

SOBRE LA PERPETUACIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL INSOSTENIBLE DEL MIEDO INSUPERABLE. Análisis de su aplicación por la Audiencia Provincial de Madrid en delitos de tráfico de drogas

MARÍA MARTÍN LORENZO *

Profesora Titular interina de Derecho penal. UCM

Sumario

1. Presentación de las resoluciones comentadas.—**2. Configuración jurisprudencial y aplicación de la eximente de miedo insuperable del art. 20.6º CP.**—2.1. Régimen jurisprudencial de la eximente de miedo insuperable del art. 20.6º CP.—2.2. Aplicación de la eximente en las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero y 13 de febrero de 2003.—**3. Insostenibilidad de la construcción jurisprudencial.** 3.1.—La inconsistencia dogmática de la doctrina jurisprudencial sobre el miedo insuperable.—3.1.1. La necesidad de la acción.—3.1.2. La proporcionalidad.—3.2. La arbitraria aplicación judicial de la eximente como consecuencia de la falta de una doctrina jurisprudencial firme y coherente.—**4. Conclusiones.**

1. Presentación de las resoluciones comentadas

El objeto del presente comentario es el examen de algunas resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid en las que se plantea la concurrencia de la circunstancia eximente de miedo insuperable del art. 20.6º CP. Todas ellas se ocupan de conductas consti-

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I + D del Ministerio de Ciencia y Tecnología, BJU2003-06687.

tutivas de un delito contra la salud pública realizado por temor. La elección de las tres variables, sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, miedo insuperable y delitos de tráfico de drogas, pretende facilitar la labor de evaluar la aplicación de la eximente de miedo insuperable y, a la postre, hacer patente su inconsistencia.

En concreto, el comentario se va a centrar en el análisis de dos sentencias recientes de la Audiencia Provincial de Madrid, cuyos hechos probados se reproducen a continuación, pero teniendo en cuenta otros cinco casos de similares características¹:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero de 2003 (Sección 7.ª, ponente : Núñez Galán, RAJ 179917):

«Miguel Ángel, nacido el 13 de septiembre de 1966, con pasaporte colombiano, sin antecedentes penales, el día 26 de Junio del 2002, llegó al Aeropuerto Madrid-Barajas procedente de Bogotá, y llevando consigo un billete de vuelo de la Cía. Iberia con itinerario Bogotá-Madrid-Santander-Madrid-Bogotá a su nombre, portando una bolsa de deportes en cuyo interior, entre otros efectos, se hallaron cuatro botes de conservas y doce libros en los que se encontraron 5.884 gramos de cocaína con una riqueza del 71% y un valor aproximado de 371.426 euros.

Asimismo se intervinieron 1949 dólares americanos, de su propiedad, ya que su esposa D.ª Paula había suscrito un préstamo con D.ª María Purificación, al objeto de conseguir dinero para sufragar los gastos de este viaje y para ello firmó como garantía una letra de cambio.

Miguel Ángel recibió una carta señada y firmada por el Sexto Frente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias Colombianas (FARC), en la que se le solicitaba realizara un viaje portando droga, como medio de evitar algún mal entre su «querida esposa y sus tres adorados niños, dos de los cuales estudian en la escuela Absalón Fernández de Soto», efectuando el procesado el viaje ante el temor de que en caso contrario, ejecutarán algún mal sobre su familia.»

La Audiencia condenó a Miguel Ángel como autor de un delito contra la salud pública de sustancia gravemente perjudicial para la salud y en cantidad de notoria importancia de los arts. 368 y 369.1.3.º CP, concurriendo la eximente incompleta de miedo insuperable de

¹ Las sentencias que se van a considerar son las siguientes: SAP Madrid 1 oct. 1998, Sección 5ª, ponente: Pereda Rianza (RAJ 4484); SAP Madrid 3 oct. 2000, Sección 23ª, ponente: Pereda Espinosa (RAJ 2001, 20327); SAP Madrid 19 jun. 2001, Sección 3ª, ponente: Silva Castaño (RAJ 266652); SAP Madrid 24 abr. 2002, Sección 7ª, ponente: Núñez Galán (RAJ 239486); SAP Madrid 24 oct. 2002, Sección 1ª, ponente: de la Mata Amaya (RAJ 2003, 62768); SAP Madrid 15 ene. 2003, Sección 7ª, ponente: Núñez Galán (RAJ 179917); SAP Madrid 13 feb. 2003, Sección 6ª, ponente: Serrano Gassent (RAJ 180471) y la STS 17 jun. 2004, ponente: Abad Fernández (RAJ 4799), que casa esta última.

los arts. 21.1.^a y 20.6.^o CP, a la pena de 6 años de prisión (pena inferior en un grado en su punto medio), con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo y multa de 380.000 euros.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de febrero de 2003 (Sección 6.^a, ponente: Serrano Gassent, RAJ 180471):

«La procesada Inés, mayor de edad, sin antecedentes penales y madre de dos hijas, es una persona adicta a la heroína y cocaína, sustancias que viene consumiendo en cantidades elevadas desde el año 1990 aproximadamente, siendo sus proveedores habituales un grupo de iraníes. Su marido falleció a consecuencia de su adicción a las drogas, quedándole como medio de vida la pensión de viudedad, así como las pensiones de orfandad que percibían sus hijas, siendo también ayudada por su familia.

En el año 2000 la procesada empezó a tener deudas con sus proveedores de heroína pues no tenía dinero suficiente para pagar la droga que consumía, teniendo que acceder a los deseos sexuales de éstos para satisfacer su consumo, hasta que en momento dado la deuda alcanzó una cuantía considerable, reclamándole los iraníes el pago de la misma. Como la procesada no podía hacer frente a la deuda, estas personas, que no han podido ser identificadas, empezaron a amenazarla de muerte, así como a sus hijas, que también recibieron amenazas de secuestro, amenazas que se realizaban por medio del teléfono, del portero automático de su vivienda o bien en el interior de ésta. Por esas fechas el hermano de su amigo Constantino, que también era adicto, y que también debía dinero a los iraníes por la droga suministrada, desapareció sin que hasta la fecha haya sido localizado. Como la procesada no pagaba la deuda, al carecer de dinero, le propusieron realizar un transporte de heroína hasta Tenerife, como medio de satisfacer la deuda, al tiempo que el acoso y las amenazas de muerte aumentaron.

Incapaz de resistir las amenazas de muerte sobre su persona y de muerte y secuestro de sus hijas, y a la vista de lo que le había pasado al hermano de su amigo, y temerosa de que a sus hijas les pudiera pasar lo mismo, la procesada no tuvo más remedio que aceptar el encargo de transportar heroína hasta Tenerife, para lo que le entregaron tres paquetes que contenían la droga. Y así el día 11 de Noviembre de 2000, sobre las 9,30 horas, la procesada fue al Aeropuerto de Madrid-Barajas para coger el vuelo con destino a Tenerife, portando los referidos paquetes adheridos a su cuerpo con un body, siendo detenida por agentes de la Guardia Civil que le ocuparon los tres paquetes que contenían una sustancia, que una vez analizada resultó ser heroína, con un peso, respectivamente, de 492,5 gramos y una riqueza del 45,8%, 506,9 gramos y una riqueza del 49,6% y 497,2 gramos y una pureza del 47,2%, siendo su valor en el mercado de 24.309.127 pesetas (146.100,80 euros).

A la procesada le ocuparon 150.000 pesetas y 5.300 francos franceses, dinero entregado por los iraníes para realizar el viaje hasta Tenerife.

La adicción a la heroína y cocaína que tenía la procesada limitaba de forma ligera sus facultades intelectivas, y sobre todo, las volitivas, presentando síndrome de abstinencia moderado cuando fue ingresada en el centro penitenciario el día 12 de Noviembre de 2000.»

La Audiencia condenó a Inés como autora de un delito contra la salud pública de sustancia gravemente perjudicial para la salud y en cantidad de notoria importancia de los arts. 368 y 369.1.3.º CP, con la concurrencia de la eximente incompleta de miedo insuperable del art. 21.1.ª y 20.6.º CP y la atenuante de drogadicción del art. 21.2.ª CP, imponiendo la pena inferior en un grado en su cuantía mínima (4 años y 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo y multa de 78.000 euros).

La sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo (TS en adelante) por la defensa, entre otro motivos, por entender que debiera haberse apreciado la eximente completa de miedo insuperable del art. 20.6.º CP y la eximente incompleta de drogadicción de los arts. 21.1.ª y 20.2.º CP. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso y casó la sentencia (STS de 17 de junio de 2004, ponente: Abad Fernández, RAJ 4799), apreciando la atenuante de drogadicción como muy cualificada, por lo que impuso la pena inferior en dos grados en su mínima extensión (2 años y 3 meses de prisión y multa de 37.000 euros).

Como puede advertirse fácilmente, los dos supuestos presentan claras similitudes. Desde la perspectiva de los hechos, en ambos casos se realiza un transporte de cierta cantidad de droga por vía aérea. Por otro lado, los dos acusados actúan tras recibir amenazas serias que pretenden persuadirles de que realicen el porte de droga². A su vez, la calificación jurídica efectuada por la Audiencia Provincial de Madrid, Secciones 7.ª y 6.ª respectivamente, coincide en lo atinente a los aspectos comunes: se declaran los hechos constitutivos de un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave perjui-

² Este mismo esquema siguen las otras cinco sentencias mencionadas en la nota anterior. Por supuesto, las dos resoluciones presentan algunas diferencias fácticas: en el primer caso el sujeto consigue transportar la droga desde Colombia hasta Madrid, donde es detenido, mientras que en el segundo, la acusada no consigue siquiera embarcar en el vuelo Madrid-Tenerife, destino de la droga. Además, la acusada presenta una adicción a la heroína y la cocaína que no padece Miguel Ángel. Sin embargo, esos datos —como se verá— no afectan al juego de la eximente de miedo.

cio para la salud (art. 368 CP) con la agravante específica de notoria importancia de la cantidad³ (art. 369.1.3.º CP)⁴, con la concurrencia de la eximente incompleta de miedo insuperable del art. 21.1.º en relación con el art. 20.6.º CP. Todo ello conduce al marco penal del art. 369, que, en atención a la eximente incompleta de miedo insuperable, se rebaja sólo en un grado⁵.

Cualquier alumno de licenciatura que leyese las resoluciones comentadas debería encontrarse en condiciones de apreciar la radical discrepancia entre lo sostenido por la jurisprudencia y la elaboración doctrinal. Mientras que los distintos tribunales intervinientes en los supuestos comentados se empeñan en configurar *de facto* el miedo insuperable como una causa de inimputabilidad, la doctrina lleva décadas insistiendo en la necesidad de situar el miedo insuperable al margen de la inimputabilidad, si es que se le quiere dotar de un ámbito propio⁶. Lo que se va a tratar de mostrar en este trabajo es

³ Conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, la agravante específica de cantidad de notoria importancia prevista en el número 3.º del art. 369 CP —hoy en el número 6.º— se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario de un adicto, teniendo en cuenta únicamente la sustancia base o tóxica, esto es, referida a su pureza. Esa cantidad se estima para la heroína en 300 gramos y para la cocaína en 750 gramos.

⁴ A la misma calificación de delito de tráfico de drogas se llegó en las otras cinco sentencias mencionadas en la nota anterior, donde sólo en la SAP Madrid 24 oct. 2002 (RAJ 2003, 62768) no se da la circunstancia agravatoria de notoria importancia de la cantidad. La calificación jurídica de los hechos en la actualidad variaría ligeramente, ya que, tras la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se añade al catálogo de circunstancias agravantes del art. 369 CP una décima: «El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciere la realización de tales conductas». Por lo tanto, la conducta de Miguel Ángel sería constitutiva de un delito contra la salud pública con las agravantes de notoria importancia e introducción en el territorio nacional conforme a los arts. 368 y 369.1.6.ª y 10.ª CP. Cfr. al respecto, MANJÓN-CABEZA OLMEDA: «Agravaciones del tráfico de drogas en la LO 15/2003», *La Ley penal*, enero 2005, pp. 5-27.

⁵ Aquí existen ya más divergencias entre las sentencias y se dan tres tipos de soluciones. En primer lugar, se aprecia la eximente incompleta de miedo insuperable, además de en las resoluciones comentadas —SSAP Madrid 15 ene. 2003, Sección 7.ª, ponente: Núñez Galán (RAJ 179917) y 13 feb. 2003, Sección 6.ª, ponente: Serrano Gasent (RAJ 180471)—, también en las SSAP Madrid 3 oct. 2000, Sección 23.ª, ponente: Pereda Espinosa (RAJ 2001, 20327) y 24 abr. 2002, Sección 7.ª, ponente: Núñez Galán (RAJ 239486). Se aprecia la eximente completa de miedo insuperable en las SSAP Madrid 1 oct. 1998, Sección 5.ª, ponente: Pereda Riaza (RAJ 4484) y 19 jun. 2001, Sección 3.ª, ponente: Silva Castaño (RAJ 266652). Por último, se aprecia una atenuante analógica de estado de necesidad (art. 21.6.ª en relación con los arts. 21.1.ª y 20.5.º CP) en la SAP Madrid 24 oct. 2002, Sección 1.ª, ponente: de la Mata Amaya (RAJ 2003, 62768).

⁶ La posición actual absolutamente mayoritaria considera a la eximente de miedo insuperable una causa de inculpabilidad basada en el principio de la no exigibilidad de otra conducta. *Vid.*, entre otros, en la doctrina más reciente, BERDUGO GÓMEZ DE LA

cómo se perpetúa una comprensión jurisprudencial de la eximente de miedo insuperable defectuosa casi siempre y muy inestable, que conduce a una aplicación insegura y desigual de esta circunstancia y, por ello, injusta.

El comentario se va a articular en dos partes:

Una primera parte se ocupará del examen de la configuración jurisprudencial de la eximente de miedo insuperable, con especial atención a sus requisitos y al régimen de aplicación de la eximente incompleta. Esta construcción deberá contrastarse con la argumentación de los ponentes de las resoluciones examinadas, para observar cómo opera en la práctica judicial la doctrina del TS.

