

Emociones y exceso en la legítima defensa en el derecho penal alemán

Una propuesta desde las teorías evaluativas de las emociones

Sumario

-
La regla alemana de exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB) deja sin castigo a quien sobrepasa los límites de una defensa permisible ante una agresión antijurídica si, y solo si, el agredido actuó por confusión, miedo o susto. Esto es explicado usualmente del siguiente modo: el ordenamiento jurídico muestra entendimiento ante las emociones asténicas (o tendentes a la debilidad) de quien no ha provocado el conflicto. En este trabajo se pondrá en duda esta explicación y se propondrá una perspectiva diferente, basada en la filosofía contemporánea de las emociones.

Abstract

-
The German regulation of excessive self-defense (§ 33 StGB) allows the person who exceeds the limits of permissible self-defense against an unlawful aggression to go unpunished if she has acted out of confusion, fear or fright. This is usually explained as follows: the legal system shows understanding for the asthenic (or prone to weakness) emotions of someone who did not provoke the conflict. This paper challenges this explanation and proposes a different perspective based on the modern philosophy of emotions.

Zusammenfassung

-
Die deutsche Regelung des Notwehrexzesses (§ 33 StGB) lässt denjenigen straffrei, der die Grenzen der zulässigen Notwehr gegen einen rechtswidrigen Angriff überschreitet, wenn der Angegriffene aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken gehandelt hat. Dies wird in der Regel wie folgt erklärt: Die Rechtsordnung zeigt Verständnis für die asthenischen (oder zur Schwäche neigenden) Affekte von jemandem, der den Konflikt nicht provoziert hat. In diesem Beitrag wird diese Erklärung in Frage gestellt und eine andere auf der modernen Philosophie der Emotionen basierende Perspektive vorgeschlagen.

Title: *Emotions and excessive self-defense in the German Criminal Code*

Titel: *Emotionen und Notwehrexzess im deutschen Strafgesetzbuch*

-
Palabras clave: *exceso en la legítima defensa, filosofía de las emociones, causas de exculpación, experimentos mentales*

Keywords: *excessive self-defense, philosophy of emotions, excuses, thought experiments*

Stichwörter: *Notwehrexzess, Philosophie der Gefühle, Entschuldigungsgründe, Gedankenexperimente*

-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i2.09

Recepción
15/10/2022

-

Aceptación
16/02/2023

-

Índice

-

1. Bosquejo del problema

2. La opinión dominante en Alemania: exculpación según el § 33 StGB solo ante emociones asténicas

3. Crítica a la opinión dominante

3.1. Sobreinclusión e infrainclusión

3.2. Sobre la interpretación de Spindel

3.3. Los casos de conjunto de motivos

4. Propuesta de solución

4.1. Punto de partida: rechazo a las tesis naturalistas-psicológicas sobre la *ratio* del § 33 StGB

4.2. Concretización de filosofía del derecho: teorías evaluativas de las emociones

4.3. Propuestas *de lege lata* y *de lege ferenda*

4.4. Posibles objeciones

5. Conclusión y aportes para Iberoamérica

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Bosquejo del problema*

La regla del § 33 del Código Penal alemán (StGB) sobre exceso en la legítima defensa no es nueva, ni una particularidad del derecho penal alemán: no solo la redacción actual es prácticamente idéntica a la del Código Penal del Reich (RStGB)¹, sino que pueden encontrarse disposiciones similares fuera de Alemania². Esto ha dado lugar a que la discusión sobre esta figura jurídica ya sea histórica y se extienda por los siglos, pero aun así numerosos problemas de interpretación y aplicación del derecho siguen abiertos³. Incluso los fundamentos mismos de esta figura jurídica se encuentran, en mayor o menor medida, discutidos⁴, lo que ha dado lugar a la conocida frase de ROXIN de que se trata del caso más oscuro de comportamientos típicos y antijurídicos que el Derecho penal alemán deja sin castigo⁵.

No obstante, también parecería haber acuerdo respecto de ciertas cuestiones de la regulación del § 33 StGB, sobre las que poco se discute en la actualidad en Alemania. Esta contribución se centrará en uno de estos aspectos supuestamente indiscutibles del exceso a la legítima defensa, dado que, como señaló en su momento GARDNER⁶, las ideas dominantes merecen un escrutinio más estricto que las controvertidas, por el mero hecho de que en general pasan desapercibidas sin más. En particular, se problematizará la idea de la opinión dominante de que el § 33 StGB,

* Autor de contacto: Leandro Dias, Asistente Científico y Doctorando de la Universidad de Würzburg (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). E-mail: leandroalberto.diasleston@uni-wuerzburg.de. El texto se ha enriquecido notablemente gracias a los comentarios críticos de Federico Abal, Mercedes Cavallo, Alejandro Chehtman, Ivó Coca Vila, Francisco Fernández Perales, Marcelo Ferrante, Luís Greco, Anette Grünwald, Marcelo Lerman, Eduardo Rivera López, Marcelo Sancinetti, Hugo Soares, Lucía Solavagione, Lucila Tuñón, Luciano Venezia, Alejandra Verde, Frank Zieschang y Patricia Ziffer, así como de las intervenciones de los participantes del *Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar* de Luís Greco (Humboldt-Universität zu Berlin) del 4 de noviembre de 2021. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación UBACyT “Sobre el cuestionamiento a la distinción entre ilícito y culpabilidad en la obra de Michael Pawlik. Análisis de las consecuencias dogmáticas de la renuncia a un concepto de ilícito independiente” (Código: 20020190100143BA), dirigido por el Prof. Dr. Marcelo Lerman.

¹ Véase § 53 párr. 3 StGB redacción anterior: «El sobrepaso de la legítima defensa no es punible si el autor procedió más allá de los límites de la defensa en estado de consternación, miedo o susto» [«*Die Überschreitung der Nothwehr ist nicht strafbar, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausgegangen ist*»]. Sobre la historia legislativa de la regulación actual ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, pp. 659 ss.

² Es posible encontrar regulaciones similares (aunque con algunas diferencias significativas) en China (§ 20 párr. 2 Código Penal chino), Austria (§ 3 párr. 2 Código Penal austríaco), Paraguay (art. 24 Código Penal paraguayo) o Suiza (art. 16 párr. 2 Código Penal suizo). Sobre la regulación como «eximente incompleta» (art. 21.1 Código Penal español) y Argentina (art. 35 Código Penal argentino), véase *infra* V. Para un breve panorama de derecho comparado, véase DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law: A Comparative Approach*, 2014, pp. 417 ss. Véase también LEHNEMANN, *Die Notwehrüberschreitungen nach geltendem und zukünftigem deutschen Recht, sowie nach holländischem, dänischem, österreichischem, italienischem und schweizerischem Recht*, 1935, *passim*, para un análisis de derecho comparado respecto de las disposiciones vigentes en la década del treinta del siglo pasado y sus fuentes.

³ Sobre los problemas que todavía están abiertos, solamente MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, pp. 18 ss.; ZIMMERMANN, «Der Notwehrexzess im Völkerstrafrecht. Dogmatische Grundfragen und die Rechtslage unter dem VStGB», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (10-1), 2015, p. 57. Para un panorama sobre el estado de la discusión en los años previos a la reforma, véase FISCHER, *Die straflose Notwehrüberschreitung. Voraussetzungen, Rechtsnatur und analoge Anwendung des § 53 Abs. 3 StGB*, 1971, *passim*. Sobre el trasfondo de historia de las ideas DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses*, 2001, pp. 5 ss.

⁴ Cf. FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2019, § 4, nm. 59. Véase *infra* 4.1.

⁵ ROXIN, «Über den Notwehrexzess», en GRÜNWARD (ed.), *FS-Schaffstein*, 1975, p. 105. Similar sobre la discusión china XUAN, «Notwehrexzess: Von einer Erfolgs- zu einer Handlungsperspektive», en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 363.

⁶ GARDNER, *From Personal Life to Private Law*, 2018, pp. 189 ss. Véase también DEMPSEY, «John Gardner, in memoriam», *Criminal Law and Philosophy*, (14-1), 2020, pp. 3 ss.

al mencionar que el exceso debe haberse producido «por confusión, miedo o susto» [«*aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken*»], solo abarca, y solo debería abarcar, a las llamadas emociones asténicas (hacia la debilidad)⁷, pero no al menos ciertas emociones esténicas (hacia la fuerza)⁸. Y se brindará una interpretación novedosa, no desarrollada en detalle en la discusión científica hasta ahora: que se debe abandonar esta distinción y reemplazarla por una valoración ético-social de las emociones que generan un exceso, de modo que solo las emociones que tendría una persona razonable en la situación del autor puedan exculpar la conducta.

Para eso se procederá de la siguiente forma. Primero, se desarrollará la ya mencionada opinión absolutamente dominante sobre el tema (apartado II). Segundo, a partir de experimentos mentales⁹ se mostrarán los resultados incompatibles con nuestras intuiciones, o con el «sentimiento de justicia»¹⁰, que genera esta interpretación que limita la exculpación del § 33 StGB solo a excesos en la legítima defensa por emociones asténicas (apartado III). Tercero, se propondrá una solución, tanto *de lege lata*, como *de lege ferenda*, que procederá en varios pasos: se tomará postura a favor de las teorías normativas sobre la *ratio* de la impunidad del exceso en la legítima defensa; con ayuda de la filosofía del derecho se concretizarán esas teorías con criterios basados en las llamadas concepciones evaluativas de las emociones; y se propondrá tanto el abandono de la distinción entre emociones asténicas y esténicas, como su reemplazo por un análisis ético-social de la acción emocional excesiva (apartado IV). Finalmente, se brindará una breve conclusión sobre el tema, en la que se destacarán los aportes que el análisis puede brindar para el tratamiento de la cuestión en legislaciones iberoamericanas parcialmente distintas a la alemana (apartado V).

Como aclaración preliminar debe señalarse que solamente se abordarán casos de exceso intensivo (no de excesos en el tiempo, esto es, defensas anteriores o posterior en el tiempo a la agresión) en la legítima defensa que no generan grandes problemas adicionales: constelaciones en las que el autor en legítima defensa realiza una acción defensiva, no buscada de antemano,

⁷ Sobre esta terminología ZABEL, «Affekt und Strafrecht. Thesen zur Theorie und Dogmatik des Notwehrexzesses, § 33 StGB», en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, pp. 354 ss.

⁸ Según ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 57, habría «consenso» al respecto. Véase también ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 75-76 («acuerdo»). Para más referencias, *infra* II.

⁹ Sobre la importancia de los experimentos mentales para la ciencia del derecho, DOMÉNECH-PASCUAL, «Thought Experiments in Law», *Law and Method*, (2), 2021, pp. 7 ss. Una exposición detallada del tema, desde un punto de vista filosófico, puede ser encontrado en BERTRAM, *Philosophische Gedankenexperimente. Ein Lese- und Studienbuch*, 3ª ed., 2018, pp. 26 ss. También en el tratamiento del exceso en la legítima defensa es usual el uso de experimentos mentales a partir de casos hipotéticos. Véase solamente BERSTER, «Der subjektive Exzess der Notwehr und Putativnotwehr», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (163-1), 2016, pp. 41, 45 ss.; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, pp. 19 ss.

¹⁰ El sentimiento de justicia no debe entenderse aquí como una disposición individual de quien debe aplicar el derecho, sino como un acervo de concepciones sociales de las normas que es externo a las construcciones específicas del derecho y que permite examinar la justicia de dichas construcciones. Cf. CHRISTOPH, «Die (un)mögliche Messung des allgemeinen Rechtsgefühls», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (103-1), 2020, pp. 58 ss.; NEUMANN, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (99-4), 1987, p. 590, nota 90; STRENG, «Rechtsgefühl und Vorverschulden – Zur Bedeutung von Freiheitsintuition und Gerechtigkeitsgefühl für die Schuldformalisierung», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL (eds.), *FS-Kindhäuser*, 2019, pp. 502 ss. Para una crítica de la utilización del sentimiento de justicia en la ciencia jurídica, desde la perspectiva del racionalismo crítico ENGLÄNDER, «Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz», en HILGENDORF (ed.), *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften*, 2017, pp. 122 ss.

contra el agresor que conscientemente va más allá de lo necesario para repeler la agresión antijurídica real¹¹, como el siguiente:

«Pánico nocturno»: A está caminando por la noche por un parque oscuro en una zona en la que usualmente se cometen hechos violentos. B, un ladrón de la zona, se le acerca repentinamente y le exige a A que le entregue la billetera, porque de lo contrario lo «molerá a palos». A entra en pánico por la situación de confrontación y decide golpear a B con un palo en la cabeza, lo que le produce una fractura de cráneo, y a pesar de que podría haberlo golpeado en lugares no vitales para repeler la agresión, con la misma perspectiva de éxito.

El proceder a partir de un supuesto más o menos estable en la discusión permitirá concentrar la atención en el problema a tratar, esto es, en la distinción entre emociones asténicas y esténicas, sin distracciones. Una vez que esté aclarado el tema, las conclusiones podrán extrapolarse, *mutatis mutandis*, a otros supuestos de sobrepasos de la legítima defensa. Además, en todos los casos se intentará mantener una «cierta» proporcionalidad en la reacción, en el sentido de una relativa equivalencia entre el posible daño a los bienes de la víctima de la agresión y el daño a los bienes del agresor que resulta apto para repeler la agresión. Por eso en los casos en los que se presenta una agresión a la propiedad, esta será complementada con una amenaza (condicional) a la integridad corporal y a la libertad¹². La razón de ello se vincula a que el requisito de «proporcionalidad» en la defensa, considerado históricamente ajeno al derecho «filoso» de legítima defensa en Alemania¹³, actualmente está discutido¹⁴, lo que también genera problemas para el tratamiento de excesos¹⁵ que aquí serán dejados de lado. Por último, el uso de doctrina jurídica estará limitado en gran medida a la discusión alemana referida al § 33 StGB, para evitar eventuales interferencias vinculadas al distinto texto de las reglas jurídicas de otros ordenamientos. De todos modos, en la última sección aparecerán referencias a fuentes de habla hispana, para demostrar la relevancia de la discusión para el derecho penal iberoamericano.

¹¹ Cf. sobre la conceptualización del exceso intensivo y del extensivo ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 84; ZIESCHANG, «Entschuldigungs- und Strafausschließungsgründe», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45 nm. 20 ss., con múltiples referencias.

¹² Sobre las amenazas condicionales, en especial en relación con agresiones inmediatas a la propiedad, y los problemas de proporcionalidad que generan, véase solamente LANG, «Defensive Escalations», *The Journal of Ethics*, (26-2), 2022, pp. 286 ss.; MCMAHAN, «War as Self-Defense», *Ethics & International Affairs*, (18-1), 2004, pp. 77 ss.; ØVERLAND, «Conditional Threats», *Journal of Moral Philosophy*, (7-3), 2010, pp. 338 ss.; RODIN, *War and Self-Defense*, 2002, pp. 133 ss.; STEINHOFF, «Rodin on Self-Defense and the “Myth” of National Self-Defense: A Refutation», *Philosophia*, (41-4), 2013, pp. 1020 ss.; VENEZIA, «Locke on Conditional Threats», *The Southern Journal of Philosophy*, (60-4), 2022, pp. 705 ss.

¹³ Para un tratamiento reciente de la cuestión ENGLÄNDER, «Zur Begründung der Notwehr im deutschen Strafrecht: überindividualistisch, dualistisch oder individualistisch?», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA (eds.), *FS-Marcelo Sancinetti*, 2020, pp. 297 ss.; GRECO, «Notwehr und Proportionalität», *GA*, (165-12), 2018, pp. 666 ss.; GRÜNEWALD, «Notwehreinschränkung – insbesondere bei provoziertem Angriff», *ZStW*, (122-1), 2010, pp. 59 ss.; WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, pp. 336 ss., todos con múltiples referencias adicionales.

¹⁴ Esta discusión, actualmente casi inabarcable por fuera de un trabajo monográfico, es sintetizada adecuadamente en sus lineamientos generales en GRECO, *GA*, (165-12), 2018, pp. 668 ss.

¹⁵ Véase, por todos, ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 13; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, pp. 91 ss.

2. La opinión dominante en Alemania: exculpación según el § 33 StGB solo ante emociones asténicas

El § 33 StGB establece de forma lacónica¹⁶ lo siguiente: «Si el autor excede los límites de la legítima defensa, por confusión, miedo o susto, no será penado» [*«Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft»*]. Ya del tenor literal¹⁷ de la disposición se desprende que en «ciertos» casos de superación de límites de la legítima defensa es posible que el autor quede impune en Alemania, a pesar de que en principio su conducta resultaría antijurídica por traspasar los límites de lo autorizado por el derecho de legítima defensa conforme el § 32 StGB¹⁸. Se trata de los casos en los que el exceso se encuentra al menos co-causado por alguno de los tres supuestos específicos de estados internos excepcionales, a saber, confusión, miedo o susto¹⁹. Una pregunta que surge, y ha surgido históricamente, es por qué se produce esta enumeración taxativa²⁰ y no se abarcan otros estados internos que también podrían, al menos en principio, colocar al excedente en una situación emocional excepcional, como la ira o el odio.

Para ofrecer una fundamentación completa de por qué la decisión adoptada por el legislador es correcta probablemente sea necesario hacer alguna clase de conexión con la *ratio* del § 33 StGB, lo que se abordará más adelante. Pero como explicación usual en la doctrina hoy en día se encuentra absolutamente difundida la distinción entre emociones asténicas y esténicas²¹. Las emociones asténicas serían los impulsos emocionales que producirían una limitación dirigida hacia la debilidad de la capacidad de actuar y de controlarse²². En cambio, las emociones esténicas serían aquellas que también afectarían las capacidades del autor, pero a través de

¹⁶ Similares ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 353; ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 57.

¹⁷ Véase ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 2.

¹⁸ KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 9ª ed., 2022, § 33, nm. 2. Véase también FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2019, § 4, nm. 59; GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed. 2020, § 6, nm. 157; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 359: «Atribuirle el comportamiento del autor únicamente a la situación en la que se encontraba solo es posible con respecto a las medidas que cualquier otra persona en la posición del autor habría considerado necesarias e imperiosas para afrontarlas. En cambio, en el contexto del exceso intensivo en la legítima defensa, se trata de intervenciones por encima de este umbral».

¹⁹ Véase solamente WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 699; ZIESCHANG, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 370. Esta es hoy en día la opinión dominante: basta con que uno de estos estados emocionales haya causado la superación de los límites de la legítima defensa y no hace falta que sea el único motivo. Sin embargo, en casos de «conjunto de motivos» se discute el alcance de esa co-causación en los detalles. En detalle, al respecto *infra* III.3.

²⁰ Cf. FISCHER, *Die straflose Notwehrüberschreitung*, 1971, p. 39; HAUCK, *AnwaltKommentar-StGB*, 3ª ed., 2020, § 33, nm. 7; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 21. Probablemente también HEGHMANN, «Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe», *Ad Legendum*, (2), 2015, p. 100.

²¹ ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 10 s.; FISCHER, *StGB*, 69ª ed., 2022, § 33, nm. 3 s.; FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2019, § 4, nm. 59; FRISTER, *Strafrecht AT*, 9ª ed., 2020, 6. Kapitel, nm. 39; GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2020, § 6, nm. 168; HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm. 6; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 20, nm. 29; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 21; PERRON/EISELE, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 33, nm. 3; ROSENAU, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 33, nm. 7 ss.; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 27, nm. 22; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 69; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 699; ZIESCHANG, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 23.

²² ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 10; GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2020, § 6, nm. 168; ROSENAU, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 33, nm. 7; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 69; ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 354; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 24; EL MISMO, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 370; EL MISMO, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 24.

impulsos agresivos tendentes al incremento de la fuerza, como las ya mencionadas ira u odio²³. Según esta interpretación, el legislador, al tomar la decisión respecto de qué emociones permitirían exculpar al excedente, habría establecido con su enumeración que solamente las primeras podrían dar lugar a la aplicación de la regla del § 33 StGB²⁴.

