

EXCULPACIÓN POR INEXIGIBILIDAD PENAL INDIVIDUAL¹

EXCUSE BY CRIMINAL LAW UNIMPOSING

Diego Manuel Luzón Pena²

RESUMEN

La inexigibilidad de otra conducta que puede exculpar o excluir la culpabilidad no es inexigibilidad general, que excluiría la antijuridicidad o al menos la tipicidad penal, sino una inexigibilidad penal subjetiva, es decir, inexigibilidad individual a efectos penales o criminales, que da lugar a que la conducta, aunque prohibida, se considere comprensible, explicable y por ello disculpable. Su fundamento es doble, fáctico y normativo, y por ello han de ser dobles asimismo sus presupuestos: una situación anormal de práctica imposibilidad o al menos enorme dificultad para el sujeto para determinarse o motivarse por la norma, y una valoración social y jurídica no totalmente negativa de la actuación en tal situación motivacional. Existen causas de exculpación por inexigibilidad penal subjetiva legalmente reconocidas, distintas según los ordenamientos: en la Parte general el miedo insuperable en el CP español, o en otros Códigos el exceso en la legítima defensa motivado por miedo, turbación o confusión, aunque no sean invencibles, o en el Código alemán el estado de necesidad disculpante causando incluso males mayores para salvar intereses vitales propios o de allegados; o en la Parte especial p. ej. el encubrimiento de parientes, o la exención personal de la embarazada en algunos abortos punibles. Y también son admisibles concretas causas supraleales de exculpación por inexigibilidad subjetiva, como el estado de necesidad que desborda los límites de proporcionalidad del CP español, pero disculpable por la situación personal extrema, o la obediencia no debida o el conflicto de conciencia no justificante, pero disculpables en ambos casos por la misma razón.

Palabras clave: Exigibilidad. Inexigibilidad. Culpabilidad. Exculpación. Miedo insuperable. Emociones o Afectos Asténicos. Encubrimiento o Favorecimiento de Parientes. Estado de Necesidad Disculpante. Obediencia Sólo Disculpante. Conflicto de Conciencia.

¹ El trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación DER2014-58546-R, que dirijo en la Universidad de Alcalá, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (antes Ciencia e Innovación) del Gobierno de España, Subdirección General de Proyectos e Investigación.

² Catedrático de Derecho penal (Universidad de Alcalá, Madrid). Presidente de honor de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP). *E-mail*: diegom.luzon@uah.es

ABSTRACT

The unenforceability of another behavior is not a general unenforceability, which would exclude the illegality or at least the correspondence between the behavior and the legal description of a crime, but a subjective criminal unenforceability, that is to say, individual unenforceability to penal or criminal effects, which gives place to that the behavior, although prohibited, it is considered to be understandable, explicable and, for this reason, excusable. Its foundation is double, factual and normative, and for it its premises must be double: an abnormal situation of practical impossibility or at least enormous difficulty so that the individual is motivated by the norm, and not completely negative social and juridical evaluation of the behavior in such a situation. Causes of exculpation legally recognized exist for subjective criminal unenforceability, different according to the legislation: the insurmountable fear in the general part of the Spanish criminal code, or in other codes the excess in the self-defense motivated by fear, disturbance or confusion, although they are not invincible, or in the German code the state of necessity causing even major harm to save proper vital or of close persons interests; or in the special part, for example, the relatives concealment, or the personal exemption of the pregnant woman in some punishable abortions. And also there are admissible specific supra-legal causes of exculpation due to subjective unenforceability, like the state of necessity that exceeds the limits of proportionality of the Spanish criminal code, but excusable due to the extreme personal situation, or not due obedience or the not justifying conflict of conscience, but excusable in both cases owing to the same reason.

Keywords: Enforceability. Unenforceability. Culpability. Exculpation. Insurmountable Fear. Asthenic Emotions. Relatives Concealment. Excusable State of Necessity. Excusable Obedience. Conscience Conflict.

1 INEXIGIBILIDAD PENAL INDIVIDUAL Y EXIGIBILIDAD INDIVIDUAL (FRENTE A LA GENERAL)

1.1 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS: ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

El origen de la utilización de los conceptos exigibilidad e inexigibilidad se remonta, como es conocido, a la llamada “concepción normativa de la culpabilidad” desarrollada por Frank y otros desde 1907 y sobre todo desde la segunda década del siglo XX, según la cual para la culpabilidad es precisa reprochabilidad de la conducta al sujeto, y para ello no basta con la imputabilidad y con el dolo o la culpa, o incluso con la libertad o poder de actuar de otro modo, sino que es precisa la no anormalidad de la situación, lo que desde Goldschmidt y Freudenthal se denomina la exigibilidad de otra conducta y por tanto de abstenerse de realizar la conducta típica. Según esta concepción si hay exigibilidad, o sea, si al sujeto se le podía exigir jurídicamente tal abstención, habrá culpabilidad, pero si, dadas sus circunstancias personales y ambientales, le fuera inexigible la abstención, habrá exculpación y por tanto inculpabilidad.

Para la concepción normativa de la culpabilidad, formulada en las primeras décadas del siglo XX y que posteriormente se ha convertido en teoría dominante, la culpabilidad es la “reprochabilidad” (“*Vorwerfbarkeit*”) del hecho al sujeto, la posibilidad de hacerle a éste un reproche individual por su acción desde valoraciones y criterios normativos. Es Frank quien en 1907 idea el concepto de reprochabilidad³ (posibilidad de reprochar al sujeto por haber emprendido el hecho) como caracterización de la culpabilidad, según la cual la culpabilidad es el elemento que permite hacer un juicio de valor basado en el mandato de la norma sobre la parte interna del hecho; porque, por mucho que haya dolo en un hecho, o sea plena conexión psíquica con el acto, éste no es culpable si no le es reprochable al disculparse por un estado de necesidad o por inimputabilidad⁴.

³ FRANK, Reinhard von. **Über den Aufbau des Schuldbegriffs**. Berlin: BWV Verlag, 1907. p. 11-14. En p. 12 destaca que ello requiere tres elementos: 1) la disposición espiritual normal del sujeto o imputabilidad, 2) la relación psíquica concreta del sujeto con el hecho o la posibilidad de tal relación: ver completamente el alcance del hecho o poder verlo (dolo o imprudencia) y 3) la disposición normal de las circunstancias en que obra el sujeto.

⁴ Cfr. *Ibidem*. p. 6 y ss. p. 12-15: en resumen se puede decir que criticó y rechazó con éxito la concepción psicológica porque puede haber casos de pleno nexo psíquico de unión con el hecho y sin embargo faltar la culpabilidad.

Tal concepto normativo de la culpabilidad como reprochabilidad, que evidentemente parte de la premisa de la libertad o poder actuar de otro modo⁵ del sujeto, es desarrollado por Goldschmidt, que destaca que lo que importa no es el juicio de reproche sobre la disposición o cualidad subjetiva del hecho (juicio externo al hecho), sino la propia disposición defectuosa de la voluntad de la acción que posibilita el juicio de reproche⁶, y que basa la reprochabilidad en la contrariedad a deber (*Pflichtwidrigkeit*, o sea infracción de una implícita norma de deber para la conducta interna) y en la adicional exigibilidad (*Zumutbarkeit*)⁷: pues según él una infracción de una norma de deber puede sin embargo suponer una actuación sin culpabilidad en la medida en que el sujeto pueda invocar una causa de exculpación, y las causas de exculpación se basan en la no exigibilidad⁸, no sólo en el caso del estado de necesidad, sino también en el de las que denomina “otras causas de exculpación”⁹. El concepto normativo de culpabilidad también

⁵ Premisa sobreentendida (pues de lo contrario no se le puede reprochar el hecho al sujeto) en el propio concepto de reprochabilidad empleado por Frank y Goldschmidt, y formulada expresamente como punto de partida por Hegler (*Die Merkmale des Verbrechens. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 36, n. 1, jan. 1915. p. 184 y s. – 19 ss., 184 ss.), y Freudenthal (*Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*. Tübingen: Mohr, 1922. p. 25); posteriormente Frank (*Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931), antes del § 51 II, relaciona expresamente la reprochabilidad con la “libertad” como elemento positivo de la culpabilidad. En la doctrina alemana se utiliza, más aún que el concepto de “libertad de voluntad” (*Willensfreiheit*), como equivalente el término “poder actuar de otro modo” (*Anders-handeln-können*); pero también la expresión “poder para ello” o “poder al respecto” (*dafür-können*), que en alemán es exactamente sinónimo de ser culpable, y a la inversa, no tener poder para ello o no poder hacer nada al respecto equivale a no ser culpable: *er kann nichts dafür*, que literalmente es “él no puede (hacer) nada al respecto” (o no tiene poder para ello), se traduce también como “él no tiene la culpa o no es culpable de ello”. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: W. de Gruyter, 1969. p. 140, señala que él mismo (Persönlichkeit und Schuld. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 60, 1941. p. 456) con su teoría final de la acción precisó el objeto de la reprochabilidad, “enlazando con una larga tradición filosófica y jurídica, como el ‘poder para ello, poder al respecto’ (‘Dafür-Können’) de la persona por su antijurídica formación de la voluntad”.

⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Der Notstand, ein Schuldproblem: mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz*. Wien: Manz, 1913. p. 161; Id. Normativer Schuldbegriff. *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1930. p. 432.

⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 129 y ss. (en p. 162 y ss. se refiere al estado de necesidad ante peligro para la vida, en el que el ordenamiento no exige el heroísmo); Id. Normativer Schuldbegriff... op. cit. p. 428 y ss.

⁸ *Ibidem*. p. 162 y ss.; en p. 162: las causas de exculpación encuentran su fundamento “en una, por decirlo con Frank ‘motivación anormal’, en una situación en la que ‘según las circunstancias no se podía exigir al autor’ ajustarse al motivo del deber”; cfr. ACHENBACH, Hans. *Hystorische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: Schweitzer, 1974. p. 118.