Una segunda parte mostrará la insostenibilidad del entendimiento jurisprudencial de la eximente que preside las resoluciones examinadas. Para ello, recurriré a las habituales y ya antiguas críticas efectuadas por la doctrina así como a algunos resultados aplicativos incomprensibles. Pero, también, a la inseguridad y desigualdad en la

TORRE *et al.*: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Barcelona, 1999, p. 222; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Volumen II. Teoría del delito y circunstancias del delito*, Valladolid, 1999, p. 381; CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, 2001, p. 140; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., Valencia, 1999, pp. 697-698; CUELLO CONTRERAS: *El derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias, Teoría del delito*, 3.^a ed., Madrid, 2002, p. 1134; CUERDA ARNAU: «Comentario al artículo 20.6.º CP», en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, pp. 165-166; HIGUERA GUIMERÁ: *La eximente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*, Barcelona, 1991, pp. 81-83; MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, 7.^a ed., Barcelona, 2004, p. 597; MORALES PRATS, en Quintero Olivares: *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Pamplona, 2003, p. 571; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal. Parte General*, 6.^a ed., Valencia, 2004, p. 395; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO: *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2.^a ed., Madrid, 1986, p. 378-9; PADILLA ALBA: «El miedo insuperable en el art. 20.6 del CP: Naturaleza jurídica y condiciones necesarias para su aplicación», *AP*, núm. 27, 2002, pp. 677-693, pp. 682-683; QUINTANAR DÍEZ: *La eximente de miedo insuperable*, Madrid, 1998, pp. 117-120; «Comentario al artículo 20.6 CP», en Cobo del Rosal (dtor.): *Comentarios al Código penal*, tomo II, Madrid, 1999, p. 417-418, pp. 435, 441-442; SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Barcelona, 1990, p. 729-730; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: «Comentario al artículo 20.6 CP», en Cobo del Rosal (dtor.): *Comentarios al Código penal*, tomo II, Madrid, 1999, pp. 467-469; SERRANO BUTRAGUEÑO: «Comentario al artículo 20.6 CP», en del Moral García/Serrano Butragueño: *Código penal (Comentarios y jurisprudencia)*, tomo I, 3.^a ed., Granada, 2002, p. 415; TORRES FERNÁNDEZ: «La eximente de miedo insuperable del artículo 20.6.º del Código penal en delitos de tráfico de drogas», en Morillas Cueva (coord.), *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Madrid, 2003, pp. 275-299, p. 282; VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, 2000, pp. 121-123.

aplicación de la circunstancia a que conduce ese régimen, evidenciada en los pronunciamientos divergentes emanados de las diversas Secciones de la Audiencia Provincial de Madrid.

2. Configuración jurisprudencial y aplicación de la eximente de miedo insuperable del art. 20.6.º CP

Las dos sentencias que protagonizan este comentario siguen el mismo esquema argumentativo. En ambas se invoca el régimen de aplicación de la eximente de miedo insuperable establecido por el TS, que, como se verá, gira en torno al miedo, su origen en un mal con determinadas propiedades y su insuperabilidad. En ambas se coincide en exigir la presencia de un estado emocional de tal intensidad que prive al sujeto del normal uso de su raciocinio, provocando la anulación de su voluntad o capacidad de autodeterminarse. Y en ambas se coincide en apreciar la presencia de una perturbación anímica que no alcanza a anular la capacidad volitiva o electiva del autor⁷.

Antes de analizar más detenidamente el razonamiento seguido en las dos resoluciones, resulta conveniente, pues, recordar cuál es el régimen jurídico del miedo insuperable a juicio del TS.

2.1. Régimen jurisprudencial de la eximente de miedo insuperable del art. 20.6.º CP

La jurisprudencia, aun destacando la dificultad de establecer la naturaleza de la exención por miedo insuperable y manteniendo muchas veces posiciones ambiguas, ha terminado por ubicar el miedo de forma claramente predominante en sede de culpabilidad, si bien, dentro de ella, en algunos casos lo incluye entre las causas de inexigibilidad⁸ y en otros, los menos en la actualidad, lo reconduce a las causas de

⁷ SAP 15 ene. 2003 (RAJ 179917), f.j. 3.º y SAP 13 feb. 2003 (RAJ 180471), f.j. 5.º

⁸ Sirvan de ejemplo las siguientes consideraciones: «La naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es quizás en la *inexigibilidad* de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, por cuanto el sujeto que actúa bajo ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado», STS 24 jul. 2001 (RAJ 6513), énfasis añadido; en la misma línea, entre las recientes, cfr. STS 10 feb. 2003 (RAJ 2710); STS 12 may. 2003 (RAJ 3982); STS 8 mar. 2005 (núm. 340).

inimputabilidad⁹. Esa dualidad se perpetúa en el régimen de aplicación de la eximente elaborado por el TS, que refleja a la perfección las oscilaciones entre la inimputabilidad y la inexigibilidad.

El TS vincula la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable a una serie de requisitos, que ya definió respecto al antiguo art. 8.10.º CP, que se pueden agrupar en la tríada miedo, mal e insuperabilidad. Es común encontrar la siguiente enumeración¹⁰: a) la presencia de un *temor* que coloque al sujeto en una situación de terror invencible, determinante de la anulación de la voluntad del individuo; b) que dicho miedo esté inspirado en un *hecho efectivo, real y acreditado*¹¹; c) que el miedo sea *insuperable*, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas y d) que el miedo sea el *único móvil* de la acción. En ocasiones se añaden requisitos como la amenaza de un mal inminente, grave y desaprobado jurídicamente¹², o la inexistencia de alternativas menos lesivas para enfrentar dicho mal¹³. Excepcionalmente se suavizan las exigencias enumeradas, por ejemplo, el grado de incidencia

⁹ Hay una línea minoritaria pero todavía constante que estima que: «El miedo insuperable (...) encuentra la razón de ser causa de exención de la responsabilidad criminal, en constituir un estado emocional privilegiado, que hunde sus raíces en el instinto de conservación que le dota de una fuerza coactiva superior en el ánimo a las demás emociones (...) la mayoría dominante de la doctrina científica y jurisprudencial, contemplan esta eximente como *causa de inimputabilidad* al actuar sobre la psiquis de la persona dominando la voluntad de ésta y sometiéndola completamente a los dictados de su propio instinto, como si se tratara de una fuerza psíquica irresistible ante la que ceden, inermes, las demás inhibiciones de la persona», STS de 26 abril 1999 (RAJ 3218), énfasis añadido; también en tal dirección, por ejemplo, las SSTs de 24 oct. 2000 (RAJ 8283) y 6 feb. 2003 (RAJ 1044). Ya se señaló (nota 6) que la doctrina mayoritaria rechaza incluir el miedo entre los supuestos de inimputabilidad.

¹⁰ Así últimamente, por ejemplo, la STS comentada de 17 jun. 2004 (RAJ 4799) o el ATS de 25 nov. 2004 (RAJ 2005, 50949); *vid.* también, para apreciar la continuidad, entre otras muchas, STS 9 marzo 1998 (RAJ 2263); STS 19 oct. 1999 (RAJ 7000); STS 24 feb. 2000 (RAJ 1797); STS 24 julio 2001 (RAJ 6513); STS 30 abril 2002 (RAJ 8852); STS 6 feb. 2003 (RAJ 1044).

¹¹ De forma descuidada se continúa exigiendo en algunos casos que el «temor anuncie un mal igual o mayor que el causado por el sujeto con su conducta», requisito que desaparece de la letra de la ley y que el TS no justifica de ninguna otra manera, cuyo mantenimiento parece, más bien, fruto de la desidia y el recurso automático a posturas elaboradas al amparo de otra regulación, la del art. 8.10.º del CP 1973. De hecho, la primera sentencia en que el Tribunal Supremo alude a la supresión del requisito es de 25 de octubre de 1999 (RAJ 7379) y todavía se mencionó en la STS de 30 de abril 2002 (RAJ 8852).

¹² Por ejemplo, respectivamente y por mencionar alguna de las sentencias más recientes, SSTs de 12 mayo 2003 (RAJ 3982) (inminencia del hecho que genera el miedo); 16 julio 2001 (RAJ 6498) (gravedad del mal) y 14 dic. 2001 (RAJ 2002, 1135) (mal jurídicamente desaprobado).

¹³ Así, por ejemplo, ATS 11 feb. 2000 (RAJ 2071); STS 13 dic. 2002 (RAJ 2003, 312).

psíquica que ha de provocar el miedo, rebajando la anulación de la voluntad a la «alteración notoria de la normalidad motivacional»¹⁴. Esta suma muestra un *totum revolutum* en el que convergen elementos de naturaleza psíquico-subjetiva como el miedo y su intensidad, propios de la inimputabilidad, con elementos normativos, casi siempre claramente objetivos, como las cualidades del mal generador del miedo (realidad, gravedad, inminencia, ilicitud) o la identificación de la insuperabilidad con lo intersubjetivamente invencible, característicos de figuras exoneradoras de corte normativo como la inexigibilidad, sin que muchos de ellos encuentren el deseable apoyo en el parco texto del art. 20.6.º CP. Todo ello, además, al margen de la opción por un entendimiento del miedo insuperable como supuesto de inimputabilidad o de inexigibilidad.

Es cierto que el TS, sobre todo en algunas resoluciones recientes¹⁵, apunta una comprensión del miedo insuperable menos insistente en los efectos psíquicos sobre la capacidad de culpabilidad del sujeto y más preocupada por la exigibilidad como elemento normativo, que desde el principio excluye definir el miedo en términos de perturbación psíquica anulatoria de la voluntad¹⁶. Sin embargo, ese punto de partida se ve contradicho por los razonamientos posteriores del Tribunal de cara a aplicar la eximente completa o incompleta, ya que de nuevo acaba subordinando la total exención a que no se pueda actuar de otro modo, o a que se anule la capacidad de autodeterminación, girando desde cuestiones de delimitación del deber —exigibilidad— a cuestiones de averiguación del poder —imputabilidad—. La diferencia es que ahora el extremo rigor sobre la afectación psíquica se traslada del concepto de miedo al concepto de insuperabilidad. Todo ello con la particularidad de que el grado de afección psíquica se acaba determinando en función de elementos objetivos.¹⁷

¹⁴ STS 14 dic. 2001 (RAJ 2002, 1135).

¹⁵ Las más interesantes serían las SSTs de 16 julio 2001 (RAJ 6498), 13 dic. 2002 (RAJ 2003, 312), 10 feb. 2003 (RAJ 2710), 12 mayo 2003 (RAJ 3982), 10 feb. 2005 (núm. 186) y 8 marzo 2005 (núm. 340), que se insertan en una línea inaugurada por la STS de 16 julio 2001, cuyo artifice parece ser Conde-Pumpido Tourón, ponente de las primeras.

¹⁶ Paradigmática es la definición dada por la STS de 16 de julio de 2001 (RAJ 6498), que estima que el primer y esencial elemento de la eximente es «el miedo, entendido en el sentido expresado de alteración de la facultad de decisión por el temor a una consecuencia negativa grave».

¹⁷ Como muestra cabe extraer el razonamiento de aquellas últimas resoluciones mencionadas: «Es en la inexigibilidad de otra conducta donde [el miedo insuperable] puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. (...) Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del

Efectivamente, desaparecida la exigencia objetiva de la amenaza de un mal igual o superior, los límites entre la exigente, la semiexigente y la atenuante de miedo insuperable son trazados ahora más que nunca como un problema de intensidad de los requisitos para apreciar la circunstancia del art. 20.6.º CP¹⁸. Se consolida la doctrina de que para aplicar la exigente incompleta basta la presencia de un temor inspirado en un hecho real, efectivo y acreditado, cuya intensidad corresponde a una disminución notable de la capacidad electiva, pudiendo faltar la insuperabilidad —equiparada a la imposibilidad de una conducta distinta—¹⁹. La atenuante analógica quedaría reservada para casos en los que el miedo ni siquiera alcanza el nivel de menoscabo notable de la capacidad de elección²⁰. Ese criterio conduce, a la postre, a dificultar enormemente la aplicación de la

miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio (...) La aplicación de la exigente incompleta exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la exigente, y *si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aun reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la exigente incompleta*», STS 12 mayo 2003 (RAJ 3982), énfasis añadido. En términos similares, SSTS 16 julio 2001 (RAJ 6498), 13 dic. 2002 (RAJ 2003, 312), 10 feb. 2003 (RAJ 2710), 10 feb. 2005 (núm. 186) y 8 marzo 2005 (núm. 340).

¹⁸ Con ligeras variaciones, STS 7 marzo 1998 (RAJ 1777); STS 25 enero 1999 (RAJ 475); STS de 26 abril 1999 (RAJ 3218); STS 19 oct. 1999 (RAJ 7000); STS 25 oct. 1999 (RAJ 7379); STS 16 julio 2001 (RAJ 6498); STS 24 julio 2001 (RAJ 6513); STS 10 feb. 2003 (RAJ 2710); STS de 24 mayo 2002 (RAJ 6717); STS 30 abril 2002 (RAJ 8852); STS 6 feb. 2003 (RAJ 1044); STS 13 dic. 2002 (RAJ 2003, 312); STS 10 feb. 2003 (RAJ 2710); STS 12 mayo 2003 (RAJ 3982).

¹⁹ *Vid.* por ejemplo, entre las sentencias más modernas: SSTS 13 dic. 2002 (RAJ 2003, 312), 6 feb. 2003 (RAJ 1044), 10 feb. 2003 (RAJ 2710), 12 mayo 2003 (RAJ 3982), 10 feb. 2005 (núm. 186) y 8 marzo 2005 (núm. 340).

²⁰ Por ejemplo, SSTS de 24 mayo 2002 (RAJ 6717) y 13 dic. 2002 (RAJ 2003, 312). No obstante, no es especialmente clara la posición del TS sobre la atenuante analógica de miedo insuperable, que, entiendo, en todo caso debiera contar como elemento imprescindible con la presencia del miedo, requisito esencial sin el que tampoco existiría la base para la exigente incompleta con la que establecer la analogía. A mi juicio, resulta imposible llegar a aplicar una atenuante analógica de la exigente incompleta de miedo insuperable con base en la práctica jurisprudencial de fijarse en los diversos grados de la no-insuperabilidad equiparados a la incidencia del miedo sobre la capacidad de elección. Esos grados encontrarían reflejo penológico en las diversas posibilidades de atenuación de la exigente parcial siempre que alcanzaran una mediana intensidad. Por el contrario, en niveles mínimos de afectación de la capacidad de decisión a favor del cumplimiento del derecho, dado que la insuperabilidad del miedo es el único requisito no esencial y se fija con criterios cuantitativos psíquicos no alcanzo a comprender cómo, si no se da la intensidad necesaria para apreciar la exigente incompleta, puede establecerse por analogía.

ximente completa, por cuanto no ya el miedo, sino su insuperabilidad se especifica de cara a la total exoneración con tan extraordinario rigor, que termina por ser la vía por la que vuelve a colarse la necesidad de un efecto anulador del miedo insuperable, en este caso del poder actuar conforme a la norma²¹.