Antes de seguir con el análisis, es necesario dejar en claro que se habla de exculpación o disculpa, porque esa es la opinión dominante sobre la clasificación sistemática del exceso en la legítima defensa en el sistema de la teoría del delito²⁵. Esta es una decisión teórica, no estrictamente legal, dado que el tenor literal de la disposición no es decisivo en este aspecto, en virtud de la formulación relativamente neutral utilizada («no será penado» [*so wird er nicht bestraft*])²⁶. Y, de hecho, existe un debate al respecto, que se ha limitado en los últimos tiempos a la disputa sobre si se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad, de la pena, o una presunción sobre casos de error²⁷. Este debate clasificatorio en principio obliga a asumir una determinada postura en la cuestión decisiva que aquí será analizada, esto es, sobre si la decisión de interpretar que solo las emociones asténicas están, y deberían estar, incluidas en la regla del § 33 StGB es correcta, o no. En todo caso, en la medida en que esta problemática guarda una estricta relación con la *ratio* de la impunidad por exceso en la legítima defensa²⁸, sí puede haber alguna vinculación con el tema que aquí se plantea, pero para eso es necesario primero tomar postura sobre los fundamentos de esta figura jurídica.

Pero en la literatura usual no se suele hacer una conexión tan profunda, sino que suelen aparecer algunas explicaciones relativamente independientes del resto de los problemas teóricos y de las «estructuras profundas»²⁹ de la disposición. En particular, puede leerse en la opinión dominante que solo los impulsos emocionales hacia la debilidad permitirían hablar de

²³ ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 10; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 21; ROSENAU, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 33, nm. 8; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 69; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 24; EL MISMO, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 23; ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 57.

²⁴ Cf. solo HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm. 6; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 21; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 77.

²⁵ Véase, *pars pro toto* DUTTGE, *GS-StGB*, 5ª ed., 2022, § 33, nm. 1; ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 1; ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 1; GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2020, § 6, nm. 158; HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm. 1; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 4; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8ª ed., 2017, § 12, nm. 128; PERRON/EISELE, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 33, nm. 2; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 27, nm. 1; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 698; ZIESCHANG, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 362.

²⁶ Cf. ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 1; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 68; ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 353.

²⁷ Véase, al respecto, solo ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 1 ss.; FRISTER, *Strafrecht AT*, 9ª ed., 2020, 16. Kap., nm. 39 ss.; ZIESCHANG, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 4 ss. En idioma español, véase además la opinión de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed. 2016, p. 471, quien considera a los casos de exceso intensivo como errores relevantes sobre la «virtualidad lesiva del procedimiento defensivo elegido». Sobre esta última postura, así como de otras que buscan el fundamento de las reglas de exceso en criterios generales (por ejemplo, reglas sobre error o sobre incapacidad de culpabilidad), véase la crítica de SCHMIDHÄUSER en *infra* nota al pie 142 y texto principal.

²⁸ Sobre la distinción entre la *ratio* (o fundamentos teóricos) de la figuración jurídica y su clasificación sistemática en la teoría del delito, con acierto KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 4 ss.: «Más bien hay que seguir la opinión dominante en la literatura y en la jurisprudencia actual, que ve una causa de exculpación en el § 33. Sin embargo, hay diferencias en cuanto a la *ratio* de esta atenuación por exceso».

²⁹ Sobre esta terminología GRECO, *GA*, (165-12), 2018, p. 672; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 21 ss.; ZABEL, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse*, 2007, p. 318 y *passim*.

una ausencia de necesidad de castigo, que sí estaría presente en las emociones esténicas⁵⁰. Las emociones asténicas serían demostrativas de una situación excepcional de debilidad emocional del excedente, que sería vista por el legislador como una reacción comprensible frente a un conflicto (en ocasiones incluso vital) imputable principalmente al agresor inicial⁵¹. En este contexto, a través del § 33 StGB, el ordenamiento jurídico expresaría lenidad frente al acto antijurídico de quien se defiende excesivamente y lo disculparía, lo que parecería por demás razonable en casos arquetípicos como el ya mencionado «Pánico nocturno». Supóngase que en efecto el pánico que le produjo la situación fue lo que causó que *A* tomase la decisión consciente de excederse en la reacción defensiva. Parecería que ese acto ilícito, por encima de lo permitido por el derecho de legítima defensa, es tan excepcional que no luciría adecuado castigar a *A*, y aparece entonces el § 33 StGB para disculpar al autor.

No obstante, no podría decirse lo mismo respecto de los casos usuales de emociones esténicas, en los que sería evidente la necesidad de negar de una exculpación. Piénsese en casos como el siguiente:

«Ira en el pub»: *A* está tomando unas cervezas en un pub con unos amigos. Sin embargo, su enemigo *B*, absolutamente enojado, se acerca y comienza a insultarlo. Eventualmente, *B* está a punto de tirarle una trompada a *A*. *A* podría simplemente repeler la agresión contraatacando con una trompada al mentón de *B*. Sin embargo, por la ira que le produce que *B* lo haya atacado «de la nada», decide agarrar un vaso de cerveza y partírselo en la cabeza, lo que le produce a *B* una lesión grave en el cráneo.

Esta clase de excesos por reacciones violentas no serían disculpables para la opinión estándar, ya que esa emoción hacia la fuerza no solo no se presentaría como comprensible, sino que sería apta para poner en tela de juicio la paz jurídica, indicaría cierto peligro de desviaciones futuras respecto del comportamiento debido que harían necesaria una pena con fines preventivos, etc. El § 33 StGB sería sensible a esta cuestión y permitiría resolver adecuadamente el caso, ya que *A* no habría actuado por confusión, miedo o susto, sino por ira. Dado que la ira, al igual que otras emociones no mencionadas, como el odio, tienden hacia la fuerza, y no hacia la debilidad, se puede hablar de una emoción esténica, generalizar la conclusión y señalar que la disposición excluye a esta clase de emociones del ámbito de lo disculpable. Por tanto, *A* podría ser punible por lesiones corporales, si se cumplen los demás requisitos legales.

Estas consideraciones permiten elaborar teóricamente, en principio, la idea de la opinión dominante de que la distinción entre emociones asténicas y esténicas está detrás de la enumeración de emociones brindada por el § 33 StGB. De todos modos, vale preguntarse si existen casos en los que esta distinción, simple y aparentemente convincente, da lugar a resultados contrarios a nuestro sentimiento de justicia, ya sea por dejar fuera del alcance de la exculpación casos de emociones esténicas que deberían ser exculpadas, o por disculpar casos que deberían ser castigados. Esta cuestión se abordará en el siguiente apartado.

⁵⁰ Cf. DUTTGE, *GS-StGB*, 5ª ed., 2022, § 33, nm. 13; ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 21; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 20, nm. 29; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 77; ROSENAU, «Der Notwehrexzess», en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 231.

⁵¹ Cf. HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm. 3, con referencias adicionales; ROSENAU, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, p. 231.

3. Crítica a la opinión dominante

3.1. Sobreinclusión e infrainclusión

Una forma de criticar a la opinión dominante es imaginar casos de «sobreinclusión»³², es decir, supuestos en los cuales la regla, tal como ha sido interpretada por la concepción dominante, abarcaría casos que no debería abarcar, según intuiciones bien ponderadas de justicia. Y no es difícil imaginar ejemplos de esta clase. Piénsese en una reformulación relativamente libre del conocido caso «Goetz»³³, ocurrido en 1984 en Nueva York:

«Miedo racista»: A está esperando su tren por la noche en una estación de metro en la que suelen producirse robos. De repente, el joven africano B se acerca subrepticamente a A y le exige la entrega de su billetera o «lo molerá a palos». A tiene mucho miedo, dado que considera que las personas africanas son naturalmente agresivas y homicidas. Por eso saca un arma de fuego y le dispara al pecho a B, a pesar de que haciendo un disparo de advertencia o, en todo caso, disparándole a una zona menos riesgosa podría haber evitado la agresión. B sufre lesiones que ponen en peligro su vida.

Casos de esta índole, sin duda, no son un mero experimento mental o caso de laboratorio, sino que pueden ocurrir en las sociedades occidentales actuales en las que, en mayor o menor medida, el racismo es un grave problema³⁴. Y probablemente no sea una buena idea ser condescendiente con quien se excede en sus facultades de legítima defensa solo en virtud de su racismo³⁵, por más que eso haya desencadenado una emoción asténica como el miedo. Sin embargo, una regla como la del § 33 StGB debería dar lugar a esa impunidad.

³² Esta terminología proviene de la discusión de filosofía del derecho anglosajona. Véase solamente ALEXANDER/SHERWIN, *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, 2001, p. 103; DUFF, *The Realm of Criminal Law*, 2018, p. 64; GREEN, «Legal Moralism, Overinclusive Offenses, and the Problem of Wrongfulness Conflation», *Criminal Law and Philosophy*, (14-3), 2020, pp. 418 ss.; MIHAL, «Responding to the over-inclusiveness objection to Hart's theory of law: a causal approach», *Jurisprudence*, (12-2), 2021, pp. 175 ss.; SCHAUER, *Playing by the Rules Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, 1991, pp. 31 ss.; SHAPIRO, *Legality*, 2011, p. 8; SUNSTEIN, «Problems with Rules», *California Law Review*, (83-4), 1995, pp. 992 ss.; TAMANAHA, *A Realistic Theory of Law*, 2017, pp. 38 ss. No obstante, en los últimos años también ha sido utilizada de forma relativamente frecuente en la discusión alemana e iberoamericana. Cf. COUPETTE, *Juristische Netzwerkforschung*, 2019, p. 33; MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales: Un análisis empírico y dogmático», *InDret*, (2), 2009, p. 9; MONTIEL, «Cazando el mito del positivismo diabólico y del formalismo ingenuo en el Derecho penal», *InDret*, (1), 2011, p. 10; OSTERLOH-KONRAD, *Die Steuerumgehung*, 2019, p. 609; PERALTA, «Chantage als Ausbeutung – Über das Unrecht der bedingten Androhung erlaubter Taten», *ZStW*, (124-4), 2012, p. 891; RAMÍREZ LUDEÑA, «La irrelevancia de la violencia en el delito de coacciones», *InDret*, (3), 2021, p. 350.

³³ Court of Appeals of New York, *People v Goetz*, 68 NY2d 96. Véase FLETCHER, *Notwehr als Verbrechen. Der U-Bahn-Fall Goetz*, 1993, *passim*.

³⁴ Sobre el problema del racismo desde una perspectiva jurídica, véase recientemente BARSKANMAZ, *Recht und Rassismus*, 2019, pp. 27 ss.; LIEBSCHER, *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus*, 2021, pp. 26 ss. Para un panorama de la llamada «Critical Race Theory» DELGADO/STEFANCIC, *Critical Race Theory: An Introduction*, 3ª ed., 2017, pp. 3 ss. Véase también HERSHOVITZ, *Nasty, Brutish, and Short*, 2022, pp. 161 ss.; WOLFF, *An Introduction to Moral Philosophy*, 2ª ed., 2020, pp. 339 ss.

³⁵ Téngase en cuenta que aquí se construye el caso de modo tal que el exceso se produce «solo» a causa del racismo del autor. Y asúmase que, en efecto, el autor es un racista reconocido. Las cosas podrían ser más difíciles en la realidad y seguramente lo sean, en especial en casos en los que la emoción pueda ser explicada, al menos parcialmente, a partir de ciertas valoraciones en algún sentido «inconscientes» del autor. Pero para resolver esos problemas específicos primero es necesario aislar el problema y descubrir cuáles son las intuiciones de justicia en casos hipotéticos «puros».

Es cierto que probablemente este caso de sobreinclusión no le sea imputable a la opinión dominante en la materia. En particular, los juristas trabajan, y deben trabajar, con el material jurídico disponible y, cuando se trata de disposiciones legales, no pueden exceder el límite del tenor literal en contra del imputado³⁶, por las limitaciones del *nullum crimen sine lege*. Por eso, en casos como «Miedo racista» no sería posible negarle en Alemania la exculpación a *A* de conformidad al § 33 StGB, dado que se cumplirían todos los requisitos de la disposición y una limitación adicional iría en contra de la prohibición de analogía. Pero incluso si *de lege lata* la solución de este caso tiene que ser la concesión de la exculpación, eso no convierte al ejemplo en menos problemático. Por el contrario, muestra que la regulación actual da lugar a casos contraintuitivos a causa de su sobreinclusión, y que resulta necesario discutir el problema teórico, para eventualmente proponer una reforma legislativa. Y eso es suficiente para poner de relieve que este aspecto del § 33 StGB no está asentado en un terreno tan firme como parecía en un principio.

Los problemas de *nullum crimen sine lege* no aparecen con una segunda posible crítica a la regulación vigente y la opinión dominante sobre su interpretación, dado que se centrará en una ampliación de la impunidad a favor del autor. Así como es posible pensar en casos en los que la regulación (tal como es interpretada usualmente) obliga a exculpar a alguien que no debería ser exculpado, también son imaginables constelaciones en las que se le debería negar la exculpación a quien la merecería según el sentimiento de justicia. Se trata, entonces, del problema inverso al anterior, esto es, de «infrainclusión»³⁷. En particular, algunos casos de emociones estéticas podrían ser dignos de una exculpación, como el siguiente:

«Ira justificada»: *A* llega a su casa y encuentra a *B* semidesnudo, arriba de su hijo *C*, intentando violarlo. *A* tiene un ataque de ira y en un arrebato violento agarra un bate de béisbol y golpea fuertemente a *B* en la cabeza, para evitar la agresión sexual, lo que le produce a *B* una fractura de cráneo. Por su fuerza física, *A* podría tranquilamente haber golpeado a *B* en una zona menos delicada, o incluso haberlo superado físicamente sin mayores problemas.

Es cierto que *A* se excedió en su reacción contra *B*. Una reacción furibunda, característica de una emoción estética, parecería no obstante ser absolutamente comprensible. En ese sentido, la situación de encontrar a un hijo a punto de ser agredido sexualmente es tan excepcional y dolorosa, que sin dudas la reacción emocional orientada a la fuerza debería ser excusable. Probablemente, tampoco haya que temer una repetición de hechos violentos por parte de *A*, ni se pueda decir que se ha apartado de su rol de buen ciudadano que debe contribuir a la paz jurídica³⁸. Incluso se podría decir que «no» tener una emoción estética en esta situación sería un indicador de algún problema de socialización o de falta de apego por un familiar menor de edad a punto de sufrir una agresión especialmente traumática³⁹. Empero, el § 33 StGB (nuevamente: según la interpretación dominante) no permitiría ni siquiera discutir la

³⁶ *Pars pro toto* FISCHER, *StGB*, 69ª ed., 2022, § 1, nm. 21; HECKER, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 1, nm. 54 ss.; HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2022, § 1, nm. 30; NESTLER, «Die Auslegung von Straftatbeständen: Auslegungsmethoden und Methodik der Auslegung», *Juristische Ausbildung*, (40-6), 2018, p. 69; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 5, nm. 31; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 5, nm. 28; DANNECKER/SCHUHR, *LK-StGB*, t. I, 13ª ed., 2019, § 1, nm. 38, 111, 238 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 80. Desde una perspectiva crítica, solamente KUBICIEL, *Die Wissenschaft Vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, Ihre Methoden*, 2013, pp. 31 ss., con referencias adicionales.

³⁷ Cf. solamente COUPETTE, *Juristische Netzwerkforschung*, 2019, p. 33, nota al pie 95.

³⁸ Sobre la relación entre la paz jurídica y el § 33 StGB, véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 359 ss.

³⁹ Véase también KAHAN/NUSSBAUM, «Two Conceptions of Emotion in Criminal Law», *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 294.

posibilidad de exculpar a A en esta situación, dado que no habría actuado motivado por «confusión, miedo o susto», esto es, por una emoción asténica. Y una aplicación analógica de la regla a estos casos no es defendida actualmente⁴⁰. Esta situación es especialmente preocupante porque estos dos problemas ya han sido señalados en la literatura más antigua. Solo hay que recordar la afirmación de M.E. MAYER en 1915 de que la disposición equivalente del § 53 StGB (antigua redacción) era una «regla tosca»⁴¹, porque obligaría a abstenerse de castigar, aunque la emoción fuese absolutamente injustificada y a castigar, aunque fuera adecuada⁴². Sin embargo, hoy en día, la discusión ha quedado en el olvido.

3.2. Sobre la interpretación de Spendel

De todos modos, es necesario señalar que el § 33 StGB quizá sí podría ofrecer un margen para la exculpación de ciertos casos de emoción esténica, a partir de una interpretación extensiva de algunos de los términos utilizados en la regla. Esta ha sido la posición que supo expresar SPENDEL⁴³, quien consideraba que la «confusión» no siempre estaría acompañada de reacciones emocionales tendentes a la debilidad, sino que la mayoría de las veces ese estado se desencadenaría como consecuencia de una emoción esténica, como una «justa ira». Dado que la disposición no hace una diferenciación expresa entre emociones asténicas y esténicas (esto no forma parte del tenor literal, sino que es una explicación de por qué la ley solo menciona tres emociones), en principio se debería permitir la exculpación de emociones esténicas, siempre y cuando provoquen un estado de confusión en el excedente⁴⁴.

Esta postura ha sido considerada equivocada y prácticamente hoy no se discute en mayor medida, lo que puede verse con claridad en el clásico manual de ROXIN (ahora ROXIN/GRECO). Hasta la cuarta edición del tomo I del libro (año 2006), se le dedicaba un número marginal al tratamiento de la postura de SPENDEL y se la rechazaba del siguiente modo: estos casos de «justicia de mano propia» serían peligrosos desde un punto de vista de psicología social, porque podrían liberar la agresividad latente en amplios círculos de la población, lo que debería prevenirse por medio de la pena⁴⁵. En la última edición del manual este párrafo ha sido suprimido⁴⁶ y la solución se considera casi una obviedad, lo que es consecuente con el tratamiento usual en otras obras de la opinión dominante: al haberse producido la confusión en virtud de una reacción emocional tendente a la fuerza, se está en presencia de una emoción esténica, no abarcada por la disposición en cuestión, aunque quizá pueda excluirse el reproche de culpabilidad por otras razones⁴⁷.

⁴⁰ Cf. solamente KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 21. También ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 75, 76, con referencias a la jurisprudencia. Véase ya VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 10ª ed., 1900, p. 126.

⁴¹ MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 282.

⁴² Véase también KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43ª ed., 1961, p. 207: «Incluso el exceso a partir ira, por ejemplo, podría merecer una disculpa en casos individuales»; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, p. 215, anotación 6: «La justa indignación ante una agresión común no es ciertamente menos excusable que el miedo. Y si, por ejemplo, un agresor descarado recibe una paliza, eso no es ciertamente perjudicial para un sano sentido de la justicia».

⁴³ SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2003, § 33, nm. 58, 66 ss. De acuerdo en lo esencial ZIESCHANG, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 24.

⁴⁴ SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2003, § 33, nm. 67 ss.

⁴⁵ ROXIN, *Strafrecht AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 15, nm. 76.

⁴⁶ ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 75, 76, nota al pie 147.

⁴⁷ Cf. solamente ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 10; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 22; PERRON/EISELE, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 33, nm. 4. Véase también ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33,

Al respecto, lo primero que debe decirse es que ni la crítica de ROXIN, ni la de la opinión dominante, a la posición de SPENDEL son convincentes. Respecto de la primera, puede que casos como «Ira justificada» sean de justicia de mano propia, ya que es cierto que *A* está excediéndose conscientemente en sus facultades defensivas (preventivas) en virtud de su ira y probablemente a causa de alguna emoción retributiva acompañante⁴⁸. Pero una afirmación general de esta clase no prueba nada sobre la peligrosidad de esta clase de accionar, ni la existencia de cierta agresividad latente en la población. Para eso, habría que hacer estudios empíricos⁴⁹ que permitan acreditar esa peligrosidad especial de quienes se exceden como consecuencias de emociones esténicas en situaciones de legítima defensa en las que esa emoción se debe a una reacción entendible. O al menos que ciertos grupos de la población manifiestan cierta agresividad latente en general. ROXIN no brinda esos datos empíricos, por lo que el argumento se mueve en el de las consideraciones generales de plausibilidad⁵⁰. Y en casos de esta clase, en los que se produce una situación emocional de excepción causada por un hecho grave contra un familiar, parecería ser posible afirmar que el peligro de repetición (del autor o de la generalidad) es ínfimo y que no hay razones de prevención especial o general para castigar al excedente. Más bien, tendemos a comprender esta clase de reacciones y a considerarlas razonables en una sociedad en la que los lazos afectivos entre padres e hijos son indispensables, y las agresiones contra la autodeterminación sexual, especialmente graves.

