce entre intereses equivalentes (teoría de la diferenciación), lo que es subsumido en la eximente del Art. 8,7° del Código Penal español derogado y el Art. 20,5° del vigente, contenida a su vez en el Art. 20 incisos 4° y 5° del Código Penal peruano de 1991. Sin embargo, no faltan autores que, también en este último caso, estiman que la conducta realizada está justificada (teoría de la unidad) ¹⁵¹y en

¹⁵¹ GIMBERNAT, El estado de” en Estudios, op. Cit. Pág. 154 y ss.; CUERDA RIEZU, la colisión de derechos en derecho penal, Tecnos 1984, Madrid Pág. 314. GÓMEZ BENITEZ, Teoría . Op. Cit. Pág. 378 y ss.; ROLDAN BARBERO, la naturaleza ... op. Cit. Pág. 46.

esquema del vigente código penal español el Art. 20 N° 5 se limitaría a ser una causa de justificación.

Nosotros compartimos la tesis de la diferenciación, afirmando el estado de necesidad justificante cuando se trate de un conflicto entre bienes desiguales con sacrificio del menor, y causa de inculpabilidad basada en la idea de no exigibilidad, cuando dicho conflicto enfrenta intereses equivalentes, contenidos en el Art. 20 inciso 4° y 5° de nuestro código penal vigente.

Optar por la teoría de la diferenciación obliga a, tener que contestar aunque brevemente las objeciones que contra ella se dan, sistematizadas en forma didáctica por el Profesor **ROLDAN BARBERO** a) aspectos en favor del que el estado de necesidad es una causa de justificación, aunque el conflicto sea entre bienes iguales; la regulación del auxilio necesario, en cuanto a la persona interviniente, la fórmula española no hace ningún tipo de limitaciones, cualquier tercero puede intervenir en un estado de necesidad, con independencia de si el conflicto es entre bienes desiguales con defensa del mayor o iguales b) la posibilidad de defender en estado de necesidad cualquier bien jurídico no presenta excepción alguna. De lo expuesto se colige que **ROLDAN BARBERO**¹⁵² es partidario de otorgar a la eximente

152

ROLDAN BARBERO, HORACIO; “ La naturaleza del estado de necesidad en el Código español; crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. Fundación Juan March, serie universitaria, Madrid 1980 pág. 34 y ss.

la naturaleza de causa de justificación aunque el conflicto enfrente intereses equivalentes.

Se debe aclarar que las apreciaciones de los penalistas alemanes que mantienen la teoría de la diferenciación que fundamentan el estado de necesidad excusante en el pensamiento de la inexigibilidad a otra conducta que sustenta el estado de necesidad excusante STGB. 35., no es aplicable al ordenamiento español, debiendo destacarse las diferencias.

Siguiendo a **ROLDAN BARBERO**¹⁵³ debemos destacar que la primera diferenciación es la referida al auxilio necesario. En razón de que el Código español no hace ninguna diferencia, cualquier tercero puede intervenir en un estado de necesidad, con independencia de si el conflicto es entre bienes desiguales con defensa del mayor o iguales, aludiendo que tal amplitud obedece a que todo estado de necesidad es una causa de justificación. Tales datos en relación con el Art. 20 N° 5 del código penal español, que implicaría que el auxilio necesario sólo debería afectar a quien sufre la presión motivacional, en su persona y así mismo supondría eximir de pena al auxiliador que actúa en lugar del necesitado, debiendo castigarse al partícipe que se limita a tomar parte en la conducta del necesitado.

¹⁵³ **ROLDAN BARBERO**; Op. Cit. Pág. 34 a 36.

En el pensamiento de la no exigibilidad se aprecia con claridad la razón por la cual no se impone una pena al que sin ser pariente o amigo del necesitado actúa en estado de necesidad y para evitar la producción del mal.

Se suele objetar el hecho de que el Código penal español no limite el círculo de bienes susceptibles de ser defendidos en estado de necesidad, es también un argumento a favor de configurarlo como causa de justificación. Se suele argumentar por tanto que la inexigibilidad - en cuanto debe suponer una distorsión en el proceso motivacional- no sirve para explicar la impunidad en casos en que los bienes afectados no son de carácter personalísimo.

A su vez **GÓMEZ BENITEZ**¹⁵⁴ sostiene que la eximente que aquí tratamos se ha ido alejando cada vez más del terreno de la insuperabilidad y aproximándose más a la inexigibilidad de conducta distinta. Es decir, que cada vez se hace más evidente que la presente eximente no depende tanto - según interpretación jurisprudencial dominante - del efecto psíquico del miedo, como de la improcedencia de exigir a un ser humano que ante determinados estímulos o amenazas reales reaccione de forma distinta a como lo hizo, esto es delictivamente, ocasionando un mal (típico y antijurídico) no superior al que pretende evitar. En este desplazamiento de la eximente desde una noción psicológica

¹⁵⁴ **GÓMEZ BENITEZ, JOSE MANUEL**, “ Teoría Jurídica del Delito, civitas 1988 pág. 430.

TESIS UNMSM

a otra normativa se puede hallar la frecuente confusión entre la actuación por “miedo insuperable” y la realizada en “estado de necesidad” y cuando los bienes en conflicto no son personalísimos estaría ausente el conflicto, y otro tanto ocurriría cuando éstos son equivalentes.

De otra parte hay que renunciar al tratamiento que debe recibir el error. **GIMBERNAT** sostiene que la doctrina dominante opina que el error sobre la propia inimputabilidad es irrelevante y lo que opina tiene razón, pues el sujeto que, creyéndose inimputable, comete un delito, está realizando con pleno conocimiento, la materia de prohibición cuya realización el Derecho penal quiere combatir y puede también combatir frente a los “normales” : si el Derecho penal puede y quiere combatir estas acciones del sujeto que yerra sobre su propia imputabilidad, entonces no existe ningún motivo por el que debe renunciar a la pena que en un caso actúa inhibitoriamente.

Finalmente si el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales fuese una causa de exclusión de la culpabilidad, entonces y a diferencia del error debería regir lo mismo que rige para el error sobre la falta de culpabilidad por inimputabilidad: debería ser irrelevante¹⁵⁵ para la pena como lo es cualquier suposición equivocada del autor sobre la inculpabilidad. Critica

¹⁵⁵ **GIMBERNAT ORDING, ENRIQUE;**. Estudios de Derecho penal 3era edición, Editorial tecnos, Madrid 1990, pág. 226 y 227.

que no aceptan ni los partidarios que estiman el miedo insuperable como causa de justificación. **ROLDAN BARBERO**¹⁵⁶ cree que esta consecuencia del problema del error sobre un estado de necesidad en el que colisionan dos bienes de igual valor, no es correcta. Y no lo creo, porque el hecho que se estime irrelevante, el error sobre la propia inimputabilidad, no implica necesariamente la irrelevancia del error sobre una causa de exclusión de la culpabilidad basada en la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. Pues aunque ambos elementos forman parte del principio de culpabilidad, son distintos los papeles que juegan en el mismo. De hecho una tal conclusión no la acepta hoy nadie.

Esta consecuencia del problema del error sobre un estado de necesidad en el que colisionan dos bienes de igual valor no es correcta, y no lo es, porque el hecho que se estima irrelevante, el error sobre la propia inimputabilidad, no implica necesariamente la irrelevancia del error sobre una causa de exclusión de la culpabilidad basada en la que exigibilidad de la conducta adecuada a la norma.

Sin embargo, quienes decidan tratar los casos de estado de necesidad excusante putativo con arreglo a la disciplina del error, y decidan también dar un tratamiento distinto al error vencible y al invencible, se limitan a hacer lo que procede, como refiere, **ROLDAN** que esa distinción no tiene sentido cuando se trata de

¹⁵⁶ **ROLDAN BARBERO, HORACIO, op. Cit. Pág. 40.**

una causa de inexigibilidad porque al fin de cuentas, el sujeto “actúa en la misma situación de apremio psicológico que padecería si un estado de necesidad realmente existiera”¹⁵⁷, implica sostener que para la exigibilidad lo único decisivo es una situación de apremio psicológico, sin embargo creo que no son así, por cuanto se trata de causas de inexigibilidad y de inimputabilidad.

El maestro **BUSTOS**¹⁵⁸ sostiene que “ como se trata aquí de considerar la motivación a actuar, no tiene sentido plantearse el problema del error, ya que para los efectos de una motivación a actuar tiene el mismo efecto una circunstancia efectiva o sólo imaginaria”. En realidad lo que se juzga no es el error, sino los problemas de motivación al exigirse una conducta determinada y, por tanto, hasta que punto se puede exigir una conducta diferente frente a un determinado estado motivacional.

En general, en el estado de necesidad exculpante, rigen los mismos requisitos del estado de necesidad justificante, sólo que en este caso se trata de males iguales. En realidad la consideración en la misma disposición del estado de necesidad exculpante y justificante lleva a que no quede suficientemente claro más el aspecto fundamental de esta eximente. En efecto,

¹⁵⁷ **ROLDAN BARBERO, HORACIO**; “ Estado de necesidad y colisión de intereses”, Cuadernos de Política Criminal N° 20 EDERSA, Madrid 1983 pág. 509.

¹⁵⁸ **BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HERNÁN HORMAZABAL MALAREE**; “ Lecciones de Derecho Penal, volumen II, Editorial Trota, Valladolid 1999 pág. 379.

como se trata de males iguales, el problema no radica ya en la determinación de la proporcionalidad de los males o los medios, sino en que el sujeto, desde una consideración ex ante de reacción moral frente a esa situación no le quedaba otra alternativa posible, pues se trata precisamente de la exclusión de la exigencia de una conducta.

CONCLUSIÓN.

Partiendo del estado de necesidad que sostiene **COBO VIVES**¹⁵⁹ al manifestar que “ lo que diferencia al miedo insuperable del estado de necesidad es la ausencia, en aquél, de una auténtica situación necesaria”, lo que ocurriría tanto si el mal a considerar procede de una amenaza, cuanto si dicho mal, carece de verdad. Así mismo **CUERDA ARNAO**¹⁶⁰ sostiene que “ el estado de necesidad implica la existencia de un conflicto objetivo e inestable entre dos bienes, en circunstancias tales que la salvaguarda de uno de ellos requiere la lesión o la puesta en peligro del otro”.

Por tanto la función del miedo insuperable, seguirá siendo la de dar solución a supuestos que, no tienen cabida en el concepto de estado de necesidad.

Recientemente, se ha defendido que lo que diferencia ambas eximentes es el carácter del conflicto ante el que se enfrenta la persona, cuando este sea objetivo e inevitable, se aplicará el estado de necesidad, por el contrario, cuando el conflicto no sea objetivo (supuestos de mal irreal) o inevitable (casos de mal proveniente de la amenaza de un tercero y no de un suceso natural), deberá aplicarse el miedo insuperable, tesis defendida por **COBO VIVES** y **CUERDA**

¹⁵⁹ M. COBO DEL ROSAL T.S. VIVES ANTON; “ Derecho Penal, parte general, 3era edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia 1991, pág. 530.

¹⁶⁰ CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA; “ El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, op. Cit. pág. 190.

ARNAU. BUSTOS¹⁶¹ aludiendo a esta tesis, manifiesta que, este criterio, si bien es mas sólido que los anteriores provoca problemas difíciles de solucionar. En primer lugar margina del estado de necesidad (y, con ello, de la posible justificación de la conducta) los supuestos de amenaza de un tercero. En segundo lugar, deja fuera del ámbito tanto del estado de necesidad como del miedo insuperable, los casos en que la amenaza proviene de un suceso natural y se causa un mal mayor que el evitado que, con los límites ya señalados, podrían en algunos casos ser comprendidos por el miedo insuperable.

Entendemos con **VARONA**¹⁶² que la eximente de miedo insuperable representa la primera, y por ello ciertamente arcaica, formulación penal de las situaciones de necesidad, tal como fue recogida en los códigos de tradición latinoamericana que destacaron el aspecto emocional de la exención de la pena, es decir en el entendimiento de la eximente, de miedo insuperable como una exención de pena mas allá de los supuestos propios del resto de eximentes, y en este caso como del estado de necesidad.

El artículo 20.7 viene, en efecto a cubrir supuestos que no están incardinados en los incisos 4 y 5 del referido Art. 20 del Código Penal vigente, por faltar en estos supuestos, un auténtico conflictivo e inevitable, que es exigencia conceptual del estado de necesidad. Así

¹⁶¹ **BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZABAL MALA - REE, HERNÁN**, Lecciones de Derecho penal, Volumen II op, cit. Pág. 389.

¹⁶² **VARONA GÓMEZ, DANIEL**. El miedo insuperable, op. Cit. Pág. 355 a 356.

ocurre cuando el mal temido carece por completo de realidad y también, cuando la efectiva materialización de aquél depende de la voluntad de un tercero y no un proceso inelectable. En ambos casos, la actuación del miedoso es innecesaria, por cuanto el mal no se realiza por existir sólo en la conciencia del agente, o bien porque el tercero no hace efectiva su amenaza.

BUSTOS¹⁶³ sostiene que la relación entre ambas eximentes plantea un difícil y discutido problema sobrevenido por la evolución histórica del estado de necesidad, que de contemplar en su origen español supuestos específicos de necesidad, paso a configurarse con las reformas de 1932 y 1944 también españolas; como una eximente genérica capaz de abarcar los casos de conflicto entre bienes jurídicos debidos a la existencia de peligro. Ello dejó al miedo insuperable en una situación incómoda, pues pareciera que el estado de necesidad vendría a abarcar los supuestos anteriormente reservados al miedo insuperable.

Un primer supuesto no cubierto por el estado de necesidad, serían aquellos en que el conflicto no existe por ser irreal el mal temido, por tanto los casos de error sobre la existencia de un conflicto de bienes (estado de necesidad putativo) podrían tener cabida en esta eximente, teniendo en cuenta que el carácter vencible o invencible del error influirá a la hora de decidir sobre la insuperabilidad del miedo,

¹⁶³ **BUSTOS RAMÍREZ y otro . op, cit. pág. 390**

por esta razón no compartimos la tesis de quienes pretenden restringir el ámbito de la eximente a los supuestos de males reales, por cuanto el texto literal de la ley no excluye los males irreales.

Por esta misma razón, no se explica que quienes admiten los males irreales, admitan el error sobre los presupuestos de una nueva causa de inexigibilidad, o quienes optan por otorgarlas, o quienes le atribuyen el de una causa de justificación, pues si el fundamento de la exención radica en la anormalidad motivacional, no se entiende sobre que presupuesto recae el error que lleva a una persona, que se ha representado un mal inexistente a obrar a consecuencia del temor que ese mal le producía, obrando por miedo.

Resulta no convincente el hecho de que la naturaleza del error sobre la realidad del mal se decida a partir de que se represente como real un mal inexistente.

En otras palabras si ese error da paso a un estado de necesidad putativo o si, por el contrario, debe ser tratado como un supuesto de lo que se denomina miedo putativo. Por cuanto un mismo error llega a tener un tratamiento jurídico distinto, el que fundamenta un estado de necesidad putativo podrá ser tratado como un error sobre los presupuestos de una causa de justificación, si el mal causado era menor que el imaginado como real, o en todo caso, si se sostiene la tesis de que todo estado de necesidad es justificante, como sostiene **CUERDA**

ARNAO¹⁶⁴ por el contrario el error que se califica como supuesto de miedo putativo recibirá siempre el tratamiento que corresponda al que recaerá sobre los presupuestos fácticos de una causa de inexigibilidad, lo que determina un tratamiento no coincidente, basados en que los bienes que se encuentran enfrentados eran o no objetivamente de distinto valor. La citada autora dice que “tal proceder parece una especie de salto lógico para resolver lo que a mi juicio, es una cuestión previa. Sin embargo debemos concluir afirmando que la limitación de la eximente contenida en el Art. 20.7 a los males reales carece de base real y material en el Código. Lo que no quiere decir, que en tal sentido se niegue el que determinados casos de males reales tengan en el miedo insuperable su lugar más adecuado, supuestos en que el mal es real y no proviene de un conflicto objetivo e ineludible entre bienes; en realidad lo que concede a esta eximente sustantividad propia es el hecho de que ante un conflicto objetivo, la salvación de un bien dependa del sacrificio de otro; esto es: el mal acontecerá necesariamente, como acontece todo fenómeno causal, salvo que el mal proceda de un proceso intencional y por tanto, no inelectable, es decir cuando la amenaza procede de un tercero, casos que deben ser reconducidos al miedo insuperable, por cuanto no responden a una auténtica situación de necesidad. Este criterio que es opinable debe excluir las amenazas supuestas, es decir las que teniendo apariencia de seriedad y firmeza, no son sin embargo aquellas que encierran, una auténtica voluntad de causar el mal que se anuncia por no representar un conflicto objetivo de intereses, incluyéndose en el Art. 20 inciso 7

¹⁶⁴ CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA op. Cit. Pág. 214.

tales males. Diferentes son los casos en que la amenaza representa la exteriorización del propósito real y cierto - de causar un mal, sin embargo de que la doctrina española dominante determina que estos supuestos son subsumibles en el estado de necesidad justificante, admitimos que excepcionalmente, tales conductas pudieran resultar justificadas, sin embargo como el lugar más propio subsumidas por el miedo insuperable, por cuanto es menester diferenciar los procesos causales de los que son procesos motivacionales y aunque para algunos distinguidos autores no hay diferencia alguna entre ambas instituciones, creemos distinguir la acción que coacta de la acción necesaria, en que en la primera situación, la necesidad proviene de una acción humana, de una amenaza, mientras que en el estado de necesidad se trata de una “situación” natural, física, de peligro para un bien jurídico protegido.

En caso de aceptarse la proposición de lege ferenda de modificarse el Art. 20. 7 a similitud del código que le sirvió de modelo (código español de 1995 Art. 20. N° 6) que importaría la supresión de la ponderación de bienes, permitiría el que ahora no esta en condiciones de desempeñar.

En este sentido cabe resaltar la posibilidad de que desempeña una función supletoria del estado de necesidad. Conceptualmente se puede incluir en el miedo insuperable hipótesis de auténtico estado de necesidad, en las que el mal causado fuera superior que aquel frente al que actúa, lo que ocurre con la actual regulación de nuestro código. Con la proposición de reforma ya adoptada por España, cabe extender,

el ámbito del miedo insuperable también a casos de estado de necesidad que, pese a quedar más allá de los límites impuestos por esta última eximente, pueden ser vistos como supuestos ante los que podía exigirse al sujeto que actuase de otra manera, incluso podríamos subsumir a esta eximente, algunos casos de error en la ponderación cuando fueran debidos al miedo.

Además la eximente estaría en condiciones de desempeñar otras funciones que difícilmente podrían cumplir de forma satisfactoria por estar sujeta a la rígida ponderación de males como hoy. Como dice **BUSTOS**¹⁶⁵ el miedo insuperable puede llevar a cubrir una serie de lagunas en las eximentes en aquellos casos en que éstas resultan insuficientes, pero que, sin embargo, aún así se vean razones suficientes para eximir de pena, pues el resto de eximentes no tienen en cuenta la importancia de la valoración parcial del conflicto como razón suficiente, como en determinadas ocasiones, pueden llegar a ocurrir, para la exención de pena. Esta función, que podríamos llamar supletoria y complementaria del miedo insuperable, se facilita, en gran medida, con la reforma que propiciamos que no condiciona, como lo hace el Código actual, a que el mal sea igual o mayor. Estas funciones supletorias y complementarias podrían aplicarse a determinadas hipótesis del exceso intensivo en la legítima defensa que no pueden discurrir por vía del error, al tratarse de un exceso que, aunque debido al miedo, fuera consciente.

¹⁶⁵ **BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZABAL MALAREE, HERNÁN;** op. Cit. Pág. 391.

Pero como también proponemos la desaparición de la eximente de fuerza irresistible contenido en el Art. 20.6 de nuestro Código Penal, también puede cumplir funciones que antes estaban asignadas a ésta, es decir reconducir al miedo los casos de fuerza que, sin eliminar por completo la voluntad de acción, determinen la inexigibilidad de otro comportamiento.

Coincidimos con la observación que formula **CUERDA ARNAU**¹⁶⁶ al manifestar que “ En realidad, los supuestos de violencia material como efectos intimidatorios podrían, desde el punto de vista puramente terminológicos, ser considerados casos de miedo”, sin embargo los límites de esa eximente resultaban entonces intolerablemente angostos y, por ello, era preferible reconducirlos a la fuerza irresistible. Tal proceder permitía, por otra parte, dotar de algún contenido a esta eximente, cuya razón de ser no era tanto la de dar cabida a supuestos de Vis absoluta, en la que el sujeto es un puro instrumento ciego. Una vez suprimida la eximente resultaba innecesaria. Anteriormente ya destaco **COBO - VIVES ANTON**¹⁶⁷ que como reguladora de tales supuestos, el precepto resultaría superfluo, pues la ausencia de acción, que les caracteriza determinaría sin más, la posibilidad de que la eximente permita eximir de pena en algunos casos que en el código vigente, se recondujera a la obediencia debida, por cuanto también en la reforma efectuada por el codificador español de 1995, se ha suprimido atinadamente la eximente de

¹⁶⁶ **CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA**, op. Cit. Pág. 222.

¹⁶⁷ **COBO DEL ROSAL M. VIVES ANTON T.S. ; op. Cit. Pág 529.**

obediencia debida, ya con criterio precursor **QUINTERO OLIVARES**¹⁶⁸ sostenía que incluso si no existiera la eximente de obediencia, la falta de conciencia de la ilicitud de la orden, dejaría al que la recibe en una situación en la que no sería exigible que hiciese otra cosa que obedecer. La falta de conciencia de la ilicitud de la orden - agrega el citado autor- dejaría al subordinado en una situación en la que no le sería dable ni exigible otra conducta que la de obedecer¹⁶⁹

Los casos que se remitían a la eximente de obediencia debida se distribuyen, conforme al Código español de 1995, de la siguiente manera:

1) Como regla, responsabilidad criminal contraída por el que actúa, compatible con la responsabilidad del superior que le indujo a ello.

2) Acudiendo, de un lado, al estado de necesidad o al miedo insuperable (el sujeto obedece porque tener un enfrentamiento con su superior o por miedo a una sanción o cualquier otra clase de presión moral), difícilmente como eximentes completas, o, aplicando las correspondientes reglas exculpantes o atenuadoras en los casos de error, que abarcarían todos aquellos supuestos en los que el funcionario creyera vencible o invenciblemente que lo ordenado era legal.

¹⁶⁸ **QUINTERO OLIVARES, GONZALO; El delito de desobediencia y la desobediencia justificada, Cuadernos de Política Criminal N° 12 , 1980 pág. 80.**

¹⁶⁹ **QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MORALES PRATS, FERMÍN, PRATS CANUT MIGUEL: Curso de Derecho Penal (Parte General) acorde al nuevo código penal de 1995, Pág. g. 441.**

LEGITIMA DEFENSA

Bajo la eximente de miedo insuperable pueden incluirse algunos supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa, cuando el que se defiende traspasa los límites de la legítima defensa como consecuencia de padecimientos de una situación de miedo, similar al modo como se resuelve en Alemania por la vía del parágrafo 35 del STGB ya mencionado.

No pudiendo reconducirse por el contrario, los supuestos de exceso extensivo en la legítima defensa, es decir, cuando no existe agresión ilegítima o cuando ésta ha cesado. Por el contrario todos aquellos casos de defensa putativa en los que el presupuesto de la reacción de defensa sea la emoción del miedo, la reforma que proponemos puede albergar bajo la cobertura de miedo insuperable todo estos supuestos.

Los aspectos relativos a la confusión entre el miedo insuperable y la legítima defensa, presentan una primera constelación de casos que pueden calificarse de no problemáticos, como el supuesto de agresión ilegítima en la que el agredido se defiende por miedo a los efectos de tal agresión, en la que se aplicará la legítima defensa, esto es, la presencia de una agresión ilegítima, se aplicará ésta y no el miedo insuperable, por lo que, de este modo, la legítima defensa debe

considerarse preferente respecto al miedo insuperable, postura que tiene el respaldo unánime de la doctrina. **CORDOVA RODA**¹⁷⁰ sostiene que “ si concurren todos los requisitos de la legítima defensa y además el psíquico del miedo como impulsor de la reacción adecuada del sujeto, deberá estimarse aquella eximente” **RODRÍGUEZ DEVESA**¹⁷¹ sostiene que es obvio que también deberán excluirse los supuestos en los que el sujeto está amparado por una causa de justificación. El que se defiende de una agresión ilegítima que no ha provocado y lo hace con medios adecuados, queda exento de responsabilidad criminal por concurrir una causa de justificación, aunque el móvil determinante de su acción fuera el temor de ser muerto por su agresor.

Esta preferencia se sustenta en la diversa naturaleza jurídica de ambas eximentes, causa de justificación, la legítima defensa, frente a la causa de inculpabilidad del miedo insuperable, que según **CUERDA RIEZU**¹⁷² por razones sistemáticas y lógicas, derivadas de la teoría jurídica del delito, la eximente de legítima defensa debe ser considerada preferente, pues elimina la categoría del injusto que es previa a la imputabilidad (o capacidad de culpabilidad); (aludiendo a un menor de 16 años que actúa en legítima defensa), pues sostiene que las situaciones concursales no sólo se dan entre figuras de delitos, sino

¹⁷⁰ **CORDOVA RODA J., G. RODRÍGUEZ MOURULLO**, Comentarios al código penal. Op. Cit. Tomo I pág. 347 nota 27.

¹⁷¹ **RODRÍGUEZ DEVESA, JOSE MARÍA; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO**, Derecho penal español, parte general Décimo sexta edición, Dykinson, Madrid 1993, pág. 464.

¹⁷² **CUERDA RIEZU, ANTONIO**: “ Sobre el concurso entre causas de justificación”. Anuario de Derecho penal y ciencias Penales, 1990, fascículo II, pág. 520.

también entre las circunstancias que excluyen alguna categoría del delito, entre las denominadas normalmente por la doctrina y jurisprudencia “eximentes”.

En síntesis, en el caso de concurrencia entre eximentes se aplica la exención que sea más beneficiosa para la persona, por cuanto si una conducta reúne los requisitos de diversas eximentes, la elección de aquella más perjudicial podría interpretarse como una aplicación de la ley penal in malan parte. Así lo entiende JOSHI¹⁷³ cuando señala que si la persona que reacciona en legítima defensa es un inimputable, no se le puede aplicar medidas de seguridad, pues su conducta viene ya justificada.

VARONA GÓMEZ¹⁷⁴ sostiene que la aplicación de este criterio determina que la eximente de legítima defensa, por una causa de justificación, debe considerarse de preferente aplicación respecto al miedo insuperable, que sólo parece contemplar una excusa o causa de inculpabilidad.

También autores como **GÓMEZ BENITES**¹⁷⁵ que sostiene que el miedo insuperable es una causa de justificación señala que sólo las

¹⁷³ JOSHI JUBERT, UJALA, : “ Algunas consecuencias que la imputabilidad puede tener para la antijuricidad” anuario de Derecho Penal y ciencias Penales 1989, Fascículo I pág. 129 al 455.

¹⁷⁴ VARONA GÓMEZ, DANIEL. “ El miedo insuperable.. Op. Cit. Pág. 298.

¹⁷⁵ GÓMEZ BENITES, JOSE MANUEL. “ Teoría Jurídica del delito op. Cit. Pág. 436 al 438.

personas no motivables por el derecho penal actúan sin culpabilidad. Esto no sucede en las situaciones de miedo insuperable, al menos si no se les considera como situaciones de trastorno mental transitorio. En estos casos el sujeto es motivable y el derecho penal podría, por tanto, intentar inhibir a las personas a actuar típicamente; podría, pero no quiere hacerlo, porque está asumiendo socialmente que los hechos realizados en tal estado no deben ser punibles en general; en consecuencia, el miedo insuperable no es una “causal de inexigibilidad” de conducta distinta, sino de “justificación” del hecho, no cabe, pues legítima defensa enfrentada, sino sólo estado de necesidad.

GIMBERNAT¹⁷⁶ sostiene que el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales es una causa de justificación porque el Derecho renuncia ahí a una pena, no porque no quiere combatir el hecho cometido en estado de necesidad, sino porque no quiere combatir ese comportamiento. En síntesis cuando se dan los requisitos de la causa de justificación, se aplicará ésta y no miedo insuperable, porque debe estimarse preferente la aplicación de la causa de justificación sobre la de exculpación. Por tanto, la eximente de miedo insuperable, sólo podrá entrar en consideración allí donde falte alguno de los requisitos necesarios para la justificación de la conducta.

En síntesis, el principio general que sería la relación entre la causa de justificación de la legítima defensa y el miedo insuperable;

¹⁷⁶ **GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE.** Estudios de Derecho penal, Tecnos, 3era edición 1990, pág. 224- 226.

cuando se den los requisitos de la causa de justificación se aplica a ésta y no miedo insuperable, porque debe estimarse preferente la aplicación de ésta sobre la exculpación. Por lo tanto, la eximente de miedo insuperable sólo podrá entrar en consideración allí donde falte alguno de los requisitos necesarios para la justificación de la conducta.

Es también importante esclarecer los supuestos de agresión ilegítima cuando ésta es inexistente o no es actual, que la doctrina denomina exceso extensivo en la legítima defensa, que da lugar a que no se aplique ni la eximente completa ni la incompleta de legítima defensa.

Cuando la agresión es imaginaria, lo que la doctrina denomina legítima defensa putativa, puede deberse a un error por parte de la persona que se defiende, al creer erróneamente que concurre el presupuesto de la agresión ilegítima, por eso es útil esclarecer como se encaja el miedo insuperable en estos casos.

La jurisprudencia española la utilizó en un momento histórico para paliar la falta de una construcción conceptual adecuada sobre las situaciones de defensa putativa, invocando razones de justicia material, reinterpretando el requisito de agresión legítima, que se llegó a admitir en situaciones de agresión imaginaria, siempre y cuando tal agresión pareciera racionalmente creíble a los ojos del Tribunal¹⁷⁷, o bien por la

¹⁷⁷ Así, la STS de 23-4-1934 (RAJ 679) Repertorio Arazandi de jurisprudencia.

aplicación en esos casos de la eximente de miedo insuperable, completa o incompleta¹⁷⁸.

Así mismo el miedo insuperable ocupó durante mucho tiempo un lugar destacado como antecesora de la actual legítima defensa putativa. Los casos de la jurisprudencia española resolvió como de miedo insuperable deben ser calificados como de legítima defensa putativa en la actualidad acudiendo a las reglas del error previstas en el Art. 14 del Código Penal, el encontrarnos ante agresión no real, sino imaginaria. En realidad el Tribunal Supremo Español parece desplazar la situación de agresión imaginaria al miedo insuperable porque sus límites- en cuanto a la reacción defensiva- eran mas estrechos, al exigirse, una proporción entre males que no requiere la legítima defensa, concepción que se manejo en la década del sesenta, paulatinamente abandonada al compás del refinamiento de la doctrina científica, que señalo que lo propio de los casos de reacción ante una agresión imaginaria era la existencia de un error, y no de miedo o de auténtica legítima defensa, como lo amerita la STS de 20-3-1972 (RAJ 442).

En resumen, tal como puede apreciarse, la eximente de miedo insuperable desempeño durante cierto tiempo el papel de antecesora o remedio de urgencia ante las situaciones de legítima defensa putativa, siendo finalmente desplazada por el tratamiento de estos casos vía

¹⁷⁸ Puede ello apreciarse en la STS de 4-10-1935 (RAJ 1732) 12-3-1941 (RAJ 417); 14-4-1943 (RAJ 466) y 4-2-1972 (RAJ 449).

error, por lo que puede decirse que, respecto a este punto, la eximente de miedo insuperable perdió campo de aplicación.

El desplazamiento a que hemos hecho mención, ha significado una variación, ha determinado que la jurisprudencia posterior exija, la realidad del mal que amenaza, lo que impide su uso en los supuestos putativos, reflejada en la STS de 15-2-957 (RAJ 263), también la concepción que deniega el miedo insuperable en los supuestos bipartitos en los que la persona reacciona contra el causante del miedo o la amenaza por entender que con ello se demuestra la supresión del miedo STS de 21-1-1965 (RAJ 190), 15-11-1984 (RAJ 5491) y 12-6-1991 (RAJ 4694).

En la doctrina española no se ha planteado el posible tratamiento de los casos de legítima defensa putativa vía miedo insuperable, con excepción de **QUINTANAR**¹⁷⁹ y la reciente jurisprudencia, en los supuestos en que se plantea la duda opta por aplicar la doctrina del error, y no la eximente de miedo. **VARONA GÓMEZ**¹⁸⁰ considera este criterio el mas conveniente por los siguientes motivos:

1) Supone dotar a los supuestos de legítima defensa putativa de un tratamiento unitario, no diferenciado según la causa del error, pues, en definitiva lo característico de éstos casos, y lo que aconseja un tratamiento particular, parece ser la equivocada apreciación de la

¹⁷⁹ **QUINTANAR DIEZ, MANUEL, op. Cit. Pág. 136.**

¹⁸⁰ **VARONA GÓMEZ, DANIEL ; op. Cit. Pág. 303 y 304.**

realidad, esto es, la existencia de un error, más ella e independientemente por lo tanto, de la causa que lo motive, que de esta manera pasa a segundo plano, la cual no significa, que ello sea irrelevante;

2) Parece preferible situar estos supuestos de agresión imaginaria, en los que la persona sufra miedo, en la órbita del error, porque dogmáticamente aparece más acertado deslindar los problemas de error en los presupuestos objetivos de una causa de justificación de la concurrencia de una situación de inculpabilidad por miedo insuperable.

En resumen, la opción por el tratamiento de los supuestos de defensa putativa mediante la regulación del error o del miedo insuperable, tiene un carácter eminentemente dogmático, nosotros optamos por la posición mayoritaria que trata los supuestos de defensa putativa mediante reglas del error (Art. 14 del Código Penal), sin dejar de valorar la vencibilidad o invencibilidad del error.