⁹ Así GOLDSCHMIDT, James. Gegenentwurf zu den Abschnitten „Die Tat“ und „Täter und Teilnehmer“ des Strafgesetzentwurfs von 1919. *Jurist Wochenschr*, p. 252-258, 1922; cfr. ACHENBACH, Hans. Op. cit. p. 145. Tb. dice resumiendo GOLDSCHMIDT, James. Normativer Schuldbegriff... op. cit. p. 442: el no dejarse motivar por la representación del deber a pesar de su exigibilidad es contrariedad a deber (cit. por ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: Beck, 2006. v. 1, § 19/13; Id. *Derecho penal...* op. cit., § 19/11).

fue desarrollado ulteriormente por Hegler, que sostiene que en cuanto a su contenido material la reprochabilidad o posibilidad de reproche se basa en el dominio del hecho por el sujeto, en que el sujeto haya sido dueño del mismo en su disposición de ese modo¹⁰; y por Freudenthal, que amplía el concepto de inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) de conducta conforme a la norma como causa general (supralegal, aunque a veces legal) de exclusión de la culpabilidad¹¹. A partir de entonces la *teoría normativa de la culpabilidad se convierte con bastante rapidez en totalmente mayoritaria* en Alemania y fuera de ella y continúa siéndolo, aunque con muchas variantes en la concreta formulación de su fundamento o fundamentos y en cuanto al alcance de la exclusión de la reprochabilidad por inexigibilidad u otros motivos¹².

1.2 UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA INEXIGIBILIDAD

Aunque el concepto de inexigibilidad se concibe en sus inicios – Goldschmidt, Freudenthal – con carácter subjetivo, individual: circunstancias excepcionales o muy difíciles eliminan en el sujeto el poder evitar la comisión del hecho, sin embargo esos mismos autores a veces se refieren a que el ordenamiento en esas circunstancias no puede exigir normalmente a nadie el heroísmo u otro comportamiento, y manejan por tanto un concepto generalizador de inexigibilidad¹³. En el desarrollo doctrinal posterior fue más frecuente considerar que la concepción subjetivista de la inexigibilidad era peligrosa para la igualdad y la seguridad jurídica y defender por ello un concepto generalizador de inexigibilidad como

¹⁰ HEGLER, August. Op. cit. p. 184-197. Cfr. detalladamente al respecto ACHENBACH, Hans. Op. cit. p. 106 y ss.

¹¹ Cfr. FREUDENTHAL, op. cit. passim; tb. GOLDSCHMIDT, James. Normativer Schuldbegriff... op. cit. p. 428-442. Partiendo de que el poder individual del sujeto, de si había estado en situación y condiciones de actuar de otro modo, o sea conforme a las exigencias del Derecho, es presupuesto de la posibilidad de reproche, FREUDENTHAL, Berthold. Op. cit. p. 25 y ss., sostiene que no es reprochable y no merece pena “quien según las circunstancias del hecho no podía evitar su comisión”, bien por peligros para la existencia económica y social o por coacción amenazante que fuerza a infringir la norma, o, dicho en otros términos (7 y ss.), falta el poder y con ello el reproche de culpabilidad cuando para no cometer un delito “habría hecho falta una fuerza y capacidad de resistencia como normalmente no se puede exigir a nadie”.

¹² Sobre las diversas posiciones cfr. p.ej. JESCHECK, Hans Heinrich. **Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil**. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1988. p. 378 y ss., 454 y ss.; JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. Trad e ad. de direito espanhol por Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. p. 578 y ss. p. 653 y ss.; ROXIN, Claus. **Strafrecht...** Op. cit., § 19/18 y ss., § 22/1 y ss., 142 y ss.; Id. **Derecho penal...** Op. cit., § 19/16 y ss., § 22/ 1 y ss. p. 138 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Lecciones de Derecho penal: parte general**. 3. ed. amp. y rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 26/17 y ss. p. 28/20 y ss.

¹³ Cfr. las citas al respecto de GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL en notas 6-9 y 11.

causa (para algunos supralegal) de exculpación basada en la capacidad de motivación del hombre medio¹⁴. Por otra parte ha habido mucha discusión sobre si la inexigibilidad es una causa general, incluso supralegal, de exculpación, o, como argumentan otros, es inadmisibles por enormemente imprecisa e insegura y atentatoria contra la eficacia preventivo-general del Derecho penal, o si es admisible solamente como un simple principio regulativo¹⁵.

Sin embargo, desde Henkel se ha puesto de manifiesto, y así lo sostiene con razón parte de la doctrina, que la inexigibilidad es un criterio regulativo jurídico general, que además de en otros campos jurídicos en Derecho penal opera en los diversos elementos de la estructura general del delito; y que, si es *inexigibilidad sólo individual*, excluirá ciertamente la culpabilidad, pero si es *inexigibilidad general*, afecta a la antijuridicidad¹⁶.

Y personalmente, dando un paso más, he desarrollado la concepción de que, si se trata de no exigibilidad por circunstancias particulares de un sujeto concreto, es una mera *causa de inculpabilidad o de exculpación*¹⁷, pero que si se trata de *inexigibilidad*

¹⁴ Así p.ej. WEGNER, Arthur. **Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht**. 7. ed. Hamburg: Verlag, 1925 col. 581 y ss.; GOLDSCHMIDT, James. Normativer Schuldbegriff... op. cit. p. 448 y ss.; HENKEL, Heinrich. Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigen Recht. München: Beck, 1932. Cfr. al respecto ACHENBACH, Hans. Op. cit. p. 147 y ss.; tb. JESCHECK, Hans Heinrich. **Lehrbuch des Strafrechts...** op. cit. p. 454 (Id. Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal...** op. cit. p. 687), destacando que así se acogió en el § 25 del Proyecto 1930 de StGB y con cita tb. de jurisprudencia del RG acogiendo esa posición.

¹⁵ Cfr. sobre las diversas posiciones ACHENBACH, Hans. Op. cit. p. 143 y ss.; JESCHECK, Hans Heinrich. **Lehrbuch des Strafrechts...** op. cit. p. 454 y ss. (PG, 1981, p. 686 y ss.); ROXIN, Claus. **Strafrecht...** Op. cit., § 22/142 y ss.; Id. **Derecho penal...** Op. cit., § 22/138 y ss. La concepción de la exigibilidad e inexigibilidad como principio regulativo ha tenido desde HENKEL, Heinrich. Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip. **Festschrift für Mezger**, München und Berlin, p. 249-309. 1954, mucha aceptación.

¹⁶ Cfr. HENKEL, op. cit. p. 303 y ss.; siguiéndole ROXIN, Claus. „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafreditliche System-Kategorien. In: ROXIN, Claus; BRUNS, Hans-Jürgen; JÄGER, Herbert. **Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag**. Berlin; New York: W. de Gruyter, 1974. (p. 171 y ss.) p. 184; Problemas básicos del **Derecho penal**. Trad. e notas por Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 210 y ss., 221 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego. **Aspectos esenciales legítima defensa**. Barcelona: Bosch, 1978. p. 22 y s. Aceptando también que la exigibilidad puede operar dentro de la tipicidad y la antijuridicidad, SAINZ CANTERO, José A. **La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal**. Granada: Universidad de Granada, 1965. p. 65 y ss. p. 122 y ss.; Id. **Lecciones de Derecho penal: parte general**. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1990. p. 724 (p. 723 y ss.); CUELLO CONTRERAS, Joaquín. **El Derecho penal español: parte general**. 3. ed. Madrid: Dickinson, 2002, XI/281.

¹⁷ Uso los términos como sinónimos, porque no creo que haya que seguir estrictamente la distinción excusión de la culpabilidad o inculpabilidad / exculpación. Una parte importante de la doc. alemana divide las causas de inculpabilidad en “causas de exclusión de la culpabilidad” (*Schuldaussließungsgründe*) en sentido estricto, que serían los supuestos de inimputabilidad y el error de prohibición invencible, y “causas de exculpación o disculpa” (*Entschuldigungsgründe*), donde estarían las causas de inexigibilidad subjetiva como el estado de necesidad disculpante o impulsos pasionales asténicos como el miedo; la diferente denominación responde a la idea de que en las primeras está excluida de entrada la culpabilidad porque

general, o sea que no se puede, no se quiere o no conviene exigir a nadie en ciertas circunstancias que se abstenga de cometer un hecho, ello excluye la *antijuridicidad* o al menos la *antijuridicidad penal* o *tipicidad penal*. En efecto, hay que precisar que, si se trata de *inexigibilidad jurídica general*, entonces efectivamente excluirá toda la antijuridicidad y constituirá una *causa de justificación* supralegal; pero que puede haber supuestos en que jurídicamente (extrapenalmente) sí sea exigible abstenerse del hecho, pero no sea exigible bajo amenaza de pena a nadie tal comportamiento, porque no merezca la pena o no convenga exigir con tanta dureza la conducta totalmente correcta, sacrificada, solidaria, etc.: *inexigibilidad penal general*, que es una *causa de exclusión de la tipicidad penal* o del *injusto penal*, pero no de la responsabilidad jurídica extrapenal¹⁸.