En cuanto a la afirmación de que en estos supuestos no se estaría frente a un impulso emocional tendente a la debilidad, sino a la fuerza, y que por eso no se lo podría exculpar, las cosas no mejoran. Por el contrario, se trata de una *petitio principii*. Porque como se desprende, con razón, del argumento de SPENDEL, el Código Penal alemán en el § 33 StGB no hace una distinción expresa entre emociones asténicas y esténicas, sino que esa es una explicación doctrinaria de la decisión legislativa de incluir en la regla únicamente a la confusión, el miedo y el susto. Pero justamente lo que pone en tela de juicio SPENDEL es que esa explicación sea apropiada en el caso de la confusión, dado que muchas veces se produce por impulsos emocionales tendentes a la fuerza (esto es: esténicos), y quizá se debería discutir una exculpación en ejemplos así.

El problema de la tesis de SPENDEL es el contrario al que plantea la opinión dominante. Lo equivocado no es que relaja en demasía los requisitos para una exculpación, sino que no los relaja lo suficiente. Es cierto que su propuesta al menos permite alivianar parcialmente el problema de la infrainclusión al admitir una exculpación en estos casos:

«Ira con confusión»: *A* llega a su casa y encuentra a *B* semidesnudo, arriba de su hijo *C*, intentando violarlo. *A* tiene un ataque de ira y en un arrebato violento, *que da lugar a una enorme confusión espiritual*, agarra un bate de béisbol y golpea fuertemente a *B* en la cabeza, para evitar la agresión contra su hijo, lo que le produce una fractura de cráneo a *B*. Por su fuerza física, *A* podría tranquilamente haber golpeado a *B* en una zona menos delicada, o incluso haberlo superado físicamente sin mayores problemas.

nm. 19 ss. Con ciertas restricciones, también SAUREN, «Zur Überschreitung des Notwehrrechts», *JURA*, 1988, p. 568.

⁴⁸ Mejor: la emoción esténica del anhelo de venganza. Así, ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 57.

⁴⁹ Sobre el problema de la contingencia de las proposiciones empíricas respecto de los datos de la realidad que permitan acreditarlas, GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, pp. 231 ss.; EL MISMO, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret*, (4), 2010, p. 6.

⁵⁰ Esta formulación proviene de PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 349. Véase también HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm. 6: consideración teórica a partir del lenguaje cotidiano.

Si bien una exculpación en estos casos parece aceptable, esta postura no permitiría extender la exculpación a casos con la estructura de «Ira justificada», a pesar de que ya se mencionó que hay buenas razones para discutir la posibilidad de esa consecuencia jurídica, y no bloquearla de antemano. Eso se debe a que en constelaciones así la emoción estética no provoca confusión, sino que se trata de una reacción emocional hacia la fuerza en algún sentido «pura». Y para abarcar esos casos parecería que es necesario algo más que proponer una interpretación amplia del § 33 StGB como la de SPENDEL.

3.3. Los casos de conjunto de motivos

Antes de proponer una solución al problema se debe mencionar que en la literatura suele aparecer una discusión que, al igual que lo que sucede con la posición de SPENDEL, quizá podría matizar estos inconvenientes. Se trata del problema del «conjunto de motivos» [*Motivbündel*]⁵¹, es decir, del accionar del excedente a partir de cualquier emoción asténica, no solo confusión, pero acompañado también de reacciones emocionales que podrían ser consideradas estéticas.

En este aspecto, parecería haber acuerdo en las opiniones actuales respecto de que la reacción emocional tendente a la debilidad debe al menos ser co-causal del exceso en la legítima defensa y que, por tanto, no puede ser una mera emoción secundaria acompañante⁵². Probablemente la razón de esta decisión deba verse en la terminología utilizada en el § 33 StGB, especialmente la utilización de la preposición «de» [*aus*]⁵³: da la impresión de que el autor en legítima defensa debe excederse «a causa» de confusión, miedo o pánico⁵⁴. Esto podría ser cuestionable desde la posición aquí defendida, porque se deja fuera del alcance de la disposición, sin más, a casos como «Ira justificada», si el autor además de la ira hubiese tenido al menos cierta confusión, miedo o susto, a pesar de que esto último no haya sido condición necesaria del exceso.

Pero óbviase esta cuestión, ya que la discusión central en la actualidad es otra: si además de una relación de causalidad entre estos impulsos emocionales hacia la debilidad nombrados explícitamente en el § 33 StGB es necesario que alguno de esos impulsos sea el motivo «dominante» del actuar. O si, por el contrario, un impulso orientado hacia la fuerza, como el odio, podría ser el motivo preponderante, siempre y cuando la emoción asténica haya al menos co-causado el exceso. Así, una parte importante de la doctrina requiere que la emoción asténica sea lo que prevalezca en la motivación del actuante⁵⁵. Por tanto, en casos como «Ira con

⁵¹ Cf. solamente DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses*, 2001, pp. 190 ss.; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, p. 29

⁵² ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 11; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 25; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 77; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 30.

⁵³ A diferencia del § 53 párr. 3 StGB, antigua redacción, que utilizaba la proposición «en» [*in*]. Sobre la disputa interpretativa anterior a la reforma véase solamente MEZGER/BLEI, *Strafrecht AT*, t. I, 15ª ed., 1973, p. 237; PAUL, *Persönliche Strafausschließungsgründe und innerer Tatbestand*, 1963, p. 42; SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2003, § 33, nm. 70, nota al pie 58. Véase también ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, p. 660, nota al pie 4.

⁵⁴ Cf. KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 25; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8ª ed., 2017, § 12, nm. 147; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, pp. 39 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 77, con referencia a *Bundestagdrucksache V/4095*, p. 15; SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2003, § 33, nm. 70; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 30.

⁵⁵ Véase solamente DUTTGE, *GS-StGB*, 5ª ed., 2022, § 33, nm. 13; ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 22; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., 1996, § 45 II 2; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, p. 106; MÜLLER-CHRISTMANN, «Der Notwehrexzeß», *Juristische Schulung*, 1989, p. 719, nota al pie 30; PERRON/EISELE, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 33, nm. 5; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 80.

confusión» no procedería la exculpación, porque el excedente, a pesar de que la confusión es causal del exceso, habría actuado motivado prevalecientemente por una emoción esténica como la ira. Esta postura obviamente no permite resolver los problemas aquí planteados, ya que solo quedarían abarcados casos en los que la emoción esténica apareciese únicamente como un motivo secundario, no dominante, de un exceso causado por una emoción asténica. Es decir, el universo de casos de sobreinclusión apenas se vería reducido por esta postura.

La segunda postura, defendida por parte de la doctrina⁵⁶ y también en algunos fallos del BGH⁵⁷, considera que basta con que la emoción asténica haya sido co-causal del exceso, pero no exige que (además) haya sido el motivo dominante. Quienes asumen posturas de esta clase llegan a los mismos resultados que SPENDEL, al menos si la emoción esténica provoca confusión, y esta última, a su vez, es causal del exceso; pero la exculpación no entra en consideración en casos en que por ejemplo la ira genera confusión, pero el exceso se produce a causa de la ira, no de la confusión, por ausencia de co-causalidad⁵⁸. Estas posturas sí ayudan a resolver en una mayor medida el problema de sobreinclusión. No obstante, les es aplicable la misma crítica que a la postura originaria de SPENDEL, en el sentido de que en casos de emociones esténicas puras, pero comprensibles (como «Ira justificada»), el § 33 StGB no sería aplicable de ninguna manera. Por consiguiente, el problema de la sobreinclusión permanecería latente en lo esencial, a pesar de haber sido atenuado.

4. Propuesta de solución

4.1. Punto de partida: rechazo a las tesis naturalistas-psicológicas sobre la *ratio* del § 33 StGB

Para que las soluciones de dogmática del Derecho penal puntuales resulten convincentes, tanto para la persona eventualmente condenada como para la generalidad, y no se presenten como una mera repetición acrítica de antejuicios y de argumentos transmitidos por tradición, es necesario indagar en sus fundamentos morales o (si no se quiere utilizar el lenguaje de la moral) de filosofía del derecho. En particular, como señala PAWLIK⁵⁹, si las bases de la dogmática jurídico-penal resultan inestables, probablemente todo el edificio que se construya sobre aquellas también lo será. Por consiguiente, para el análisis del problema dogmático concreto de la distinción entre emociones asténicas y esténicas en el exceso a la legítima defensa resulta como mínimo conveniente indagar en la *ratio* de esta figura jurídica y ver si es posible extraer alguna conclusión general sobre el tema.

⁵⁶ *Pars pro toto* DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses*, 2001, pp. 190 ss.; ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 2; EL MISMO, «Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess», *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, (14-10), 2013, p. 392; GEPPERT, «Notwehr und Irrtum. Putativnotwehr, intensiver und extensiver Notwehrexzess, Putativnotwehrexzess», *JURA*, (29), 2007, p. 38; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 25; KINDHÄUSER/HILGENDORF, *LPK-StGB*, 9ª ed., 2022, § 33, nm. 3; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8ª ed., 2017, § 12, nm. 147; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 27, nm. 23; ROSENAU, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 33, nm. 7 ss.; SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2003, § 33, nm. 70 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 699; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 30; EL MISMO, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 45, nm. 24.

⁵⁷ Véase BGH, *NStZ-RR*, 1999, p. 264 (265); *NStZ-RR*, 2018, p. 272 (273); *NJW*, 2001, p. 3200 (3202); *NJW*, 2013, p. 2133 (2136). Pero véanse las inconsistencias en la jurisprudencia en ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 81.

⁵⁸ En el caso «Ira con confusión» esta cuestión puntual ha sido dejada abierta conscientemente.

⁵⁹ Así, por ejemplo, PAWLIK, «Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (11), 2003, p. 287.

Como ya se señaló en este texto, los fundamentos de la disposición del § 33 StGB se encuentran discutidos y es necesario tomar decisiones sobre este tema. La primera⁶⁰ es descartar las tesis naturalistas-psicológicas, defendidas especialmente en textos más antiguos⁶¹, que encuentran la base de la exculpación en la presión psicológica excepcional que sufre el autor en legítima defensa y que lo coloca en una situación de dominio de la voluntad altamente disminuido. Esta postura tiene problemas insalvables, que la hacen inidónea para ser considerada como fundamento: si lo central son derivaciones psicológicas de esta clase⁶², no tiene sentido hacer una distinción entre emociones asténicas y esténicas, sino que cualquier situación que produzca una reducción del dominio de la voluntad debería bastar para conceder la exculpación⁶³. Sin embargo, eso va en contra de negar la exculpación en casos como «Ira en el bar», que serían casos claros de conducta no excusable, tanto *de lege lata*, como *de lege ferenda*. Así que a menos que se pretenda abogar, de forma un tanto implausible, por una exculpación en cualquier caso de acciones emocionales, incluso en supuestos de ira o venganza irracional, por ejemplo, por motivos racistas, esta fundamentación no resulta atractiva.

A la teoría actualmente dominante de la (en términos de RUDOLPHI)⁶⁴ doble disminución de la culpabilidad⁶⁵ se le pueden imputar los mismos defectos, dependiendo de cómo se la interprete. Según la caracterización usual, la doble disminución que se produciría en situaciones de exceso en la legítima defensa consistiría en una primera rebaja, derivada del valor de acción (que acompaña al de resultado) de la actuación en legítima defensa, dado que la conducta tiende a preservar los bienes del agredido, lo que repercutiría en la culpabilidad⁶⁶. La segunda, esencial para este problema, vendría de la mano de la emoción asténica que complicaría la motivación conforme a derecho respecto del segmento de la conducta que excede la autorización brindada por el derecho a la legítima defensa del § 32 StGB⁶⁷. Si se entiende a este segundo segmento en términos naturalistas-psicológicos, entonces son aplicables las mismas objeciones que se expusieron en el párrafo anterior⁶⁸.

⁶⁰ Clasificaciones similares en ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 68 ss.; ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, pp. 58 ss.

⁶¹ Cf. solamente BLEI, *Strafrecht AT*, 16ª ed., 1975, § 62; BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 1979, p. 126; MAYER, *Strafrecht AT*, 1967, p. 101; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 179. Recientemente FISCHER, *StGB*, 69ª ed., 2022, § 33, nm. 3.

⁶² ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 70.

⁶³ DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses*, 2001, pp. 20 ss.; HEINE, *Tötung aus „niedrigen Beweggründen“*, 1988, p. 260, nota al pie 52; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, p. 59; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 70; ROXIN, en GRÜNWARD (ed.), *FS-Schaffstein*, 1975, p. 114; RUDOLPHI, «Notwehrexzess nach provoziertem Angriff - OLG Hamm, NJW 1965, 1928», *JuS*, 1969, p. 462.

⁶⁴ RUDOLPHI, *JuS*, 1969, pp. 462 ss.

⁶⁵ Cf. ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 2; HOYER, *SK-StGB*, t. I, 9ª ed., 2017, § 33, nm. 2; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 5; PERRON/EISELE, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 33, nm. 2; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 52, nm. 1; RUDOLPHI, *JuS*, 1969, pp. 462 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 698; ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 353; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 33, nm. 2.

⁶⁶ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 698. Una culpabilidad por el hecho que por supuesto es accesoria al contenido de ilícito disminuido (ilícito de acción y de resultado) en virtud de la acción defensiva. Véase al respecto solamente ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 2; ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 58. Probablemente también ZIESCHANG, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 362: «La exculpación se explica por el hecho de que, debido a la agresión, se reduce simultáneamente tanto la ilicitud del hecho como, en relación con las llamadas emociones asténicas del § 33 StGB, la culpabilidad».

⁶⁷ ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 2; ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 353.

⁶⁸ A menudo se añade un segundo punto de crítica: La situación excepcional también puede darse en otras causas de justificación, como el estado de necesidad justificante según el § 34 StGB, por lo que no está claro por

En cambio, si la segunda disminución se entiende en términos más «normativos», es decir, no (solo) centrados en los aspectos psicológicos del autor, sino también en cierta valoración de la conducta del excedente a partir de estándares, entonces la teoría dominante está en mejores condiciones de brindarle un fundamento sólido al § 33 StGB⁶⁹. Para eso es necesario nutrirse de alguna clase de entendimiento normativo extra-psicológico de esta causa de exculpación y, dado el caso, aplicarlo a la segunda disminución de la culpabilidad⁷⁰. En la discusión actual aparecen al menos tres alternativas posibles de enfoques normativos, desde perspectivas teóricas diferentes, pero que llegan esencialmente a los mismos resultados. La primera es asumir una teoría orientada a la prevención⁷¹, que considera que en casos de excesos en la legítima defensa, por medio de emociones asténicas, no habría necesidades preventivo-generales o especiales para castigar al excedente. La segunda es asumir una postura no-preventiva, orientada a la libertad, que estime que la sociedad decide prescindir de la pena, debido a que el excedente por emociones asténicas, en virtud de la situación excepcional a la que se ve sometido, y que es parcialmente imputable a la propia víctima del exceso, sigue apareciendo como un ciudadano comprometido con la paz jurídica necesaria para asegurar las esferas de libertad de los ciudadanos⁷². Y la tercera consiste en adoptar un modelo contractualista, que establece que la regla sobre sobrepasos a la legítima defensa en casos de emociones asténicas se legitima como norma que adoptarían ciudadanos ideales sin biografía en una negociación en la posición originaria *rawlsiana*⁷³.

Una toma de postura respecto de alguna de estas tres (o de otras) teorías normativas que pueden tener incidencia en las causas de exculpación sin dudas excede los límites de este texto. Sin embargo, puede decirse que cualquiera de las tres está en mejores condiciones de explicar, y eventualmente justificar, la limitación de emociones del § 33 StGB que las posiciones naturalistas-psicológicas. Por consiguiente, la solución a los problemas planteados en este trabajo, y que requieren alguna clase de distinción entre las emociones, necesariamente tiene que provenir de una teoría normativa⁷⁴, no naturalista-psicológica.

qué la exculpación solo debe concederse en casos de legítima defensa. Cf. ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 2; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, p. 59; ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 58. Este argumento, no obstante, es más complejo de lo que parece a simple vista, como muestra ROGALL, «Der Notwehrexzess – ein Schuldprivileg», en HERZOG/SCHLOTHAUER/WOHLERS/WOLTER (eds.), *Weßlau-GS*, 2016, pp. 546 ss.

⁶⁹ Similar ROGALL, HERZOG/SCHLOTHAUER/WOHLERS/WOLTER (eds.), *Weßlau-GS*, 2016, pp. 544 ss. Véase también ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 3; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 33, nm. 5 ss.; ROSENAU, en FAHL *et al.* (eds.), *FS-Beulke*, 2015, pp. 231 ss.

⁷⁰ O, dado el caso, prescindir por completo de la teoría de la doble disminución de la culpabilidad y aplicar de forma autónoma el criterio normativo. Esta cuestión, que implicaría tomar posición sobre el rechazo de la teoría dominante de la doble disminución de la culpabilidad, puede ser dejada de lado aquí.

⁷¹ Cf. especialmente ROXIN, en GRÜNEWALD (ed.), *FS-Schaffstein*, 1975, pp. 105 ss.; EL MISMO, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973, pp. 33 ss. Véase también ENGLÄNDER, *StGB*, 2ª ed., 2020, § 33, nm. 3; MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, 2003, pp. 60 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 69; SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*, 2005, pp. 204 ss. Similar JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 20, nm. 28 ss.; EL MISMO, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 23; EL MISMO, *Das Schuldprinzip*, 1993, *passim*; TIMPE, «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB)», *JuS*, 1985, pp. 119 ss.

⁷² Cf. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 360.

⁷³ ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, pp. 58 ss. En realidad, el modelo teórico de ZIMMERMANN se presenta como un complemento del modelo de la prevención de ROXIN. Sin embargo, esta dependencia no es necesaria ni resulta muy atractiva para quienes rechazan la relevancia de la idea de prevención en el derecho penal. Crítica a la teoría de la prevención de ROXIN, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 77 ss., 360, nota al pie 592.

⁷⁴ Del mismo modo, pero respecto del § 213 StGB, GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, p. 359: «Si se quiere mantener la atenuación del homicidio emocional, la única vía viable sigue siendo una solución (puramente) normativa».

No obstante, los problemas de sobreinclusión e infrainclusión del § 33 StGB, al menos según la interpretación de la opinión dominante, están presentes en cualquiera de las tres teorías normativas, si es que se las quiere utilizar para explicar o fundamentar una distinción entre emociones asténicas y esténicas. Así, en casos como «Ira justificada» se puede argumentar sin problemas que el excedente no muestra una actitud socialmente comprensible ante una agresión excepcional y probablemente irrepetible⁷⁵, que no requeriría un castigo con fines de prevención general o especial; que su exceso ante una agresión grave contra un familiar no implica una falta de compromiso con la paz jurídica; o que no es posible excluir que los ciudadanos ideales en la posición originaria pudiesen adoptar una regla que exculpe casos de emociones esténicas de esta índole⁷⁶. Y una fundamentación exactamente contraria permitiría abogar por un tratamiento distinto al propuesto usualmente para casos como «Miedo racista». En ese sentido, las conductas racistas requerirían castigo para prevenir delitos motivados racialmente de la generalidad y del autor, no mostrarían un compromiso fuerte con la paz jurídica en virtud de la falta de respeto mostrada ante los conciudadanos y probablemente sean conductas que una regla ideal tomada en una situación de plena imparcialidad consideraría punibles, por el riesgo de perpetuación de injusticias arbitrarias.