2.2. *Aplicación de la eximente en las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero y 13 de febrero de 2003*

Comparten las dos sentencias la clara convicción del tribunal de que los autores actuaron bajo temor, tal y como se refleja ya en los hechos probados: «efectuando el procesado el viaje ante el temor de que en caso contrario, ejecutarán algún mal sobre su familia» (SAP Madrid, 15 enero 2003), «incapaz de resistir las amenazas (...) y temerosa (...), la procesada no tuvo más remedio que aceptar el encargo» (SAP Madrid, 13 feb. 2003). Es decir, se entiende acreditado el doble requisito de *miedo* provocado por estímulos reales, graves, ciertos, conocidos e inminentes —*mal*—. Difícilmente podría haberse llegado a una solución distinta, ya que tanto en uno como en otro caso quedaron probados en el proceso una serie de hechos de los que

²¹ Así se argumenta, por ejemplo, en la STS 13 dic. 2002 (RAJ 2003, 312) que «no cabe apreciar, sin embargo, la exención completa interesada por la parte recurrente, pues existen elementos objetivos que permiten establecer la *posibilidad de una conducta o comportamiento distinto*, aún reconociendo la presión de las circunstancias, dada la excesiva e injustificada prolongación de la detención» (las cursivas son mías). Idéntica apelación a la posibilidad de una conducta distinta en las SSTs de 16 julio 2001 (RAJ 6498), 10 feb. 2003 (RAJ 2710) y 12 mayo 2003 (RAJ 3982). En ocasiones se insiste en retornar a la capacidad de autodeterminación como marcador de la intensidad necesaria para excluir la responsabilidad: por ejemplo, STS 25 oct. 1999 (RAJ 7379), donde se justifica la aplicación de la eximente incompleta en que «el influjo de los males anunciados a la acusada se manifestó en una alteración grave de sus facultades volitivas, sin que en ningún momento, se llegue a afirmar que eliminó totalmente sus posibilidades de autodeterminación». Sobre la aplicación restrictiva de la eximente a la que conduce esta exigencia de una perturbación psíquica equivalente a la inimputabilidad advirtió ya CÓRDOBA RODA: *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966, p. 247. No obstante, aunque se parte de los mismos planteamientos, en la reciente STS de 8 de marzo (núm. 340, ponente Martínez Arrieta), se ha apreciado una eximente completa de miedo insuperable respecto a la conducta de un sujeto, con «una marcada tendencia a la infantilidad y a la inocencia» que lleva a cabo un porte de droga bajo amenazas a su familia, por entender que «ante esa situación, teniendo en cuenta que la exención afecta a la *inexigibilidad* de otra conducta, el acusado realiza el transporte con la finalidad de evitar el mal anunciado y, *desde su perspectiva*, avalada por datos objetivos» (cursivas añadidas), haciendo, por tanto, caso omiso del nivel de perturbación psíquica en que se encontraba el sujeto.

cabía inferir claramente la presencia de un mal real, grave, cierto e inminente capaz de mover a una persona a realizar una conducta delictiva por miedo.

Así, en el «caso de las FARC», se acreditó la situación familiar del acusado, incluyendo el dato de que sus hijos estudiaban en un centro determinado, su actividad política de años contraria a la guerrilla, la recepción de la carta amenazante, que incluía datos que mostraban el conocimiento de las FARC sobre su vida, la verosimilitud de las amenazas dada la actividad violenta de la guerrilla en la zona, la existencia de amenazas previas de muerte e, incluso, el préstamo que pidió su esposa para sufragar los gastos del viaje²². Sin duda, la amenaza genérica hecha al acusado de causar un mal a su familia, además de ser real y cierta, es grave, por cuanto al menos podía entenderse como una amenaza de secuestro, e inminente, en el sentido de que era necesario actuar de forma inmediata si se quería evitar el mal.

Tampoco faltó una actividad probatoria aplastante en el «caso de los iraníes», que logró probar la adicción de la procesada, el pago de la droga mediante relaciones sexuales con los proveedores, las amenazas de muerte a ella y de muerte y secuestro de sus hijas por los iraníes efectuadas por distintos medios, la desaparición de un conocido adicto y con deudas con los mismos proveedores iraníes y el incremento del acoso y las amenazas al tiempo de proponerle el transporte de droga como medio de satisfacer la deuda²³. No cabe discutir que las amenazas eran reales y ciertas, contribuyendo a su verosimilitud la desaparición del hermano de su amigo, y graves, por cuanto el mal que se cernía sobre la acusada o sus hijas era de muerte o secuestro, e inminentes, en el sentido ya señalado de la perentoriedad de actuar para evitar su materialización.

²² De hecho, en varias ocasiones destaca la ponente en el f.j. 3.º (SAP Madrid 15 ene. 2003) la excepcionalidad de contar con una constancia documental de los diversos extremos relevantes de cara a fundamentar la apreciación de la exigente de miedo insuperable. Por todo ello se considera que «sin duda el alcance de la carta es lo suficientemente intimidatorio en el ánimo de cualquier padre de familia como para sentir *miedo*» y se afirma que «la Sala tiene la convicción de que el procesado está diciendo la verdad cuando afirma que el *único móvil* que le indujo a traer a España la sustancia estupefaciente fueron las amenazas recibidas contra su familia» (cursivas añadidas).

²³ SAP Madrid 13 feb. 2003, f.j. 4.º Considera el ponente en el f.j. 5.º que «estamos ante una situación de miedo indudable que aparece provocado por estímulos reales, graves, ciertos, conocidos e inminentes (...) [que] generó un estado emocional de acusada intensidad, incidiendo de tal modo sobre el psiquismo de la procesada que limitó su voluntad autodeterminativa, abocándole a la actuación delictuosa, o, mermando con ello sus mejores posibilidades de elaboración de una respuesta demorada inteligente».

Acreditado el miedo, en ninguno de los dos casos se llegó a apreciar, sin embargo, una eximente completa de miedo insuperable. Para ello se argumenta, siguiendo la jurisprudencia del TS, con el requisito de la insuperabilidad, que se identifica en ambas sentencias con la anulación de la capacidad volitiva o electiva, respectivamente, del sujeto. La diferencia entre la exención completa e incompleta, presupuesto el miedo como requisito esencial de la circunstancia eximente, se establece con el criterio de la intensidad del miedo, o lo que es lo mismo, con el de la incidencia en el psiquismo del sujeto generada por ese temor²⁴. Si la perturbación anula las facultades del sujeto, existe un miedo insuperable; si se limita a mermar relevantemente la capacidad del sujeto, cabrá apreciar la eximente incompleta²⁵. Pues bien, a pesar de las extraordinarias circunstancias en que se produce la conducta típica de transportar la droga, las dos Salas estiman que los procesados sólo tenían limitada su capacidad de autodeterminación y, por tanto, no cabe aplicar más que la eximente incompleta.

Esta solución no es extraña, dado el nivel de afectación psíquica exigido en general por el TS y, siguiéndole, por la Audiencia, prácticamente inalcanzable: anulación de la capacidad volitiva o electiva²⁶. No obstante, conviene fijarse en la escueta motivación ofrecida en las dos sentencias para justificar la aplicación de la atenuante primera del art. 21 del CP, ya que en ella se pone de manifiesto la convivencia imposible que persigue la jurisprudencia entre los requisitos psíquico-subjetivos y los requisitos normativo-objetivos. Asimismo, se observa cómo la interacción entre unos y otros termina por impedir la exención de responsabilidad penal.

De menos a más motivación, cabe empezar con el «caso de los iraníes». La SAP de febrero se limita a afirmar que «este miedo «insuperable» no concurre en toda su plenitud, aunque sí lo suficiente para mermar considerablemente la capacidad electiva de la procesada, sin llegar a producir una anulación de la misma, y de ahí que se considere procedente la aplicación de la eximente incompleta». Se trata, a mi juicio, de una explicación puramente formal por cuanto se

²⁴ Así lo plantea expresamente la SAP Madrid 15 ene. 2003, f.j. 3.º: «en este contexto procede *ponderar la intensidad del miedo* que pudo invadir al procesado al recibir la carta amenazante y *cómo pudo influir la misma en su psiquismo* al objeto de realizar la Sala un análisis valorativo que permita la concreta e individualizada disminución de la responsabilidad criminal» (cursivas mías).

²⁵ SAP Madrid 15 ene. 2003, f.j. 3.º y SAP Madrid 13 feb. 2003, f.j. 5.º

²⁶ La SAP Madrid 15 ene. 2003 en su f.j. 3.º asegura que «este temor no fue invencible ni indomable en términos absolutos» y la SAP Madrid 13 feb. 2003 en su f.j. 5.º que «este miedo «insuperable» no concurre en toda su plenitud».

limita a predicar del caso los presupuestos teóricos —a juicio del TS— de una eximente incompleta de miedo insuperable, sin mencionar los elementos fácticos que permiten al Tribunal inferir la simple disminución, que no anulación de la capacidad autodeterminativa de la autora. Ni siquiera se invoca aquí el baremo del hombre medio como decisor de los niveles de insuperabilidad —por otra parte, también incompatible con la idea de inimputabilidad—, sino que en una frase se decide y supuestamente fundamenta la aplicación de la eximente incompleta²⁷.

Esa absoluta falta de argumentos es suplida en parte por el TS al resolver el recurso de casación²⁸. El TS destaca, en primer lugar, que dado que el transporte de heroína se propuso como medio para satisfacer la deuda, el miedo no era el único móvil de la acción de la acusada. Este argumento, que el Tribunal toma del Ministerio Fiscal, supone justificar la aplicación de la eximente incompleta de la mano de un requisito ajeno a la insuperabilidad psíquica como incapacidad electiva: que el miedo sea el único móvil. Parece claro que la concurrencia de otros móviles no impide que se pueda hablar de miedo, estado emocional compatible con otros fines y que tendrá una mayor o menor incidencia en las facultades del autor con independencia de la confluencia de móviles. Así ocurre en este caso, ya que la sala no discute en absoluto el miedo, sino el grado de perturbación psíquica con que actúa el acusado, en el que no tiene por qué influir el dato de una hipotética motivación mixta.

En segundo lugar, el TS engrosa la idea de insuperabilidad con un elemento de carácter normativo, la gravedad del mal causado, por entender que es «un dato valorable para medir la resistencia exigible al intimidado». En el caso concreto estima que «la acción a realizar por la procesada estaba encaminada a introducir en el mercado un kilo y medio de heroína, con una riqueza próxima al 50%, lo que dada su grave nocividad para la salud, exigía una resistencia extrema». De este modo recupera el antiguo requisito de que el mal temido fuera igual o mayor que el causado a través de la idea de resistencia como forma de medir la insuperabilidad. En otras palabras, la exigencia de insuperabilidad que la Audiencia definió en términos psíquicos —de capacidad— se decide ahora por parámetros normativos de resistencia exigible —de definición del deber—. Sin embargo, al margen de que ese requisito ya no existe en el código actual, no se alcanza a ver cómo se relaciona el mal que el sujeto ha de causar con su perturbación anímica. Lo determinante para forzar un estado de

²⁷ Aún es más parca, si cabe, la SAP Madrid 3 oct. 2000 (RAJ 2001, 20327).

²⁸ STS 17 jun. 2004, ponente: Abad Fernández (RAJ 4799), f.j. 2.º

anulación de la voluntad será el mal con que se amenaza, sobre el que no existen reticencias por parte del Tribunal en el presente caso, pero no la demanda que se le hace al autor. La relevancia de la entidad del mal fruto del miedo sólo tiene sentido frente a un sujeto imputable, con la capacidad suficiente como para resistir la amenaza si su evitación conlleva la causación de una lesión grave. Pero aquí no hablamos ya de imputabilidad, sino de exigibilidad. Así parece entenderlo el TS, que manejaría un entendimiento distinto —normativo— del fundamento de la exención. Otra cosa es que pueda compartirse la afirmación de la exigibilidad de otra conducta proclamada por el TS en atención a la comparación de males.

Algo parecido puede decirse de las razones alegadas por la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Madrid para no apreciar la eximente completa en el «caso de las FARC». La ponente argumenta que «el acusado entre la amenaza del daño y la ejecución del delito tuvo un lapso suficiente de tiempo en el que pudo, de algún modo, haberse zafado del estado psíquico que el temor le producía y aunque siempre preso del mismo, no lo fue de modo absoluto»²⁹. De nuevo renuncia el Tribunal a argumentar en términos de grado de afección psíquica, de merma o anulación de la capacidad volitiva, a pesar de que se propone expresamente determinar el grado de imputabilidad. Por el contrario, se apela aquí al deber del sujeto de escapar al miedo³⁰. No se trata de si el sujeto actuó realmente con un temor anulatorio de su capacidad, ni siquiera de si un hombre medio hubiera dominado o vencido el miedo, sino de que debió escapar del miedo. El rechazo de la eximente completa se asienta en el requisito normativo de la subsidiariedad, entendida en concreto aquí como imposibilidad de eludir el mal de forma distinta y más benigna que la realización de la acción típica demandada por la amenaza. Sin embargo, la Audiencia no aclara de qué forma podía el sujeto «zafarse» del miedo; se limita a apuntar que debió hacerlo «de algún

²⁹ SAP Madrid 15 ene. 2003 (RAJ 179917); en el mismo sentido se manifiesta la ponente en la SAP Madrid 24 abr. 2002 (RAJ 239486), que toma el argumento de la doctrina jurisprudencial sobre el miedo insuperable. *Vid.*, por ejemplo, STS 26 abr. 1999 (RAJ 3218).

³⁰ A mi juicio, hay que entender que ese «zafarse» va referido al mal, en este caso, la amenaza, de modo que lo que se requiere es la imposibilidad de salir de la situación conflictiva de un modo distinto a la realización de la conducta típica. En ese sentido, lo superable es el mal y no tanto el miedo, que, sin embargo, conforme a la letra de la ley es lo que debe ser «insuperable». De otra manera, estaría afirmándose que el mero transcurso del tiempo disuelve el miedo o hace más fuerte a su víctima para soportarlo. Afirmaciones contradichas por realidades como las situaciones de maltrato dilatadas o la aproximación del vencimiento del plazo de una amenaza que incrementa el temor del amenazado. Sobre ello *vid.* también la nota siguiente.

modo», sin examinar las posibilidades reales del acusado de garantizar la seguridad de su familia si no era accediendo al transporte de droga³¹.