Tal exigibilidad o no exigibilidad, general o individual, se decide conforme a criterios sociales y jurídicos – jurídicos generales o jurídicopenales –, unas veces plasmados expresamente en la ley, y otras derivados de principios generales jurídicos o jurídicopenales.

el sujeto inimputable o en error de prohibición invencible no podía actuar de otro modo o, según otro punto de vista, tiene totalmente excluida la posibilidad de motivación por la norma, pero en las segundas habría en principio posibilidad de culpabilidad ya que se podría actuar de otro modo, pero la dificultad situacional da lugar a la disculpa, a la comprensión e indulgencia: así JESCHECK, Hans Heinrich. **Lehrbuch des Strafrechts...** op. cit. [JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal:** parte general. Trad e ad. de direito espanhol por Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981], § 43 II; JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts:** Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker & Humblot, 1996 § 43 II; SCHONKE, Adolf Schonke et al. **Strafgesetzbuch:** Kommentar. 28. ed. München: C.H. Beck, 2010, antes del § 32 108 y s.; en la doc. española la recoge CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho penal español:** parte general. Tomo II. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1998. v. 6. p. 273, nota 121; **Curso de Derecho penal español:** parte general. Tomo III. Madrid: Tecnos, 2001. v. 2. p. 34, nota 89 (pero III, 34 y ss. prefiere llamarlas a todas causas de inculpabilidad); exponiendo meramente la distinción LUZÓN PEÑA, **Lecciones...** op. cit., 2016, p. 28. Cfr., aunque críticamente, ROXIN, Claus. **Strafrecht...** op. cit., § 19/56 y s.; **Id. Derecho penal...** Op. cit., § 19/48 y ss. En contra de esa bipartición SCHMIDHÄUSER, at Lb, 2. ed. 1975, 458 n. 1.

¹⁸ Esta distinción la he propuesto en trabajos anteriores desde LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Indicaciones y causas de justificación en el aborto. **Cuadernos de Política Criminal**, n. 36, p. 629-662, 1988; La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. **Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales**, v. 46, n. 1, p. 21-34, 1993.; en: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; MIR PUIG, Santiago (Ed.). **Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal**. Pamplona: Arazandi, 1995. p. 31 y s.; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; MIR PUIG, Santiago (Ed.). **Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal**. Pamplona: Arazandi, 1995, p. 989, p. 3552 y ss.; en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Dir.). **Enciclopedia Penal Básica**. Granada: Comares, 2002. p. 831 y ss. Y la he desarrollado ampliamente en diversos grupos de casos y con bastantes ejemplos primero en *Curso PG I*, 1. ed. 1996. p. 568 y ss., 648 y ss.; después en **Lecciones...** op. cit., 2012 y 2016, p. 20/50 y ss. p. 22/231 y ss., y desarrollando tb. la inexigibilidad penal individual en la culpabilidad y en todas las causas de exculpación en 26/40 y ss., 28/22 y ss. ROSO CAÑADILLAS, Miedo insuperable, en LUZÓN PEÑA, **Enciclopedia...** op. cit. p. 952 y s., comparte en general y para el miedo insuperable mi concepción de la “inexigibilidad penal individual” como fundamento de las causas de exculpación frente a la inexigibilidad jurídica general (causas de justificación) y la inexigibilidad penal general (causas de exclusión de la tipicidad penal), ya anticipada por mí en: **Curso derecho penal:** parte general. Madrid: Editorial Universitas, 1996. p. 568 y ss. p. 648 y ss.

2 LA EXCULPACIÓN POR INEXIGIBILIDAD PENAL INDIVIDUAL

2.1 LA CONCEPCIÓN PROPIA

A mi juicio, la formulación de la inexigibilidad dada por sus creadores (especialmente Goldschmidt y Freudenthal) y repetida habitualmente por la doctrina que acepta el criterio¹⁹, hay que matizarla para que sea un criterio general que, aunque precise ulteriores concreciones en el fundamento de las situaciones concretas, resulte adecuado para explicar de modo suficiente y coherente la no reprochabilidad de una conducta y por tanto la exclusión de la culpabilidad. Por una parte, como acabo de anticipar, es inexacto utilizar el baremo de la inexigibilidad general o al hombre medio para explicar la no culpabilidad o disculpa, sino que hay que partir como principio de la inexigibilidad subjetiva-individual (v.gr. por miedo subjetivamente insuperable)²⁰. Además tampoco se puede fundamentar la exculpación en la no exigibilidad sin más. No se puede decir que en situaciones anormales o extremas el Derecho no puede exigir al sujeto otra conducta, o argumentar que no se puede exigir el heroísmo, puesto que, cuando, por mucho que lo motive una situación de gran dificultad, se va a lesionar intereses superiores (preponderantes) a los salvaguardados y por eso jurídicamente no se permite hacerlo, es decir que no hay justificación, el ordenamiento ya no considera heroico, sino debido, cumplir esa prohibición, y por tanto el Derecho sí puede (lícitamente) exigir al sujeto cumplir la conducta ordenada o abstenerse de realizar la prohibida por mucho que sea difícil hacerlo. Así que en tales casos *sigue habiendo exigibilidad jurídica general. Pero subjetivamente no hay exigibilidad penal* frente a ese individuo en tales condiciones.

En efecto, lo que ocurre en estos supuestos es: 1º) Que, como ya hemos visto, la norma jurídico penal *fácticamente no puede motivar o determinar normalmente, sino con enormes dificultades*, al sujeto en una determinada situación especial o anómala; hay que precisar que no es que no se pueda motivar al sujeto y éste haya perdido totalmente su libertad, es que resulta en esas circunstancias extremas muy difícil, *sumamente difícil*

¹⁹ Cfr. supra I.1 y 2 y doctrina cit. en notas 6-9, 11-14.

²⁰ Así p.ej. he defendido (en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Lecciones...** op. cit., 2012 y 2016. p. 28/49-52), respecto de la causa de exculpación de miedo insuperable del art. 20, 6º, que como base de partida lo decisivo es la insuperabilidad subjetiva del miedo para el sujeto concreto en sus circunstancias concretas, aunque p.ej. sea una persona muy miedosa y en cambio el hombre medio normal pudiera superar perfectamente ese miedo; pero que excepcionalmente se puede utilizar a continuación el criterio de lo esperable del sujeto normal para en el caso concreto ampliar el concepto de lo insuperable en sujetos excepcionalmente duros y fríos.

motivarle al comportamiento jurídicamente correcto y por ello no es adecuado ni posible exigirselo bajo amenaza de pena y con un reproche criminal, porque desde luego tiene su libertad y capacidad de determinación enormemente coartada; resumidamente: suma dificultad motivacional para la exigibilidad jurídica individual significa e implica la posibilidad de inexigibilidad penal individual. Y 2º) ocurre que *normativamente* la situación anormal que produce la gran dificultad motivacional (como miedo o similar, obediencia a órdenes, parentesco próximo a la persona ayudada), jurídica y socialmente se *valora*, si no positivamente, *no de modo totalmente negativo* y se considera *humanamente entendible*. Por eso se *comprende*, se *explica* y se *disculpa* al sujeto si infringe la norma en una situación así, aunque la conducta siga estando objetivamente desvalorada, reprobada y prohibida (es decir, aunque jurídicamente se exija objetivamente a cualquier ciudadano no cometerla), y por ello se considera que *individualmente no le es penalmente exigible no cometerla*, es decir *no procede exigirselo bajo amenaza de pena y considerándolo un delincuente culpable* de la infracción. Por ello debe insistirse en que en el elemento culpabilidad la inexigibilidad no es sólo individual o subjetiva, frente a la inexigibilidad general-objetiva de la exclusión de la tipicidad y la antijuridicidad, sino que además no es inexigibilidad jurídica individual, ya que jurídicamente, en el conjunto del ordenamiento sí se exige al individuo, pese a la dificultad, no cometer la conducta ilícita y por eso su comisión es antijurídica, prohibida; en la (exclusión de) la culpabilidad se trata de *la inexigibilidad penal individual*²¹.

2.2 FUNDAMENTO

Su *fundamento* es, como se ha visto, *fáctico* (gran dificultad o cuasi imposibilidad de la motivación normal por razones situacionales extremas) y *normativo o valorativo* (valoración no negativa de la concreta dificultad motivacional situacional); y por ello la admisión de la inexigibilidad penal subjetiva como eximente se basa en el *principio de*

²¹ Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Curso de Derecho penal**. Madrid: Editorial Universitas, 1996. p. 568 y s.; **Lecciones...** op. cit., 2016, p. 28/22 y ss., tb 20/50, 26/40. ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Miedo insuperable In: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Dir.). **Enciclopedia Penal Básica**. Granada: Comares, 2002. p. 952 y s., comparte en general y para el miedo insuperable mi concepción de la “inexigibilidad penal individual” como fundamento de las causas de exculpación frente a la inexigibilidad jurídica general (causas de justificación) y la inexigibilidad penal general (causas de exclusión de la tipicidad penal), ya anticipada por mí en *Curso PG I*, 1996. p. 568 y ss. p. 648 y ss. Sin llegar a esas precisiones MORALES, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. **Comentarios el Código penal español**. 6. ed. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2011, p. 238 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo e MORALES PRATS, Fermín. **Parte general del derecho penal**. 4. ed. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2010. p. 594 y ss., sí que habla con claridad de que en la ausencia de culpabilidad por no exigibilidad, frente al extendido criterio objetivo-generalizador, se trata de inexigibilidad subjetiva o exigibilidad subjetiva, defendiendo (Coment, 238; PG, p. 595) un “fundamento que, en cualquier caso, reclama un juicio individual normativo anclado en el criterio de inexigibilidad subjetiva”.

eficacia o idoneidad y en el *principio de culpabilidad* – entendida conforme a la concepción normativa – con sus correspondientes fundamentos jurídico-constitucionales²².

2.3 SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON OTRAS CONCEPCIONES

La concepción propia aquí expuesta evidentemente constituye una perspectiva divergente en algunos aspectos de las opiniones usuales, pero ciertamente tiene algunos puntos de contacto y ciertas similitudes con otras concepciones defendidas en la doctrina. Es cierto que la precisión de que la inexigibilidad subjetiva ha de ser inexigibilidad penal, por lo que alcanzo a ver, no se encuentra entre los numerosos defensores de la inexigibilidad como base común de las causas de exculpación o disculpa. Pero en cuanto a los dos fundamentos materiales de la inexigibilidad penal individual sí que existen ciertas coincidencias con otros puntos de vista.

