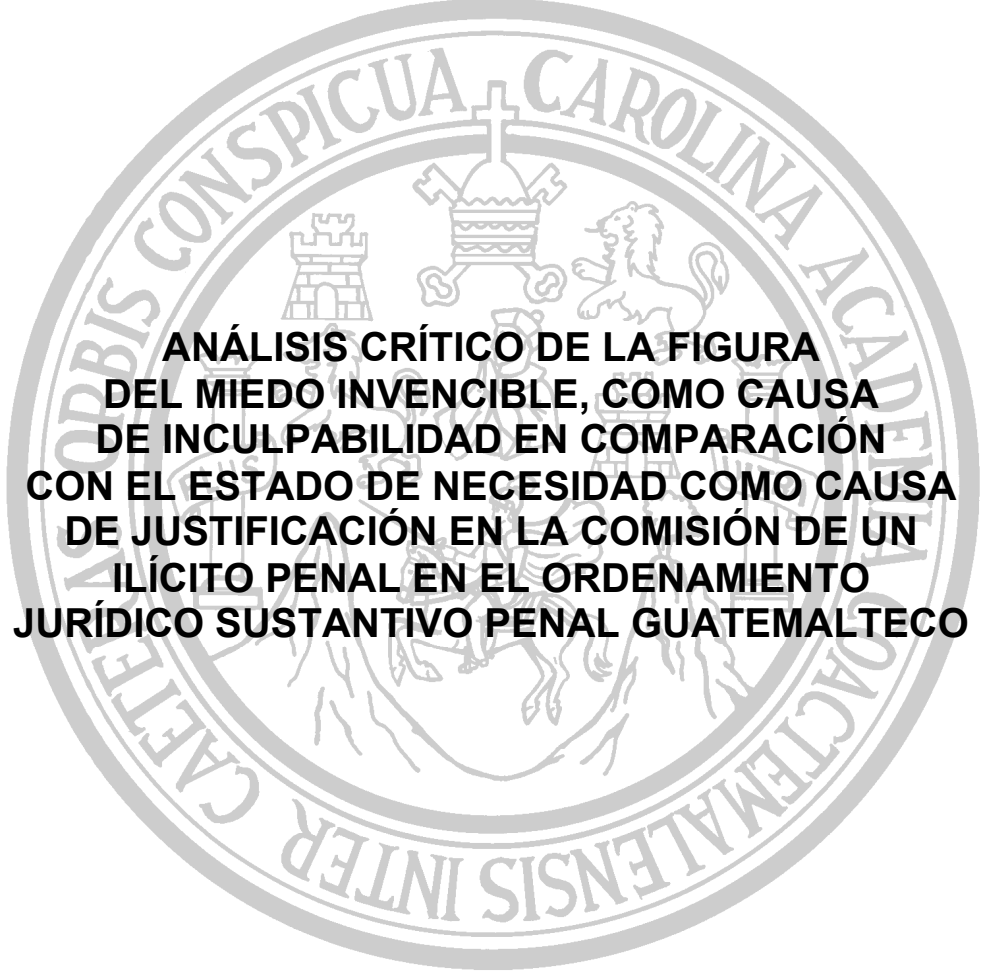


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, flanked by two lions. The shield is set against a background of a cross. The outer ring of the seal contains the Latin text "ACADEMIA CAROLINA CONSPICUA" at the top and "CAETETERA GUATEMALENSIS INTER" at the bottom.

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA FIGURA
DEL MIEDO INVENCIBLE, COMO CAUSA
DE INculpABILIDAD EN COMPARACIÓN
CON EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA
DE JUSTIFICACIÓN EN LA COMISIÓN DE UN
ILÍCITO PENAL EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO SUSTANTIVO PENAL GUATEMALTECO**

RAFAEL ESTUARDO CRUZ ESTRADA

GUATEMALA, ABRIL DE 2010

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA FIGURA DEL MIEDO INVENCIBLE, COMO CAUSA
DE INCULPABILIDAD EN COMPARACIÓN CON EL ESTADO DE NECESIDAD
COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO PENAL
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUSTANTIVO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RAFAEL ESTUARDO CRUZ ESTRADA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2010

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**



DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Guillermo Díaz Rivera
Vocal: Lic. Luis Alfredo González Rámila
Secretaria: Licda. Floridalma Carrillo Castro

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal: Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz
Secretario: Lic. David Sentés Luna

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

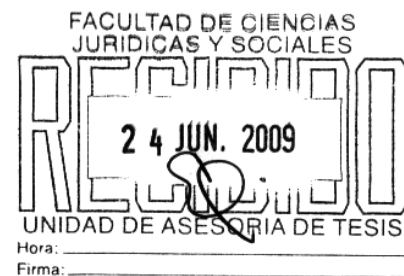


Lic. José Clemente Palencia Gómez
Abogado y Notario

1 ave. 10-87, Edificio Torre Viva 5to. Nivel
Ciudad de Guatemala

Guatemala, 11 de febrero de 2009

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Director de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria Zona 12
Su Despacho.



Distinguido Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con el nombramiento de fecha nueve de septiembre del año dos mil ocho, procedí a asesorar el trabajo de tesis del Bachiller Rafael Estuardo Cruz Estrada, intitulado: **“ANÁLISIS CRÍTICO DE LA FIGURA DEL MIEDO INVENCIBLE, COMO CAUSA DE INculpABILIDAD EN COMPARACIÓN CON EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUSTANTIVO PENAL GUATEMALTECO”**. Después de la labor encomendada, me es grato manifestarle que:

1. He realizado la asesoría de mérito al trabajo de tesis relacionado con la importancia de analizar el miedo invencible, como causa de inculpabilidad regulada en la legislación penal de Guatemala.
2. Le sugerí al Bachiller Cruz Estrada realizar diversas modificaciones al contenido de los capítulos, a la introducción y a su bibliografía; encontrándose de acuerdo en llevarlas a cabo.
3. La redacción empleada es la correcta y la estructura formal de la tesis se realizó en una secuencia ideal para un claro entendimiento, así como también se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el que se determinó la importancia del derecho penal guatemalteco; el sintético, estableció las causas de inculpabilidad; el inductivo, señaló su regulación legal y el deductivo, analizó el miedo invencible.




Lic. José Clemente Palencia Gómez
Abogado y Notario

1 ave. 10-87, Edificio Torre Viva 5to. Nivel
Ciudad de Guatemala

4. Las técnicas empleadas durante el desarrollo de la tesis fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se obtuvo la información doctrinaria de actualidad relacionada con el tema.
5. Los objetivos se alcanzaron al establecerse con ellos lo fundamental de estudiar las figuras penales del miedo invencible y el estado de necesidad. La hipótesis que se formuló se comprobó al determinarse con ella la importancia jurídica de las causas de justificación y de inculpabilidad.
6. La tesis es constitutiva de un aporte científico para la sociedad guatemalteca y personalmente me encargue de guiar al sustentante por los lineamientos del proceso investigativo, empleando los métodos y técnicas de investigación anotados.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.


José Clemente Palencia Gómez
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. José Clemente Palencia Gómez
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Colegiado 7512

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticuatro de junio de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RONY ROCAEL LÓPEZ ROLDÁN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante RAFAEL ESTUARDO CRUZ ESTRADA, Intitulado: "ANÁLISIS CRÍTICO DE LA FIGURA DEL MIEDO INVENCIBLE, COMO CAUSA DE INculpABILIDAD EN COMPARACIÓN CON EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUSTANTIVO PENAL GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/mbbm.



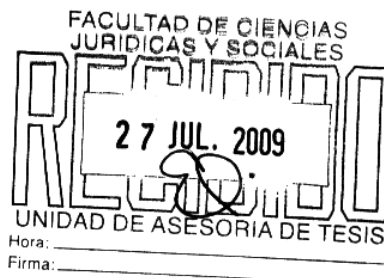
Lic. Rony Racael López Roldan
Abogado y Notario



Guatemala, 27 de julio de 2009

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro Monroy:

Me dirijo a usted con el objeto de informarle que de conformidad con el nombramiento de fecha veinticuatro de junio del año dos mil nueve, fui designado por su despacho para proceder a la revisión de la tesis del estudiante Rafael Estuardo Cruz Estrada, que se intitula: **“ANÁLISIS CRÍTICO DE LA FIGURA DEL MIEDO INVENCIBLE, COMO CAUSA DE INculpABILIDAD EN COMPARACIÓN CON EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUSTANTIVO PENAL GUATEMALTECO”**; para lo cual manifiesto lo siguiente:

1. Procedí a revisar el trabajo de tesis señalado, el cual contiene un análisis de las causas de justificación y de inculpabilidad que regula el Código Penal vigente. El aporte que se tiene que resaltar en el actual trabajo de tesis es su contribución científica a la sociedad guatemalteca, ya que contiene las etapas del conocimiento científico.
2. La redacción utilizada durante el desarrollo de la tesis es la adecuada. Los objetivos se alcanzaron al establecer la importancia de estudiar el miedo invencible y el estado de necesidad.
3. Durante el desarrollo del trabajo señalado se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el que se establecieron las causas de inculpabilidad; el sintético, indicó las causas de justificación; el inductivo, señaló sus características y el deductivo, indicó su regulación en la legislación penal de Guatemala.
4. Las técnicas que se utilizaron fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información actual y relacionada con el tema. El contenido del trabajo de tesis tiene relación con las conclusiones y recomendaciones, siendo la bibliografía empleada la correcta. Al sustentante, le



Lic. Rony Rocaél López Roldán
Abogado y Notario

sugerí ampliar sus capítulos, introducción y bibliografía, bajo el respeto de su posición ideológica; quien se encontró conforme con llevarlas a cabo.

5. El trabajo denota esfuerzo, dedicación, empeño y personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando las técnicas de investigación y los métodos anotados; con lo cual se comprobó la hipótesis que determina el miedo invencible como causa de inculpabilidad en comparación con el estado de necesidad.

En razón de lo anterior, la tesis cuenta con los requisitos legales establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, siendo procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, para que continúe con el trámite que corresponde, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Con muestras de mi respeto, soy de usted su deferente servidor.



LIC. RONY ROCAEL LÓPEZ ROLDAN
Revisor de Tesis
Colegiado 5531

Lic. Rony Rocaél López Roldán
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de enero del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante RAFAEL ESTUARDO CRUZ ESTRADA, Titulado ANÁLISIS CRÍTICO DE LA FIGURA DEL MIEDO INVENCIBLE, COMO CAUSA DE INCULPABILIDAD EN COMPARACIÓN CON EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUSTANTIVO PENAL GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA

A DIOS: Ser supremo que me ha prestado la vida para poder realizar este logro; gracias por todas sus bendiciones recibidas a lo largo de mi vida.

A MIS PADRES: Midia Estrada y Víctor Cruz; son ellos la base de mi vida, gracias por todo el amor, apoyo y comprensión, ya que sin ustedes no hubiera sido posible alcanzar esta meta.

A MIS HERMANOS: Serwin, Lisbeth y Sara, por su apoyo incondicional.

A MIS COMPAÑEROS: Especialmente a mis amigos que compartieron alegrías y tristezas a lo largo de la carrera.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, la cual es por siempre mi ALMA MATER; especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por la oportunidad de estudiar, haciéndome un profesional.

A LOS CATEDRÁTICOS: Por haberme brindado sus conocimientos.



Pág.

ÍNDICE

Introducción.....

CAPÍTULO I

1.	La antijuridicidad.....	1
	1.1. Antijuridicidad formal y material.....	3
	1.2. Antecedentes, caracterización y clasificación de antijuridicidad.....	4
	1.3. Tipicidad y ausencia de antijuridicidad.....	11

CAPÍTULO II

2.	El estado de necesidad.....	15
	2.1. Concepto penal.....	16
	2.2. Doctrina de diferenciación.....	18
	2.3. Doctrina unitaria o del mal jurídico.....	19
	2.4. Estado de necesidad sólo como exculpante.....	19
	2.5. Requisitos esenciales y no esenciales.....	19

CAPÍTULO III

3.	La culpabilidad.....	27
	3.1. Antecedentes.....	28
	3.2. Evolución del concepto de culpabilidad.....	29
	3.3. Teorías y función de la culpabilidad.....	31
	3.4. Elementos de la culpabilidad.....	33
	3.5. Culpabilidad y prevención general.....	36
	3.6. Prevención.....	38
	3.7. Las causas de justificación.....	41
	3.8. La exigibilidad de otra conducta.....	43
	3.9. Causas exculpantes.....	45
	3.10. Excusas absolutorias.....	48
	3.11. La punibilidad.....	49



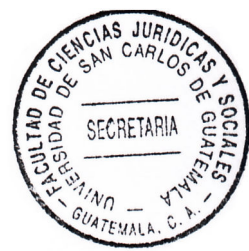
3.12. Condición objetiva de punibilidad.....	52
--	----

CAPÍTULO IV

El miedo invencible.....	55
4. 4.1. Problemática del miedo invencible.....	61
4.2. Las facultades intelectuales y volitivas.....	64
4.3. El miedo invencible en la normativa guatemalteca.....	66
4.4. La legislación penal y el miedo invencible.....	68
4.5. Miedo invencible y el estado de necesidad.....	70

CAPÍTULO V

La eximente de miedo invencible.....	77
5. 5.1. Valoración, consecuencias y responsabilidad.....	86
5.2. El socorro a terceros en la legislación comparada.....	93
5.3. Requisitos del estado de necesidad.....	96
5.4. Análisis conclusivo del miedo invencible comparado con el estado de necesidad.....	103
CONCLUSIONES.....	107
RECOMENDACIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	111



INTRODUCCIÓN

La investigación se realiza debido a la importancia de estudiar el miedo invencible como causa de inculpabilidad, en virtud de la escueta definición regulada en el Código Penal acerca del mismo en relación a la comisión de un hecho delictivo, lo cual se tiene también que analizar en la doctrina y en la legislación comparada; así como a su vez, en la práctica de este eximente de culpabilidad y, por lo tanto, si al existir una de estas causas, no se cumple con uno de los elementos del delito y, por ende, no puede considerarse de esa forma y en efecto tampoco punible.

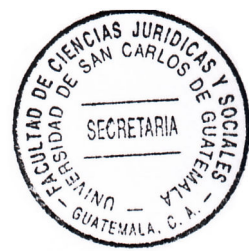
En la legislación penal guatemalteca, actualmente no es de carácter predominante la aplicación de las figuras penales en cuestión, existiendo en el país poca atención en lo relacionado a la atención que se tiene que prestar a las causas de inculpabilidad por parte de las autoridades judiciales del país.

La tesis está estructurada en cinco capítulos que establecen principios, doctrinas y demás instituciones que ayudan a la mejor comprensión del mismo: el primero, desarrolla el fundamento de la antijuricidad, elementos principales de la teoría general del delito, los cuales son indispensables para el establecimiento de la existencia del delito o no; el segundo, trata lo que es el estado de necesidad, definición, formas y circunstancias de operar; el tercero, desarrolla la culpabilidad, que es un requisito esencial en la conducta de la persona que lleva a cabo una acción criminal determinando la capacidad de distinguir



del bien y el mal estableciendo la responsabilidad penal de sus actuaciones; el cuarto, se enfoca al estudio de la figura penal del miedo invencible, definición y análisis, se realiza una comparación con el estado de necesidad, encontrando sus similitudes y diferencias, así como también de la forma de aplicación como una causa de justificación; y el capítulo cinco, se concreta a indicar un análisis crítico de la figura del miedo invencible como causa de inculpabilidad en comparación con el estado de necesidad como causa de justificación en la comisión de un ilícito penal en la legislación guatemalteca.

La hipótesis formulada relativa a la importancia del estudio del miedo invencible como causa de inculpabilidad se comprobó al determinar lo primordial de su análisis para especificar su regulación, de conformidad con la legislación penal guatemalteca. Los objetivos se alcanzaron al establecerse con ellos lo fundamental de la aplicación de las causas de inculpabilidad y de justificación en el ordenamiento jurídico del país. Los métodos empleados durante el desarrollo de la tesis fueron los siguientes: sintético, que señaló el desconocimiento de las causas de inculpabilidad de la población guatemalteca; el analítico, estableció su regulación en la legislación actual; el inductivo fue empleado para especificar lo fundamental de su estudio y análisis y el deductivo, indicó un estudio crítico del miedo invencible como causa de inculpabilidad en comparación con el estado de necesidad como causa de justificación. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas.