En resumen, tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Provincial limitan la comprensión estrictamente psicológica de la eximente como causa de inimputabilidad con requisitos normativos propios de la inexigibilidad o, en general, de un fundamento más

³¹ En la más que sucinta motivación ofrecida en la sentencia, cabría entender que se maneja también otro de los presupuestos tradicionales manejados por la jurisprudencia para apreciar miedo insuperable, la inminencia del mal. En un sentido estrictamente temporal, en todos los supuestos de amenazas transcurre un lapso entre el conocimiento del mal amenazante y su materialización. Ese intervalo puede ser brevísimo, por ejemplo, cuando se amenaza a un sujeto con una pistola en la sien para que falsifique unos documentos en el acto, o amplio, como en un secuestro; puede ser conocido, si existe un plazo, o desconocido, si el momento de consumación de la amenaza es indeterminado. Se trata, por tanto, de supuestos que pueden calificarse de peligros duraderos o permanentes, donde el daño se puede producir en cualquier momento, o como en los casos enjuiciados, de peligros diferidos, la lesión sólo se producirá transcurrido un tiempo. Si el requisito de la inminencia se interpretara como inmediatez cronológica, nunca cabría apreciar una eximente en estos casos. Lo que ocurre aquí es que esa inminencia debe ponerse en relación con la necesidad de actuar por parte del sujeto sobre el que se cierne el mal para evitarlo, sobre todo si se tiene en cuenta que en muchos casos se desconoce el momento exacto en que se ejecutará el mal con que se amenaza. En el mismo sentido, VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), p. 185; CEREZO MIR: *PG III* (n. 6), p. 143; rechazan, sin embargo, de manera absoluta el requisito jurisprudencial de la inminencia, aunque pensando precisamente en los casos en los que el mal con que se amenaza es permanente y el temor que genera también, CUERDA ARNAU, *CCP*, I (n. 6), p. 178; HIGUERA GUIMERA: *La eximente* (n. 6), p. 121; MORALES PRATS: *PG*, 3.ª ed. (n. 6), p. 573; QUINTANAR DÍEZ: *CCP*, II (n. 6), p. 427; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: *CCP*, II (n. 6), p. 493; SERRANO BUTRAGUEÑO: *CCP*, I (n. 6), 3.ª ed., p. 420; TORRES FERNÁNDEZ: *Estudios* (n. 6), p. 290. La interpretación propuesta es la usual en Alemania en lo relativo al estado de necesidad exculpante: cfr., por ejemplo, HIRSCH: «Comentario al § 35 StGB», en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11.ª ed., Berlin, New York, 1994, nm. 29; JAKOBS: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2.ª ed., Berlin, New York, 1991, 20/6; KÜHL: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., München, 2002, § 12, nm. 45; LENCKNER/PERRON: «Comentario al § 35 StGB», en Schönke/Schröder: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26.ª ed., München, 2001, nm. 12; MÜSSIG: «Comentario al § 35 StGB», en von Heintschel-Heinegg (redactor), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 1, §§ 1-51 StGB, München, 2003, nm. 21; NEUMANN: «Comentario al § 34», en Neumann/Puppe/Schild, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, I, 4.ª entrega, 10.1.1997, nm. 12; ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, 3.ª ed., München, 1997, § 22, nm. 15, 17; RUDOLPHI: «Comentario al § 35 StGB», en Rudolphi/Horn/Samson/Günther/Hoyer, *Systematischer Kommentar zum StGB, I, AT.*, 7.ª ed., Neuwied, Kriftel, 1999, nm. 7. Como ya se señaló, la inminencia cronológica del mal no puede entenderse como *conditio sine qua non* de la presencia de miedo, puesto que el temor puede prolongarse a lo largo del tiempo e incluso incrementar con él (*vid.* VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), pp. 152-153 y TORRES FERNÁNDEZ: *Estudios* (n. 6), pp. 294-295 y nota previa).

valorativo³²: la exclusividad del ánimo asténico, la subsidiariedad y la ponderación de males³³. Con esa concepción mixta se impide el desenvolvimiento de la eximente de miedo insuperable, puesto que, si el sujeto es inimputable, no estará en condiciones de adaptar su conducta al perímetro de su deber (por ejemplo, agotando las modalidades salvadoras menos lesivas o evaluando su gravedad para no causar una daño mayor)³⁴. Y viceversa, si el sujeto es imputable, por mucho que actúe en el ámbito de lo inexigible, no se le podrá exonerar por conservar esa capacidad autodeterminativa, volitiva, electiva, etc.

Para terminar con el análisis de las dos resoluciones comentadas como muestra de la comprensión jurisprudencial aporética de la circunstancia de miedo insuperable quiero llamar la atención sobre el efecto atenuador moderado en la pena que tiene la presencia de la eximente incompleta. Como ya se dijo, las dos salas se limitan a rebajar la pena en un grado, bajo la genérica alusión a las circunstancias del caso³⁵. Sin embargo, una mirada a las circunstancias del

³² Así es expresamente en el «caso de las FARC» donde se atiende al grado de imputabilidad del sujeto a la hora de determinar la pena (SAP Madrid 15 ene. 2004, f.j. 3.º).

³³ No obstante, hay que destacar que en ninguna de las sentencias se concreta exactamente el juego de los requisitos normativos. En el caso de los iraníes, la referencia a la concurrencia de otros móviles —el pago de la deuda— se toma de las alegaciones del Ministerio Fiscal, sin que el Tribunal se adhiera expresamente. Por otro lado, sólo se menciona la gravedad del delito de tráfico de heroína, pero no se ofrece un baremo de la incidencia que ello puede tener en la insuperabilidad. Es decir, no sabemos qué gravedad debe tener la acción a realizar para entender que el sujeto debe resistirse. Recuérdese que no se trata de un requisito autónomo de ponderación de males como en el estado de necesidad, sino que su importancia es mediata: como indicador de la insuperabilidad, por lo que debe decidirse qué grado de proporcionalidad se demanda para entender que el miedo era irresistible: ¿mal evitado igual al causado?, ¿leve o relevantemente superior?, ¿leve o relevantemente inferior? Por lo que respecta al caso de las FARC, no se concreta el medio a través del cual el sujeto pudo zafarse de su miedo (aunque en puridad deba entenderse como zafarse de la amenaza, ya que seguramente el miedo presidiría cualquier actuación del amenazado): ¿mediante el recurso a las autoridades, cuando resultan acreditados los problemas irresolubles con la guerrilla en la zona donde vive el acusado?, ¿trasladándose toda la familia, seguramente como mínimo a otro país habida cuenta de la enorme influencia que las FARC conservan aún hoy en Colombia, con las dificultades organizativas que ello implica, además del elevadísimo grado de exigibilidad que representaría? Todo ello en el ámbito de la inexigibilidad. Cómo se relaciona la insuperabilidad psíquica con la concurrencia de otros móviles, la resistencia del sujeto o la existencia de otras alternativas continúa siendo un arcano no revelado.

³⁴ Ello al margen de que la exención, habida cuenta de la afirmación de inimputabilidad, sería irrechazable en virtud del art. 20.1.º CP.

³⁵ La Sección 7.ª en el f.j. 3.º decide, aplicar la eximente incompleta de miedo insuperable, pero entendiendo que sólo debe rebajarse la pena en un grado y que, además, debe imponerse la pena en su punto medio, sin más motivo que la «atención al conjunto de las circunstancias que concurren». Por su parte, la Sección 6.ª en el f.j. 7.º

caso permite defender la rebaja en dos grados. Conforme al art. 68 CP, la decisión penológica debe atender al «número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales del autor»³⁶. En el caso de las FARC, la propia ponente insiste en la aptitud de la amenaza sobre los hijos para provocar el miedo en el autor, así como en que el sujeto actuó movido exclusivamente por las amenazas. El «único» requisito que falta es la insuperabilidad, la anulación de la capacidad volitiva, que decae por la existencia de un lapso de tiempo entre la amenaza y la acción. En ese punto, el juzgador carece de base para optar por una rebaja más o menos extraordinaria en función de la incidencia psíquica del miedo, ya que normalmente carece de cualquier tipo de informe pericial que clarifique la magnitud de la perturbación anímica con que se actuó o, en general, de una prueba de la misma³⁷. Esa imposibilidad de medir el efecto psíquico del miedo podría ser suplida —olvidando por un momento la radical incompatibilidad entre un fundamento psicológico de la eximente con las exigencias normativas— por el examen de los requisitos objetivos con que la jurisprudencia modula la exención de responsabilidad. En el caso concreto, debería haberse analizado si al sujeto, siguiendo su argumentación, le era fácil o muy costoso zafarse del miedo. Si la cuestión se plantea en términos de subsidiariedad, considero que no queda otra posibilidad que aplicar la doble rebaja: falta un requisito no esencial y extraordinariamente difícil de cumplir por el sujeto³⁸.

justifica la decisión penológica de rebajar la pena en un grado en que «no aparecen motivos suficientes para rebajarla en dos grados», aun cuando en este caso concurría además una atenuante. En parecidos términos, SSAP Madrid 3 oct. 2000, f.j. 3.º y 24 abr. 2002, f.j. 3.º

³⁶ Aunque la redacción del art. 68 se ha visto modificada por la LO 15/2003, de modo que ahora se impone claramente la rebaja obligatoria de la pena en un grado, los criterios que deben guiar el alcance de la rebaja, uno o dos grados, no se alteran.

³⁷ Sobre los problemas de prueba del miedo y su incidencia en las facultades psíquicas del sujeto, cfr. VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), pp. 47, 146-148.

³⁸ La doctrina constante de la Sala 2.ª TS desde el Pleno no jurisdiccional de 23 de marzo de 1998 ha sido entender que la concurrencia de una circunstancia eximente incompleta exige imperativamente la aplicación de la reducción de la pena en un grado y sólo potestativamente, en dos grados; así como que, puesto que la rebaja en un grado lo es por imperativo legal, queda dispensada la Sala de fundamentarla, lo que sí ha de hacer, si se utilizase la facultad discrecional de rebajar dos grados. No obstante, ello no puede significar una patente de corso para el juzgador, que le libere de motivar la individualización de la pena. Por el contrario, dados unos hechos probados, la decisión penológica debe resultar compatible con ellos, justificándose la rebaja en grado si no resulta evidente. En tal sentido, STS 26 jul. 1999 (RAJ 6655), que casó la sentencia de instancia e impuso la rebaja en dos grados «como única solución a la clara incongruencia que se observa en la traducción jurídico-penal de la eximente incompleta [rebaja en un grado], dados los hechos probados». *Vid.* también STS de 13 jul.

Las mismas observaciones cabe hacer respecto al caso de los iraníes. Las condiciones personales de la autora, el contexto en el que actúa y las características de los amedrentadores conducen a la pena inferior en dos grados. De hecho, el TS al decidir sobre el recurso de casación, en su f.j. 2.º, mantiene la consideración de la eximente como incompleta. No obstante, al apreciar la atenuante de grave adicción del art. 21.2.º CP como muy cualificada, así como en atención al dato de que la acusada fue detenida antes de iniciar el viaje, decide en el f.j. 2.º de la nueva sentencia rebajar la pena en dos grados. Es decir, la segunda rebaja de grado no obedece estrictamente a la presencia de una situación incompleta de miedo insuperable, sino a la atención que el Tribunal presta a las circunstancias personales del autor y al resto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, tal y como señala el art. 68 CP³⁹.

Cabe concluir que sin una definición clara del fundamento y requisitos del miedo insuperable resulta extraordinariamente difícil modular el efecto penológico de la semieximente, habida cuenta de la oscuridad en que permanecen sus requisitos y siendo justo «el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran» uno de los baremos legales —art. 68 CP— para fijar la pena.

2000 (RAJ 6578), que acertadamente argumenta que «podría entenderse que debe razonarse tanto el rebajar la pena dos grados, en cuanto supone positiva opción por una posibilidad atribuida a la discreción, como el rebajarlo sólo uno, por cuanto en este caso la discreción se habría usado negativamente al abstenerse de rebajar en dos, que sería también decidir, aunque en sentido contrario, dentro de un ámbito de posibilidades». No obstante, esta misma sentencia entiende que «si el razonamiento exigible en ambos casos ha de ser el imprescindible para conocer el criterio inspirador de la decisión, y si por otra parte esta decisión se vincula en el artículo 68 del Código Penal a determinados parámetros jurídicos como el número y entidad de los requisitos que falten o concurran en la eximente incompleta, parece claro que una valoración suficiente sobre estos factores y su alcance satisfará la existencia de razonamiento justificativo de la reducción de pena en un grado o dos grados, aunque no se explicita por obvio que la opción elegida deriva de aquella valoración».

³⁹ STS 17 jun. 2004 (RAJ 4799). El TS argumenta de la siguiente forma en relación con el contenido del art. 68 CP: «En este caso consta la relevancia que el miedo que le inspiraban los que le propusieron el transporte de la droga tuvo en que Julia aceptara la misión, así como que su muy grave adicción a las drogas fue en definitiva causa de su conducta, por lo que la atenuante del art. 21.2.ª CP es considerada como muy cualificada. Si a ello añadimos que la acusada fue detenida en el Aeropuerto Madrid-Barajas, antes de iniciar el viaje programado, es decisión razonable y lógica que las penas correspondientes al delito cometido se reduzcan en dos grados -de dos años y tres meses a cuatro años y seis meses-, y que tal pena se imponga en su mínima extensión» (f.j. 2.º nueva sentencia).

3. Insostenibilidad de la construcción jurisprudencial

Tras el repaso por el contradictorio diseño del Tribunal Supremo de la circunstancia de miedo y de su ejemplificación práctica en las dos sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, voy a insistir en sus deficiencias. Para ello, en primer lugar, cabe reiterar las críticas doctrinales tradicionales a su mixtura dogmática y, en general, a su definición de los requisitos del miedo insuperable. Pero ese juicio negativo puede y debe apuntalarse, según creo, mediante un recorrido por su desigual empleo por los tribunales. Un estudio general desborda los límites de este trabajo. Sin embargo, considero que el examen de algunas sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid en casos muy semejantes —tráfico de drogas bajo amenaza— permite hacerse una idea de las discrepancias apuntadas. No se trata de dos fuentes de crítica autónomas: como se concluirá, es precisamente la inestabilidad el régimen jurídico de la eximente de miedo insuperable la causa principal de las fluctuaciones en las sentencias.

3.1. *La inconsistencia dogmática de la doctrina jurisprudencial del miedo insuperable*

Las dos principales críticas que se han hecho al proceder de la jurisprudencia son lo que podríamos llamar su inconsistencia externa e interna⁴⁰. Esto es, si se fundamenta la exención en la anulación de la capacidad volitiva y/o cognoscitiva del autor y se vincula la aplicación de la atenuante analógica, la eximente incompleta y la eximente completa a una escala en que se gradúa la afectación psíquica desde la dificultad en la elección, pasando por la disminución notable de la capacidad de elección hasta la imposibilidad de conducirse conforme a derecho, se configura el miedo insuperable como un trastorno mental transitorio. Y ello con independencia de que nominalmente se sitúe a la eximente bajo el rótulo de la inexigibilidad. No queda más remedio, entonces, que considerar el miedo como un supuesto de inimputabilidad superfluo, que nada aporta al catálogo legal de eximentes —eximentes incompletas y posibles atenuantes—⁴¹.