Respecto del fundamento fáctico de la inexigibilidad, es decir, la dificultad y disposición anormal de la situación que perturba una determinación normal por la norma, en general existe una coincidencia bastante amplia. Ya antes de la aparición de la idea de (in)exigibilidad Frank incluía – además de dolo e imprudencia – entre los elementos de la culpabilidad no sólo la disposición normal del autor, sino también la “disposición normal de las circunstancias en las que el autor obra” y por ello afirmaba que la culpabilidad desaparece en caso de disposición mental anormal y de configuración o disposición anormal de las circunstancias concomitantes, así ante una motivación anormal por estado de necesidad o por otras circunstancias reguladas legalmente²³. De ese modo estaba ampliando la idea de von Liszt de la normalidad de la determinabilidad o motivación como fundamento de la concurrencia o ausencia de ‘responsabilidad’ – una idea que sin embargo Liszt concentraba en la imputabilidad²⁴. Y desde la introducción del criterio de la exigibilidad o inexigibilidad por Goldschmidt y Freudenthal se repite tal caracterización²⁵, tanto entre los

22 Así LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Lecciones...** op. cit. 2012 y 2016, p. 28/24: fundamento material de la inexigibilidad penal subjetiva en el principio de efectividad y el de culpabilidad con su base constitucional. En general sobre los principios de efectividad y culpabilidad y sus respectivos fundamentos constitucionales cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Lecciones...** op. cit. 2012 y 2016, p. 21 y ss. p. 26.

23 Cfr. FRANK, op. cit. p. 12 y ss, p. 14 y s.

24 Cfr. LISZT, Franz von. **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge**, 2 Bde, Berlin, 1905. p. 43 y 85: la responsabilidad exige salud mental, o sea ubi “determinabilidad normal por motivos”; p. 48: “Quien reacciona de modo anormal, es decir, distinto al del hombre medio normal, no es imputable”.

25 Cfr. GOLDSCHMIDT, James. **Der Notstand, ein Schuldproblem...** p. 162 y ss.; p. 162: las causas de exculpación encuentran su fundamento “en una, por decirlo con Frank, ‘motivación anormal’, en un “motivo subjetivamente preponderante...”; FREUDENTHAL, op. cit. p. 7 y ss.; v. para más detalles supra notas 7-9, 11.

partidarios como entre los no partidarios de la inexigibilidad como fundamento material de las causas de exculpación. No obstante, las caracterizaciones divergen en cuanto al punto de si la configuración anormal de la situación por presión, necesidad, peligro etc. excluye o al menos perturba totalmente el poder o posibilidad de determinación por la norma, interpretación que era más usual en las primeras concepciones²⁶, o si por el contrario en muchos casos la motivabilidad sólo está considerablemente alterada y por ello en primer lugar sólo atenúa la culpabilidad, a lo que se suma una segunda atenuación o disminución de la culpabilidad por reducción del injusto debida a la salvación de otros bienes jurídicos en el estado de necesidad exculpante o por otros motivos valorados positivamente, lo que como resultado conduce a la exculpación: así la hoy dominante teoría de la doble disminución o atenuación de la culpabilidad²⁷. A mi juicio, las causas de inexigibilidad penal subjetiva a veces excuyen totalmente o de modo prácticamente total la determinabilidad por la norma, mientras que en otros casos dichas causas ciertamente sólo perturban muy profundamente esa determinabilidad normal, pero la valoración no negativa o no totalmente negativa de la situación permite la comprensión, indulgencia y disculpa del hecho. Por tanto, sentada esa salvedad (o sea, que a veces la motivabilidad normal está ya suprimida) es preferible la segunda concepción.

No es tan frecuente, en cambio, en la doctrina la exigencia adicional de algo similar a una valoración no negativa de la situación motivacional anormal, pero sí cabe mencionar algunos ejemplos en este sentido.

1) Así Goldschmidt sostuvo ya la opinión de que las causas de exculpación o disculpa, que implican una motivación anormal y excluyen la exigibilidad, hallan su fundamento en un “motivo subjetivamente preponderante y *aprobado*”²⁸. A mi juicio esto va demasiado lejos, pues el motivo y la situación motivacional no necesitan estar aprobados (ello se correspondería más bien con la posibilidad de una exclusión de la antijuridicidad o al menos de la tipicidad penal), sino que basta con que social e incluso jurídicamente tal situación no esté totalmente desaprobada o valorada negativamente

²⁶ Esto es especialmente claro p.ej. en FREUDENTHAL, op. cit. p. 7 y ss. p. 25 y ss.: es disculpable quien según las circunstancias del hecho no pudo evitar cometerlo.

²⁷ Cfr. con más detalles p.ej. BERNSMANN, Klaus. *Entschuldigung durch Notstand*, Köln, 1989. p. 204 y s.; ROXIN, Claus. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 4. ed. München: Beck, 2006. v. 1. [Id. **Derecho penal...** Op. cit.], 2006, § 22/9; SCHÖNKE, Adolf et al. **Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich**. 28. ed. 2010, antes del § 32 111.

²⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Der Notstand, ein Schuldproblem...** op. cit. p. 162. V. tb. supra nota 9; cfr. ACHENBACH, Hans. Op. cit. p. p. 118.

para que pueda ser considerada como disculpable. 2) Mucho más habitual es utilizar los calificativos “comprensible, entendible” o “explicable” y por ello excusable o disculpable para la comisión de un hecho en una situación muy difícil y anormal para el agente²⁹; pero la fundamentación – que no se suele explicitar – de que un hecho sea explicable o comprensible es por una parte la comprensión para con la debilidad humana ante una situación de necesidad, coacción o muy difícil por otras razones, y por otro lado el hecho de que se trate de una situación valorada no negativamente o al menos no de modo totalmente negativo. 3) Finalmente cabe hacer referencia a que la concepción de Roxin, según la cual la exclusión de la “responsabilidad” como categoría adicional tras la culpabilidad se basa en la falta de necesidades tanto preventivo generales como preventivo especiales de pena³⁰ – concepción que Schünemann, nuestro admirado homenajeado, comparte plenamente³¹, si bien parte de otra perspectiva, sin embargo materialmente coincide de modo bastante amplio con el punto de vista aquí defendido: pues si frente a una acción no existe ninguna necesidad preventiva (general ni especial), es seguro que esa acción no está valorada negativamente o al menos no de modo totalmente negativo. Pero mi concepción permite una exculpación más amplia: puede haber una valoración no negativa o no totalmente negativa, por una parte por razones (p.ej. éticas, sociales, antropológicas) primariamente distintas de las necesidades preventivas; y por otra parte la valoración de la situación puede no ser totalmente negativa incluso en casos de subsistir en principio una cierta aunque reducida necesidad preventiva.

²⁹ Tales calificativos se emplean con tanta frecuencia que no hacen falta las citas; a título de ejemplo cabe mencionar solamente a ROXIN, Claus. **Strafrecht...** Op. cit., § 22/33 (“motivo comprensible”, indulgencia), 88 (“lógico o comprensible”, “disculpable”), 30, 35, 50, 135 [ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit. p. 131] (“comprensión” en la opinión pública o en la colectividad).

³⁰ Concepción ya esbozada por ROXIN, Claus. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**. 2. ed. Berlin: W. de Gruyter, 1973, p. 33 y ss.; **Política criminal y sistema del Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1972. p. 67 y ss.; luego desarrollada por él a partir de su artículo en FS-Henkel, 1974. p. 182 y ss. = **Problemas básicos del derecho penal**. Madrid: Reus, 1976. p. 210 y ss.; FS-Bockelmann, 1979, p. 279 y ss.; Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 96 1984, 641 y ss.; SchwZStr 104 1987, p. 356 y ss.; JuS 1988, p. 425 y ss.; FS-Arth.Kaufmann, 1993, p. 519 y ss.; FS-Kaiser, 1998, p. 885 y ss.; FG-Brauneck, 1999, p. 385 y ss.; FS-Mangakis, 1999, p. 237 y ss.; y totalmente completada en AT I, 4. ed. 2006 [ROXIN, Claus. **Derecho penal...** Op. cit.], §§ 19-22.

³¹ Cfr. Schünemann en: SCHÜNEMANN (Ed.). **Grundfragen des modernen Strafrechtssystems**. Berlin; New York: W. de Gruyter, 1984. p. 169.

2.4 CRITERIOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA INEXIGIBILIDAD PENAL INDIVIDUAL SEGÚN LOS SUPUESTOS

La inexigibilidad penal individual o subjetiva, y la correlativa atenuación por menor exigibilidad penal individual, se decide conforme a criterios sociales y jurídico penales – ciertamente basados en valoraciones sociales –, unas veces en supuestos plasmados expresamente en la ley, y otras como eximentes supra legales derivadas del principio general jurídico-penal de exigibilidad/inexigibilidad penal individual y por ello análogas en su fundamento a las legales.

En las *causas de inexigibilidad penal subjetiva legalmente reconocidas*, aunque se atiende a la situación motivacional individual, hay muchas veces una *cierta generalización* y se puede producir una *presunción legal* de dicha inexigibilidad subjetiva: así sucede p.ej. en Derecho español en la exención personal para la embarazada en ciertos casos de aborto, en el encubrimiento de parientes próximos (*infra* III. 2); o en las regulaciones del estado de necesidad disculpante por peligro para la vida, integridad o libertad o del exceso en la legítima defensa por determinados estados afectivos en los sistemas que las recogen expresamente como eximentes; o en muchos casos de error de prohibición considerados como errores invencibles³² (pero no hay dicha generalización y presunción p. ej. en el miedo insuperable, donde el art. 20, 6º CP esp. o el 32.9 CP colomb. exigen la comprobación individual de la insuperabilidad).

En cambio, en los *supuestos de aplicación del criterio de la inexigibilidad penal subjetiva o individual como causa supralegal de exculpación* (*infra* IV) no hay generalización y presunción legal de inculpabilidad y por tanto ha de *constatarse en el sujeto y hecho concretos la concurrencia de tal situación de inexigibilidad*, aunque ciertamente el juez partirá de la constatación de que una dificultad situacional así generalmente produce o no a las personas enorme dificultad motivacional, que es además valorativamente entendible, pero habrá de confirmarlo en el sujeto concreto y hecho concreto.