Finalmente es menester recordar que la actualidad de la agresión es un requisito sine qua non de la legítima defensa, por lo que su ausencia determina la no aplicación de esta eximente, en su forma

completa e incompleta. **ROXIN**¹⁸¹ indica que se exige, para que pueda hablarse de una defensa frente a una agresión que ésta en curso, que sea inminente, esto es que aún perdure. Sin embargo, una serie de casos planteados por la dogmática alemana pusieron de manifiesto la necesidad de matizar los supuestos de falta de actualidad de la agresión, que se engloban bajo el nombre de legítima defensa preventiva, cuya característica estriba en que, si bien en ellos no parece existir una agresión inminente o actual, sin que pueda afirmarse la necesidad de la defensa ante un futuro ataque a los bienes jurídicos de la persona, que con seguridad se producirá o reproducirá, en otras palabras, estamos aquí ante el supuesto de una agresión futura, que de tener que esperar la persona o su inicio no podría repelerse con eficacia o seguridad y ello devendría más gravoso, con lo que se plantea el ejercicio adelantado de la defensa como única posibilidad de salvaguardar el bien jurídico amenazado.

La doctrina mayoritaria considera que los supuestos de defensa, preventiva escapa a la interpretación más amplia admisible del requisito de la actualidad de la agresión, con lo que debe negarse la presencia de tal requisito, y por tanto la estimación de la eximente de la legítima defensa, proponiéndose tratarlos conforme a las reglas del estado de necesidad.

¹⁸¹ **ROXIN CLAUS. Derecho Penal, parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura del teoría del delito, traducción y notas de Diego- Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García conlledo, Javier de Vicente Remesal, op. Cit. Pág. 618.**

La legítima defensa preventiva ha sido planteada para esclarecer su posible relación con el miedo insuperable, vinculación que no esta esclarecida adecuadamente.

MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN, incluyen la posibilidad de tratar algunos supuestos de exceso en la legítima defensa en el miedo insuperable¹⁸², criterio compartido por **QUINTANAR**¹⁸³.

En la Sentencia del Tribunal supremo de 16-11-1993 (RAJ 2438) se analiza la problemática de la legítima defensa y su aplicación a la eximente de miedo insuperable:.... “la procesada aprovechando la circunstancia de que su padre dormía, dio muerte a éste con varios golpes en la cabeza con una piedra, lo que realizó porque al llegar el interfecto a la caseta donde vivían, el día de autos, le hizo proposiciones para repetir el trato sexual que habían tenido desde hace dos años a lo que ella se negó; el interfecto era hombre de carácter violento, provocador y pendenciero, de malas costumbres, con fama de matón en la comarca y hacía víctimas a sus hijos de continuos castigos. La procesada, apenas repuesta del alumbramiento de un hijo de su propio padre, fue solicitada nuevamente por el mismo el día de autos , pretendiendo con amenazas y castigo tener a toda fuerza trato carnal

¹⁸² FRANCISCO MUÑOZ CONDE/ MERCEDES GARCÍA ARAN . Derecho Penal Parte General 4ta. Edición Tirant lo Blanch, Valencia 2000 pág. 371.

¹⁸³ QUINTANAR DÍEZ, MANUEL. La Eximente de Miedo Insuperable, op. Cit. Pág. 136

con ella y al negarse ésta, aquél la insulta y abofetea, amenazándola con matarla si al levantarse de la siesta no accedía a sus deseos y ante el temor de perder su vida, sabiendo que su padre por su carácter brutal hubiera sido capaz de cumplir la amenaza, llevó a cabo el hecho..”

En este caso, en el momento de la muerte del padre, podría negarse la actualidad de la agresión (de matar o violar a la hija) ante lo que decae la posibilidad de aplicar la legítima defensa. Sin embargo, no se descarta la legítima defensa preventiva, debiendo tratarse conforme a las reglas del estado de necesidad, pudiéndose recurrir a otros medios antes de lesionar el bien jurídico, en este caso la muerte del padre.

En síntesis, la inexistencia de una agresión actual hace inaplicable la eximente de legítima defensa, pero deja en pie la posible aplicación del estado de necesidad, desechando esta por falta de requisitos, debe analizarse la posibilidad de aplicar el miedo insuperable que podría desempeñar una función de complemento de la eximente de estado de necesidad en los casos de legítima defensa preventiva.

El tratamiento de estos casos de exceso extensivo, configurados por los supuestos de legítima defensa preventiva, mediante la eximente de miedo insuperable, debe considerarse para cubrir lagunas en las

eximentes en los casos en que éstas resultan insuficientes como en el caso descrito.

También se debate esta problemática en la denominada “muerte del tirano del hogar”, en los casos en los que la mujer reiteradamente maltratada y amenazada por el marido, decide poner fin a su calvario matándolo, lo que, generalmente lleva a cabo cuando éste duerme, ésta de espaldas, acostado o, en suma, en una situación en que el marido no podrá reaccionar- un análisis pormenorizado del tratamiento penal de estos supuestos, con el estudio de las diversas eximentes aplicables, puede verse en la obra “Violencia doméstica y legítima defensa de Elena Larrauri y Daniel Varona Gómez¹⁸⁴: La adopción de otras medidas, en el caso de muerte del tirano del hogar, ha sido resuelto por el Tribunal supremo Español atendiendo al miedo insuperable, pues el miedo a las futuras agresiones es lo que guía la defensa de la mujer como el resultado en Sentencia del Tribunal supremo Español de 29-6-1990 (RAJ 7306) en la que se aplicó la eximente de miedo insuperable pero sólo en su vertiente incompleta.

En la citada sentencia se recogen como los hechos los siguientes:

¹⁸⁴ LLARRAURI PIOAN, ELENA; VARONA GÓMEZ, DANIEL. “ Violencia doméstica y legítima defensa, Barcelona EUB 1995 pág. 108.

“... la acusada contrajo matrimonio con el interfecto el 19 de febrero de 1983, y si bien en el inicio las relaciones conyugales fueron normales, trabajando ambos, pronto él abandono toda labor estable y dándose a la debida, sufriendo desavenencias que se acentuaron cuando ella comenzó, en 1988, a trabajar en un bar, con una larga jornada laboral e ingresos del orden de ochenta mil pesetas mensuales, las cuales ingresaba a una libreta de ahorros compartida con su madre para poner el dinero fuera del alcance del marido, el cual se oponía a que trabajara en el bar, maltratándola y golpeándola continuamente, produciéndole hematomas y llegando, en una ocasión a retorcerle una muñeca en presencia de un hermano de la acusada, la cual presentó ante el juzgado número 3 de Reus demanda de medidas provisionales de separación, recayendo auto en septiembre de 1987, resolución que no se ejecutó porque la mujer renunció a ello ante las amenazas de muerte formuladas por su marido, el cual le dijo que la mataría con una escopeta de caza que poseía, llegando el 21 de octubre de 1987, en el interior del susodicho bar; a golpearla e insultarla, amenazándola con la escopeta referida, y habiendo ella, denunciado las amenazas ante la Guardia Civil de Cambrils, ante la posibilidad de que le fuera retirada la licencia de tenencia de escopeta, la vendió a un hermano, pero no sin anunciar a la acusada que la recuperaría cuando quisiera y, que la mataría con ella en un día muy señalado, por lo que, la mujer, para su defensa tomo del almacén del bar, y guardo en un armario de su domicilio una escopeta, ocultando el arma, ya cargada y previamente montada, produciéndose después las incidencias y acontecimientos que se relatan en el “factum” de la resolución recurrida (la mujer se levanto

de la cama, cogió la escopeta y disparó al marido acostado, los cuales se desarrollaron entre las 0 horas y las 10 horas del día 25 de diciembre de 1987, culminando en esa última hora, tras una noche tempestuosa de constantes reyertas verbales e insistiendo el marido el practicar el coito con su consorte, a lo que ésta, se negó.

El tribunal Supremo casando la sentencia de la audiencia, estima procedente pero sólo en su vertiente incompleta, con lo que en definitiva acaba condenando a la acusada a 13 años de reclusión. Precisamente, la apreciación como incompleta de la eximente de miedo insuperable se debe a que el tribunal considera que: ... “la serenidad con que procedió la recurrente en el momento culminante de ejecución de los hechos, evidencia que si bien la acusada obró asustada y amilanada, trastornada y obnubilada, por el temor, que sentía a perder la vida a manos de su irascible marido, tal temor, siendo intenso, no fue nunca insuperable, ni impidió la adopción de otras medidas de preservación menos intensas que la finalmente adoptada...”.

VARONA GÓMEZ¹⁸⁵ critica la ejecutoria aludiendo que a su juicio, es criticable, fundamentalmente, porque el T. S. parece olvidar que la exigencia del recurso a otros medios de solución del conflicto deben situarse en el ámbito de lo razonable, no en el de idealmente

¹⁸⁵ **VARONA GÓMEZ, DANIEL**; op. Cit. Pág. 313.

posible; y razonable parece, que la mujer pensaba que su situación no tenía remedio y que otras vías de solución no eran factibles cuando ya se había requerido incluso la ayuda policial para solucionar, de nuevo sin éxito ante la actitud de su marido, tal situación insostenible. Que el propio T. S. deniegue la eximente completa por falta de adopción de otras medidas, parece, en este contexto, una cruel ironía, pues puede sinceramente plantearse la cuestión sobre qué más podría hacer la mujer en esta situación en la que ni los medios civiles - separación- ni los penales- denuncia al marido- le ayudan a resolver su situación dramática.

En conclusión la razonabilidad de la conducta podrá ser analizada en el ámbito de la eximente de estado de necesidad, acudiendo al miedo insuperable, siempre que se entiendan incumplidos los requisitos del estado de necesidad, aceptándose la aplicación aludida en casos de exceso extensivo.

Para finalizar, se debe precisar que una vez que se admita la posibilidad de cubrir los supuestos de exceso intensivo en la legítima defensa mediante la eximente de miedo, se plantea, no obstante, la previa y crucial pregunta sobre cuando existe tal exceso intensivo, pues, según se interprete la exigencia de la “ racionalidad del medio empleado” en la eximente, la legítima defensa, quedará más o menos espacio para la existencia de tal exceso y en definitiva para la posibilidad de que la eximente de miedo insuperable lo cubra.

FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE Y MIEDO INSUPERABLE.-

La doctrina dominante en nuestro país, considera ausencia de acción en la fuerza irresistible, no existe acción relevante para el derecho penal cuando falta la voluntad, así afirma **VILLAVICENCIO TERREROS**¹⁸⁶ **PEÑA CABRERA**¹⁸⁷ sostiene que “ no habrá acción delictiva cuando esté ausente la voluntad, caso de la fuerza física irresistible, hipótesis del Art. 20 inciso 6 que señala que está exento de responsabilidad penal: “ el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza”, es una patente falta de acción.

La fuerza física irresistible es una fuerza que procede del exterior, independientemente de la voluntad del agente, pero que actúa materialmente sobre él.

Cuantitativamente la fuerza debe resistir determinada entidad de carácter absoluto a fin de privar a la persona que la sufre de cualquier

¹⁸⁶ **VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE.** Código penal comentado., exposición de motivos, sumillado, concordado, jurisprudencia, acuerdo de plenos, jurisdiccionales, legislación complementaria. Grijley, Lima 2001 Tercera edición pág. 122.

¹⁸⁷ **PEÑA CABRERA, RAÚL.** “ Tratado de Derecho Penal, estudio programático de la parte general, 3era edición, Grijley, Lima 1997, pág. 325 y ss.

comportamiento opcional. Es lo que se llama bis absoluta. En tanto, si la fuerza no es absoluta, la eximente no es procedente. **HURTADO POZO**¹⁸⁸ comentando el Art. 85 inciso 3° del código Penal derogado de 1924, opina que “ La referencia constante a la voluntad, que hacen todas las teorías, pone en evidencia que sólo el hombre es capaz de actuar”. Cuando se trate de constatar una circunstancia excluyente de la acción, deberá verificarse si la acción inmediatamente anterior tiene importancia para el derecho penal. **BRAMONT ARIAS**¹⁸⁹ también aludiendo al código derogado precisa que “ La fuerza irresistible o vis absoluta existe cuando el sujeto realiza un comportamiento o un hecho por una violencia física irresistible proveniente del hombre. En estos casos el hombre actúa como un instrumento: actúa como la pistola, el puñal, la espada, el mosquete, etc. en la mano del hombre, para realizar un delito, por lo que sancionar a cualquiera de los instrumentos de que se valiera el hombre, resulta irrelevante.

VILLAVICENCIO TERREROS¹⁹⁰ recogiendo la crítica de la doctrina española a la eximente opina que se afirma que la fuerza física irresistible es completamente superflua y de nula relevancia político-

¹⁸⁸ **HURTADO POZO, JOSÉ.** Manual de Derecho penal, parte general, segunda edición, eddile, Lima 1987 pág. 339 al 341.

¹⁸⁹ **BRAMONT ARIAS, LUIS A.** Derecho penal, parte general, Tomo I 3era edición, Lima 1987 pág. 353.

¹⁹⁰ **VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE,** op. Cit. Pág. 123.

criminal. La jurisprudencia penal peruana es realmente indiferente a la aplicación de esta eximente.

En España al reformar el miedo insuperable como causa de exención suprimiendo la referencia a un mal igual o mayor se ha suprimido también la fuerza física irresistible. El informe sobre el anteproyecto del Código Penal realizado por el Consejo General del Poder Judicial ya referido anteriormente ¹⁹¹ refiere que en cuanto a la fuerza irresistible, se entendía por la mayor parte de la doctrina que constituía una causa de ausencia de acción, innecesaria, pues lo que pretendía excluir de la pena quedaba fuera de ella por la simple aplicación a contrario de la definición de delito. La interpretación mayoritaria partía de que fuerza irresistible es aquella que no se puede resistir, sino de lo que no se tiene la obligación de resistir. De este modo se convertía en una autónoma causa de inexigibilidad, distinta del miedo en cuanto en ella, ante el dolor físico presente, se prescindía de toda referencia o la exigencia de proporcionalidad entre el mal que se sufre y el que se causa. Desaparecida esa exigencia de proporcionalidad en el miedo insuperable la eximente resulta ya clamorosamente superflua.

¹⁹¹ CUADERNOS DE POLÍTICA CRIMINAL N° 48, Ederda, Madrid 1992 pág. 708.

QUINTANAR DIEZ¹⁹² manifiesta que la supresión de la eximente de fuerza irresistible del código penal español de 1995 convierte al miedo insuperable en causa legal de exención de la responsabilidad criminal para todos aquellos supuestos en que, si bien no puede afirmarse que como consecuencia de la fuerza irresistible quede excluida la acción o la omisión, dicha fuerza determina la inexigibilidad de otro comportamiento.

En este sentido, con la desaparición de la eximente de fuerza irresistible, en el código español se ha modificado el patrón que le sirvió de inspiración al Código español de 1822 y con mayor precisión el de 1848, que tuvo sus antecedentes en el Código Penal francés de 1810.

Como opina **MARTÍNEZ VAL**¹⁹³, el ordenamiento penal francés se puede inducir entre las legislaciones que, aún sin contemplar expresamente el miedo insuperable como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, contemplan una valoración de constricciones o violencias morales, dentro de las cuales se comprende implícitamente- el fenómeno en estudio.

¹⁹² **QUINTANAR DIEZ, MANUEL** op. Cit. Pág. 137.

¹⁹³ **MARTÍNEZ VAL, J.** “El miedo insuperable, op. Cit. Pág. 22.

En efecto, el nuevo código penal francés, en vigor desde el 1° de marzo de 1994, en virtud de la Ley número 92-683, de 22 de julio de 1992¹⁹⁴ prevee en su artículo 122-2, sin variar sustancialmente la fórmula del Art. 64 del código de 1810, hoy abrogado, una exención total de la responsabilidad penal en casos de “fuerza o contratinte a las que no haya podido resistir el autor”. “ no es penalmente responsable quien haya actuado bajo el poder de una fuerza o una contratinte a las que no haya podido resistir. El artículo 122-2 del Código penal francés citado dice textualmente que “ No serán responsables penalmente los que actúan dominados por violencia o por intimidación a la que no han podido resistirse”.

¹⁹⁴ El Código Penal Francés, traducido y anotado por Carlos Arnaguez Sánchez y Esperanza Alarcón Navío, Editorial Comares, Granada 2000.

MIEDO INSUPERABLE Y OBRAR POR DISPOSICIÓN DE LA LEY, EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EN EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO, O POR ORDEN OBLIGATORIA DE AUTORIDAD COMPETENTE, EXPEDIDA EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.-

Las eximentes contenidas en los incisos 8 y 9 del Art. 20 del Código Penal se aplicarán como tales cuando cumplan con los requisitos que señala la ley, pues el que actúa por miedo, es decir con un mero estado emocional del miedo no debe conllevar la inmediata aplicación de la eximente de miedo insuperable, sino que debe considerarse preferente la aplicación de aquellas causas de justificación que niegue la calificación de antijurídica de la conducta. En definitiva, si se dan los presupuestos de estas eximentes deben aplicarse éstas y no el miedo insuperable, aunque la persona obre por miedo, pudiendo entrar en consideración en aquellos casos en los que no se cumplan los requisitos necesarios para eximir de pena en virtud de la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, por miedo a la amenaza de un determinado mal. El exceso intensivo en la defensa excusable por miedo, podría también plantearse respecto del cumplimiento de un deber. **VARONA GÓMEZ**¹⁹⁵ sostiene que “ a mi entender, a nivel teórico no puede destacarse que un posible exceso en el cumplimiento del deber pudiese ser excusado por

¹⁹⁵ **VARONA GÓMEZ, DANIEL**, op. Cit. Pág. 365.

miedo, al igual que sucede respecto de la legítima defensa. Sin embargo, respecto a esta cuestión debe señalarse que la propia naturaleza y requisitos de la eximente de cumplimiento del deber pueden dificultar fundamentalmente tal posibilidad.

Por tanto el cumplimiento de un deber solamente cubre aquellas acciones violentas de la autoridad y sus agentes que sean necesarias para el ejercicio de la función pública.

En el problema de las ordenes antijurídicas, la dificultad estriba en que, en realidad no resulta muy claro que pueden resultar justificadas en virtud de la eximente del cumplimiento de un deber, pues la doctrina ha subrayado desde antiguo la posible existencia en el ordenamiento de los llamados mandatos jurídicos obligatorios, que a pesar de su carácter de antijurídicos, por ser de obligado cumplimiento según el propio ordenamiento jurídico, cabría amparar en la eximente 9°.

En realidad creemos que por ser ordenes antijurídicamente no podrían dar lugar a la aplicación de la eximente de cumplimiento de un

deber, debiéndose hallar el fundamento para su posible exención de pena en otras eximentes y entre ellas, el miedo insuperable.

VILLAVICENCIO TERREROS¹⁹⁶ refiriéndose a la obediencia jerárquica sostiene que en cuanto a su naturaleza jurídica existen discrepancias entre los que afirman que se trata de una causa de justificación y los que creen que es una causa de no exigibilidad (inculpabilidad). Creemos que ésta última es la posición más aceptable. Algunos autores sostienen la posibilidad de obediencia jerárquica por atipicidad cuando de lo que se trata es de actuar en cumplimiento de un deber. Es indiscutible que se exigen algunos requisitos como a) la relación de subordinación; b) la competencia del superior jerárquico; c) obrar por obediencia; d) la orden debe estar revestida de formalidades legales, y e) la orden debe ser antijurídica.

En el Código español de 1995 la cuestión se complica, pues desaparecida la eximente de obediencia debida, los supuestos de mandatos antijurídicos, la exención de pena deberá articularse de otra manera.

También se debate en la doctrina los supuestos de obediencia en el ámbito de las relaciones laborales o familiares fue a tenor de

¹⁹⁶ **VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE**; Código penal, op. Cit. Pág. 130.

VARONA GÓMEZ¹⁹⁷ teniendo en cuenta la modificación ya señalada, “ una posibilidad para eximir de pena en estos casos de órdenes antijurídicas en el marco laboral y familiar estaría configurada por la eximente de miedo insuperable”, que de esta manera, de nuevo, podría desempeñar una función supletoria respecto a las causas de justificación, en este caso, respecto al cumplimiento de un deber.. La aplicación de miedo insuperable se fundamenta en el hecho, reconocido por parte de la doctrina, de que la obediencia del subordinado laboral a las órdenes de su superior o por ejemplo del hijo respecto al padre, puede encontrar su explicación en el sentimiento de miedo del subordinado respecto a las consecuencias desfavorables de la desobediencia, en concreto y respecto a los supuestos de obediencia laboral normalmente su despido. En tales situaciones la obediencia del subordinado, que le puede ocasionar graves perjuicios, podría considerarse inexigible, estando presente por tanto el fundamento de la eximente de miedo insuperable.

En resumen; el miedo insuperable puede, efectivamente, desempeñar una función de complemento de la eximente de cumplimiento de un deber, en concreto en aquellos casos en los que, por no ser el mandato de obligado cumplimiento (supuestos de la

¹⁹⁷ **VARONA GOMEZ, DANIEL**, *El miedo insuperable*, op. Cit. Pág. 370.

relación laboral o familiar, o supuestos de mandatos antijurídicos en el ámbito de la función pública para aquellos autores que no acepten la posible aplicación de la eximente novena en estos casos) no puede aplicarse esta causa de exención.

ANOMALÍAS Y ALTERACIONES PSÍQUICAS Y TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.-

La doctrina ha destacado que la emoción de miedo cuya graduación ha sido expuesta precedentemente, puede desencadenar procesos fisiológicos y psíquicos que lleguen a la anulación total de las facultades intelectivas y volitivas del individuo, por cuanto el sujeto esta privado de su capacidad de comprender y querer.

En estos casos procede la aplicación del Art. 20 inciso 1° del Código penal relativa a la grave alteración de la conciencia (fases 5° y 6° según clasificación formulada por Mira y López). Es decir la inimputabilidad citada en el precepto.

CORDOVA RODA¹⁹⁸ cita a los individuos psicóticos (angustia libre o flotante) y neuróticos (angustia en situación).

Ninguna de estas dos formas ni siquiera en el caso de que la angustia se tematice y pase a constituir un miedo, puede a nuestro juicio originar la apreciación de la circunstancia de miedo insuperable.

¹⁹⁸ **CORDOVA RODA, J.. Las eximentes incompletas en el Código Penal, Oviedo 1966, pág. 249 y ss.**

Ellos evidentemente no sucede en el individuo que se angustia por un desajuste catastrófico de su situación interna sin relación alguna con la externa - angustia libre o flotante y ellos tampoco ocurre en la segunda forma de angustia indicada.

En esta modalidad, el estado emotivo surge por la morbosa o patológica interpretación que el neurótico atribuye al estímulo externo, que no precisa siquiera guardar relación alguna con el peligro real.

Tanto en la “angustia libre” el acento recae en la personalidad. Ninguna de estas dos modalidades, podrá servir de base a la aplicación de la circunstancia séptima del artículo 20 del código penal. Y como la razón que motiva la desestimación de tal eximente, viene dada por la ausencia de los requisitos del miedo.

HIGUERA GUIMERA¹⁹⁹ afirma que puede acaecer que se trate de un miedo mental que padece la persona, actuando el enfermo mental bajo el efecto del citado miedo. En estos casos no se puede aplicar el miedo insuperable tomando como referencia el hombre medio.

¹⁹⁹ **HIGUERA GUIMERA, JUAN FELIPE.** La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal común y militar, español, op. Cit. Pág. 110.

UJALA JOSHI JIUBERT²⁰⁰ cita la sentencia del Tribunal Supremo del 12 de febrero de 1986 donde se analiza el caso del sujeto a que con anterioridad a los hechos sufría de una psicosis endógena que le hacía raro en sus relaciones sociales, y esto hizo que perdiera sus puestos de trabajo.

El mencionado sujeto culpaba de todo ello a su cuñado, por lo que, en un día estando a solas con él le clavó un cuchillo en el cuello. Según el dictamen médico, el procesado padece una esquizofrenia paranoide y su creencia, es que si no mata a la víctima ésta acabará con él y su familia.

Aquí el hombre medio no hubiese visto en el cuñado el mal amenazante, y por tanto no lo hubiera matado impulsado por el miedo insuperable. El miedo que sufre A es un miedo patológico causado por la esquizofrenia paranoide y que por tanto no cabe tenerlo en cuenta tal como miedo sino aplicarse la eximente de trastorno mental transitorio.

En el caso de España, tras la supresión en el nuevo código penal de 1995 del mal igual o mayor, no cabe circunscribir los miedos patológicos (psicóticos, angustia libre o flotante) o neuróticos (angustia

²⁰⁰ **UJALA JOSHI JUBERT**, *Algunas consideraciones que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad*, en *anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLII, Fascículo I, enero, abril 1989, pág. 138 y 139.

en situación) en los que el individuo experimenta la situación de miedo (angustia o ansiedad) por un desajuste catastrófico.

QUINTANAR DIEZ²⁰¹ sostiene que en efecto, la desaparición de la referencia a la comparación de males en el nuevo Código Penal español permite reconducir, e incluso determinados miedos patológicos, que no alcancen la virtualidad de anular completamente las facultades intelectivas y volitivas del individuo, a la eximente de miedo insuperable, sin tener que acudir a la de trastorno mental transitorio que en vigor, resulta una, causalidad de inimputabilidad, más exigente que la que analizamos como causa de inexigibilidad.

QUINTERO OLIVAREZ²⁰² distingue miedos constitutivos de una situación reconducible al trastorno mental transitorio y otros subsumibles bajo la eximente en estudio en la base patológica o fobígena de los mismos, argumentando que el miedo, en la manera en que está concebida esta eximente, teniendo incluso en cuenta su innegable relación con el trastorno mental, del que se separa como sabemos en función de la siempre difícil fijación del origen patológico de éste, ha de afectar decisivamente la formación de la voluntad del sujeto.

²⁰¹ **QUINTANAR DIEZ, MANUEL.** “ la eximente de miedo insuperable”, op. Cit. Pág. 141.

²⁰² **QUINTERO OLIVAREZ, G/ MORALES PRATS, F/ PRAT CANUT, M.** Curso de Derecho Penal, parte general. Barcelona, 1996, pág. 439.

CAPITULO VI

EL PRINCIPIO DE NO EXIGIBILIDAD DE CONDUCTA ADECUADA A LA NORMA: CONSTRUCCIONES DOCTRINALES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICO - DOGMÁTICA.

Desde el punto de vista de la teoría clásica normativa de la culpabilidad el sujeto que reúne las características que fundamentan positivamente el juicio de reproche puede quedar, sin embargo, exento de responsabilidad criminal cuando se llegue a la conclusión de que debido a las circunstancias concurrentes no cabía exigirle que actuara en forma distinta a como lo hizo. Esta circunstancias de inexigibilidad (como ocurre con la inimputabilidad o con la ausencia de dolo o de imprudencia) también excluyen, según la teoría normativa clásica, la reprochabilidad del hecho injusto realizado por su autor.

Resalta así pues, para los partidarios de esa concepción de la culpabilidad, la exigibilidad de conducta adecuada a la norma constituye un elemento imprescindible para la completa formulación del juicio de reproche que se dirige al sujeto por haber actuado contra lo que dispone el derecho. En ello se desenvuelve a diferenciar esta versión de la teoría normativa de la culpabilidad (seguida por el

causalismo) de aquella otra que, a partir también de la idea de “poder actuar de distinto modo”, formula el finalismo.

La diferencia entre ambas no radica sólo en que para los primeros debe abordarse la cuestión de la exigibilidad una vez comprobada la presencia de una de las formas de la culpabilidad (dolo o culpa) y la imputabilidad del sujeto, en tanto que para los segundos a de hacerse tras confirmar que el autor es imputable y ha podido conocer la antijuricidad del hecho que ha ejecutado. La diferencia radica también en que mientras los causalistas entienden la no exigibilidad como otra causa de exclusión de la culpabilidad (por ausencia de reprochabilidad), los finalistas la explican como una causa de disculpa (o exculpación) de la conducta observada con una culpabilidad plenamente fundamentada, conforme a la perspectiva que, señala Welzel: la inexigibilidad no es tanto “una causa excluyente de la culpabilidad como la inimputabilidad o el error inevitable de prohibición, sino tan sólo una causa fáctica de exculpación, en el sentido de que ordenamiento jurídico pese a la existencia de culpabilidad otorga indulgencia al autor” ante la concurrencia de ciertas circunstancias externas que inciden sobre su ánimo de manera tal que, salvo que se esperara de él un comportamiento heroico, no hacen exigible otra conducta que la típica y antijurídica.

Esta comprensión por el finalismo de la no exigibilidad, es toda ella consecuencia de considerar que las circunstancias que la determinan, no impiden la completa fundamentación de la culpabilidad. Esta se apoya en la idea de que el sujeto que dispone de libre albedrío, pudo actuar de otro modo a como lo hizo. Las causas de inimputabilidad o el error invencible de prohibición son con arreglo a esta línea de pensamiento,. Otras tantas situaciones de ausencia de esa libertad. En cambio, en las circunstancias de no exigibilidad (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable) no es dable afirmar que esa libertad falta por completo (aunque este disminuida). De ahí que se entiendan no como causas de exclusión de la culpabilidad, sino como causas de disminución de la misma (y de lo injusto del hecho realizado) que inducen al ordenamiento a disculpar esa conducta típica practicada por el sujeto bajo la presión, constreñidora de la autonomía de su voluntad, de tales circunstancias.

Como pone de relieve **Mir**, esta teorización lejos de convencer demuestra lo inadecuado de tomar el “libre albedrío” como fundamento de la culpabilidad: “No es satisfactorio - dice- tener que incluir en la culpabilidad una categoría híbrida de injusto y culpabilidad que pretende explicar la exención de responsabilidad penal pese a no excluir ni el injusto ni la culpabilidad. Si ni el injusto ni la culpabilidad se excluyen, ¿ por qué no se castiga siquiera de forma atenuada? . No convence la tesis de que el Derecho renuncia a penar por ser insignificante el injusto culpable subsiste: Puede tratarse de un hecho

muy grave, cuyo resto de injusto y culpabilidad sea más grave que el de una leve falta, punible aunque concurren atenuantes del injusto y de la culpabilidad.

La idea de no exigibilidad aparece inmediatamente vinculada a la concepción clásica de la teoría normativa de la culpabilidad, donde es el factor común de una serie de causas de exclusión de la culpabilidad, ópticas de análisis adoptadas por los distintos autores.

Así, para unos deben considerarse tales la fuerza irresistible, la obediencia debida, el estado de necesidad, cuando el mal causado sea igual que el que se trata de evitar y el miedo insuperable. Otros la reducen a las tres últimas. Para un distinto sector doctrinal en el que nos incluimos, tan sólo se considera de esta manera el miedo insuperable, y finalmente un reducido número de autores (**Gimbernát, Gómez Benítez**) sostienen que ni siquiera la eximente acabada de mencionar es una causa de inexigibilidad.

En cualquier caso, cuando hablamos de la íntima conexión de la no exigibilidad con la concepción clásica de la teoría normativa de la culpabilidad no queremos dar a entender que sea imposible el acogimiento de la idea de no exigibilidad desde perspectivas sobre la culpabilidad diferentes de la indicada. Lo que nos es así, según

trataremos de demostrar más adelante. En realidad pretendemos poner de manifiesto que el origen de esa idea no podía tener lugar antes de que se emitiera la teoría normativa de la culpabilidad.

En efecto, la precedente concepción psicológica al acontecer la culpabilidad tan sólo como relación de carácter psíquico entre el autor y su obra, prescindiendo de toda referencia al terreno de lo normativo, mal podría reconocer la existencia de una noción como la de no exigibilidad únicamente alcanzable, precisamente, en términos normativos.

Como queda dicho, más adelante analizaremos como desde la explicación jurídica del delito, que supone el rechazo de la concepción normativa de la culpabilidad ya desde el principio de la misma, por asentarse en la indemostrable existencia del “libre albedrío”, cabe también considerar inatribuible el hecho típico y antijurídico a su autor con fundamento en la idea de no exigibilidad. Antes, sin embargo veamos muy sucintamente el desenvolvimiento histórico de la misma.

Si como decíamos, la concepción psicológica de la culpabilidad no podría fundamentar la exclusión de la culpabilidad de un sujeto acudiendo para ello a la idea, profundamente normativa, de no exigibilidad, no es históricamente de extrañar que sea Frank en su

crítica a dicha concepción psicológica y con su propuesta de incluir en la culpabilidad como elemento de la misma, a la imputabilidad y otras circunstancias acompañantes del hecho delictivo, a más de la imprudencia (concebidos a la manera causalista como formas de culpabilidad), quien primero recurriera al concepto de no exigibilidad. Este autor, al sentar las bases de la concepción clásica de la teoría normativa de la culpabilidad, coetáneamente apuntó o imprudentemente por un sujeto imputable puede, ello no obstante, ser considerada no culpable cuando otras circunstancias concomitantes la hagan aparecer como “normal”. En el sentido de que cualquier otro hombre, en las circunstancias del agente, habría actuado de igual modo que este al cual, por tanto, no cabe reprochable que haya observado tal comportamiento.

El siguiente paso en la construcción de la idea que nos ocupa dio Goldschmidt. Para este autor mientras la antijuricidad de una conducta supone que con ella se ha quebrantado una “norma de Derecho” que prohíbe, la culpabilidad expresa, el reproche que se dirige al sujeto que ha realizado una conducta típica y antijurídica por haber contravenido una “norma de deber” que pretendía impulsarle internamente a observar un comportamiento distinto al que ha llevado a cabo. Ahora bien, este reproche sólo podrá formularse, a juicio del mencionado autor, cuando el cumplimiento de la “norma de deber” (infringida por el sujeto) fuere exigible. O, dicho en otros términos, no habrá culpabilidad (por ausencia de reprochabilidad) cuando, dadas las

circunstancias concurrentes en el caso, la observancia de la “norma de deber” no fuera exigible en tal concreta hipótesis.

Con Freudenthal la no exigibilidad de la conducta distinta, adquiere una extraordinaria dimensión. Ya que la figura como causa general y supra legal de exclusión de la culpabilidad, cuya concurrencia se determina de acuerdo con el criterio personal del agente: Es impune, por ausencia de culpabilidad todo aquel que crea que en sus circunstancias no le era exigible atender la llamada de la norma de deber, aún cuando ninguna de las eximentes legalmente previstas fuera de directa aplicación al caso.