CAPÍTULO I

1. La antijuridicidad

La antijuridicidad, es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Los principios de legalidad, de seguridad y certeza jurídicas, sólo los comportamientos antijurídicos que son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico penal.

La tipicidad, para algunas corrientes doctrinarias, se considera indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico (*ratio cognoscendi*). Para éstas, el tipo y la antijuridicidad son dos categorías distintas de la teoría del delito. El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuridicidad, pero no se puede identificar con ella.

Para otros, existe una cierta identificación entre tipo y antijuridicidad, es decir, existe una directa relación entre éstas (*ratio essendi*). Se critica esta posición, pues conduce a considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo. Se añade que en la cotidianidad, es difícil equiparar una conducta atípica (por ej. matar un insecto) con una conducta típica, pero realizada en una causa de justificación (matar en



defensa propia). Las consecuencias de identificar o diferenciar claramente tipo y antijuridicidad se reflejan en la teoría del error (error de tipo y error de prohibición).

Las causales de justificación son situaciones reconocidas por el Derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida, es decir, suponen normas permisivas que autorizan, bajo ciertos requisitos, la realización de actos generalmente prohibidos y vienen a ser normas dirigidas a situaciones específicas que excluyen la antijuridicidad de un determinado comportamiento típico, que a priori podría considerarse antijurídico.

Dentro del derecho, las posiciones doctrinales en la teoría del delito no son unánimes, si bien coinciden en la necesidad de eximir de pena a quien actúa amparado por un estado de necesidad. Para un sector doctrinal el estado de necesidad es una causa de justificación que excluye la antijuridicidad del comportamiento típico -teoría unitaria-. En cambio los partidarios de la teoría de la diferenciación consideran que, según los bienes jurídicos en juego, en unos supuestos el estado de necesidad actuará como causa de justificación y en otros como causa de exclusión de la culpabilidad. Finalmente hay quien considera, según las redacciones de los concretos códigos penales, que en algunos ordenamientos jurídicos el estado de necesidad en el ámbito penal solo excluiría la culpabilidad.



1.1. Antijuridicidad formal y material

Una vez tipificado el caso de la realidad en el supuesto de hecho de una norma penal, es decir, una vez comprobado que el caso de la realidad es subsumible en el tipo de delito previsto en la norma penal, el siguiente paso, el orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la antijuridicidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.

- 1) **Antijuridicidad formal:** Se afirma de un acto que es formalmente antijurídico, cuando a su condición de típico une la de no estar especialmente justificado por la concurrencia de alguna de eximentes de tal naturaleza (por ejemplo: defensa propia, etc.) Por lo tanto, la antijuridicidad formal no es más que la oposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico positivo, juicio que se constata en el modo expuesto.

- 2) **Antijuridicidad material:** En sentido material, se dice que una acción es antijurídica cuando, habiendo transgredido una norma positiva (condición que pone el principio de legalidad), lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el derecho quería proteger.

El contenido material de la antijuridicidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No toda lesión o puesta en peligro de un bien



jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino solo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el Organismo Judicial (desvalor de acción). El Derecho penal, por imperativo del principio de intervención mínima, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables.

1.2. Antecedentes, caracterización y clasificación de antijuricidad

El término antijuridicidad, es un neologismo que representa el intento de traducir la expresión alemana *Rechtswidrigkeit*, que significa: contrario al derecho.

Aunque se ha sostenido que podría haberse utilizado en español el término ilícito (ilicitud o contrario a la ley), se ha estimado que este último podría resultar un concepto demasiado amplio o vago, por cuanto suele trascender el ámbito meramente jurídico (incluyendo, por ejemplo, parámetros éticos). Además, con este término se buscaba reflejar algo que va más allá de lo puramente contrario a la ley.

Se trata de un concepto creado por el civilista alemán Rudolf von Ihering, que lo invocaba para describir cualquier acto contrario a derecho. Tras su adopción por la doctrina penalista, particularmente por la Escuela Penal Alemana, seguidores de las teorías casualistas y neocausalistas del delito, como por ejemplo: Franz von Liszt, Ernest von Beling, Gustav Radbruch, Edmund Mezger, se comienza a definir el delito como una acción típica, antijurídica y culpable.



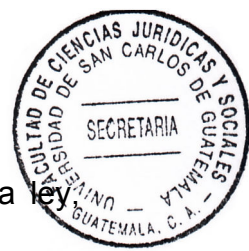
La discusión lingüística en torno al concepto antijuridicidad, se le ha hecho una importante crítica de fondo. Se ha indicado que el delito en realidad no es un hecho antijurídico, sino todo lo opuesto, al ser precisamente un hecho jurídico.

En respuesta a lo anterior, se ha señalado que el delito es un hecho antijurídico en cuanto es contrario a las normas del ordenamiento y, a la vez, es un hecho jurídico, en cuanto produce efectos jurídicos. Es decir, el término tendría dos acepciones: la primera en referencia a la calificación del hecho y la segunda a sus efectos o consecuencias jurídicas.

Por otro lado, autores, especialmente italianos, han negado que la antijuridicidad constituya un elemento de la estructura del delito. Por ejemplo, Antolisei citado por los autores Alfonso Serrano Gómez y José María Rodríguez Devesa decía que dado que: "El delito es infracción de la norma penal y en tal relación se agota su esencia, la ilicitud no puede considerarse un elemento que concurra a formar el delito, sino ha de entenderse como una de sus características: más aún, característica esencial".¹

En doctrina, dicha posición es relativamente aislada y se le considera errónea, pues la ilicitud es una sola, en todas las áreas del ordenamiento jurídico, o sea, no existe una ilicitud penal. Además, la antijuridicidad no es la nota característica del delito, ya que existe un enorme número de conductas que, estando prohibidas (es decir, son antijurídicas), no constituyen delitos.

¹ Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso. **Derecho penal español**, pág. 647.



La antijuridicidad supone un desvalor. Ello por cuanto el legislador, al dictar la ley realiza una selección de los bienes o intereses que desea proteger o resguardar, efectuando una valoración que plasma en la norma legal, al declarar jurídicamente valioso un bien o interés y, a su vez, desvalorando las conductas que atenten contra éste.

Debido a que la valoración legislativa, antes mencionada, es general y abstracta, pues el mandato de respeto al bien jurídico y la prohibición de atentados contra él está dirigida a toda persona, el juicio para determinar la antijuridicidad de una conducta es meramente objetivo; sin perjuicio que el objeto del juicio se compone de elementos físicos y síquicos (objetivos y subjetivos).

Ahora bien, hay quienes cuestionan la antijuridicidad como elemento dentro de la estructura del delito dado el juicio de valor que comporta su contenido, promoviendo su abandono y el traslado de las causas de justificación a la culpabilidad (para considerarlas ahora como causa de inculpabilidad), pues se afirma que ellas no logran desvanecer la tipicidad del hecho imputado. Por tanto, hay quienes bajo tal óptica plantean redefinir el delito como la acción típica, culpable y punible. Sencillamente porque la pena es la consecuencia jurídica o conclusión final, luego de culminados los juicios de valor que comportan cada uno de los elementos que componen la estructura del delito.



Tradicionalmente, como se destacó antes dentro de la antijuridicidad se han distinguido dos clases: la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material. Esta distinción proviene de la discusión filosófica en torno a si el legislador puede valorar arbitrariamente las conductas (ordenando o prohibiéndolas sin limitaciones) o está sometido a restricciones derivadas de la naturaleza o estado de las cosas. Los partidarios de la primera posición sólo reconocen la existencia de una antijuridicidad formal, concebida como simple infracción de la ley positiva; mientras los segundos reconocen, junto a ésta, una antijuridicidad material, declarando antijurídica sólo a las conductas que contrarían la ley positiva, ajustándose a parámetros trascendentales del ordenamiento, especialmente, de daño social. Esta polémica se expresa de manera particularmente interesante entre jus-naturalistas y jus-positivistas.

- 1) **Antijuridicidad formal:** Se afirma que una conducta es formalmente antijurídica, cuando es meramente contraria al ordenamiento jurídico. Por tanto, la antijuridicidad formal no es más que la oposición entre un hecho y la norma jurídica positiva.

- 2) **Antijuridicidad material:** Se dice que una conducta es materialmente antijurídica cuando, habiendo transgredido el ordenamiento jurídico tiene, además, un componente de daño social, es decir, ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico protegido.



En efecto, si bien es cierto en su concepción tanto la antijuridicidad formal como la antijuridicidad material difieren una de la otra; sin embargo, ambas tienen en común la valoración de la acción u omisión típica. En el primer caso, al desvalorarla por su contrariedad al derecho y la segunda, por lesionar o poner en peligro de lesión a un determinado bien jurídico protegido, claro está, siempre y cuando no encuentre el amparo de alguna causa de justificación penal, situación en la que se está frente a un injusto penal.

Queda en evidencia, por tanto, que la antijuridicidad formal comporta un juicio de valor caracterizado por el encaje legal de aquella acción u omisión dentro de la descripción típica del tipo penal. Mientras que la antijuridicidad material por su parte, comporta un juicio de valor con miras a determinar si en la ejecución de aquellas conductas incide alguna causa de justificación penal.

En fin, como podrá observarse, la antijuridicidad como elemento esencial dentro de la estructura del delito, por sí misma carece de un juicio de valor propio u original. Sencillamente, porque el que ocupa a la antijuridicidad formal es más afín al de la tipicidad y el que compete a la antijuridicidad material, es similar al de la culpabilidad; motivo por el cual las corrientes que propugnan su abandono como elemento y parte del análisis dogmático del delito, cada día cobran más reconocimiento en la doctrina penal moderna.



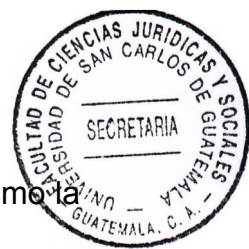
Ahora bien, quienes critiquen tal corriente podrían plantear que el abandono de la antijuridicidad como parte o uno de los elementos esenciales dentro de la estructura del delito, así como también el traslado de cada uno de los juicios de valor que comporta; sólo es posible bajo aquel esquema clásico del delito ya obsoleto y por cierto, superado por otros como el finalismo y el funcionalismo.

Visto con ligereza semejante cuestionamiento, pareciera no admitir contrariedad sencillamente; pues, si recordamos parte de los postulados del sistema causalista, viene a la memoria su gran división del delito, clasificando todos los elementos objetivos del delito como complementos de la acción y la tipicidad, y como integradores de la culpabilidad todos los de carácter subjetivos.

Pues bien, la propuesta de abandonar la antijuridicidad y trasladar sus juicios de valor, también es posible en el finalismo de Welzel² citado por los autores Alfonso Serrano Gómez y José María Rodríguez Devesa en el que si bien es cierto, la culpabilidad es vaciada al trasladarse el dolo y la culpa al tipo, afirmándose que al tiempo que existe un tipo objetivo hay otro subjetivo; sin embargo, ella es nutrida por un juicio de reproche basado en la no exigibilidad de otra conducta o por el conocimiento del derecho por parte del sujeto.

Vale recordar como Mezger citado por los autores Alfonso Serrano Gómez y José María Rodríguez Devesa, en su rescate del causalismo comenzaba a aceptar la existencia de

² **ibid**, pág. 265.



ciertos elementos subjetivo dentro del tipo, así como también que gracias al finalismo la acción: “Se entiende orientada y animada por la consecución de fin; abandonándose aquella concepción clásica de la acción tan defendida por Lizst, identificada por la innervación o movimiento muscular transformador del mundo sencillamente”.³

El juicio de culpabilidad propuesto por los finalistas se explica en ambos supuestos bajo la figura del error de prohibición. El primero basado en la inexigibilidad de otra conducta, cuando se invoque alguna causa de justificación penal y se habla entonces de un error de prohibición indirecto. El segundo basado en su contrariedad con el derecho, si el actuar del sujeto obedece a una percepción o interpretación equivocada del derecho, situación en la que se alude a un error de prohibición directo.

Obsérvese que se trata de juicios análogos a los de antijuridicidad material y antijuridicidad formal; motivo por el cual los códigos penales de corte finalista hoy por hoy, asimilan las causas de justificación penal indistintamente bajo el capítulo de las causas de inculpabilidad o eximentes de responsabilidad penal, a diferencias de aquellos matizados por el causalismo que dedican uno aparte y previo, tanto al concerniente a la imputabilidad como a la culpabilidad.

Es precisamente por aquel conocimiento que del derecho demanda el esquema finalista, que algunos advertimos imperfecciones en algunos de sus postulados; sencillamente porque dentro del juicio culpabilístico presupone un sujeto activo del

³ **ibid.** pág. 268.



delito inteligente al esperar que conozca el derecho, a pesar que en lo criminal se espera un sujeto ordinario y de escaso nivel académico, salvo ciertas figuras delictivas en que es de esperarse por su propia complejidad y supuestos de punibilidad.

1.3. Tipicidad y ausencia de antijuricidad

La antijuricidad es un atributo de un determinado comportamiento humano y que indica que esa conducta es contraria a las exigencias del ordenamiento jurídico. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, se requiere que esta encuadre en el tipo penal y, además, sea antijurídica.

La tipicidad, según la doctrina mayoritaria, es un indicio que el comportamiento puede ser antijurídico (*ratio cognoscendi*). Para ésta, el tipo y la antijuricidad son dos categorías distintas de la teoría del delito. El tipo desempeña una función indiciaria de la antijuricidad, pero no se identifica con ella. En cambio, de acuerdo a la teoría de los elementos negativos del tipo, existiría una cierta identificación entre tipo y antijuricidad, es decir, la afirmación de la existencia de tipicidad supone la de la antijuricidad (*ratio essendi*), pues las causales de justificación se entienden incorporadas al tipo, siendo elementos negativos del mismo.

Se ha criticado la última posición, pues no distingue valorativamente entre conductas que no se encuadran en la descripción del tipo penal y aquellas que, ajustándose a éste, se encuentran justificadas, ya que para ella ambas son igualmente atípicas. Por



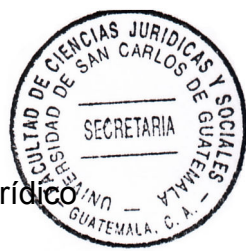
ello, se afirma que para esta teoría es lo mismo matar a un insecto (conducta no típica) que matar en legítima defensa (conducta típica, pero justificada).

Las causales de justificación son situaciones reconocidas por el derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitido, es decir, suponen normas permisivas que autorizan, bajo ciertos requisitos, la realización de actos generalmente prohibidos.

Son situaciones específicas que excluyen la antijuridicidad de un determinado comportamiento típico que, a priori, podría considerarse antijurídico. Por ello, se afirma comúnmente que la teoría de la antijuridicidad se resuelve en una teoría de las causales de justificación.

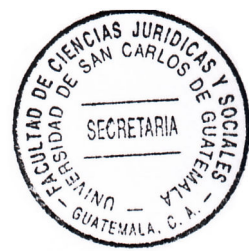
Entre las causales de justificación más habituales, reconocidas por los diversos ordenamientos, se encuentran las siguientes:

- Consentimiento del titular o interesado: conducta realizada con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se cumplan ciertos requisitos (bien jurídico disponible, capacidad jurídica del titular y consentimiento expreso, tácito o presunto).
- Legítima defensa: ejecución de una conducta típica para repeler o impedir una agresión real, actual o inminente, e ilegítima, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, existiendo necesidad racional de defensa y de los medios empleados.



- Estado de necesidad justificante: daño o puesta en peligro un bien jurídico determinado con el objetivo de salvar otro bien jurídico de igual o mayor entidad o valoración jurídica.