³² Tb. se puede ver una cierta generalización de la inexigibilidad en el caso del error de prohibición invencible si, junto con un sector doctrinal en creciente avance, se va paulatinamente ampliando de modo más generoso el ámbito de la invencibilidad (cfr. ROXIN, Claus. **Strafrecht...** § 21/39; Id. **Derecho penal...** Op. cit., § 21/38; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López**. Dirigido por Carlos María Romeo Casabona. Granada: Comares, 1999. p. 358 y s.; El error sobre elementos normativos del tipo penal, 2008, 174 y s.).

3 SUPUESTOS DE INEXIGIBILIDAD (PENAL) INDIVIDUAL LEGALMENTE RECONOCIDOS

3.1 EN LA PARTE GENERAL

Ello se produce ya en la parte general de la mayoría de los CP, aunque los supuestos pueden ser distintos según las decisiones legislativas del correspondiente CP.

La inexigibilidad subjetiva es la base del legalmente denominado *estado de necesidad disculpante o exculpante* del § 35 StGB alemán: según este precepto en caso de peligro inminente para la vida, integridad corporal o la libertad se disculpa no sólo la salvación de un interés meramente algo superior pero no sustancialmente preponderante³³ o de un interés equivalente, sino incluso la salvación de un interés que, aunque se trate de la integridad o la libertad, sea de inferior valor al interés lesionado (por tanto superior). En cambio, en el art. 20, 5º CP esp. la exención sólo abarca la lesión como máximo de un interés equivalente, pero no la de un interés superior (“que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar”); la doctrina mayoritaria considera el estado de necesidad por conflicto entre intereses equivalentes o iguales como una causa de exculpación, aunque en vista de la existencia de una regulación unitaria de todo el estado de necesidad una parte considerable de la doctrina acepta que hay justificación o exclusión del injusto en todos los supuestos³⁴. Pero en todo caso la lesión de intereses superiores no encaja en el art. 20, 5º, por lo que la misma sólo podría disculparse de modo suprallegal por inexigibilidad si es comprensible o entendible por la necesidad para el sujeto de salvar (aunque sea inferior) un interés vital o sumamente importante propio o de una persona muy próxima (v. infra IV).

Exculpación por inexigibilidad individual a efectos penales es claramente el fundamento de la exención del *miedo insuperable*, que se reconoce dentro del catálogo de eximentes en el art. 20, 6º CP esp. 1995³⁵ (que a diferencia de los anteriores CP españoles

³³ A diferencia de lo que se interpreta o se regula expresamente en otros ordenamientos, en el § 34 StGB, de acuerdo con la doc. dom. alemana, para que el estado de necesidad sea justificante no basta que el interés salvado sea simplemente preponderante o superior al lesionado, sino que ha de ser “sustancialmente preponderante”: cfr. por todos ROXIN, Claus. **Strafrecht...** [Id. **Derecho penal...** Op. cit.], § 16/7.

³⁴ Cfr. por todos la exposición de las diversas posiciones en CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: B. de F., 2008. p. 577 y ss.; 9. ed. 2011. p. 17/21-24, subraya con especial énfasis que, a diferencia de la regulación del § 35 StGB, el art. 20, 5º CP no ampara la lesión de un interés superior.

³⁵ Para una exposición de las diversas posiciones cfr. VARONA, GÓMEZ, Daniel. **El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia**. Granada: Comares, 2000 p. 67 y ss.; Roso CAÑADILLAS, Miedo insuperable, en LUZÓN PEÑA (Dir.). **Enciclopedia...** op. cit. p. 951 y s.; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011. p. 24/17-24.

ya no exige que sea miedo de un mal igual o mayor, subjetivizando aún más la regulación) y en otros CP iberoamericanos – como en el art. 32. 9 CP colomb 2000³⁶ o el art. 34. 6 nicar. CP 2008; algo distinto en el art. 34.2 CP argentino³⁷. Otros Códigos limitan la operatividad de la exención por miedo a la disculpa del exceso en la *legítima defensa* cometido *por miedo o terror, conmoción, turbación o perturbación, pánico, espanto o susto*: así sucede en el § 33 del StGB alemán o en el art. 33, 2º CP portugués y lo hacía también excepcionalmente en Derecho español el art. 59 del CP 1928³⁸ (no los restantes CP españoles). Se exime pues en caso de exceso de una causa de justificación por afectos asténicos, y por cierto sin exigir que los mismos sean insuperables; y aunque, justamente por ese dato, un sector los entiende como causas personales de exclusión de la punibilidad, parece más correcto considerarlos como causas de exculpación por inexigibilidad subjetiva³⁹.

Pero, con carácter general o particular, se puede observar que normalmente los Códigos acogen como exculpantes bajo ciertas condiciones emociones, pasiones o los denominados “afectos”, pero normalmente que pertenezcan a los estados pasionales o afectos llamados “asténicos”, es decir, débiles o no violentos, pero no a los denominados “esténicos”, es decir, fuertes, violentos o agresivos⁴⁰ (el término proviene del griego “stenos”, fuerza), cómo la ira, furia o cólera, los celos, la venganza, etc. La influencia al menos debilitadora de la libertad de voluntad y sobre la capacidad de determinación por la norma podría ser ciertamente similar en unos y otros, pero sin duda a efectos de inexigibilidad penal y disculpa por comprensión hacia la conducta prohibida la valoración penal es más generosa con las emociones o pasiones de debilidad (hasta el punto de que en los CP que las incluyen en el exceso de la legítima defensa no se exige que su efecto sea insuperable o invencible), que con las violentas, que suscitan mayor preocupación y rechazo por su

³⁶ En el nº. 8 se reconoce también como eximente la “insuperable coacción ajena”.

³⁷ “El que obrare violentado [...] por amenazas de sufrir un mal grave e inminente”. Si violentado por esas amenazas muy graves supone o no un miedo insuperable es ciertamente interpretable.

³⁸ Así el art. 33, 2º CP portug.: el sujeto no será punido “si el exceso resultara de perturbación, miedo o susto no censurables”. El art. 59 del CP esp. 1928 disponía: “El exceso en la legítima defensa no será punible cuando resulte del terror, o del arrebato y obcecación del momento, atendidas las circunstancias del hecho, las del lugar en que se efectúe y las personas del agresor y el agredido”.

³⁹ Cfr. sobre el fundamento y requisitos de la exención en esos preceptos del StGB y del CP portugués, respectivamente, ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Beck, 2006. v. 1. [ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. v. 1], § 22/68 y ss.; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 2. ed. 2007. v. 1. p. 622 y ss.

⁴⁰ Así lo interpreta la doc. dom. alemana: cfr. ROXIN, Claus. **Strafrecht**... Op. cit. [ROXIN, Claus. **Derecho penal**... op. cit.], § 22/75 y s.; en contra HIRSCH, Hans-Joachim **Strafgesetzbuch**: Leipziger Kommentar. 11. ed. Berlin: W. de Gruyter, 2011. § 33 58 y ss., que cree que la “turbación”, aunque casi siempre la desencadena un estado pasional asténico, a veces puede producirla uno esténico como la justa cólera que pone fuera de sí.

peligrosidad⁴¹ y por tanto menor comprensión; en una emoción asténica, de debilidad o inseguridad, a diferencia de las pasiones o emociones esténicas o violentas, el sujeto no toma la iniciativa para hacer daño, sino que sólo reacciona asustado o confuso cuando siente la amenaza de un daño⁴²; y además, valorativamente en el exceso en la legítima defensa hay ya una disminución del injusto debido a que pese al exceso se defiende legítimos bienes jurídicos y el orden jurídico frente al injusto.

En algunos CP se admiten como eximentes algunos supuestos de *obediencia no debida*, que hay que entender disculpada, o incluso se puede encontrar una causa general de exculpación por inexigibilidad⁴³. Y para un sector ya la regulación del *error de prohibición* considerado normativamente invencible es un caso de exculpación o disculpa por inexigibilidad subjetiva⁴⁴.

⁴¹ En este sentido ROXIN, Claus. „Sdiuld“ und „Verantwortlidikeit“ als strafreditlidie System-Kategorien“. In: ROXIN, Claus; BRUNS, Hans-Jürgen; JÄGER, Herbert (Org.). **Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft**: Festschrift für Heinrich Henkel zum. 70 Geburtstag. Berlin; New York: W. de Gruyter, 1974. p. 189 = “Culpabilidad” y “responsabilidad” como categorías sistemáticas jurídico penales, en ROXIN, Claus. **Problemas básicos del Derecho penal**. Trad. e notas por Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976. p. 217, que también añade como argumento que, en cambio, quien se excede en la leg. defensa por un estado pasional asténico está socialmente integrado y no es necesaria tampoco la prevención general.

⁴² Dichos estados pasionales esténicos o violentos en el CP español no se recogen expresamente como eximentes, sino precisamente como atenuantes de la culpabilidad, concretamente la atenuante del art. 21,3. ed.: “obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semeiante”.

⁴³ Así En Portugal admite tb. el art. 37 CP la obediencia indebida disculpante como causa de exculpación para todos los funcionarios bajo el presupuesto de no conocer la ilicitud penal no evidente del hecho: “actúa sin culpabilidad el funcionario que cumple una orden sin conocer que ésta conduce a la práctica de un crimen, no siendo eso evidente en el cuadro de las circunstancias representadas por él”. Restringido al ámbito militar, en Alemania el § 5 de la Wehrstrafgesetz o Ley penal militar regula de modo similar ese caso de obediencia en error. Cfr. respectivamente DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 645 y ss.; ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Beck, 2006. v. 1, § 21/74; Id. **Derecho penal**... Op. cit., § 21/70. Peculiar es la regulación del art. 34. 10 CP nicar. 2008, que, tras otros supuestos concretos, recoge *con carácter general* una eximente de *inexigibilidad* de otra conducta: está exento quien “Realice una acción u omisión en circunstancias. en las cuales no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó”.