Lo señalado muestra que las intuiciones de justicia basadas en casos hipotéticos que permitieron concluir que se presenta un problema de infrainclusión y sobreinclusión encuentran apoyo en las teorías normativas sobre la *ratio* del § 33 StGB. Sin embargo, por el nivel de abstracción en el que se desarrolla esta discusión fundamental es probable que no ayude demasiado a brindar una propuesta concreta de solución⁷⁷, que necesariamente deberá nutrirse de al menos otro complemento teórico.

4.2. Concretización de filosofía del derecho: teorías evaluativas de las emociones

Una alternativa posible consiste en buscar ese complemento en la «naturaleza» de las emociones, a partir de un breve panorama de la discusión actual sobre la filosofía de las emociones⁷⁸. El tenor literal del § 33 StGB, al requerir una actuación «por confusión, miedo o

⁷⁵ Probablemente en contra DUTTGE, *GS-StGB*, 5ª ed., 2022, § 33, nm. 11; ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 33, nm. 21; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT*, t. I, 5ª ed., 2020, § 22, nm. 80.

⁷⁶ Aunque por el nivel de abstracción de las teorías contractualistas actuales esto no es tan sencillo y habría que realizar una argumentación objetiva más robusta, por ejemplo, que tenga en cuenta los riesgos de abuso que produciría una regla más flexible, que permita la exculpación de ciertas emociones esténicas.

⁷⁷ Esto es así al menos en el marco en el que se ha dado la discusión hasta ahora en la discusión alemana, pero no se excluye la posibilidad de una mayor concretización. En especial, una teoría completa de las causas de exculpación (o, más sencillamente, excusas) que se desarrolle en un nivel de abstracción menor quizá resultaría más promisorio para brindar un fundamento determinado de la impunidad (o al menos disminución del castigo) por exceso en la legítima defensa. Véanse, por ejemplo, los avances recientes en la filosofía moral y del derecho en habla inglesa respecto de las excusas en GARDNER, *Offences and Defences*, 2008, pp. 121 ss.; SLIWA, «The Power of Excuses», *Philosophy & Public Affairs*, (47-1), 2019, pp. 45 ss.; WALLACE, *Responsibility and the Moral Sentiments*, 1994, pp. 118 ss. Estos intentos promisorios merecen, y sin dudas recibirán, un tratamiento autónomo en el futuro también en el marco del derecho penal continental.

⁷⁸ Una síntesis puede encontrarse en DEIGH, «Concepts of Emotions in Modern Philosophy and Psychology», en GOLDIE (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, 2013, pp. 17 ss.; DEMMERLING/LANDWEER, *Philosophie der Gefühle*, 2007, pp. 1 ss.; SCARANTINO/DE SOUSA, «Emotion», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018 (disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/emotion/> [último acceso el 23/08/2022]). Desde una perspectiva de la historia de las ideas LANDWEER/RENZ, «Zur Geschichte philosophischer Emotionstheorien», en LANDWEER/RENZ (eds.), *Handbuch Klassische Emotionstheorien*, 2012, pp. 3 ss. Sobre la importancia de la teoría de las emociones para la filosofía del derecho y, en particular, las ideas de NUSSBAUM, véase HILGENDORF, «Rechtsphilosophie der Gegenwart», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2021, p.

susto» parecería expresar que lo decisivo para la exculpación es la presencia de una «acción emocional»: acciones determinadas por una o varias emociones específicas y que dan lugar a la comisión de un hecho antijurídico⁷⁹. Entre las experiencias humanas que usualmente se conocen como emociones, y que serían distintas a apetitos corporales (como el hambre o la sed) y estados anímicos carentes de objeto (como la irritación o la depresión endógena) están incluidas, entre otras, la alegría, la pena, el miedo, el enojo, el odio, la lástima o compasión, los celos, la esperanza, la culpa, la gratitud, el disgusto y el amor⁸⁰. Y la disposición legal en análisis se concentraría en tres emociones que desencadenan o que al menos influyen de algún modo en la decisión de cometer un delito. La pregunta es por qué solamente aparecen mencionadas estas tres para exculpar en casos de exceso en la legítima defensa.

Una primera respuesta podría ser ofrecida por lo que se conoce como «concepciones mecanicistas» sobre la naturaleza de las emociones⁸¹. Según esta postura, las emociones serían fuerzas que carecen de pensamiento o percepción, por lo que equivaldrían a impulsos que dan lugar a la acción de una persona, con independencia de sus creencias y de cualquier posibilidad de que un tercero evalúe la corrección o incorrección de tales emociones⁸². Se trataría de fuerzas externas que guían «irracionalmente» a la acción de los agentes, por lo que habría una oposición entre razón y emociones⁸³. Así como una ráfaga de viento puede «guiar» la conducta externamente y hacer tropezar a alguien, también las emociones serían algo que ocurre y que está fuera del control de las personas⁸⁴.

El problema de esta postura es que si las emociones no implican creencias del agente, sino que son fuerzas externas, entonces no es posible tener en cuenta el «objeto» de las emociones, cuyo rol en la acción emocional depende de la interpretación que le dé la persona puntual a ese objeto⁸⁵. Piénsese en una sensación de pena o dolor por la muerte de una persona. Esa emoción difícilmente pueda ser explicada sin hacer referencia a la persona que murió⁸⁶, por ejemplo, un familiar. No se trata de una mera sensación que se produce aleatoriamente, como una indigestión, sino que está vinculada especialmente a un objeto: el dolor se produce a partir del pensamiento en la muerte de «ese» familiar, lo que significa en nuestras vidas y sus consecuencias⁸⁷. Difícilmente todo esto pueda ser explicado a partir de una noción que ve a las

179. Sobre la relación entre el derecho penal y las emociones FABRICIUS, «Emotionen und Strafrecht», en BERNER/FAß (eds.), *Sichtbares und Unsichtbares*, 2014, pp. 193 ss.

⁷⁹ Cf. MANRIQUE, «Emociones y derecho penal», *En Letra: Derecho Penal*, (4), 2017, p. 10; TADROS, «Attribution, Ethics and Emotions in Criminal Responsibility», *The Modern Law Review*, (67-2), 2004, p. 332.

⁸⁰ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 275 ss.; NUSSBAUM, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, 2004, p. 23. En detalle DEMMERLING/LANDWEER, *Philosophie der Gefühle*, 2007, pp. 35 ss.

⁸¹ Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 275 ss. Para un panorama complete de esta posición a través de un análisis de las ideas de la filosofía de la ilustración, véase NEWMARK, *Passion – Affekt – Gefühl: Philosophische Theorien der Emotionen zwischen Aristoteles und Kant*, 2008, pp. 145 ss.

⁸² Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 277 ss.

⁸³ MANRIQUE, «Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones», *Doxa*, (39), 2016, p. 292.

⁸⁴ Cf. GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, responsabilidad y derecho*, 2009, p. 49.

⁸⁵ MANRIQUE, *Doxa*, (39), 2016, pp. 294 ss.; KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 282. Véase también NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 24 ss.

⁸⁶ Esto no implica que «ciertas» emociones quizá sí puedan ser diferenciadas sin referencias a un objeto determinado y a partir de criterios más «mecanicistas». Pero no sucede esto con todas las emociones y por esa razón la crítica a las posturas mecanicistas es apropiada.

⁸⁷ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 282.

emociones como eventos externos, independientes de los agentes y sus creencias y valoraciones.

Además, la concepción mecanicista no puede diferenciar entre las «distintas clases» de emociones⁸⁸. La única diferenciación que podría hacer esta concepción es alguna basada en la intensidad de las sensaciones que produciría la emoción, pero no una basada en una referencia a determinadas creencias internas del agente⁸⁹, como la de haber sido tratado injustamente o de que alguien está sufriendo inmerecidamente⁹⁰. Así, no sería posible diferenciar entre ira y envidia o ansiedad, que muchas veces generan sensaciones similares y no es posible hacer una delimitación ulterior sin tener en cuenta los pensamientos del agente⁹¹. Lo mismo sucedería con las emociones positivas y es por eso que prácticamente no se presentan concepciones mecanicistas puras en la historia de la filosofía⁹², sino que se ofrecen matices de cierta clase.

Este rechazo a las tesis mecanicistas puras sobre la naturaleza de las emociones parecería estar también detrás de la regla del § 33 StGB. Porque si lo único que importase para conceder la exculpación fuese la existencia de la emoción como algo por fuera del control del agente, no tendría sentido hacer una diferenciación según la «clase» de emociones que debe sentir el autor, tal como sugieren las tesis naturalistas-psicológicas sobre la *ratio* del exceso en la legítima defensa. En cambio, la disposición en análisis parece asumir que no todas las emociones «dan lo mismo» para la exculpación y que debería haber alguna forma normativamente relevante de distinguirlas, lo que la opinión dominante hace hoy en día con la distinción entre emociones asténicas y esténicas⁹³. Una concepción mecanicista de las emociones no está en condiciones de hacer algo así.

Detrás de la regla del § 33 StGB, entonces, hay que buscar una tesis alternativa, y aparece en la discusión la «concepción cognitivo-evaluativa» de las emociones⁹⁴. Aquí se parte de una premisa radicalmente diferente a aquella de la concepción mecanicista, en el sentido de que las emociones ya no serían fuerzas externas que operan sobre los agentes como eventos naturales respecto de los cuales carecen de control. Por el contrario, estas teorías, dominantes en la actualidad en la filosofía⁹⁵, consideran que las emociones están asociadas a evaluaciones o

⁸⁸ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 283; NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 27 ss.

⁸⁹ Véase NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, p. 34.

⁹⁰ Cf. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, p. 27.

⁹¹ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 283 ss.

⁹² Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 284.

⁹³ Similar ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 352.

⁹⁴ Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 285 ss. Como quedará claro más adelante, en este trabajo se asume explícitamente la corrección de un enfoque cognitivo-evaluativo de las emociones, en especial cierta versión del entendimiento «aristotélico» de NUSSBAUM. Esta cuestión viene discutiéndose desde hace décadas en la filosofía y no es posible hacerle justicia al tema en un trabajo de derecho penal como este. Por lo pronto, véanse las críticas a la postura de NUSSBAUM en SCARANTINO, «Insights and Blindspots of the Cognitivist Theory of Emotions», *The British Journal for the Philosophy of Science*, (61-4), 2010, pp. 734 ss. Una defensa reciente de la postura de NUSSBAUM puede encontrarse en SACCO, «The Passionate Beliefs. A Defense of the Cognitive-Evaluative Theory of Emotions», *Philosophia*, (50-3), 2022, pp. 1399 ss.

⁹⁵ Véase MANRIQUE, *Doxa*, (39), 2016, p. 294; SCARANTINO/DE SOUSA, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, (disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/emotion/> [última consulta el 07/10/2022]); ZHAO, «Guilt Without Perceived Wrongdoing», *Philosophy & Public Affairs*, (48-3), 2020, p. 286: «una asunción prácticamente incontrovertida».

valoraciones⁹⁶ que tenemos respecto de ciertos objetos a los que les asignamos una importancia decisiva, y por esa razón se producirían las emociones⁹⁷. A modo de ejemplo, las personas no suelen enojarse frente a pequeñeces o «porque sí», sino que ese enojo por regla general está asociado a una evaluación positiva de objetos que les resultan valiosos, como la seguridad de las personas que aprecian. Por consiguiente, la emoción en sí misma contendría una evaluación (ético-social) del objeto⁹⁸.

Y no se trata de cualquier evaluación, sino de una que se hace con referencia a ciertos objetos esenciales para el bienestar de una persona o su papel puntual en el propio plan de vida, como el miedo referido a la destrucción de ciertos objetivos, relaciones o proyectos especialmente importantes⁹⁹. Se observa que ya no se trata de fuerzas incontrolables, de eventos que le suceden al agente y respecto del cual no tiene ninguna clase de control. Más bien las emociones surgirían como consecuencia de juicios que pueden ser modificados y controlados, por ejemplo, a partir de la educación moral del agente¹⁰⁰.

Si las emociones implican una evaluación o valoración de un objeto, esto tiene como contrapartida que esas evaluaciones o valoraciones también puedan ser objeto de evaluación o valoración: pueden ser consideradas correctas o incorrectas¹⁰¹, lo que abre la puerta para un «análisis de la razonabilidad» de las emociones¹⁰². Aparece entonces la posibilidad de acudir a ciertos estándares para determinar si una acción emocional está a su vez basada en una valoración moralmente correcta. Piénsese en quien reacciona con pánico al ver cómo se besan en público dos personas del mismo género¹⁰³. Esa emoción no sería algo externo, imposible de controlar. Más bien, lo que se presenta es una reacción irrazonable, en virtud de una serie de ideas abyectas del agente, que bien podría no tener, ni debería tener. Y que de ninguna manera puede excusar un ilícito cometido como consecuencia. En cambio, el miedo que puede ser sufrido al ver en peligro el propio plan de vida cuando alguien sufre una agresión injusta es una

⁹⁶ De forma un tanto plástica, podría hablarse de «emociones como juicios». Véase NUSSBAUM, *Upheavals of Thought. The intelligence of emotions*, 2001, pp. 33 ss.; LA MISMA, «Emotions as Judgments of Value and Importance», en SOLOMON (ed.), *Thinking about Feeling: Contemporary Philosophers on Emotions*, 2004, pp. 183 ss.; SOLOMON, «On emotions as judgments», *American Philosophical Quarterly*, (25-2), 1988, pp. 184 ss.

⁹⁷ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 286.

⁹⁸ Véase KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 285.

⁹⁹ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 286.

¹⁰⁰ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 273, 297 ss. Cf. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 31 ss. Esto por supuesto genera un sinnúmero de problemas adicionales, no solo para el derecho penal, que no es posible abordar aquí en detalle. Sin embargo, es necesario decir algo al menos sobre la cuestión de qué sucedería con quienes ya han sido educados moralmente de forma incorrecta, por ejemplo, a partir de ideas contrarias a los derechos fundamentales, como la superioridad de ciertas personas sobre otras. Desde la postura aquí propuesta, la respuesta quedará clara en los siguientes párrafos: esas representaciones incorrectas o violatorias de derechos que dan lugar a emociones (asténicas o esténicas) no pueden exculpar penalmente excesos en la legítima defensa. Pero quedará abierto el problema de cómo la «ignorancia moral» (al respecto, recientemente ALEXANDER/FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability*, 2018, pp. 95 ss.; TIFFANY, «Conceptualizing Coercive Indoctrination in Moral and Legal Philosophy», *Criminal Law and Philosophy*, [16-1], 2022, pp. 153 ss.) puede incidir en otras figuras jurídico-penales, como el error de prohibición (cf., por todos, HÖRNLE, *Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag. Kultur, Religion, Strafrecht - Neue Herausforderungen an eine pluralistische Gesellschaft*, 2014, pp. C 70 ss.). Además, y quizá más importante, adquiere vigencia el problema de cómo educar y reeducar moralmente a quienes integran una sociedad, cuestión espinosa para cualquier Estado liberal que pretenda prevenir hechos delictivos graves en el futuro. Sobre esto último, recientemente TIZ, *Der Fall Sürücü*, 2022, pp. 159 ss.

¹⁰¹ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 287; NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, p. 31.

¹⁰² Similar MANRIQUE, *Doxa*, (39), 2016, pp. 294 ss.; NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 31 ss.

¹⁰³ El ejemplo proviene de KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, p. 272.

reacción adecuada, en virtud de una valoración correcta del objeto afectado. Por tanto, detrás de las acciones emocionales hay ciertas valoraciones ético-sociales que motivan el accionar del agente. Y esas a su vez pueden ser más o menos éticamente correctas y, a partir de eso, más o menos excusables¹⁰⁴. Este análisis de razonabilidad (moral o «ético-social») de la emoción será la clave para ofrecer una solución al problema planteado en este texto.

4.3. Propuestas de *lege lata* y de *lege ferenda*

Si se asume que detrás del § 33 StGB se encuentra una fundamentación normativa, complementada por una concepción evaluativa de las emociones, lo primero que hay que decir es que la distinción entre emociones asténicas y esténicas no resulta convincente. Como ya se mencionó, esta da lugar a problemas de sobreinclusión e infrainclusión, producidos por una falta de sensibilidad al carácter más o menos correcto o incorrecto de la evaluación que da lugar a las emociones, independientemente de que sean asténicas o esténicas. Entonces, esa diferenciación, si bien simple y muy asentada en el pensamiento jurídico-penal, debe ser dejada de lado. Pero la solución no puede implicar tirar el agua de la tina con el niño adentro, en el sentido de permitir que cualquier clase de emoción pueda dar lugar a una exculpación. Eso implicaría una capitulación frente a las concepciones naturalistas-psicológicas de la *ratio* del § 33 StGB y a las concepciones mecanicistas de las emociones, ambas poco convincentes. Más bien, es necesario buscar alguna clase de criterio para distinguir adecuadamente entre emociones excusables y emociones no excusables.

Para resolver esta cuestión, NUSSBAUM y KAHAN¹⁰⁵ ofrecen un panorama de cómo se podría proceder para determinar si una determinada acción emocional resulta correcta según una concepción evaluativa. En particular, señalan lo siguiente:

«Si afirmamos que las emociones implican un pensamiento evaluativo, naturalmente empezamos a preguntarnos sobre el tipo de evaluaciones que la gente razonable debería hacer. Al pensar de esta manera, Aristóteles sostiene que la persona virtuosa observa el medio (con lo cual se refiere no a un camino intermedio, sino a un camino de adecuación) con respecto tanto a la acción como a la emoción y que el criterio de esa adecuación debe encontrarse preguntando lo que una persona de sabiduría práctica haría y sentiría en la situación. La persona de sabiduría práctica es un agente idealmente razonable que tiene un carácter bien formado y que encarna las “opiniones respetables” de la comunidad en su mejor momento, después de que éstas hayan sido examinadas y tamizadas mediante una argumentación crítica. En otras palabras, encarna un ideal reconocible de comportamiento o evaluación adecuados, aunque en muchos aspectos esto puede ser distinto del comportamiento o evaluación promedio o común»¹⁰⁶.

Para determinar si cierta emoción resulta excusable en los términos de una exculpación por sobrepaso de los límites de la legítima defensa, entonces, uno podría preguntarse si la reacción excesiva es una que habría podido tener una persona razonable, con valoraciones ético-sociales filtradas según una moral objetiva (opiniones de la «comunidad en su mejor momento» y «tamizadas mediante una argumentación crítica»), en la situación del autor. Este parámetro de evaluación, que no necesariamente es el único posible, tiene la ventaja, por un lado, de ser muy similar al clásico estándar sobre el cumplimiento del deber de cuidado en la imprudencia o, si se acepta esta teoría, la creación de un riesgo desaprobado en la teoría de la imputación

¹⁰⁴ En detalle NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 38 ss., 126 ss.

¹⁰⁵ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 285 ss., 301 ss.

¹⁰⁶ KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 287 ss.

objetiva¹⁰⁷. Es decir, si bien una concepción evaluativa exige indagar en la evaluación concreta del excedente de los objetos de la acción, y valorarla ético-socialmente, existiría un camino relativamente sencillo para llevar a cabo esta empresa, sin tener que hacer un análisis complejo de ética filosófica. Concretamente, bastaría aplicar un test usual en el derecho penal, por lo que no habría que innovar demasiado para ofrecer un criterio práctico de solución de esta cuestión filosófica compleja. Sería suficiente entonces con abolir la ya mencionada distinción entre emociones asténicas y esténicas y utilizar, como criterio de distinción entre emociones excusables y no excusables, la figura de la persona razonable (o, en términos más usuales: de una persona prudente y responsable en la situación concreta y el papel social del actuante)¹⁰⁸ en la situación del autor¹⁰⁹. Por otro lado, la referencia a la persona razonable (nuevamente: *muy* usada en el Derecho penal) permitiría aplicar la regla en sociedades multiculturales como las actuales, pero dejando abierta la posibilidad de recurrir a correctivos según principios morales objetivos respecto de qué debería hacer esa persona¹¹⁰.