CAPÍTULO II

2. El estado de necesidad

A veces cuando una persona ejerce un acto ilícito o realiza un acto lícito, puede no hacerlo libremente, sino apremiada por urgentes necesidades de proteger su vida, la de los suyos, o sus bienes más preciados. Tal es el caso del ladrón que roba para comer, o quien sustrae un medicamento de alto precio y sumamente necesario para su salud o la algún familiar cercano, o de quien contrae una obligación con otro, comprometiéndose a abonar altísimos intereses. La mayoría de la doctrina y la legislación no considera punible el acto antijurídico cometido bajo esas circunstancias.

La doctrina germana distingue según el bien jurídico lesionado y protegido dos situaciones. Si el bien lesionado es de valor menor que el protegido (por ejemplo, alguien huyendo de un delincuente invade una propiedad ajena para esconderse) ni siquiera habría acto ilícito. Si ambos bienes están en igualdad de igualdad en sus valores, el hecho se reputa antijurídico, pero se exime de responsabilidad a su autor.

El Artículo 86 del Código Penal argentino contempla un caso de estado de necesidad al eximir de pena al médico diplomado que efectúe un aborto, consintiéndolo la mujer encinta, si el motivo fue salvaguardar la vida o la salud de la madre y no había otros medios de lograrlo.



En el Código Penal español se contempla específicamente el estado de necesidad, como eximente de responsabilidad criminal en el Artículo 20.5, exigiéndose la concurrencia de ciertos requisitos: “Que no se cause un mal peor que el que se pretende evitar; que no haya sido provocado el estado de necesidad por el mismo que lo invoca; que no exista obligación de sacrificarse por el oficio o cargo que el necesitado detenta; que lo domine un miedo insuperable; que obre ejerciendo un derecho, oficio o cargo o en cumplimiento de un deber. El autor del hecho solo estaría obligado a reparar el daño en la medida del enriquecimiento obtenido por el principio del enriquecimiento sin causa. Como vicio de la voluntad en los actos lícitos, el estado de necesidad, origina el dilema de saber si un acto jurídico es válido en estas circunstancias. Los antiguos romanos entendían que sí, como cuando por ejemplo alguien prometiera abonar un precio a un tercero para que lo rescatara del enemigo. Esta idea pasó al derecho francés hasta que la Corte de Casación francesa en 1887, anuló un contrato por el cual se había convenido un precio muy alto por el salvataje de un buque en riesgo de naufragio. Se consideró en este caso que había abuso del estado de necesidad de la víctima, para obligarla a pagar por su salvación un precio excesivo”.⁴

2.1. Concepto penal

Dentro del derecho, las posiciones doctrinales en la teoría del delito no son unánimes, si bien coinciden en la necesidad de eximir de pena a quien actúa amparado por un

⁴ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**, pág. 16.



estado de necesidad. Para un sector doctrinal el estado de necesidad es una causa de justificación que excluye la antijuridicidad del comportamiento típico -teoría unitaria-.

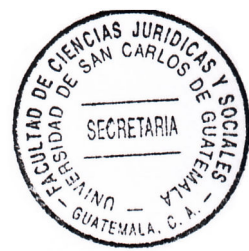
En cambio los partidarios de la teoría de la diferenciación consideran que, según los bienes jurídicos en juego, en unos supuestos el estado de necesidad actuará como causa de justificación y en otros como causa de exclusión de la culpabilidad.

Finalmente hay quien considera, según las redacciones de los concretos códigos penales, que en algunos ordenamientos jurídicos el estado de necesidad en el ámbito penal solo excluiría la culpabilidad. El autor Manuel Cobo del Rosal, determinar que: “El estado de necesidad es aquella situación en la que se daña un bien jurídico protegido, incurriendo en un tipo penal, pero descartando la antijuridicidad de la acción debido precisamente a la presencia de la figura justificante”.⁵

Partiendo de las consecuencias del estado de necesidad, cabe añadir que su fundamentación gira en torno a la posibilidad que el derecho otorga al particular de dañar o poner en peligro un bien jurídico determinado con el objetivo de salvar otro bien jurídico de igual o mayor trascendencia jurídica. Hay que añadir que existen dos doctrinas mayoritarias que explican los efectos del estado de necesidad, y sobre todo, que justifican la aplicación”.⁶

⁵ Cobo del Rosal, Manuel. **Derecho penal, parte general**, pág. 628.

⁶ **Ibid.** pág. 629.



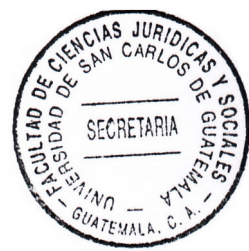
2.2. Doctrina de diferenciación

Esta teoría originariamente germana distingue la existencia de dos supuestos distintos dentro del estado de necesidad:

- En éste, el estado de necesidad justificante que salvando un bien determinado, sacrifica otro de menor valor (se aplica el criterio de ponderación de bienes). Caso de la persona que para salvar su integridad física comete un allanamiento de morada. En este primer supuesto, la acción no sólo no se considera antijurídica, sino que se estima valorada positivamente por el ordenamiento jurídico.
- Por otro lado, tendremos el estado de necesidad exculpante que busca salvar un determinado bien sacrificando otro bien de igual valor. En este caso, la acción no se considera positiva por parte del Derecho. No obstante, tampoco se cree razonable la existencia de responsabilidad penal (principio de no exigibilidad de un comportamiento distinto) del sujeto, con lo que la conducta estará meramente disculpada (excluyendo la culpabilidad pero no la antijuridicidad del hecho), pese al desvalor existente por el daño de bienes iguales en importancia.

Sin embargo, en varios códigos de habla hispana no se desprende este tratamiento dualista del estado de necesidad, por lo que es fruto de la dogmática. Se considera la doctrina dominante”.⁷

⁷ **Ibid.** pág. 635.



2.3. Doctrina unitaria o del mal jurídico

Esta doctrina parte de la consideración unitaria, tanto de la relación entre bienes iguales como de la relación entre bien superior e inferior. De esta manera, considera que ambas categorías suponen un desvalor en el resultado, y que por ello, ninguna de ellas podrá considerarse positiva o negativamente. Así, ambas tienen un mero papel justificante, siendo indiferente el hecho de que el bien dañado sea igual o inferior al bien salvado. Cabe señalar que hoy en día es la doctrina mayoritaria.

2.4. Estado de necesidad sólo como exculpante

Finalmente, y de forma notablemente minoritaria y sin consideración en la práctica, algunos autores abogan por entender que en todo caso el estado de necesidad sería una causa de disculpa o exclusión de la culpabilidad. Esta postura permitiría explicar porqué se mantiene la responsabilidad civil respecto de quien se ha beneficiado de una actuación en estado de necesidad. Además enlazaría la tradición jurídica latina, que ya regulaba algunos supuestos de estado de necesidad en las como mero exculpante.

2.5. Requisitos esenciales y no esenciales

Se establecen una serie de requisitos que el actor de la conducta típica que lesione bienes jurídicos ajenos habrá de cumplir para que pueda apreciarse la existencia del estado de necesidad. La división de estos requisitos entre esenciales e in-esenciales



supone dos categorías que entran a analizar el grado de desvalor jurídico de la acción y del resultado, de manera que los requisitos esenciales serán el mínimo para que exista un menor desvalor de resultado, y los no esenciales habrán de cumplirse para concluir que no existe desvalor de acción ni de resultado.

1) Requisitos esenciales: El cumplimiento de los requisitos esenciales permitirá apreciar si cabe o no aplicar la causa de justificación a la acción típica.

- “El autor Francisco Muñoz Conde, determina que: “bien en peligro: Existe una alta probabilidad de daño para el bien jurídico a proteger. Tal peligro habrá de ser suficiente como para motivar la actuación del hombre medio ideal. Además, el peligro habrá de ser objetivamente real, de manera que no cabe aplicar la causa de justificación de estado de necesidad en el supuesto de que tan sólo exista la creencia subjetiva de que existe peligro. No obstante, en este supuesto podría considerarse la existencia de un error sobre la causa de justificación, o la exculpación por existencia de miedo invencible. Hay que destacar también que el hecho de que sea una creencia fundada o no determinará si existe o no error invencible. Además el peligro de ser destruido o dañado ha de ser inminente, es decir, no puede realizarse de forma preventiva. Por otro lado, este peligro real ha de motivar la actuación salvadora impulsada por un estado de necesidad, provocando así una situación de conflicto entre intereses en la que se daña otro bien para salvar

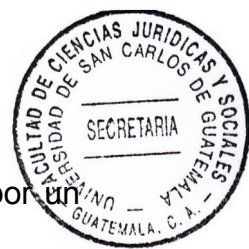


el bien jurídico en peligro, realizando así una conducta típica que en el supuesto de aplicar la causa de justificación no sería antijurídica”⁸.

Finalmente, los bienes jurídicos susceptibles de ser salvados podrán ser propios o ajenos. Cierta sector doctrinal amplía el margen, incluyendo los bienes comunitarios. No obstante, la gran mayoría de la doctrina se inclina por pensar que no cabe el estado de necesidad en una acción que busque salvar intereses comunitario, o en todo caso, suprapersonales, precisamente por el peligro que supondría legitimar una actuación en pro de bienes que trascienden la esfera del individuo y competen al estado, como pudiera ser el orden público o la integridad territorial.

- Acto salvador: La acción típica que busque salvar un bien jurídico dañando otro acorde a un estado de necesidad habrá de tener posibilidades de salvar el bien jurídico. Dicho de otra manera, no cabe una conducta completamente idónea e inadecuada cuya capacidad para salvar el bien sea nula o imposible. Además, la acción salvadora habrá de poseer animus salvationis, de manera que es exigible que la persona, subjetivamente, tenga como fin la salvación del bien jurídico. Así, habrá que exigir que el sujeto conociera la situación de peligro, así como la necesidad de su acción para salvarlo. En ningún caso cabe hablar de causa de justificación si el sujeto hubiera actuado desconociendo la situación de necesidad, y movido por fines distintos a los salvadores. Cabe destacar que la doctrina se halla dividida en cuanto al encaje en el estado de necesidad de un daño provocado por

⁸ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**, pág. 151.



imprudencia, en el supuesto de que tal imprudencia estuviera condicionada por un fin salvador. El autor anteriormente citado, señala que: “(Supuesto el conductor que recoge a un herido, y que al llevarlo con la urgencia necesaria al hospital, atropella a otro individuo)”.⁹

2) Requisitos no esenciales: Su cumplimiento supone la aplicación de una eximente completa. En el supuesto de que no se cumplan los requisitos in-esenciales, habrá de aplicarse una eximente incompleta.

- Necesidad del medio empleado: Partiendo de que se está dañando un bien jurídico con el fin de salvar otro, hay que analizar si el daño provocado podría haber sido menor si se hubiera empleado otro medio de defensa menos lesivo y que hubiera evitado el mal con igual seguridad. Por otro lado, y llevando al extremo este principio, habría que destacar que el estado de necesidad tiene un carácter completamente subsidiario, de manera que en el caso de que exista un medio que no lesione inmediatamente bienes jurídicos ajenos, existe un deber de acudir a ellos. Así pues, habrá de acudir a la ayuda estatal o a la fuga antes que a la agresión de un bien jurídico. Finalmente, y de acuerdo con lo anteriormente dicho, se crea la figura del exceso intensivo, que supone la aplicación de un medio innecesario o el uso de un medio excesivamente agresivo para con el bien lesionado. También hay que destacar la figura del exceso intensivo, que supone la lesión de un bien jurídico excesivamente tardía, de manera que había pasado demasiado tiempo como para

⁹ **Ibid.** pág. 162.



utilizar el medio lesivo y que éste fuese útil para salvar el bien jurídico en peligro.

Los excesos pueden ser dolosos, inconscientes, imprudentes o motivados por error vencible o invencible.

- Proporcionalidad del mal ocasionado: El mal provocado ha de ser igual o menor que el mal que se trata de evitar. De esta manera, sólo cabe la proporcionalidad en caso de conflicto entre mal salvador menor que mal salvado (interés preponderante) o entre mal salvador igual a mal salvado (interés equivalente). Así, a la hora de entrar a ponderar los intereses, existe una inmensa división sobre el criterio a seguir. De esta manera, la ponderación básica se fundamenta en una valoración de intereses en función del valor otorgado por la pena que imponga el código penal. No obstante, también hay que tener en cuenta la ponderación del estado del bien, de manera que el bien intacto no ha de prevalecer sobre el bien dañado. El autor Francisco Muñoz Conde, señala que: “(Por ejemplo, no cabe extraer un riñón sin consentimiento para trasplantárselo a un enfermo)”.¹⁰ Finalmente, también habrá que atender al grado de peligro de la acción salvadora en comparación al grado de riesgo de la situación que ponga en peligro el bien jurídico. El principio de proporcionalidad de males tiene también una gran relación con el exceso intensivo, en el que se emplea un medio que causa un daño desproporcionado en comparación con el daño que se quiere evitar.

¹⁰ **Ibid.** pág. 163.



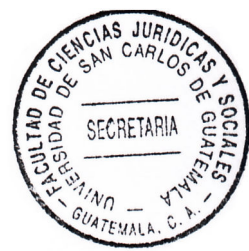
- Ausencia del deber de sacrificio: Algunas personas, por razón de oficio o cargo, tienen la obligación de sacrificio. Son excepciones a la exigibilidad común que a la persona impone el ordenamiento jurídico, provocando una alteración en la normal ponderación de intereses. Estas excepciones limitativas del uso del estado de necesidad como causa de justificación deben coincidir con los límites legales o sociales de su profesión y con las circunstancias, no se puede exigir un comportamiento heroico o virtuoso. Cabe destacar que estos obligados, lo son por voluntad propia, y como consecuencia directa del cargo u oficio que desempeñan. El autor anteriormente citado, establece que: “Ejemplos de personas sometidas al deber de sacrificio serían los integrantes de los cuerpos policiales, bomberos, militares, las tripulaciones de buques y aeronaves, el personal sanitario en caso de epidemia, etc”.¹¹
- Ausencia de provocación intencionada: La doctrina se halla dividida sobre la extensión real de este requisito. El sector mayoritario piensa que existe falta de provocación intencionada si el autor, pese a ser el causante intencional del peligro que acecha a los bienes jurídicos, no tenía intención de provocar tal peligro con el objetivo de ampararse después en el estado de necesidad. Otro sector doctrinal opina que siempre que el peligro haya sido provocado intencionadamente, no se cumple el requisito de ausencia de provocación intencionada. En otras palabras, la primera doctrina defiende la falta de provocación intencionada de la situación de necesidad, mientras que la segunda defiende la falta de provocación intencionada

¹¹ **Ibid.** pág. 174.



del peligro, siendo indiferente si el sujeto buscaba o no provocar el estado de necesidad.





CAPÍTULO III

3. La culpabilidad

La culpabilidad, en derecho penal, supone la reprochabilidad del hecho calificado como típico y antijurídico, fundada en que su autor, pudiendo someterse a los mandatos del derecho en la situación concreta, no lo hizo ejecutándolo. El problema de la culpabilidad es central en el derecho penal, por cuanto determina finalmente la posibilidad de ejercicio del ius puniendi.

Bajo la categoría de la culpabilidad, como último elemento de la teoría del delito, se agrupan todas aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho típico y antijurídico.

Es común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, en la que su autor, en la situación concreta, ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir, conforme a derecho. Algunos códigos penales, hacen desaparecer el término culpabilidad que es sustituido por el de reprochabilidad. Sin embargo, la doctrina española, por ejemplo: El autor José Anton Oncea: pone de manifiesto como: “El término reprochabilidad se asocia al reconocimiento de la existencia del libre albedrío, algo imposible de probar en el caso concreto, por lo que



desde teorías preventivas de la pena se propugna su sustitución por la idea de motivabilidad o de exigibilidad”¹².

La evolución de la culpabilidad se remonta de la Grecia antigua hasta nuestros días. El concepto de culpabilidad aún es una de las interrogantes del derecho penal.