⁴⁴ Pues la exculpación está apoyada en una cierta generosidad normativa, más que en ausencia o exclusión absoluta de culpabilidad por total imposibilidad de motivación por la norma. Así p.ej. ROXIN, Claus. **Strafrecht**..., § 19/57; **Derecho penal**... op. cit. § 19/49; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. rev., ampl. e atual. Barcelona: PPU, 1994. p. 481 y ss., p. 489 y ss., 509 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 723 y ss.; LUZÓN PEÑA, **Lecciones**... op. cit. 2012 y 2016. p. 28/1, 4, 9 y ss.

3.2 EN LA PARTE ESPECIAL: EMBARAZADA, PARIENTES EN ENCUBRIMIENTO Y OTROS DELITOS

A diferencia de las anteriores causas legales de exculpación por inexigibilidad subjetiva previstas en la Parte general en principio para cualquier delito, existen otras causas de inexigibilidad individual ya en *la Parte especial*, es decir con alcance limitado sólo a algún delito o grupo de delitos.

Así en Derecho español se prevé *para el aborto*, por las mismas razones expuestas sobre el estado de necesidad disculpante, en la *eximente personal para la embarazada* en el caso del aborto por imprudencia grave conforme al art. 145 bis. 3 CP: “la embarazada no será penada a tenor de este precepto” (eximente personal que ya se preveía para la mujer en caso de incumplimiento de requisitos formales de las indicaciones del art. 417 bis.2 CP 1944/73⁴⁵, que ha estado vigente hasta la reforma de la regulación del aborto en el actual CP por LO 2/2010, de 3-3). E igualmente en la Parte especial se puede considerar como causa de exculpación por inexigibilidad subjetiva, dada la proximidad y la especial relación que supone el parentesco, la impunidad del *encubrimiento o favorecimiento entre parientes cercanos* del art. 454 CP (ya en el art. 18 CP 1944/73 y de los anteriores CP), eso sí, excluyendo el favorecimiento real lucrativo del favorecido del 451, 1⁹⁴⁶. Otra opinión mantiene que sería una causa personal de exclusión de la punibilidad por razones de política de protección familiar (similar a la impunidad personal de parientes próximos en delitos patrimoniales no violentos del art. 268) ya que el precepto no requiere comprobar una efectiva relación de afectividad entre los parientes⁴⁷. Es cierto que aquí la ley no requiere,

⁴⁵ Con esa regulación del art. 417 bis.2 del CP anterior ya defendía (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Indicaciones y causas de justificación en el aborto. **Cuadernos de Política Criminal**, n. 36, p. 629-662, 1988 = **Poder Judicial**, n. 13, p. 27-56, 1989.), de entre las posibles interpretaciones sobre su ubicación sistemática de la eximente – exclusión de la culpabilidad, causa personal de exclusión de la punibilidad, o incluso exclusión de la antijuridicidad – que era una causa de exculpación personal por razones de inexigibilidad individual dada la difícil o angustiada situación de la embarazada ante el hecho de una indicación.

⁴⁶ Cfr. ampliamente sobre ese y otros límites legales a la exculpación del encubrimiento de parientes CERESO MIR, José. **Curso de Derecho penal español**: parte general. Tomo III. Madrid: Tecnos, 2001. v. 2. p. 144-146; **Derecho penal...** op. cit. p. 865-867; tb. SAINZ CANTERO, José. **La exigibilidad...** op. cit. p. 128 y ss.; **Lecciones...** op. cit.,. 3. ed. 1990, 743 y s.

⁴⁷ Así lo mantienen desde SILVELA, Luis. **El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España**. Madrid: Manuel G. Hernández, 1879-1884, p. 252 y s. p. ej. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Comentarios al Código Penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946. p. 301; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Curso de derecho penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963. p. 407; CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Comentarios al Código penal**. Barcelona: Ariel, 1972. p. 944 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **El parentesco en Derecho penal**. 1973. 399 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Derecho penal, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1973. p. 217 y ss.; FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas de levantamiento de pena**. Valencia: Tirant lo

a diferencia de otras causas de exculpación, examinar la situación personal de dificultad motivacional para el pariente; pero parece más correcto pese a todo entender que prima el aspecto de enorme presión y dificultad motivacional para los parientes próximos ante la perspectiva de que su pariente sea capturado y sancionado por la justicia, lo que explica la disculpa por considerarse una situación de inexigibilidad⁴⁸ penal subjetiva y que en este caso se trata de una presunción legal *iuris et de iure* de no culpabilidad, que no admite prueba en contrario⁴⁹. Fuera del CP se pueden mencionar los supuestos de los arts. 261 y 416, 1º y 418 LECr, que reconocen, respectivamente, la no obligación de denunciar de determinados parientes próximos, o la de declarar de dichos parientes que se niegan a prestar testimonio o a contestar a alguna pregunta que pueda perjudicar en causa criminal a sus parientes, en los que la razón material de la exención en los correspondientes delitos contra la administración de justicia parece nuevamente la inexigibilidad individual⁵⁰.

Blanch, 2000. p. 186 y ss.; Sentencia del Tribunal Supremo español (STS) 24-4-1970; 25-1-1999; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 392, que, aun reconociendo que también es posible la perspectiva de la inexigibilidad, se inclinan más bien por la causa personal de exclusión de la pena; GONZÁLEZ RUS, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Sistema de Derecho penal español**: parte especial. Madrid: Dykinson, 2011. p. 1022 (aun reconociendo que por las relaciones de afecto no le es penalmente exigible al encubridor actuar de otra forma); tb. vacilante ANTÓN ONECA, José. **Derecho penal**. Tomo I. Madrid: Reus, 1949. p. 318 al mismo tiempo que la incluye entre las excusas absolutorias reconoce que hay inculpabilidad y presunción legal de inculpabilidad.

⁴⁸ Así, oponiéndose a considerarla excusa absolutoria, en el CP anterior (art. 18 CP 1944): Notas a MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. 2. ed. Trad e notas de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Edersa, 1946. v. 2. p. 6 y ss., p. 15 y s.; FERRER SAMA, Antonio. **Comentarios al Código penal**. Tomo II. Murcia: Sucesores de Nogués, 1947, 1947. p. 99 y ss.; ANTÓN ONECA, op. cit. p. 318 (aunque vacilante: al mismo tiempo la incluye entre las excusas absolutorias); NAVARRETE, José María. El encubrimiento entre parientes. **Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales**, v. 13, n. 2, p. 229-241, 1960.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo IV. Buenos Aires: Losada, 1962. p. 1012 y ss. (citando en 1013 la regulación en los CP iberoamericanos); SAINZ CANTERO, **La exigibilidad...** op. cit. p. 127 y ss.; **Lecciones...** op. cit. 3. ed. 1990, p. 743 y s.; CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**: parte general 18. ed. Barcelona: Bosch, 1981. p. 640, 685; QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La reforma penal de 1983**. Barcelona: Destino, 1983. p. 99; STS 24-2-1976. Ya en el CP actual CEREZO MIR, **Curso...** op. cit., 2001. p. 2001, p. 145; **Derecho penal...** op. cit. p. 866; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Derecho penal español**: parte general en esquemas. esquemas. 3. ed. 2011. p. 454.

⁴⁹ Así lo defienden p. ej. ANTÓN ONECA, op. cit. p. 318; QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES; MUÑOZ CONDE, op. cit. p. 99; SAINZ CANTERO, **Lecciones...** op. cit. p. 744; CEREZO MIR, **Curso...** op. cit., 2001. p. 145; **Derecho penal...** op. cit. p. 866; STS 24-2-1976. QUINTERO y SAINZ CANTERO cits. destacan acertadamente que en el caso de personas vinculadas con análoga relación de afectividad a los cónyuges –ampliación producida en el CP anterior en la reforma de 25-6-1983 – no hay tal presunción, sino que hay que probar efectivamente el vínculo afectivo.

⁵⁰ De modo que de modo que no incurrirán en delitos de omisión de denunciar (art. 450.2 CP), de desobediencia o denegación de auxilio (arts. 556 410 y ss.), de obstrucción a la justicia (art. 463) o incluso falso testimonio por silenciar hechos (art. 460). La razón material de la exención parece en efecto la

Y en Derecho alemán se discuten p.ej. los supuestos de omisión de denuncia contra parientes, el autoencubrimiento y el encubrimiento favoreciendo a un pariente o el incesto entre menores de edad⁵¹.

4 SUPUESTOS O CAUSAS DE INEXIGIBILIDAD PENAL INDIVIDUAL SUPRALEGALES O ANALÓGICAS

Cuando deriva de principios generales jurídicos, concretamente jurídico-penales, a saber, como hemos visto, el principio de eficacia o idoneidad y el principio de culpabilidad con sus correspondientes fundamentos jurídico-constitucionales – v. *supra* II. 1 b) in fine –, la inexigibilidad se puede configurar en diversos supuestos concretos como una *eximente suprallegal*⁵², o, si se prefiere, por analogía de significado material con las otras

inexigibilidad individual y por ello serían causas de exculpación, pero formalmente también podría sostenerse que son de justificación, por ejercicio de derecho al tener justa causa legal para abstenerse. Las considera causas de exculpación por inexigibilidad JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo IV. Buenos Aires : Losada, 1962. p. 1012 y ss. en los casos similares del Derecho italiano e iberoamericano. En cambio, p. ej. VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador et al. **Derecho penal**: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 973, en relación con el art. 463 CP habla de “justa causa para no comparecer” en los supuestos de los arts. 410 y ss. LECr; SANTANA VEGA, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). **Derecho penal**: parte especial. Tomo 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 789, 795 y s., considera expresamente causas de justificación en el falso testimonio omisivo y en la obstrucción por incomparecencia el ejercicio del derecho a no declarar contra parientes o a no comparecer en los casos de la LECr.