Al margen de esa pérdida de sustantividad a la que conduce la comprensión, expresa o tácita, de la eximente 6.^a del art. 20 como

⁴⁰ Similar, CUERDA ARNAU: *CCP*, I (n. 6), pp. 167-168.

⁴¹ *Vid.*, por todos, MIR PUIG: *DP. PG*, 7.^a ed. (n. 6), p. 597.

una causa de inimputabilidad y de la aplicación claramente restrictiva de la exención completa en que se plasma, la doctrina jurisprudencial sobre el miedo incurre en una clara contradicción interna. El TS continúa limitando la comprensión estrictamente psicológica de la eximente como causa de inimputabilidad con requisitos normativos⁴² y, viceversa, persiste en la práctica de no absolver por razones de inexigibilidad debido a la falta de un terror anulador de la voluntad, aun cuando ambas líneas son dogmáticamente insostenibles. Este amasijo de naturaleza y componentes de la causa de exención así como de requisitos heterogéneos se hace en especial patente con relación, por un lado, a la necesidad de una «anulación de la voluntad», que por definición no existe en las causas de inexigibilidad⁴³; y, por otro, respecto a las peculiares propiedades que debe reunir el mal que causa el miedo como su realidad, gravedad o inminencia, irrelevantes para declarar la inimputabilidad del sujeto por más que estadísticamente pueda establecerse que favorecen tal estado⁴⁴.

Estos reproches, que pueden ser trasladados sin problemas al proceder de las Secciones 6.^a y 7.^a de la Audiencia Provincial de Madrid descrito en el punto anterior, son de sobra conocidos e innegables. No voy a detenerme más en ellos.

Tampoco considero necesario incidir en el argumento de la unicidad de móviles, es decir, exclusividad del miedo. A mi juicio, no se sostiene el argumento de que la acusada no actuó exclusivamente motivada por el miedo, sino también para pagar la deuda con sus proveedores iraníes. En primer lugar, es ya cuestionable con ca-

⁴² El TS crea así lo que agudamente VARONA GÓMEZ ha denominado «trastorno mental normativo», caracterizado por un fundamento y naturaleza psicológicos y unos requisitos normativos («El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento», *AP*, núm. 39, pp. 743-763, 1996, p. 750, nota 27).

⁴³ Como el propio TS pone de manifiesto: «Es en la inexigibilidad de otra conducta donde [la exención por miedo insuperable] puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor *mantiene sus condiciones de inimputabilidad*, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado», STS 24 julio 2001 (RAJ 6513), énfasis añadido; *vid.* además, SSTS 13 dic. 2002 (RAJ 2003, 312), 10 feb. 2003 (RAJ 2710) y 12 mayo 2003 (RAJ 3982).

⁴⁴ *Vid.* CÓRDOBA RODA: «Comentario al artículo 8.10 CP», en Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, Tomo I, Barcelona, 1972, pp. 335-358, pp. 357-358, que ya destacó los problemas de interpretar objetivamente algunos requisitos y en clave subjetiva la esencia de la eximente; más recientemente, por ejemplo, CUERDA ARNAU: *CCP*, I (n. 6), p. 168; *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, 1997, pp. 72-73; VARONA GÓMEZ: *AP*, núm. 39, 1996 (n. 42), pp. 744-748; *El miedo insuperable* (n. 6), pp. 47-48.

rácter general la exigencia de que el miedo sea el único móvil. Este requisito jurisprudencial tradicional que se reproduce en las dos sentencias examinadas es rechazado generalmente por la doctrina, que entiende que la única demanda del art. 20.6.º CP es que el miedo sea causal de la amenaza, sin que obste a su apreciación la concurrencia de ánimos paralelos distintos⁴⁵. Parece lógico. Si lo que la letra de la ley exige es que el sujeto obre impulsado por miedo, pero no la pureza de móviles, y si la presencia de otros móviles no conlleva necesariamente un menor menoscabo en la capacidad del autor⁴⁶, este requisito no se sostiene conforme a la interpretación psicológica de la eximente que sigue la sentencia. En la medida en que la presencia de otros móviles no denote la ausencia de miedo, se da el requisito esencial de la eximente. Pero es que, además y en segundo lugar, la propia sentencia de la Audiencia de 13 feb 2003 declara que «la procesada no tuvo más remedio que aceptar la realización del referido viaje para evitar que las amenazas de muerte sobre su persona y de muerte y secuestro de sus hijas se hicieran realidad» (f.j. 5.º). Es decir, se acredita que el miedo impulsó la acción delictiva y que su fin era evitar el peligro con que se le amenazaba. La deuda podrá considerarse «causal» en un sentido laxo respecto a las amenazas, pero eso no significa que la finalidad directa del transporte de droga fuera su pago, sino evitar un peligro para su vida y la libertad y la vida de sus hijas.

Sí voy a insistir algo más en los otros dos tópicos a los que se recurrió en las resoluciones comentadas para no apreciar la eximente completa: la subsidiariedad y la proporcionalidad. Su definición de estos requisitos me parece deficiente.

⁴⁵ Sobre la posibilidad de concurrencia de otros móviles, *vid.* CEREZO MIR: *PG III* (n. 6), p. 141; CUERDA ARNAU: *CCP*, I (n. 6), pp. 170-171; HIGUERA GUIMERA: *La eximente* (n. 6), p. 122; SERRANO BUTRAGUEÑO: *CCP*, I, 3.ª ed. (n. 6), p. 424; VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), p. 154. Sobre la exigencia de que sea causal respecto a la conducta, es decir, que genere como reacción el intento de evitar la amenaza mediante la conducta lesiva, *vid.* HIGUERA GUIMERA: *La eximente* (n. 6), p. 129; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO: *PG*, 2.ª ed. (n. 6), p. 379; QUINTANAR DÍEZ: *CCP*, II (n. 6), pp. 421-422; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: *CCP*, II (n. 6), p. 472; SERRANO BUTRAGUEÑO: *CCP*, I (n. 6), 3.ª ed., p. 424; VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), p. 155. Sí exige que el miedo sea el único móvil, SAINZ CANTERO: *PG*, 3.ª ed. (n. 6), p. 734.

⁴⁶ Con ello no niego que la concurrencia de otros móviles pueda debilitar o contrarrestar el efecto del miedo, sino que lo haga siempre. Se trata de una cuestión de prueba, de modo que debe acreditarse que el miedo no determina la conducta del sujeto. Cfr. sobre ello VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), pp. 156-157.

3.1.1. La necesidad de la acción

El TS define como requisito del miedo insuperable la ausencia de alternativas menos lesivas para eludir el mal, bien directamente, las menos de las veces, bien como «causa de superabilidad», esto es, como prueba de que el sujeto pudo actuar de modo distinto. La exigencia de subsidiariedad es, sin embargo, radicalmente incompatible con el entendimiento del miedo insuperable como causa de inimputabilidad y, más allá del dato de su adscripción dogmática, con la interpretación de la insuperabilidad como imposibilidad psíquica de sobreponerse a la situación de miedo —fundamento que, en definitiva, se predica del miedo insuperable tanto si se le cataloga nominalmente como un supuesto de inimputabilidad como uno de inexigibilidad—. La eficacia anulatoria del miedo requerida prácticamente excluye la «sangre fría» necesaria para barajar todas las alternativas disponibles y optar por la menos lesiva, tal y como presume la exigencia de inevitabilidad por otros medios⁴⁷. Por lo tanto, este requisito jurisprudencial es incompatible con la comprensión jurisprudencial de la eximente. Con ello no hago más que reiterar en este aspecto concreto la crítica doctrinal de la contradicción en que incurre el TS al diseñar el régimen de aplicación de la circunstancia de miedo.

No obstante, más allá del problema de inconsistencia del requisito con el fundamento y naturaleza de la eximente así definidos, hay que plantearse el sentido de tal exigencia y, en su caso, si se puede estimar en los supuestos analizados. La doctrina se muestra en general contraria a condicionar la apreciación de miedo insuperable al carácter subsidiario de la acción. La razón no estriba en su radical incompatibilidad con la naturaleza otorgada a la eximente, ya que existe acuerdo en asignarle el carácter de causa de exculpación. Es decir, supuesto en el que se excluye la responsabilidad penal en sede de culpabilidad a un sujeto imputable y conocedor de la prohibición en atención al contexto en que actuó el sujeto⁴⁸. Sino en que se considera un requisito importado del estado de necesidad, que implica una restricción sin base legal y, en tal medida, fruto de una interpretación *in malam partem*⁴⁹. Pero algunos autores insisten en la

⁴⁷ Vid. por todos, CÓRDOBA RODA: CCP, I (n. 44), pp. 355-356, quien puso de manifiesto que «quien tiene plenamente suspendidas sus facultades anímicas, y una tal suspensión es requerida por la jurisprudencia para el miedo insuperable, difícilmente estará en situación de elegir el medio menos lesivo».

⁴⁸ Sobre esta definición estipulativa, cfr. MARTÍN LORENZO: *La exculpación: concepto, fundamento y causas en el Código penal español*, tesis doctoral inédita, Madrid, 2004, pp. 21-22.

⁴⁹ Cfr., por ejemplo, CUERDA ARNAU: CCP, I (n. 6), pp. 178-179; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: PG, 6.ª ed. (n. 6), p. 396; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: CCP, II (n. 6), p. 493.

idea de subsidiariedad por entender que entronca con el fundamento de la eximente, esto es, con la inexigibilidad. En concreto, definiendo VARONA que «forma parte del fundamento de la eximente de miedo insuperable el hecho de que no exista una posibilidad razonable de solucionar el conflicto sin recurrir a la lesión de bienes jurídicos ajenos, pues esta eximente, como aquellas que reconocen medios de autotutela de los ciudadanos debe limitarse a los casos en que no existan otras alternativas razonables de actuación»⁵⁰. La decisión dependerá, por tanto, del fundamento que se otorgue a la eximente.

Desde esa perspectiva, considero justificada la exigencia de necesidad de la acción, identificada con el carácter idóneo y subsidiario de la misma. No constituye objeto de este comentario la exposición del modelo de exculpación que definiendo, pero cabe hacer un somero repaso a los solos efectos de justificar la demanda del requisito de necesidad. En la búsqueda del fundamento de la eficacia eximente de responsabilidad de las excusas no hay que volver la vista a los efectos psíquicos que pueda originar la situación⁵¹, sino al valor del motivo concurrente que compite con la norma, que procede del contexto y la acción. En determinadas situaciones, las razones que toman forma en la ejecución de una conducta antijurídica se aprecian o reconocen

⁵⁰ VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), p. 391, extensamente, pp. 235-239; en idéntico sentido, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE: *PG II* (n. 6), p. 386-387; también considera la inevitabilidad por medios menos lesivos como criterio para valorar la insuperabilidad, TORRES FERNÁNDEZ: *Estudios* (n. 6), p. 292; menos tajante, CUELLO CONTRERAS: *PG*, 3.ª ed. (n. 6), p. 1138, parece incluir la inevitabilidad del mal como requisito del miedo insuperable en su papel de estado de necesidad disculpante.

⁵¹ Esa atención a la situación de coacción psíquica y a su influencia en el proceso de motivación arroja en brazos de la inimputabilidad a las situaciones de miedo insuperable. Por otro lado, esa alusión se muestra incapaz de ofrecer una fundamentación material suficiente de la renuncia a imponer una pena: la situación psíquica, bien supone una dificultad en conducirse conforme a lo pretendido por la norma que se da en otros procesos motivacionales atípicos —cuando su origen no está en el miedo— sin correlativa eficacia exoneradora; bien, para evitar esa crítica, se configura absolutamente la insuperabilidad y la dificultad en la motivación conforme a la norma, que se convierte en imposibilidad, y tal incapacidad ya exime por razones de inimputabilidad, por lo que la eximente resulta superflua. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ: «Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia», en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires, 1998, pp. 221-257, pp. 246-247; VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), pp. 52-53; sobre ello me he pronunciado antes más detenidamente, respecto al miedo insuperable, MARTÍN LORENZO: «El inextricable efecto eximente del miedo insuperable: problemas legales de una fundamentación convincente de la exención de pena», en Octavio de Toledo y Ubieto/Gurdiel Sierra/Cortés Bechiarelli (coord.): *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, 607-655, pp. 634-638; en general sobre el fundamento de la exculpación, *La exculpación* (n. 48), Capítulo II, *passim*.

hasta llevar a la exculpación, dado que hacen intersubjetivamente comprensible la acción de una persona. Las causas de exculpación suponen, pues, la presencia de razones comprensibles para no desarrollar el motivo de obediencia a la norma en cuanto que afectan a la capacidad amplia de imputación como capacidad de participar en la interacción social como sujeto libre e igual. Si esa capacidad legitima la obligatoriedad de la norma en un sistema penal democrático, habrá que entender que en aquellas situaciones en que se encuentra en peligro, ya sea por existir riesgo de perecimiento de la propia capacidad, ya por la presencia de una distorsión relevante en su ejercicio, no puede imputarse responsabilidad al sujeto por el incumplimiento normativo⁵². Esta caracterización impone una determinada configuración típica mínima de las excusas, articulada en torno a los elementos típicos de toda regla exculpatoria: situación y acción, que puede resumirse, respecto a la situación, en su mínima gravedad inicial y la ajenidad del autor en su desencadenamiento, y respecto a la acción, en su necesidad (mínima idoneidad e inevitabilidad por otros medios) y su proporcionalidad (ausencia clara de desproporcionalidad)⁵³. Sin tales requisitos no puede hablarse de comprensión.

Volviendo al requisito de la subsidiariedad, como la propia idea de autotutela indica, la exculpación se plantea con motivo de una situación de amenaza para el sujeto, materializada bien en una posible pérdida de la continuidad como participante en la interacción social, bien en la ausencia de condiciones para ejercer tal participación. Además, forma parte de los elementos definidores del contexto exculpante que el peligro no pueda ser conjurado por medios lícitos, sobre todo por las instituciones, ya que se trata de la conservación de la propia capacidad deliberativa, no de autoprivilegiarse. Ello significa que la salida al conflicto precisa una acción *ex ante* idónea (que puede eliminar el riesgo o reducirlo) a la par que peligrosa para otros bienes jurídicos. Aparte de esa propiedad del contexto exculpante, la concreta acción exculpada debe ser concretamente necesaria, es decir, el medio menos lesivo de los disponibles⁵⁴.

Ahora bien, defender el requisito de la necesidad de la acción no implica una exigencia de subsidiariedad tan extrema como la sustentada por la jurisprudencia para restringir la aplicación de la eximente de miedo insuperable. Ya en el ámbito del estado de necesidad, donde sí existe acuerdo en requerir la subsidiariedad de la

⁵² Sobre todo ello, *vid.* MARTÍN LORENZO: *La exculpación* (n. 48), pp. 351-366.