Según el diccionario de la lengua española, culpabilidad es: “La calidad de ser culpable”, un presupuesto de la pena, el delincuente es considerado por el derecho penal como una persona cuya responsabilidad jurídica está compuesta por el acto cometido y por la actitud interna que lo condujo a obrar de tal modo, la calificación de una conducta como típica y antijurídica expresa solamente que el hecho realizado por el autor es desaprobado por el derecho o el origen en procesos psíquicos internos del hombre, por eso existe una causalidad ética y psicológica entre el sujeto y el acto, de modo que, aún no se ha podido determinar un concepto exacto”.¹³

3.1. Antecedentes

El origen de la culpabilidad nos lleva a recordar a Aristóteles quien el autor anteriormente citado afirmaba que: “La culpabilidad nace del hombre que se aparta de las virtudes y que mantenía un nexo con los delitos culposos y dolosos”¹⁴. En la década de los años treinta, Max Weber y Hans Welzel citados por Manuel Cobo del Rosal

¹² Anton Oneca, José. **Derecho penal**, pág. 311.

¹³ **Ibid.** pág. 315.

¹⁴ Cobo del Rosal, Manuel. **Ob. Cit.**, pág. 412.



apartaron la culpa y el dolo de esta definición: “La influencia del positivismo naturalista en esta construcción, pues el delito se manifiesta como un suceso natural que puede ser un fenómeno observado”¹⁵. En el siglo XIX surge la concepción psicológica de la culpabilidad.

Mientras V. Liszt, citado por Manuel Cobo del Rosal: “construye la culpabilidad como: Una relación subjetiva entre el acto y el autor:

- La bipartición en la formulación dogmática del delito era vigente en la época. En estos sistemas el suceso perturbador, y la relación causal entre el hecho y acto libre fueron abarcados por un concepto objetivo de injusto.
- La influencia del positivismo naturalista en esta construcción, pues el delito se manifiesta como un suceso natural, que puede ser un fenómeno observado”.¹⁶

3.2. Evolución del concepto de culpabilidad

El concepto normativo de culpabilidad, del cual Frank Reinhard¹⁷ es el mayor exponente como fundador, según él, la culpabilidad descansa sobre la norma de deber individual y la exigibilidad se da cuando existe la posibilidad de una conducta adecuada al derecho. Se dio como relación psicológica y como reproche, también, por la distinción entre los conceptos; culpa, imputabilidad, la necesidad inculpante y la teoría psicológica de la culpabilidad. Se le consideraba parte de la teoría del delito (como reproche de lo

¹⁵ **Ibid.** pág. 413.

¹⁶ **Ibid.** pág. 414.

¹⁷ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**, pág. 231.



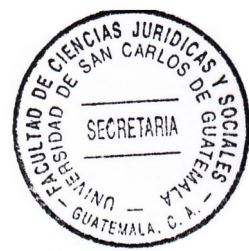
injusto), además, de considerarla como la relación psicológica y un juicio de reproche hacia el autor de dicha relación, de modo que tenía una relación heterogénea el dolo-culpa y el reproche.

Según la escuela neoclásica: La culpabilidad era apreciada como un aspecto subjetivo del tipo (el dolo). Mientras exista relación psicológica entre el hecho y el resultado existirá delito. Según Goldschmidt: "el dolo era un presupuesto de la culpabilidad". Mezger afirmaba que: "el dolo requería consciencia de la antijuridicidad".¹⁸

Se ha presentado el principio de la culpabilidad como uno de los más complicados para su definición, el cual, se le relaciona y se le incluye como elemento de este principio con la responsabilidad, que son las condiciones que se dan para atribuir a quien de manera voluntaria ejecuta un hecho punible.

De manera que, si tomamos en cuenta todos los conceptos, antes mencionados, llegamos a la conclusión de que la culpabilidad: La pérdida del valor de un culpable, juicio de valor sobre el autor, que trae como consecuencia una acción criminal, consciencia de la antijuridicidad de la acción por parte del autor, en la cual se incluye su responsabilidad.

¹⁸ Sainz Cantero, José, **Lecciones de derecho penal**, pág. 156.



3.3. Teorías y función de la culpabilidad

La culpabilidad es un elemento del delito, esto es, una condición *sine qua non* del mismo, fundada más que en razones éticas o utilitarismo/utilitaristas, en la estructura lógica de la prohibición. El concepto de culpabilidad hoy utilizado, fue desarrollado por la doctrina europea hacia finales del siglo XIX.

Por lo tanto, en el derecho penal estudia la culpabilidad desde diferentes puntos de enfoque desarrollados es diferentes teorías o corrientes

a) Teoría psicológica: Se puede afirmar que se origina por el problema del libre albedrío, en torno al cual, existía entonces una ardua polémica, por la concepción determinista del ser humano, la conducción de vida del ser humano, que vendría a ser, el resultado de cómo se lleva la vida y qué consecuencia trae esa manera de llevar la vida. Luego, se deben considerar las siguientes consecuencias:

- La pena se impone individualmente al sujeto que realiza el acto (culpabilidad de autor).
- La atribución de culpabilidad se limita por el hecho realizado (culpabilidad de acto).
- Sólo si es que media un nexo psicológico concretado en el dolo o culpa (responsabilidad subjetiva).

Finalmente, se entiende como la relación psicológica y reprochable en el cual el estado psíquico de autor es el nexo para la realización de la acción.



b) Teoría normativa: “Afirma que es la aceptación de la causa supra legal de la culpabilidad y la inexigibilidad de otra conducta, además, de ser una causa de reproche, de modo que se observa el desvalor que se le da a las normas y en consecuencia es una manera de aplicar una pena determinada según su, gravedad, carácter y motivo del autor”.¹⁹

c) Teoría finalista: Se le considera graduable por la motivación que pueda ejercer la norma, que queda restringida a un juicio de valor (la motivación), en consecuencia, no se le puede aplicar a personas jurídicas.

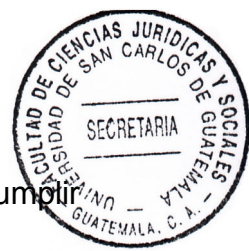
d) Teoría funcionalista: Es la teoría donde se adoptan soluciones decisivas, de manera que, se aplica en el derecho penal conforme a los valores de cualquier sociedad, en consecuencia para adoptar las soluciones debemos tener en cuenta dos elementos:

- La responsabilidad de la persona (el autor)
- La co-responsabilidad de la sociedad (carencias que haya tenido el autor del hecho).

e) Teoría objetiva: Se le atribuye esta teoría a la culpa en su esencia en aspectos materiales u objetivos, externos del psiquis del autor:

- Medios antijurídicos: depende de dos presupuestos los que llevan al agente a cometer un acto ilícito, con o sin conocimiento de su antijuridicidad.

¹⁹ Quintero Olivares, Gonzalo. **Derecho penal, parte general**, pág. 24.



- Acción contraria a la policía o la disciplina: la negligencia del agente para cumplir con las leyes, los reglamentos, ordenes y disciplina.

La función de la culpabilidad

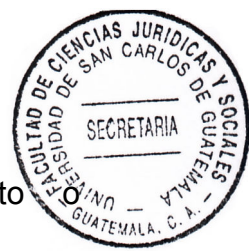
Se concluye como una manera de atribuir la responsabilidad por un hecho punible cometido. Se deben observar las siguientes cuestiones:

- Si el agente se encontraba en capacidad psicológica para cometer el acto.
- Conocer la antijuridicidad del acto.
- Si le era exigible actuar de otra manera.

3.4. Elementos de la culpabilidad

La responsabilidad ó imputabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico penal, y que está prohibido por que altera el orden social, la imputabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto.

Quien cumple los requisitos o elementos que hacen aparecer como responsable o imputable de una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho Penal, a una pena.



La culpabilidad tiene tres elementos: 1) La Imputabilidad, 2) El conocimiento conciencia de la antijuridicidad y 3) La exigibilidad de otra conducta

1) La imputabilidad: Es uno de los elementos constitutivos del delito. Es imputable cuando se posee la facultad de discernir con la razón o la conciencia de sus acciones u omisiones y la obligación penal de responder por esta conducta que puede provocar una falta o un delito.

La imputabilidad (entendida como capacidad de culpabilidad) tiene dos niveles, uno que debe ser considerado como la capacidad de comprender la antijuridicidad y otro que consiste en la capacidad para adecuar la conducta a la comprensión de la misma.

Cuando falte la primera capacidad nos faltará la culpabilidad por ausencia de la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad; cuando falte la segunda capacidad, nos hallamos con un supuesto de estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto, en este caso por una circunstancia que proviene de su propia incapacidad psíquica. Los criterios reguladores de la in-imputabilidad son:

- Biológicos: Se parte de un supuesto objetivamente aprensible: anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteración de la percepción.
- Psicológicos: Supone el análisis de la capacidad o incapacidad del agente para comprender el significado de su comportamiento y para determinar su actuar sobre la base de la comprensión.



- **Mixtos:** Combina los criterios biológicos y psicológicos de acuerdo con la causalidad de inimputabilidad. Para ser imputable y posteriormente responder penalmente es requisito indispensable ser mayor de edad, es decir, haber cumplido los 18 años o más. La edad cronológica debe ir acompañada de una madurez mental.

2) Conocimiento o conciencia de antijuridicidad: La antijuridicidad viene a ser la característica que convierte a una acción típica en contraria a todo ordenamiento jurídico. Una acción típica, por lo tanto será también antijurídica si no interviene a favor del autor una causa o fundamento de justificación.

Para que un hecho sea considerado como antijurídico se debe dar:

- a) Un comportamiento típico
- b) La ausencia de causas de justificación.

El autor Gustavo Córdova Roda, señala que: “Una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación (como legítima defensa, estado de necesidad o la exigencia de otra conducta) que excluya la antijuridicidad. En vez de causas de justificación también se puede hablar de causas de exclusión del injusto en lo que no hay diferencia de significado. Concretamente, la admisión de una causa de justificación no implica afirmar que la conducta justificada deba valorarse positivamente”.²⁰

²⁰ Córdova Roda, Gustavo. **Comentarios al código penal.** Pág. 143.



Dicha conducta no es desaprobada por el ordenamiento jurídico y con ello es aceptada por éste, pero la emisión de ulteriores juicios de valor positivos no pertenece a los cometidos del derecho penal. Comprender la antijuridicidad significa conocerla e internalizarla.

El grado de esfuerzo que el sujeto debía haber realizado para internalizar los valores jurídicos y motivarse en ellos es inverso al grado de exigibilidad y en consecuencia al de reprochabilidad.

Clases:

- Formal: Es la contrariedad al derecho presentada por un comportamiento consistente en la no observancia de la prohibición o el mandato contenidos en la norma. Es decir, la contradicción entre el comportamiento realizado por el sujeto activo y el ordenamiento jurídico.
- Material: Examina si el hecho típico afectó realmente al bien jurídico. Pero esto no basta, se requiere establecer el grado de afectación el bien jurídico, la cual se da en dos niveles:
 - a) Lesión del bien jurídico
 - b) Puesta en peligro del bien jurídico.

3.5. Culpabilidad y prevención general

Como elemento dogmático del delito, la culpabilidad constituye un elemento



imprescindible para la calificación de una conducta como delictiva. Como fundamento del principio de culpabilidad enunciado bajo el aforismo latino *nulla poena sine culpa*.

Como elemento legitimador de la pena y del ius puniendi, para ello se dota a la culpabilidad de un contenido material desde diversas teorías justificadoras fundamentadas en consideraciones éticas, sociológicas o ideológicas, partiendo de allí para legitimar la imposición de una pena.

Es decir, la capacidad de culpabilidad tiene, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo): la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de voluntad (conforme al sentido). Solo ambos momentos conjuntamente constituyen la capacidad de culpabilidad. Cuando a causa de falta de madurez de un joven o a consecuencia de estados mentales anormales, no se da aunque solo sea uno de estos momentos, el autor no es capaz de culpabilidad.

- 1) **Culpabilidad formal:** Está constituida por el dolo y la culpa, cuestiona los presupuestos o requisitos necesarios para que exista culpabilidad y responde a una trayectoria jurídico-positivista y, al menos aparentemente neutral o no valorativa.
- 2) **Culpabilidad material:** Está constituida por la exigibilidad y responde a una corriente filosófico jurídica derivada del neokantismo y del idealismo neoclásico que intenta superar tal neutralidad normativa introduciendo criterios valorativos y



axiológicos. Al formular un concepto material de culpabilidad se intenta encontrar argumentos que expliquen la intervención penal, y al igual que el concepto de antijuridicidad material.

3.6. Prevención

La teoría de la prevención tiene como finalidad intimidar o amenazar al sujeto para que no delinca, y también como protección de los bienes jurídicos.

- 1) **Principio de los bienes jurídicos:** Según Fernández Carrasquilla, citado por Fidel Rojas Vargas: "Solo se sancionan los actos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos. Y, "Un derecho penal democrático solo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica".²¹

El autor anteriormente citado señala que: "Que el derecho penal no solo debe proteger bienes jurídicos, no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del derecho penal".²²

El concepto de bien jurídico es, pues, más amplio que el de bien jurídico penal. En este contexto la prevención es considerada como una de las teorías más auténticas de los

²¹ Rojas Vargas, Fidel. **Jurisprudencia penal**, pág. 211.

²² **Ibid.** pág. 212.



finde de la pena, justificándose, la pena por sus efectos preventivos, con el objetivo de evitar la comisión de futuros delitos.

Dentro de la prevención suele diferenciarse: La prevención general, orientada a la colectividad y la prevención especial, al autor concreto.

La prevención general se lleva a cabo a través de un efecto contra-motivador, disuasorio, sobre la colectividad; mientras que la prevención especial incide en el autor concreto a fin de evitar que cometa futuros delitos. La teoría de la prevención general (negativa) asigna como fin de la pena la intimidación de la generalidad de los ciudadanos para que se abstengan de la comisión de delitos.

Entre las objeciones que se le hacen, cabe citar las siguientes:

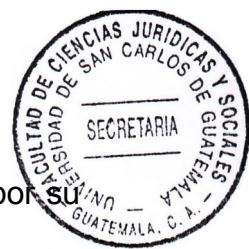
- Implica una cierta instrumentalización del delincuente en tanto no se le castiga por lo que ha hecho, sino para que los demás no delincan.
- Responde a una imagen simplificadora y poco realista de la psicología del infractor potencial, pues parece comprobado que en la decisión final de delinquir influyen numerosos factores y no sólo –ni sobre todo- la mayor o menor gravedad de la pena, aparte de que habrá que aceptar que hay delincuentes que no son motivables.
- Puede servir como coartada para imponer sanciones extremadamente severas con el fin de lograr una mayor eficacia disuasoria del castigo.



Los anteriores reproches han determinado que los teóricos de la prevención general hayan salido al paso de su entendimiento, advirtiendo que la misma no significa exclusivamente intimidación general y dando lugar así al concepto de prevención general positiva o integradora.

Esta nueva formulación de la prevención general mantiene que la evitación de delitos no debe buscarse sólo a través de la pura intimidación negativa, sino también y, sobre todo, mediante la afirmación del derecho, positivamente. Se reafirma la vigencia de las normas, concitando así la confianza del ciudadano. El principal reproche a que se hace acreedora esta tesis es que cabe la posibilidad de que sea más rigurosa todavía que la prevención general negativa. La necesidad de castigo para recabar fidelidad en el derecho y confianza en el sistema puede ser mayor y menos fundada que disuadir por temor.

La prevención especial legitima la pena también en la idea de evitar futuros delitos, si bien actuando sobre quien ya delinquiró y no sobre la comunidad. El destinatario del mensaje en estos casos no es, pues, el infractor potencial, la comunidad, sino el propio penado, sobre el que se actuará –en la fase de ejecución de la pena- para evitar que vuelva a delinquir en el futuro. Esa finalidad se pretende conseguir a través de la corrección, la intimidación del delincuente, o a través de su inocuización y aseguramiento.