⁵¹ Cfr. al respecto ROXIN, Claus. **Strafrecht...**, § 22/134 y ss.; **Derecho penal...** op. cit., § 22/130 y ss.

⁵² Así FREUDENTHAL, op. cit. *passim*; GOLDSCHMIDT, James. *Normativer Schuldbegriff...* op. cit. p. 428 y ss.; MEZGER, Edmund. **Strafrecht**: ein Lehrbuch. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1949. p. 370 y ss.; **Tratado de Derecho penal**. Tomo II. 2. ed. Bogotá: Revista de Derecho Privado, 1946. p. 204 y ss.; 3. ed. 1957. p. 216 y ss.; SCHMIDT, Eberhard. “Anmerkung zu OGHBrZ”. **Süddeutsche Juristenzeitung**. Tübingen: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1949, col. 568. En la doc. española un sector la admite, y ya tempranamente: así RODRÍGUEZ MUÑOZ, Notas a Mezger, II, 2. ed. 1946. p. 182; 3. ed. 1957. p. 217; DÍAZ PALOS, Fernando. **Culpabilidad jurídico-penal**. Barcelona: Bosch, 1954. p. 90; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado VI, 1962. p. 983 y ss.; CUELLO CALÓN, op. cit. p. 563, mostrando simpatías, aunque dice que la enumeración cerrada de eximentes del CP y la jurisprudencia que así lo interpreta dificultan su admisión por los tribunales; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; HUERTA TOCILDO, Susana. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Madrid: Rafael Castellanos, 1986. p. 365 y ss. p. 371; BUSTOS, op. cit. p. 481 y ss., que basa toda la culpabilidad en la exigibilidad; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 693; MELENDO PARDOS, Mariano. **El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad**. Granada: Comares, 2002. p. 634 y ss. *passim*, concibiendo la culpabilidad como exigibilidad; Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos. 2002. p. 880.. La admiten como causa de exculpación suprallegal en los delitos imprudentes y en los de omisión dolosos, no en los comisivos dolosos (coincidiendo con parte de la doc. alemana), CERESO MIR, José. **Curso...** op. cit., 2001, p. 138

causas legales de exculpación, eximente que es admisible, puesto que no se vulnera el principio de legalidad penal⁵³ y en cambio se contribuye a dar una solución justa a cada caso acorde con las valoraciones generales del Derecho o las peculiares del Derecho penal. Tal eximente supralegal puede apreciarse judicialmente, igual que es posible en casos

y s.; **Derecho penal...** op. cit. p. 859 y s.; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. **El Derecho penal español:** parte general. 3. ed. Madrid: Dickinson: 2002, XI/309, como idea regulativa en esos delitos imprudentes y omisivos, y XI 321 (sobre todo pp. 1155 y s.) tb. para algunos otros casos concretos comisivos dolosos pero más alejados del peligro para bienes jurídicos fundamentales o a veces contra bienes supraindividuales. No obstante, buena parte de la doctrina la rechaza como causa general de exclusión de la culpabilidad: En la doc. alemana cfr. JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts...** Op. cit. p.504 y s.; sólo la admiten en los delitos imprudentes y en los omisivos, pero no en los comisivos dolosos WELZEL, Hans. **El nuevo sistema de Derecho penal:** una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona: Ariel, 1964. p. 126 y s.; HIRSCH, Hans-Joachim et al. **Strafgesetzbuch:** Leipziger Kommentar Grosskommentar, Berlin; New York: W. de Gruyter . 1994, antes del § 32, nm. 196 y ss. Matizada la distinción de Roxin, con la que sustancialmente coincide: ROXIN, Claus. **Strafrecht...**, § 22/142 y ss.; Id. **Derecho penal...** op. cit., § 22/138 y ss., en principio rechaza junto con la doc. mayor. la posibilidad de un causa supralegal general y vaga de exculpación o disculpa por inexigibilidad, pero a continuación (**Strafrecht...** op. cit., § 22/145-169; **Derecho penal...** op. cit., § 22/141-156), admite la causa supralegal de exclusión de la responsabilidad (en su terminología) en supuestos claramente perfilados: v. *infra* al final de este apartado; similar JAKOBS, Günther. **Strafrecht:** Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch. Berlin: Gruyter, 1991 (**Derecho penal:** parte general – fundamentos y teoría de la imputación. 2. Madrid: Marcial Pons, 1997), 20/43 y s., 20/20 y ss., 39 y ss. Sobre la doc. española que rechaza la inexigibilidad como eximente supralegal, incluso en supuestos concretos (que no es lo mismo que admitir una eximente supralegal general) cfr. SAINZ CANTERO, **La exigibilidad...** op. cit. p. 117 y ss.; MIR, Adiciones a Jescheck, Tratado PG, 1981. p. 690. Aunque mayoritariamente se admite la inexigibilidad como fundamento de las causas de exculpación y como principio regulativo para interpretarlas: así p. ej. SAINZ CANTERO, José A. **La exigibilidad...** op. cit. p. 117 y ss.; Id. **Lecciones...** op. cit. p. 1990. p. 715 y ss.; RODRÍGUEZ DEVEESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. **Derecho penal español:** parte general, 18. ed. Madrid: Dykinson, 1995. p. 641 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. cit. p. 454; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal:** parte general. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011. p. 24/12, que tb. se opone a considerarla como eximente por analogía por suponer situaciones de menor intensidad que las causas de inexigibilidad legalmente admitidas, el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable. A esto cabe replicar que lo característico de cualquier eximente por analogía no es que sea idéntica en presupuestos, estructura o efectos a las eximentes legales sino precisamente que sea análoga en su fundamento y significado a otras eximentes legales, y precisamente la doc. mayoritaria considera que todas o la mayoría de las causas de exculpación se basan en la inexigibilidad; pues bien, sí puede haber *supuestos concretos*, como los mencionados *infra*, de *gravísima dificultad motivacional y consiguiente inexigibilidad penal individual análoga o idéntica* a los legalmente previstos, y en los que por ello proceda apreciar *concretas causas supralecales de exculpación*. En la doc. iberoamericana ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de **Derecho penal:** parte general. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1982. p. 109 y ss. 183 y ss., y ZAFFARONI; Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit. 2002; 2000. p. 643 y ss. p. 691 y ss., mantiene que la inexigibilidad no es una causa supralegal de inexigibilidad, sino la naturaleza última y común a todas las causas de inculpabilidad.

⁵³ Cfr. mi fundamentación en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Lecciones...** op. cit. 2012 y 2016. p. 5/20 y s. p. 67, p. 21/34.

de inexigibilidad jurídica general – causa de justificación –, como sólo de inexigibilidad penal general – causa de atipicidad penal –⁵⁴, ahora como supuestos concretos de circunstancias de inexigibilidad (penal) individual, es decir como *causa de exculpación o de disculpa*. Pero hay que destacar que se trata de *supuestos concretos*, como los mencionados a continuación, de *gravísima dificultad motivacional análoga o idéntica* a la de los legalmente previstos, y en los que por ello proceda apreciar *concretas causas supralegales de exculpación por inexigibilidad penal individual*, que *no es concebir sin límites y de modo difuso la inexigibilidad penal individual como genérica causa supralegal de exculpación*. Como no hay reconocimiento legal de la disculpa, en estos casos no hay presunción ni generalización a priori de la situación disculpante, sino que el juez habrá de comprobar en el caso concreto la situación de inexigibilidad penal para ese individuo en ese hecho, o sea la imposibilidad o enorme dificultad de la motivación conforme a la norma de ese sujeto ante una circunstancia o situación muy especial que suponga para él un contramotivo poderoso y comprensible para incumplir o infringir la prohibición o el imperativo.

A ese respecto hay que insistir en que la no reprochabilidad penal por ser comprensible, entendible o disculpable la situación subjetiva supone no sólo que fácticamente sea fuerte el contramotivo que perturbe o dificulte la motivabilidad por la norma, sino que normativa y valorativamente tal motivo no se considere claramente negativo, sino como algo, aunque jurídicamente no plenamente correcto, no totalmente reprobable por ser humanamente explicable y comprensible en la situación concreta y por ello no exigible penalmente al sujeto.

Como *supuestos* de causas supralegales de inexigibilidad penal individual pueden mencionarse, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes: supuestos de obediencia no debida disculpante ante órdenes no vinculantes pero coaccionantes, tanto en el ámbito funcional como en el empresarial, o de actuación en conflicto de conciencia no amparada por una causa de justificación como puede ser un derecho de objeción de conciencia, pero disculpante (a diferencia de la valoración totalmente negativa de la delincuencia por convicción y su consiguiente no exculpación), o en Derecho español el estado de necesidad sólo exculpan por tratar de salvar intereses vitales propios o de personas muy próximas pese a lesionar un interés superior, o sea mal causado mayor

⁵⁴ Así, *Ibidem*. p. 20/51 y ss. p. 22/150 y ss.

que el que se trata de evitar, supuesto no cubierto por la regulación legal⁵⁵. Y la doctrina plantea otros diversos grupos de casos que según la concepción mayoritaria no están cubiertos por estado de necesidad pero sí pueden eximirse por inexigibilidad individual como supuestos de causa supralegal de exculpación⁵⁶.

⁵⁵ Sobre mi posición respecto de todos esos grupos de casos cfr. más detalladamente LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Lecciones...** op. cit. 2012 y 2016. p. 28/58-61, p. 55-57. Más ampliamente sobre la exculpación y la justificación de la actuación en conciencia cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. **InDret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1, p. 1-22, jan. 2013.; tb. En LUZÓN PENA, Diego Manuel. Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. In: VELÁSQUEZ, Fernando et al. (Coord.). **Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado**: libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur (Tomo II). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013. p. 1649 y ss. y LUZÓN PENA, Diego Manuel. Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. In: MARTÍNEZ MORÁN, Narciso; MARCOS DEL CANO, Ana María; JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael (Coord.). **Derechos humanos**: problemas actuales. Estudios en homenaje al profesor Benito de Castro Cid. Tomo 2. Madrid: Universitas, 2013. p. 597 y ss.; Die Berufung auf das Gewissen im spanischen Recht (Recht auf Gewissenstat und Verweigerung aus Gewissensgründen als Rechtfertigungsgrund im spanischen Recht). In: SCHULZ, Lorenz (Herg.). **Festschrift für Imme Roxin**. Verlag: C. F. Müller, 2012. p. 757-756.; Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im vergleich zur Strafbarkeit der Überzeugungstat. In: ZÖLLER, Mark A. et al. (Herg.). **Gesamte Strafrechtswissenschaft in Internationaler Dimension**: Festschrift für Wolter. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 43-438.