Los dos aspectos fundamentales de esta postura fueron objetados por Eberhard Schmidt. A su juicio la no exigibilidad no constituye una causa supra legal de exclusión de la culpabilidad, sino que el legislador debe precisar en qué casos ha de ser tenida en cuenta. Por otra parte entiende que la no exigibilidad ha de medirse conforme a módulos objetivos: Sólo cuando, dadas las circunstancias, puede concluirse que cualquiera otra persona (hombre medio) habría actuado como lo ha hecho el autor (este es, de forma típica y antijurídica) se dará una situación de no exigibilidad que impedirá la formulación del juicio de reproche expresivo de la culpabilidad.

En las aportaciones de estos autores y de otros posteriores descansa el contenido esencial de lo que podría denominarse doctrina clásica o tradicional de la no exigibilidad. Una doctrina que en sus dos últimas etapas desemboca en las negativas o configurarla como causa supra legal de exclusión de la culpabilidad y a apreciarla en forma subjetiva, dados los excesos impunitas a que tales puntos de vista conducían. Se llega de este modo a un entendimiento objetivado de la no exigibilidad y al reconocimiento de que ha de ser el legislador quien, tomando como base esta idea, especifique en qué circunstancias, cabe decir que no le era exigible al autor, obrar conforme a Derecho. El principio de no exigibilidad queda así limitado a ser criterio fundamentador de ciertas causas legales de exclusión de la culpabilidad.

Un cierto sector doctrinal ha dado, sin embargo, mayor alcance a ese principio. Desde los trabajos de Henkel sobre el particular es opinión común en la doctrina alemana y empieza a serlo en la española, que la idea de no exigibilidad de conducta distinta también está presente en la explicación de la atipicidad de diversas conductas y del alcance de algunas causas de justificación. En este sentido el principio de no exigibilidad adquiere la consideración de principio “regulativo” general que se muestra operativo en relación con los distintos

elementos del delito (tipicidad, antijuricidad, atribuibilidad, punibilidad).

Examinada de manera concisa la evolución doctrinal seguida por el principio de no exigibilidad, queda pendiente una cuestión que antes postergábamos: la de si, por ser de evidente vinculación de este principio con la concepción clásica de la teoría normativa de la culpabilidad, resulta no posible mantenerlo desde perspectivas, como la defendida en las páginas precedentes, suponen la sustitución de la idea de poder actuar de otro modo, acogida por dicha teoría normativa como fundamento de la culpabilidad, por la de motivabilidad con arreglo a la norma penal como base sobre la que se construye la atribuibilidad del hecho típico y antijurídico a su autor.

La contestación a esta pregunta necesariamente ha de ser positiva. Justamente un concepto como el de motivabilidad alcanzado no por revelación, intuición o sentimiento de autosatisfacción, como ocurre con el de “libre albedrío”, sino por investigación de la forma de reaccionar los individuos ante los estímulos inhibitorios de su comportamiento, por determinación de aquella que pueda calificarse como la que observa la generalidad de los hombres y de aquellas otras que se separa de esta común de reaccionar y por la inmiscusión de un límite normativo al ejercicio del poder punitivo por parte del Estado social y democrático de Derecho, un concepto así construido todavía resulta más adecuado para mantener la idea de no exigibilidad-

expresiva precisamente de que lo que no observaría el común de los hombres no es exigible (salvo casos excepcionales) a cada uno de ellos que el de autonomía de la voluntad.

Considerar la no exigibilidad como un elemento de la no atribuibilidad una vez concebida esta sobre la base de motivabilidad, significa lo siguiente:

a) Un individuo con capacidad de conocer la antijuricidad de su comportamiento y con aptitudes psíquicas de autoregular su conducta conforme a la norma penal, ejecuta un hecho típico y antijurídico.

b) Dicha ejecución tiene lugar cuando el sujeto en cuestión se halla sometido a la presión de factores externos que le impulsan fuertemente a la misma y que, por tanto, se contraponen a aquel otro factor (temor de la pena) con el que el derecho le motiva en sentido inverso.

c) La incidencia psíquica de esos factores externos, no es tal que anule la capacidad del sujeto para ajustar su conducta al comportamiento que el derecho pretende de él mediante la comunicación penal del hecho típico.

d) Sin embargo, con escasas excepciones (policiales, bomberos, etc., y aún ellos respecto de ciertas situaciones y dentro de ciertos límites) nadie sometido a esa presión motivacional de contrario signo a la ejercida por el derecho a través de la pena dejaría también, salvo que se decidiera por un acto heroico de ejecutar el hecho típico y antijurídico.

e) en este sentido, los factores externos (contramotivacionales), que inciden sobre el sujeto aunque no anulan sus aptitudes psíquicas de autocontrol del comportamiento por referencia al prohibido por la norma (motivabilidad), si las neutralizan: la hacen inoperantes en tanto que frente a la opción al sujeto se le ofrece actuar conforme a Derecho (de acuerdo con la motivación que al respecto supone la amenaza de pena) o contra él (con arreglo a la motivación que implican esos factores externos) se decide por este último como, por la magnitud de esta contramotivación haría cualquier hombre.

f) El Derecho Penal, si bien exige que todos los individuos de esas condiciones de cognoscibilidad de lo ilícito y de la inimputabilidad se inhiba de realizar los comportamientos bajo amenaza de pena, no puede, de acuerdo con los límites del ejercicio del poder punitivo demandados de la configuración democrática del Estado que lo crea y aplica (principio de igualdad real ante la ley), llevar su exigencia tan lejos como para requerir del individuo, que en lugar de

reaccionar como cualquiera otro en su caso, practique un acto heroico que es, precisamente, aquél que el sujeto habría de realizar para eludir la ejecución del hecho típico y antijurídico.

g) En suma: El Derecho, aunque preferiría que el sujeto no realizaría tal hecho, no le puede exigir que deje de hacerlo. Condensadamente diríase pues que, desde la perspectiva de aplicación jurídica del delito en la que nos situamos, en el ámbito de la atribuibilidad el principio de no exigibilidad significa: que a un sujeto (con capacidad de conocer lo ilícito de su conducta y en el que no concurre causa alguna de inimputabilidad) no le es exigible que actúe conforme a Derecho cuando por la presión de factores situacionales (externos a él) su motivabilidad (por el temor a la pena) para obrar con arreglo a lo esperado por el Derecho, aunque no desaparece, deviene inoperante dada la incidencia de esa otra motivación de contrario signo y peso considerado superior por la generalidad de los hombres que implican los factores situacionales presentes en el caso concreto.

UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA NO EXIGIBILIDAD:

Al describir la evolución histórica - dogmática experimentada por la idea de no exigibilidad, ya hemos anticipado, a través de la

exposición de los diversos puntos de vista mantenidos por los autores allí citados, varias de las opiniones que en la doctrina existen sobre la ubicación sistemática y, correlativamente, la naturaleza jurídica que se piensa tiene la no exigibilidad. En lo que sigue trataremos de ordenar y matizar los criterios doctrinales al respecto.

Los principales de estos criterios en torno a la posición sistemática (y correspondientemente consideración jurídica) que ocupa la no exigibilidad, son:

Primero. - Su verdadero lugar está en la antijuricidad. Conforme a este punto de vista la esencia de la antijuricidad viene dada por la idea de exigibilidad, constituyendo la no exigibilidad el fundamento común de las causas de justificación.

Sainz Cantero critica esta visión de la antijuricidad porque implica que cuando no se castiga una conducta por razón de que a su autor no puede exigírsele que, dadas las circunstancias, observe un comportamiento distinto, la exención se funda en un motivo puramente subjetivo, siendo así que la exclusión de la antijuricidad radica en el respeto a un interés legítimo y preponderantemente objetivo.

De posiciones más próximas a las que hasta aquí hemos mantenido, **Mir** también rechaza esta ubicación de la no exigibilidad. A su juicio la inexigibilidad de un comportamiento no supone la ausencia de su prohibición pues, si bien el derecho supone la ausencia de su prohibición, no puede exigir de los ciudadanos la realización de conductas heroicas, no por ello deja de motivarles en las situaciones extremas, que pueden abocar a esas conductas, en contra de la realización del delito: por si logra determinarlos “en el sentido preferido por el Derecho, lo que efectivamente se consigue en los ejemplos de actos heroicos que no dejan de producirse a lo largo de la Historia”.

Segundo.- El auténtico lugar de la no exigibilidad es la culpabilidad.

En esta línea de pensamiento se desenvuelven fundamentalmente dos variantes:

- a) Por una parte, aquella para la que la no exigibilidad debe considerarse causa supra legal de exclusión de culpabilidad. En esta postura que suele darse por

referencia a ordenamientos que tienen un parco catálogo

de causas de exclusión de la culpabilidad, como ocurría con el Código Alemán antes de ser reformado.

En contra de ella se han empleado diversos argumentos. Así:

Que carece de sentido respecto a ordenamiento en los que, por el contrario, se contiene un generoso elenco de circunstancias de esa índole.

Que el principio de seguridad jurídica en el que se apoya el de legalidad, contradice la utilización de la analogía aún cuando, como ocurre en estos casos se trate de una analogía in bonam partem.

Que el recurrir a “causas supra legales “ (sean para excluir la antijuricidad o para excluir la culpabilidad) es contrario a los deseos del legislador que, pudiendo hacerlo, no ha querido ampliar el número de eximentes que la ley contempla.

A partir de uno u otro de estos argumentos o en consideración a todos ellos se concluye que los supuestos de no exigibilidad, lejos de poderse estimar como hipótesis de exclusión de la culpabilidad situadas más allá de la ley, han de estar previstos expresamente por ésta.

A nuestro parecer, en cambio, no hay obstáculo alguno para que el pensamiento de la no exigibilidad se emplee no sólo para explicar el fundamento de ciertas causas de exclusión de la atribuibilidad (“culpabilidad”) explícitas en la ley- que en el Código Penal se reduce,, según creemos al miedo insuperable de su art. 20 inciso 7°, sino también como hace para apreciar eximentes de esta clase por analogía (perfectamente admitida cuando es in bonam partem).

Ello no quiere decir que entendemos que la naturaleza jurídica de la no exigibilidad sea en todo caso la de causa de exclusión de la culpabilidad.

b) La segunda variante consiste en explicar el principio de no exigibilidad como principio básico y común de toda las causas de exclusión de la culpabilidad que no afecten a los demás elementos de ésta.

Al contrario de lo que sucede con lo anterior, esta postura suele darse cuando se analizan ordenamientos que poseen un catálogo amplio de causas de esta índole. Además en modo alguno excluyente la aplicación analógica de la no exigibilidad, que inspira estas causas, a supuestos no explícitamente regulados por la ley.

Sin embargo, algunos partidarios de este punto de vista no aceptan que la operatividad del principio de no exigibilidad se extienda más allá de las circunstancias específicas previstas por la ley, esto es, niegan la posibilidad de recurrir a una analogía in bonam partem al respecto. En este sentido dice, por ejemplo. Sainz Cantero que la aplicación analógica de la no exigibilidad no puede ser admitida en el Derecho Penal español, pues si el legislador no ha utilizado en el art. 8 de su C.P. una fórmula semejante a la que empleó para las atenuantes en el art. 9.10º C.P., ello es muestra de que no quiso conceder esa posibilidad de apreciación analógica en el ámbito de las eximentes. Es este un argumento sumamente discutible no compartimos y en todo caso las expresiones de Sainz Cantero son aplicables a nuestro ordenamiento en razón de que esta causa de exculpación la tomamos del Código Penal Español.

Tercero.- El lugar de la inexigibilidad no es exclusivamente ni la antijuricidad ni la culpabilidad, sino que por tratarse de un principio “regulativo” que opera en todos los ámbitos del delito, posee utilidad funcional tanto para fijar los límites de lo injusto típico (por ejemplo, en algunos tipos de omisión impropia se utilizan elementos típicos negativamente formulados- así, el “sin riesgo propio ajeno” de los art. 348 bis y 389 bis del código Penal Español el primero sin equivalente y segundo previsto en el art. 127 del Código Penal Peruano, claramente

inspirados en la idea de no exigibilidad, cuando para delimitar el alcance de alguna causa de justificación, así como para el estudio de la culpabilidad y cierta hipótesis de su exclusión e incluso, para algunos aspectos de la punibilidad (así en fundamento de la impunidad del encubrimiento se refiere al art. 18 del C.P español.

En su monografía sobre la exigibilidad de conducta adecuada a la norma rechaza Saíenz Cantero este principio de otorgar una multívoca trascendencia al principio de no exigibilidad porque, a su juicio, si se admitiera se rebajaría la importancia del principio en el terreno de la culpabilidad. A nuestro entender ocurre, muy al contrario, que esta consideración de la no exigibilidad como principio “regulativo”, sin disminuir un ápice su importancia para la culpabilidad, amplía la dimensión de su valor al asignarle efectos, además de que este elemento del delito, también en el de tipicidad y en el antijuricidad (e incluso, según ciertos autores, en el terreno de las causas personales de exclusión de la pena).

Creemos por ello que esta última opción, es la más suscribible de las expuestas. Sin que tal opinión sea un obstáculo para resaltar especialmente la operatividad del principio de no exigibilidad en el campo en el que desempeña su papel más destacado: la culpabilidad donde, como elemento de la misma, sirve para la determinación, en ciertos casos (miedo insuperable), de su ausencia y para inspirar la

aplicación por analogía de otras causas de exclusión de a la atribuibilidad distintas de las legales previstas.

Precisamente en consideración a esto hemos preferido, pese a entender que el principio de no exigibilidad tiene esa presencia plural en la explicación jurídica del delito, tratarlo a efectos sistemáticos en conexión inmediata con la atribuibilidad y con la causa de exclusión de la misma en el miedo insuperable.

CRITERIOS PARA DETERMINAR CUANDO ES INEXIGIBLE UNA CONDUCTA ADECUADA A LA NORMA.

Aunque algo queda apuntado bajo el epígrafe de la evolución histórica - dogmática de la no exigibilidad, todavía no hemos especificado cómo determinar los ámbitos de lo exigible y, a contrario, de lo no exigible.

En la doctrina existe sobre el particular dos posiciones extremas: la subjetiva y la objetiva, y una tercera vía intermedia: la subjetiva objetiva.

El criterio subjetivo, que defendiera Freundenthal en los albores de la idea de no exigibilidad, sostiene que lo exigible o no exigible de la conducta adecuada a la norma debe determinarse conforme a una regla exclusivamente ético- individualista.

Frente a ello el criterio objetivo propone establecer los módulos de lo exigible y de lo no exigible sobre la consideración del hipotético comportamiento que observaría el hombre medio puesto en las mismas circunstancias en que se encontraba el autor del hecho típico y antijurídico en el momento de llevarlo a cabo. A este criterio se objeta que la referencia al hombre medio resulta muy discutible. Es - se dice- demasiado general y abstracta como para que cumpla la función que de ella se espera en el área de la culpabilidad.

Recientemente, desde la doctrina italiana, ha afirmado **FORNASARI**²⁰³, que por cuanto se refiere a la operatividad del principio de inexigibilidad es así elemento de estructura de la medida subjetiva de la culpa

Finalmente, el criterio mixto o subjetivo-objetivo suele mantenerse por quienes se inclinan a considerar el principio de no exigibilidad como principio “regulativo” operante en todos y cada uno

²⁰³ **FORMNASARI G.: Il Principio di inesi gibilitá nel devitto penale, Padora, 1990 pág. 380.**

de los elementos por lo que atraviesa el delito en su análisis jurídico. Con este criterio de determinación de lo que es exigible o no exigible en los campos de la tipicidad y de la antijuricidad debe hacerse en forma objetiva, mientras que esa misma determinación en el terreno de la culpabilidad se hará con arreglo a baremos subjetivos.

Aun cuando, de acuerdo con lo expuesto, participemos del pensamiento que otorga al principio de la no exigibilidad la consideración de principio “regulativo” de alcance general, no creemos que en el área propia de la culpabilidad haya de determinarse lo que es exigible y lo que no es exigible según puntos de vista subjetivos. Tal opción llevaría a la insatisfactoria consecuencia de tener que declarar la impunidad siempre que un sujeto, con capacidad para conocer la antijuricidad de su comportamiento y siendo imputable, realice un hecho típico y antijurídico creyendo encontrarse en una situación personal de no exigibilidad, aunque dicha creencia se asienta en un error vencible. Sin duda alguna, quienes tuvieron una gran impresionabilidad u operaran con una elasticidad excesiva (“manga ancha”) a la hora de ponderar sus propios actos.

Mientras que en la delimitación de la tipicidad o del alcance de la causa de justificación el recurso a la no exigibilidad supone, respectivamente, que el ordenamiento no quiere exigir o autoriza a no exigir, por las razones que sean, la observancia de la norma incriminadora, la no exigibilidad en cuanto elemento de la culpabilidad y fundamento de ciertas causas de exclusión (miedo insuperable) no significa que el ordenamiento renuncie a exigir o permita no exigir la

realización de conductas conforme a derecho, sino que, dadas las circunstancias presentes en el caso concreto, no puede exigírsele a una determinada persona en vista de que se ha comportado.

CAPITULO VII

NO EXIGIBILIDAD Y MIEDO INSUPERABLE. LA EXIMIENTE DE MIEDO INSUPERABLE CONCEPTO Y REQUISITOS.

Veamos ahora cuales son las concreciones del principio de no exigibilidad en materia de exclusión de la culpabilidad de la conducta típica y antijurídica al sujeto que la ha realizado con posibilidad de conocer su antijurídico carácter y siendo imputable.

Un importante sector de la doctrina española estima que la idea de no exigibilidad de conducta adecuada a la norma informa la existencia de las eximentes de estado de necesidad cuando el mal causado equivale al que se provoca evitar, de obediencia debida y de miedo insuperable, a las que, por tanto, otorga el calificativo de causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad (según pensamiento, causalista o finalista de que cada autor participa). En nuestra opinión, por el contrario, de las circunstancias de exención de responsabilidad criminal acabadas de indicar tan sólo la de miedo insuperable debe estimarse causa de exclusión de la culpabilidad. Ya que, por las razones expuestas al tratar específicamente el estado de necesidad, entendemos que las mismas son causas de justificación. En consecuencia, en este

lugar nos referimos nada más que a la eximente número 20° inciso 7 del C.P., exclusiva concreción legal según pensamos del principio de no exigibilidad en el área de la ausencia de culpabilidad.

A tenor del artículo citado, está exento de responsabilidad criminal: “ El que impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor”.

Las primeras cuestiones que suscita esta definición legal son ; que ha de entenderse por “miedo” y cuando éste pueda calificarse de “insuperable”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español de donde tomamos la exención ha venido interpretando de forma restrictiva el término “miedo” presente en el art. 8.10 del Código Penal español. Y, así, afirma que no se trata en este caso de cualquier estado emotivo de temor, sino que es preciso un estado emotivo de esa índole que apareja una grave perturbación psíquica en el sujeto que lo experimenta.

En puridad, semejante exigencia jurisprudencial supone una visión de la eximente 10° 10. Del art. 8 CP español equivalente al 20.7 de nuestro Código Penal como causa de inimputabilidad que se confunde con el trastorno mental transitorio (art. 81.1°). Con este modo de enfocar la cuestión se otorga la razón a quienes piensan que la circunstancia de miedo insuperable es superflua por cubrir supuestos ya abarcados en el trastorno mental transitorio.

Hay que destacar, por otra parte, que una interpretación del término “miedo” como lo que practica el Tribunal Supremo español no resulta como señala Córdoba, coherente en el punto de vista objetivo y despersonalizado que el propio Tribunal Supremo mantiene al analizar los demás requisitos de esta eximente.

Así, respecto a la cualidad de insuperable, que según esta visión psicológica del miedo debiera medirse en atención a un criterio exclusivamente subjetivo, suele emplearse por la jurisprudencia un baremo objetivado y, en este sentido, se identifica con el miedo que no podría superar el hombre medio en la situación del autor. Un módulo impersonal éste que añade Córdoba - resulta incomprensible para graduar el estado psíquico personal que, según la opinión jurisprudencial, es el que representa el miedo.

La doctrina jurisprudencial incurre en una similar incongruencia respecto a la interpretación subjetiva del término “miedo” que sigue, cuando, al analizar la exigencia legal de que miedo sea de “un mal igual o mayor”, requiere que dicho mal presenta un carácter objetivo. En efecto: como así mismo resalta Córdoba (partidario de la eximente) desde el punto de vista psicológico no hay duda de que el miedo puede surgir tanto de cara a un peligro objetivamente real, cuando por la percepción de un peligro en verdad inexistente pero que el concreto sujeto de que se trate cree real.

De manera que el hecho de que el mal puede existir auténticamente o no, para nada afecta a la presencia del miedo psicológicamente entendido y, por consiguiente, debería apreciarse la eximente siempre que el autor obre “impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

Es más: si tal perturbación efectivamente se diera, la eximente a apreciar ya no sería la de miedo insuperable, sino la de trastorno mental transitorio, que por ser más amplia que aquella (el trastorno del art. 8° inciso 1° del CP español puede deberse a múltiples causas y no sólo a un estado de temor) haría superfluo el número 10 del Art., 8 del CP.

Por otra parte, si se estima que el “miedo”, para tener efectos eximentes conforme al art. 8.10 CP. Ha de producir una grave perturbación psíquica en quien lo padece, ya no cabría, según creemos, hablar de esta eximente como una causa de exclusión de la culpabilidad por ausencia de inexigibilidad de conducta adecuada la norma respecto de un sujeto que, con capacidad para conocer la antijuricidad de su comportante, es imputable. Ya semejante perturbación psíquica anularía la propia imputabilidad (aptitud psíquica de autocontrol del comportamiento en referencia a la prohibición normativa). Ya parece claro que el sujeto amenazado del ejemplo propuesto, aunque es posible que haya llegado a perder el control psíquico de sus actos, no necesariamente tiene por qué haber alcanzado tal grado de perturbación para que movido por el temor a la amenaza, previsiblemente sería, de que se le va a ocasionar un mal grave, supere

su inhibición a realizar el hecho delictivo motivada por la conminación penal y sucumba, como cualquier otro en su lugar, a las pretensiones de quienes le amenazan.

Lo que le sucede a quien teme que, de no actuar de manera típica y antijurídica, sobrevenga un mal igual o mayor al que causa de aquella manera no es, pues, que inexorablemente sufra una grave perturbación en su psiquismo que lo ponga en situación de no ser capaz de gobernar su comportamiento (lo que, ciertamente, puede suceder y entonces, merecer la calificación de trastorno mental transitorio). Lo que le sucede es que el miedo que experimenta a que el mal se produzca le impide, a pesar de ser todavía capaz de captar el mensaje prohibitorio de la norma penal y de adoptar su comportamiento a lo que ésta espera de él, responder a esta expectativa de conducta porque de la posible ponderación de los respectivos riesgos en que cada caso incurre (que se le imponga la pena o que acaezca el mal) surge el impulso (ante la superior gravedad de este mal, ante su proximidad mucho mayor, etc.) De obrar en contra del Derecho: Precisamente porque todavía posee capacidad psíquica para autoregular su comportamiento, se decide en favor de aquel por el que cualquiera otro con similar capacidad y en igual situación se habría decidido. No se trata de un sujeto inmotivable por la norma penal, ni tampoco de un sujeto que en el caso concreto carezca de toda posibilidad de responder positivamente a esa motivación. Se trata más bien de un sujeto doble y contradictoriamente motivable y motivado. Y ante esta confrontación el Derecho no puede exigirle que se comporte con arreglo a lo que prohíbe en la medida en

que otro sujeto (no excepcional), colocado en esa misma situación conflictiva, se habría decantado a favor de no realizar la conducta legalmente prohibida y no puede exigirle que se abstenga de llevar a cabo esta conducta en la medida en que ese segundo sujeto tampoco se habría abstenido.

La eximente de miedo insuperable no es, en consecuencia una causa de justificación (como pretende un sector minoritario de la doctrina española), sino una causa de exclusión de la culpabilidad basada en el principio de no exigibilidad de conducta distinta: La razón de que se atribuya a quien se encuentra en una situación de miedo insuperable la realización dentro del mismo de una conducta típica y antijurídica, es que cualquiera otro (que no fuera una persona excepcional o que no estuviera obligado al cumplimiento de especiales deberes) en su lugar habría hecho lo mismo. No es, entonces, que el Derecho no quiera prohibir o autorice indiscriminadamente la práctica de esa conducta. Porque con seguridad, si quiere y no la autoriza con carácter absoluto: Piénsese que no todos reaccionan o el Derecho le permite reaccionar de la misma manera, hay quien lleva a cabo actos heroicos (lo que no es normal ni por ello exigible) y hay quienes en ocasiones (y dentro de ciertos límites) están jurídicamente obligados a resistir los impulsos de miedos normalmente no superables por el resto de los ciudadanos (soldados, vigilantes, etc.). De ahí que el Ordenamiento no renuncie a priori a prohibir y a no autorizar las conductas típicas y antijurídicas inspiradas en el temor a que sobrevenga un mal. En realidad es que, de acuerdo con los límites que

le merezca su emanación de un Estado democrático, no puede exigir que tales conductas dejen de practicarse en todo caso.

Concluido por nuestra parte que la eximente en estudio es una causa de exclusión de la culpabilidad basada en el principio de no exigibilidad.

Por las razones ya dichas el “miedo” a que se alude en el art. 8.10 del código Penal español equivalente al art. 20.7 de nuestro Código Penal no se identifica con “estado emotivo que lleva consigo una grave perturbación psíquica” en quien lo sufre, sino que equivale a temor que experimentara un sujeto ante el peligro de que sobrevenga un mal que intenta evitar mediante la realización de una conducta típica y antijurídica.

Ahora bien, conforme al texto de la ley no basta cualquier temor: Este ha de ser “insuperable”. Esto es, invencible. Esta cualidad del miedo debe entenderse en los mismos términos que cuando está referida al error.

Es decir, será invencible (“insuperable”) el temor es que cualquier otra persona colocada en la situación del autor en el momento de la acción tampoco habría podido superar de manera que, así, evitara la puesta en práctica de la conducta prohibida.

Por otra parte, no es suficiente con que el sujeto tema cualquier mal, La ley precisa que el miedo insuperable debe serlo de “un mal igual o mayor” . Este requisito, similar al art. 3° del Art. 8.76°, art. 20.3 del código Penal Peruano tiende a afirmar nuevamente, aunque ahora por distintas causas, que la eximente de miedo distintas insuperable es superflua. En este caso por su aparente confusión con el estado de necesidad.

Pero se desconoce con ello la fundamental diferencia que puede establecerse entre la causa de justificación y aquella causa de exclusión de la culpabilidad que es el miedo insuperable, basta con que el sujeto tema que si no actúa en forma típica y antijurídica sobrevendrá un mal mayor al que, para evitarlo, causa. Un mal por consiguiente que a diferencia del que se trata de evitar en estado de necesidad no tiene por que ser real; ni tampoco inminente; lo único que se requiere es que cualquier otra persona (no excepcional), en las mismas circunstancias que el autor, hubiera temido así mismo su producción, siendo este temor insuperable.

Expresado de otro modo: En el estado de necesidad el peligro de que acaezca un mal propio o ajeno si no se actúa afectando el bien jurídico de otro, ha de existir realmente para la conducta típica (en caso de concurrir los demás requisitos exigidos por el art. 8.7° del C.P. español) quede justificada. En cambio, en el miedo insuperable el riesgo de que sobrevenga el mal puede ser real pero también puede no

serlo sin que ello impida el efecto de exclusión de la culpabilidad de esta eximente.

El error invencible (en el sentido de que cualquiera en esa situación se habría equivocado igualmente) sobre la realidad del mal que actúa impulsado por el miedo a que acaezca, no impide, consecuentemente, la exclusión de la atribuibilidad de su conducta por aplicación del art. 8.10 C.P. español. aunque sí impediría que la misma quedara justificada por la vía del estado de necesidad previsto en el art. 8.7 CP español. Esto último no porque, según opina **MIR**, deba considerarse que el error invencible sobre los presupuestos de una causa de exclusión de la atribuibilidad tiene el mismo efecto que la existencia real de tales presupuestos, sino por una razón previa que el citado autor rechaza: Porque el mal a que se refiere el art. 8.10 CP español no precisa ser real y cierto. Con lo que la eximente de miedo insuperable puede surtir efectos de exclusión de la culpabilidad aunque el mal fuera irreal, lo que es igual, siempre que el error sobre la realidad del mal tuviere carácter invencible.

En cambio, deben negarse efectos no sólo de exclusión sino también de disminución de la culpabilidad al miedo insuperable derivado de un error invencible sobre la realidad del mal.

Esta conclusión nos parece perfectamente plausible desde una óptica político - criminal. Puesto que si se concediera en dichas hipótesis la posibilidad de atenuar la conducta por la vía de la eximente

incompleta de miedo insuperable (art. 9.1° en la relación con el 8.10 CP español), sino que estaría favoreciendo discriminatoriamente a los sujetos timoratos o pusilánimes en exceso frente a los menos impresionables. Por otra parte, si, en contra de los que hemos defendido se siguiera el criterio de otorgar trascendencia al error vencible sobre los prepuestos de la causa de exclusión de la culpabilidad y con MIR. se propusiera el castigo en tales casos a título de imprudencia, se desembocaría en la insatisfactoria consecuencia de declarar la impunidad de quien, por error vencible, se figura que existe un peligro de que acaezca un mal igual o mayor que el que ocasiona, impulsado por el miedo, con su conducta cuando esta no se halla prevista por la norma incriminadora en el supuesto de que se practique imprudentemente.

Pero si, conforme acabamos de concluir, el mal que se teme no necesariamente ha de ser real (lo que, sea de paso, conduce a que determinadas conductas practicadas en legítima defensa putativa o en estado de necesidad putativo puedan resultar inatribuibles por esta vía.

Esta superioridad o igualdad del mal temido, evidentemente, relativiza la demanda de proporcionalidad respecto de la prevista en el art. 817° - 1° del CP español.

Efectivamente, mientras que por su carácter de causa de justificación el estado de necesidad supone una autorización para actuar típicamente tan sólo cuando, dándose un auténtico conflicto de

intereses, el mal causado no sea realmente mayor que el que se trata de evitar (principio de ponderación de intereses), para excluir la culpabilidad (aunque esta creencia sea errónea) que el mal temido equivale o supera en su gravedad al que causa impulsado por el miedo.

Y si el autor, cree (él exclusivamente) que el mal temido es igual o mayor que el que causa impulsado por tal temor, este error vencible debe considerarse irrelevante (sin trascendencia atenuatoria) por las mismas razones que se considera irrelevante del error vencible sobre la real existencia del mal temido.

Lo que es necesario reiterar es la exigencia de que el miedo sea además insuperable. La doctrina, en lo que respecta a la insuperabilidad del miedo, ha recurrido normalmente al parámetro del “hombre medio en la precisión del autor”. Conforme a el, sería insuperable aquel miedo que un hombre medio situado en la situación concreta del autor no pudiera, en el sentido normativo vencer. Este parámetro de concreción de la insuperabilidad presenta, sin embargo, problemas que abren una amplia vía a la arbitrariedad. El baremo del hombre medio es de por sí vago y, por tanto, poco seguro para determinar el contenido de la insuperabilidad. Lo mismo podría decirse de la referencia a la “posición de autor”. Con estos criterios se pretende zanjar de un plumazo, problemas normativos que por su complejidad necesitan mayor reflexión y por tanto estas referencias generalizantes con una categoría esencialmente individualizadora como es la culpabilidad y en particular, la inexigibilidad de otra conducta.

PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN ACUMULADA.

Las sentencias de las Tres Salas Penales de la Corte Superior de Junín, todas expedidas en casos de terrorismo, la mayor parte por Salas especiales sin rostro, no son muy numerosas, pudiéndose establecer que en el lapso investigado 3 sentencias se expedieron donde se aplicó el art. 20 inciso 7° del Código Penal, específicamente en los expedientes números 115-90, 316-92 y 93-93 y en los restantes 9 se aplica la exención invocando otras eximentes, específicamente el estado de necesidad exculpante y también como causa de inimputabilidad, las que serán analizadas con detenimiento más adelante, debemos referir así mismo que en los casos señalados también hubo la causal expresamente invocada en los considerados sin embargo no se aplicó la eximente.

La aplicación jurisprudencial efectiva de la eximente completa de miedo insuperable es sumamente escasa. Tampoco se advierte la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable. Así mismo se adiciona al final una sentencia expedida en la Corte Superior de Justicia de Junín donde copiando literalmente la tesis objetiva de **MUÑOZ CONDE**, se utiliza la eximente porque criticamos el criterio del hombre medio y finalmente la única expedida a nivel nacional también utilizando el parámetro del hombre medio.

En relación a la jurisprudencia agruparemos esta en tres apartados, que son los que a continuación siguen:

A) Como causa de inimputabilidad.- En el expediente N° 115-90 resuelto entrado en vigencia el Código Penal de 1991. La ejecutoria que comentamos sostiene que “La psiquiatría moderna define al miedo como la respuesta afectiva a un peligro externo real y actual, y desaparece cuando se elimina la situación amenazadora, ya sea porque el individuo la conquista o escapa de ella. El peligro más frecuente es la amenaza a la integridad física de la persona, ya sea en forma de una enfermedad o de un ataque físico externo (psiquiatría clínica moderna Noyes y Laurence G. Col.IV edición Pág. 672). El miedo es la pérdida de la voluntad particular, es la inserción del ser de modo absoluto en ese sentimiento, no hay posibilidad de control”.

Se exige que exista miedo, es decir, un determinado estado emocional por parte del sujeto, sin embargo la jurisprudencia que comentamos ha restringido esta eximente sobre la base de plantear que el miedo ha de alterar las facultades del sujeto de modo semejante a las causas de inimputabilidad lo cual ciertamente no es necesario para que exista miedo, ya que éste puede estar referido a la motivación a actuar (y por ello mismo dejar a salvo todas las facultades del sujeto respecto a como actuar sobre la conciencia del injusto). Que es el caso del acusado Canturín que contribuyó en las tareas de proselitismo, lo que

importa aceptar que estuvo en posibilidad de actuar y que el miedo no produjo un trastorno mental transitorio.