El pensamiento de la prevención especial en algunos aspectos resulta seductor por su afán resocializador y humanitario, al prestar ayuda y asistencia al delincuente, tratando de reconciliarlo con la comunidad. Pese a ello, se le formulan muchas objeciones, dados los reparos que merecen conceptos tan imprecisos como el de "resocialización" o "reinserción social" y las dudas que suscita la posibilidad de que se pueda enseñar a vivir en libertad estando privado de la misma.

3.7. Las causas de justificación

Todas las causas de justificación confieren un derecho para obrar, es decir, otorgan un permiso, sea dejando sin efecto una prohibición o liberando del cumplimiento de un mandato. Pueden ser:

- 1) **Error de prohibición:** Concorre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho injusto, no sabe que su actuación no está permitida. El error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, sino que es un puro problema de culpabilidad. Se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuridicidad de la conducta.

Cuando es invencible, es decir cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible, para nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que

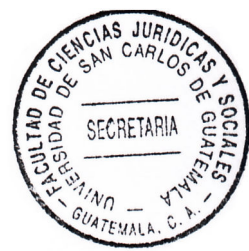


ya está afirmada al nivel correspondiente, teniendo sólo el efecto de disminuir la culpabilidad, lo que se traduce a la cuantía de la pena, que puede disminuirse hasta donde la ley autoriza.

El error de prohibición no recae sobre el tipo, ni sobre lo fáctico, sino sobre la conciencia de la antijuridicidad, sin afectar el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo. La diferencia entre error de tipo y de prohibición reside en que en el primero, el sujeto cree que hace otra cosa; en el segundo, sabe lo que hace, pero no puede motivarse según la norma porque carece de elementos que le posibiliten la comprensión.

- 2) **Las formas de manifestación de la conciencia de la antijuridicidad:** Todos los errores de prohibición son iguales en que el sujeto se equivoca sobre la prohibición específica del tipo. Pero las razones en las que se basan los errores de prohibición pueden ser diversas y permiten hablar de formas específicas de manifestación del error de prohibición.

- 3) **Error de prohibición culturalmente condicionado:** El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón esa posibilidad se halla disminuida se atenuará la pena.



3.8. La exigibilidad de otra conducta

Las normas son, en principio exigibles a la totalidad de ciudadanos y es precisamente esta exigibilidad el fundamento del reproche al renuente. Hay situaciones en la vida de los hombres que introduce serías variaciones en los supuestos conforme a los cuales se les puede exigir la sujeción a la norma. Estas situaciones límite, acarrear la inexigibilidad de otra conducta.

El autor Francisco Muñoz Conde, señala que: "Se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para el, al que no está obligado por motivos de oficio o cargo"²³.

El caso de la tabula unius capax o Tabla de Carneades, en alusión al sofista Carneades quien con Hecatón lo describen, ilustra clásicamente el asunto pues con dos náufragos asidos al madero flotante y salvador que sólo soporta a uno de ellos. Uno le arrebató al otro la tabla de salvación para salvar su propia vida. En efecto, cita Bustos Ramírez, citado por el autor Francisco Muñoz Conde "como se trata de males iguales, el problema no radica ya en la determinación de la proporcionalidad de los males o de los medios, sino en que al sujeto, desde una consideración extrema ante de reacción

²³ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**, pág. 235.



normal frente a esa situación no le quedaba otra alternativa posible, pues se trata precisamente de la exclusión de exigencia de una conducta"²⁴.

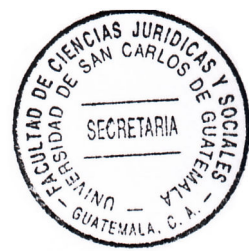
La idea general de la inexigibilidad es la de entender que el derecho penal y su ámbito de tutela, responde a situaciones fácticas y psicológicas medias o normales no siendo posible pretender heroísmo o sacrificios dramáticos y finales en salvaguarda de la norma.

El derecho estima prudente comprobar antes de la formulación del reproche (como señalamiento de culpabilidad) que el autor plenamente imputable, con adecuado conocimiento de la antijuridicidad de su acto, se encontraba en una situación en que le era exigible adecuar su conducta al derecho, por el contrario, pasaba por una situación extrema de tal magnitud y gravedad, que resultará absurdo formularle el reproche.

El autor Fernando Díaz Palo, determina que: "La culpabilidad supone que se le puede exigir al agente un comportamiento conforme a Derecho, que será, por tanto, la base del reproche. En consecuencia, si no le es exigible esa conducta la reprochabilidad no puede dirigirse contra quien, incluso voluntariamente, ha procedido antijurídicamente".²⁵

²⁴ **Ibid**, pág. 236.

²⁵ Díaz Palo, Fernando. **Miedo invencible en nueva enciclopedia jurídica seix**, pág. 46.



3.9. Causas exculpantes

Es la base central de la culpabilidad por que actúa culpablemente él que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo, es decir el que pudo abstenerse de realizar la acción típicamente antijurídica. Esto solo se le puede exigir a una persona que es imputable y tiene conocimiento de la antijuridicidad de su acto.

Se considera que la exigibilidad de la conducta no es un aspecto de la culpabilidad, sino que ésta ya está completa con la imputabilidad y conciencia del justo; pero el legislador lo puede dispensar en razón de darse determinadas circunstancias.

Es decir, se le da un carácter exclusivamente negativo dentro de la culpabilidad, una indulgencia por parte del derecho en razón de las circunstancias, ya que la culpabilidad en cuanto reproche al poder actuar conforme a derecho por parte del sujeto, queda comprobada con la imputabilidad y conciencia del justo. En principio, los mandatos o prohibiciones de la ley se le pueden exigir al sujeto, pero también hay casos en los que esto no se puede dar, tal y como se verá adelante.

- 1) **Estado de necesidad exculpante:** Surgen cuando una persona ante una situación de peligro actual para la vida, la integridad corporal o la libertad, comete un hecho un antijurídico para evitar el peligro que existe para él o para otra



persona próxima al mismo. Se plantea un caso extremo en el que no es posible exigir al sujeto que omita realizar un delito.

El estado de necesidad exculpante se basa en la aminoración de lo injusto de la acción -por la evitación del menoscabo corporal que amenaza un bien jurídico- y en la doble disminución del contenido de culpabilidad del hecho –el autor actúa con voluntad de salvación y bajo la presión de una situación motivacional extraordinaria.

Presupuestos del estado de necesidad exculpante:

- a. Situación de necesidad: supone una situación de peligro actual. No evitable de otro modo para la vida, la integridad corporal o la libertad del mismo autor o de una persona que tiene una estrecha vinculación bienes jurídicos fundamentales.
- b. Acción necesaria: la acción de salvación ante un peligro para la vida, la integridad corporal solo resulta exculpada si lo injusto del resultado del hecho resulta disminuido en forma esencial por la evitación del menoscabo de sus bienes que amenaza.
- c. Restricción del estado de necesidad: el reproche de la culpabilidad no desaparece si se le pudo exigir al autor, conforme a las circunstancias, que aceptara o soportara el peligro. Además, el estado de necesidad desaparece cuando el autor es el que ha provocado la situación de colisión.



El hecho realizado en estado de necesidad exculpante no solo resulta exculpado cuando el peligro amenaza al propio autor, sino también cuando afecta a una persona con quien tiene una estrecha vinculación.

- 2) **Miedo insuperable:** Surge cuando el sujeto obra compelido por miedo invencible de un mal igual o mayor. El miedo invencible se da en los casos en que la fuerte emoción producida por la perspectiva de un mal deja al sujeto un margen de opción entre soportar que lo amenaces, o eludirlo realizando un acto punible”.²⁶

Para que opere esta causa exculpante debe darse ciertos requisitos:

- Obrar compelido por el miedo: el actuar –por acción u omisión- del sujeto debe estar motivado en el miedo que ha surgido en él. La exigencia de obrar compelido une en su arranque el miedo y el estado de necesidad –la amenaza de un mal igual o mayor- , pero no es así, por que el estado de necesidad se basa objetivamente en la idea de colisión de intereses y en el miedo invencible parte de la contemplación de una situación motivacional, como es el miedo, características de la culpabilidad, en donde falta al autor la capacidad de adoptar la decisión con arreglo a las leyes de una motivación normal.
- El miedo debe ser invencible: el miedo debe dejarle al sujeto un margen de opción de soportar el mal o eludirlo realizando un acto punible. Debemos tener claro que el miedo invencible no se debe confundir con el estado de imputabilidad, por que el

²⁶ **ibid.** pág. 56.



miedo invencible se refiere al actuar del sujeto coaccionado en una determinada situación”.²⁷

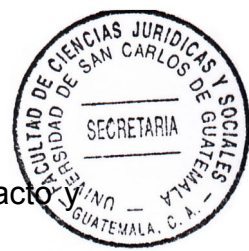
- El mal debe ser igual o mayor: en este caso debemos apreciar el mal en relación con los efectos que produce en el sujeto, no desde un punto de vista de comparación de vista de males.

3.10. Excusas absolutorias

Estas no se apoyan en que el acto sea en sí mismo legítimo, como sucede en las causas de justificación, ni tampoco en que no aparezca un sujeto en condiciones de capacidad para responder como acontece en las causas de no imputabilidad, sino mas bien aparece fundada en motivos transitorios y de convivencia. Considera, el legislador, en efecto, más útil tolerar el delito que castigarle aún conociendo que existe delito y que hay personas que de él pueden responder. Estas son auténticas condiciones personales capaces de excluir la aplicación efectiva de la pena frente a un hecho típico antijurídico y culpable por razones de conveniencia político criminal.

La diferencia radica en la naturaleza del factor condicionante, que en las excusas son siempre motivos de índole personal como el parentesco. El carácter personal de estas aparece como un criterio cierto para diferenciarlas de las condiciones objetivas de punibilidad. Éstas constituyen un núcleo relativamente reducido que surgen en relación

²⁷ **Ibid.** pág. 57.



a la materia misma del injusto, en consideraciones ligadas a los desvalores del acto y del resultado.

Mientras las excusas absolutorias excluyen la pena, las condiciones objetivas de punibilidad las condicionan. La presencia de las condiciones objetivas de punibilidad posibilita la imposición del castigo, la concurrencia de la excusa absolutoria la excluye.

Este beneficio es estrictamente personal por lo que no produce efectos sobre los coautores o partícipes del delito.

3.11. La punibilidad

El planteamiento actual de la teoría del delito descansa en que éste es una conducta típica antijurídica y culpable. De ello se extrae la consideración como elementos del delito a la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Como se sabe, tipicidad es la comprobación de si un determinado hecho se adecua a la descripción que de él se hace en un tipo legal; antijuridicidad es la verificación de si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho; y culpabilidad es la indagación sobre la posibilidad de atribuir el hecho típico y antijurídico a su autor.

Estos conceptos enmarcan una concepción tripartita del delito; sin embargo, existen quienes ven más allá de estas tres categorías una adicional a la cual se ha venido en denominar penalidad o punibilidad en la que se incluyen determinadas circunstancias



objetivas o personales de las que vendría a depender la imposición de la pena, aun cuando las otras tres categorías, en su presencia, ya hayan sido calificadas positivamente.

Como se dijo, un sector de la dogmática piensa que junto a las categorías jurídicas de injusto y la culpabilidad se alinea también la punibilidad. La punibilidad, según sus defensores, tiene su razón de existir porque el injusto y la culpabilidad jurídico-penalmente captable no justifican por sí solos la pena; en todos los casos debe asegurarse además la necesidad práctica de hacer uso de la misma para la protección del orden social. Esta circunstancia hace suponer que, más allá de la culpabilidad, es posible situar aún una serie de elementos cuya función es, precisamente, dar contenido a un juicio sobre la necesidad del castigo.

Esta nueva categoría cuya función es agrupar todos aquellos elementos que no dependen del injusto culpable, encontraría su asiento sistemático entre el juicio de culpabilidad y los presupuestos procesales por medio de los cuales se valora la perseguibilidad del hecho. Así, pues, en algunos casos se exige, sin embargo, para poder castigar un hecho como delito, la presencia de algunos elementos adicionales que no son incluibles en la tipicidad, ni en la antijuridicidad, ni en la culpabilidad, porque no responden a la función dogmática y político criminal que tienen asignadas estas categorías.

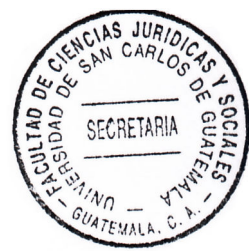


La penalidad o punibilidad es, por tanto, una forma de recoger o elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del derecho penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, sólo se exigen en algunos delitos concretos. Al no ser elementos de la tipicidad, no tienen que ser abarcados por el dolo, siendo, por tanto, irrelevante el error del sujeto sobre su existencia.

Por lo que se refiere al contenido dentro de la punibilidad, según Mir Puig, se sitúan además de las condiciones objetivas de punibilidad las causas personales de exclusión de la pena (por ejemplo las inmunidades del Jefe de Estado y los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones) y las causas personales de anulación de la pena (el desistimiento de los delitos de rebelión y sedición), la prescripción y la amnistía y el perdón de la víctima cuando tenga lugar antes de la condena²⁸.

Se entiende que la condición objetiva de punibilidad y el resto de las figuras jurídicas, situadas en la punibilidad concurren, en equivalencia al resto de elementos del delito, a determinar los límites entre lo punible y lo impune y, por tanto, conforman la norma penal.

²⁸ Mir Puig, Santiago. **Derecho penal, parte general**, pág. 539.



3.12. Condición objetiva de punibilidad

Las condiciones objetivas de punibilidad, "son hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda aplicarse la pena. La indagación de la condicionalidad objetiva puede llevar a comprobar, por vía negativa, la falta de realización de ciertas condiciones de punibilidad, o sea, la ausencia de condicionalidad efectiva".²⁹

El origen histórico de las condiciones de punibilidad se encuentra, en el principio de estricta legalidad que exige no sólo la simple conformidad del hecho con el tipo penal sino la efectiva lesión de los intereses tutelados. La condición objetiva de punibilidad representa, en un plano objetivo, un límite del ámbito de lo punible de una conducta perfecta ya desde la tipicidad y el injusto como conducta de riesgo.

De lo antes mencionado se puede decir que, si la punibilidad de un hecho es sometida a una condición, el hecho no constituye delito antes de verificarse aquella. Por ejemplo, uno de los delitos aduaneros, como es el contrabando, no será considerado como tal, aún cuando se tenga demostrado que el hecho de ingresar del extranjero o extraer del territorio nacional mercancías constituye una conducta típica, antijurídica y culpable, si el monto de aquéllas no es superior a cierta cantidad de tributos en algunos países.

²⁹ *Ibid*, pág. 566.



Las posiciones contrarias a su aceptación dentro de la punibilidad, y con ello dentro de la teoría del delito, son diversas como los fundamentos que las sustentan. Así, se dice que, en cuanto a los delitos de peligro al ser combinados con una condición objetiva de punibilidad, se presenta el caso que esta, la condición objetiva de punibilidad, elude la prueba de capacidad del acto de provocar una efectiva lesión en el caso concreto, pues en este tipo de delitos con frecuencia se desconoce el mecanismo específico que conduce a la verificación del resultado dañoso.

El intento de colocar las condiciones objetivas de punibilidad fuera del delito y dentro de la punibilidad muestra un esfuerzo artificioso por mantener una visión totalizadora del delito. También se argumenta en contra que existen dificultades de adaptar las condiciones objetivas de punibilidad al esquema dogmático del derecho penal moderno que parte del injusto y la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad penal. Las condiciones objetivas de punibilidad son ajenas a ambas categorías, lo que provoca, en acertadas palabras de Tiedemann citado por el autor Santiago Mir Puig, el desconcierto y la frustración dogmática³⁰. Tiene como particularidad su desconexión psicológica con el injusto. Vale decir, que la circunstancia considerada como condición objetiva de punibilidad no se encuentra abarcada por el conocimiento del sujeto agente, o dicho en otras palabras, no es abarcado por la actuación culpable de este.

Con ello no se hace otra cosa que aceptar, respecto a la condición objetiva de punibilidad, que sus presupuestos y consecuencias reflejan una independencia incluso

³⁰ **Ibid.** pág. 555.