Este criterio permitiría resolver de forma convincente los casos de infrainclusión y sobreinclusión. En el caso de «Miedo racista», dado que el exceso habría sido causado por una emoción basada en una idea discriminatoria y tendente a la violación de derechos, que ninguna persona razonable en la situación el autor tendría. Por consiguiente, no se estaría en presencia de una emoción excusable, sino más bien de una punible. Y en «Ira justificada», una persona razonable sentiría dolor e ira al ver cómo un hijo está a punto de ser sometido a una experiencia que probablemente lo traumatizará de por vida, por lo que el exceso parece ser una reacción absolutamente comprensible. Este análisis, como puede observarse, procede únicamente a partir de una comprobación hipotética sobre qué valoración desencadenante de una emoción habría realizado una persona razonable en la situación del autor y no tiene en

¹⁰⁷ Véase, *pars pro toto* HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2022, § 12 nm. 22; NESTLER, *JURA*, (40-6), 2018, pp. 562 ss.; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 52, nm. 15; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 1114; ZIESCHANG, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 430. Sobre la opinión minoritaria que critica a esta figura jurídica y propone la llamada teoría de la violación individual al cuidado solamente BECK, «§ 36. Fahrlässigkeit» en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 36, nm. 41 ss.; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8ª ed., 2017, § 17, nm. 27 ss.

¹⁰⁸ Cf. solamente BGH, *NStZ*, 2003, p. 657 (658); *NStZ*, 2005, p. 446 (447); *NJW*, 2000, p. 2754 (2758); *NJW*, 2015, p. 96 (98).

¹⁰⁹ Similar NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 67 ss., quien propone el empleo del criterio de la persona razonable (véase al respecto FLETCHER, «The Right and the Reasonable», *Harvard Law Review*, [98-5], 1985, pp. 962 ss.; Gardner, *Torts and Other Wrongs*, 2019, pp. 271 ss.).

¹¹⁰ Esto último es visto como algo positivo, por supuesto, si se asume alguna clase de realismo o, como mínimo, objetivismo moral a nivel metaético. De hecho, esto es lo que sucede en este trabajo: está implícita la corrección de alguna clase de realismo moral, en el sentido de que existen hechos morales y que los enunciados sobre hechos morales pueden ser verdaderos o falsos (y, de hecho, algunos son verdaderos). Quizá esto pueda ser un poco extraño para juristas acostumbrados a trabajar en un derecho penal de tradición continental, fuertemente influido por, entre otras cosas, un relativismo valorativo. Para un análisis de la cuestión, desde una perspectiva no-realista, véase HILGENDORF, «Moralphilosophie und juristisches Denken», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (82-3), 1996, pp. 397 ss. Sobre el relativismo valorativo, por ejemplo, en RADBRUCH y su influencia en el derecho penal continental, cf. PASTOR MUÑOZ, «El legado de Gustav Radbruch para la dogmática jurídico-penal», *InDret*, (2), 2021, pp. 59 ss. No obstante, el realismo moral es no solo la postura que suele estar implícita en las discusiones actuales en la filosofía de la legítima defensa (véanse, al respecto, las consideraciones de FROWE, *The Ethics of War and Peace*, 3ª ed., 2022, pp. 3 ss.), sino que también la mayoría de los filósofos morales asumen este compromiso metaético (en estos términos, y por todos, HÜBNER, *Einführung in die philosophische Ethik*, 3ª ed., 2021, pp. 52 ss.). Este trabajo, por tanto, no parte de una asunción menos controvertida de lo que parece, al menos si no se limita la discusión al derecho penal continental. Para una defensa reciente y en gran medida convincente de un relativismo moral robusto, véase ENOCH, *Taking Morality Seriously: A Defense of Robust Realism*, 2011, *passim*.

cuenta si la emoción tendió hacia la debilidad o hacia la fuerza, cuestión que en el mejor de los casos pasará a un segundo plano.

La pregunta que surge de un modo casi evidente ahora es cómo implementar esta propuesta en el Derecho vigente alemán, ya que se ha procedido de un modo más bien «filosófico» o basado en fundamentos. Para responder esto, es necesario dividir la propuesta concreta en apreciaciones *de lege lata* y otra *de lege ferenda*. *De lege lata*, no es sencilla la tarea, al menos si se quieren lograr resultados de amplio alcance. El tenor literal del § 33 StGB es bastante claro al permitir una exculpación en casos de exceso «por confusión, miedo o susto», sin mayores calificaciones sobre la motivación del autor. Esto impediría resolver los casos de sobreinclusión, como «Miedo racista»: si el excedente actuó con miedo, es aplicable la disposición y debe proceder la exculpación. Calificar la emoción en cuestión en el sentido de requerir un «miedo razonable» o «no discriminatorio» sería contrario al principio de *lex stricta*, hoy en día considerado aplicable a las cuestiones de parte general como las causas de exculpación como el § 33 StGB¹¹¹. Pero sí podrían resolverse al menos parcialmente algunos problemas de infrainclusión sin la necesidad de reformar el derecho vigente, de dos maneras.

La primera es mediante la aceptación de la postura de SPENDEL respecto del elemento «confusión» y de una interpretación amplia en la disputa sobre el problema del conjunto de motivos, con ciertos matices. Sobre la lectura del término «confusión» le asistía razón a SPENDEL en que no hay razones convincentes para limitar los casos de exculpación de excesos por confusión a emociones tendentes hacia la debilidad. Como se mostró, puede haber casos de emociones tendentes a la fuerza que resulten absolutamente excusables, y si a su vez produjesen confusión, deberían ser excusados, como en el caso «Ira con confusión». Pero no todos los casos de emociones estéticas que provoquen confusión deberían ser excusados, sino solamente aquellos que se produzcan como consecuencia de una valoración que habría realizado una persona razonable en la situación del autor. Si la ira se produce por una mera «sed de venganza», no mediada por un fundamento razonable para esa venganza, como una afectación grave a un familiar (piénsese en alguna variación de «Ira justificada»), entonces no debería proceder la exculpación¹¹², aunque debe reconocerse que esa conclusión está al límite de lo permisible por el tenor literal de la disposición.

Y sobre la problemática del conjunto de motivos debe asumirse una postura similar. Si algunos de los elementos mencionados en el § 33 StGB (y no solo «confusión») al menos co-causa la acción emocional, no debería hacer falta que esa emoción sea además el motivo preponderante del actuar, siempre y cuando la emoción estética, como la ira, sea a su vez una reacción esperable según las valoraciones de un hombre razonable. Empero, si resulta preponderante una emoción estética irrazonable, como una ira basada en una sed de venganza injusta que causa miedo, en principio no debería proceder la exculpación, aunque aquí también la interpretación se estaría moviendo en los límites del principio de legalidad.

¹¹¹ Cf. DANNECKER/SCHUHR, *LK-StGB*, t. I, 13ª ed., 2019, § 1, nm. 84 ss.; DANNECKER, «Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts», en EL MISMO *et al.* (eds.), *FS-Otto*, 2007, pp. 25 ss.; FRISTER, *Strafrecht AT*, 9ª ed., 2020, 4. Kap., nm. 35; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 4, nm. 9; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., 2004, § 2, nm. 26; SATZGER, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 1, nm. 12; EL MISMO, «Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe», *JURA*, (38-2), 2016, p. 156; SCHMAHL, «Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Strafrecht», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 2019, § 2, nm. 50, con referencias adicionales.

¹¹² Si bien se rechazó el argumento de ROXIN contra SPENDEL, se le debe conceder parcialmente el punto, al menos en casos de emociones estéticas irrazonables que producen confusión.

La segunda propuesta *de lege lata* se refiere también a la solución de algunos casos de infrainclusión. Específicamente, casos como «Ira justificada» podrían ser exculpados según el Derecho vigente sin que la acción emocional hacia la fuerza esté acompañada por «confusión, miedo o susto»: a partir de una aplicación analógica del § 33 StGB a ciertos casos que la opinión dominante consideraría emociones esténicas punibles. Esto implica conceder que el texto de la disposición no permite hacer una ampliación teleológica, pero que sí podría ser realizada una analogía a favor del imputado (esto es, a favor de la exculpación) en ciertos casos no abarcados por la regla, pero que según intuiciones bien ponderadas de justicia deberían estar abarcados¹¹³. El matiz que hay que hacer es que esta aplicación analógica, según la concepción aquí defendida, solo debería proceder ante una acción emocional no enumerada en el § 33 StGB (independientemente de si es asténica o esténica) que pueda ser considerada como una reacción propia de una persona razonable.

Con una interpretación amplia de los elementos descritos actualmente en la disposición legal y la aplicación analógica a otros casos, los problemas de infrainclusión estarían resueltos. Pero respecto de los casos sobreinclusión, por razones de legalidad, solo puede ser ofrecida una propuesta *de lege ferenda*. Una vía sencilla de hacer esto sería la de modificar la técnica legislativa histórica del § 33 StGB y reemplazar la enumeración de emociones por la palabra «acción emocional», con un complemento que permita incluir un parámetro de evaluación (ético-social) de la razonabilidad de la emoción subyacente. La pregunta es qué término debería utilizarse. Hay varios candidatos disponibles en el derecho alemán vigente como, por ejemplo, las expresiones «conforme a las buenas costumbres» (§ 228 StGB *a contrario sensu*), «no reprochable» (§ 240 párr. 2 StGB *a contrario sensu*) o, directamente, «adecuado» (§ 34 párr. 2 StGB).

Todas estas cláusulas son en mayor o menor medida indeterminadas y no están exentas de problemas¹¹⁴. Pero se trata de fórmulas conocidas en el Derecho penal continental, que favorecerían la incorporación del estándar evaluativo aquí propuesto sin mayores problemas. En particular, el término «adecuado» quizá sea el que mejor ayude a captar la idea de incorporar este correctivo, dado que es utilizado en una causa de justificación basada en derechos de necesidad como el estado de necesidad justificante¹¹⁵, e incluso discutida en alguna

¹¹³ Esta propuesta podría ser criticada por aquellos que exigen un carácter incompleto, pero inconsciente, de la ley, la posibilidad de comparar la finalidad de la norma y la situación de los intereses, para que pueda entrar en consideración una analogía a favor del autor. Cf. BERSTER, *GA*, (163-1), 2016, pp. 47 ss.; ZIESCHANG, *Strafrecht AT*, 6ª ed., 2020, nm. 8. En particular, se puede dudar de la existencia de una «laguna legal imprevista», ya que el legislador era muy consciente de la distinción realizada. Esta posición tiene el problema de que parte de una premisa metodológica muy problemática: una primacía de la interpretación subjetiva basada en la voluntad del legislador. Basta con señalar que este supuesto no es en absoluto evidente. Véase solo KLATT, «Juristische Hermeneutik», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2021, p. 236. Véase también COCA VILA, «Recensión a Bernd Rütters, La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método», *InDret*, (4), 2020, pp. 565 ss.; PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4ª ed., 2019, p. 126.

¹¹⁴ Pero el uso de las cláusulas indeterminadas no está en principio excluido en este contexto, como afirma acertadamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Cf. BVerfGE 4, p. 352 (357 s.); BVerfGE 26, p. 41 (42); BVerfGE 28, p. 175 (183); BVerfGE 37, p. 201 (208); BVerfGE 45, p. 363 (371 s.); BVerfGE 75, p. 329 (340 ss.); BVerfGE 92, p. 1 (12). En detalle sobre esta jurisprudencia ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, pp. 308 ss.; RUPPERT, «Die metateleologische Reduktion im Strafrecht», *ZIS*, (15-1), 2020, p. 17; SCHMAHL, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 2019, § 2, nm. 57 ss.

¹¹⁵ En este caso se asume como correcta la opinión dominante de que la cláusula de adecuación del § 34 párr. 2 StGB tiene un contenido autónomo. Cf. ERB, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 34, nm. 244; HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht AT*, 3ª ed., 2022, § 5, nm. 85; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 13, nm. 36; KÜHL, *Strafrecht AT*, 8ª ed., 2017, § 8, nm. 166 ss.; RENGIER, *Strafrecht AT*, 13ª ed., 2021, § 19, nm. 48. Sobre la opinión minoritaria, que

medida en la legítima defensa¹¹⁶. Así, una posible nueva redacción del § 33 StGB sería la siguiente:

«Si el autor sobrepasa los límites de la legítima defensa por una acción emocional adecuada, no será castigado»¹¹⁷.

Con una disposición de esta clase, casos como «Miedo racista» no tendrían que ser exculpadados, dado que la emoción que habría causado el exceso en la legítima defensa no se correspondería con una emoción derivada de valoraciones que habría realizado una persona razonable en la situación del autor.

4.4. Posibles objeciones

Si bien esta propuesta permite resolver de un modo más acertado que la opinión dominante (y que el derecho positivo alemán) algunos casos, también está expuesta al menos a tres críticas. La primera es una objeción de legalidad. El hecho de suprimir la enumeración clásica del § 33 StGB, asentada en una distinción histórica entre emociones asténicas y esténicas, por un concepto genérico («acción emocional») y una cláusula indeterminada («adecuada») iría en contra del mandato constitucional de certeza. Al respecto, hay que reconocer que se pierde algo de determinación con la propuesta *de lege ferenda*, y también con la *de lege lata*, al menos si se incorpora el estándar evaluativo para la interpretación del elemento «confusión» y para resolver el problema del conjunto de motivos.

Pero quizá también sea necesaria esta pérdida para ofrecer cierta flexibilidad en el análisis y permitir la solución justa de distintos casos, a partir de estándares que no pueden ser captados por una propuesta regulatoria más concretizada. Así, se reconoce actualmente que el legislador debe buscar un equilibrio entre una regulación absolutamente indeterminada, pero que permita captar ampliamente los casos merecedores de pena, y una absolutamente determinada, pero que dé lugar a casos de sobreinclusión e infrainclusión¹¹⁸. En ese sentido, el mandato de

intenta restringir al máximo el contenido de la cláusula, véase KÜPER, «Die sog. „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes», *Juristen Zeitung*, (35-22), 1980, pp. 755 ss.; PERRON, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 34, nm. 46; ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 34, nm. 152.

¹¹⁶ Las «restricciones ético-sociales», que normalmente se han hecho sobre la base del elemento de «imperiosidad» [*Gebotenheit*] (solo GRÜNEWALD, «„Sozialethische“ Einschränkungen des Notwehrrechts», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA [eds.], *FS-Sancinetti*, 2020, pp. 427 ss.), se han considerado recientemente como una aplicación *de facto* de una cláusula de razonabilidad. Así BÜLTE, «Zur Verhältnismäßigkeit der Notwehr und Art. 103 Abs. 2 GG als Schranken-Schranke», *Neue Kriminalpolitik*, (28-2), 2016, pp. 175 ss. Al respecto ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen*, 2008, pp. 311 ss.; GRECO, *GA*, (165-12), 2018, pp. 669 ss. Sobre el uso de una cláusula de adecuación, por ejemplo, en el llamado «proyecto Radbruch» (1922), véase solo GRÜNEWALD, *ZStW*, (122-1), 2010, pp. 51, 59 ss.

¹¹⁷ Cf. esta solución con la regulación del antiguo Anteproyecto 1909, DEUTSCHES REICH/REICHSJUSTIZAMT, *Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, 1909 [reimpresión de 2018], § 66 Abs. 2: excitación excusable; en los detalles: KANTOROWICZ, «Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (7-1), 1910, p. 295; KITZINGER, «Randbemerkungen zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches», *ZStW*, (31), 1911, pp. 223 ss.; VON LISZT, «Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches», *ZStW*, (30), 1910, p. 268. Cf. también las regulaciones similares en los Proyectos 1913 (DEUTSCHES REICH/JUSTIZMINISTERIUM, *Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, 1920, § 27 Abs. 3), 1919 (SCHUBERT/REGGE, *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts. I. Abteilung*, t. I, 1995, p. 3) y 1925 (SCHUBERT/REGGE, *Quellen zur Reform*, t. I, 1995, p. 203). Véase, al respecto MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 282; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, p. 215.

¹¹⁸ Esto se muestra claramente en la consideración actual de que es un mandato de optimización (principio jurídico) y no una regla. Así ALBRECHT, «Überlegungen zur Behandlung gesetzesergänzender Rechtsprechung», en DEGNER/HEGHMANN (eds.), *FS-Dencker*, 2012, p. 5; DANNECKER/SCHUHR, *LK-StGB*, t. I, 13ª ed., 2019, § 1,

determinación no impone la obligación de crear la ley penal más determinada que pueda ser concebida, sino la de que el legislador realice el máximo esfuerzo por brindar claridad en la regulación, sin que sufra innecesariamente la justicia material¹¹⁹. La utilización de cláusulas indeterminadas, en este contexto, no se encuentra en principio excluida, y así lo marca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán con razón¹²⁰. Si a eso se le suma que estas cláusulas son utilizadas en otras causas de justificación y que el mandato de certeza rige con menos intensidad en cuestiones de parte general que en las de la parte especial, por una cuestión evidente de que se trata de reglas generales «entre paréntesis»¹²¹, la objeción de legalidad no resulta decisiva. Es cierto que se pierde determinación y quizá la ciudadanía deba acostumbrarse a la nueva regulación. Pero es una pérdida necesaria y tolerable para resolver de un modo justo distintos casos, como sucede también con la cláusula de adecuación del estado de necesidad justificante¹²².

Quien se mantenga escéptico ante esta respuesta —y, en especial, ante el aumento del margen de apreciación para quien aplica el derecho que genera una regla como la aquí propuesta— podría intentar buscar un camino intermedio. Solo a modo de ejemplo, los experimentos mentales que se utilizaron para mostrar el problema de la sobreinclusión se concentraron en supuestos de emociones que pueden ser reconducidas a ideas discriminatorias. Y a partir de eso se hizo una propuesta legislativa tendente a reducir el alcance de la exculpación. Pero esta propuesta no necesariamente ha de ser la única. A partir de las constataciones de este trabajo se podría pensar en una regla amplia de exculpación que no requiera un análisis de

nm. 152; DUTTGE, «Wider die Palmströmsche Logik: Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebotes», *JZ*, (69-6), 2014, p. 265; SATZGER, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 1, nm. 24. Véase también GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2020, § 3, nm. 10. En cualquier caso, esto no debe entenderse como un mero principio que debe ponderarse frente a todas las demás consideraciones, como afirma acertadamente GRECO, «Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genomener teleologischer Reduktionen», *ZIS*, (13-11), 2018, p. 476, sino como un principio jurídico basado en la seguridad jurídica que debe ponderarse frente a la necesidad de una regulación general.

¹¹⁹ Abogan a favor de un estándar algo más alto (la mayor determinación posible), por ejemplo, HASSEMER/KARGL, *NK-StGB*, t. I, 5ª ed., 2017, § 1, nm. 41; HECKER, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 1, nm. 20; LENCKNER, «Wertauffüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der. Satz „nulla poena sine lege“», *JuS*, 1968, p. 305; SATZGER, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 1, nm. 24; SCHMITZ, *MK-StGB*, t. I, 4ª ed., 2020, § 1, nm. 54. Con razón, en cambio GRECO, *ZIS*, (13-11), 2018, p. 477: «La mayor determinación posible es siempre la que aún no se ha logrado; si se adoptara este requisito, casi ninguna disposición de la parte especial habría de ser considerada constitucional». Crítico también HERZBERG, «Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)», *ZIS*, (6-5), 2011, p. 444, nota al pie 5; KUHLEN, «Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes», en MONTIEL/SCHUHR/KUDLICH (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, pp. 134 ss.; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, pp. 33 ss. Estos detalles se pueden obviar aquí. Es importante señalar en este punto que ninguna de las dos posturas excluye la posibilidad de utilizar cláusulas generales. Véase también ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen*, 2008, p. 310; NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung Im Strafrecht*, 1973, pp. 19 ss.

¹²⁰ BVerfGE, 4, p. 352 (357 s.); BVerfGE 26, p. 41 (42); BVerfGE 28, p. 175 (183: utilización de «conceptos fluidos»); BVerfGE 37, p. 201 (208); BVerfGE 45, p. 363 (371 s.); BVerfGE 75, p. 329 (340 ss.); BVerfGE 92, p. 1 (12). En detalle sobre esta jurisprudencia ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen*, 2008, pp. 308 ss.; RUPPERT, *ZIS*, (15-1), 2020, p. 1717; SCHMAHL, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 2019, § 2, nm. 57 ss.