Que el miedo insuperable afecta a la culpabilidad sea aceptado tradicionalmente en forma pacífica. Lo que ha sido objeto de discusión es si dicha eximente excluye la inimputabilidad o es una causa de inexigibilidad.

Mientras que a veces se ve en el miedo insuperable una causa que excluye la inimputabilidad otro se aproxima al estado de necesidad del Art. 20 inciso 4°. Ambas concepciones son insatisfactorias porque harían la eximente no sólo inútil sino gravemente perturbadora, como afirma **MIR PUIG**. En síntesis, por las razones ya expuestas la eximente no puede entenderse como causa de inimputabilidad, el miedo no tiene porque llegar a consistir en una concepción subjetiva cuya vivencia priva al sujeto de su lucidez o fuerza de voluntad al modo de una especie de trastorno mental transitorio.

Miedo no a de entenderse como “terror”. Basta que concurra un temor insuperable. Lo decisivo será, pues, el carácter insuperable o no de dicho temor. Será insuperable en sentido estricto, cuando no pueda superarse su presión motivadora ni dejarse, por tanto de realizar bajo su efecto la conducta antijurídica. La eximente de miedo insuperable a de reservarse según su naturaleza, para los casos en que no sería exigible al hombre medio actuar conforme a derecho. Fuera de estos casos cabe eximir en la medida en que falta la imputabilidad por

razones personales, en consecuencia si la Sala Penal consideró un miedo intenso igual al temor debió invocar la eximente mencionado en el art. 20 inciso 1° relativo al trastorno mental transitorio y no el miedo insuperable, que resulta siendo interpretada defectuosamente.

Ahora bien, el miedo insuperable lo a de ser de un mal igual o mayor y la correcta interpretación teniendo en cuenta que se trata de una causa de inexigibilidad, requiere acudir a un baremo distinto al hombre medio que nosotros cuestionamos y se refiere a la exigencia de la insuperabilidad. También se explica el sentido del requisito destinado a limitar objetivamente el alcance de la eximente, para prevenir abusos del precepto. Es decir debe ser referido en relación al efecto en el sujeto, no desde el punto de vista de una proporcionalidad objetiva entre males (ya que en el criterio es diferente a las causas de justificación en que se enjuicia el injusto, en cambio ahora se trata de enjuiciar desde la perspectiva de la culpabilidad); lo decisivo es que se produzca en el sujeto un determinado estado emocional insuperable de un mal igual o mayor (no que realmente sea un mal igual o mayor). Requisito que tampoco ha sido mencionada por la Sala que dictó la sentencia.

De Otra parte merece destacarse que es preciso que el mal que le amenace ponga en peligro, algunos de sus bienes personalísimos, como la vida e integridad física, que es el caso analizado y que no se destaca en el análisis jurisprudencial, pues si el conflicto se produce solo, entre, por ejemplo, la propiedad de la gente y otra persona no hay motivos

bastantes para pensar en invocar esta causal desde una posición de imparcialidad. Tampoco ha sido objeto de análisis el requisito de mal igual o mayor que sólo concurre cuando se da realmente y no sólo en la imaginación del autor. En síntesis a parte de la interpretación equivocada de lo que debe entenderse como miedo insuperable, conforme a la doctrina dominante del país de donde hemos tomado la causa de exención de pena que analizamos no se ha incidido en los elementos que se exigen para que ésta pueda eximir la culpabilidad creemos que la sentencia fue confirmada por la Corte Suprema al no haber nulidad, debe ser corregida por la jurisprudencia, adoptando el criterio mayoritario de la dogmática del país de origen.

B) La Relación con otras eximentes: La Fuerza irresistible.-

En el expediente N° 316-92 La Sala Especial considera que también la amenaza esta incurso en los incisos 6 y 7 del C.P. de 1991. Es decir que incluye la denominada fuerza irresistible . Quien obra materialmente violentado por una fuerza irresistible no es dueño de lo que hace si es forzado por una persona, no es más que un instrumento de la voluntad de ésta. Ejemplo: El que es arrojado a una piscina y cae sobre un bañista al que hiera. Lo que excluye pues, la acción, porque supone ausencia de voluntad.

En el Derecho Peruano, la Fuerza irresistible se halla reconocida como causa de exclusión de la responsabilidad penal en el artículo 20 inciso 6 del Código Penal, según el cual está exento de responsabilidad

“el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza”. Aquí se alude a la Biofísica Absoluta y no a la Biofísica Moral que regula en el artículo 20 Inciso 7° C.P. como miedo insuperable, por lo que la Sala Penal incurre en error al invocarla.

Debemos referir que en el Código Español de 1995 ha sido suprimida la exigencia de un mal igual o mayor y la fuerza insuperable.

C) Como causa de justificación .- El Estado de Necesidad:

En el Expediente 111-93 aparece la sentencia expedida por la Sala Especial en el delito de Terrorismo en la que la grave amenaza se tipifica como una causa de justificación en la modalidad de estado de necesidad .

Actúa en estado de necesidad justificante (art. 20.4° , C.P.) el que ante una situación de conflicto entre distintos males sólo puede evitar uno de ellos lesionando un bien jurídico o infringiendo un deber, es decir ocasionando un mal típico. El estado de necesidad es una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal sometida a requisitos distintos al miedo insuperable y lo hemos distinguido ampliamente .

La base de diferencia entre estado de necesidad exculpante y estado de necesidad justificante suele encontrarse en el distinto fundamento de la exención de responsabilidad criminal.

Así, el miedo insuperable por conflicto entre bienes (males) iguales produciría el efecto exclusión, porque el sujeto actúa en un estado de alteración motivacional, que hace que no pueda exigírsele una conducta distinta de la que realizó lesionando un bien jurídico; esta inexigibilidad de conducta distinta es la base de la inexistencia de un reproche al sujeto, y, por tanto, de culpabilidad. En tales casos el hecho es típico y antijurídico, es decir, objetivamente no está valorado de forma positiva por el derecho aunque por no reprocharse el autor debe quedar impune. Por el contrario, el fundamento de Exención por estado de necesidad, cuando el conflicto se produce entre bienes jurídicos de distinta valoración y se sacrifica el de menor valor, habría que buscarlo precisamente en la idea de la salvación del interés prevalente o preponderante, que permita valorar positivamente el hecho desde puntos de vista objetivos, puesto que es esa salvación la que el derecho prefiere en caso de conflicto entre distintos intereses, en consecuencia el hecho está justificado, con carácter general, y no sólo “disculpado”.

Suele argumentarse que las llamadas situación de inexigibilidad de conducta distinta como el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante son plenamente equiparables en cuanto a los efectos jurídicos penales a las de inimputabilidad. Pero esta pretendida equiparación no puede mantenerse ni en general ni tampoco en el caso concreto de la actuación por el miedo insuperable, al menos en este

último caso se quiere evitar su confusión con el trastorno mental transitorio. Pero en el caso de la sentencia analizada no es la toma de una postura dogmática sino simplemente el desconocimiento lo que permite invocar el inciso comentado por cuanto la motivación no permite colegir otra cosa.

En cuanto a las encuestas a Juzgados sobre valoración de la prueba y calificación conforme persuade de los gráficos el 40,46% es pésima y el 59,14% regular, habiendo ausencia de una apreciación buena y optima. En las Salas Penales es regular en 59,94% y pésima en 40,86% y ausencia de buena y optima. En cuanto a la aplicación de exención existiendo esta no se aplico en un 55,91%, dudosa causal no se aplicó 41,94 %, hubo causal y se aplicó 2,15% y dudosa causal y se aplico 0%. A nivel de la Corte Suprema se concedió en 78,49%. Tanto en Atestado Policiales Informes Finales y acusación Fiscal no se invocó esta causal según la respuesta de los magistrados por desconocimiento. Se ha revisado 378 expedientes.

PROCESO ESPECIAL DISTRITO JUDICIAL DE JUNIN : 1992

TABLA N° 1

VALORACIÓN DE PRUEBA Y CALIFICACION EN EL JUZGADO	N° DE EXPEDIENTES	%
Pésima	58	62.37
Regular	35	37.63
Buena	0	0.00
Optima	0	0.00
TOTAL	93	100.00

TABLA N° 2

VALORACIÓN DE PRUEBA Y CALIFICACION EN EL JUZGADO	N° DE EXPEDIENTES	%
Pésima	38	40.86
Regular	55	59.14
Buena	0	0.00
Optima	0	0.00
TOTAL	93	100.00

TABLA N° 3

APLICACION DE LA EXENCIÓN DE PENA EN LA SALA PENAL SUPERIOR	N° DE EXPEDIENTES	%
Hubo causal y no se aplicó	52	55.91
Dudosa causal y no se aplicó	39	41.94
Hubo causal y se aplicó	2	2.15
Dudosa causal y se aplicó	0	0.00
TOTAL	93	100.00

TABLA N° 4

APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN DE PENA EN LA SALA PENAL SUPREMA	N° DE EXPEDIENTES	%
Concedido contra lo resuelto por la Sala Superior	0	0.00
Anuló el proceso en que había concedido	0	0.00
Concedió	20	21.51
Ninguno	73	78.49
TOTAL	93	100.00

TABLA N° 5

ATESTADOO POLICIAL HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	0	0.00
No	67	72.04
Otros	26	27.96
TOTAL	93	100.00

TABLA N° 6

INFORME FINAL DEL JUEZ HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	0	0.00
No	70	75.27
Otros	23	24.73
TOTAL	93	100.00

TABLA N° 7

ACUSACIÓN FISCAL HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	0	0.00
No	65	69.89
Otros	28	30.11
TOTAL	93	100.00

TABLA N° 8

SENTENCIA PENAL HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	1	1.08
No	61	65.59
Otros	31	33.33
TOTAL	93	100.00

TABLA N° 9

RESOLUCIÓN DE NULIDAD HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	1	1.08
No	71	82.80
Otros	15	16.13
TOTAL	93	100.00

PROCESO ESPECIAL DISTRITO JUDICIAL DE JUNIN : 1993

TABLA N° 10

VALORACIÓN DE PRUEBA Y CALIFICACION EN EL JUZGADO	N° DE EXPEDIENTES	%
Pésima	62	68.13
Regular	29	31.87
Buena	0	0.00
Optima	0	0.00
TOTAL	91	100.00

TABLA N° 11

VALORACIÓN DE PRUEBA Y CALIFICACIÓN EN SALA PENAL	N° DE EXPEDIENTES	%
Pésima	43	47.25
Regular	48	52.75
Buena	0	0.00
Optima	0	0.00
TOTAL	91	100.00

TABLA N° 12

APLICACION DE LA EXENCIÓN DE PENA EN LA SALA PENAL SUPERIOR	N° DE EXPEDIENTES	%
Hubo causal y no se aplicó	53	58.24
Dudosa causal y no se aplicó	37	40.66
Hubo causal y se aplicó	1	1.10
Dudosa causal y se aplicó	0	0.00
TOTAL	91	100.00

TABLA N° 13

APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN DE PENA EN LA SALA PENAL SUPREMA	N° DE EXPEDIENTES	%
Concedió	65	71.43
Ninguno	26	28.57
Anuló el proceso en que había concedido	0	0.00
Concedido contra lo resuelto por la Sala Superior	0	0.00
TOTAL	91	100.00

TABLA N° 14

ATESTADO POLICIAL HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	0	0.00
No	86	94.51
Otros	5	5.49
TOTAL	91	100.00

TABLA N° 15

INFORME FINAL DEL JUEZ HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	1	1.10
No	54	59.34
Otros	36	39.56
TOTAL	91	100.00

TABLA N° 16

ACUSACIÓN FISCAL HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	0	0.00
No	60	65.93
Otros	31	34.07
TOTAL	91	100.00

TABLA N° 17

SENTENCIA PENAL HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	1	1.10
No	61	67.03
Otros	29	31.87
TOTAL	91	100.00

TABLA N° 18

RESOLUCIÓN DE NULIDAD HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	1	1.10
No	89	97.80
Otros	0	0.00
Ninguno	1	1.10
TOTAL	91	100.00

PROCESO ESPECIAL DISTRITO JUDICIAL DE JUNIN : 1994

TABLA N° 19

VALORACIÓN DE PRUEBA Y CALIFICACION EN EL JUZGADO	N° DE EXPEDIENTES	%
Pésima	29	50.88
Regular	28	49.12
Buena	0	0.00
Optima	0	0.00
TOTAL	57	100.00

TABLA N° 20

VALORACIÓN DE PRUEBA Y CALIFICACIÓN EN SALA PENAL	N° DE EXPEDIENTES	%
Pésima	32	56.14
Regular	25	43.86
Buena	0	0.00
Optima	0	0.00
TOTAL	57	100.00

TABLA N° 21

APLICACION DE LA EXENCIÓN DE PENA EN LA SALA PENAL SUPERIOR	N° DE EXPEDIENTES	%
Hubo causal y no se aplicó	32	56.14
Dudosa causal y no se aplicó	25	43.86
Dudosa causal y se aplicó	0	0.00
Hubo causal y se aplicó	0	0.00
TOTAL	57	100.00

TABLA N° 22

APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN DE PENA EN LA SALA PENAL SUPREMA	N° DE EXPEDIENTES	%
Concedió	49	85.96
Concedido contra lo resuelto por la Sala Superior	1	1.75
Ninguno	7	12.28
Anuló el proceso en que se había concedido	0	0.00
TOTAL	57	100.00

TABLA N° 23

ATESTADOO POLICIAL HUB O PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	0	0.00
No	57	100.00
Otros	0	0.00
TOTAL	57	100.00

TABLA N° 24

INFORME FINAL DEL JUEZ HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	0	0.00
No	23	40.35
Otros	34	59.65
TOTAL	57	100.00

TABLA N° 25

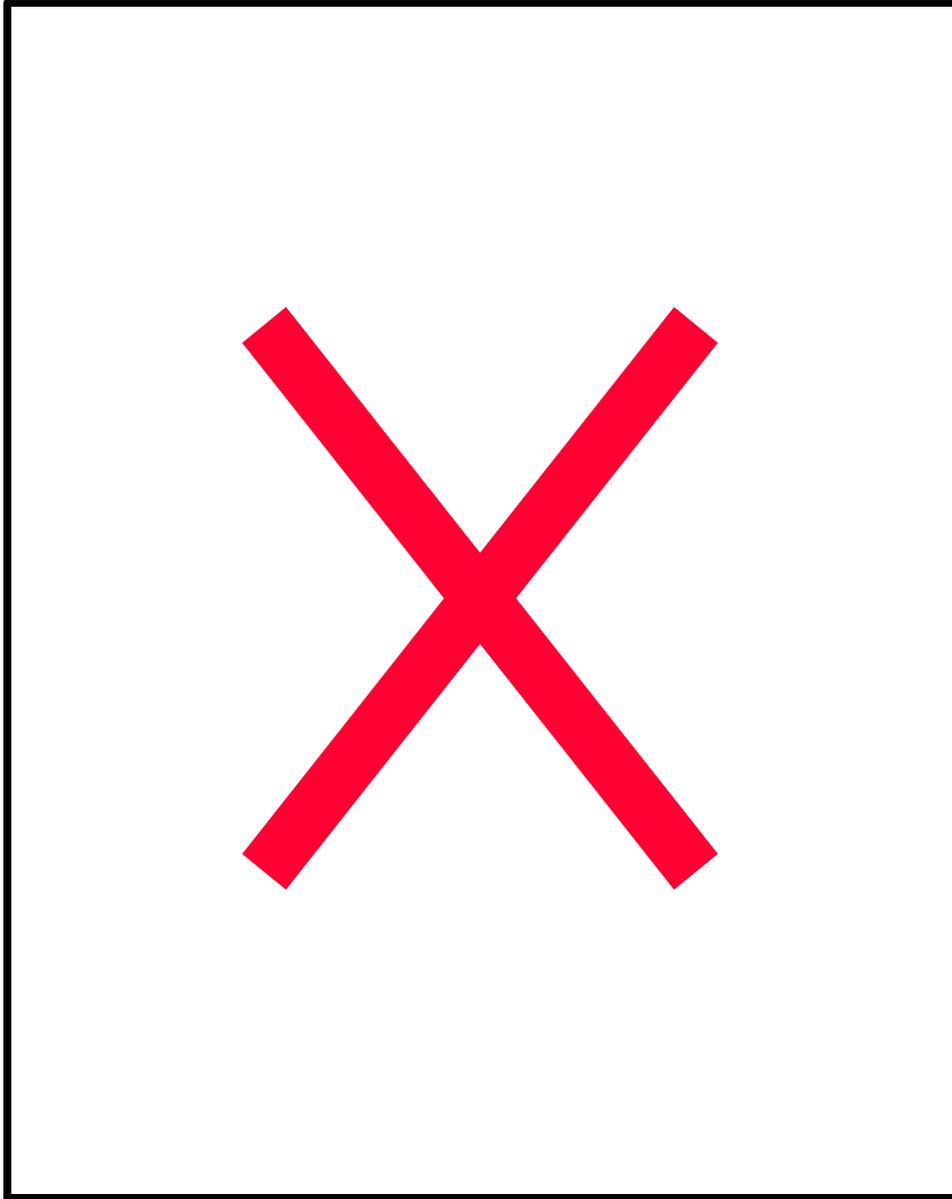
ACUSACIÓN FISCAL HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	0	0.00
No	31	54.39
Otros	26	45.61
TOTAL	57	100.00

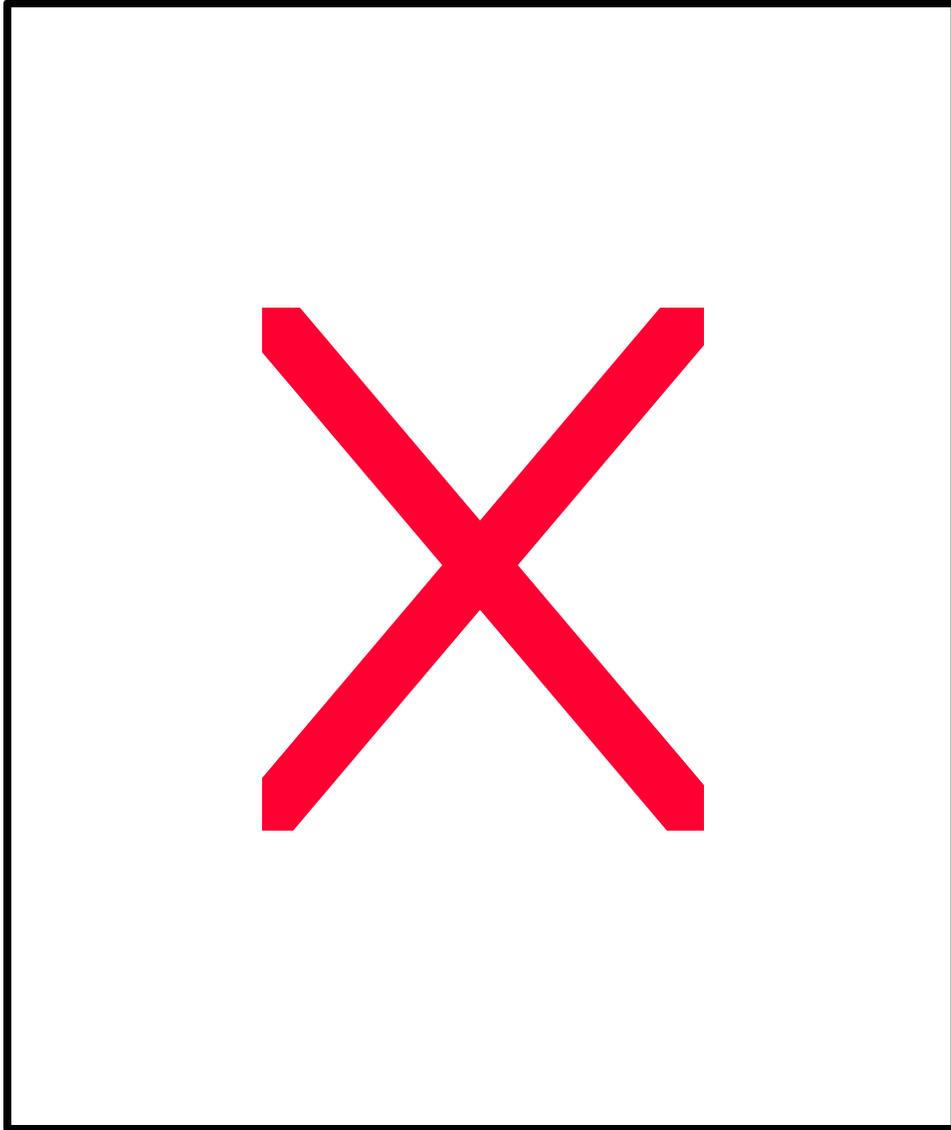
TABLA N° 26

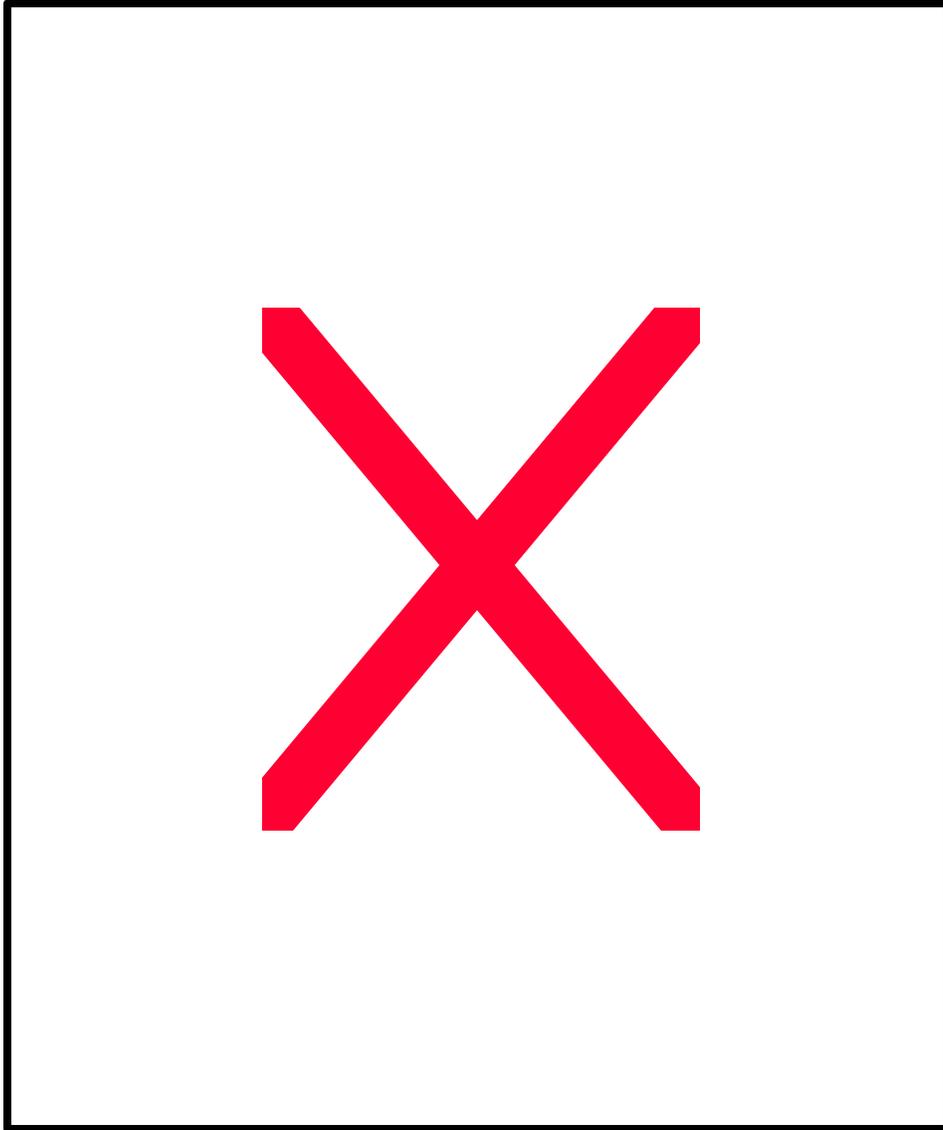
SENTENCIA PENAL HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	0	0.00
No	40	70.18
Otros	17	29.82
TOTAL	57	100.00

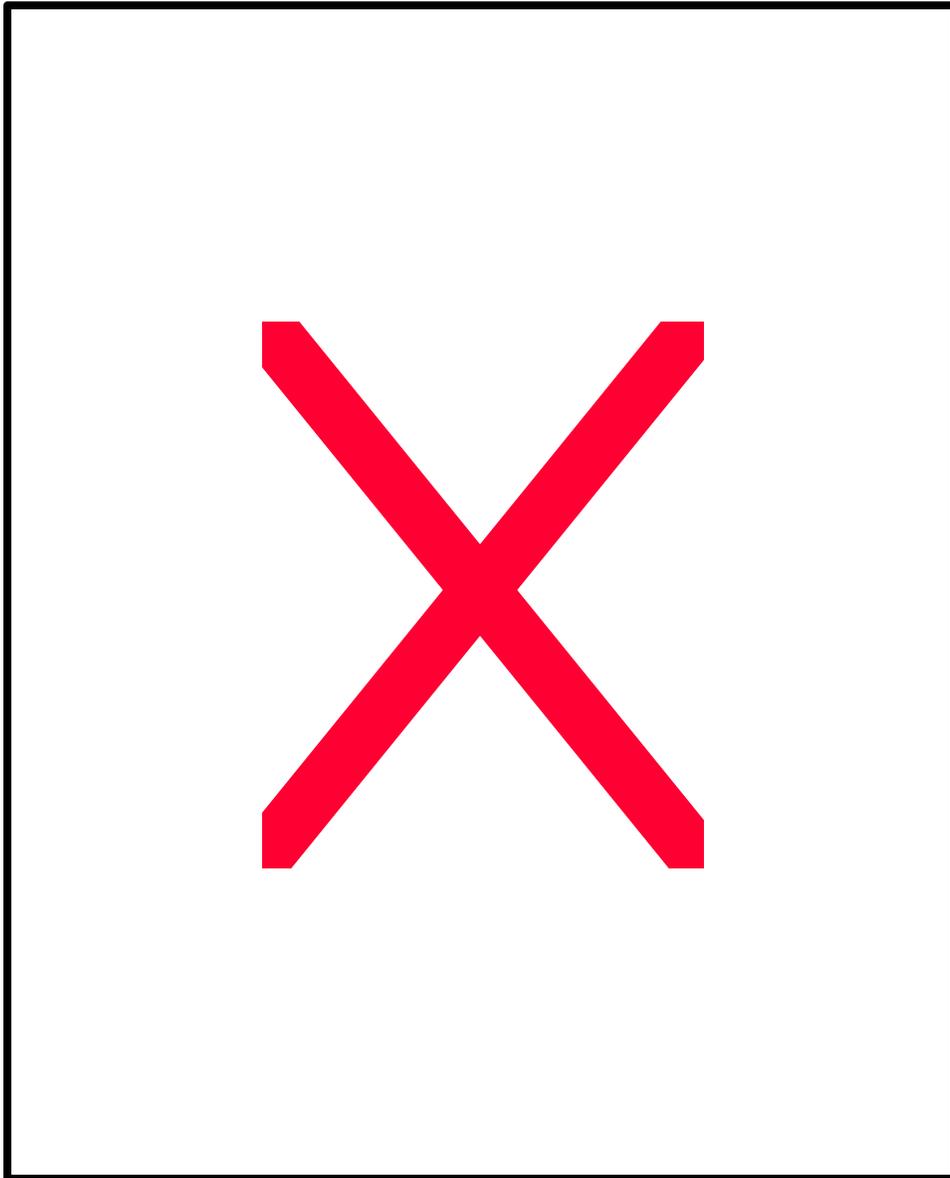
TABLA N° 27

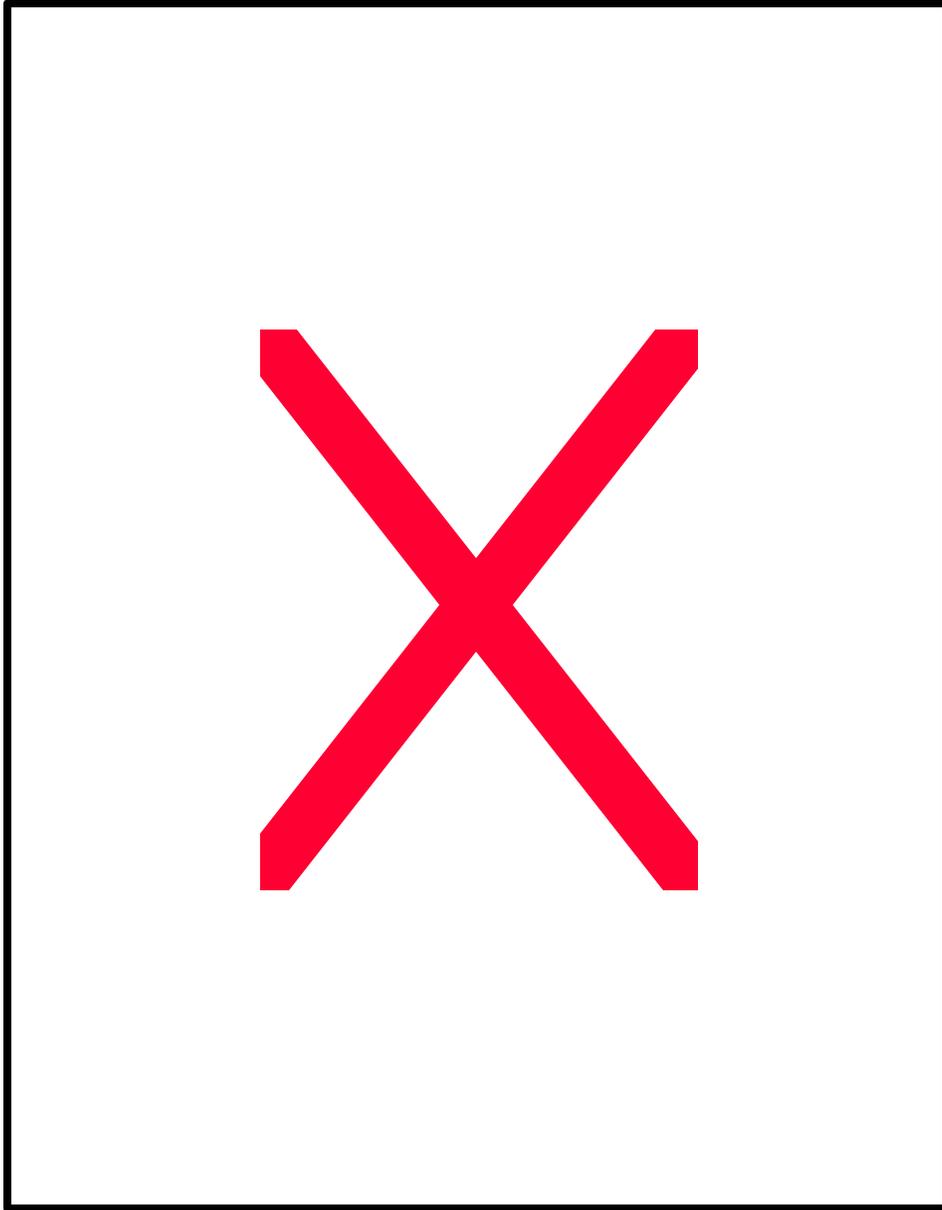
RESOLUCIÓN DE NULIDAD HUBO PRONUNCIAMIENTO	N° DE EXPEDIENTES	%
Si	0	0.00
No	52	91.23
Ninguno	5	8.77
Otros	0	0.00
TOTAL	57	100.00