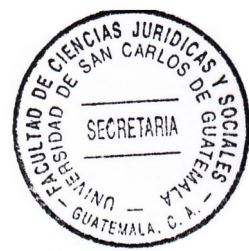
de los propios fundamentos del contenido del injusto y la culpabilidad hasta el extremo que se ha extendido un doble juicio en paralelo sin convergencia, el uno para el injusto culpable y el otro para las condiciones objetivas de punibilidad.

Características de las condiciones objetivas de punibilidad:

- Impiden la sanción de un delito.
- Son ajenas a la configuración del delito.
- No se refiere a la persona sino al hecho realizado.
- Benefician no solo al autor sino también a los co-autores y partícipes del delito.

Algunos de los casos de las condiciones objetivas de punibilidad:

- Instigación o ayuda al suicidio, solo se sanciona si el sujeto ha consumado o intentado el suicidio.
- Bigamia, el sujeto activo debe ser casado.
- Hurto, el valor económico del bien mueble debe ascender a un mínimo de cantidad o al parentesco con la víctima.
- Daños, deben ascender a una cantidad de dinero establecida.
- Corrupción activa de un Magistrado, se refiere que exista un proceso pendiente de fallo.
- Tráfico de influencias, se refiere que se conozca o se haya conocido un caso judicial o administrativo.



CAPÍTULO IV

4. El miedo invencible

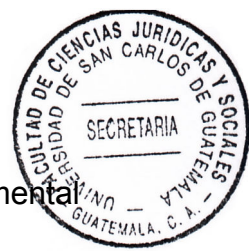
El miedo es una realidad psíquica, pero el miedo invencible es ya un concepto jurídico. La insuperabilidad es explicada por la doctrina a través de dos tesis: a y b.

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

El autor Rodríguez Devesa, citado por José Antón Oncea, sostiene que la insuperabilidad y el mal han de interpretarse objetivamente. Invencible es el temor que hubiera determinado a una persona de constitución psíquica sana y reacciones normales a actuar en las mismas circunstancias como lo hizo el que obró por miedo. El mal igual o mayor que se trata de evitar ha de ser real, serio, inminente”.³¹

Otros autores como Manuel Cobo del Rosal, sostiene que: “La insuperabilidad, dado el miedo con que se opera, no puede ser entendida en sentido técnico - psicológico, como imposibilidad de vencimiento o apartamiento de un determinado estado emotivo, sino en sentido deóntico, como inexigibilidad. La valoración de los estados emotivos

³¹ Antón Oncea, José, **Derecho penal**, pág. 343.



debe realizarse a través de los preceptos legales que regulan el trastorno mental transitorio y las atenuantes pertinentes”.³²

El precepto no trata de conceder un privilegio a los cobardes, el requisito de la exigibilidad, o sea la conducta exigible por ser presumible en el hombre medio. Muñoz Conde, reitera que el miedo invencible es un requisito objetivo, y Arnau. Argumenta que la insuperabilidad del miedo es el requisito nuclear de la eximente, el que determina la eficacia jurídica, o si se quiere, los límites jurídicos. Y para la determinación concuerda con las tesis del hombre medio. Para el autor Santiago Mir Puig, determina que: “tienen razón quienes equiparan la insuperabilidad del miedo con la inexigibilidad de una conducta distinta, pues al derecho en este caso no le interesa la cualidad de superable o invencible desde el terreno psíquico individual”.³³ Sainz Cantero, que defiende también la tesis objetiva argumenta que la insuperabilidad del miedo ha de medirse con criterios objetivos, cuando el hombre medio, situado en el contexto circunstancial en que se halla el autor, no hubiera podido tampoco dominarlo. También Mir Puig se adscribe a la tesis objetivista, al manifestar que: “La causa de inexigibilidad, debe limitarse a través del criterio de lo exigible al hombre medio en la situación concreta”³⁴.

b) Tesis subjetivas: Las tesis que pueden denominarse subjetivas optan, a los mencionados efectos, por atender a un criterio estrictamente personal y

³² Cobo del Rosal, Manuel. **Ob. Cit.**, pág. 628.

³³ **Ibid**, pág. 630.

³⁴ Mir Puig, Santiago. **Ob. Cit.**, pág. 578.



circunstanciado, calificando la referencia del hombre medio un criterio impersonal y objetivo incompatible con el fenómeno psicológico y personalísimo.

Se denomina tesis o criterio subjetivo porque se atiende a un criterio estrictamente personal y subjetivo. Es preciso acudir a la tesis subjetiva, pues es la más acorde con el concepto de miedo, que es algo personal. Mantener lo contrario sería por tanto contradictorio e iría contra la propia naturaleza de las cosas y contra el concepto ontológico del mismo.

El autor Quintero Olivares indica que evidentemente los agentes externos no pueden producir idéntico miedo a todos los hombres, y de ahí la gran relevancia de lo subjetivo en esta eximente. El autor anteriormente citado señala que: “El miedo penalmente relevante, por consiguiente, tendrá ese carácter en función de una base subjetiva (la presión psicológica que el miedo produce) y otra objetiva (la entidad de la cusa exterior que ha de producir el efecto interior”.³⁵

El autor Manuel Cobo del Rosal, señala que: “La cualidad de invencible debiera entenderse, dado el contenido de la realidad psicológica del miedo, en el sentido de imposibilidad de vencimiento del estado emotivo por el sujeto”³⁶.

El autor anteriormente citado determina que: “El miedo es un fenómeno eminentemente individual y personal. Que no sólo depende de la objetiva gravedad del mal

³⁵ **Ibid**, pág. 579.

³⁶ Cobo del Rosal, Manuel. **Ob.Cit.**, pág. 691.



amenazante, sino, fundamentalmente, del efecto que, sobre una concreta persona en un momento, lugar y circunstancia determinados, tuvo la emoción de miedo”³⁷.

Tomemos las ideas de los siguientes autores:

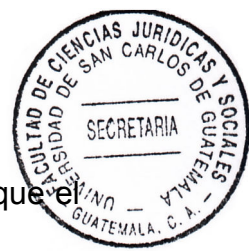
- Javier Villa Stein, quien argumenta que la eximente que nos ocupa elimina la responsabilidad del agente, “visto el miedo grave en relación con un estímulo de provocarlo en el hombre medio lo que también reproduce en su obra sobre la culpabilidad reproducido en la segunda edición sin alteración”.³⁸
- Villavicencio Tereros: expresa que “el miedo debe ser invencible, es decir, no dejar otra posibilidad normal al sujeto en el momento de actuar. Para evaluar la intensidad del miedo se puede tomar como referencia la generalidad de los hombres, en el sentido de apreciar si hubieran resistido la amenaza en las condiciones particulares del autor”³⁹.
- Bramont Arias y Bramont Arias Torres, manifiestan que “invencible es el temor que hubiera determinado a una persona de constitución psíquica sana y reacciones normales a actuar en las mismas circunstancias como lo hizo el que obró por miedo”.⁴⁰

³⁷ **Ibid.** pág. 690.

³⁸ Higuera Guimera, Luis. **Ob. Cit.**, pág. 421.

³⁹ **Ibid.** pág. 422.

⁴⁰ Cuerda Arnau, María Luisa. **Ob.Cit.**, pág. 87.



El planteamiento el cual coincide con Quintar y partiendo de la consideración de que el miedo es un fenómeno eminentemente individual y personal, que no sólo dependen de la objetiva gravedad del mal amenazante, sino fundamentalmente del efecto que, sobre una concreta persona (en la que no pueden ser indiferentes su edad, sexo, salud, condición, etc.), en un momento, lugar y circunstancias determinados, tuvo la emoción del miedo, por lo que el reproche penal es eminentemente subjetivo”.⁴¹

La tesis subjetiva, que no es la mayoritaria en la doctrina española y la única a nivel nacional, requiere una mayor fundamentación. Se cree que la perturbación psicológica reviste fuerza decisiva y suministra el fundamento esencial, si la esencia de la circunstancia viene dada por el miedo, y éste representa un estado psíquico personal, del que la jurisprudencia incluso llega a exigir la producción de una propia situación de la inimputabilidad, resulta incomprensible que se recurra al baremo impersonal del común de los hombres.

La tesis que se comparte de que el baremo del hombre medio es de por sí bajo y por tanto, poco seguro para determinar el contenido de la insuperabilidad. Lo mismo podría decirse de la referencia a la posición del autor. El concepto hombre medio en la posición del autor aparece recurrentemente en la teoría del delito como un criterio definitivo para zanjar de un plumazo problemas normativos que por su complejidad necesitan mayor reflexión⁴². Pero en lo que al problema de insuperabilidad del miedo se refiere, es un baremo no sólo insuficiente sino incompatible por su carácter

⁴¹ **Ibid.** pág. 88.

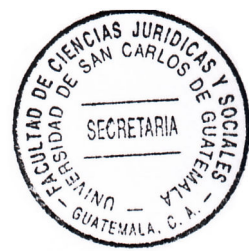
⁴² **Ibid.**, pág. 89.



generalizaste con una categoría esencialmente individualizadora como es el sujeto responsable y, en particular, la inexigibilidad requiere una individualización que ciertamente no puede ser la valoración que haga la persona sobre sus propios intereses que, necesariamente será parcial.

El problema reside en determinar sobre que criterios individualizadores el derecho va a admitir como legítima esa valoración parcial de sus intereses que haga una persona en una situación de miedo. Este es el problema de la insuperabilidad y que, ciertamente no puede resolver el criterio normativo del hombre medio. De ahí el parentesco entre esta eximente y las causas de inimputabilidad. No obstante, hay una distinción importante entre ambas; en el caso del miedo, existe una causa exterior; en los trastornos mentales que producen estados de terror en quien los sufre, la causa es esencialmente patológica.

Evidentemente los agentes externos no pueden producir idéntico miedo a todos los hombres, y de ahí la gran relevancia de lo subjetivo en esta eximente. La jurisprudencia de España de donde tomamos la eximente, aunque no ha sido siempre uniforme, ha adoptado la tesis subjetiva en algunos casos, pues partiendo de una base médica, se describe como situación pasional o emotiva, padecida por un sujeto normal y originada por una causa real y efectiva. En otros casos implica la perturbación anímica, que momentánea y enérgicamente nubla la inteligencia y estimula la voluntad en sentido doloso.



4.1. Problemática del miedo invencible

Una corriente jurisprudencial ampliamente extendida considera, invencible o irresistible el miedo no dominable que coloque al sujeto en una situación determinante de la anulación de voluntad.

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

En algunas sentencias se llega incluso a exigir la anulación total de la voluntad en la fase del miedo pánico. Algunas sentencias consideran la eximente como causa de in-imputabilidad. Para la que se exige efectos psicológicos del miedo que irían desde la in-imputabilidad absoluta generada por el llamado miedo invencible, hasta la disminución de la imputabilidad como consecuencias de una afectación de menor intensidad.

Otros ejemplos, rechazan la aplicación de la eximente por dos razones:

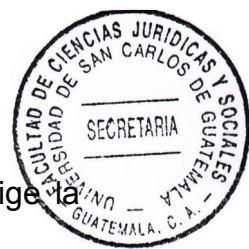


- a) Porque para que el miedo integre la eximente, es menester, que el estado emotivo anule totalmente las facultades cognoscitivas o intelectivas o el que sin llegar a anular las perturbe, y
- b) Es requisito indispensable que la causa productiva del estado emocional se halle constituida por la amenaza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

Se afirma que la apreciación del miedo invencible exige que produzca la práctica anulación de la voluntad que se mueve a impulsos del propio temor o pánico y que el miedo sea el móvil único de la acción que como delito se persigue.

Los términos que definen la concurrencia del miedo invencible son:

- La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible, determinante de la anulación de la voluntad del sujeto;
- Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado;
- Que dicho temor anuncie un mal igual o mayor que el causado por el sujeto con su conducta;
- Que el miedo ha de ser invencible, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas; y,
- Que el miedo a de ser el único móvil de la acción.



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

Como consecuencia de la falta de una definición legal de la insuperabilidad del miedo, algunas corrientes jurisprudenciales las califican como causas mixtas. Afirmando que llevados a un deseo de conciliar los dos aspectos estudiados, a saber, el entendimiento objetivo e impersonal del mal, insuperabilidad y proporción, con el personalísimo del miedo, cabría afirmar, en relación a alguna de las observaciones precedentes, que esos dos aspectos de la eximente pueden ser hechos compatibles, en virtud de la consideración de que lo objetivo no contradice, sino simplemente recorta, lo subjetivo.

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

Se determina que la verdad es que la configuración de la eximente es ambigua, híbrida mas bien, en el texto legal, requiriendo la concurrencia de elementos subjetivos el



miedo mismo) y objetivos (la entidad de los males), que íntimamente se repelen, más de las veces al menos; pues una situación de miedo razonable, como la de ser la que aquilata serenamente la cuantía de los males en pugna, que no se aviene ciertamente con la condición de insuperabilidad.

No convence tampoco dicha posición híbrida. Usar dos concepciones distintas de insuperabilidad del miedo, exigiendo para algunos supuestos la completa anulación de las facultades y, para otros, simplemente, la disminución de la libertad electiva o, como se afirma en alguna sentencia, la anulación no completa de dicha libertad supone no haber resuelto de forma precisa y segura la definición normativa de miedo invencible. Igualmente, resultan incongruentes los presupuestos de inimputabilidad, cuando la exigencia de trastorno mental transitorio no requería de evaluación ninguna de males.

4.2. Las facultades intelectuales y volitivas

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

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

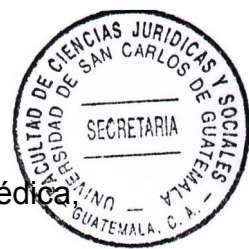


En efecto, otra corriente jurisprudencial sostiene que el miedo al que alude el texto legal, debe ser de tal intensidad que anule las mejores posibilidades de elaboración de una respuesta inteligente. Literalmente se afirma: “que para que el miedo integre la eximente o la atenuante respectiva, es menester que el estado emotivo anule totalmente las facultades cognoscitivas o intelectivas o sin llegar a anularlas las perturbe”.⁴³

Otras ideas similares, aluden a que una perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que amenaza al hombre y que imponiéndose a su voluntad le impulsan a ejecutar un delito para no sufrir un mal igual o mayor, padeciendo un estado emocional de temor que afectando instantáneamente a su capacidad de elección origina una reacción vivencial anómala, como medio en su fase intermedia. La naturaleza jurídica que corresponde a la eximente, así concebida, es la inculpabilidad o inexigibilidad, que repetimos han sido expresadas en ejecutorias.

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

⁴³ *Ibid*, pág. 90.



En síntesis, la insuperabilidad del miedo, de acuerdo a la terminología médica, corresponde a la desaparición del normal equilibrio de los procesos de excitación e inhibición desencadenando, la denominada “tempestad visceral” en la que el sujeto se siente enloquecer y perder la cabeza, resulta sin duda, que sería ilógico no reconocer trascendencia jurídica, resulta absolutamente contrario a toda lógica y racional interpretación de las leyes. La eximente de miedo invencible, es realmente una circunstancia que se fundamenta en la culpabilidad. Es una circunstancia eminentemente subjetiva.

4.3. El miedo invencible en la normativa guatemalteca

El autor Fidel Rojas Vargas, señala que: En una sentencia el Tribunal Supremo español define el miedo como “un estado emocional privilegiado. Debido al enraizamiento en el instinto de conservación que le dota de una fuerza coactiva superior en el ánimo a las demás emociones”⁴⁴.

Una apreciación crítica de la jurisprudencia permite apreciar que en forma unánime exigen que el miedo sea el único móvil que induzca al autor a actuar, rechazando los casos al autor, y los casos que contribuyan en forma concomitante, a la reacción posterior (odio, venganza, enemistad, etc.).

⁴⁴ Rojas Vargas, Fidel. **Jurisprudencia penal**. pág. 155.