¹²¹ Véase solamente BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE (eds.), *Strafrecht AT*, 12ª ed., 2016, § 7, nm. 9 ss.; DANNECKER «Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts», en EL MISMO *et al.* (eds.), *Otto-FS*, 2007, p. 33; GROPP/SINN, *Strafrecht AT*, 5ª ed., 2020, § 3, nm. 10; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 51ª ed., 2021, nm. 82. En los resultados también JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, § 4, nm. 16; SANCINETTI, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, 2003, p. 19.

¹²² Los que critican esta cláusula también con respecto al estado de necesidad justificante probablemente no considerarán esta respuesta decisiva y se habrá llegado a una especie de «empate» en la argumentación. Véase, por ejemplo, ZIESCHANG, *LK-StGB*, t. III, 13ª ed., 2019, § 34, nm. 152; menos efusivo SATZGER, *JURA*, (38-2), 2016, p. 160. Un tratamiento en profundidad de esta cuestión requiere un examen más detallado del alcance del principio de legalidad en las causas de justificación y exculpación del que se puede ofrecer aquí.

razonabilidad, pero que esté limitada por un control negativo: que la emoción no esté provocada por ideas discriminatorias. La propuesta reformada podría tener la siguiente configuración:

«Si el autor sobrepasa los límites de la legítima defensa por una acción emocional no será castigado, si el exceso no fue provocado por ideas discriminatorias».

Esta clase de regulación no es nueva y se propone actualmente como «control negativo» de las decisiones médicas de triaje *ex ante*, que en principio serían impunes según las reglas generales de colisión de deberes¹²³. Una disposición de esta clase sería sin dudas superior a la regulación actual del § 33 StGB e implicaría una superación de la distinción entre emociones asténicas y esténicas que ha sido el centro de la discusión de este texto. No obstante, la mayor determinación se paga con otros problemas de sobreinclusión e infrainclusión, como suele pasar cuando se pasa de regulaciones basadas en estándares a unas basadas en reglas un poco determinadas. Piénsese solamente en casos de emociones irrazonables, pero que no pueden remitirse a ideas discriminatorias, como la de quien siente miedo vital ante un posible robo, dado que cree que una pérdida del honor a causa de un hurto es algo intolerable, y por esa razón recurre a una acción innecesaria para repeler la agresión¹²⁴. Esos casos quizá no deban ser exculpados y sin dudas vale la pena discutir el tema, lo que quedaría bloqueado por esta regulación. Pero, nuevamente, este camino intermedio sería superior a mantener la redacción actual del exceso en Alemania y no debe ser descartado sin más.

La segunda crítica, más interesante a nivel sustantivo, diría que sería impermissible en un Derecho penal liberal recurrir a una concepción evaluativa, que apela a estándares ético-sociales de valoración para analizar las emociones de los agentes. La interpretación dominante sería valorativamente neutral, al recurrir a la distinción «forense»¹²⁵ entre emociones asténicas y esténicas, que solo harían referencia a la fuerza o debilidad de las emociones. En cambio, la teoría evaluativa que aquí se presenta requiere juicios de valor, tales como que hay ciertas cosas respecto de las cuales está bien enojarse o sentir miedo y, en última instancia, también valorarían críticamente las evaluaciones internas de los agentes. Esto implicaría un juzgamiento moral de las ideas de la ciudadanía, incompatible con un Derecho penal liberal de acto¹²⁶. En otras palabras, el Estado quizá debería mantener cierta neutralidad valorativa y no

¹²³ A favor de esta solución, por ejemplo, HILGENDORF, «El triaje en el contexto de las decisiones de vida contra vida», (trad. por DIAS), *InDret*, (3), 2022, pp. 369 ss. En detalle sobre la problemática de la colisión de deberes en casos de triaje en general (no solo *ex ante*), desde una perspectiva crítica respecto de la discusión más reciente COCA VILA, «Triage y colisión de deberes jurídico-penal», *InDret*, (1), 2021, pp. 166-202.

¹²⁴ Las cuestiones vinculadas a una sobrevaloración (o valoración equivocada) de la protección del honor en casos de delitos contra las personas es conocida a partir de la discusión de los últimos años sobre «asesinatos por honor». Al respecto GRECO, «Ehrenmorde im deutschen Strafrecht», *ZIS*, (9-7/8), 2014, pp. 310 ss.; GRÜNEWALD, «Tötungen aus Gründen der Ehre», *NStZ*, (1), 2010, pp. 1 ss.; HÖRNLE, *Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag*, 2014, pp. 99 ss. Sobre la cuestión general de la posibilidad de defender el honor en legítima defensa, recientemente también FERZAN, «Defending Honor and Beyond: Reconsidering the Relationship between Seemingly Futile Defense and Permissible Harming», *Journal of Moral Philosophy*, (15-6), 2018, pp. 683 ss.; FROWE, *Defensive Killing*, 2014, pp. 109 ss.; STATMAN, «On the Success Condition for Legitimate Self-Defense», *Ethics*, (118-4), 2008, pp. 668 ss.

¹²⁵ Referencias a la literatura psicológica-forense en DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses*, 2001, pp. 163 ss.; SPENDEL, *LK-StGB*, t. II, 11ª ed., 2005, § 33, nm. 59, nota al pie 49; ZABEL, en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, 2020, p. 354. Una crítica a la posibilidad de probar empíricamente las emociones en GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pp. 344 ss.; LA MISMA, *Reform der Tötungsdelikte*, 2016, pp. 52 ss.

¹²⁶ Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 359 ss.

debería meterse en los pensamientos de la ciudadanía, como la importancia que le da a los vínculos con sus familiares o sus ideas raciales.

Aquí sí hay un punto importante, pero que tampoco es decisivo. Esta crítica a la evaluación de los estados internos es muy similar, o quizá la misma, que suele ser abordada al tratar la cuestión de los motivos abyectos (característicos de los crímenes de odio) en el tipo penal del asesinato en el derecho penal alemán (§ 211 párr. 2 grupo 1 4ª var. StGB). En las últimas décadas se produjo una revitalización de la discusión sobre la legitimidad de este tipo penal¹²⁷, justamente porque al parecer requeriría una apreciación ético-social de los motivos con los que el autor cometió un homicidio. No se puede abordar en detalle esta cuestión, pero sí mencionar que a muy grandes rasgos se defienden dos concepciones¹²⁸ sobre la legitimidad del asesinato por motivos abyectos, que podrían ser aplicables *mutatis mutandis* a la interpretación y regulación del § 33 StGB que se propone aquí. Si se parte de considerar que los motivos abyectos implican una mayor culpabilidad por su especial reprochabilidad moral, como se sostuvo clásicamente¹²⁹, entonces aquí sucede lo mismo, ya que se castigarían los casos de acciones emocionales reprochables, en tanto contrarias al juicio de un hombre razonable. Y se exculparían los excesos causados por una emoción asentada en una correcta valoración moral, compatibles con el juicio de un hombre razonable¹³⁰. Es decir, no se estaría haciendo algo nuevo y absolutamente antiliberal, sino que esta clase de evaluaciones éticas¹³¹ serían algo usual en el Derecho penal.

Pero si se considera que esto es demasiado poco exigente y se asume que solo es posible compatibilizar estas regulaciones con un Derecho penal liberal a partir de una «objetivización» de los motivos, los casos de exceso a la legítima defensa también pueden ser interpretados de un modo liberal. Así, si se traslada al § 33 StGB una postura como la de MÜSSIG¹³², que considera que un asesinato por motivos reprochables es uno en el que la víctima no tuvo ninguna clase de responsabilidad previa (como una provocación), lo mismo podría regir aquí: un exceso en la legítima defensa no será excusable, a pesar de haber estado presente una emoción, cuando la víctima no tenga responsabilidad previa por el exceso «más allá de la agresión antijurídica». En ese sentido, en casos como «Miedo racista», el exceso no se produce como consecuencia de la acción antijurídica, sino de un miedo que responde a cuestiones respecto de las cuales la

¹²⁷ Cf. GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pp. 144 ss.; HEINE, *Tötung aus „niedrigen Beweggründen“*, 1988, *passim*; KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, 2007, pp. 606 ss.; MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 243 ss.; PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, *passim*.

¹²⁸ Véase RISSING-VAN SAAN/ZIMMERMANN, *LK-StGB*, t. VII, 12ª ed., 2019, § 211, nm. 61 ss.

¹²⁹ La discusión habitual suele versar sobre la cuestión de si este elemento del asesinato es un elemento del tipo subjetivo del ilícito o un elemento específico de la culpabilidad. Véase solamente ESER/STERNBERG-LIEBEN, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 211, nm. 6; WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER, *Strafrecht BT*, t. I, 44ª ed., 2020, nm. 44 ss. Para un desarrollo detallado de la discusión clásica véase HEINE, *Tötung aus „niedrigen Beweggründen“*, 1988, pp. 226 ss.

¹³⁰ Cf. el test propuesto con la «regla de oro» de HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. I, 2021, § 2, nm. 32.

¹³¹ Véase la definición que la jurisprudencia del BGH ofrece de los motivos abyectos: BGHSt, 3, p. 132 (133 s.); BGHSt 42, p. 226 (228); BGH, *NJW*, 1995, p. 602 (602); *NJW*, 2006, p. 1008 (1011); BGH, *NSZ*, 2013, p. 337 (338). Sobre la opinión dominante, *pars pro toto* HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. I, 2021, § 2, nm. 32; JÄGER, *Strafrecht BT*, 8ª ed., 2019, nm. 31; MOMSEN, *StGB*, 5ª ed., 2021, § 211, nm. 19; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7ª ed., 2005, § 2, nm. 21; ESER/STERNBERG-LIEBEN, *SS-StGB*, 30ª ed., 2019, § 211, nm. 18a; WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER, *Strafrecht BT*, t. I, 44ª ed., 2020, nm. 49.

¹³² Cf. MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pp. 274 ss., 324 ss., *passim*. También GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pp. 216 ss.; PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, pp. 215 ss. A favor JAKOBS, «Grünwald, Anette: Das vorsätzliche Tötungsdelikt. Tübingen: Mohr Siebeck 2010. IX, 432 S», *ZStW*, (123-2), 2011, p. 322.

víctima del exceso no tiene ninguna clase de control, como su raza¹³³. Pero en «Ira justificada», la emoción se produce justamente por la acción especialmente grave (quizá en algún sentido «injuriante»)¹³⁴ de la víctima del exceso. Por consiguiente, para satisfacer los requisitos de estas posturas más exigentes, bastaría con «objetivizar» el estándar de razonabilidad propuesto, con más hincapié en la responsabilidad de los contrincantes por el conflicto en general, y por el exceso en la defensa en particular. Y si bien haría falta un análisis más detallado¹³⁵, es posible que los resultados coincidan al menos parcialmente con los aquí defendidos.

Comoquiera que fuese, basta con señalar que incluso si se asumiese una postura no «objetivizada» del estándar del § 33 StGB, y se admitiese cierto déficit de liberalismo¹³⁶, la solución propuesta presenta una ventaja respecto de las concepciones dominantes: ser más honesta en la valoración. Porque no es cierto que la distinción entre emociones asténicas y esténicas sea una distinción completamente neutral en términos valorativos. Por el contrario, implica una valoración positiva de casos como «Miedo racista», en el sentido de que sería considerado excusable e impune un exceso ilícito en la legítima defensa, a pesar de que el sobrepaso se produjo por una emoción asténica irrazonable, hasta el punto de estar mediado por una motivación racista¹³⁷. La postura aquí propuesta quizá no sea tan fácil de compatibilizar con un liberalismo clásico como otras que prescindan de un análisis normativo de las emociones, pero no esconde debajo de la alfombra estas valoraciones. Por el contrario, las plantea abiertamente y permite una discusión seria en un determinado *space of reasons*¹³⁸, puntualmente, en una cláusula de adecuación que permitiría aplicar el estándar evaluativo de razonabilidad.

También en relación con este punto, el crítico podría atacar otro aspecto al parecer problemático del uso de valoraciones morales en el sentido aquí propuesto: el recurso a un criterio de la persona razonable o persona media en el ámbito de la culpabilidad. Un estándar así parecería ir en contra de una distinción tradicional entre ilícito y culpabilidad en la que las valoraciones en base a criterios generales podrían aparecer en la primera categoría —por ejemplo, en la determinación de la violación de un deber de cuidado—, mientras que la segunda debería centrarse en la reprochabilidad «personal» del individuo concreto¹³⁹. Sobre esto, debe

¹³³ Similar PERALTA, «Homicidios por odio como delitos de sometimiento», *InDret*, (4), 2013, pp. 21 ss.

¹³⁴ Esta sería quizás una forma de demostrar una violación de derechos (y no solo una «violación ético-social») en estos casos, de modo que se vean cumplidos los elevados requisitos de estas teorías. Para un panorama de este tema GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pp. 361 ss.

¹³⁵ Asimismo, hay que examinar a fondo cómo estas nuevas opiniones concilian sus exigencias con el uso de las circunstancias internas del autor para exculparlo. Este es precisamente el reto del § 33 StGB. Así ya JAKOBS, *ZStW*, (123-2), 2011, pp. 319 ss., 322. Para un intento de llevar a cabo esta tarea, véase PERALTA, *Motivos reprochables*, 2012, pp. 199 ss., 262 ss. y *passim*.

¹³⁶ En detalle sobre la relación entre las emociones y el liberalismo político NUSSBAUM, *Hiding from Humanity*, 2004, pp. 56 ss.; LA MISMA, *Politische Emotionen*, 2016, pp. 11 ss.

¹³⁷ Cf. KAHAN/NUSSBAUM, *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 360 ss.

¹³⁸ Sobre el concepto del «*space of reasons*» como soporte de los discursos de política criminal sobre merecimiento de pena, véase KUBICIEL, «Integrität des Sports – Konkretisierung eines Begriffs», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (1), 2018, p. 29; KUDLICH, «Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat», *ZStW*, (127-3), 2015, p. 651.

¹³⁹ Para un panorama del modelo tradicional de distinción entre ilícito y culpabilidad, véase solamente HILGENDORF, «System- und Begriffsbildung im Strafrecht», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 27 nm. 69 ss.; FRISCH, «Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch», *GA*, (166-3), 2019, pp. 185 ss. Siempre digno de ser leído WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, 1964, pp. 125 ss. Sobre las bases de teoría de las normas de esta distinción y la problemática histórica SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2012, pp. 589 ss., 678 ss.

señalarse de forma preliminar que esa distinción fuerte entre antijuridicidad objetiva y culpabilidad subjetiva no es actualmente una asunción libre de controversias. Por eso, una propuesta «normativizada» de un aspecto de la culpabilidad como la que fue asumida en este trabajo¹⁴⁰ no es algo tan extraño o, al menos, no es algo extravagante en el estado actual de la discusión¹⁴¹.

No obstante, no interesa tanto señalar esta cuestión general, sino una más específica y vinculada a los casos de exceso a la legítima defensa. Si se considera que reglas como el § 33 StGB establecen una causa de exculpación «autónoma», entonces la liberación de pena de estos excesos procedería de un modo relativamente independiente de los criterios clásicos de una culpabilidad entendida de modo personal¹⁴². En particular, quien se excede en la legítima defensa actuaría de modo en principio culpable y solo por condescendencia de la comunidad jurídica¹⁴³ no sería castigado (o castigado en menor medida en otros ordenamientos jurídicos, como se verá más adelante en este trabajo). A modo de ejemplo: si en los casos hipotéticos analizados el individuo hubiese actuado verdaderamente sin capacidad individual de culpabilidad por el susto extremo que le produjo la agresión, entonces se aplicarían las reglas estándar del § 20 StGB. Lo interesante de cláusulas como el § 33 StGB es que dejan impunes casos en los que la conducta, según parámetros individuales, serían antijurídicas y culpables. Entonces, no es incompatible un entendimiento individual «clásico» de la culpabilidad con una interpretación de las reglas de exceso a partir de estándares normativos de persona razonable que actuarían de modo complementario. En todo caso, luciría un poco extraña la ubicación sistemática del § 33 StGB en la «culpabilidad» dentro del sistema del hecho punible, lo que puede ser resuelto con facilidad si se pasa a considerar, como lo hace la opinión minoritaria, a las reglas de exceso como causas personales de exclusión de la pena¹⁴⁴ o algo similar¹⁴⁵, esto es, como parte de una categoría diferente a la culpabilidad en sentido estricto. En otras palabras, no es necesario comprometerse con una distinción entre ilícito y culpabilidad distinta a la habitual para sostener una postura sobre el exceso en la legítima defensa como la aquí presentada.

¹⁴⁰ Véase *supra* 4.1.

¹⁴¹ Véase solamente la crítica de PAWLIK a la diferenciación tradicional entre ilícito y culpabilidad, con múltiples referencias, en *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 259 ss. Para la recepción en habla hispana de posturas de esta clase, véase solamente CÓRDOBA, «De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad», *En Letra: Derecho Penal*, (4), 2017, pp. 45 ss., así como FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídico-penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 2009, pp. 240 ss. También téngase en cuenta la defensa a la postura tradicional en HILGENDORF, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2020, § 27, nm. 72 ss.; y ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico penal en Alemania», *InDret*, (4), 2012, pp. 18 ss., y que está más centrada en la necesidad de conservar en el sistema a las categorías generales de ilícito y culpabilidad que en sostener una culpabilidad como reprochabilidad personal y una antijuridicidad basada en estándares generales.

¹⁴² De lo contrario, las reglas de exceso serían redundantes, como en su momento supo señalar correctamente SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT. Studienbuch*, 2ª ed., 1984, § 8, nm. 29 ss. Lo mismo es aplicable para quienes consideran a las reglas de exceso como casos de error, independientemente de si se asume que los errores relevantes excluyen la culpabilidad o el ilícito, porque entonces sería suficiente con contar con disposiciones sobre errores para resolver los casos aquí tratados.

¹⁴³ Similar en el enfoque PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 359.

¹⁴⁴ Así, por ejemplo, en la doctrina clásica VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, p. 213; MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 283. Para referencias sobre esta discusión, véase *supra* nota al pie 27.

¹⁴⁵ Solo a modo de ejemplo, véase la clasificación como causa de exclusión de la responsabilidad en WOLTER, «Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschließungsgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin», *GA*, 1996, pp. 214 s.

En tercer y último lugar, se podría señalar, como hace ZIMMERMANN¹⁴⁶, que permitir una exculpación de las emociones esténicas iría en contra de la valoración que hace el ordenamiento jurídico alemán de las reacciones violentas. Esta valoración estaría plasmada, por ejemplo, en el § 213 StGB, que solo disminuye la pena para el homicida que, sin tener culpa alguna, haya sido incitado a la ira por un maltrato o un insulto grave infligido hacia él o a un miembro de su familia por la persona que ha sido matada¹⁴⁷.

Tampoco esta objeción puede convencer. Ya como cuestión formal, el § 213 StGB tiene un margen de aplicación muy reducido: homicidios mediados por una sola emoción, como la ira, que además tuvo que haber sido causado a partir de ciertos medios enumerados. Por tanto, la posibilidad de derivar conclusiones generales de esta regla es limitada. Pero con independencia de eso, lo cierto es que en casos como los del § 213 StGB no está presupuesta una situación de legítima defensa, que sí es condición necesaria para la concesión de la exculpación en los términos del § 33 StGB. Por eso, desde la teoría de la doble disminución de la culpabilidad se podría decir que incluso si la emoción esténica no es suficiente para exculpar en su totalidad al autor, la disminución adicional de culpabilidad derivada del accionar en legítima defensa permitiría dejar sin pena al excedente¹⁴⁸.