⁵⁶ Cfr. ampliamente la exposición de doc. y jurisprudencia y de la posición propia en ROXIN, Claus. **Strafrecht...**, § 22/142 y ss.; Id. **Derecho penal...** op. cit., § 22/138 y ss., donde rechaza la posibilidad de un causa supralegal general y vaga de exculpación o disculpa por inexigibilidad, pero en "Strafrecht: Allgemeiner Teil", § 22/145-169; "Derecho penal: parte general", § 22/141-156, admite la causa supralegal, para él de exclusión de la responsabilidad, en supuestos claramente perfilados en donde falte la necesidad preventiva de pena, examinando los de "comunidad de peligro" para sus vidas en que se encuentran múltiples personas, que induce a terceros a elegir el sacrificio de algunos para salvar a otros muchos (como en los médicos que colaboraron en "eutanasias" en campos de concentración nazis para salvar a otros muchos prisioneros, o el derribo de aviones secuestrados por terroristas para lanzarlos contra zonas muy pobladas), en la "elección del mal menor" en el homicidio de un hombre para salvar a muchos con más posibilidades de supervivencia, o en la práctica o amenaza de tortura, prohibida como medio de estado de necesidad por vulnerar la dignidad humana, para salvar vidas de secuestrados cuyo paradero se ignora. Con bastante anterioridad examina un elenco (aunque no tan amplio) de supuestos supralecales de exculpación por inexigibilidad JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado VI, 1962, 985 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, Hans. **Hystorische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre**. Berlin: Schweitzer, 1974.
- ANTÓN ONECA, José. **Derecho penal**. Tomo I. Madrid: Reus, 1949.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. **El parentesco en Derecho penal**. 1973. 399 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Derecho penal, Universidad Autonoma de Madrid, Madrid, 1973.
- BERNSMANN, Klaus. **Entschuldigung durch Notstand**. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymann, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. rev., ampl. e atual. Barcelona: PPU, 1994.
- CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho penal español**: parte general. Tomo II. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1998. v. 2.
- _____. **Curso de Derecho penal español**: parte general. Tomo III. Madrid: Tecnos, 2001. v. 2.
- _____. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: B. de F., 2008.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). **Derecho penal**: parte especial. Tomo 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Comentarios al Código penal**. Barcelona: Ariel, 1972.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**: parte general. 18. ed. Barcelona: Bosch, 1981.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquin. **El Derecho penal español**: parte general. 3. ed. Madrid: Dickinson, 2002.
- _____. **El derecho penal español**: parte general. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DÍAZ PALOS, Fernando. **Culpabilidad jurídico-penal**. Barcelona: Bosch, 1954.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. **Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López**. Granada: Comares, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Derecho penal español**: parte general en esquemas. esquemas. 3. ed. 2011.
- FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas de levantamiento de pena**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- FERRER SAMA, Antonio. **Comentarios al Código penal. Tomo II**. Murcia: Sucesores de Nogués, 1947. v. 2.

- FRANK, Reinhard von. Über den Aufbau des Schuldbegriffs. Berlin: BWV Verlag, 1907.
- FREUDENTHAL, Berthold. **Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht**. Tübingen: Mohr, 1922.
- GOLDSCHMIDT, Hans. **El nuevo sistema de derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona: Ariel, 1964.
- GOLDSCHMIDT, James. Normativer Schuldbegriff. **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1930.
- _____. **Der Notstand, ein Schuldproblem**: mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz. Eien: Manz, 1913.
- _____. Gegenentwurf zu den Abschnitten „Die Straftat“ und „Täter und Teilnehmer“ des Strafgesetzentwurfs von 1919, **Jurist Wochenschr**, p. 252-258, 1922.
- HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 36, n. 1, p. 184-232, jan. 1915.
- HENKEL, Heinrich. Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigen Recht. München: Beck, 1932.
- _____. Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip. **Festschrift für Mezger**, München und Berlin, p. 249-309, 1954.
- HIRSCH, Hans-Joachim et al. **Strafgesetzbuch**: Leipziger Kommentar. 11. ed. Berlin: W. de Gruyter, 2011.
- HIRSCH, Hans-Joachim et al. (Org.). **Strafgesetzbuch**: Leipziger Kommentar Grosskommentar. Berlin; New York: W. de Gruyter, 1994.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: M. Pons, 1997.
- _____. **Lehrbuch des Strafrechts**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.
- Allgemeiner Teil. Die
- _____. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad e ad. de direito espanhol por Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.
- JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Trad e ad. de direito espanhol por Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.
- JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts**: Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo IV. Buenos Aires: Losada, 1962.
- LISZT, Franz von. **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge**. Berlin: Guttentag, 1905.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. In: VELÁSQUEZ, Fernando et al. (Coord.). **Derecho penal y crítica al poder punitivo del estado**: libro homenaje a Nodier Agudelo Betancur. Bogotá: Ibáñez, 2013. v. 2.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción.

InDret: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1, p. 1-22, jan. 2013.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Aspectos esenciales legítima defensa**. Barcelona: Bosch, 1978.

_____. **Curso de derecho penal**: parte general. Madrid: Universitas, 1996.

_____. Die Berufung auf das Gewissen im spanischen Recht. In: SCHULZ, Lorenz (Herg.).

Festschrift für Imme Roxin. Verlag: C. F. Müller, 2012. p. 757-756.

_____. (Dir.). **Enciclopedia Penal Básica**. Granada: Comares, 2002.

_____. Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im Vergleich zur Strafbarkeit

der Überzeugungstat. In: ZÖLLER, Mark A. et al. (Herg.). **Gesamte Strafrechtswissenschaft in Internationaler Dimension**: Festschrift für Wolter. Berlin: Duncker & Humblot, 2013

_____. Indicaciones y causas de justificación en el aborto. **Cuadernos de Política Criminal**, n. 36, p. 629-662, 1988.

_____. Indicaciones y causas de justificación en el aborto. **Poder Judicial**, n. 13, p. 27-56, 1989.

_____. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. **Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales**, v. 46, n. 1, p. 21-34, 1993.

_____. **Lecciones de Derecho penal**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

_____. **Lecciones de Derecho penal**: parte general. 3. ed. amp. y rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; MIR PUIG, Santiago (Ed.). **Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 1995.

MELENDO PARDOS, Mariano. **El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad**. Granada: Comares, 2002.

_____. Observaciones sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad y el principio de inexigibilidad. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos. 2002. p. 880.

MEZGER, Edmund. **Strafrecht**: ein Lehrbuch. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1949.

_____. **Tratado de Derecho penal**. Tomo II. 2. ed. Bogotá: Revista de Derecho Privado, 1946.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Sistema de Derecho penal español**: parte especial. Madrid: Dykinson, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NAVARRETE, José María. El encubrimiento entre parientes. **Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales**, v. 13, n. 2, p. 229-241, 1960.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; HUERTA TOCILDO, Susana. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Madrid: Rafael Castellanos, 1986.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Comentarios al Código Penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946.

_____. **Curso de derecho penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. **Comentarios el Código penal español**. 6. ed. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2011.

_____. **Parte general del derecho penal**. 4. ed. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La reforma penal de 1983**. Barcelona: Destino, 1983.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. **Derecho penal español**: parte general. 18. ed. Madrid: Dykinson, 1995.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Miedo insuperable In: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Dir.). **Enciclopedia Penal Básica**. Granada: Comares, 2002. p. 950-954.

ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Madrid: Reus, 1976.

ROXIN, Claus. „Schuld“ und „Verantwortlidikeit“ als strafreditlidie System-Kategorien. In: ROXIN, Claus; BRUNS, Hans-Jürgen; JÄGER, Herbert. **Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft**: Festschrift für Heinrich Henkel zum. 70 Geburtstag. Berlin; New York: W. de Gruyter, 1974.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

_____. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**. 2. ed. Berlin: W. de Gruyter, 1973.

_____. **Política criminal y sistema del Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1972.

_____. **Problemas básicos del Derecho penal**. Trad. e notas por Diego-Manuel Luzon Peña. Madrid: Reus, 1976.

_____. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. Tomo 1. 4. ed. München: Beck, 2006. v. 1.

SAINZ CANTERO, José A. **Lecciones de Derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1990.

SAINZ CANTERO, José A. **La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal**. Granada: Universidad de Granada, 1965.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 2. ed. Tübingen: JCB Mohr, 1975.

SCHMIDT, Eberhard. Anmerkung zu OGHBrZ. **Süddeutsche Juristenzeitung**. Tübingen: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1949.

SCHÖNKE, Adolf et al. **Strafgesetzbuch**: Kommentar. 28. ed. München: C.H. Beck, 2010.

SCHÜNEMANN (Ed.). **Grundfragen des modernen Strafrechtssystems**. Berlin; New York: W. de Gruyter, 1984.

SILVELA, Luis. **El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España**. Madrid: Manuel G. Hernández, 1879-1884.

VARONA GÓMEZ, Daniel. **El miedo insuperable**: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia. Granada: Comares, 2000.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador et al. **Derecho penal**: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

WEGNER, Arthur. **Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht**. 7. ed. Hamburg: Verlag, 1925.

WELZEL, Hans. **Das deutsche Strafrecht**. 11. ed. Berlin: W. de Gruyter, 1969.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho penal**: parte general. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