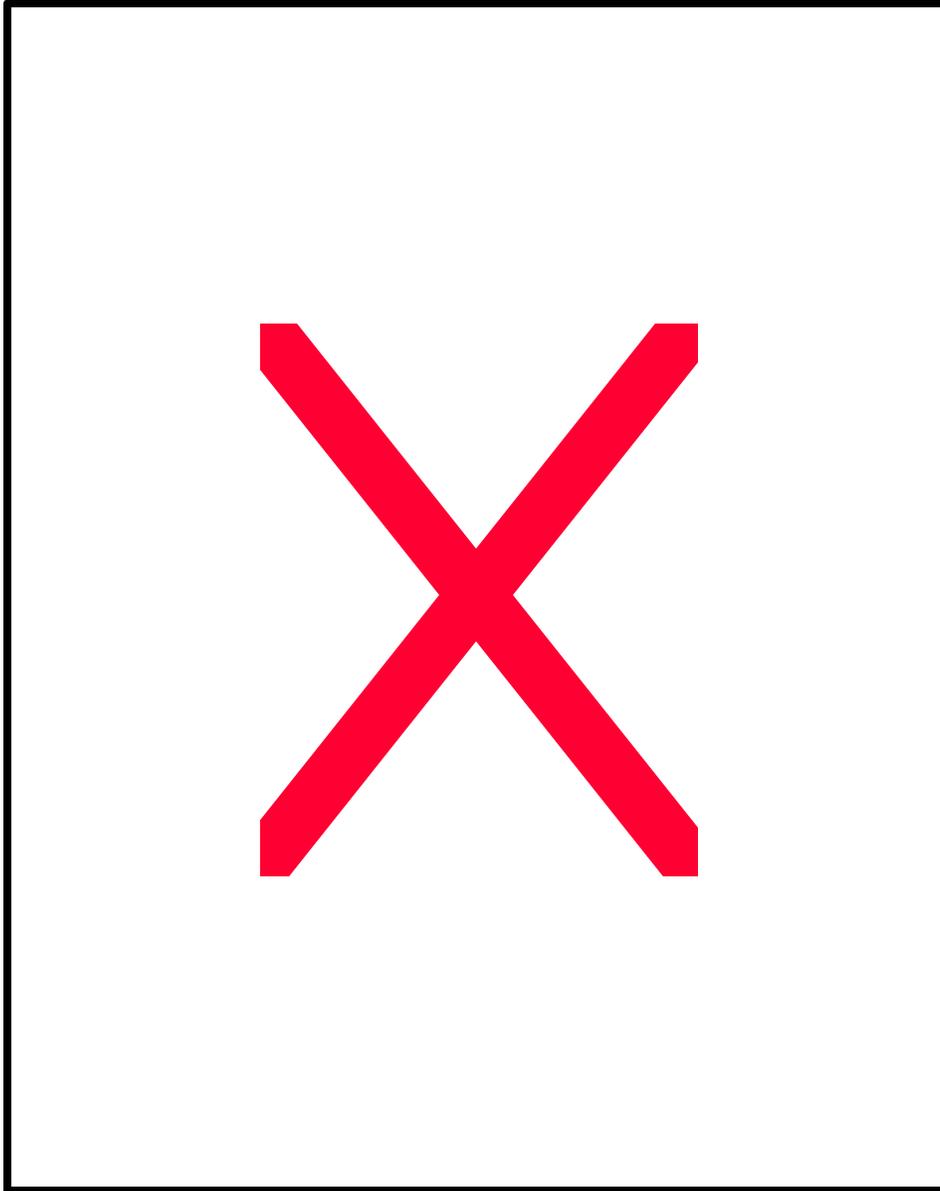


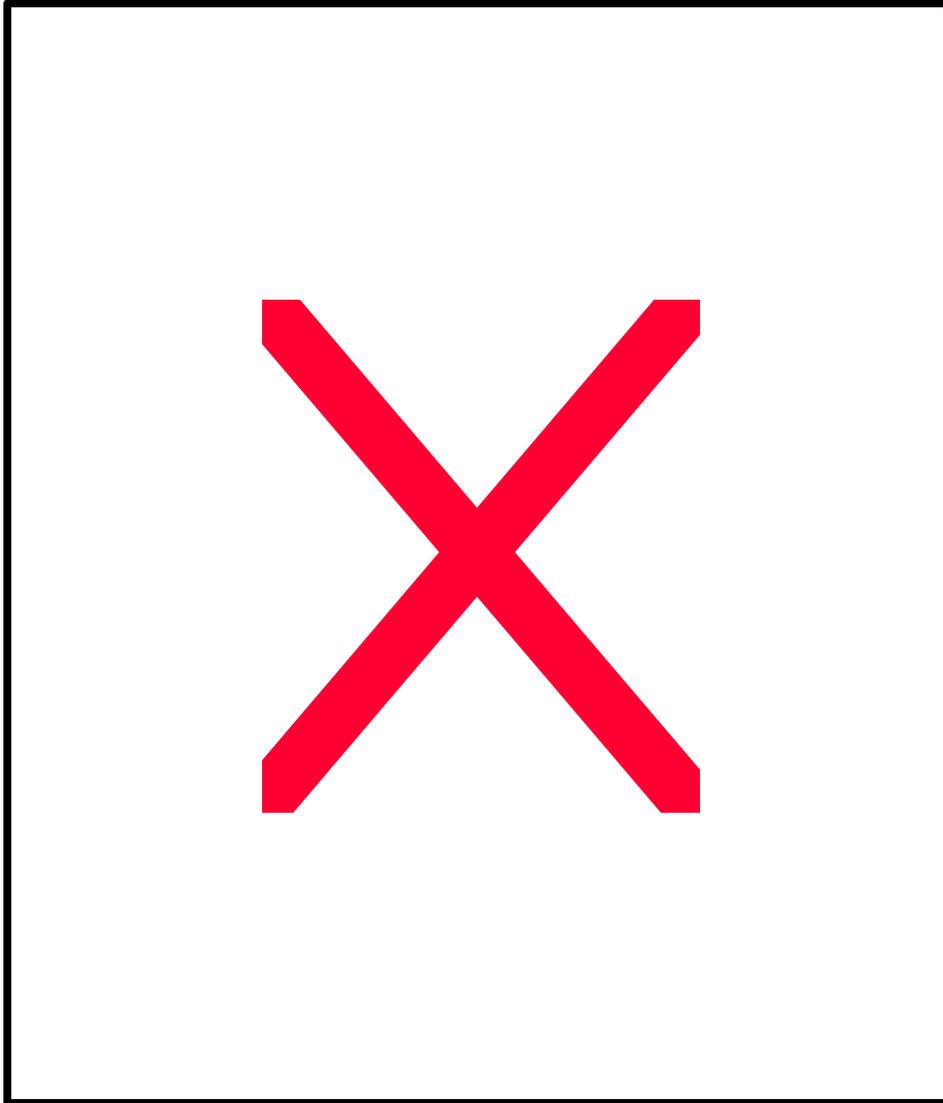


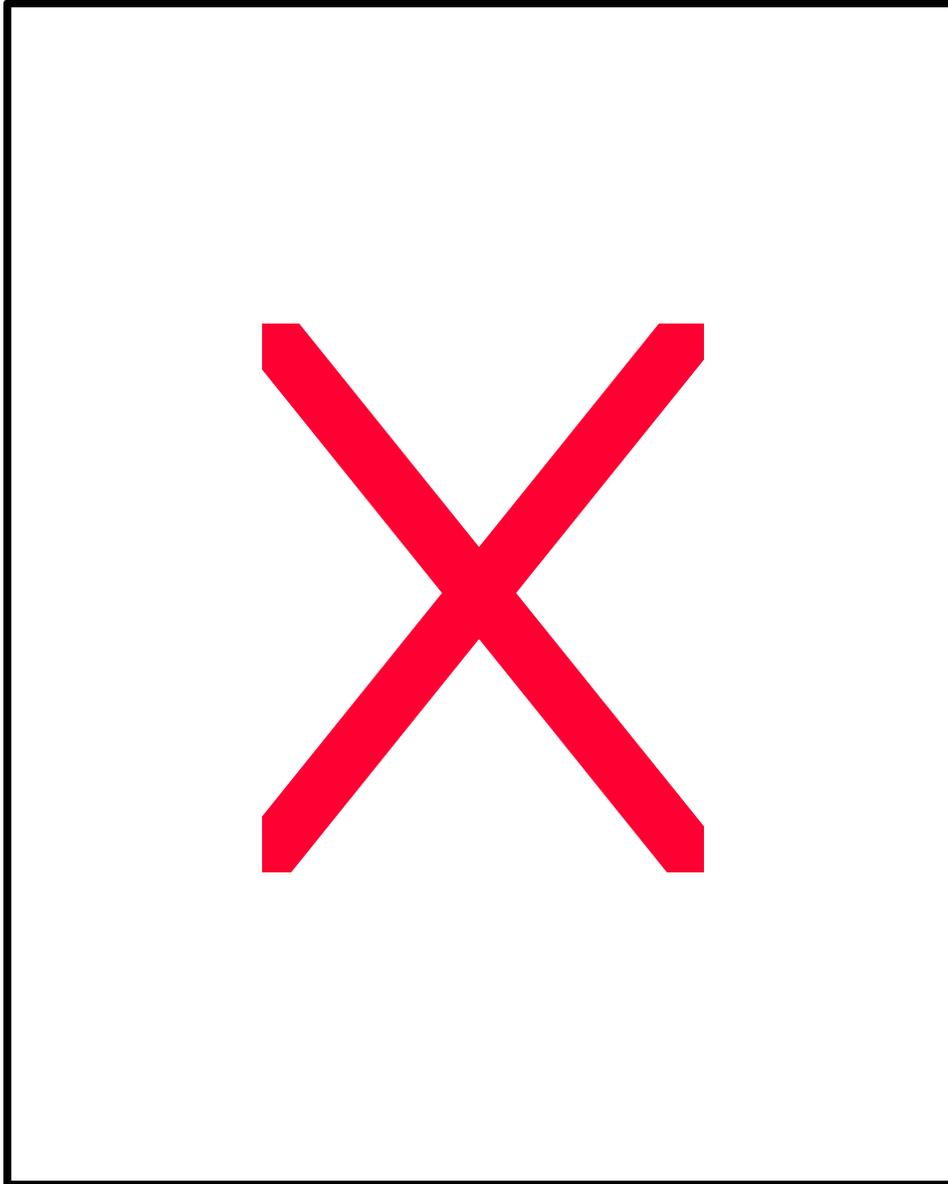


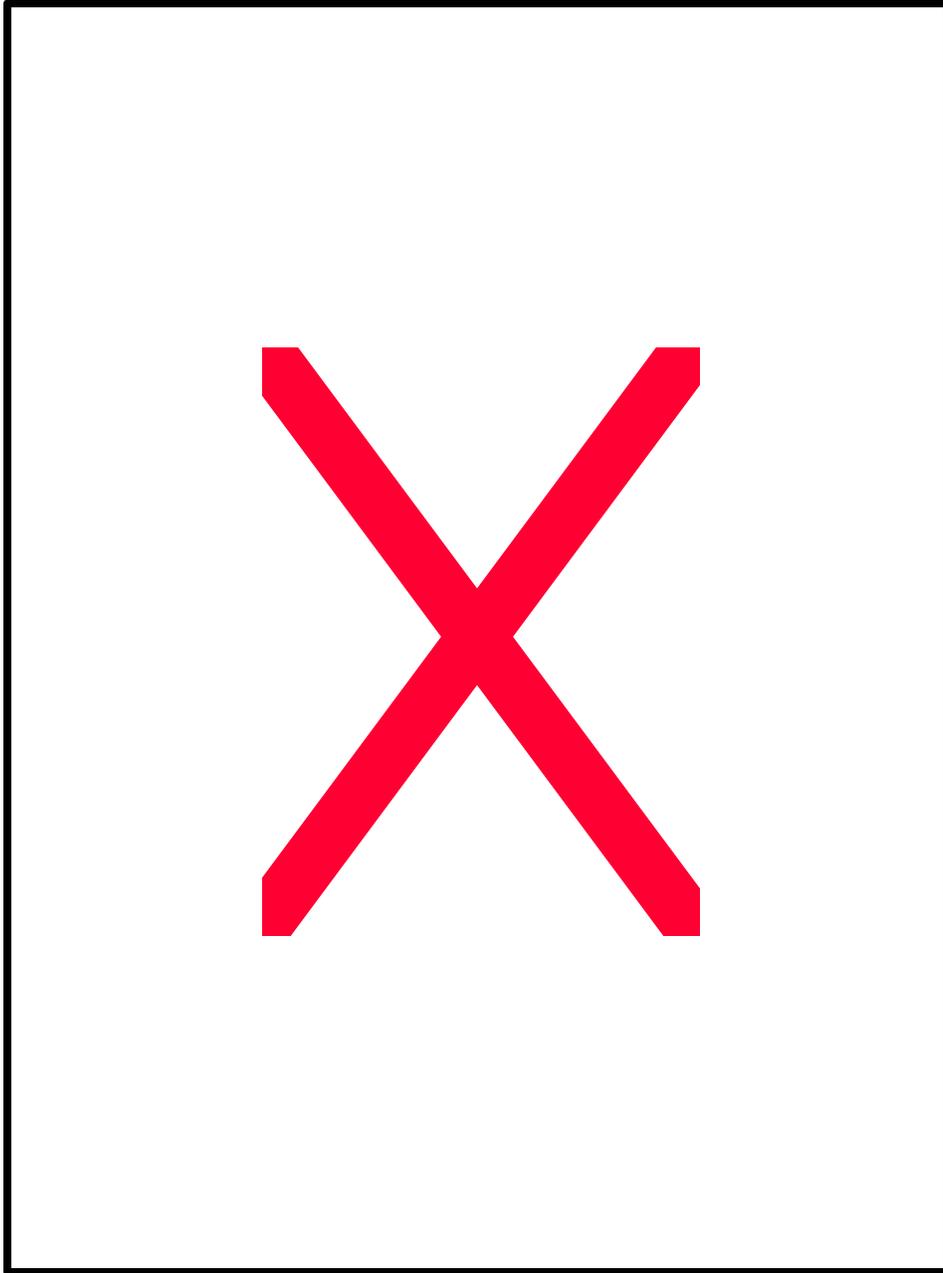


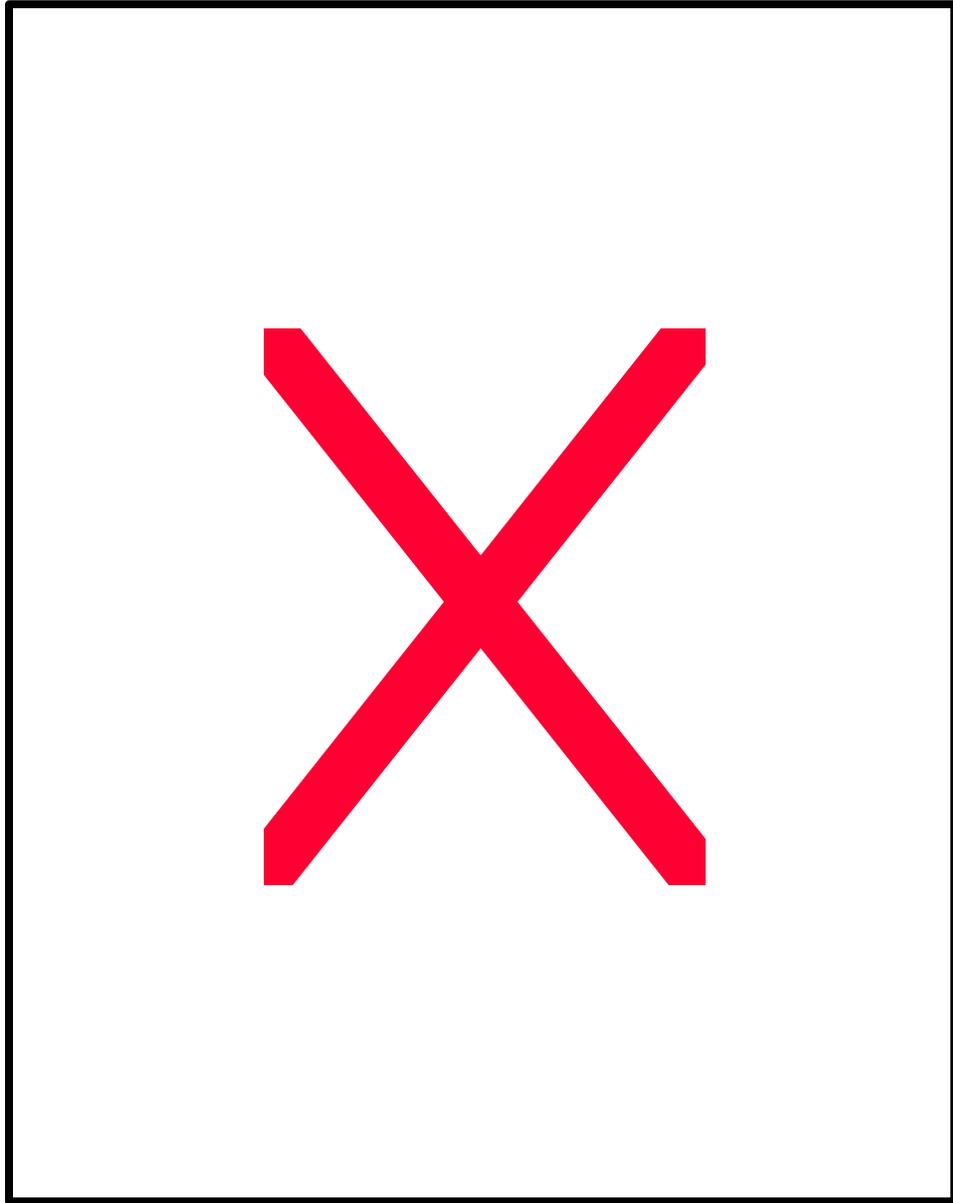


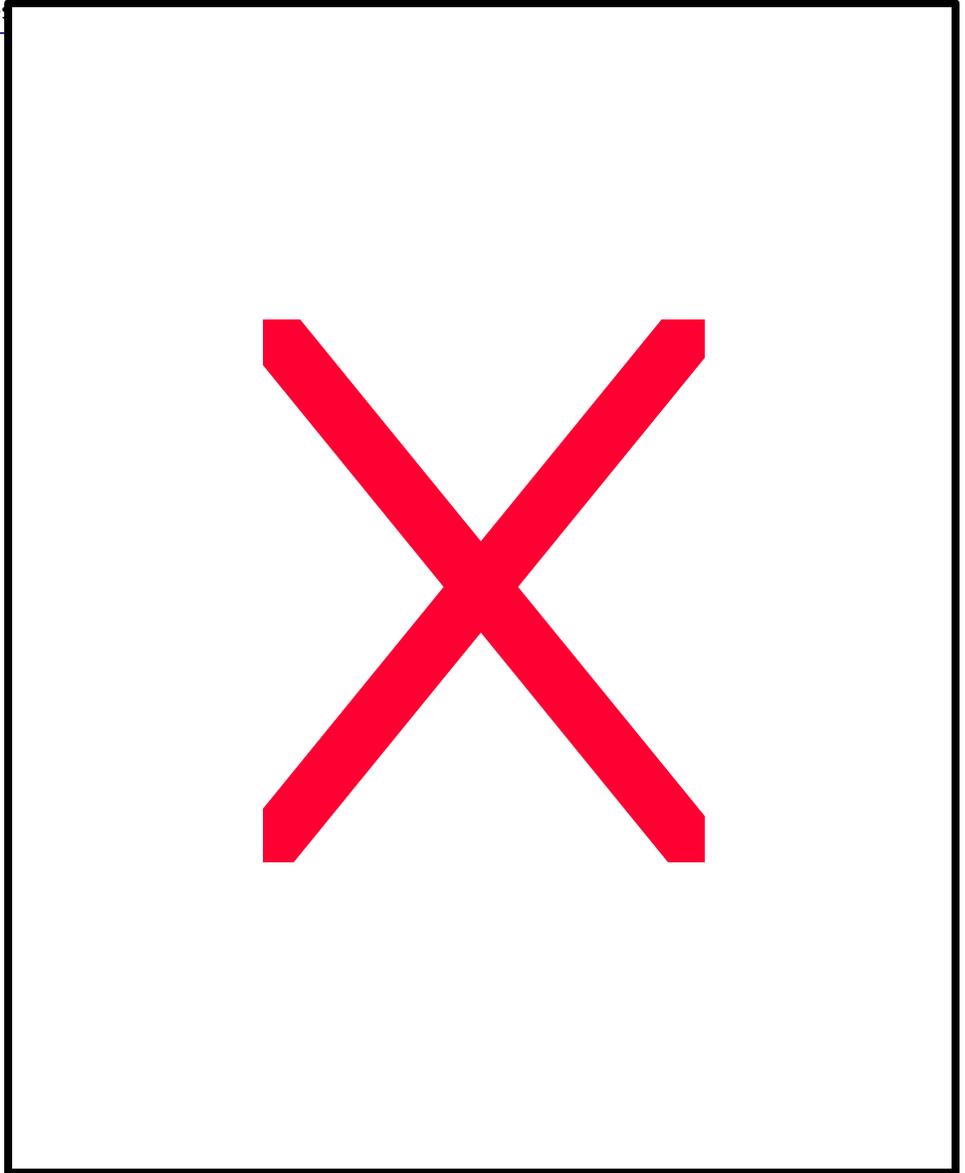


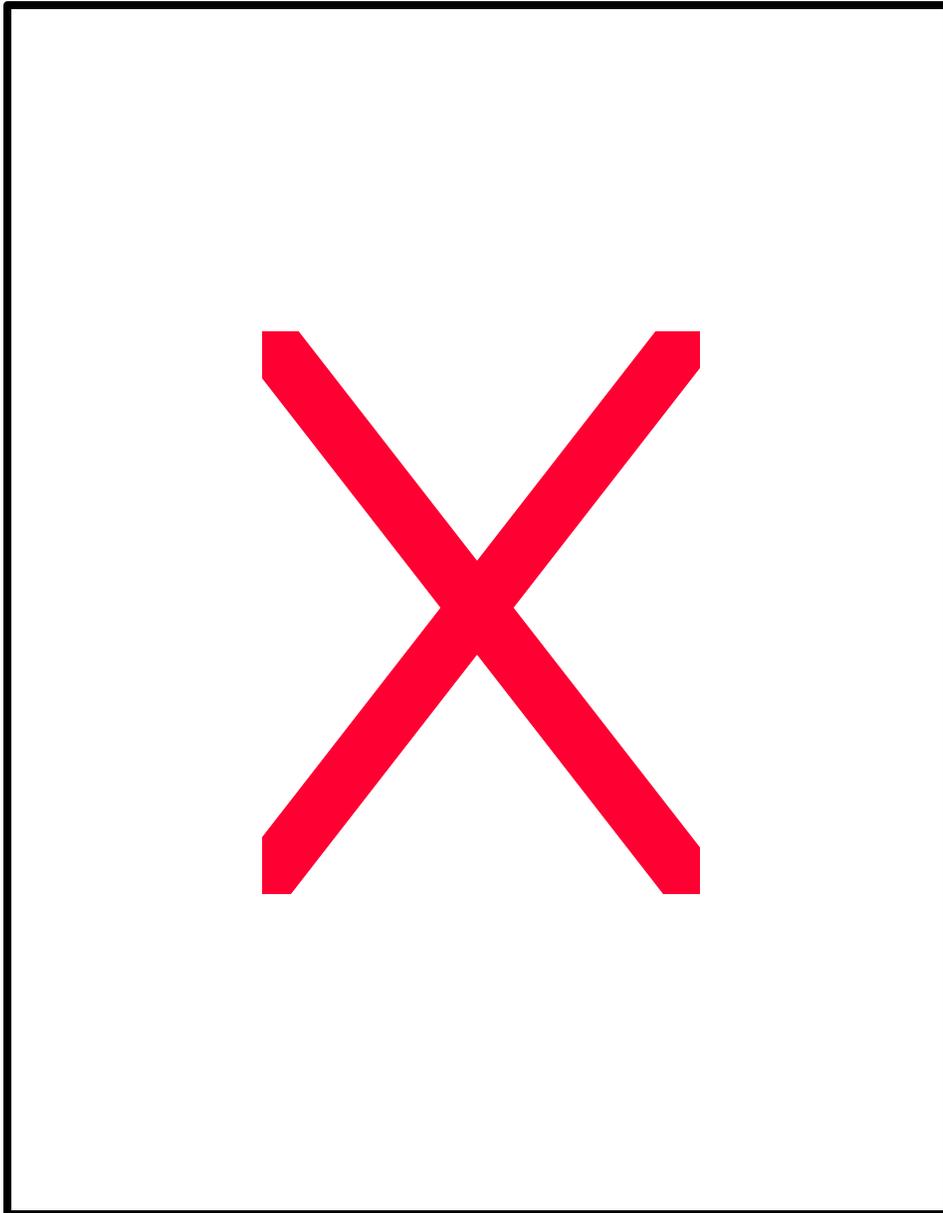


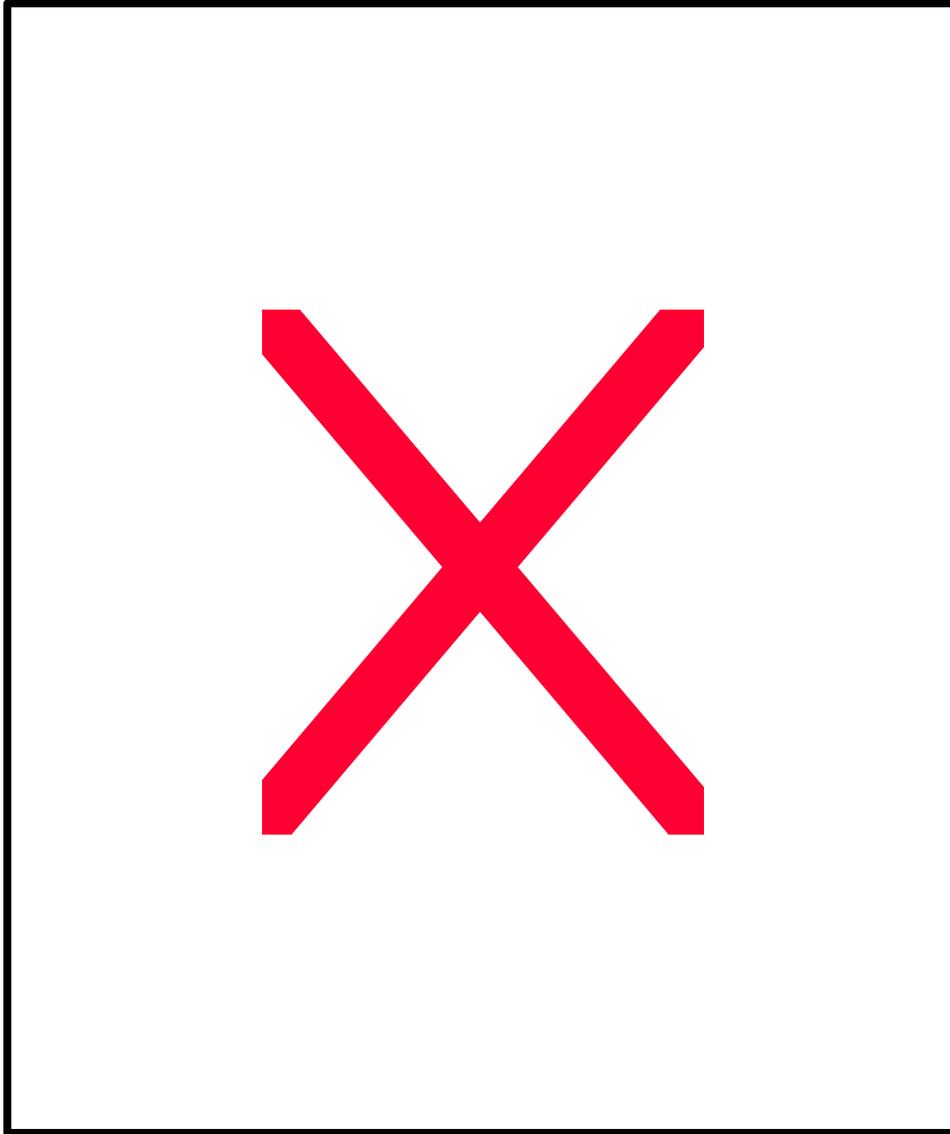


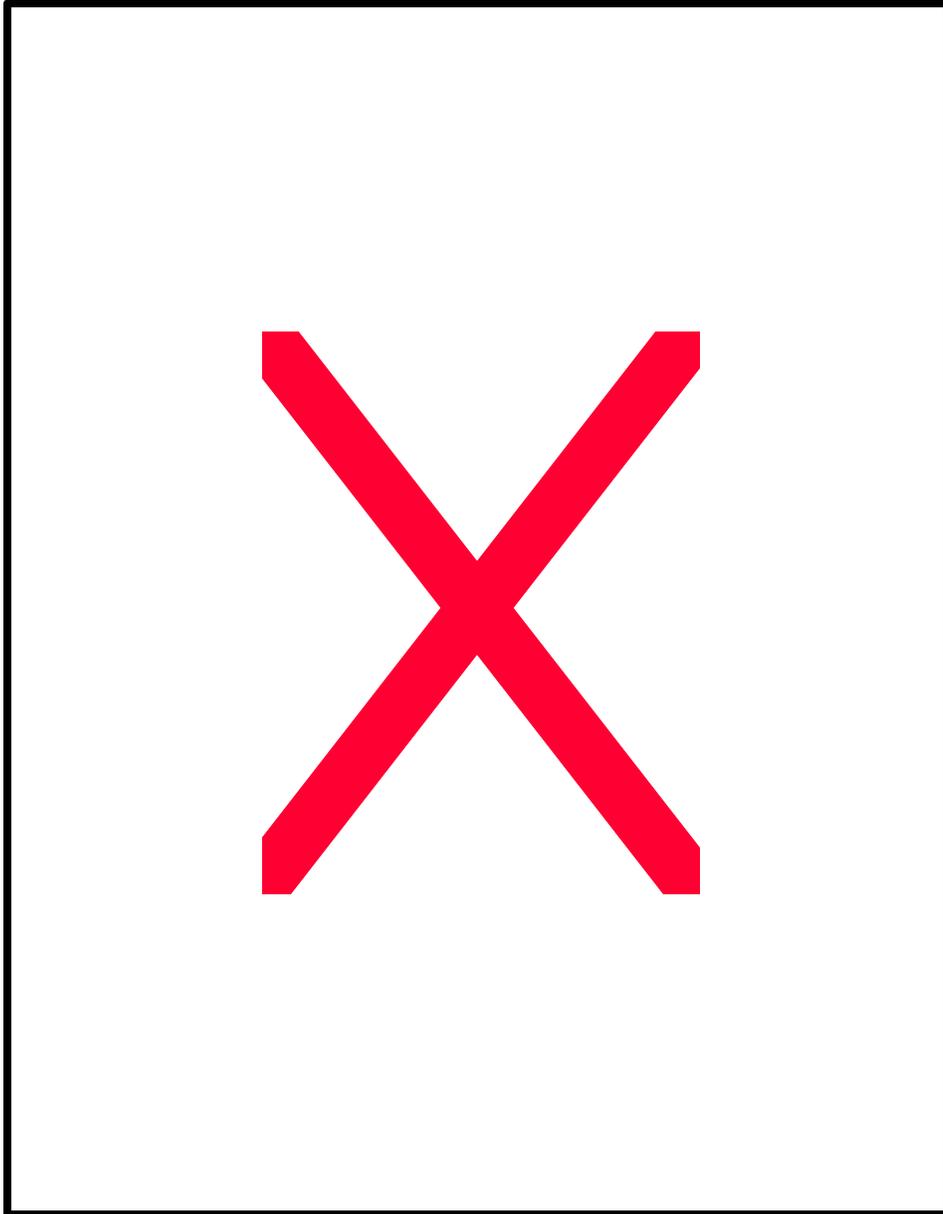


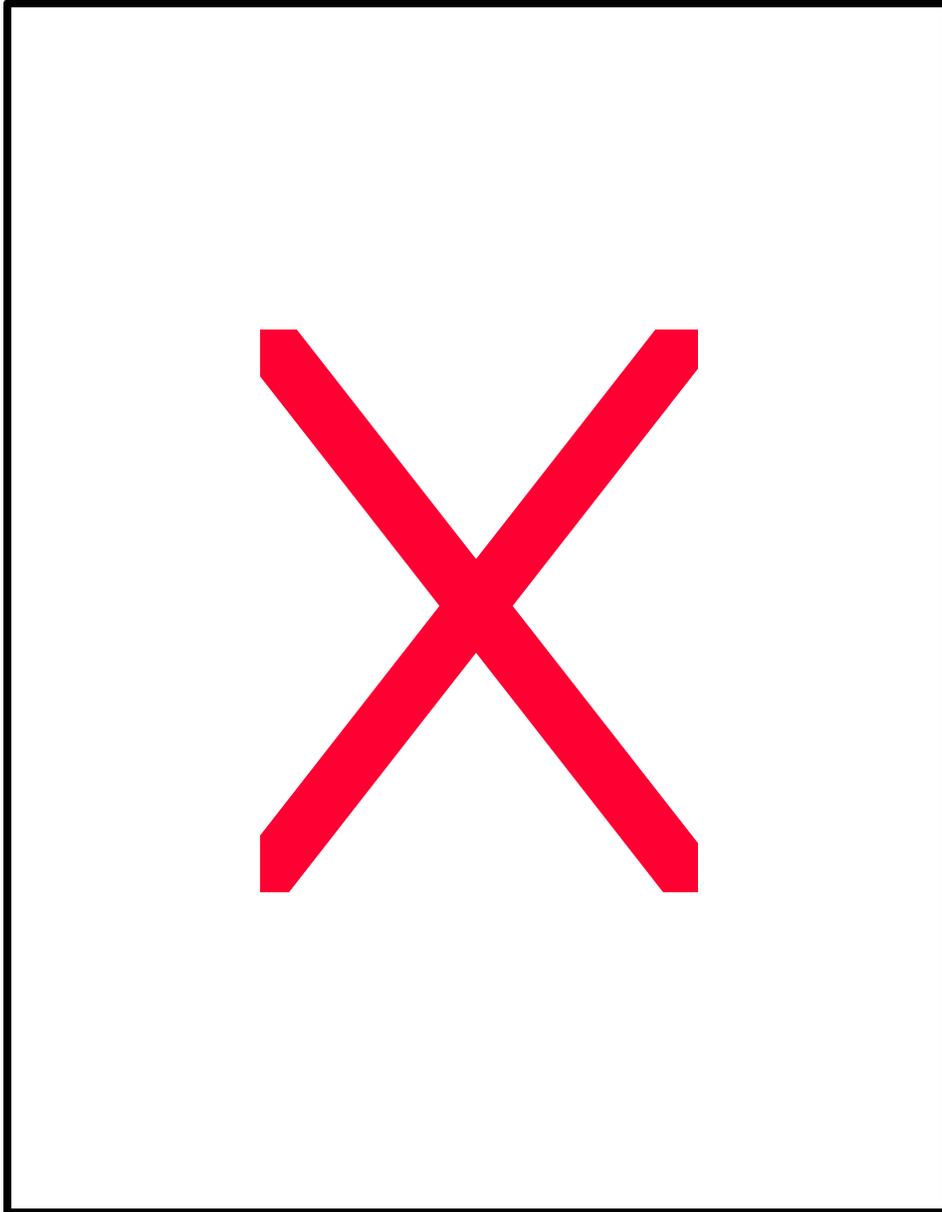


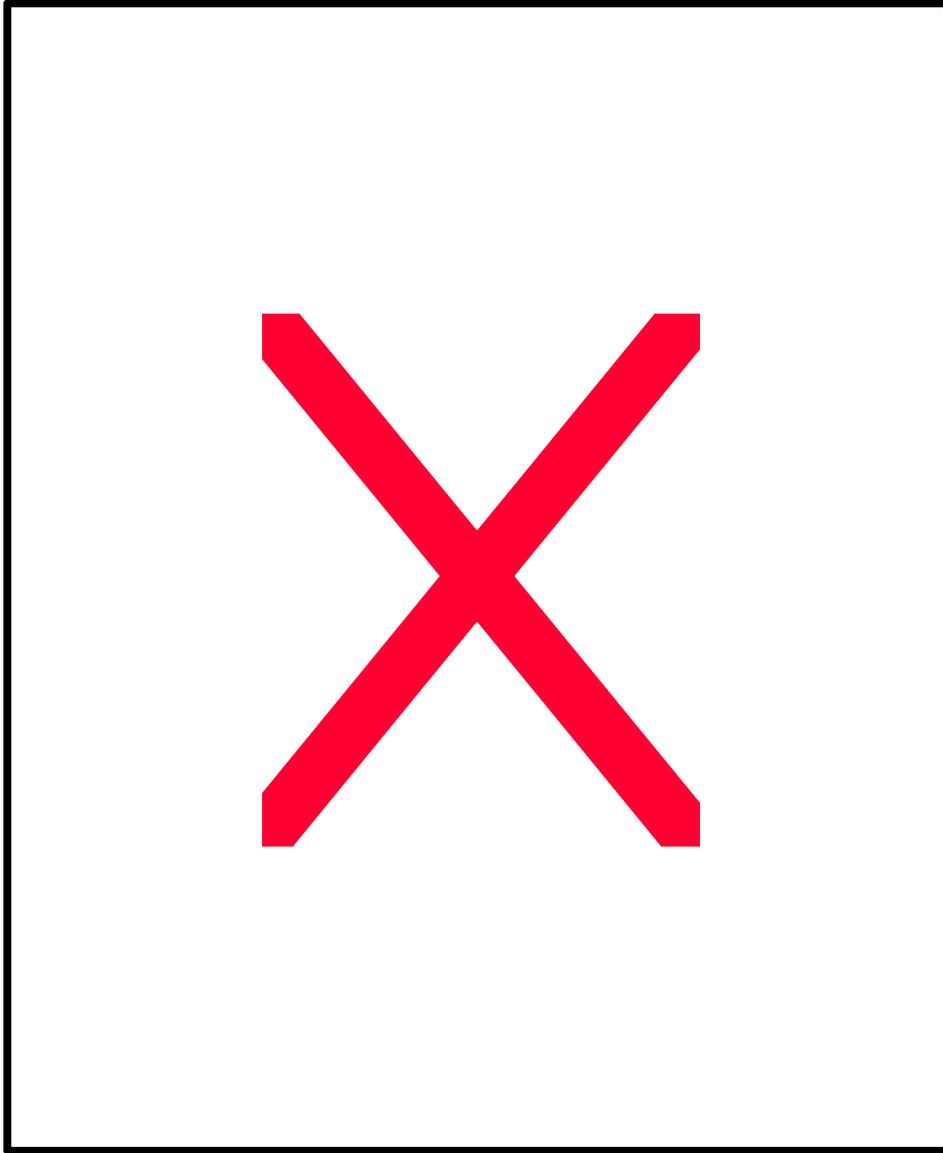


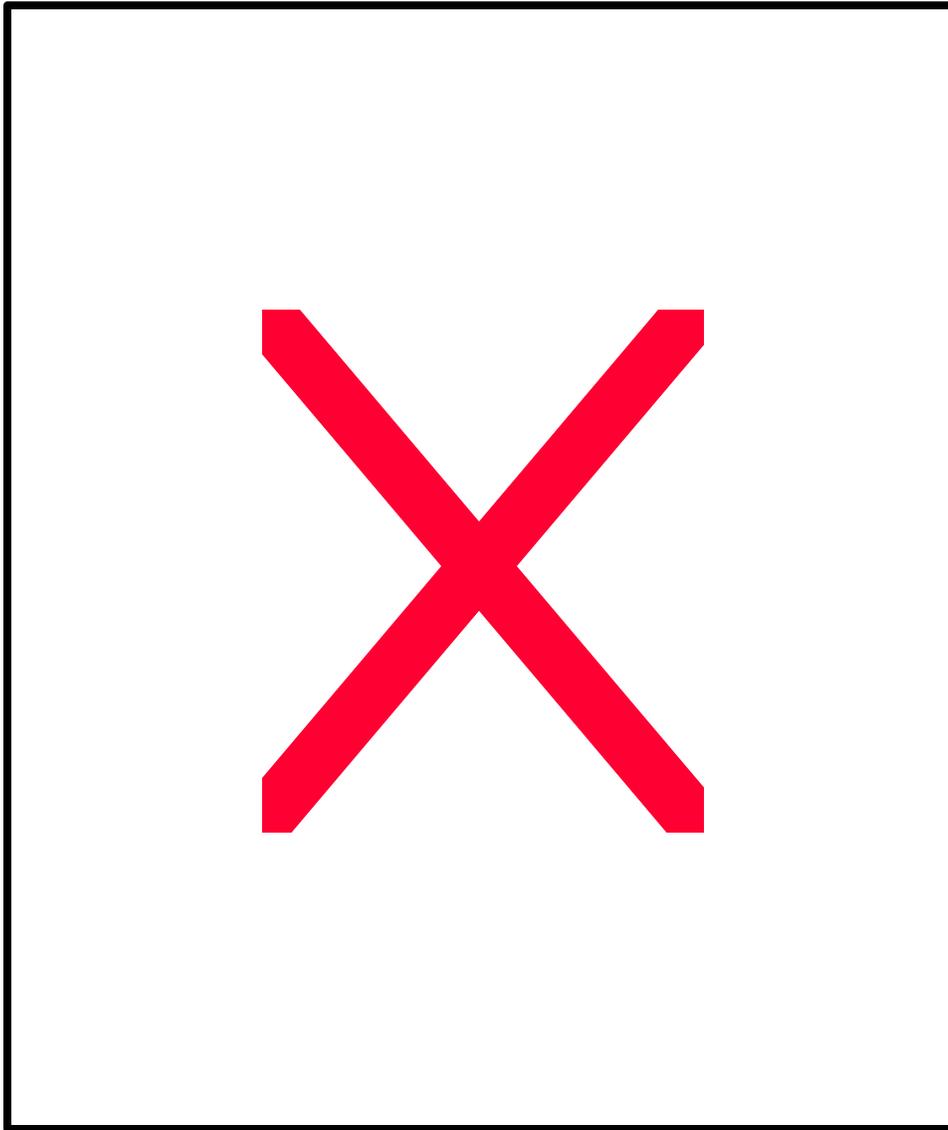


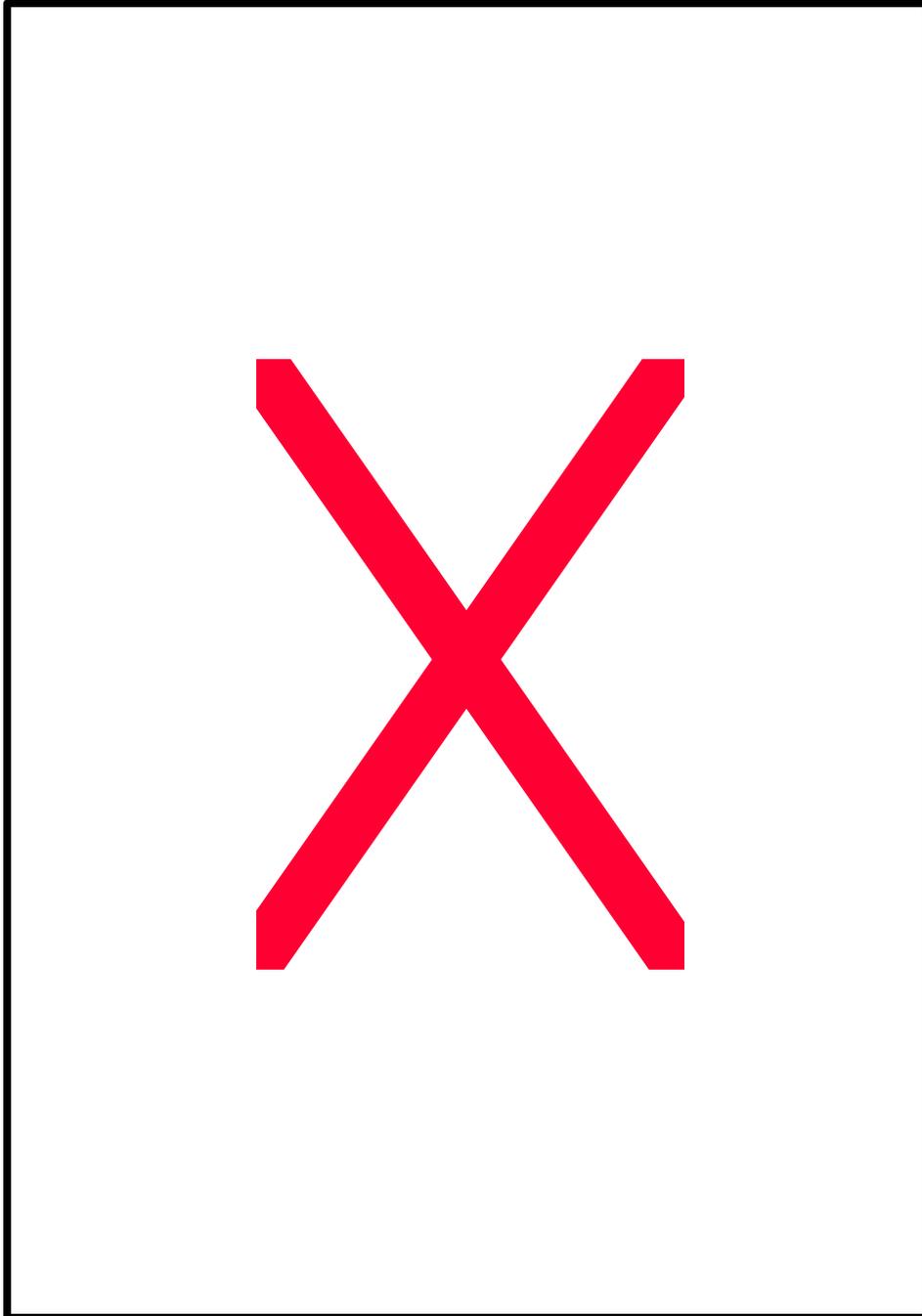


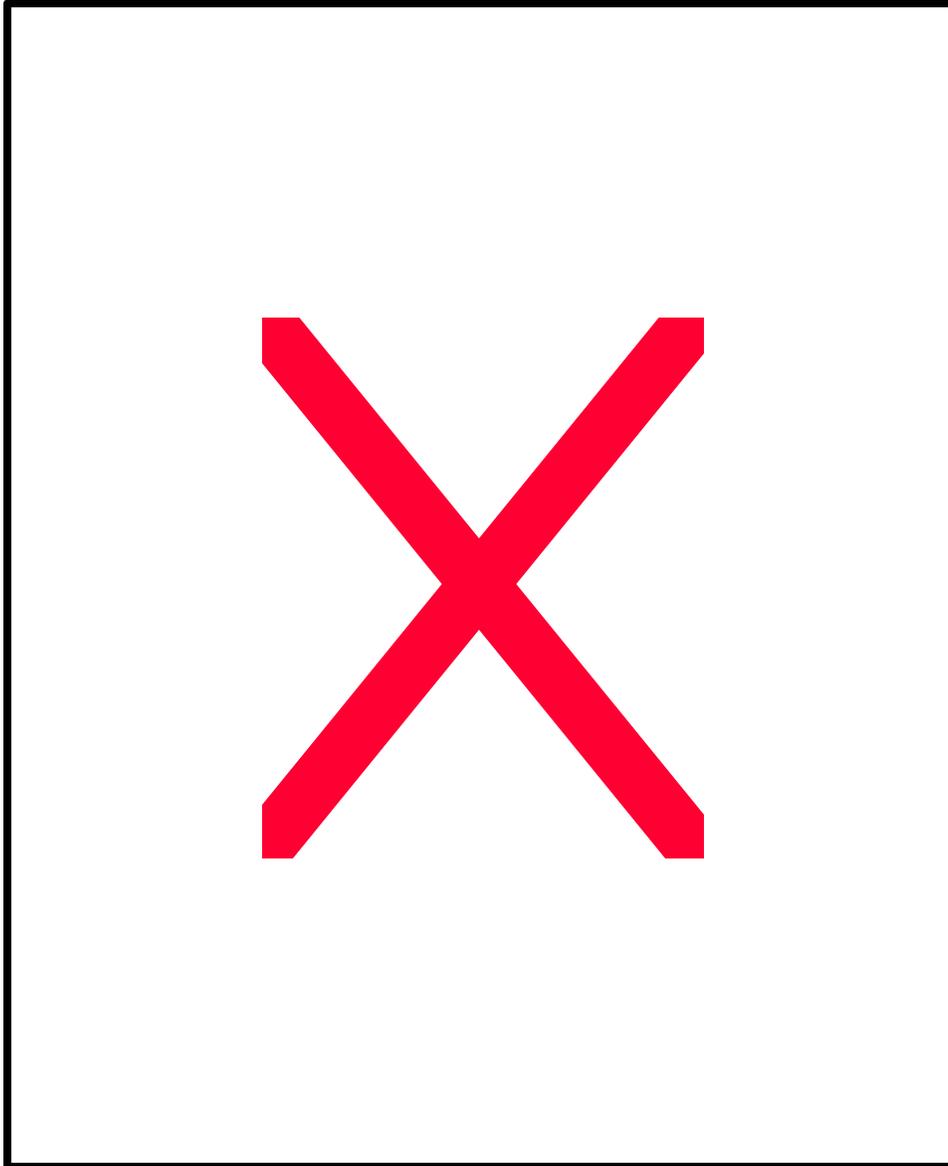


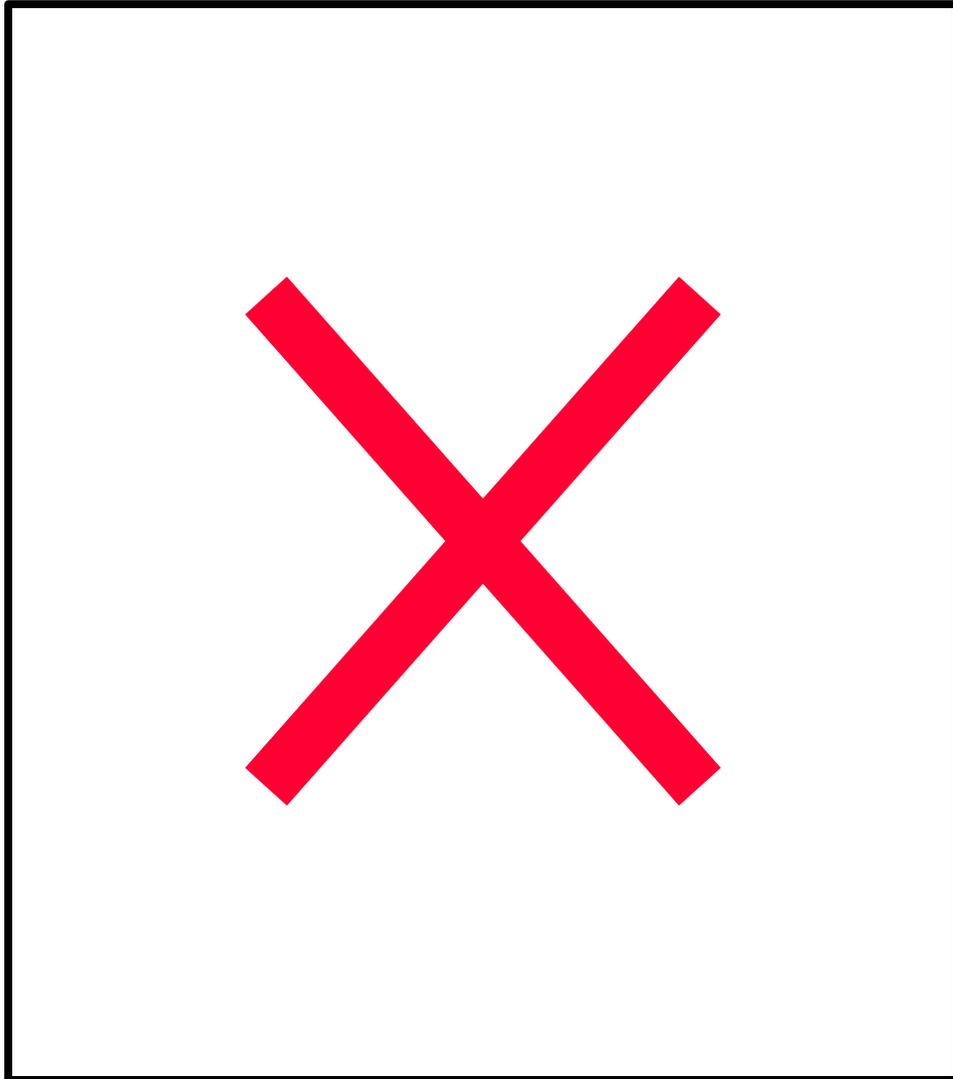


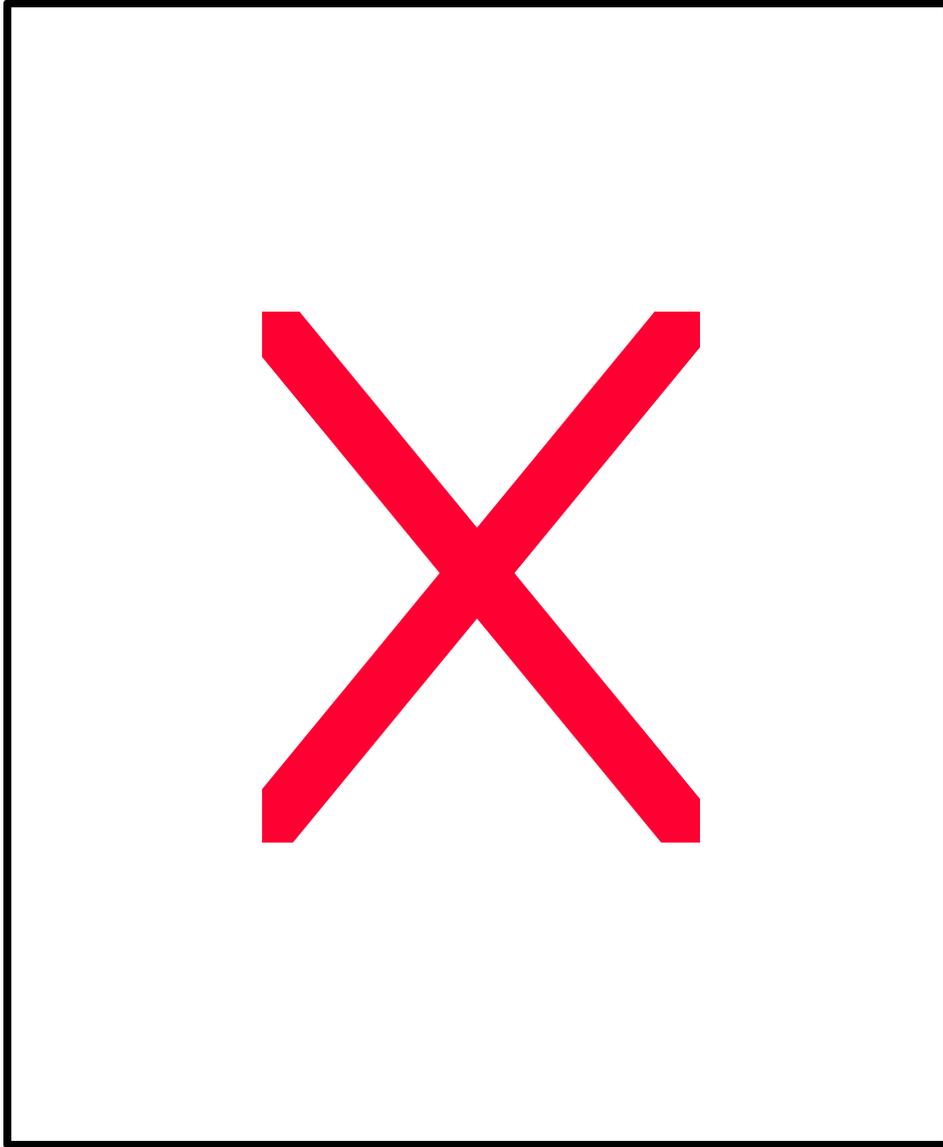


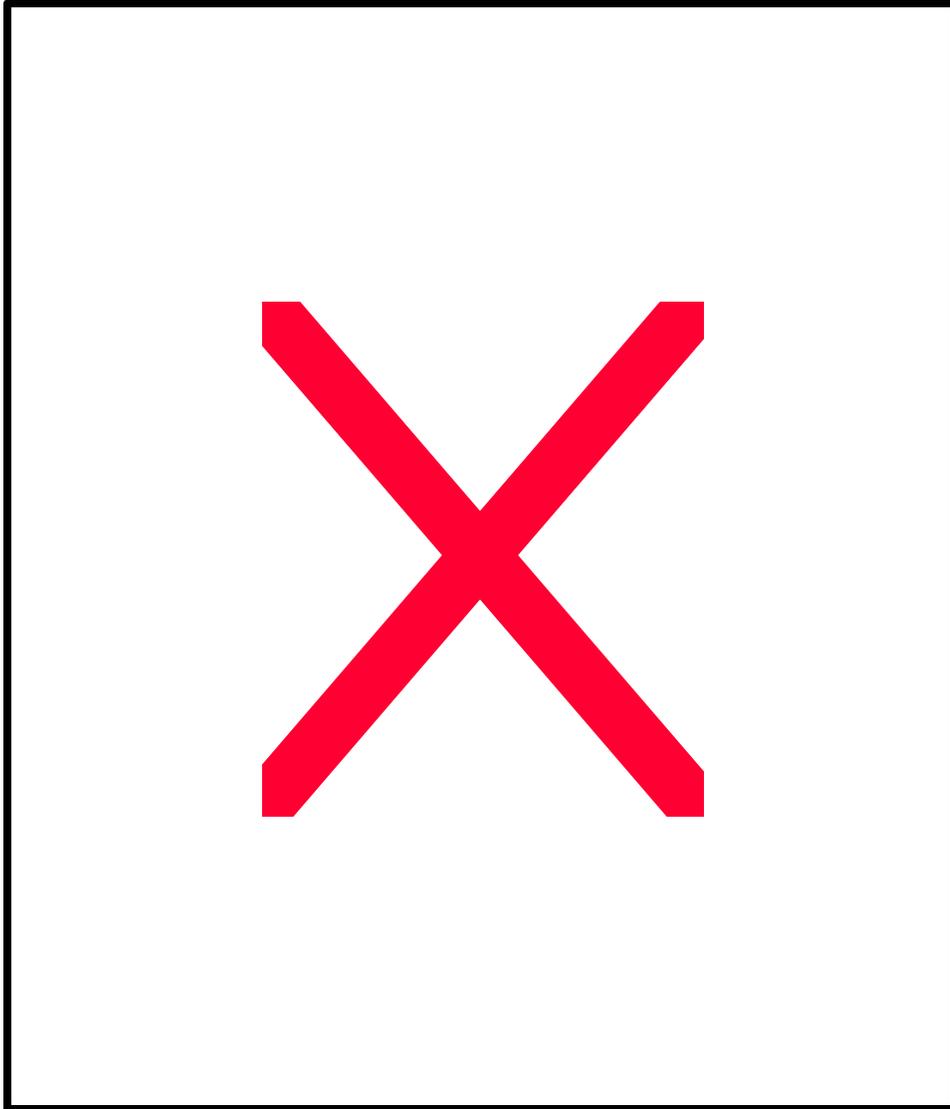


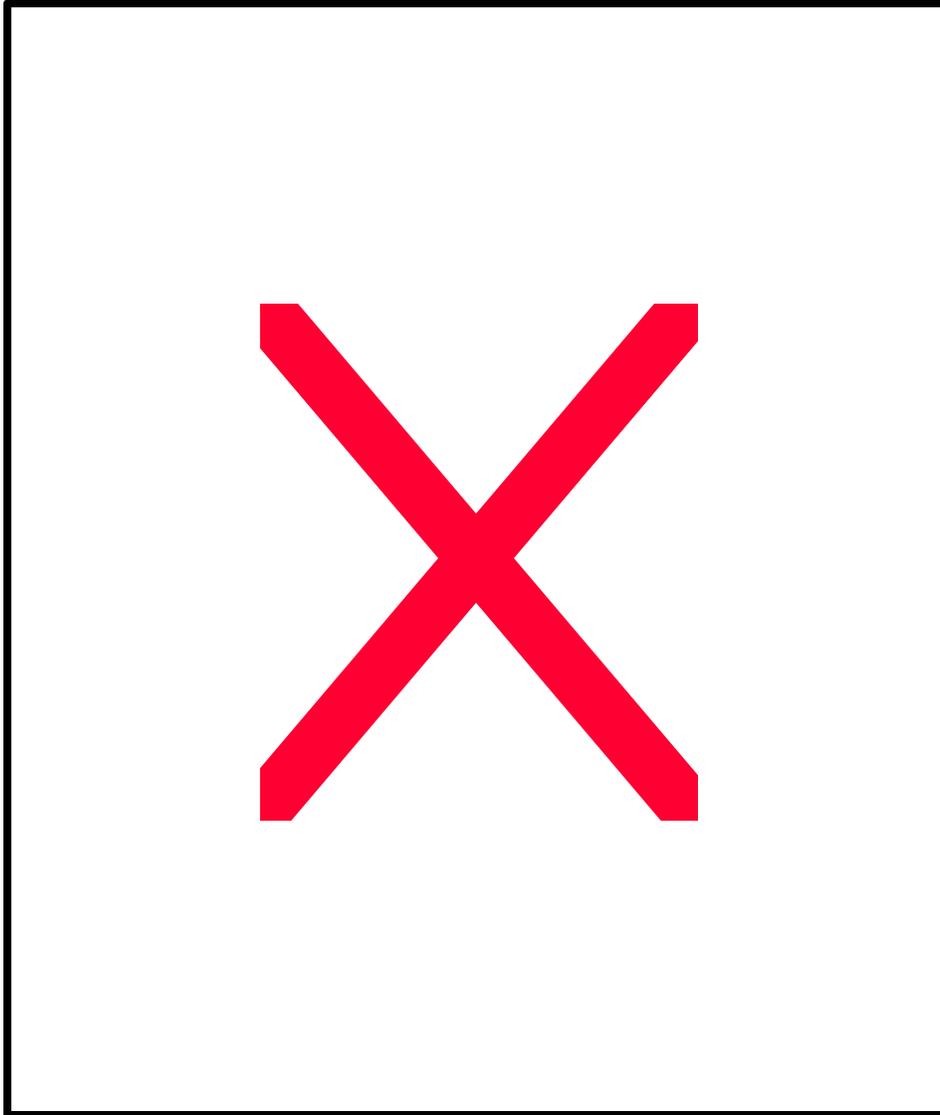


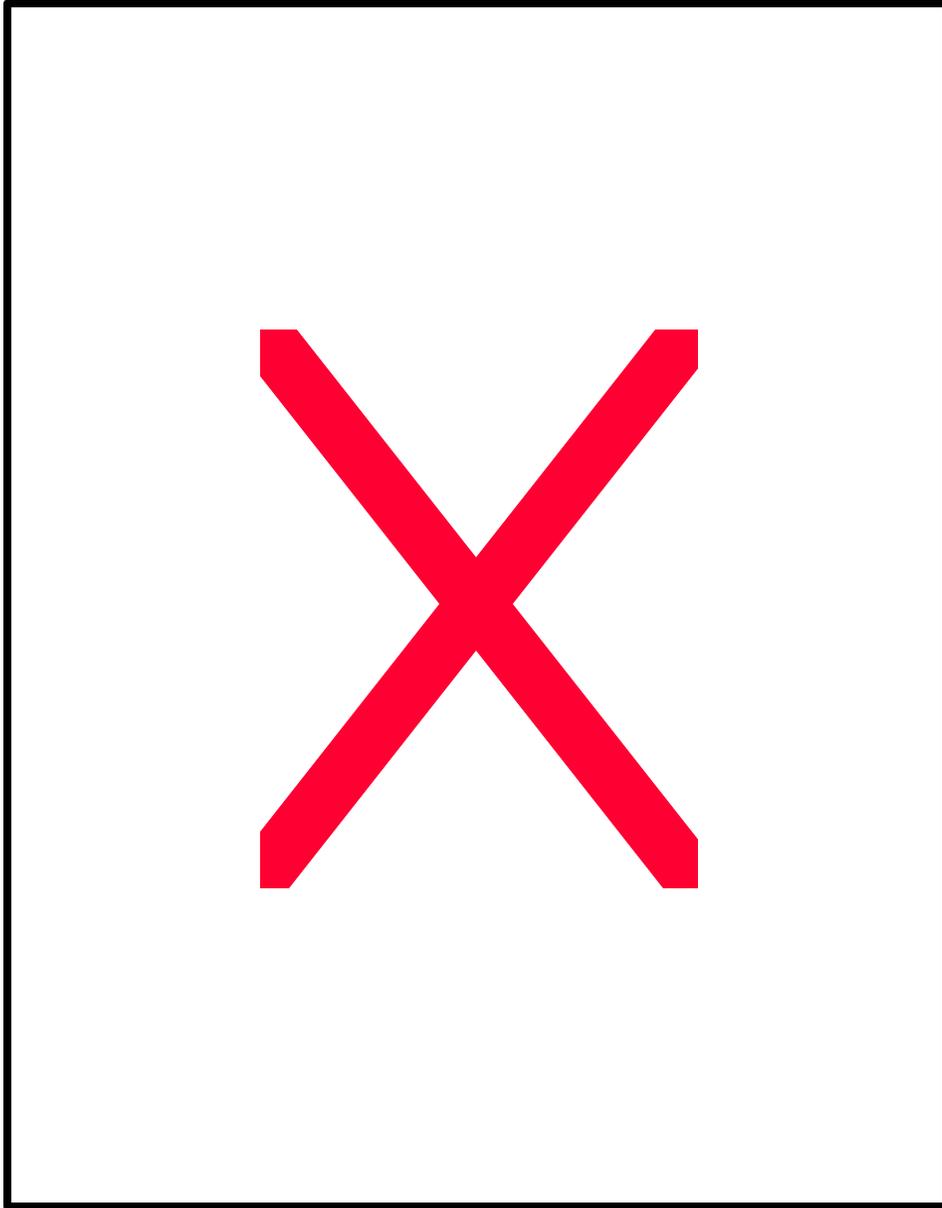


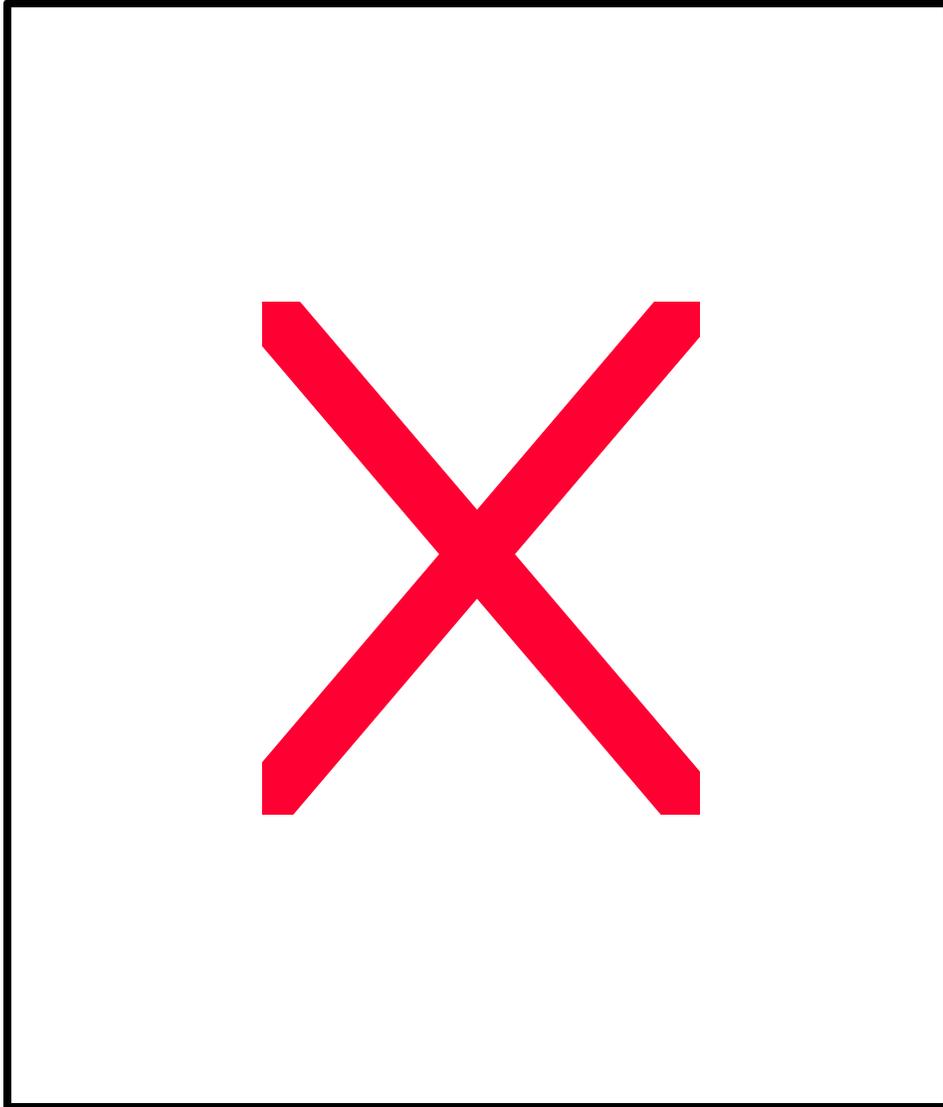


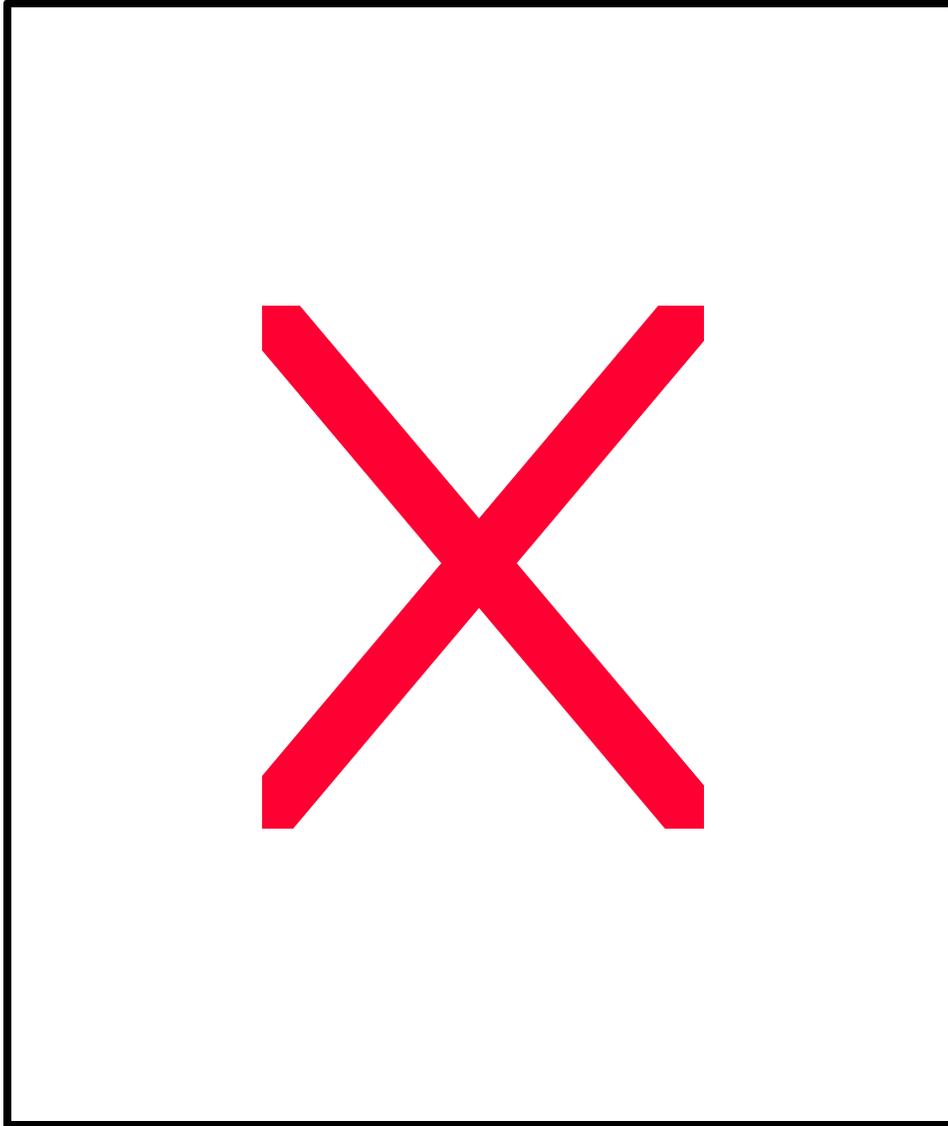


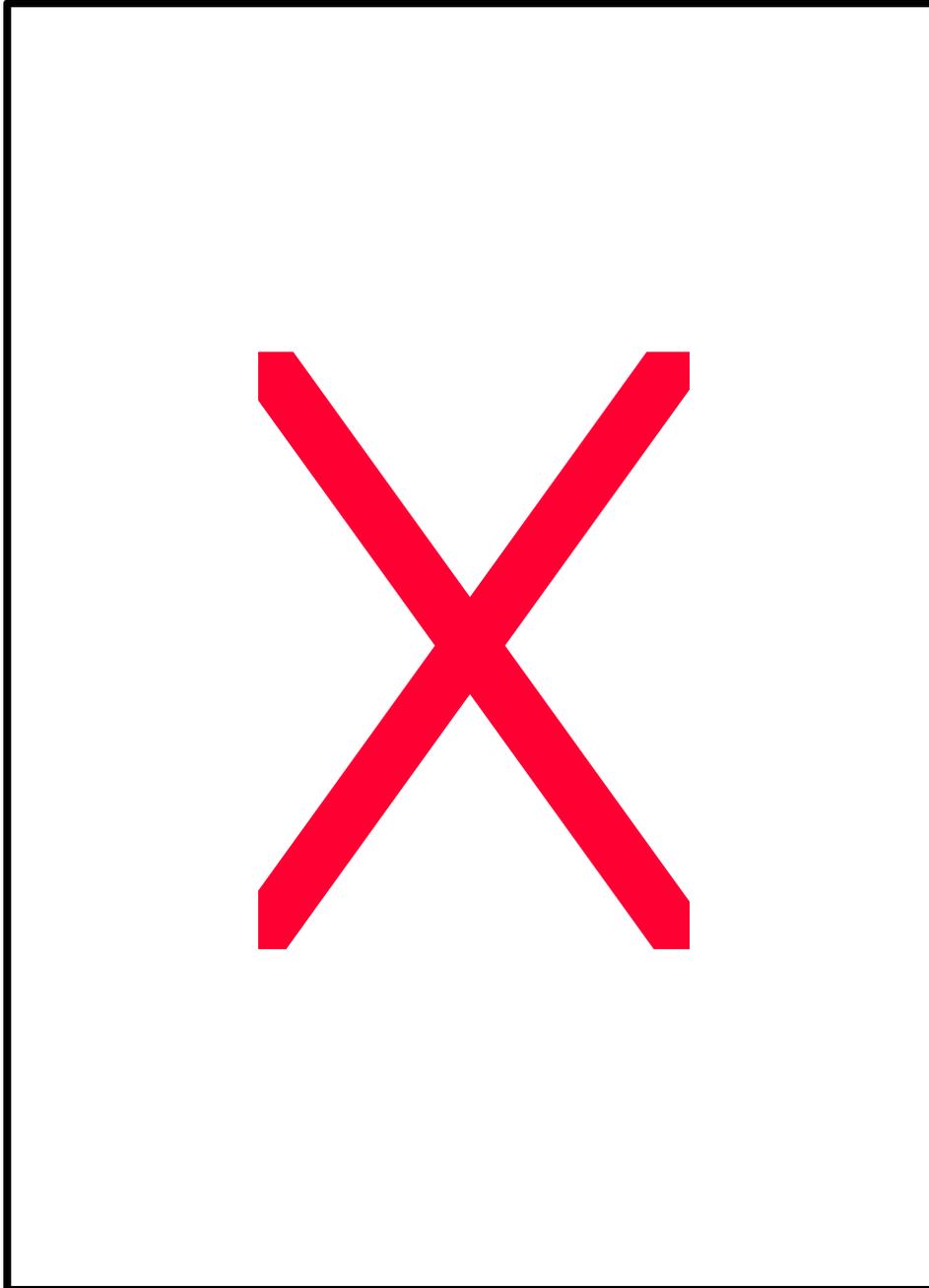












CONCLUSIONES

PRIMERA.- El fundamento de la eximente se sustenta en las teorías de la pena, que no solamente deben fundamentar la legitimación de la pena, sino también la justificación de su reverso, esto es la exención de la pena. La que no debe ubicarse como tradicionalmente se hace en la naturaleza jurídica de la eximente sino en las razones filosóficas - morales que además sustentan las consideraciones político - criminales.

SEGUNDA.- Desde una perspectiva utilitarista, la eximente puede fundamentarse a justificar la misma, en aquellos casos en los que la persona causara con su acción delictiva un mal menor, dejando con ello fuera de su ámbito los supuestos de mal igual o mayor, ofreciendo una fundamentación parcial de la eximente.

La fundamentación del miedo insuperable basada en el principio de efectividad de la pena no llega a mayores resultados, debido a las particulares circunstancias en que se inscribe su actuación, sería inmotivable por la pena, y por tanto el castigo sería inefectivo para la consecución de fines preventivo - generales.

TERCERA.- La eximente de miedo insuperable no es una cuestión de maximización de la felicidad utilidad colectiva, ni tampoco un problema de efectividad o inefectividad de la pena como mecanismo

de prevención general de los delitos. El miedo insuperable plantea una cuestión de justicia, esto es, de reconocimiento de una causa de exención de la pena por motivos distintos a la utilidad común y ligados así con el respeto de los derechos individuales. Por ello, el fundamento de esta eximente debe situarse en el marco de una doctrina de justificación que proclame como un principio inquebrantable, y no sujeto al juego del cálculo de utilidades, la exigencia de responsabilidad individual (esto es, el principio de culpabilidad) para imponer sanción penal a un ciudadano. Ello puede predicarse tanto de una doctrina del merecimiento (retribucionista) como una doctrina mixta de justificación del derecho penal.

CUARTA.- El contenido de responsabilidad individual o culpabilidad se ha construido a partir de las ideas de voluntariedad o libertad de elección de la persona y el fundamento de la exención se sitúa en la afección a la voluntad o libertad de la persona que acontece; afección que determina que la persona no tenga en estos supuestos una "justa" oportunidad de obrar conforme a derecho.

Lo que implica que ello no pueda interpretarse ni como ausencia de intencionalidad de la acción, ni como anulación de las facultades de acción de la persona que obra por miedo insuperable. Tampoco es correcto equiparar afección a la libertad con anulación de las facultades psíquicas de la persona, porque la persona que obra por miedo a un mal amenazante, aunque sin duda ve afectadas sus facultades psíquicas no se ve totalmente privado de ellas. El miedo insuperable a que alude el

art. 20.7 del Código Penal no es un pánico o terror que impide a la persona controlar su actuación.

QUINTA.- Por tanto, desde el planteamiento de una doctrina de justificación retribucionista o mixta tiene lugar un desplazamiento de la eximente de miedo insuperable desde una noción psicológica a otra normativa, en las situaciones de miedo insuperable, el aspecto decisivo no reside en la cantidad de presión psíquica que recibe el afectado (criterio cuantitativo), sino que estamos ante una cuestión sobre las exigencias normativas que pueden y deben requerirse de la persona que se encuentra en una situación de presión (miedo) por la amenaza de un mal que limita la libertad de elección. Se trata de determinar normativamente las condiciones en las que puede afirmarse que la persona no tiene una justa oportunidad de comportarse de acuerdo a derecho, siéndole por tanto inexigible su cumplimiento.

En la doctrina penal las exigencias normativas incorporadas en la alusión a la "insuperabilidad" del miedo se suelen resumir en los conceptos de razonabilidad o inexigibilidad. Ciertamente, ambos principios pueden considerarse sinónimos, aunque en el trabajo se han demostrado las reticencias que la fundamentan, ligada al principio de inexigibilidad que provoca en cierta parte de la doctrina.

SEXTA.- Por tanto, se eximirá de pena por miedo insuperable cuando la persona amenazada por un mal que le provoca miedo solucione

razonablemente el conflicto al que enfrenta, de tal manera que podamos afirmar que le era inexigible el comportamiento conforme a ley. Cuando el legislador se refiere, pues al miedo "insuperable", debemos interpretar insuperable como aquel miedo que el ordenamiento no exige superar.

SEPTIMA.- Por lo que lo decisivo es que la eximente del miedo insuperable; como el conflicto no se resuelve de forma imparcial, es necesario apelar a la preferencia subjetiva del autor por los bienes en peligro para poder explicar y así fundamentar la exención de pena.

OCTAVA.- el fundamento de la eximente de miedo insuperable es, por tanto, la preferencia legítima por los propios intereses. La acción llevada a cabo por miedo insuperable queda exenta de pena, no porque sea inevitable (física o psicológicamente) que una persona prefiera sus intereses y los de sus seres queridos, sobre los demás, sino porque por lo menos en algunas ocasiones tal preferencia no es digna de castigo. Las relaciones íntimas están definidas, en último término por una intensa parcialidad, y no podemos al mismo tiempo afirmar la validez de tales relaciones y condenar a alguien por miedos que revelan que valora su bienestar y el de sus allegados más que el de extraños. Hay ocasiones, pues en las que la preferencia por los propios intereses es legítima, y la eximente de miedo insuperable pretende cobijar estos casos.

NOVENA.- De otro lado es menester preguntarse por la naturaleza jurídica de la eximente.

En la doctrina española de donde copiamos la eximente, los autores que mayor valor confieren a la eximente de miedo insuperable son aquellos que la consideran una causa de justificación, tal y como han defendido **GIMBERNAT, GOMEZ BENITEZ** y **CUERDA RIEZU**. Sin embargo, la dificultad con la que debe enfrentarse esta concepción es que se basa en el traslado de la argumentación elaborada para el estado de necesidad al miedo insuperable.

Sin embargo la opinión mayoritaria es aquella que considera que las razones para eximir de pena que fundamentan la eximente de miedo insuperable, son de mayor valor que las presentes en una causa de justificación, y en consecuencias la catalogan como una eximente perteneciente a la categoría de la culpabilidad, que pensamos es la posición correcta.

A parte de las razones alegadas por la doctrina mayoritaria, compartimos la propuesta formulada por **VARONA GOMEZ** de que se debe diferenciar entre la valoración imparcial y la valoración parcial del conflicto al que se enfrenta una persona.

DÉCIMA.- La principal dificultad con la que se enfrenta la existencia de situaciones en las que una persona valora parcialmente el conflicto al que se enfrenta es su reconocimiento y aceptación por parte del

ordenamiento penal. Pero si, según vimos anteriormente, el derecho penal, debe ser sensible a la existencia de un doble nivel de valoración entonces, creo que, en efecto, la categoría de la culpabilidad es el ámbito adecuado para recoger los supuestos de resolución parcial del conflicto, pues, en los casos en los que una persona para evitar un mal ocasiona a su vez otro, el criterio dominante de la resolución, y con ello de justificación de la conducta, debiera ser aquel que emergiera desde la perspectiva o juicio imparcial.

DECIMA PRIMERA.- Esto es así por que el ordenamiento penal debe respetar la inicial situación de igualdad en la que se encuentran ambas partes en el conflicto (esto es, el que evita el mal y el que ve finalmente lesionados sus intereses). Ninguno de ellos puede pretender que desde el ordenamiento se valore especialmente su relación con determinados intereses, pues la otra parte del conflicto podría a su vez, reclamar idéntico trato. Por lo tanto al ser la antijuricidad el sector del ordenamiento penal, en el que tiene lugar la valoración del conflicto o daño producido, se impone en los casos en los que ambas partes del conflicto se encuentran en la misma posición, frente al derecho, una valoración imparcial, que de igual valor a los intereses de los diversos ciudadanos, sea quien sea el implicado en el conflicto.

DECIMO SEGUNDA.- Ello lleva a situar la eximente de miedo insuperable en la categoría de la culpabilidad. La eximente de miedo insuperable, al fundamentarse en la resolución parcial del conflicto, debe por tanto situarse en la categoría de la culpabilidad.

DECIMO TERCERA.- Ello requiere, en primer lugar, el análisis de la referencia legislativa al "miedo" y en el segundo lugar, la delimitación de las exigencias o requisitos normativos condensados en la alusión a su insuperabilidad. Para todo ello servirá de pauta imprescindible el propio fundamento de la eximente.

La expresa referencia de nuestro legislador penal relativa a la presencia de miedo en la conducta de la persona exenta de pena en virtud de la eximente sétima, no ha de interpretarse como la exigencia de un estado de terror o pánico incapacitador, sino que tal alusión ha de entenderse como la necesaria presencia de un cierto estado emocional en la persona, provocado por la amenaza de un mal y caracterizado por el terror de la persona al advenimiento de un hecho desagradable.