⁵³ *Vid.* más detenidamente, MARTÍN LORENZO: *La exculpación* (n. 48), pp. 367-381.

⁵⁴ Sobre todo ello, *vid.* MARTÍN LORENZO: *La exculpación* (n. 48), pp. 380-381.

acción, se rechaza su entendimiento como inevitabilidad absoluta y genérica por otros medios y se reivindica la necesidad de contextualizar este elemento, si es que no se quiere terminar en un rigor que haga impracticable la exención. Se trata de determinar si la acción era *ex ante* necesaria para el autor por no disponer de otras medidas a su alcance y no de una evaluación *a priori* sobre las alternativas en abstracto. Por eso se rechaza la práctica jurisprudencial de invocar la genérica posibilidad de solventar el conflicto con una acción menos lesiva para negar la aplicación de la eximente⁵⁵. En el miedo insuperable, también se ha procurado matizar esta exigencia para evitar caer en el entendimiento restrictivo característico de nuestros tribunales, limitándola a la existencia de alternativas razonables de evitación del peligro⁵⁶.

Es en aquellos casos de peligro duradero o permanente, como los que nos ocupan, en que existe un lapso de tiempo entre la amenaza (mal) y la acción, donde la exigencia de subsidiariedad debe examinarse con mayor detenimiento. Aquí aparece el problema de la posi-

⁵⁵ La conveniencia de relativizar el requisito de necesidad de la acción es resalta-da en nuestra doctrina frente a una jurisprudencia excesivamente inflexible. Así ya CÓRDOBA RODA: *CCP*, I (n. 44); p. 280; cfr. además, entre otros; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *PG*, 5.ª ed. (n. 6), pp. 520-521 y nota 17, p. 696, que parecen vincular el requi-sito de la subsidiariedad en mayor medida al estado de necesidad como causa de jus-tificación que al estado de necesidad exculpante, confundiendo, a mi juicio, cuestiones de necesidad de la acción, ponderación y proporcionalidad; en parecidos términos, CUERDA ARNAU: *CCP*, I (n. 6), pp. 151-152 (aunque afín al criterio de MIR); LUZÓN PEÑA: *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, Madrid, 1996, pp. 629-630 (que sigue la distinción de MIR, pp. 624-625); MARTÍNEZ ESCAMILLA: «Los «correos de la coca» y el Tribunal Supremo: pobreza, estado de necesidad y prevención general», en Octavio de Toledo y Ubieto/Gurdiel Sierra/Cortes Bechiarelli (coord.): *Estudios penales en re-cuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 701-739, p. 721; MIR PUIG: *PG*, 7.ª ed. (n. 6), p. 462, que introdujo la distinción ampliamente seguida en la doctrina es-pañola entre la necesidad abstracta de una acción salvadora y la necesidad concreta de la acción como medio menos lesivo (p. 461); MORALES PRATS: *PG*, 3ª ed. (n. 6), p. 519; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO: *PG*, 2.ª ed. (n. 6), p. 236; PAREDES CASTAÑÓN: «Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad: El criterio de la exigibilidad (Comentario a la STS de 8 de abril de 1988)», *PJ*, núm. 13, 1989, pp. 115-128, p. 124; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: *CCP*, II (n. 6), pp. 366-367 (si-guiendo también a MIR); SILVA SÁNCHEZ: «Sobre el estado de necesidad en Derecho pe-nal español», *ADPCP*, 1982, pp. 663-691, pp. 682 y 684; VALLE MUÑIZ: «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal es-pañol», *ADPCP*, 1992, pp. 561-612, pp. 590-591. Más estrictos: CERESO MIR, *Curso de De-recho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, 1998, pp. 247-248, que exige una necesidad absoluta que abarca tanto la inexistencia de medios legítimos como de otras vías ilícitas menos lesivas; CUELLO CONTRERAS: *PG*, 3.ª ed. (n. 6), pp. 859-860 y nota 337.

⁵⁶ Así VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), pp. 235-239, distinguiendo entre los supuestos de peligro inminente y de peligro duradero.

bilidad de acudir, no ya a medios ilícitos pero menos lesivos, sino a medidas legales de salvaguarda, lo que el TS denomina vías legítimas con relación al estado de necesidad —que en muchos casos habrán excluido de antemano la presencia de una situación de necesidad—. En concreto, se plantea la alternativa de acudir a medios estatales de protección y ayuda: autoridades judiciales, cuerpos y fuerzas de seguridad del estado⁵⁷.

Si se entiende la subsidiariedad como existencia real de medios eficaces de evitación del peligro, su afirmación no es tan sencilla como pretenden los tribunales. En primer lugar, la prelación de alternativas está condicionada por su idoneidad. Si sólo existe una forma eficaz de abortar la amenaza que se cierne sobre el bien jurídico, habrá de afirmarse la cualidad necesaria de la acción. Por lo tanto, el requisito de subsidiariedad de la acción sólo presentará dificultades de concreción cuando concurren diversas posibilidades de salvaguarda, esto es, varias conductas que reúnen una mínima aptitud salvífica. Caben dos situaciones de partida: la primera, que todas las acciones sean indistintamente eficaces; la segunda, que ostenten distinto grado de aptitud. En el primer caso, son preferentes las acciones menos lesivas, lo cuál no se resuelve sólo conforme a criterios cuantitativos, sino sobre todo normativos. Así serán absolutamente preferentes las medidas legales de salvaguarda⁵⁸. Una segunda situación de partida corresponde a la presencia de acciones en distinta medida idóneas para evitar el peligro. En los casos límite, la necesidad de la conducta se predicará de la más eficaz, aun cuando sea también la más lesiva, siempre que su mayor grado de idoneidad aumente de modo relevante las posibilidades de salvaguarda. Habrá,

⁵⁷ Destaca acertadamente VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), p. 237, que este requisito «plantea el fundamental problema de valorar los mecanismos alternativos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los ciudadanos para evitar los peligros que pueden amenazarles, y sobre todo la eficacia de tales medios alternativos».

⁵⁸ En este orden de cosas, también son subsidiarias las acciones penalmente relevantes respecto a otros medios idóneos ilícitos extrapenales; y dentro del espectro de acciones penalmente relevantes, son preferentes las acciones conforme a derecho (atípicas o justificadas), y ello aunque impliquen una potencialidad lesiva mayor. Como segunda regla figura la atención a la lesividad de las conductas para los bienes jurídicos, que se decide poniendo en relación el valor del bien y el grado de peligro que se cierne sobre él. Finalmente, si todas las conductas de salvaguarda posibles comparten análoga aptitud y lesividad, el agente podrá escoger cualquiera de ellas. Cfr. sobre ello, en el ámbito español, BALDÓ LAVILLA: *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, Barcelona, 1994, pp. 150-152; en el ámbito alemán, LENCKNER: «Das Merkmal der «Nichts —anders— Abwendbarkeit der Gefahr» in den §§ 34, 35», en Küper/Puppe/Tenckhoff (ed), *Festschrift für Karl Lanckner*, Berlin, New York, 1987, pp. 95-112.

pues, que poner en cierta relación la capacidad salvífica de las diversas variantes con su capacidad lesiva⁵⁹.

En todo caso, a salvo del valor que las anteriores pautas puedan tener para la decisión judicial acerca de la inevitabilidad por otros medios del mal que amenaza, como dice ROXIN, «la existencia de otras posibilidades de evitación no se puede apreciar a la ligera»⁶⁰, sino que habrá de analizarse en el caso concreto.

Veámoslo en los dos supuestos de hecho analizados:

Si empezamos por el «caso de las FARC», donde el tribunal afirmó la posibilidad del autor de zafarse del miedo de algún modo habida cuenta del tiempo transcurrido, cabe decir lo siguiente. *A priori* puede partirse de la existencia genérica de una alternativa abstracta para evitar la cristalización de la amenaza —recordemos, al menos de secuestro— sobre la familia del procesado: el recurso a las fuerzas policiales. Sin embargo, esta opción se me antoja quimérica. Y ello no sólo a tenor del conocimiento común sobre la situación colombiana en general, fruto de la información de la que disponemos todos⁶¹; sino también del conocimiento específico del juzgador sobre la concreta situación en el lugar de residencia del procesado, obtenido de la prueba aportada en el caso, corroborando el hecho de que «la guerrilla en aquella zona de Colombia en que vive el acusado (...) mantiene una actividad violenta acorde con el contenido de las amenazas que manifiesta en su misiva»⁶². Esos datos muestran la inexistencia de un sistema público de seguridad capaz de proteger a los ciudadanos.

Ciertamente, no consta que el sujeto se dirigiera a las fuerzas de orden público para solicitar su protección, pero ello se explica por la inidoneidad de tal medida —conocida por el procesado— para garantizar no ya su seguridad, sino la de toda su familia. Hay que recordar aquí que la dificultad de garantizar la protección de los suje-

⁵⁹ Así, por ejemplo, HIRSCH-LK, 11.ª ed. (n. 31), § 35, nm. 45; NEUMANN-NK (n. 31), § 35, nm. 29; RUDOLPHI-SK, 7.ª ed. (n. 31), § 35, nm. 10 d.

⁶⁰ ROXIN: AT, I, 3.ª ed. (n. 31), § 22, nm. 18.

⁶¹ Son ilustrativas las consideraciones efectuadas en la SAP Madrid de 1 de octubre de 1998 (Sección 5.ª, ponente: Pereda Riaza) en su f.j. 4.º (RAJ 4484) sobre Colombia como «un país en el que, según la realidad reflejada continuamente por los medios de comunicación nacionales e internacionales y por las manifestaciones de sus nacionales, los secuestros y asesinatos cometidos por grupos de distinta naturaleza son constantes e indiscriminados y no pueden ser evitados por las fuerzas de orden público, no teniendo los ciudadanos medios para defenderse».

⁶² Acreditado mediante el certificado expedido por la Personería Municipal de los Derechos Humanos de San Juan Bautista de Guacarí.

tos amenazados ya se ha destacado con relación a países tan alejados de las condiciones de violencia colombianas como España o Alemania, por ejemplo en los casos de amenazas a testigos o de malos tratos⁶³. No parece, pues, exagerado hablar de inexistencia de una posibilidad de evitación del mal real y eficaz en este caso, ya que se da una indefensión, podríamos decir que estructural, de los ciudadanos frente a grupos violentos extorsionistas de variada índole. Si no puede considerarse eficaz la solicitud de auxilio policial, no puede hablarse de evitabilidad por otros medios.

El hecho de que transcurra tiempo entre la formulación de la amenaza y el viaje no torna en alternativa lo que no lo es, no transforma lo ineficaz en eficaz. Sobre la inexistencia de alternativas reales al transporte de droga para el acusado da cuenta el hecho de que es el propio sujeto amenazado quien se ve obligado a buscar la financiación para el viaje. Para ello su esposa pidió un préstamo garantizado con una letra de cambio. El sujeto estima tan claramente que realizar el porte es su única salida, que sufraga el viaje con su dinero. Quizá la conciencia de esta falta de alternativas reales determinó la parquedad con que la sala ventila la cuestión —mediante una remisión genérica a «algún modo»—, sin ni siquiera invocar, como suele hacerse, la posibilidad de acudir a las instancias públicas de protección⁶⁴.

En el «caso de los iraníes», la decisión sobre la subsidiariedad resulta más complicada. No puede partirse aquí de una situación de violencia y corrupción generalizada como la descrita en el caso anterior, que denote la incapacidad de las fuerzas de orden público para

⁶³ Cfr., por ejemplo, VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), pp. 237-238 y notas 183 y 184; ROXIN: *AT*, I, 3.^a ed. (n. 31), § 22, nm. 18.

⁶⁴ Por supuesto, también puede colegirse que el tribunal no especifica las vías alternativas, porque parte de la presunción de que, si transcurre cierto lapso de tiempo, desaparece el carácter automático de la acción, que, a su vez, identifica con el efecto anulador del miedo como fundamento de la exención. De hecho en una sentencia de la misma ponente anterior —SAP Madrid 24 abr. 2002, Sección 7.^a, ponente: Núñez Galán (RAJ, 239486)—, en un caso paralelo de transporte de droga de Colombia a España bajo amenazas, se sostuvo el mismo razonamiento: «Entre la amenaza del daño y la ejecución del delito transcurrió un lapso de tiempo que pudo permitir al procesado en algún momento zafarse del estado psíquico que el temor que le producía y aunque siempre preso del mismo no lo fue de modo absoluto, invadido por un estado psíquico de abolición permanente y absoluto de sus facultades cognitivas y volitivas que hubieran impuesto un *automatismo en su conducta exento de todo vestigio de autodeterminación* que precisamente es lo que caracteriza esencialmente el miedo insuperable y que hubiera permitido la eximente completa que la defensa interesa» (cursiva añadida). En este caso el rigor demandado es inexplicable, dado que un poco antes se había atribuido al miedo insuperable la naturaleza de causa de inexigibilidad, que por definición, supone la presencia de un sujeto con capacidad de autodeterminación. Al menos en la sentencia analizada de 2003 se omite esa caracterización y sólo se habla de inimputabilidad.

garantizar la seguridad de los ciudadanos en general y la protección del sujeto amenazado en particular. Como en el resto de países de nuestro entorno cultural y económico, en España, más específicamente, en Madrid, la labor de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado se desarrolla en un marco de orden social bien alejado de la situación colombiana, donde la violencia no determina la existencia cotidiana. En tal medida, el recurso al auxilio policial no puede ser excluido desde un principio como medio eficaz menos lesivo. Al contrario, habrá de examinarse con detalle si, dadas las circunstancias, la procesada debió solicitar el amparo policial para eludir la amenaza de muerte y secuestro que recaía sobre ella y sus hijas.