De todos modos, le asiste razón a ZIMMERMANN en cuanto que las reacciones agresivas deben ser vistas con cierto escepticismo a la hora de exculpar y aquí no se está proponiendo que la regla del § 33 StGB alcance a «cualquier clase» de emoción esténica, lo que fue rechazado explícitamente. Por el contrario, se aboga solo porque ciertos casos de, por ejemplo, ira u odio durante un exceso en la legítima defensa sean exculpados en virtud de la valoración ética positiva. En todo caso, se debe admitir que es necesario tener cierto cuidado con la apertura de la exculpación a estas constelaciones, en especial en regulaciones como la alemana, que solo habilitan una disculpa completa, sin matices. Si bien ese esfuerzo adicional que deberá hacer el aplicador de derecho quizá sea exigible para contribuir a un Derecho penal que esté en condiciones de brindar resultados más justos, una reforma integral quizá deba ir un poco más allá de lo aquí propuesto. Esto podría ser realizado mediante una regla de exculpación solo facultativa y/o permitiéndole al aplicador del Derecho no solo dejar sin castigo al excedente, sino también ofreciéndole la posibilidad de disminuirle la pena¹⁴⁹. De más está decir que esto implicaría una modificación del sistema alemán de exceso más radical que la aquí propuesta, lo que no es necesariamente debe ser visto como algo problemático. De hecho, permitiría un análisis más matizado de la intensidad de las reacciones excesivas a partir de emociones: los excesos menos razonables podrían recibir solo una atenuación, mientras que aquellos basados en emociones absolutamente adecuadas recibirían una disculpa completa. Esta mayor flexibilidad genera (más) inconvenientes adicionales de indeterminación, pero también favorecería una mayor justicia material en el caso concreto. La búsqueda de un equilibrio entre ambas consideraciones merece sin duda atención y la configuración específica de la regulación quizá deba ser sensible a las características del ordenamiento jurídico individual del que se trate. Expresado sin rodeos: un ordenamiento jurídico más seguro de sus aplicadores del

¹⁴⁶ ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 59.

¹⁴⁷ ZIMMERMANN, *ZIS*, (10-1), 2015, p. 59.

¹⁴⁸ Véase ya RUDOLPHI, «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?», *ZStW*, (78-1/2), 1966, p. 81. Similares GRÜNEWALD, *Reform der Tötungsdelikte*, 2016, p. 54; JAKOBS, *ZStW*, (123-2), 2011, p. 320, nota al pie 7.

¹⁴⁹ Si se elige este camino, la regla original de este trabajo podría ser planteada, por ejemplo, en estos términos: «Si el autor sobrepasa los límites de la legítima defensa por una acción emocional adecuada, podrá recibir una reducción de la pena hasta el mínimo legal o una exención de pena».

derecho seguramente tendrá menos inconvenientes en adoptar una regulación más indeterminada, con mayor flexibilidad para «ajustar» detalles en el caso individual, que uno que confíe menos en ellos. Sobre esta cuestión, no en última instancia empírica, no es posible brindar más que estas apreciaciones básicas.

5. Conclusión y aportes para Iberoamérica

En este trabajo se ha intentado mostrar que la distinción que la opinión dominante en Alemania hace entre emociones asténicas y esténicas al interpretar el § 33 StGB no tiene fundamentos tan sólidos como los que usualmente se cree. En concreto, se ha mostrado que la delimitación sobre la que estaría apoyado el tenor literal de la disposición da lugar a problemas de sobreinclusión e infrainclusión. Para resolver esto se ha propuesto una asunción de las teorías normativas sobre la *ratio* de la regla sobre exceso en la legítima defensa, acompañada por una concepción evaluativa de las emociones. A partir de eso, se ha realizado una propuesta *de lege lata* y una propuesta *de lege ferenda*, ambas basadas en el análisis de la razonabilidad de la acción emocional. Si con este intento de solución se ha logrado avanzar levemente en el conocimiento de la figura jurídica en cuestión, se habría alcanzado la meta principal de una contribución a la ciencia del derecho penal.

No obstante, como cierre de este trabajo resulta conveniente reflexionar sobre qué posibles consecuencias tienen estos hallazgos para el Derecho penal de habla hispana. Esta pregunta resulta decisiva no en última instancia por el hecho de que este artículo se ha centrado en un problema muy específico de la regulación del Derecho penal alemán y uno podría preguntarse cuál es la relevancia de esta investigación para otros sistemas jurídicos en general, y para la ciencia del derecho penal «de habla hispana» en particular. Por supuesto que esta cuestión podría abordarse de un modo muy abstracto, con el fin de evadir el problema. Por ejemplo, se podría señalar que la cuestión filosófica de fondo es general e insistir en que, por tanto, este tratamiento teórico es importante para un círculo académico que quiera convertirse en algo así como una ciencia universal del derecho penal¹⁵⁰. Esto puede llegar a ser cierto. No obstante, una verdadera contribución a una ciencia de esta clase debe tomar en serio el contexto en donde se pretende una publicación y, de hecho, es posible señalar algunos aportes importantes que esta cuestión al parecer intrínsecamente alemana puede brindar para la discusión en Iberoamérica.

Estos aportes deben ser divididos entre aquellos aplicables a ordenamientos jurídicos (vigentes o, eventualmente, meramente posibles si se trata de proyectos de reforma) con una regulación espeja respecto del derecho penal alemán y aquellos aplicables a ordenamientos jurídicos con una regulación similar, pero parcialmente distinta, del exceso en la legítima defensa. Respecto de los primeros ordenamientos jurídicos, el caso paradigmático es el de Paraguay, que en su artículo 24 establece una regla de exceso que sigue casi al pie de la letra al § 33 StGB:

¹⁵⁰ Como es sabido, esta terminología, utilizada aquí de un modo un tanto libre, proviene de VON LISZT, *Das Strafrecht der Staaten Europas*, 1894, p. XXIV. Más recientemente, por ejemplo, GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, 2015, p. 37; HIRSCH, «Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft: Nationale und universale Strafrechtswissenschaft», *ZStW*, (116-4), 2004, pp. 840 ss. En detalle sobre el proyecto de LISZT y su actualidad HILGENDORF, «Die internationale Strafrechtswissenschaft», en HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (eds.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2ª ed., 2021, pp. 153 ss.

Artículo 24.- Exceso por confusión o terror

El que realizara un hecho antijurídico excediéndose por confusión o terror en los límites de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante, será eximido de pena.

En lo que aquí interesa, la única diferencia con la regulación alemana es que las emociones miedo y susto fueron concentradas en una sola, esto es, terror. Esta cuestión no debería afectar en prácticamente nada las conclusiones a las que aquí se ha llegado. Y dado que la historia legislativa del Código Penal paraguayo permite hablar de una recepción directa del alemán¹⁵¹, la contribución es bastante clara: debe ser rechazada una interpretación de la regla a partir de la distinción entre emociones asténicas y esténicas, a favor de una que tenga en cuenta la razonabilidad o adecuación (moral) de la acción emocional. Dado el caso, además, una reforma legislativa permitiría corregir los problemas adicionales que presenta esta clase de regulación y que han sido señalados en los apartados anteriores.

Más compleja, e interesante, es la contribución que puede ser extraída para ordenamientos jurídicos con reglas similares, pero no espejas respecto del StGB. Si bien cada disposición legal merece un tratamiento interpretativo autónomo, es posible bosquejar algunas conclusiones básicas sobre un estilo legislativo que se repite en Iberoamérica: reglas de exceso no condicionadas por las emociones del excedente y que dan lugar a una disminución de la pena, como el español (art. 21.1 Código Penal español¹⁵²) o el argentino (art. 35 Código Penal argentino¹⁵³). En estos casos, se debe decir, primero, que debe evitarse una recepción directa de la doctrina alemana en la materia en lo que se refiere a la distinción entre emociones asténicas y esténicas. Si bien esta aparece en algunas obras de habla hispana¹⁵⁴, las regulaciones que no incluyen una enumeración de emociones no tienen por qué recurrir a esta distinción problemática. Además, restringir el ámbito de aplicación de estas reglas a casos de «emociones asténicas» probablemente genere tensiones más fuertes con el principio de legalidad que las que se abordaron en este artículo a partir del Código Penal alemán, ya que se carecería de soporte textual (incluso mínimo) para una restricción del alcance de la regla, en contra del autor¹⁵⁵.

Segundo, que la utilización de la distinción entre emociones adecuadas e inadecuadas (o razonables e irrazonables) aquí propuesta para interpretar esta regla de exceso generaría los

¹⁵¹ Véase GUZMÁN DÁLBORA, «El nuevo código penal del Paraguay (1997)», *Direito e Cidadania*, 1998, pp. 59 ss.; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, «Consideraciones críticas de carácter general acerca del Proyecto de Código penal para el Paraguay (1995)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 1996, pp. 1283 ss.

¹⁵² Sobre la aplicación del 21.1 a casos de exceso extensivo, véase BOLEA BARDÓN, «El exceso intensivo en la legítima defensa putativa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1-3), 1998, p. 635; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, p. 453; MOLINA FERNÁNDEZ, «La legítima defensa del derecho penal», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (25), 2012, p. 38. En detalle sobre el tratamiento de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia española, JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, 2007, Capítulos 3 y 4.

¹⁵³ Por todos, RIGHI, *Derecho Penal PG*, 2008, p. 297; SOLER, *Derecho Penal PG*, t. I, 5ª ed., 1987, p. 475; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal PG*, 2ª ed., 2002, p. 644.

¹⁵⁴ Solo a modo de ejemplo CÓRDOBA, *En Letra: Derecho Penal*, (4), 2017, pp. 51 ss.; LUZÓN PEÑA, «Exculpación por inexigibilidad penal individual», *Revista Justiça e Sistema Criminal*, (8-14), 2016, pp. 23 ss.; EL MISMO, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *Revista Justiça e Sistema Criminal*, (9-16), 2017, pp. 66 ss.

¹⁵⁵ Una crítica similar y ya clásica a los intentos de restringir cláusulas generales de exclusión o disminución de la punibilidad (en sentido amplio) puede ser encontrada, por ejemplo, en MONTIEL, «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, (1), 2017, p. 26, respecto de las llamadas «restricciones ético-sociales» a la legítima defensa. De todos modos, la cuestión, como ya ha quedado claro al tratar las posibles objeciones a la propuesta aquí defendida, es de difícil solución y no está libre de controversias.

mismos problemas de legalidad que la utilización de la distinción entre emociones asténicas y esténicas. Quizá estos problemas de legalidad no sean irresolubles y la cuestión depende no en última instancia de los límites del texto de las distintas disposiciones legales. Pero sí habría que ser conscientes de este problema y brindar un tratamiento adecuado. Además, en el caso particular de España, también podría entrar en consideración como objeto de un análisis a partir de la filosofía de las emociones el art. 21.3: «[O]brar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante»¹⁵⁶. Como señala GONZÁLEZ LAGIER¹⁵⁷, si bien esta clase de disposiciones parecería tener por base una teoría mecanicista de las emociones («estímulos tan poderosos», «otro estado pasional de entidad semejante»), la incorporación de elementos evaluativos puede llegar por vía de interpretación. Si eso es de hecho posible *de lege lata* puede ser dejado de lado aquí¹⁵⁸.

Tercero, que en caso de que se considere imperativo que la aplicación de las reglas de exceso dependa de un análisis moral de las emociones, pero los problemas de legalidad sean decisivos e impidan tal análisis, entonces la alternativa *de lege ferenda* que se ha brindado en este artículo adquiere relevancia. Por consiguiente, la propuesta de modificación del StGB esbozada podría también ser entendida, si se la ajusta apropiadamente en los detalles, como una propuesta de modificación del Código Penal español o del Código Penal argentino, por ejemplo. Y si se quisiese mantener la estructura de «eximente incompleta» bastaría simplemente con establecer una atenuación de la pena y no una disculpa completa¹⁵⁹.

Cuarto, que esta concretización de las teorías normativas de la *ratio* del § 33 StGB por medio de una teoría evaluativa de las emociones podría eventualmente insertarse en el marco más general de las teorías normativas recientes sobre las reglas de «inexigibilidad». En particular, los códigos penales iberoamericanos suelen ofrecer alguna regla que pueda ser leída como una causa de exculpación por inexigibilidad. Piénsese en la regulación del «miedo insuperable» en el art. 20.6 del Código Penal español o en el art. 34 inc. 2º del Código Penal argentino¹⁶⁰, para seguir con los ejemplos ya citados. En las últimas décadas se han discutido en detalle en Iberoamérica los fundamentos y límites de las cláusulas de esta clase¹⁶¹. Y también han

¹⁵⁶ Así también MANRIQUE, «Emociones, acción y excusas», *Eunomía*, (14), 2018, p. 75.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, responsabilidad y derecho*, 2009, p. 144, con referencias adicionales a la jurisprudencia.

¹⁵⁸ Para un panorama de la doctrina y la jurisprudencia española sobre el tema, véase solamente MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., 2016, pp. 637 ss. En particular, sobre la jurisprudencia española (por ejemplo, STS 754/2015, Penal, de 27 de noviembre [ECLI:ES:TS:2015:5421]) que niega la aplicación del art. 21.3 en casos de celos, justamente a partir de un análisis ético-social que considera a los impulsos provenientes de celos como expresiones de ideas reprobables, JIMÉNEZ SEGADO, *Delitos de género y de violencia familiar*, 2021, p. 148. Sobre los problemas de legitimación e interpretación de la disposición análoga del StGB (§ 213, ya mencionada al pasar en este texto), véase solamente GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pp. 216 ss.; LA MISMA, *Reform der Tötungsdelikte*, 2016, pp. 39 ss.

¹⁵⁹ Estas conclusiones podrían ser extendidas al 21.3 del Código Penal español si se mantiene el núcleo de la propuesta: una regla que combine el concepto «acción emocional» con una cláusula de adecuación.

¹⁶⁰ Sobre la interpretación del art. 34 inc. 2º del Código Penal argentino como una disposición de esta clase, véase únicamente CÓRDOBA, *Elementos de Teoría del Delito*, 2021, p. 22; SANCINETTI, *Casos de Derecho Penal PG*, t. I, 3ª ed., 2005, p. 287; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal PG*, 2ª ed., 2002, p. 744.

¹⁶¹ Solo a modo de ejemplo, las investigaciones en español sobre la eximente de miedo insuperable en sentido estricto, así como el problema que genera el «estado de necesidad exculpante» LERMAN, «Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante», *InDret*, (1), 2017, pp. 11 ss.; MAÑALICH RAFFO, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013, pp. 9 ss.; MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, pp. 309 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de derecho penal en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, 2011, pp. 225 ss.; VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, 2000, *passim*;

aparecido recientemente lecturas de estas reglas a partir de la filosofía de las emociones¹⁶². Si esto es así, entonces, por un lado, la distinción entre acciones emocionales adecuadas e inadecuadas podría ser generalizada y servir para la interpretar las cláusulas de inexigibilidad, incluso en casos ajenos al exceso en la legítima defensa. Por otro lado, también se podría pensar que ciertos casos de excesos en la legítima defensa podrían ser entendidos como supuestos de inexigibilidad, por lo que también podría entrar en consideración una exculpación completa¹⁶³. Para estos supuestos también sería necesario, naturalmente, tener en cuenta criterios brindados por la teoría de las emociones.

Estos cuatro posibles aportes merecen un tratamiento monográfico separado, debido a sus complejidades y problemáticas específicas. Sin embargo, las consideraciones en principio extremadamente puntuales sobre el Derecho penal alemán de los apartados anteriores y esta primera exploración de sus derivaciones para el derecho iberoamericano pueden servir de guía para esa clase de tratamiento. En particular, se ha intentado mostrar que un terreno relativamente poco estudiado por la dogmática del derecho penal, como la filosofía contemporánea de las emociones, puede ser fértil para repensar distintos problemas de la parte general del derecho penal actual.

6. Bibliografía

ALBRECHT, «Überlegungen zur Behandlung gesetzergänzender Rechtsprechung», en DEGENER/HEGHMANN (eds.), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 1-22.

ALEXANDER/FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

ALEXANDER/SHERWIN, *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke University Press, Durham, 2001.

BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2016.

BARSKANMAZ, *Recht und Rassismus*, Springer, Berlín, 2019.

EL MISMO, «El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria? Reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), 2001, pp. 152 ss.; EL MISMO, «El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, pp. 84 ss. Véase también el panorama crítico de las posturas que entienden al estado de necesidad exculpante como al menos parte del contenido de cláusulas de inexigibilidad basadas en el miedo insuperable, GUERRA ESPINOSA, «Interferencia del miedo insuperable en el estado de necesidad», *Revista de Derecho*, (35-1), 2022, pp. 338 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *LH-Luzón Peña*, t. I, 2020, pp. 827 ss., este último con amplias referencias adicionales a la discusión española. Para una relativización de este problema de derecho positivo DIAS, «Pawlik sobre el estado de necesidad exculpante y la restricción de bienes del StGB», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (27), 2022, pp. 72 ss.

¹⁶² Véase solamente GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, responsabilidad y derecho*, 2009, pp. 138 ss.; MANRIQUE, *En Letra: Derecho Penal*, (4), 2017, p. 13; LA MISMA, *Eunomía*, (14), 2018, pp. 75 ss.; LA MISMA, «Delitos de odio y motivos emocionales», *Análisis Filosófico*, (39-2), 2019, p. 210.

¹⁶³ Respecto del derecho penal español, esto es reconocido expresamente, por ejemplo, por JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, 2007, pp. 139 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *RJUAM*, (25), pp. 38 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal PG*, 11ª ed., 2022, pp. 161 ss.; VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, 2000, pp. 300 ss. En la jurisprudencia española, véase la relación entre las reglas de miedo insuperable y legítima defensa en casos de exceso a causa de temor, por ejemplo, en la STS 1708/2003, Penal, de 18 de diciembre (ES:TS:2003:8258).

- BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12^a ed., Giesecking, Bielefeld, 2016.
- BECK, «§ 36. Fahrlässigkeit», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, C.F. Müller, Heidelberg, 2020.
- BERSTER, «Der subjektive Exzess der Notwehr und Putativnotwehr», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (163-1), 2016, pp. 36-55.
- BERTRAM, *Philosophische Gedankenexperimente. Ein Lese- und Studienbuch*, 3^a ed., Reclam, Ditzingen, 2018.
- BLEI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 16^a ed., C.H. Beck, München, 1975.
- BOCKELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3^a ed., C.H. Beck, München, 1979.
- BOLEA BARDÓN, «El exceso intensivo en la legítima defensa putativa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1-3), 1998, pp. 613-641.
- BÜLTE, «Zur Verhältnismäßigkeit der Notwehr und Art. 103 Abs. 2 GG als Schranken-Schranke», *Neue Kriminalpolitik*, (28-2), 2016, pp. 172-192.
- CHRISTOPH, «Die (un)mögliche Messung des allgemeinen Rechtsgefühls», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (103-1), 2020, pp. 58-73.
- COCA VILA, «Triage y colisión de deberes jurídico-penal», *InDret*, (1), 2021, pp. 166-202.
- , «Recensión a Bernd Rüter. La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método», *InDret*, (4), 2020, pp. 562-567.
- CÓRDOBA, *Elementos de Teoría del Delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 2021.
- , «De nuevo sobre la relación entre prevención general positiva y culpabilidad», *En Letra. Derecho Penal*, (4), 2017, pp. 43-64.
- COUPETTE, *Juristische Netzwerkforschung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.
- DANNECKER, «Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts», en EL MISMO *et al.* (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Carl Heymanns, Köln, 2007, pp. 25-40.
- DANNECKER/SCHUHR, «§ 1», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, t. I, 13^a ed., De Gruyter, Berlin, 2019, pp. 55-351.
- DEIGH, «Concepts of Emotions in Modern Philosophy and Psychology», en GOLDIE (ed.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 17-40.
- DELGADO/STEFANCIC, *Critical Race Theory: An Introduction*, 3^a ed., New York University Press, New York City, 2017.
- DEMMEHLING/LANDWEER, *Philosophie der Gefühle*, J. B. Metzler, Stuttgart, 2007.
- DEMPSEY, «John Gardner, in memoriam», *Criminal Law and Philosophy*, (14-1), 2020, p. 3-4.

DEUTSCHES REICH/REICHSJUSTIZAMT, *Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, De Gruyter, Berlin, 1909 [reimpresión de 2018].

DEUTSCHES REICH/JUSTIZMINISTERIUM, *Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, De Gruyter, Berlin, 1920.