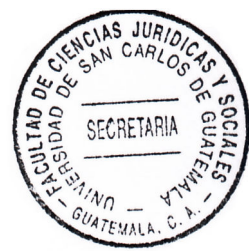
Entendemos por el contrario, que lo único exigido por el precepto es un doble nexo causal. Por una parte, entre la amenaza, sea cual fuere, y el miedo que produce la misma reacción en el sujeto y, por otra parte, entre el miedo y el mal causado. El miedo es un estado psicológico personalísimo, debe haber sido causado por la amenaza del mal, incidiendo sobre la capacidad de determinación o elección, sin anularla. En la situación de miedo la persona teme un mal.

El miedo es una figura que no ha sido excluida por el derecho, pues regula que, ante su presencia, se pueden generar o no consecuencias jurídicas. Esta figura la podemos encontrar en diversas ramas del derecho, tales como la rama civil, la rama penal, e incluso es contemplada también en el código de derecho canónico.

El miedo, partiendo de su acepción común, no difiere de su acepción jurídica, ya que, para el Diccionario Jurídico Mexicano es: “La perturbación del ánimo que puede tener diversos grados, desde el simple temor, hasta la angustia grave, provocada, ya sea por una causa real exterior al sujeto, ya sea por una configuración imaginaria de la persona, generalmente circunstancial, -en el supuesto de sujetos normales, o intermitentemente o permanente en ciertos grados patológicos de la psiquis”;⁴⁵ mientras que, para el Diccionario de la Real Academia Española, el miedo es la “perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario”.⁴⁶

⁴⁵ *Ibid*, pág. 156.

⁴⁶ *Ibid*, pág. 157.



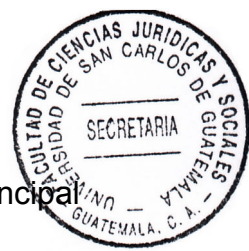
4.4. La legislación penal y el miedo invencible

Desde el punto de vista de la ciencia penal, el miedo grave, supone una grave perturbación angustiosa en el ánimo del sujeto, a virtud del mal que amenaza gravemente, mientras que para nuestro Poder Judicial, según lo ha reiterado en diversos criterios, el miedo se trata de un estado psicológico que nulifica la capacidad del sujeto de entender y querer tanto la acción como el resultado del hecho delictuoso.

Para que opere como excluyente, es un requisito indispensable que el miedo que se padezca sea grave, por ser una calificativa adoptada casi de manera uniforme por nuestras legislaciones.

Para la ciencia penal, ha sido tema muy discutido, tanto para la doctrina, como para las legislaciones, el poder determinar la naturaleza jurídica del miedo como excluyente del delito, ya que para algunos autores y legislaciones, constituye una causa de inculpabilidad, tal y como acontece en la legislación española, que establece la figura del miedo invencible, mientras que otros autores y legislaciones opinan que el sujeto que padece miedo al momento de cometer el hecho delictivo, será inimputable, tal y como sucede en nuestra legislación estatal, que establece el miedo grave.

Al momento de cometerse el hecho delictivo, éste se realiza sin que el sujeto activo tenga plena conciencia de su acción, ello ocasionado por el miedo, evidentemente será inimputable, por haber sufrido una pérdida total de la voluntad, y por lo tanto carece de



la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho. Ésta es la principal característica de la inimputabilidad.

La postura de que el miedo es una causa de inimputabilidad, ha sido la más adoptada por los tratadistas nacionales, así como por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal; no obstante, de manera frecuente se le ha llegado a confundir o equiparar con otras causas de inculpabilidad, como lo son la no exigibilidad de otra conducta, el estado de necesidad y el temor fundado, o incluso con algunas causas de justificación, como lo es la legítima defensa.

Para que el miedo opere como una causa de inimputabilidad, y que por lo tanto el sujeto pueda quedar exento de alguna pena, es necesario que el miedo que se padezca por el agente activo como ya se dijo, sea grave, aunque éste sea imaginario, y que lo sufra en el momento en que realiza la acción u omisión sancionada por la norma penal, y además se requiere que el resultado que se produzca sea una consecuencia de esa acción u omisión; es decir, que el hecho sea resultado del miedo que se padece, teniendo como consecuencia que no estemos en presencia de una completa ausencia de voluntad de carácter permanente.

La manera de acreditarse procesalmente esta causa de inimputabilidades, por tratarse de un estado psicológico que nulifica la capacidad del sujeto, lo es a través de la opinión de expertos en psicología; es decir, que se ofrezcan por parte de la defensa dictámenes periciales en esta materia, pues estimamos que el solo dicho del acusado



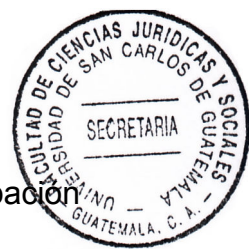
en su declaración, incluso robustecido con el testimonio de quienes hayan presenciado el hecho, es insuficiente para tenerla por acreditada, sugiriéndose que dicho dictamen pericial además abarque también lo transitorio y la gravedad de la emoción (miedo) así como su relación directa con la acción y el resultado.

4.5. Miedo invencible y el estado de necesidad

El autor Gonzalo Quintero Olivares, determina que: Se declara exento de responsabilidad criminal a: “El que obre impulsado por miedo invencible”. A pesar de que una parte de la doctrina había considerado superflua esta eximente, por estimarla una modalidad o especialidad del estado de necesidad exculpante, el legislador ha optado por mantener la figura eliminando la referencia al requisito del mal igual o mayor, que inducía a confusión con el estado de necesidad”.⁴⁷

Al igual que la fuerza irresistible alude a la violencia física, el miedo invencible alude a la violencia moral. En cuanto a su naturaleza es claro que no se trata de una causa de justificación, pues, por grave que sea la violencia moral, no puede determinar que un acto ilícito se transforme en otro conforme a Derecho. Así lo consideran ciertas legislaciones que contemplan la responsabilidad civil de los que hubiesen causado el miedo y, subsidiariamente, de los que hubiesen ejecutado el hecho.

⁴⁷ Quintero Olivares, Gonzalo. **Ob. Cit.**, pág. 74.

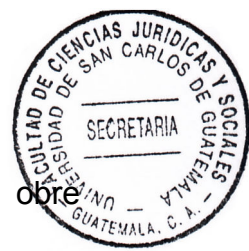


Tampoco parece ser una causa de inimputabilidad, pues, por un lado, la perturbación anímica que induce la violencia moral nunca llega a la anulación de las facultades psíquicas superiores, lo que sería determinante de un trastorno mental transitorio, y por otro, no es admisible entender el miedo invencible en un plano puramente subjetivo o psicológico. Si no se adoptase este punto de vista sería, además, muy difícil, por no decir que un empeño inútil, delimitar los ámbitos propios del trastorno mental y del miedo invencible.

El autor Fidel Rojas Vargas, determina que: “Por ello, se estima que el criterio más correcto es considerar que se trata de una causa de inculpabilidad basada en que la limitación volitiva e intelectual que provoca impide que al sujeto no le sea exigible otra conducta. La jurisprudencia se ha mostrado, no obstante, muy vacilante, y aún contradictoria, en este punto. Así, algunas veces, ha vinculado la calificación de este estado emocional, privilegiado en la ley con la exención de responsabilidad en lugar de la normal atenuación, con la teoría de la acción considerándolo, de idéntica manera que la fuerza irresistible, como excluyente de la misma”.⁴⁸

Otras veces la ha relacionado con la in-imputabilidad y en otras ocasiones de causa de inexigibilidad o inculpabilidad en sentido estricto e, incluso, como mixta entre in-imputabilidad e inexigibilidad.

⁴⁸ Rojas Vargas, Fidel. **Ob. Cit.**, pág. 176.



En cuanto a sus requisitos legales, el precepto sólo establece que el sujeto obre impulsado por miedo invencible. Este elemento hace referencia a la esencial naturaleza subjetiva de esta eximente. No obstante, la misma requiere un mínimo de objetividad pues una valoración únicamente subjetiva supondría un privilegio otorgado a la pusilanimidad. Por ello, la jurisprudencia refiere el miedo al normalmente padecido por el hombre medio o la generalidad de las personas ante una situación o causa hábil para producirlo.

La desaparición del requisito del mal igual o mayor es merecedora de la mayor aprobación, ya que, aparte de inducir a confusión con el estado de necesidad, era realmente superfluo, puesto que determinando la insuperabilidad del miedo la inexigencia de otra conducta del sujeto afectado sobra todo lo demás. Esto, además, facilita el papel de esta circunstancia como complementaria o subsidiaria de la de estado de necesidad.

Ante la parquedad del precepto legal, la doctrina del Tribunal Supremo ha ido perfilando el régimen jurídico de esta eximente, si bien de un modo a veces contradictorio dadas las vacilaciones sobre su naturaleza y fundamento que antes⁴⁹. De este modo, es el autor anteriormente citado considera los siguientes requisitos:

- a) La existencia de una conducta ilegítima ante la cual defenderse o reaccionar, una ilícita situación objetiva ante la que protegerse. Por ello, cuando el miedo se

⁴⁹ **Ibid.** pág. 178.



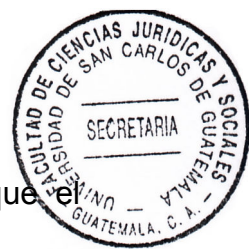
proyecta sobre una conducta legítima per se o por la concurrencia de una causa de justificación, no puede apreciarse esta circunstancia bajo ningún concepto.

- b) Que esa situación sea capaz de generar un estado emotivo de tan acusada intensidad que prive al que lo sufre del normal uso de su raciocinio provocando la anulación de su autodeterminación. Sin duda, la exigencia de estos caracteres en el miedo es exagerada y responde a la idea errónea de que se trata de una causa de inimputabilidad. Ello explica el elevado número de veces que, por no concurrir estos caracteres en el miedo, se ha aplicado la eximente como incompleta.
- c) Que el miedo haya sido provocado por estímulos ciertos y conocidos, graves y actuales o inminentes capaces de provocar ese estado. En este sentido, es evidente que dicho miedo ha de estar provocado por una causa que tenga una cierta realidad, inminencia y antijuridicidad atendida la situación psíquica del sujeto en relación a su edad, formación y circunstancias. No obstante, no faltan autores que, con razón, critican la gran rigidez con la que el Tribunal Supremo exige estos caracteres en el miedo, especialmente el de la actualidad o inminencia del mal que lo provoca, ya que ello supone una excesiva restricción, nada conforme a la naturaleza de todo Derecho punitivo, del ámbito de esta eximente⁵⁰. Igualmente, los partidarios de la exclusiva configuración subjetiva de la eximente entienden que caben dentro de ella el caso de los males irreales o imaginados.

⁵⁰ *Ibid.* pág. 180.



- d) La imposibilidad de exigir al sujeto otro comportamiento por la impotencia de éste de superar o neutralizar el miedo en las circunstancias en que se encuentra, es decir, que pueda estimarse que el miedo coloca a un sujeto normal o medio en tales condiciones que el derecho no exige a éste un comportamiento diferente. Otras sentencias, que interpretan la eximente como causa de in-imputabilidad, prefieren aludir a una auténtica imposibilidad psíquica de superar ese miedo y actuar conforme a derecho.
- e) La representación en el sujeto de la realización de un mal como única vía de escape a su situación. Por esta razón, estiman algunos que, al igual que ocurre con el estado de necesidad, se sigue un criterio de subsidiariedad en cuanto a la admisibilidad o eficacia de los hechos que integran la circunstancia de miedo invencible, es decir, sólo se estima que la realización por el sujeto de una acción antijurídica produce efectos exculpatórios si no había otro medio para remediar la situación. No obstante, debe destacarse que en el estado de necesidad la apreciación de la misma dependía de que objetivamente no hubiese otra forma de solucionar la situación, mientras que en el miedo invencible la inexistencia del medio alternativo al quebrantamiento del derecho para escapar al mal que amenaza se refiere predominantemente a la representación subjetiva del sujeto, no a su posibilidad efectiva u objetiva.
- f) Que sea el miedo el único móvil de la acción. Este requisito ha sido explicitado por la jurisprudencia en la interpretación del precepto legal, si bien parte de la doctrina



prefiere considerar que puede concurrir con otras motivaciones, siempre que el miedo sea principal y de gran entidad. No obstante, no faltan autores que echan de menos en la doctrina jurisprudencial un mayor respeto a la naturaleza eminentemente psicológica de esta circunstancia.

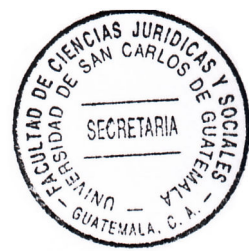
En lo referente a la apreciación de esta eximente como incompleta debe quedar claro que si no existía situación o ataque ilegítimo que rechazar o el miedo no fue lo que motivó la acción del que se defendió, no cabe eximente completa ni incompleta. En consecuencia, sólo podemos entender que la eximente de miedo invencible concurre de forma parcial en aquellos casos en que el miedo no fue invencible atendida la valoración de las circunstancias personales del sujeto, indispensable en esta eximente que se configura en la actualidad, dentro de ciertos límites, como puramente subjetiva. En este caso la eximente opera como atenuante, la cual, normalmente, aunque no de modo necesario, será considerada como muy calificada y determinará la rebaja de la pena en dos grados.

Asímismo, el error esencial acerca de la concurrencia de las circunstancias objetivas que pueden determinar el miedo del agente, como el caso de los llamados males irreales, puede dar lugar, según mayoritaria doctrina y jurisprudencia, a una eximente que se configura como un error de prohibición. Esto determina la exención de responsabilidad si el error fue invencible y la rebaja de la pena en uno o dos grados si



fue vencible, es decir, los mismos efectos genéricos que si se tratase de eximente
incompleta”.⁵¹

⁵¹ **Ibid.** pág. 182.



CAPÍTULO V

5. La eximente de miedo invencible

Las concreciones del principio de no exigibilidad en materia de exclusión de la culpabilidad de la conducta típica y antijurídica al sujeto que la ha realizado con posibilidad de conocer su antijurídico carácter y siendo imputable en distintas legislaciones.

Un importante sector de la doctrina española estima que la idea de no exigibilidad de conducta adecuada a la norma informa la existencia de las eximentes de estado de necesidad cuando el mal causado equivale al que se provoca evitar, de obediencia debida y de miedo invencible, a las que, por tanto, otorga el calificativo de causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad “(según pensamiento, causalista o finalista de que cada autor participa)”⁵².

Por el contrario, de las circunstancias de exención de responsabilidad criminal acabadas de indicar tan sólo la de miedo invencible debe estimarse causa de exclusión de la culpabilidad. Ya que, por las razones expuestas al tratar específicamente el estado de necesidad, las mismas son causas de justificación. Las primeras cuestiones que suscita esta definición legal son; que ha de entenderse por miedo y cuando éste pueda calificarse de invencible.

⁵²Villa Stein, Javier. **Derecho penal parte general**, pág. 243.



La jurisprudencia del Tribunal Supremo español es la exención que se ha venido interpretando de forma restrictiva el término miedo presente en el art. 8.10 del Código Penal español. Y, así, afirma que no se trata en este caso de cualquier estado emotivo de temor, sino que es preciso un estado emotivo de esa índole que apareja una grave perturbación psíquica en el sujeto que lo experimenta.

El autor Fidel Rojas Vargas, señala que: “Hay que destacar, por otra parte, que una interpretación del término miedo como lo que practica el Tribunal Supremo español no resulta como señala Córdoba, coherente en el punto de vista objetivo y despersonalizado que el propio Tribunal Supremo mantiene al analizar los demás requisitos de esta eximente”⁵³.

Así, respecto a la cualidad de invencible, que según esta visión psicológica del miedo debiera medirse en atención a un criterio exclusivamente subjetivo, suele emplearse por la jurisprudencia un baremo objetivado y, en este sentido, se identifica con el miedo que no podría superar el hombre medio en la situación del autor. Un módulo impersonal éste que añade Córdoba - resulta incomprensible para graduar el estado psíquico personal que, según la opinión jurisprudencial, es el que representa el miedo.