La cuestión es compleja, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de una persona adicta a la heroína y cocaína, inserta en una espiral que le llevó a pagar con favores sexuales la deuda con sus proveedores, y que existe un dato reforzador de la seriedad de la amenaza y capacidad de cumplirla como es la desaparición de otro adicto deudor de los mismos traficantes. Aún así, cabría afirmar que objetivamente debió intentar recabar la protección policial. A falta de otros datos, lo consignado en la sentencia no permite concluir que la acusada no pudiera solicitar ayuda de los organismos estatales de protección, asistenciales y policiales, ni tampoco la ineficacia de la misma, máxime si se tiene en cuenta que el proceso de amedrentamiento fue paulatino y nunca intentó salir de él. Por otro lado, a los problemas inherentes a la protección de una persona frente a organizaciones delictivas, hay que añadir las concretas circunstancias de la procesada, su marginalidad y su adicción, lo que hace prácticamente inviable para ella el recurso al auxilio policial. Socorro que, no pequemos de utópicos, tampoco resultaría fácil que se le prestara, dados los medios materiales de que disponen los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado y la selección de prioridades que conlleva. La exigencia de que acuda a las instancias oficiales es, pues, rigurosa en extremo. Por último, hay datos (la desaparición de un conocido deudor de los iraníes, la experiencia fruto de una adicción grave y prologada, la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas) para considerar que la procesada actuó con el convencimiento de que la realización del transporte de drogas era la única forma de evitar un daño a su familia. A la vista de todo lo anterior cabría plantear si ese error era invencible y, por tanto, debe excluir igualmente la responsabilidad⁶⁵. De cualquier manera, estimo que lo que no admite dis-

⁶⁵ De este modo parece haberse razonado por el TS en su reciente Sentencia de 8 de marzo, (núm. 340/2005, ponente Martínez Arrieta), que aprecia miedo insuperable en el autor de un delito de tráfico de drogas con ciertas limitaciones porque desde su perspectiva era inexigible otra conducta (f.j. 12.º). Sobre los complejos problemas del

cusión es la rebaja de la pena en dos grados. Sólo así se refleja en la individualización de la pena el temor con que actuó la autora y las extraordinarias circunstancias que determinaron su conducta.

3.1.2. La proporcionalidad

Examinado el sentido del requisito de la subsidiariedad, reclamado por los tribunales desde un entendimiento en clave psicológica del miedo insuperable muy distinto a aquel normativo que le dota de sentido, y afirmada su concurrencia en los casos concretos, hay que plantearse si puede decirse lo mismo de un requisito estrechamente relacionado con él cual es el de la proporcionalidad.

La exigencia de proporcionalidad entre el mal evitado y el mal causado venía siendo un requisito de la exención por miedo insuperable que el TS exigía con claro respaldo legal. Hasta la entrada en vigor del CP 1995, el estado de necesidad y el miedo insuperable compartían la exigencia de que el mal causado no fuese mayor que el evitado. Precisamente, de la mano de este requisito acostumbra a negar el TS la posibilidad de eximir de pena en aquellas situaciones de necesidad vinculadas a la penuria económica, e incluso vinculadas a un peligro para la salud o la vida del agente o de un familiar, en que la acción necesaria consiste en un delito contra la salud pública⁶⁶. Con el mismo argumento se rechazaba la presencia de miedo insuperable.

Sin embargo, los problemas de compatibilidad de esta exigencia con la interpretación psíquica del miedo insuperable corren parejos a los señalados para el requisito no legal de la subsidiariedad: el estado psíquico del miedo no se cohonesta con el proceso más o menos reflexivo de comparar males y escoger un mal menor o igual⁶⁷. También desde un entendimiento de la eximente como causa de exculpación se rechazaba la ponderación de males como condición de

error sobre los presupuestos de una causa de exculpación, *vid.*, por ejemplo, ALONSO ÁLAMO: «Error sobre los presupuestos reales de las causas de exclusión de la culpabilidad», en AA. VV., *Estudios de Derecho Penal y criminología. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, t. I, Madrid, 1989, pp. 59-81; HARDTUNG: «Der Irrtum über die Schuld im Lichte des § 35 StGB», *ZStW* 108 (1996), pp. 26-60.

⁶⁶ *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ ESCAMILLA: *LH-Ruiz Antón* (n. 55), pp. 705-707, 709.

⁶⁷ *Vid.* por todos, CÓRDOBA RODA: *CCP*, I (n. 44), pp. 352-353: «no cabe menos que preguntar cómo puede, quien se halla privado de sus facultades anímicas, planear y decidir, ante un riesgo inminente, la realización de un comportamiento que impida el perjuicio al que el peligro va referido, en virtud de la comisión de un mal menor o igual».

exención, ya que impedía dar cabida en la eximente a ciertos casos en los que las circunstancias indicaban la falta de culpabilidad del sujeto, o lo que es lo mismo, la inexigibilidad de la conducta conforme a derecho. Por todo ello, la supresión del requisito de la comparación de males en el art. 20.6.º CP fue recibida en general como un acierto del legislador, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina⁶⁸.

Ahora bien, la doctrina no renuncia de forma absoluta a la ponderación de males, sino que la integra en la decisión sobre la insuperabilidad del miedo o en la global sobre la inexigibilidad decidida conforme al criterio del hombre medio⁶⁹. Como expuse al hilo de la subsidiariedad, la demanda de cierta proporción entre el mal generador del miedo y el causado con la acción es, conforme al modelo de exculpación aquí defendido, una de las características de la acción. Es cierto que el actual art. 20.6.º CP omite toda referencia a la relación entre los males. Pero no lo es menos que la causación de lesiones desproporcionadas está vedada por el fundamento de la eximente: supone un autoprivilegio individual incompatible con la conceptualización de las excusas como el ámbito del reconocimiento jurídico de las razones intersubjetivamente comprensibles. Dicho a la inversa, en lo concerniente a los requisitos de la acción necesaria, que fijan su calificación como reacción adecuada, la interdicción del autoprivilegio abusivo e ilimitado cristaliza en la exigencia de cierta proporcionalidad entre el peligro que amenaza y los daños causados para eludirlo⁷⁰.

⁶⁸ *Vid.*, por ejemplo, STS 25 oct. 1999 (RAJ 7379). Así, entre otros, CEREZO MIR: *PG III* (n. 6), p. 139; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *PG*, 5.ª ed. (n. 6), p. 697; CUERDA ARNAU: *El miedo insuperable*, pp. 17-18, 138 y 220 y ss.; MORALES PRATS: *PG*, 3.ª ed. (n. 6), p. 564; PADILLA ALBA: *AP*, n.º 27, 2002 (n. 6), p. 687; QUINTANAR DÍEZ: *CCP*, II (n. 6), pp. 391 y 405; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: *CCP*, II (n. 6), p. 461.

⁶⁹ Cfr. por ejemplo y respectivamente, de un lado, CUERDA ARNAU: *CCP*, I (n. 6), pp.174-175; *El miedo insuperable*, pp. 139, 151-153 y 220 y ss., quien vincula la necesidad de que el mal temido alcance cierta gravedad a la determinación de la insuperabilidad del miedo y por esta vía introduce como idea rectora de la misma que «el ordenamiento no puede tolerar, al menos en principio, la causación de males mayores para evitar los propios de entidad menor»; o VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), pp. 247-249, quien ofrece como parámetro de la insuperabilidad la ausencia de desproporción; y de otro, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: *CCP*, II (n. 6), pp. 483-484, vinculando la gravedad del mal a la decisión de si el hombre medio hubiera elegido también un comportamiento similar u otro distinto.

⁷⁰ Precisamente VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable* (n. 6), pp. 247-248, interpreta este requisito como límite a la valoración parcial, legitimada por la fundamentación de la eximente de miedo insuperable en la preferencia por los propios intereses (que constituye la fuente original de la exención y no como aquí una consecuencia de la legitimación de la excusa en el carácter comprensible del motivo). La exigencia de cierta proporcionalidad es unánime en la doctrina alemana respecto al estado de necesidad

Sentado lo anterior, la auténtica dificultad estriba en fijar el baremo de esa proporcionalidad. ¿Basta con que el mal que causa la acción no resulte absolutamente desproporcionado con el mal que amenaza o es preciso que guarde una proporción más exacta con el peligro? Según creo, la comprensión del motivo depende de que el «coste» de tal motivo sea aproximadamente de la misma entidad⁷¹. La cuestión de cuando ocurre así no es fácil de resolver, y menos por el sujeto afectado por miedo, por lo que el límite ha de situarse allí donde la falta absoluta de equivalencia es evidente, esto es, donde el mal causado es relevantemente mayor al evitado⁷². La decisión, en todo caso, debe estar asentada en la valoración de las circunstancias del caso concreto.

En los supuestos que nos ocupan, y, en general, en todos aquellos consistentes en la comisión de un delito contra la salud pública bajo amenazas graves de muerte, lesiones o secuestro, se plantearía la problemática cuestión de comparar el peligro de lesión de bienes jurídicos individuales —vida, salud, libertad ambulatoria— con la lesión de intereses colectivos —salud pública—. En esta tarea debe tenerse presente que no se trata de compensar valores y desvalores de acción y resultado, como algún sector defiende en materia de justificación, sino de dibujar los límites de lo comprensible jurídicamente. Y en segundo lugar, tal y como acaba de destacarse, que esta exigencia entronca con el fundamento de la impunidad, sin corresponder a un requisito legal expreso, como sería el caso de la eximente de estado de necesidad del art. 20.5.º CP. Sin entrar, por tales razones, a discutir la más que cuestionable doctrina jurisprudencial que rechaza la posibilidad de eximir acciones de tráfico de drogas por estado de necesidad en casos de peligro para la vida con

exculpante, si bien no todos los autores la conceptúan como un supuesto de exigibilidad de tolerar el peligro como prevé el § 35 I inciso 2.º StGB. Cfr., entre otros, BERNSMANN: «*Entschuldigung*» durch Notstand. *Studien zur § 35 StGB*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 401 y ss.; HIRSCH-LK, 11.ª ed. (n. 31), § 35, nm. 62; KÜHL: AT, 4.ª ed. (n. 31), § 12, nm. 53, 87; NEUMANN-NK (n. 31), § 35, nm. 48; ROXIN: AT, I, 3.ª ed. (n. 31), § 22, nm. 54-55; RUDOLPHI-SK, 7.ª ed. (n. 31), § 35, nm. 17; lo entienden como una cuestión relativa a la necesidad de la acción, JAKOBS: AT, 2.ª ed. (n. 31), 20/8; JESCHECK/WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, 1996, p. 483; LENCKNER/PERRON-S/S, 26.ª ed. (n. 31), § 35, nm. 33; TIMPE: «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzess (§ 33 StGB)», *JuS*, 1984, pp. 859-865, pp. 864-865.

⁷¹ Así, aunque desde otros fundamentos de la exención, BERNSMANN: *Notstand* (n. 70), p. 411; PAWLIK: «Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», *JRE* 11 (2003), pp. 287-315, p. 310.

⁷² PAWLIK: *JRE* 11 (2003) (n. 71), p. 310.

el argumento de la mayor gravedad del daño a la salud pública⁷³, considero que no existen argumentos de proporcionalidad para rechazar la exención por miedo insuperable en las situaciones descritas. No puede hablarse de que el mal causado sea relevantemente mayor.

La solución es clara en estos casos de amenaza de muerte, siquiera latente. El supremo valor del bien jurídico vida se traduce en su imponderabilidad cuantitativa, de modo que ante un peligro de muerte inminente no cabe atender a cuestiones de «proporcionalidad», generadoras de paradojas irresolubles. ¿Está exculpada la muerte de dos personas para salvar la propia vida pero no la de tres personas, o la de cien, o los efectos predicables de la droga que se transporta?⁷⁴. Pero incluso si las amenazas no alcanzan a ser de muerte y su contenido se concreta en lesiones graves o privaciones de libertad de duración indefinida, tampoco se rebasan los límites señalados de la proporcionalidad. Ante males tan graves, cabe llegar a exonerar de responsabilidad al sujeto que mata a otro, de modo que, llegados a ese punto —que escapa a la ponderabilidad—, no puede entenderse fuera de proporción la comisión de un delito contra la salud pública. Aunque no sea un argumento demasiado técnico, resulta ilustrativa la siguiente pregunta: ¿responderíamos ante una amenaza de muerte con la misma resistencia si lo que se nos exige es matar a otra persona que si se nos coacciona a realizar un transporte de droga?

3.2. *La arbitraria aplicación judicial de la exigente como consecuencia de la falta de una doctrina jurisprudencial firme y coherente*

Con el objetivo de mostrar las distorsiones a que conduce la inexistencia de una interpretación jurisprudencial consistente del miedo insuperable, he escogido, además de los dos supuestos ya comentados, otras cinco sentencias del mismo órgano jurisdiccional, la Au-

⁷³ *Vid.*, por todos, MARTÍNEZ ESCAMILLA: *LH-Ruiz Antón* (n. 55), pp. 709-710, 726, destacando la sacralización del bien jurídico salud pública por parte del TS. En general, sobre los problemas de la ponderación y la peculiar forma del TS de evaluar el mal representado por la acción de tráfico de drogas, cfr. las atinadas observaciones de la autora en pp. 722-727.

⁷⁴ BERNSMANN: *Notstand* (n. 70), pp. 408-409; HIRSCH-LK, 11.ª ed. (n. 31), § 35, nm. 63; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed. (n. 31), 20/8; LENCKNER/PERRON-S/S, 26.ª ed. (n. 31), § 35, nm. 33; NEUMANN-NK (n. 31), § 35, nm. 50; MÜSSIG-MK (n. 31), § 35, nm. 34; PAWLIK: *JRE* 11 (2003) (n. 71), p. 311; ROXIN: *AT*, I, 3.ª ed. (n. 31), § 22, nm. 54.

diencia Provincial de Madrid⁷⁵, que se ocupan de hechos análogos — tráfico de drogas bajo amenazas—. A continuación se reproduce un extracto de los hechos probados para facilitar la comprensión del análisis:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de octubre de 1998 (Sección 5.^a, ponente: Pereda Riaza RAJ 4484). Se absolvió al acusado de un delito contra la salud pública por concurrir la eximente de miedo insuperable.

Federico llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas portando en su organismo 114 cuerpos cilíndricos con un peso de 965 gr. de cocaína con una riqueza media del 84%. El padre del acusado, propietario de una finca ganadera en Colombia, se ha visto obligado desde hace varios años a pagar periódicamente diversas sumas de dinero a grupos narcoguerrilleros de su país con el fin de lograr que se respetara la vida de su familia, estando sometido a presiones y amenazas constantes de secuestro y muerte, por lo que presentaron denuncias ante la Policía. Entre 1989 y 1997 salieron del país por razones de seguridad tres de los hermanos del acusado. En 1994, otra hermana del procesado llamada Mónica, sufrió un atropello y a partir de ese momento, tanto Federico como el resto de su familia colaboró económicamente en los gastos de hospitalización, intervenciones quirúrgicas y medicinas que precisó Mónica, dejando de pagar a la narcoguerrilla. En 1997, personas desconocidas para Federico, único hijo varón que permanecía en Colombia, le propusieron viajar a España trayendo droga a cambio de lo cual quedaría saldada la deuda que su familia tenía con los grupos terroristas. Por dos veces no se presentó Federico en el aeropuerto, pero pocos días después se presentaron de nuevo esas personas y le dijeron que tenía que viajar, llevándole a un piso donde, a lo largo de varias horas, le hicieron ingerir una gran cantidad de cápsulas que contenían cocaína. Posteriormente le llevaron al aeropuerto y le dieron instrucciones para cuando llegara a Madrid, accediendo Federico finalmente a realizar esta operación para evitar un secuestro o atentado a su familia.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de octubre de 2000 (Sección 23.^a, ponente: Pereda Espinosa, RAJ 2001, 20327). Se condenó al acusado por un delito contra la salud pública con la concurrencia de la eximente incompleta de miedo insuperable, por lo que se rebajó la pena en un grado (5 años de prisión).