DIAS, «Pawlik sobre el estado de necesidad exculpante y la restricción de bienes del StGB», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (27), 2022, pp. 45-82.

DIEDERICH, *Ratio und Grenzen des straflosen Notwehrexzesses*, Mensch und Buch, Berlin, 2001.

DOMÉNECH-PASCUAL, «Thought Experiments in Law», *Law and Method*, (2), 2021, pp. 1-21.

DUFF, *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

DUTTGE, «§ 33», en DÖLLING/DUTTGE/KÖNIG/RÖSSNER (eds.), *Gesamtes Strafrecht*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2022.

—————, «Wider die Palmströmsche Logik: Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebotes», *Juristen Zeitung*, (69-6), 2014, pp. 261-270.

ENGLÄNDER, «Zur Begründung der Notwehr im deutschen Strafrecht: überindividualistisch, dualistisch oder individualistisch?», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 297-311.

—————, «§ 33», en MATT/RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Franz Vahlen, München, 2020.

—————, «Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz», en HILGENDORF (ed.), *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 111-125.

—————, «Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess», *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, (14-10), 2013, pp. 389-393.

—————, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

ENOCH, *Taking Morality Seriously: A Defense of Robust Realism*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

ERB, «§ 33», en ERB/SCHÄFER (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

—————, «§ 34», en ERB/SCHÄFER (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

ESER/STERNBERG-LIEBEN, «§ 211», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, München, 2019.

FABRICIUS, «Emotionen und Strafrecht», en BERNER/FAß (eds.), *Sichtbares und Unsichtbares*, LIT Verlag, Münster, 2014, pp. 193-212.

FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídico-penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 2009, pp. 229-252.

FERZAN, «Defending Honor and Beyond: Reconsidering the Relationship between Seemingly Futile Defense and Permissible Harming», *Journal of Moral Philosophy*, (15-6), 2018, pp. 683-705.

FISCHER, J. *Die straflose Notwehrüberschreitung. Voraussetzungen, Rechtsnatur und analoge Anwendung des § 53 Abs. 3 StGB*, Tesis Doctoral, Frankfurt am Main, 1971.

FISCHER, Th., *Strafgesetzbuch*, 69ª ed., C.H. Beck, München, 2022.

FLETCHER, *Notwehr als Verbrechen. Der U-Bahn-Fall Goetz*, Suhrkamp, Berlin, 1993.

—————, «The Right and the Reasonable», *Harvard Law Review*, (98-5), 1985, pp. 949-982.

FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Springer, Berlin, 2019.

FRISCH, «Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (166-3), 2019, pp. 185-204.

FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

FROME, *The Ethics of War and Peace*, 3ª ed., Routledge, New York, 2022.

—————, *Defensive Killing*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

GARDNER, *Torts and Other Wrongs*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

—————, *From Personal Life to Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

—————, *Offences and Defences*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

GEPPERT, «Notwehr und Irrtum. Putativnotwehr, intensiver und extensiver Notwehrexzess, Putativnotwehrexzess», *Juristische Ausbildung*, 2007, pp. 33-40.

GONZÁLEZ LAGIER, *Emociones, responsabilidad y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

GRECO, «Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (13-11), 2018, pp. 475-483.

—————, «Notwehr und Proportionalität», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (165-12), 2018, pp. 665-683.

—————, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

—————, «Ehrenmorde im deutschen Strafrecht», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (9-7/8), 2014, pp. 309-319.

—————, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret*, (4), 2010, pp. 1-35.

—————, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

GREEN, «Legal Moralism, Overinclusive Offenses, and the Problem of Wrongfulness Conflation», *Criminal Law and Philosophy*, (14-3), 2020, pp. 417-430.

GROPP/SINN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Springer, Berlin, 2020.

GRÜNEWALD, «„Sozialethische“ Einschränkungen des Notwehrrechts», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA (eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 427-438.

—————, *Reform der Tötungsdelikte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

—————, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

—————, «Tötungen aus Gründen der Ehre», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (1), 2010, pp. 1-9.

—————, «Notwehreinschränkung – insbesondere bei provoziertem Angriff», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (122-1), 2010, pp. 51-86.

GUERRA ESPINOSA, «Interferencia del miedo insuperable en el estado de necesidad», *Revista de Derecho*, (35-1), 2022, pp. 323-343.

GUZMÁN DÁLBORA, «El nuevo código penal del Paraguay (1997)», *Direito e Cidadania*, 1998, pp. 53-90.

HASSEMER/KARGL, «§ 1 Keine Strafe ohne Gesetz», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 5^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.

HECKER, «§ 1», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30^a ed., C.H. Beck, München, 2019.

HEGHMANN, «Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe», *Ad Legendum*, (2), 2015, pp. 96-101.

HEINE, *Tötung aus „niedrigen Beweggründen“*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

HERSHOVITZ, *Nasty, Brutish, and Short*, Penguin Press, New York, 2022.

HERZBERG, «Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung und das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG)», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (6-5), 2011, pp. 444-452.

HILGENDORF, «El triaje en el contexto de las decisiones de vida contra vida», (trad. por DIAS), *InDret*, (3), 2022, pp. 364-370.

—————, «Rechtsphilosophie der Gegenwart», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2^a ed., Springer, Berlin, 2021, pp. 176-187.

—————, «Die internationale Strafrechtswissenschaft», en HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (eds.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, pp. 153-184.

—————, «System- und Begriffsbildung im Strafrecht», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, C.F. Müller, Heidelberg, 2020, pp. 3-38.

—————, «Moralphilosophie und juristisches Denken», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (82-3), 1996, pp. 397-415.

HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3^a ed., C.H. Beck, München, 2022.

—————, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. I, C.H. Beck, München, 2021.

HIRSCH, «Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft: Nationale und universale Strafrechtswissenschaft», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (116-4), 2004, pp. 835-854.

HÖRNLE, *Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag. Kultur, Religion, Strafrecht - Neue Herausforderungen an eine pluralistische Gesellschaft*, C.H. Beck, München, 2014.

HOYER, «§ 33», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 9^a ed., Carl Heymanns, Köln, 2017.

HÜBNER, *Einführung in die philosophische Ethik*, 3^a ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2021.

JÄGER, *Examens-Repetitorium Strafrecht Besonderer Teil*, 8^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2019.

JAKOBS, «Grünwald, Anette: Das vorsätzliche Tötungsdelikt. Tübingen: Mohr Siebeck 2010. IX, 432 S», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (123-2), 2011, pp. 313-322.

—————, *Das Schuldprinzip*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993.

—————, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^a ed., De Gruyter, Berlin, 1991.

—————, *Schuld und Prävention*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JIMÉNEZ DÍAZ, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Comares, Granada, 2007.

JIMÉNEZ SEGADO, *Delitos de género y de violencia familiar*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021.

KAHAN/NUSSBAUM, «Two Conceptions of Emotion in Criminal Law», *Columbia Law Review*, (96-2), 1996, pp. 269-374.

KANTOROWICZ, «Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (7-1), 1910, pp. 257-344.

KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2007.

KINDHÄUSER, «§ 33 Überschreitung der Notwehren», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 5^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.

KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 9ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2022.

KITZINGER, «Randbemerkungen zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (31), 1911, pp. 204-228.

KLATT, «Juristische Hermeneutik», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Springer, Berlin, 2021, pp. 233-239.

KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43ª ed., De Gruyter, Berlin, 1961.

KUBICIEL, «Integrität des Sports – Konkretisierung eines Begriffs», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (1), 2018, pp. 29-31.

—————, *Die Wissenschaft Vom Besonderen Teil des Strafrechts: Ihre Aufgaben, Ihre Methoden*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2013.

KUDLICH, «Die Relevanz der Rechtsguttheorie im modernen Verfassungsstaat», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (127-3), 2015, pp. 635-653.

KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Franz Vahlen, München, 2017.

KUHLEN, «Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes», en MONTIEL/SCHUHR/KUDLICH (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012, pp. 430-445.

KÜPER, «Die sog „Gefahrtragungspflichten“ im Gefüge des rechtfertigenden Notstandes», *Juristen Zeitung*, (35-22), 1980, pp. 755-757.

LANDWEER/RENZ, «Zur Geschichte philosophischer Emotionstheorien», en LANDWEER/RENZ (eds.), *Handbuch Klassische Emotionstheorien*, De Gruyter, Berlin, 2012, pp. 1-18.

LANG, «Defensive Escalations», *The Journal of Ethics*, (26-2), 2022, pp. 273-294.

LEHNEMANN, *Die Notwehrüberschreitungen nach geltendem und zukünftigem deutschen Recht, sowie nach holländischem, dänischem, österreichischem, italienischem und schweizerischem Recht*, Tesis Doctoral, Erlangen, 1935.

HAUCK, «§ 33», en LEIPOLD/TSAMBIKAKIS/ZÖLLER (eds.), *AnwaltKommentar StGB*, 3ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2020.

LENCKNER, «Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nulla poena sine lege“», *Juristische Schulung*, 1968, pp. 304-410.

LERMAN, «Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante», *InDret*, (1), 2017, pp. 1-20.

LIEBSCHER, *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus*, Suhrkamp, Berlin, 2021.

LUZÓN PEÑA, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *Revista Justiça e Sistema Criminal*, (9-16), 2017, 9-78.

—————, «Exculpación por inexigibilidad penal individual», *Revista Justiça e Sistema Criminal*, (8-14), 2016, pp. 9-35.

MAÑALICH RAFFO, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013, pp. 1-29.

MANRIQUE, «Delitos de odio y motivos emocionales», *Análisis Filosófico*, (39-2), 2019, pp. 191-220.

———, «Emociones, acción y excusas», *Eunomía*, (14), 2018, pp. 71-86.

———, «Emociones y derecho penal», *En Letra: Derecho Penal*, (4), 2017, pp. 10-16.

———, «Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones», *Doxa*, (39), 2016, pp. 289-304.

MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MARTÍN LORENZO/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales: Un análisis empírico y dogmático», *InDret*, (2), 2009, pp. 1-62.

MAYER, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967.

MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Winter, Heidelberg, 1915.

MCMAHAN, «War as Self-Defense», *Ethics & International Affairs*, (18-1), 2004, pp. 75-80.

MEZGER/BLEI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 15ª ed., C.H. Beck, München, 1973.

MIHAL, «Responding to the over-inclusiveness objection to Hart's theory of law: a causal approach», *Jurisprudence*, (12-2), 2021, pp. 175-199.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., B de F, Montevideo, 2016.

MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, t. I, Editorial Reus, Madrid, 2020, pp. 805-839.

———, «La legítima defensa del derecho penal», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (25), 2012, pp. 19-48.

MOMSEN, «§ 211», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2021.

MONTIEL, «Estructuras analíticas del principio de legalidad», *InDret*, (1), 2017, pp. 1-47.

———, «Cazando el mito del positivismo diabólico y del formalismo ingenuo en el Derecho penal», *InDret*, (1), 2011, pp. 1-13.

MOTSCH, *Der straflose Notwehrexzess*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003.

MÜLLER-CHRISTMANN, «Der Notwehrexzeß», *Juristische Schulung*, 1989, pp. 717-720.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, Carl Heymanns, Köln, 2005.

NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung Im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1973.

NESTLER, «Die Auslegung von Straftatbeständen: Auslegungsmethoden und Methodik der Auslegung», *Juristische Ausbildung*, (40-6), 2018, pp. 568-576.

NEUMANN, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (99-4), 1987, pp. 567-594.

NEWMARK, *Passion – Affekt – Gefühl: Philosophische Theorien der Emotionen zwischen Aristoteles und Kant*, Meiner, Hamburg, 2008.

NUSSBAUM, *Politische Emotionen*, Suhrkamp, Berlin, 2016.

—————, «Emotions as Judgments of Value and Importance», en SOLOMON (ed.), *Thinking about Feeling: Contemporary Philosophers on Emotions*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 183-199.

—————, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 2004.

—————, *Upheavals of Thought. The intelligence of emotions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

OSTERLOH-KONRAD, *Die Steuerumgehung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7^a ed., De Gruyter, Berlin, 2005.

—————, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7^a ed., De Gruyter, Berlin, 2004.

ØVERLAND, «Conditional Threats», *Journal of Moral Philosophy*, (7-3), 2010, pp. 334-345.

PASTOR MUÑOZ, «El legado de Gustav Radbruch para la dogmática jurídico-penal», *InDret*, (2), 2021, pp. 51-86.

PAUL, *Persönliche Strafausschließungsgründe und innerer Tatbestand*, Tesis doctoral, Köln, 1963.

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

—————, «Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (11), 2003, pp. 287-315.

PERALTA, «Homicidios por odio como delitos de sometimiento», *InDret*, (4), 2013, pp. 1-27.

—————, «Chantage als Ausbeutung – Über das Unrecht der bedingten Androhung erlaubter Taten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (124-4), 2012, pp. 881-906.

—————, *Motivos reprochables*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

PERRON, «§ 34», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, München, 2019.

PERRON/EISELE, «§ 33», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, München, 2019.

PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4ª ed., Utb, Stuttgart, 2019.

RAMÍREZ LUDEÑA, «La irrelevancia de la violencia en el delito de coacciones», *InDret*, (3), 2021, pp. 344-358.

RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., C.H. Beck, München, 2021.

RIGHI, *Derecho Penal. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

RISSING-VAN SAAN/ZIMMERMANN, «§ 211», en RISSING-VAN SAAN (ed.), *Leipziger Kommentar StGB*, t. VII, 12ª ed., De Gruyter, Berlin, 2019, pp. 91-170.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, «Consideraciones críticas de carácter general acerca del Proyecto de Código penal para el Paraguay (1995)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 1996, pp. 1283-1297.

RODIN, *War and Self- Defense*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

ROGALL, «Der Notwehrexzess – ein Schuldprivileg», en HERZOG/SCHLOTHAUER/WOHLERS/WOLTER (eds.), *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte. Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, pp. 529-550.

ROSENAU, «Notwehr und Notstand. §§ 32-35», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2021.

—————, «Der Notwehrexzess», en FAHL *et al.* (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2015, pp. 225-238.

ROXIN, «Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht», en HILGENDORF (ed.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 113-140.

—————, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico penal en Alemania», (trad. por ROBLES PLANAS/COCA VILA), *InDret*, (4), 2012, pp. 1-24.

—————, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2006.

—————, «Über den Notwehrexzess», en GRÜNWARD (ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975*, Schwartz, Göttingen, 1975, pp. 105-128.

—————, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., De Gruyter, Berlin, 1973.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

RUDOLPHI, «Notwehrexzeß nach provoziertem Angriff - OLG Hamm, NJW 1965, 1928», *Juristische Schulung*, 1969, pp. 461-466.

—————, «Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (78-1/2), 1966, pp. 67-99.

RUPPERT, «Die metateleologische Reduktion im Strafrecht», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (15-1), 2020, pp. 14-28.

SACCO, «The Passionate Beliefs. A Defense of the Cognitive-Evaluative Theory of Emotions», *Philosophia*, (50-3), 2022, pp. 1391-1411.

SANCINETTI, *Casos de Derecho Penal. Parte General*, t. I, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

—————, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

SATZGER, «Geltungsbereich. §§ 1-10», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WIDMAIER (eds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Carl Heymanns, Köln, 2021.

—————, «Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe», *Juristische Ausbildung*, (38-2), 2016, pp. 154-162.

SAUREN, «Zur Überschreitung des Notwehrrechts», *Juristische Ausbildung*, 1988, pp. 567-573.

SCARANTINO, «Insights and Blindspots of the Cognitivist Theory of Emotions», *The British Journal for the Philosophy of Science*, (61-4), 2010, pp. 729-768.

SCARANTINO/DE SOUSA, «Emotion», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/emotion/> [último acceso el 23/08/2022].

SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

SCHMAHL, «Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Strafrecht», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. I, C.F. Müller, Heidelberg, 2019, pp. 49-112.

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1984.

SCHMITZ, «§ 1», en ERB/SCHÄFER (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

SCHUBERT/REGGE, *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts. I. Abteilung*, t. I, De Gruyter, Berlin, 1995.

SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, De Gruyter, Berlin, 1978.

SEEBERG, *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005.

SHAPIRO, *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2012.

- , «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de derecho penal en memoria del prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, México D.F., 2011, pp. 215-234.
- SLIWA, «The Power of Excuses», *Philosophy & Public Affairs*, (47-1), 2019, pp. 37-71.
- SOLER, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, 5ª ed., TEA, Buenos Aires, 1987.
- SOLOMON, «On emotions as judgments», *American Philosophical Quarterly*, (25-2), 1988, pp. 183-191.
- SPENDEL, «§ 33», en JÄHNKE/LAUFHÜTTE/ODERSKY (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, t. II, 11ª ed., De Gruyter, Berlin, 2003.
- STATMAN, «On the Success Condition for Legitimate Self-Defense», *Ethics*, (118-4), 2008, 659-686.
- STEINHOFF, «Rodin on Self-Defense and the “Myth” of National Self-Defense: A Refutation», *Philosophia*, (41-4), 2013, pp. 1017-1036.
- STRENG, «Rechtsgefühl und Vorverschulden – Zur Bedeutung von Freiheitsintuition und Gerechtigkeitsgefühl für die Schuldformalisierung», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL (eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 501-514.
- SUNSTEIN, «Problems with Rules», *California Law Review*, (83-4), 1995, pp. 953-1026.
- TADROS, «Attribution, Ethics and Emotions in Criminal Responsibility», *The Modern Law Review*, (67-2), 2004, pp. 322-338.
- TAMANAH, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- TIFFANY, «Conceptualizing Coercive Indoctrination in Moral and Legal Philosophy», *Criminal Law and Philosophy*, (16-1), 2022, pp. 153-179.
- TIMPE, «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB)», *Juristische Schulung*, 1985, pp. 117-122.
- TIZ, *Der Fall Sürücü*, Ergon, Baden-Baden, 2022.
- VARONA GÓMEZ, «El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, pp. 61-96.
- , «El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria? Reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (-7), 2001, pp. 139-175.
- , *El miedo insuperable*, Comares, Granada, 2000.
- VENEZIA, «Locke on Conditional Threats», *The Southern Journal of Philosophy*, (60-4), 2022, pp. 696-713.
- VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, Springer, Berlin, 1930.

VON LISZT, «Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (30), 1910, pp. 250-278.

—————, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 10^a ed., Guttentag, Berlin, 1900.

—————, *Das Strafrecht der Staaten Europas*, Liebmann, Berlin, 1894.

WALLACE, *Responsibility and the Moral Sentiments*, Harvard University Press, Cambridge, 1994.

WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., De Gruyter, Berlin, 1969.

—————, *El nuevo sistema del derecho penal*, Ariel, Barcelona, 1964.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 51^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2021.

WESSELS/HETTINGER/ENGLÄNDER, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. I, 44^a ed., C.F. Müller, Heidelberg 2020.

WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

WOLFF, *An Introduction to Moral Philosophy*, 2^a ed., Norton, New York, 2020.

WOLTER, «Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschließungsgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 207-232.

XUAN, «Notwehrexzess: Von einer Erfolgs- zu einer Handlungsperspektive», en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 363-374.

ZABEL, «Affekt und Strafrecht: Thesen zur Theorie und Dogmatik des Notwehrexzesses, § 33 StGB», en KINDHÄUSER/PAWLIK (eds.), *Notwehr in Deutschland und China*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 351-362.

—————, *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, 2^a ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZHAO, «Guilt Without Perceived Wrongdoing», *Philosophy & Public Affairs*, (48-3), 2020, pp. 285-314.

ZIESCHANG, «Entschuldigungs- und Strafausschließungsgründe», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, C.F. Müller, Heidelberg, 2020, pp. 791-848.

—————, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Boorberg, Stuttgart, 2020.

—————, «§ 33», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, t. III, 13^a ed., De Gruyter, Berlin, 2019.

—————, «§ 34», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, t. III, 13^a ed., De Gruyter, Berlin, 2019.

ZIMMERMANN, «Der Notwehrexzess im Völkerstrafrecht. Dogmatische Grundfragen und die Rechtslage unter dem VStGB», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (10-1), 2015, pp. 57-66.