DECIMO CUARTA.- Si se tiene en cuenta que el fundamento de la eximente es que la persona actúa en forma razonable para evitar un mal que le amenaza, entonces, requisito sine qua nom de la eximente es que se obre para evitar el peligro y no por otros motivos (ánimo de lucro, venganza). Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que opina nuestra jurisprudencia, con ello no se excluye el supuesto de concurrencia de móviles no incompatibles con el miedo (como el odio), ya que el supuesto en el que el miedo no es el móvil único de la conducta no impide que se cumpla lo exigido por la ley, esto es, que se obre impulsado, en definitiva pero no, exclusivamente, por miedo.

DECIMO QUINTA.- Por lo que respecta a la isuperabilidad del miedo, lo primero que debe remarcarse es que la tarea de su concreción ha sido, por parte de la doctrina penal, puesta tradicionalmente en manos del parámetro normativo configurado por el "hombre medio en la posición del autor": insuperable sería así aquel miedo que el hombre medio situado en la posición del autor no pueda (en sentido normativo y no psicológico) vencer.

Al criterio del hombre medio en la posición del autor se le ha criticado, con razón, que es demasiado vago o impreciso para poder concretar la referencia a la insuperabilidad del miedo, pues, ni sabemos cuál es el modelo "hombre medio" del que debe partirse, ni tampoco que significa exactamente en la "posición del autor". Sin embargo, creo que éste no es el problema fundamental que debe afrontar el criterio del hombre medio en la posición del autor. A mi entender más importante es el hecho de que este parámetro ha producido en la práctica el nocivo efecto de encubrir la discusión sobre las exigencias normativas que deben requerirse para aplicar la eximente de miedo insuperable.

Así por ejemplo, si uno se pregunta si el hombre medio en la posición del autor consideraría insuperable el miedo ante un peligro que amenazase a su patrimonio, parece claro que no puede esperarse una respuesta de tal criterio, sino, evidentemente, de la imagen o ideal de "hombre medio" del que uno parta; y esto que es precisamente lo decisivo, es lo que tal criterio no puede aclarar. Por tanto. lo que, debe

ser objeto de discusión y análisis son las premisas o instituciones normativas a partir de las cuales se defiende una u otra exigencia, como por ejemplo de lo relativo a que debe existir un peligro para la vida o la integridad física para aplicar el miedo insuperable, para ver si, por sus propios méritos, éste pueda devenir o no en un requisito de la eximente.

DECIMA SEXTA.- Por otra parte, al criterio del hombre medio en la posición del autor, tal y como es interpretado por la doctrina penal mayoritaria española y absoluta en el caso peruano, puede reprochársele el hecho de que no permite tomar en consideración todas las características individuales relevantes en el juicio sobre la insuperabilidad del miedo. Ello puede apreciarse en el significativo hecho de que se prevenga unánimemente contra el hecho de que la eximente de miedo insuperable se convierte en un "privilegio para el pusilánime".

Ciertamente, una individualización del criterio de valorización normativa no puede suponer la sustitución de dicha valorización por la propia estimación que cada persona tenga sobre los propios intereses y obligaciones; pero ello no impide que el parámetro de enjuiciamiento pueda tener en cuenta los factores individuales que conllevan que una persona sea especialmente temerosa o susceptible a determinados males. Sin duda, la tarea de discernir entre una condición individual valorable y la mera sustitución, plantea uno de los retos que la eximente de miedo insuperable lleva consigo, pero la resolución de este

problema no puede llevarse a cabo mediante la exigencia de un baremo generalizante como el hombre medio.

DECIMA SEPTIMA.- El juicio normativo sobre la insuperabilidad del miedo puede ser, pues compatible con un examen de las características individuales y personales de la persona que alega la eximente. Lo decisivo a la hora de aplicar esta eximente no es lo que una persona razonable (o media) haga en lugar del autor, sino más bien, que es lo que pueda razonablemente esperarse que una determinada persona, teniendo en cuenta sus características individuales permitan realizar en una situación de miedo debido a la amenaza de un mal. Ello no impide, sin embargo, que en el exámen sobre la razonabilidad individual de la conducta se emplea en una serie de parámetros normativos, pues razonabilidad individual no equivale, ciertamente, a mera alegación o creencia subjetiva.

Compartimos el criterio del Profesor Juan Bustos Ramírez cuando alude a que la concreción de la insuperabilidad presenta, problemas que abren una amplia vía a la arbitrariedad . El baremo del hombre medio en la posición del autor, es por si vaga y, por tanto, poco seguro para determinar el contenido de la insuperabilidad. Por lo que en su lugar se plantea una serie de requisitos normativos relativos al mal amenazante y los referidos a la acción salvadora llevada a cabo por el miedo insuperable.

DECIMO OCTAVA.- El primer requisito en cuanto al mal amenazante hace referencia a su inminencia. Aquí a de participarse de que la eximente de miedo insuperable no puede amparar aquellas acciones que se dirijan contra peligros pasados, que no tengan una posibilidad de reproducirse en el futuro, aludiéndose a un peligro ante el cual se actúa defensivamente, no siendo necesario que sea inminente en el sentido de inmediata causación si se actúa, sino que la eximente de miedo insuperable pueda aplicarse también en casos de peligro futuro o duradero en los caso que no quepa esperar del transcurso del tiempo una mejora de las posibilidades de defensa o evitación del peligro.

El segundo requisito hace referencia al problema de la falta de realidad del mal. Con el que se plantea la cuestión del error en la situación del miedo insuperable. La doctrina a planteado la posibilidad de aplicar en estos casos las reglas del error, tal como, sucede en los supuestos de eximentes putativas, o bien la eximente incompleta del miedo insuperable, lo que exige que el mal sea real, pues de lo contrario sería necesario acudir a las regulaciones del error, ni se entendería que requisito inhibe la aplicación de la eximente completa. Y que el mal sea real es una exigencia incompatible con el fundamento de la eximente, la que debe ser tratada como un problema a solucionar dentro de la propia eximente. La falta de realidad del mal amenazante

no debe dar lugar a la inmediata inaplicación de la eximente completa del miedo insuperable; el que obra por miedo insuperable debe cerciorarse con total seguridad de la realidad que dicho mal equivaldría a hacer inviable, de facto, la eximente, ya que una tal comprobación sólo parece posible exigiendo a la persona amenazada que, en todo caso, haga caso omiso del peligro, bajo el precio de que ello le cueste la efectiva realización del peligro y así la lesión de sus bienes jurídicos. Esta no puede ser una exigencia de la eximente, por lo que para aplicarla será suficiente con que existan razones para que lleven a la persona a creer en la seriedad y realidad del mal amenazante. Si tal creencia es razonable quedan satisfechas las exigencias normativas que el ordenamiento puede imponer a quien es exculpado por la amenaza de un mal.

Al ser la cuestión de males figurados un problema relativo a la razonabilidad de la creencia de la persona, puede diferenciarse entre errores vencibles e invencibles, esto es, entre la mayor o menor razonabilidad de tal creencia. El error invencible dará lugar a la aplicación de la eximente de miedo insuperable y el vencible a su estimación como eximente incompleta.

DÉCIMO NOVENA.- El tercer requisito al mal amenazante consiste en la exigencia, sobre su ilicitud, con lo que se destaca que no puede considerarse un mal frente al que quepa reaccionar en miedo insuperable aquel que provenga de la actuación legal de los órganos del

Estado (Ej. cumplimiento de la pena privativa de la libertad), lo cual se suele fundamentar en el necesario cumplimiento ordenado por el derecho, requisito que no puede firmarse sin matices.

El principio de inexigibilidad, que se encuentra insito en la fundamentación de la eximente de miedo insuperable ya ha mostrado en diversas ocasiones (art. 208, exclusión de punibilidad en delitos contra el patrimonio de parientes, art. 127, cláusula "sin riesgo propio" en la omisión de socorro: supuestos de auto descubrimiento impunes) que pueden conducir a la exención de la pena incluso en casos en los que el mal que amenaza proviene de la actuación legal de los órganos estatales, pues dicho principio lleva implícito en su naturaleza la idea de que es necesario establecer límites a la sumisión del individuo al cumplimiento de los mandatos normativos, y entre ellos, también al fin estatal de la persecución del delito, que no puede imponerse a toda costa.

El cuarto requisito referente al mal amenazante consiste en la no causación responsable del peligro, no puede bastar la mera causación naturalística del peligro para la denegación de la eximente, además es necesario que el concreto peligro final representado por la situación de miedo insuperable sea previsible en el momento de realizar la acción precedente que lo origina, debiéndose tener en cuenta los motivos que llevan a la persona a colocarse en una situación de peligro.

El quinto requisito referente al mal amenazante tiene que ver con su gravedad, esto es, que quedaría definido a priori por medio de un catálogo cerrado de bienes jurídicos que debería estar en peligro (Ej. vida e integridad física).

Creemos que la limitación a priori de la eximente en función de los bienes jurídicos en peligro no se aviene ni con el fundamento ni con la realidad de la eximente, por que los conflictos con los que se puede encontrar una persona pueden ser de muy diversa entidad, por lo que no se puede marginar de entrada toda una serie de casos que por lo menos merecería cierta discusión.

El sexto requisito hace mención al sujeto pasivo del mal amenazante, lo que implica aclarar si el mal amenazante solo ampara a aquel que obra en defensa de sus propios bienes jurídicos; o también puede aplicarse a los que obran para salvar intereses de otras personas. Creemos que a parte de los personales que no están en discusión también pueden involucrarse aquellos bienes jurídicos que pertenecen a una persona con la que el autor está vinculado por ciertas relaciones de afecto como sería el caso de los familiares, que puedan fundamentar la resolución parcial del conflicto.