⁷⁵ La Audiencia Provincial de Madrid estaba dividida en 25 Secciones. De ellas, catorce tienen competencia civil y once competencia penal (las Secciones 1.^a a 7.^a, 15.^a a 17.^a y 23.^a). En virtud del RD 481/2005, de 4 de mayo, se han creado dos nuevas secciones.

Esauc llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas procedente de Colombia, portando una maleta y un bolso en cuyo interior había veinte prendas de vestir impregnadas de una sustancia, que debidamente analizada, resultó ser cocaína, que una vez extraída de las prendas, arrojó un peso de 1.325 gramos de cocaína base y 172,76 gramos de cocaína con una pureza del cien por cien. Miembros no identificados de las FARC exigieron la entrega de una cantidad importante de dinero, amenazando al procesado de que de no hacerse efectiva, correría peligro su integridad física y la de su familia, conminando al acusado a traer la droga a España, para verse libre de las amenazas.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2001 (Sección 3.^a, ponente: Silva Castaño, RAJ 266652). Se absolvió al acusado de un delito contra la salud pública por concurrir la eximente de miedo insuperable⁷⁶.

Orlando llegó al aeropuerto de Madrid-Barajas procedente de Panamá, portando en el interior de su organismo numerosas bolas que contenían cocaína con un peso de 593 gramos, con una pureza del 41,3%. Ha quedado acreditado que ingirió dichas bolas y realizó su viaje a España, debido a las amenazas de muerte hacia su persona y su familia que venía recibiendo por parte de la guerrilla colombiana, que días antes de emprender el viaje le secuestraron, siendo que fue custodiado por miembros de la citada organización hasta el aeropuerto.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de abril de 2002 (Sección 7.^a, ponente: Núñez Galán, RAJ 239486). Se condenó al acusado por un delito contra la salud pública con la concurrencia de la eximente incompleta de miedo insuperable, por lo que se rebajó la pena en un grado (5 años de prisión).

Josué, con pasaporte colombiano, llegó el día 16 de Octubre del 2001 al Aeropuerto Madrid-Barajas en un vuelo procedente de La Habana, portando en el interior de su equipaje y oculto en el interior de 6 paquetes de café un total de 2.946,6 gramos (peso neto) de cocaína, con una pureza del 46,2%. El día 10 de Octubre del 2001, en la zona rural del municipio del Buga, en donde reside el procesado y su familia, un total de 25 campesinos, todos ellos hombres jóvenes, fueron asesinados por los miembros de la Autodefensas Unidas de Colombia. Posteriormente, a la salida del funeral que se celebraba por las víctimas, una persona apodada «Nené», le exigió la realización al acusado de un viaje a España portando droga, como único medio de

⁷⁶ Hay que destacar que los hechos probados de esta sentencia se apoyan exclusivamente en la declaración del acusado.

evitar algún mal para la vida de su familia, efectuando el procesado el viaje bajo el temor que en caso contrario, ejecutarán los paramilitares los males anunciados sobre su familia y en especial sobre su hijo de 16 años.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de octubre de 2002 (Sección 1.^a, ponente: de la Mata Amaya, RAJ 2003, 62768). Se condenó al acusado por un delito contra la salud pública con la concurrencia de la atenuante analógica de estado de necesidad (art. 21.6.^o en relación con el 21.1.^a y el 20.5.^o), rebajándose la pena en un grado (4 años y 6 meses de prisión).

El procesado fue detenido en el aeropuerto de Barajas cuando, procedente de Bogotá, portaba en el interior de su organismo bolas conteniendo cocaína, con un peso total de 1.002 gramos de esa sustancia, con una riqueza media del 68, 1%. El procesado decidió llevar adelante los anteriores hechos ante la presión que sobre él ejercitaban sus acreedores para que pagara su deudas y, en particular, al sentirse atemorizado por las amenazas para su integridad física que había recibido en Colombia caso de no poder atender estos pagos.

Recuérdese, además, que tanto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero de 2003 (Sección 7.^a, ponente: Núñez Galán, RAJ 179917) como en la de 13 de febrero de 2003 (Sección 6.^a, ponente: Serrano Gassent RAJ 180471), se condenó al acusado por un delito contra la salud pública con la concurrencia de la eximente incompleta de miedo insuperable, por lo que se rebajó la pena en un grado (6 años y 4 años y 6 meses de prisión, respectivamente).

El examen de las anteriores sentencias pone de manifiesto la variedad de soluciones dogmáticas y, lo que es más importante, la disparidad de las consecuencias jurídicas que finalmente sufren los amedrentados autores de la conducta de tráfico de drogas —desde la libertad a 6 años de prisión—. Evidentemente, podría argüirse que esas discrepancias se deben a las diferencias en los hechos probados. Sin embargo, no parece fácil explicar por qué se exonera de responsabilidad en las dos sentencias absolutorias, mientras que en el resto sólo se aprecia una atenuación cualificada, vía miedo insuperable, vía atenuante analógica de estado de necesidad, ya que no se aprecia una variedad en la situación fáctica capaz de justificar la diversa calificación.

La razón podría encontrarse, entonces, en la distinta comprensión de la eximente de miedo insuperable. Aunque de la lectura de los fundamentos jurídicos no se infiere con claridad el entendimiento del

miedo insuperable del que parten los juzgadores, cabría barajar la hipótesis de que se sigue una comprensión desigual⁷⁷. Las sentencias absolutorias se conforman con una genérica invocación de la inexigibilidad; y en la medida en que ni reclaman ni declaran la anulación de las capacidades del sujeto, habría de entenderse como normativamente configurada. Destaca, en esta dirección, la argumentación de la ponente de la sentencia de 1998. En su f.j. 4.º va desgranando la presencia de los elementos objetivos de miedo real desencadenador de la acción típica, provocado por un mal cierto y evidente (amenazas reiteradas de la guerrilla y actos lesivos previos en un clima general de inseguridad), subsidiariedad de la acción (incapacidad de protección de las fuerzas de orden público), lo que le lleva a declarar la insuperabilidad del temor. Tampoco en la sentencia absolutoria de 2001 se exige un grado especial perturbación psíquica, sino que le basta a la ponente la convicción de que el transporte de droga representaba para el acusado «el medio para librarse a sí mismo y a su familia de las amenazas de muerte a las que le habían sometido, en la creencia real y objetiva de que las mismas pudieran hacerse efectivas» (f.j. 1.º) para entender que no era exigible la conducta conforme a derecho.

En las denegatorias de la exención, por el contrario, se sustentaría la interpretación de corte psicológico tradicional de la eximente de miedo que exige la anulación de la voluntad o la capacidad de autodeterminarse⁷⁸. El extremo rigor psíquico con que se concibe el requisito de la insuperabilidad impide excluir la responsabilidad. En realidad, esto no se discute en el modelo anterior: precisamente por tratarse de sujetos imputables puede plantearse la oportunidad de apreciar una causa de exculpación. Lo paradójico es que, en aquellas de estas resoluciones en las que se ofrece una motivación de la aplicación de la semieximente, se apela a requisitos normativos para inferir la falta de una anulación de la capacidad electiva del sujeto. Esas exigencias —insisto que incompatibles con la concepción psicológica de la eximente—, sin embargo, en contra de lo declarado, sí

⁷⁷ Y lo planteo como hipótesis porque resulta difícil hacer afirmaciones tajantes sobre las concepciones manejadas por los tribunales. Prueba de la necesidad de cautela es la reciente sentencia ya mencionada —STS 8 mar. 2005— en que el TS, después de años —exactamente desde la STS 24 feb. 2000, ponente: Sánchez Melgar (RAJ 1797)—, aprecia una eximente completa de miedo insuperable precisamente en un caso de transporte de drogas por temor ante las amenazas recibidas. En el f.j. 12.º de la sentencia de 2005 se sucede una exposición teórica de la doctrina del TS en los términos habituales, mezclando elementos normativos y demandas de incidencia psíquica, para terminar razonando que desde la perspectiva del sujeto amenazado era inexigible otra conducta.

⁷⁸ Además de en las dos comentadas, expresamente, SAP 24 de abril de 2002, Sección 7.ª, ponente: Núñez Galán (RAJ 239486), f.j. 3.º

se dan en los casos mencionados. Al igual que en los dos supuestos en los que se exime, no puede negarse, siguiendo la habitual enumeración del TS, la existencia de un mal real, grave e inminente —presupuesto de la aplicación de la eximente incompleta estimado en las sentencias—, ni que la acción dirigida a su evitación era necesaria y proporcional. Si se quiere utilizar elementos normativos para rechazar la exclusión de responsabilidad, no se ha elegido un buen camino. Antes al contrario, su examen revela que existen razones para exonerar. Razones distintas a la anulación de las facultades psíquicas del sujeto.

Como es sabido, la determinación de la incidencia del miedo en las facultades cognoscitivas y volitivas es harto compleja, prácticamente inaprensible. La práctica imposibilidad de prueba pericial de esa afectación, fundamental en los casos de inimputabilidad, deja al juez sin la base probatoria usual para decidir sobre esa merma de la capacidad. Seguramente por eso, se intenta inferir los datos psíquicos de otros indicios, que sin embargo, como se vio, no se relacionan directamente con la disminución o anulación de la imputabilidad del sujeto, sino que cobran su sentido como indicadores de la valoración que la conducta del sujeto merece. El problema es que la falta de inimputabilidad que se pretende inferir, y que es indudable, no puede extraerse de la negación de los requisitos valorativos, que sí concurren. No puede extrañarse: en estos casos no cabe hablar de inimputabilidad, pero sí de motivos comprensibles, de exculpación de la conducta antijurídica realizada por un sujeto imputable y conocedor de la prohibición.

En definitiva, los tribunales barajan dos formas contrapuestas de entender el miedo insuperable, una psicológica y una normativa. Pero sólo esta última se sostiene dogmáticamente y atribuye a la eximente del art. 20.6.º CP un ámbito de aplicación privativo. Si la doctrina psicológica del miedo insuperable es contestada en sus fundamentos teóricos y conduce en la práctica a una inaplicación de la eximente completa de miedo insuperable, no es sólo una cuestión de corrección dogmática, sino de justicia, optar por la línea normativa y asentar un régimen jurídico de la circunstancia que acabe con los vaivenes aplicativos.

4. Conclusiones

Las anteriores consideraciones sobre la jurisprudencia menor en materia de miedo insuperable permiten apuntar una sintomatología suficiente para sostener un diagnóstico y prescribir un tratamiento.

Se ha observado que perdura como mayoritaria una comprensión híbrida de la eximente dogmáticamente insostenible, que, en rigor, debiera conducir siempre a su inaplicación, dada la dificultad de conjugar sus heterogéneos elementos psicológicos y normativos. Si se alcanzan los niveles de merma psíquica exigidos, la exclusión de responsabilidad se deberá a la afirmación de un trastorno mental transitorio y la eximente es superflua. Si no se alcanzan esos niveles, aún cuando concurren los requisitos normativos, no podrá llegarse más que a la exención incompleta, de modo que nunca se aplicará el art. 20.6.º CP.

No obstante, también es posible advertir que los tribunales sostienen en ocasiones una comprensión normativa del miedo insuperable, que permite eximir al sujeto amenazado por la acción antijurídica que realiza con sus facultades cognoscitivas y volitivas intactas. Esta línea conduciría a la exclusión de responsabilidad en supuestos que conforme al planteamiento dominante a lo sumo atenúan —se dan los requisitos normativos pero no el estado de inimputabilidad—. El acento se pone aquí en la inexigibilidad de otra conducta. De este modo sintonizan con la doctrina absolutamente mayoritaria.

La reseñada falta de una línea uniforme sobre la circunstancia de miedo determina unos niveles de inseguridad jurídica inaceptables. En el ámbito concreto de los delitos contra la salud pública, estadísticamente tan relevante, ese abanico teórico se traduce en una oscilación en las consecuencias jurídicas —de libertad a penas privativas de libertad graves— inadmisibles. La discrepancia en el tratamiento de casos parejos contradice la fundamental garantía de tratamiento igual a casos iguales. En este sentido, resulta imposible prever el resultado penológico de la conducta del sujeto que transporta drogas bajo amenazas graves.

Si a ello unimos que el entendimiento normativo del miedo insuperable —que abre las puertas a su vigencia— es el único defendible teóricamente, no resta más que un camino. Hay que demandar de la jurisprudencia un rigor en la interpretación y aplicación de la circunstancia eximente de miedo insuperable que deje atrás una práctica largo tiempo criticada en sus fundamentos y manifiestamente injusta en sus resultados. No se trata de una labor sencilla. Ya en otro sitio⁷⁹, he destacado la dificultad extrema de la tarea de construir un régimen jurídico sólido de la circunstancia del art. 20.6.º CP. Los problemas pueden resumirse en que sus oportunidades de supervivencia se vinculan a su caracterización como causa de exculpación, esto es,

⁷⁹ MARTÍN LORENZO: *LH-Ruiz Antón* (n. 51), pp. 644-652.

a un planteamiento normativo, que se localiza en el requisito de la insuperabilidad; pero una construcción convincente de tal concepto y su efecto exonerador no encuentra reflejo legal, ya que el legislador ha condicionado la exención únicamente a que el sujeto obre impulsado por miedo insuperable. Sin embargo, más allá de los obstáculos legales, cabe encontrar reflexiones doctrinales y jurisprudenciales de indiscutible valor⁸⁰. Quizá sea éste un campo donde ensayar esa *rara avis* de la colaboración entre la jurisprudencia y la doctrina.

⁸⁰ La revitalización del miedo insuperable como tema de discusión dogmático tras la entrada en vigor del CP de 1995 es incuestionable. Frente a la solitaria monografía de HIGUERA GUIMERÁ (n. 6) en la etapa legal anterior, han aparecido ya tres monografías —las de CUERDA ARNAU (n. 6), QUINTANAR DÍEZ (n. 6) y VARONA GÓMEZ (n. 6)— y numerosos artículos. En el ámbito judicial, merece la pena destacarse la SAP Girona 3 may. 2001, Sección 3.^a, ponente: Escobar Marulanda (RAJ 196738), que también enjuicia un delito de tráfico de drogas realizado bajo amenazas y parece seguir los planteamientos de VARONA GÓMEZ.