DUODÉCIMA.- En relación a los requisitos de la acción salvadora o defensiva, el primero alude a la necesidad de tal acción que plantea el problema de la posibilidad de evitar el peligro por medios distintos a la concreta acción delictiva ejecutada, que exige un estudio de los medios concretamente disponibles por la persona amenazada, y sobre todo de su eficacia.

Un segundo requisito tiene que ver con la gravedad de dicha acción, que plantea si debe limitarse en función del bien jurídico lesionado, que implicaría actos de heroísmo, por ejemplo en los casos de homicidio. En realidad el heroísmo debe ser promovido por la religión, por la ley moral, no por el derecho penal, sin embargo debe ponderarse los bienes enfrentados. Esta ponderación, debida a la naturaleza del principio de inexigibilidad que fundamenta la eximente, no puede decidirse a la vista del caso concreto, en base a dos principios, el principio de la recuperabilidad, cuya misión es valorar el peso de las razones que conducen a una persona a lesionar un bien jurídico ajeno y el principio de adecuación, que se basa en la exigencia de cierta proporcionalidad entre el peligro que se amenaza y la lesión causada.

El tercer requisito alude a la existencia de una obligación de tolerar el peligro que afecta a determinadas personas que no tiene su fundamento en necesidades preventivo - generales sino en el compromiso de imparcialidad, cuando se asume tal tarea con bienes jurídicos de tercero. Así mismo la especial obligación de tolerar el

peligro tiene requisitos subjetivos (compromiso voluntario y tutela de una colectividad indeterminada de personas), y objetivos (solo alcanza a aquellos riesgos específicos y propios de la función de tutela) .

Así mismo debe tenerse en cuenta que la eximente de miedo insuperable puede ser aplicada en forma incompleta, cuando la persona obra para evitar un mal que la amenaza prevista en el artículo 21 en nuestro Código Penal y que no se ha usado nunca por nuestra jurisprudencia ni discutido por la doctrina.

DUODÉCIMO PRIMERA.- Ahora es menester concretar las delimitaciones externas es decir el papel en el sistema de las causas de exención contempladas en nuestro Código Penal (delimitación externa). Destinado a verificar si la eximente tiene un campo específico de aplicación y determinar su relación con otras eximentes, las que se pueden agrupar en dos grandes sectores. Por una parte, el constituido

por la relación entre la eximente de miedo y las causas de ausencia de acción e inimputabilidad permanente o transitoria: Art. 20.1 CP, Y por otra parte, el grupo configurado por la delimitación entre el miedo insuperable y las causas de justificación de legítima defensa, estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho , oficio o cargo, y cumplimiento de un deber.

DUODÉCIMA SEGUNDA.- En relación al miedo como causa de inimputabilidad debe ser absorbida por el artículo 20. 1 del CP y no en el miedo insuperable, supuesto en el cual esta eximente resulta superfluo.

En el Segundo grupo en relación al miedo insuperable y otras causas de exención citadas anteriormente, en caso de poder aplicarse simultáneamente la eximente que estudiamos y una de aquellas causas de justificación, la eximente de miedo insuperable sólo podrá aplicarse supletoriamente, es decir sólo cuando falte alguno de los requisitos necesarios para aplicar algunas de las causas de exención mencionadas, debido a la primacía fundamentada en razones formales y materiales de la justificación de la conducta sobre la nueva exculpación.

Así en el caso concreto de la legítima defensa preventiva, se trata de casos como el de las mujeres maltratadas que finalmente matan a su marido y que debido a su particular estado de indefensión deben esperar a que el marido se encuentre dormido o de espaldas. En estos casos la falta de actualidad de la agresión del marido lleva a los Tribunales a denegar la aplicación de la legítima defensa. La doctrina a propuesto en los casos de legítima defensa preventiva aplicar la eximente de estado de necesidad, pero esta solución sería también problemática en el supuesto de las mujeres maltratadas, porque faltaría el requisito consistente en no causar un mal mayor que el evitado. En alguno de estos casos si se adopta por la reforma española, se podría

aplicar el miedo insuperable de una manera autónoma e inconfundible. Pues, en alguno de estos casos el miedo insuperable podría servir para fundamentar la exención de pena.

Otro caso de aplicación supletoria de la eximente de miedo con respecto a la legítima defensa es el exceso intensivo en la legítima defensa.

La relación entre las eximentes de miedo insuperable y el estado de necesidad, plantea sin duda el tema más problemático y discutido respecto a la delimitación entre el miedo insuperable y el resto de causas de exención de pena.

DUODÉCIMA TERCERA.- La doctrina sobre todo española ha tratado de desarrollar criterios de diferenciación de miedo insuperable y el estado de necesidad. El primero basado en diferente origen de la

amenaza o peligro que enfrenta la persona, se señala que cuando el peligro deriva de un suceso natural, debe aplicarse el estado de necesidad, reservándose el miedo insuperable para los casos en los que el mal tiene su origen en la amenaza de un tercero, que no se considera adecuado. El otro criterio se basa en el particular estado emocional que se requiere para apreciar el miedo insuperable, reservándose el estado de necesidad para aquellos casos donde esté ausente dicho estado emocional, pero aún así no es convincente, porque se parte de una fundamentación normativa. Un tercer criterio de diferenciación es el

relativo al carácter de conflicto ante el que se enfrenta la persona, cuando es objetivo e inevitable se aplica el estado de necesidad, y cuando no es objetivo (supuesto del mal irreal) e inevitable debe aplicarse al miedo insuperable, criterio que tampoco es convincente pues afronta problemas difíciles de solucionar, por cuanto se basa en una distinción que no parece agotar los supuestos de amenaza de un mal, por lo que, al no poder dar cuenta de todos los casos relevantes determinaría una restricción injustificada del ámbito de aplicación de ambas eximentes, especialmente los casos en que el peligro surge de la propia víctima (supuestos de exceso intensivo en legítima defensa y legítima defensa preventiva).

Tal criterio de diferenciación margina del ámbito de aplicación del estado de necesidad (y por ello de la posible justificación de la conducta) los supuestos de amenaza de un tercero, sin que existan razones suficientes para ello. Tal criterio podría castigar determinados casos que no debieran serlo, como los supuestos de estado de necesidad putativos y aquellos en los que la amenaza proviene de un suceso natural y se causa un mal mayor que el evitado.

Creemos que en relación con el estado de necesidad y el miedo insuperable hay una relación de supletoriedad que permite que el miedo insuperable pueda aplicarse en aquellos casos en los que por falta de alguno de los requisitos del estado de necesidad, no pueda estimarse justificada su conducta, pero que aún así haya razones para eximir de pena. Esta función supletoria sólo es posible si se reforma la eximente

20.7 del CP suprimiendo la referencia de un mal mayor o igual es decir de la ponderación de males, que mantiene nuestro texto actual.

Esta supletoriedad de la eximente de miedo insuperable respecto del estado de necesidad es ciertamente difícil de fundamentar con la actual regulación de la eximente en nuestro texto, la que parece atrapada entre las eximentes de trastorno mental transitorio (si se interpreta psicológicamente) y el estado de necesidad (si se configura normativamente) y con ello al margen de que esta se limite en mayor o menor medida a una estricta comparación de los bienes jurídicos en juego.

También, la eximente de miedo insuperable puede aplicarse en aquellos supuestos en los que no quepa aplicar el estado de necesidad debido a que se considere que en el caso concreto existían otras medidas alternativas para evitar el mal amenazante, pero, no obstante, quepa disculpar la no utilización de dichas medidas en atención al estado emocional padecido por la persona y la actuación razonable que en dicha situación puede exigírsele. Otro supuesto, es aquel en el que el mal que amenaza a la persona sea lícito o legal, supuestos en los que la doctrina penal considera inaplicable el estado de necesidad, y en los que no se puede descartar la aplicación del miedo insuperable.

Finalmente el miedo insuperable puede cumplir una función supletoria respecto a la eximente de cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.8 CP), en los

casos en los que, por falta de alguno de sus requisitos no pueda estimarse a justificar la conducta , pero aún así hay razones para eximir de pena, debiendo destacarse el supuesto en que no puede estimar aplicable la eximente de cumplimiento de un deber por no cumplirse uno de los requisitos fundamentales: la existencia de una relación jerárquica de carácter público, de la que se derive el deber legal de obedecer las ordenes emanadas del superior jerárquico, especialmente a los supuestos de obediencia a órdenes antijurídicas en el marco de las relaciones laborales o familiares, considerándose razonable su actuación.

Discusión que aún subsiste pues la doctrina está dividida dependiendo de la naturaleza jurídica que se atribuya a la eximente de obediencia, debido a que en España se ha complicado más por cuanto el Código de 1995 ha suprimido la obediencia debida como causal eximente.

DUODÉCIMA CUARTA.- Por todo lo expuesto el miedo insuperable es una eximente necesaria con la propuesta de lege ferenda de suprimir la ponderación de males, para diferenciar del estado de necesidad y ubicándola como supletoria en todos los casos enumerados y desarrollados por la moderna doctrina española, con motivo de la reforma.

BIBLIOGRAFÍA

1. **ALCAZAR LÓPEZ, JOSÉ LUIS (1996):** " Comentarios a los Arts. 118 y 119 CP", en C. Conde - Pumpido (editor). Código Penal doctrina y jurisprudencia. Madrid, Trivium.
2. **ALCUBILLA, MARCELO M. (1850):** " ¿Además de los casos comprendidos en el art. 8° del Código Penal, puede darse alguno otro que legalmente exima de responsabilidad criminal", en revista de los Tribunales y de la Administración, núm. 23, segunda serie, Págs. 277 -82.
3. **ALBERCA LLORENTE (1965):** "La actualidad de la enfermedad y la tipicidad del delito en el Derecho Penal", en Psiquiatría y Derecho Penal.
4. **ALONSO Y ALONSO (1946):** "De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822", en Revista de Estudios Penitenciarios, núm. 1.

5. **ALONSO ALAMO (1989)** : "Error sobre los presupuestos reales de las causas de exclusión de la culpabilidad", en Estudios de Derecho Penal y Criminología (en homenaje al Profesor Rodríguez Devesa. Tomo I Madrid, Pág. 59 y ss.

6. **ALVAREZ CID, J/ ALVAREZ CID, T. (1908)** "El código Penal de 1870, Córdoba, Tomo I y II.

7. **ALVAREZ GARCÍA (1978)**: "Contribución al estudio sobre la aplicación del Código penal de 1822" en C. P. C. N° 5.

8. **AMELUN, KNUT (1991)**: "Contribución a la crítica del sistema jurídico - criminal de Roxín", en Schünemann (hrsg) el sistema moderno de Derecho Penal". Cuestiones fundamentales, introducción, traducción y notas de Jesús - María silva Sánchez, Madrid, Tecnos, págs. 94 y 107.

9. **Anteproyecto del Código Penal (1994)**. Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado. Madrid: Cuadernos del C. G. P. J.

- 10. ANTOLISEI, FRANCESCO (1997):** Manuele di Diritto Penale, Parte Generale (14° ed. a cura di Luigi Conti), Milano Giuffré editore. (Existe traducción al castellano con notas de Derecho Español por J. Del Rosal y A. Torio López), Buenos Aires U.T.E.A. (1960). Existe traducción de la 8° edición al cuidado de Luigi Conti- Editorial Temis, Bogota . Colombia 1988.
- 11. ANTON ONECA**
- "Historia del C.P. de 1822" en A. D. P. C. P., 1965.
 - Derecho Penal, 2° edición, anotada y corregida
 - **Fernández Guijarro y L. Beneytez Merino**, Madrid, 1986.
 - Derecho Penal, obra ajustada al programa de judicatura (Parte General), Madrid, 1935.
 - "Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal Español", A. D. P. C. P ., 1972.
 - "El Código Penal de 1848 y D. J. F. Pacheco", en A. D. P. C. P. 1965. Tomo XVIII págs. 473-495.
- 12. ARISTÓTELES:** Ética Nicomáquea, ed. Planeta -De Agostini (1995).

13. ARAMBURU (1892).

Notas a los Elementos de Derecho Penal de PESSINA, Parte primera: Doctrinas generales sobre el delito y la pena, trad. de **H. Gonzáles del Castillo**, Madrid.

14. ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO /GOYENA HUERTA, JAIME/ MUÑOZ CUESTA, JAVIER (coord.) (1997): Las circunstancias atenuantes en el código Penal de 1995, Pamplona: Arazandy.

15. AYALA GOMEZ

“El concepto de miedo en la circunstancia 10° del artículo 8 del Código Penal, en Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. **D. JUAN DEL ROSAL**, Madrid, 1993, p. 91 y ss.

16. AZCUTIA, MANUEL (1876): La Ley Penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870, en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras. Madrid.

17. **BALDO LA VILLA (1994):** "Estado de necesidad y legítima defensa; un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda. Barcelona.
18. **BACIGALUPO, ENRIQUE (1998):** Principios de Derecho Penal, Parte General, 5ta. edición. Madrid. Akal.
- (1986): "Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad", en la Ley Tomo 4, págs. 1198-1203.
 - (1996): Teoría de la infracción penal", en **t. Vives Antón / J. L. Manzanares Samaniego** (dtores.). Estudios sobre el Código Penal de 1995, Madrid. consejo General del Poder Judicial, págs. 123-144.
19. **BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL (1973):** El parentesco en el Derecho Penal. Barcelona: Bosch.
- (1979):, "La intervención médica contra la voluntad del paciente", en A. D. P. C. P., Tomo XXXII, págs. 491 -500.
20. **BERNALDO DE QUIROZ.**

Voz "Miedo Insuperable", Enciclopedia Jurídica Española (Sexis) volumen XXII p. 258 y ss.

- Derecho Penal. Parte General, México, S.F.

21. **BARRY, BRIAN (1997):** La justicia como imparcialidad. Barcelona – Buenos Aires - México : Paidós.

22. **BUSTOS RAMIREZ JUAN / HORMAZABAL MALREE, HERNÁN:** (1999) Lecciones de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Trota.

23. **CARBONELL MATEU (1982)** La justificación penal. Madrid.

24. **CASABÓ RUIZ, J. R. :** "La aplicación del Código Penal de 1922", en A. D. P. C. P., 1979.
 - El Proyecto de Código criminal de 1830, Universidad de Murcia, 1978.
 - El proyecto de Código criminal de 1824, Universidad de Murcia, 1978.
 - El Código Penal de 1822, (tesis doctoral).

- 25. CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F. :** " Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Febrero - octubre. 1945.
- "El Proyecto de Saínz de Andino del Código Criminal de 1831", en revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1943.
 - Derecho Penal, Criminología general y especial ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930, Madrid 1931.
- 26. CEREZO MIR, J.:** "Curso de Derecho Penal español. Parte General I, introducción Teoría Jurídica del Delito, Ed. Tecnos, 3era. ed. Madrid. 1985.
- "Culpabilidad y pena" en Problemas fundamentales del derecho penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1982.
 - "La regulación del estado de necesidad en el Código Penal Español", Estudios Penales y Criminológicos, Vol X, Santiago de Compostela 1987, Pág. 53 y ss.
 - "Noción del estado de necesidad como requisito básico de la eximente del número 7 del art. 8 del C.P. español. Estado de

necesidad y colisión de deberes. R. F. D. U. C. Monográfico
10-11, 1986, p. 199 y ss.

- "Dictamen sobre las enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica de código Penal, Madrid, 1996.

27. COBO DEL ROSAL, M / VIVES ANTÓN, T. S. : Derecho Penal. Parte General, 5ta. edición, Tirant lo blanch, Valencia 1999.

- "Definición del delito y de la falta", en Comentarios a la legislación penal, dirigido por **COBO DEL ROSAL**, y coordinados por **BAJO FERNÁNDEZ, T. V.** vol I, Madrid, 1985.

28. CONDE - PUNPIDO FERREIRO. (1990)

- Comentario al artículo 8 n° 7 del Código Penal, en **López Barja de Quiroga y Rodríguez Ramos**, Código Penal comentado, Madrid, p. 45 y ss.

- 29. CORDOBA RODA, J. / RODRIGUEZ MOURULLO, G. / DEL TORO MARZAL, A. / CASABÓ RUIZ, J. R.:** comentarios al Código Penal, Barcelona, 1972, 1978. 3 Tomos.
- 30. CORDOBA RODA, J. :** Las eximentes incompletas en el Código Penal, Oviedo, 1966.
- El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, Barcelona, 1962.
 - Una nueva concepción de la antijuricidad en la teoría del delito, Barcelona, 1962.
 - Una nueva concepción del delito. (la doctrina de la acción finalista), Barcelona, 1963.
 - Notas al tratado de Derecho Penal de Reinhart, Maurach, Prologo de **Octavio Pérez Vitoria**, 2 volúmenes, Barcelona, 1962.
- 31. CUELLO CALÓN, C. :** El nuevo Código Penal español, Barcelona, 1929.
- Código Penal de 8 de septiembre de 1928, Barcelona 1929.
 - Código Penal reformado de 1932, Barcelona, 1933.

- Exposición del Código Penal reformado de 1932, Barcelona 1932.
- 32. CUERDA ARNAU, J. L.:** "Comentarios al artículo 20.6 del código Penal de 1995", en Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, 1996.
- El miedo insuperable. Su delimitación entre el estado de necesidad, Valencia, 1997.
- 33. CUERDA RIEZU, A :** La colisión de deberes en Derecho Penal, Madrid. 1984.
- 34. DE FRANCESCO:** "La proporcione nello stato di necessitá, Nepoli, 1978.
- 35. DELUMEAU, P.:** El miedo en occidente, Madrid. 1989.
- 36. DEL ROSAL, J.:** Tratado de Derecho Penal español, Parte General I, Madrid, 1968; II, Madrid, 1972, 2da. ed. vol. I, revisado por **COBO DEL ROSAL, M.** Madrid, 1976.

- "Del concepto de estado de necesidad", en Comentarios a la doctrina penal del Tribunal supremo, Madrid, 1961, p. 373 y ss.

37. DELITALA. : " Il fatto nella teoría generale del reato, Padova, 1930.

38. DIAZ PALOS

Voz "Miedo insuperable" en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, T. XVI, Barcelona, 1978, p. 345 y ss.

Voz "Estado de necesidad" en Nueva Enciclopedia Jurídica Saxis. To. VIII, Barcelona, 1956, p. 904 y ss.

39. DIEZ RIPOLLÉS, J. L. : " Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del código Penal español" en A. D. P. C. P., tomo XXX, 1977.

40. DOLCE

Lineamenti di una teoría generale delle scusant el diritto penale,
Milano, 1957.

41. **ESER, ALBIN BURKHART, BJÖRN** derecho Penal.
Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias, Madrid: Colex, 1995.
42. **El Proyecto de Código Penal (varios autores):** Ciclo de conferencias sobre el proyecto de Código Penal, patrocinadas por el ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, celebradas del 27 de febrero al 24 de abril de 1980, Ed. Bosch., Barcelona, 1980.
43. **FEREEDMAN, A. M/ KAPLAN, H. I. / SADOCK, B. J. :**
Compendio de Psiquiatría, traducido por los Freixas, J. y Grimalt, A. Barcelona. 1975.
44. **FARREL, MARTÍN DIEGO (1997):** Utilitarismo, liberalismo y democracia. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, núm. 50, México: Distribuciones Fontamara.
45. **FERRAYOLI, LUIGI (1995):** Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid. Trota.

46. **FERRER SAMA, ANTONIO (1946):** Comentarios al Código Penal, Tomo I, 1era edición. Murcia: Sucesores de Nogues.
47. **FLECTHER, GEORGE P. (1992)** En defensa propia, trad. y notas de Muñoz Conde, Valencia.
- Conceptos básicos de derecho penal (1997), prólogo, traducción y notas de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Valencia: Tirant lo Blanch.
48. **FORNASSARI, GACRIELA (1990):** Il principio di inesorabilità nel diritto penale. Padova: Cedam.
49. **GARCÍA ANDRADE, J. A.:** Psiquiatría Criminal y Forense, Madrid, 1993.
- La Soledad del hombre, Madrid, 1989.
50. **GETTAS, JORGE (1990) :** "Comentario al art. 8.10CP", en **J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / L. RODRIGUEZ RAMOS** (coord.), Código Penal comentado, Madrid: Tecnos, págs. 240 - 265.

51.GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE (1969) "Acerca del dolo eventual", en Estudios de derecho penal, 3° ed. Madrid, Tecnos, págs. 240 - 265.

- (1971a) " ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en Estudios de derecho penal, 3° ed. Madrid: Tecnos (1990) págs. 140 - 161.
- (1971 b): "El sistema de derecho penal en la actualidad", en Estudios de Derecho penal 3era ed. Madrid, Tecnos (1990) págs. 162 - 181.
- (1976) "El estado de necesidad: un problema de antijuricidad", en Estudios de Derecho Penal 3era. ed., Madrid Tecnos (1990), págs. 218 - 230.
- (1979) : " Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español. Madrid: Servicio de Publicaciones Universidad Complutense.
- (1984) : " Prologo al libro de Antonio Cuerda "La colisión de deberes en derecho penal", en Estudios de Derecho penal, 3era. ed., Madrid: Tecnos (1990), págs. 231 - 239.
- (1995): " Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones de

responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes), en A. ESER/ E. GIMBERNAT / W. PERRON (edit.) Justificación y exculpación en Derecho Penal (coloquio Hispano - Alemán de Derecho Penal), Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, págs. 63 - 71.

52. **GOLDSCHMIDT, JAMES (1943)** La Concepción normativa de la culpabilidad, trad. de **M DE GOLDSCHMIDT y R. C. NUÑEZ**, Bs. As.

53. **GISBERT CALABUIG, J. A.:** Medicina legal y toxicología, Valencia, 1983.

54. **GOMEZ BENITEZ J. M. (1987):** Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal, parte General, Madrid, Civitas.

55. **GONZÁLES CUSSAC, J. L.:** "Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Universidad de Valencia, 1988.

56. **GROIZAR Y GOMÉZ DE LA SERNA, A.:** El Código Penal de 1870 comentado y concordado, tomo I, Madrid, 1923; tomo II, Madrid 1924; tomo IV, Madrid 1912.
57. **HASSEMER, W.:** Fundamentos del Derecho Penal, traducción y notas de **F. MUÑOZ CONDE** y **L. ARROYO ZAPATERO**, Barcelona, 1984.
- "La ciencias jurídico penal en la República de Alemania", A. D. P. C. P. tomo XLVI, págs. 35- 80.
58. **HEIDEGGER, M.:** Essere e tempo, Milano, 1976. Hay traducción castellana de **JOSÉ GAOS**, El ser y el tiempo – fondo de Cultura Económica, México. Segunda Edición revisada, Cuarta reimpresión 1986.
59. **HIGUERA GUIMERA, JUAN - FELIPE (1991):** La eximente de miedo insuperable en el derecho penal común y militar español, Barcelona, Bosch.
60. **HIRSC, JOACHIMIN(1995):** La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana", en **A. ESER / E. GIMBERNAT / W. PERRON**

(edit.) Justificación y exculpación en derecho penal (Coloquio Hispano - Alemán de Derecho Penal), Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, págs. 33 - 60.

- 61. HOBBS, THOMAS (1651):** Leviatán, traducción, prólogo y notas de **CARLOS MELLIZO**, Madrid: Alianza Editora (1995).
- 62. HOMS SAENZ DEL GARZA, JOAQUIN (1996):** Trastorno mental transitorio y drogas que inciden en la imputabilidad, Barcelona: J. M. Bosch.
- 63. HORMAZABAL MALREE, HERNÁN (1991):** Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona: PPU.
- (1984): "Política penal en el estado democrático" en A. D. P. C. P. Tomo XXXVII, págs. 333 - 346.
 - (1997) : " El Nuevo Código Penal y el Principio de Culpabilidad", en Jueces para la Democracia, núm. 29, págs. 54 - 59.
- 64. JAKOBS, GÜNTER (1995):** Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de **JOQUÍN**

TESIS UNMSM

CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLES DE MURILLO. Madrid: Marcial Pons.

- 65. JARAMILLO GARCÍA. A. (1928):** Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1970. Vol I, Libro I, Salamanca.
- 66. JESCHECK, HANS - HERINRICH (1981):** Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Traducción y adiciones de Derecho español por **SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE**, Barcelona: Bosch.
- Tratado de Derecho Penal, Parte General, Cuarta edición completamente corregida y ampliada, traducción de **JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO**. Editorial Comares - Granada. 1993.
- 67. JESCHECK, HANS HERINRICH / WEINGEND, THOMAS (1996):** Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5°. Auflage. Berlin: Durckler and Humbolt.

- 68. JIMENEZ DE ASÚA, LUIS.** : Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, I, 1964; II, 1964; III, 1964; IV, 1958; V, 1963; VI, 1962; VII, 1970.
- La Ley y el delito, Buenos aires, 1976.
 - Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República, Madrid, 1934.
- 69 JIMENEZ DE ASUA, L. / CARSI ZACARES, C.** : Los Códigos Penales hispanoamericanos, Caracas, 1946, dos tomos.
- 70. JOSHI JUBERT, UJALA (1987):** "El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo", A. D. P. C. P. Tomo XL, págs. 697 - 720.
- (1989): " Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad", en anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (A. D. P. C. P.), Tomo XLII, págs. 125 - 140.

71. **KAPLAN, H. / SADOCK, B.:** Tratado de psiquiatría, Tomo I
Barcelona 1989.
72. **KAUFMAN, A. :** Teoría de las normas fundamentales de la
Dogmática penal moderna, versión castellana de **E.
BACIGALUPO y E. GARZÓN VALDÉZ**, Buenos Aires,
1976.
73. **KANT, INMANUEL (1797):** La Metafísica de la Costumbres,
traducciones y notas de **ADELA CORTINA ORTIS y JESUS
CONILL SANCHO**, Tecnos, Colección Clásicos del
Pensamiento, Madrid, 1989.
74. **LEVENE, R. / ZAFFARONI, E. R. :** Códigos Penales Latino :
americanos, Buenos Aires, 1978.
75. **LÓPEZ FERNÁNDEZ, M. N. / RODRÍGUEZ
CARRETERO, G. / BALLESTEROS ALCALDE, C.:**
"Algunos métodos de evaluación para los miedos, fobias y
obsesiones en los niños", en Psiquis, Madrid, 1988.
76. **LÓPEZ IBOR, J. J. :** La angustia vital, 1952.

77. **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.
78. **LARRAURI PIJOAN, ELENA / VARONA GÓMEZ DANIEL (1995):** Violencia Doméstica y legítima defensa. Barcelona: EUB.
79. **LAURENZO COPELLO, PATRICIA (1990):** El aborto no punible, Barcelona : Bosch.
80. **LÓPEZ . REY y ARROJO, MANUEL:** " análisis político criminal del Proyecto de Código Penal español",. A. D. P. C. P. 1980.
81. **LÓPEZ REY y ARROJO / ALVAREZ VALDEZ:** El nuevo Código Penal, Madrid, 1933.

82. LÓPEZ GARRIDO, DIEGO GARCÍA ARÁN, MERCEDES

(1996): El código Penal de 1995 y la voluntad del legislador.
Comentario al texto y al debate parlamentario, Madrid.

83. LUZÓN CUESTA, J. M. : Compendio de Derecho Penal. Parte General, Madrid, 1986.

84. LUZÓN DOMINGO, M.: Derecho Penal del tribunal Supremo, Tomo I y II Barcelona, 1964.

- tratado de la culpabilidad y de la culpa penal, tomo I y II Barcelona, 1960.

85. LUZÓN PEÑA, DIEGO - MANUEL (1978): Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona: Bosch.

- (1988) "Indicaciones y causas de justificación en el aborto", en cuadernos de Política Criminal (C. P. C. págs. 629 - 661).

- (1994) "Actio ilícita in causa y provocación en las causas de justificación", en A. D. P. C. P., Tomo XLVII, págs. 61 - 86.

- (1995a) : Voz "miedo Insuperable" e " Inexigibilidad y exigibilidad", en Enciclopedia Jurídica Básica Civitas, págs. 4289 - 4290 y 3552 - 3554.
- (1995b) : " Causas de atipicidad y causas de justificación" en **D. M. Luzón Peña/ S. Mir Puig** (eds.), Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal, Pamplona Arazandi, págs. 21 - 41.
- (1996): Curso de Derecho Penal, Parte General I. Madrid: Editorial Universitas.

86. MAQUEDA ABREGÚ, MARÍA LUISA (1991) " Exigibilidad y derecho a no declararse culpable", en A. D. P. C. P., Tomo XLIV, págs. 25 - 43.

87. MARKS, ISAAK M. (1991A) : Miedos, fobias y rituales. 1.mecanismos de la ansiedad. Barcelona: Martínez Roca.
- (1990b) : Miedos fobias y rituales. 2. Clínica y tratamientos. Barcelona Martínez Roca.

88. **MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA (1963):** " El miedo insuperable", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (R. G. L. J.) (2da poca), Tomo 47, págs. 54 – 105.
89. **MANTOVANI, F. :** Diritto penale, Parte Generale. Padova, 1992. Hay traducción castellana (2 Tomos), Ed. Temas, Bogotá – Colombia, 1997.
90. **MANZINI, B. :** Tratado di Diritto penale italiano, Torino 1981.
91. **MARINI, G. :** Elementi di Diritto penale. Parte Generale, torino, 1978, 1979, 1982.
- “Non Colpevolezza dell agente per inesigibilità, ecc.”, en Revista italiana di Diritto penale, 1988.
92. **MARTÍN SANTOS, L.:** “Libertad, Temporalidad y Transferencia en el psicoanálisis existencial, Barcelona, 1964.
93. **MAURACH, REINHART (1962):** Tratado de Derecho Penal, traducción y notas de Derecho español por **JUAN CÓRDOVA RODA**, Tomo II, Barcelona: Ariel.

- **MAURANCH REINHART / ZIPF, HEINZ (1992):**
Derecho Penal, parte General Traducción de la 7° edición alemana por **JORGE BOFÍLL GENZSCH** y **ENRIQUE AIMONE GIBSON** II tomos, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

- 94. MEZGUER, EDMUND (1949):** Tratado de Derecho Penal, traducción de la 2° ed. Alemana (1933) y notas de derecho español por **JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ**, tomo II, Madrid: Revista de Derecho Privado.

- 95. MIR PUIG, SANTIAGO (1982):** Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, 2° ed. Barcelona Bosch.

- **(1982)** Introducción a las Bases del Derecho Penal, Barcelona: Bosch.

- **(1983):** “Problemas de estado de necesidad en el art. 8.7 C.P.,” en Estudios Jurídicos en honor del profesor **PÉREZ VITORIA**, págs. 501- 520.

- **(1996):** Derecho Penal. Parte General. 4ta. edición Barcelona.

- **(1999):** Derecho Penal. Parte General. 5ta. Edición:
Barcelona.
- 96. MIRA LÓPEZ, EMILIO:** Cuatro gigantes del alma . Buenos Aires 1969.
- 97. MONTES PENADES, VICENTE L. (1996):** “ Comentarios al art. 118 CP”, en T. S. **VIVES ANTÓN** (Coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. I Valencia: Tirant lo Blanch.
- 98. MORALES PRATS, FERMÍN (1996):** “Comentarios a los arts. 20.5 y 20.6 C P”, en **G. QUINTERO** (dtor) **J. M. VALLE** (coord.). comentarios al Nuevo código Penal, Pamplona: Arazandy.
- 99. MORILLAS CUEVA, LORENZO (1984):** La obediencia debida. Aspectos legales y político – criminales.
- (1987): La eximente penal de fuerza irresistible. Granada: Universidad de Granada.

100. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (1980) : “ Culpabilidad y prevención en Derecho Penal”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 25, págs. 41 –58.

-(1992): “¿Legítima defensa putativa?. Un caso límite entre justificación y exculpación”, en Poder Judicial, núm. 25, págs. 33-47.

101. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO / GARCÍA ARÁN, MERCEDES (2000), Derecho Penal, Parte General, 4ta. Edición, revisada y puesta al día, Tirant lo blanch, Valencia.

102. NINO, CARLOS SANTIAGO (1980): Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito, Buenos Aires: Astrea.

- (1982): La Legítima Defensa. Fundamentos y Régimen Jurídico, Buenos Aires: Astrea.

- (1994) Introducción al análisis del Derecho. Barcelona: Astrea.

103. OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, EMILIO / HUERTA TOCILDO, SALSANA (1986): Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito (2º ed.). Madrid: Rafael Castellanos.

104. OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, EMILIO, : Sobre el concepto de Derecho Penal, Madrid, 1981.

105. ONECHA SANTAMARÍA, CARLOS (1981): “ La eximente de miedo insuperable” en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (R. G. L. J.) (2da época), Tomo 83, 277 –289.

106. PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO (1854): Estudios de Derecho Penal, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840, 2da, ed., Madrid.

- **(1867):** El Código Penal comentado y concordado, 3era. Edición, Madrid Tomo I.

- **(2000): PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO :** El Código Penal, concordado y comentado, Estudio preliminar y anotaciones de **ABEL TÉLLEZ AGUILERA**. Edisofer, Madrid.

- 107. PADILLA ALBA, HERMINIO (1996):** “ Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial del pena”, en Estudios Penales y Jurídicos, Homenaje al Profesor Enrique Casas Barquero, Córdova, págs. 559 –577.
- 108. PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL(1989):** “Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad. El criterio de la exigibilidad”, en Poder Judicial, núm. 13, págs. 115 – 128.
- 109. PEREDA JULIAN (1959):** Covarrubias penalista, Barcelona: Bosch.
- 110. PERRON, WALTER (1988):** “ Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (A. D. P. C. P.), tomo XLI, págs. 137 – 156.
- 111. PESSINA, ENRIQUE (1913):** Elementos de Derecho Penal, con adiciones de **FÉLIX DE ARAMBURU Y ZULOAGA**, 2da. Ed., anotado y adicionada por **E. CUELLO CALÓN**, Madrid: Hijos de Reus.

- 112. PIGA, A. (1950):** “ Algunos datos para el estudio psicológico de la circunstancia del miedo insuperable, A. D. P. C. P. P. Págs. 44 y ss.
- 113. Proyecto de Código Penal Italiano (1878),** en Revista General de Legislación y Jurisprudencia (R. G. L. J.), Tomo 53, págs. 99–115.
- 114. PUENTE SEGURA, LEOPOLDO (1997):** Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal. Madrid: Colex.
- 115. PUIG PEÑA, FEDERICO (1969):** Derecho Penal. Parte General. Tomo II, 6° ed., Madrid: Revista de Derecho Privado.
- 116. POLAINO NAVARRETE, M.:** Derecho Penal. Parte General, I. Barcelona 1984.

- 117. QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEP (1986):** Las obediencias debidas en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8.12 CP), Barcelona : Bosch.
- 118. QUINTANAR DIEZ, MANUEL (1988) :** La eximente de miedo insuperable, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas (Edersa).
- 119. QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO (1958):** Compendio de Derecho Penal, Vol I, Madrid: Revista de Derecho Privado.
- (1966) : Comentarios al Código Penal, 2º ed., puesta al día por **E. GIMBERT**
- 120. QUINTERO OLIVARES, GONZALO (1996^a) :** **Derecho Penal. Parte General, con la colaboración de FERMÍN MORALES PRATS y J. MIGUEL PRATS CANUT, 3era. Ed. Barcelona: Cedecs.**
- (1996b): “ Comentario al Art. 28 CP” en **G. QUINTERO** (dctor)./ **J. M. VALLE** (coord.), comentarios al Nuevo Código Penal, Pamplona: Aranzandi.

- **(1996c):** “Comentario al art. 118 CP”, en **G. QUINTERO** (dtor) / **J. M. VALLE** (cood.), comentarios al Nuevo Código Penal, Pamplona : Arazandy.

121. RAWLS, JOHN (1978): Teoría de la justicia. Fondo de Cultura Económica, Traducción de **MARÍA DOLORES GONZÁLES**, México – Madrid – Buenos Aires.

122. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA / SERRANO GONZÁLES, ALFONSO (1993): Derecho Penal Español. Parte General, Décimo Sexta ed. Madrid, Dykinson.

123. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO (1976): La Legítima defensa real y putativa en la doctrina del Tribunal Supremo, Madrid: Civitas.

- **(1996) :** “ Comentario al art. 20.6 CP”, en **G. RODRÍGUEZ MOURULLO** (dtor) / **A JORGE BARREIRO** (cood.). Comentarios al Código Penal, Madrid: Civitas.

124. RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS (1988): Compendio de Derecho Penal. Parte General, Madrid: Trivium.

125. ROLDÁN BARBERO, HORACIO (1980): La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español; crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. Madrid: Fundación Juan March.

- **(1983):** Estado de necesidad y colisión de intereses”, en Cuadernos de Política Criminal (C. P. C.), págs. 469 – 550.

126.- ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA (1997) : “Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución” Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna.

127. ROSSI, M. P. (1883): Tratado de Derecho Penal (3era ed.), Madrid: Eduardo Cuesta.

128. ROXÍN, CLAUS (1972): Política Criminal y sistema del Derecho Penal, traducción e introducción de **FRANCISCO MUÑOZ CONDE**, Barcelona: Bosch.

- **(1979)** Teoría del tipo penal – tipos abiertos y elementos del deber jurídico, traducción de **E. BACIGALUPO**, Buenos Aires..

- **(1976)** Problemas básicos del Derecho Penal, traducción de **D. LUZÓN PEÑA**, Madrid.
- **(1981)** Iniciación al Derecho Penal de hoy, traducción de **F. MUÑOZ CONDE** y **D. LUZÓN PEÑA**, Sevilla.
- **(1997)** Derecho Penal, Parte General Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, traducción y notas : **DIEGO – MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO** y **JAVIER DE VICENTE REMESAL**. Madrid: Civitas.

129. RUIZ VADILLO, ENRIQUE (1997): “Comentario al art. 20.6 C.P.” en **C. CONDE PUMPIDO** (dtor) Código Penal . doctrina y Jurisprudencia, Madrid : Trivium.

130. SAINZ CANTERO, JOSÉ A. (1960): “el Desenvolvimiento histórico – dogmático del principio de no exigibilidad” en A. D. P. C. P.), Tomo XIII, págs. 419 – 453.

- **(1965):** La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal. Universidad de Granada.
- **(1985):** Lecciones de Derecho penal. Parte General. Tomo III, Barcelona: Bosch.

- 131. SAINZ – CANTERO CAPARÓS, JOSÉ E., (1994):** “ La responsabilidad civil derivada del delito”, en **M. COBO DEL ROSAL** (dir) / **M BAJO FERNÁNDEZ** (coord.), Comentarios a la legislación penal. Tomo XVI, págs 87. 132.
- 132. SCHÜNEMANN, BERND (1991):** “ La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”, en Schünemann (Hrsg.) . El sistema moderno de derecho penal. Cuadernos fundamentales, introducción, traducción y notas de **JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ**, Madrid: Tecnos, págs. 147 – 178.
- 133. SERRANO BUTRAGÜEÑO, IGNACIO (1998):** “Comentario a los arts. 20.6 y 118 CP”, en **I. SERRANO BUTRAGÜEÑO** (coord.), Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia), Granada: Comares.
- 134. SANZ MORAN:** Elementos subjetivos de justificación, Barcelona, 1993.
- 135. SCARANO:** La non exigibilitá nel Diritto penale, Napoli, 1948.

136. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (1982): “Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal español,, En A. D. P. C. P.) Tomo XXXV, págs. 663 – 669.

- **(1987) :** El delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona Bosch.
- **(1987):** “Observaciones sobre el conocimiento “eventual de la antijuridicidad”, en A. D. P. C. P.), Tomo XL, págs. 647 – 663.
- **(1988):** “ Problemas del tipo de omisión del deber de socorro”, (A. D. P. C. P.), Tomo XLI, págs. 561 – 574.
- **(1992):** Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona: J. M. Bosch.
- **(1996):** “ Nuevas tendencias político – criminales y límites”, en J. J. Silva Sánchez (de.) Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a CLAUS Roxín; págs. 17 – 29.
- **(1998):** “ Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia”, en J. M. SILVA SÁNCHEZ, Consideraciones sobre la teoría del delito. Bs. As. : Ad – Hoc.

**137. SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA / CORCOY
BILBASOLO, MIRENTXU/ BALDO LAVILLA,**

FRANCISCO (1996): Casos de la Jurisprudencia penal con comentarios doctrinales. Parte general, Barcelona: J. J. Bosch.

138. SILVERA, LUIS (1984): El Derecho Penal estudiado en principio y en la legislación vigente en España, Madrid, Tomo I

- **(1879):** El Derecho Penal estudiado en principio y en la legislación vigente en España, Madrid, tomo II.

139. SMART J. J. C. (1974): “Utilitarismo extremo y restringido”, en Phillipa Foot (edt.), Teorías sobre la Ética, Fondo de cultura Económica, págs. 248 – 265.

- (1981): “Bosquejo de un sistema de ética utilitarista”, en **SMART / WILIAMS**. Utilitarismo: Pro y Contra. Madrid. Tecnos.

140. STRATENWERTH, GÜNTER(1976): Derecho Penal, Parte General, I, el hecho punible: Traducción de la 2da. Edición por Glays Romero. Edersa Madrid.

- (1977): El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad, traducción de **ENRIQUE BACIGALUPO**, Madrid, 1980.

- 141. TAMARIT SUMALLA, JOSÉ MARÍA(1996):** “Comentarios al art. 20. 4 C.P.”, en **G. QUINTERO OLIVARES** (dtor.) / **J. M. VALLE** (coord.), Comentarios al Código Penal, Pamplona: Arazandy.
- 142. TORÍO LÓPEZ, ANGEL (1985):** “ el concepto individual de culpabilidad”, en A. D. P. C. P. , tomo XXXVIII, págs. 285 – 301.
- (1988) : “ Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad”, en cuadernos de Política Criminal, núm. 36, Madrid, 1988.
 - (1980): “ Tipo, error de tipo y de prohibición: Crítica de la reforma penal”, en Reformas penales en el mundo de hoy, Madrid, 1984.
- 143. (1980):** “El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal”, en la Reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela, 1980.
- (1975): El error Iuis, perspectivas materiales y sistemáticas”, en A. D. P. C. P., Madrid.

144. VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL (1992): “fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el código Penal español”, en A. D. P. C. P., Tomo XLV, págs. 561 – 612.

- (1996): “ comentario al Art. 21.1 C.P.”, en G. QUINTERO (dtor.) / J. M. VALLE (coord.), comentarios al Nuevo Código Penal, Pamplona: Arazandi.

145.- 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. Editorial Comares, Granada.

146. VIADA Y VILLASECA, SALVADOR (1890): “ Código Penal Reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876, 4ta. Edición, Madrid, Tomo I.

147. VICENTE CARABANTES, JOSÉ (1873): “ De la defensa que exime de responsabilidad criminal”, en Revista General de

Legislación y Jurisprudencia (R. G. L. J.) (1° época), Tomo 43, págs. 123 – 139.

- (1874): “Sobre la circunstancia que exime de responsabilidad criminal consistente en obrar por impulsos de miedo insuperable de un mal mayor. ¿Qué debe entenderse aquí por mal mayor?, en Revista General de Legislación y jurisprudencia (R. G. L. J.) (1° época), Tomo 44, págs. 222–232.

148. WESSELS, J. : Derecho Penal, Parte General, Traducción de la 6° ed. Alemana de 1976 por C. A. Finzi, Buenos Aires, 1980.

149. WELZEL H. (1964): El Nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción y notas de **J. CEREZO MIR**, Barcelona.

- (1976): Derecho Penal Alemán, Parte General / 11° edición Traducción del alemán por los profesores **JUAN BUSTOS RAMÍREZ** y **SERGIO YÁNEZ PÉREZ**, Editorial Jurídica de Chile