La doctrina jurisprudencial incurre en una similar incongruencia respecto a la interpretación subjetiva del término miedo que sigue, cuando, al analizar la exigencia

⁵³ Rojas Vargas, Fidel. **Ob. Cit.**, pág. 176.



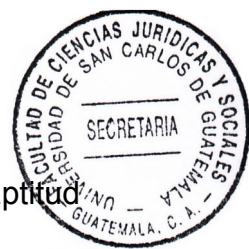
legal de que miedo sea de un mal igual o mayor, requiere que dicho mal presente un carácter objetivo”⁵⁴.

En efecto, como resaltan algunos autores, desde el punto de vista psicológico no hay duda de que el miedo puede surgir tanto de cara a un peligro objetivamente real, cuando por la percepción de un peligro en verdad inexistente pero que el concreto sujeto de que se trate cree real.

De manera que, el hecho de que el mal puede existir auténticamente o no, para nada afecta a la presencia del miedo psicológicamente entendido y, por consiguiente, debería apreciarse la eximente siempre que el autor obre impulsado por miedo invencible de un mal igual o mayor.

Es más: si tal perturbación efectivamente se diera, la eximente a apreciar ya no sería la de miedo invencible, sino la de trastorno mental transitorio. Por otra parte, si se estima que el miedo, para tener efectos eximentes ha de producir una grave perturbación psíquica en quien lo padece, ya no cabría, según creemos, hablar de esta eximente como una causa de exclusión de la culpabilidad por ausencia de inexigibilidad de conducta adecuada la norma respecto de un sujeto que, con capacidad para conocer la antijuricidad de su comportante, es imputable.

⁵⁴ **Ibid.** pág. 185.

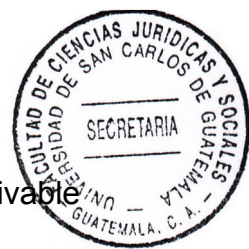


Ya que semejante perturbación psíquica anularía la propia imputabilidad (aptitud psíquica de autocontrol del comportamiento en referencia a la prohibición normativa).

Ya parece claro que el sujeto amenazado del ejemplo propuesto, aunque es posible que haya llegado a perder el control psíquico de sus actos, no necesariamente tiene por qué haber alcanzado tal grado de perturbación para que movido por el temor a la amenaza, previsiblemente sería, de que se le va a ocasionar un mal grave, supere su inhibición a realizar el hecho delictivo motivada por la conminación penal y sucumba, como cualquier otro en su lugar, a las pretensiones de quienes le amenazan.

Lo que le sucede a quien teme que, de no actuar de manera típica y antijurídica, sobrevenga un mal igual o mayor al que causa de aquella manera no es, pues, que inexorablemente sufra una grave perturbación en su psiquismo que lo ponga en situación de no ser capaz de gobernar su comportamiento (lo que, ciertamente, puede suceder y entonces, merecer la calificación de trastorno mental transitorio).

Por su parte, lo que sucede es, que el miedo que experimenta a que el mal se produzca, le impide, a pesar de ser todavía capaz de captar el mensaje prohibitorio de la norma penal y de adoptar su comportamiento a lo que ésta espera de él, responder a esta expectativa de conducta porque de la posible ponderación de los respectivos riesgos en que cada caso incurre (que se le imponga la pena o que acaezca el mal) surge el impulso (ante la superior gravedad de este mal, ante su proximidad mucho mayor, etc.) porque todavía posee capacidad psíquica para autoregular su comportamiento, se decide en favor de aquel por el que cualquiera otro con similar



capacidad y en igual situación se habría decidido. No se trata de un sujeto inmotivable por la norma penal, ni tampoco de un sujeto que en el caso concreto carezca de toda posibilidad de responder positivamente a esa motivación.

Se trata más bien de un sujeto doble y contradictoriamente motivable y motivado. Y ante esta confrontación el derecho no puede exigirle que se comporte con arreglo a lo que prohíbe en la medida en que otro sujeto (no excepcional), colocado en esa misma situación conflictiva, se habría decantado a favor de no realizar la conducta legalmente prohibida y no puede exigirle que se abstenga de llevar a cabo esta conducta en la medida en que ese segundo sujeto tampoco se habría abstenido.

La eximente de miedo invencible no es, en consecuencia una causa de justificación (como pretende un sector minoritario de la doctrina española), sino una causa de exclusión de la culpabilidad basada en el principio de no exigibilidad de conducta distinta.

La razón de que se atribuya a quien se encuentra en una situación de miedo invencible la realización dentro del mismo de una conducta típica y antijurídica, es que cualquiera otro (que no fuera una persona excepcional o que no estuviera obligado al cumplimiento de especiales deberes) en su lugar habría hecho lo mismo.

No es, entonces, que el derecho no quiera prohibir o autorice indiscriminadamente la práctica de esa conducta. Porque con seguridad, si quiere y no la autoriza con carácter



absoluto: Piénsese que no todos reaccionan o el derecho le permite reaccionar de la misma manera, hay quien lleva a cabo actos heroicos (lo que no es normal ni por ello exigible) y hay quienes en ocasiones (y dentro de ciertos límites) están jurídicamente obligados a resistir los impulsos de miedos normalmente no superables por el resto de los ciudadanos (soldados, vigilantes, etc.).

De ahí que el ordenamiento no renuncie a priori a prohibir y a no autorizar las conductas típicas y antijurídicas inspiradas en el temor a que sobrevenga un mal. En realidad es que, de acuerdo con los límites que le merezca su emanación de un Estado democrático, no puede exigir que tales conductas dejen de practicarse en todo caso.

Concluido por nuestra parte que la eximente en estudio es una causa de exclusión de la culpabilidad basada en el principio de no exigibilidad.

Ahora bien, conforme al texto de la ley no basta cualquier temor: Este ha de ser invencible. Esto es, invencible. Esta cualidad del miedo debe entenderse en los mismos términos que cuando está referida al error.

Es decir, será invencible invencible el temor es que cualquier otra persona colocada en la situación del autor en el momento de la acción tampoco habría podido superar de manera que, así, evitara la puesta en práctica de la conducta prohibida.



Por otra parte, no es suficiente con que el sujeto tema cualquier mal, la ley precisa que el miedo invencible debe serlo de “un mal igual o mayor”. Pero se desconoce con ello la fundamental diferencia que puede establecerse entre la causa de justificación y aquella causa de exclusión de la culpabilidad que es el miedo invencible, basta con que el sujeto tenga temor que si no actúa en forma típica y antijurídica sobrevendrá un mal mayor al que, para evitarlo, causa. Un mal por consiguiente que a diferencia del que se trata de evitar en estado de necesidad no tiene por que ser real; ni tampoco inminente; lo único que se requiere es que cualquier otra persona (no excepcional), en las mismas circunstancias que el autor, hubiera temido así mismo su producción, siendo este temor invencible.

En el estado de necesidad el peligro de que acaezca un mal propio o ajeno si no se actúa afectando el bien jurídico de otro, ha de existir realmente para la conducta típica quede justificada. En cambio, en el miedo invencible el riesgo de que sobrevenga el mal puede ser real pero también puede no serlo sin que ello impida el efecto de exclusión de la culpabilidad de esta eximente.

El error invencible (en el sentido de que cualquiera en esa situación se habría equivocado igualmente) sobre la realidad del mal que actúa impulsado por el miedo a que acaezca, no impide, consecuentemente, la exclusión de la atribuibilidad de su conducta. Aunque sí impediría que la misma quedara justificada por la vía del estado de necesidad. Esto último no porque, deba considerarse que el error invencible sobre los presupuestos de una causa de exclusión de la atribuibilidad tiene el mismo efecto



que la existencia real de tales presupuestos, sino por una razón previa que el citado autor rechaza. Porque el mal a que se refiere la legislación no precisa ser real y cierto. Con lo que la eximente de miedo invencible puede surtir efectos de exclusión de la culpabilidad aunque el mal fuera irreal, lo que es igual, siempre que el error sobre la realidad del mal tuviere carácter invencible.

En cambio, deben negarse efectos no sólo de exclusión sino también de disminución de la culpabilidad al miedo invencible derivado de un error invencible sobre la realidad del mal. Esta conclusión nos parece perfectamente plausible desde una óptica político-criminal. Puesto que si se concediera en dichas hipótesis la posibilidad de atenuar la conducta por la vía de la eximente incompleta de miedo invencible, sino que estaría favoreciendo discriminatoriamente a los sujetos timoratos o pusilánimes en exceso frente a los menos impresionables.

Por otra parte, si, en contra de los que hemos defendido se siguiera el criterio de otorgar trascendencia al error vencible sobre los presupuestos de la causa de exclusión de la culpabilidad, se propusiera el castigo en tales casos a título de imprudencia, se desembocaría en la insatisfactoria consecuencia de declarar la impunidad de quien, por error vencible, se figura que existe un peligro de que acaezca un mal igual o mayor que el que ocasiona, impulsado por el miedo, con su conducta cuando esta no se halla prevista por la norma incriminadora en el supuesto de que se practique imprudentemente.



Pero si, conforme acabamos de concluir, el mal que se teme no necesariamente ha de ser real (lo que, sea de paso, conduce a que determinadas conductas practicadas en legítima defensa putativa o en estado de necesidad putativo puedan resultar inatribuibles por esta vía.

Esta superioridad o igualdad del mal temido, evidentemente, relativiza la demanda de proporcionalidad. Efectivamente, mientras que por su carácter de causa de justificación el estado de necesidad supone una autorización para actuar típicamente tan sólo cuando, dándose un auténtico conflicto de intereses, el mal causado no sea realmente mayor que el que se trata de evitar (principio de ponderación de intereses), para excluir la culpabilidad (aunque esta creencia sea errónea) que el mal temido equivale o supera en su gravedad al que causa impulsado por el miedo.

Y si el autor, cree (él exclusivamente) que el mal temido es igual o mayor que el que causa impulsado por tal temor, este error vencible debe considerarse irrelevante (sin trascendencia atenuatoria) por las mismas razones que se considera irrelevante del error vencible sobre la real existencia del mal temido.

Lo que es necesario reiterar es la exigencia de que el miedo sea además invencible. La doctrina, en lo que respecta a la insuperabilidad del miedo, ha recurrido normalmente al parámetro del “hombre medio en la precisión del autor”.



Conforme a el, sería invencible aquel miedo que un hombre medio situado en la situación concreta del autor no pudiera, en el sentido normativo vencer. Este parámetro de concreción de la insuperabilidad presenta, sin embargo, problemas que abren una amplia vía a la arbitrariedad. El baremo del hombre medio es de por sí vago y, por tanto, poco seguro para determinar el contenido de la insuperabilidad. Lo mismo podría decirse de la referencia a la “posición de autor”. Con estos criterios se pretende zanjar de un plumazo, problemas normativos que por su complejidad necesitan mayor reflexión y por tanto estas referencias generalizantes con una categoría esencialmente individualizadora como es la culpabilidad y en particular, la inexigibilidad de otra conducta.

5.1. Valoración, consecuencias y responsabilidad

La naturaleza del estado de necesidad varía según el valor de los bienes en conflicto o sea que hablamos de causa de justificación y de inculpabilidad según se lesione un bien de menor o igual valor al protegido. Decimos eso, porque a priori se suponen los casos que pueden darse; pero la interrogante surge precisamente en cómo hacer la valoración, en cómo saber cual de los bienes en conflicto vale más. Al respecto hay dos criterios fundamentales.

- Criterio del valor individual. Es un criterio eminentemente subjetivo por cuanto se supedita a las consideraciones que el necesitado haga al actuar, es decir de que éste considere que el daño o lesión que cause será en un bien de menor o igual



valor al que aquel que protege. Lógicamente que es una valoración influenciada por intereses de toda índole con grandes probabilidades de que se aleje de la realidad, ya que habrá una sobreestimación del bien protegido y como consecuencia, una desproporción manifiesta entre los valores reales. Sabemos que un bien cualquiera no tiene el mismo valor para todas las personas porque, como dijimos, cada una es influenciada por distintos factores. Existe un valor comercial, uno utilitario, uno afectivo y así, según desde el ángulo en que se enfoque. Para una persona puede valer más un objeto de ínfimo valor económico, recuerdo de un ser querido, que otro que importe una gran suma de dinero, pero como lo que el Derecho debe propugnar es la defensa de valores de relevancia colectiva (sin excluir las individuales por supuesto. Si digo lo anterior es porque estamos ante un conflicto de bienes), es decir, vistos objetivamente, valores por la generalidad aceptados como más importantes que otros.

- Criterio del valor real. Para analizar el valor de dos bienes jurídicamente protegidos cuya coexistencia es imposible, llegamos a la conclusión en el apartado anterior, hay que regirse por las normas establecidas como de aplicación general, normas que responden al sentir colectivo, como son la vida, la integridad corporal, la propiedad, el honor, etc. O sea que se debe ser eminentemente objetivos, para destruir la idea de que lo nuestro vale más que lo ajeno, lo cual sería, usando palabras de Ignacio Villalobos: “el triunfo del egoísmo primitivo y de la falta de respeto al derecho ajeno y a la solidaridad social”.



Cuando el conflicto se suscita entre ciertos bienes de distinta clase no hay, a nuestro entender ningún problema pues se sabe que la vida como el bien jurídico máspreciado, priva sobre las propiedad y en términos generales se sostiene que hay que estar a la valoración que haga el mismo Código Penal al señalar las penas por lesionar los bienes jurídicos para ver cual es más importante, es decir, cuanto mayor sea la pena por lesionar un determinado bien, mayor será su valor. Cuello Calón sostiene que “la Valoración de los bienes en conflicto habría de realizarse con criterios objetivos, en primer lugar conforme a los preceptos legales y si en ellos nos se hallare base suficiente para efectuarla, se hará sobre las ideas de derecho y de justicia”. Este criterio es llamado por Puig Peña como del valor social y lo critica diciendo que muchas veces hay penas iguales correspondientes a lesiones en bienes distintos y que por lo tanto, en esos casos, tal sistema no daría la solución, además de que, continúa señalando, muchas veces no hay correspondencia entre las penas indicadas y el valor social del bien perjudicado.

En base a ello, es que Mezger sostiene que hay que basarse además, en “las concepciones culturales de índole general, y en último término en la idea misma del Derecho lo cual critica Sebastián Soler, que cuando no basta la comparación de pena, por los motivos expuestos como crítica por Puig Peña, “Hay que recurrir a la interpretación sistemática teniendo en mente los fundamentos genéricos de la justificación y a los principios de interpretación de la Ley Penal estableciendo concretamente la situación de peligro y la Relación existente entre el acto cumplido y el mal que se evita, fundamental es lo anterior por cuanto encierra la idea de la valoración



en forma completa, pero reconocemos que muy ardua será la tarea del Juez para dilucidar sobre un caso complicado y que no es de los que extrañamente pueden suceder; pero el hecho de que ante una situación determinada la solución no sea fácil no significa que no sea un avance –posiblemente el límite del derecho- el que la valoración se haga esgrimiendo los principios de equidad y justicia, observando la proporción entre uno y otro bien con sus valores reales (usando el sistema ya dicho), tomando en cuenta la moral y la cuantía de bienes protegidos y compenetrándose de “la situación de peligro y la relación existente entre el acto cumplido y el mal que se evita”⁵⁵.

Obtendrá así, una valoración absoluta que no nos interesa por el momento, no del hecho en sí, sino de los bienes en conflicto. Muy en lo particular, creemos que aunque se presenten casos tan complicados en los que se llegue a los extremos expuestos, la mayor parte serían conflictos en donde ambos bienes fueran patrimoniales, tanto por una mayor frecuencia de estados de necesidad en los que el patrimonio está presente en los dos bienes cuya coexistencia se imposibilita, como por ser los casos en que los elementos de juicios inmediatos no resolverían la cuestión y se tendría que profundizar más para que en definitiva se obtuviera una conclusión.

Obviamente, no nos referimos a ningún caso de desproporción manifiesta, donde el móvil del agente sería el valor individual, que ya hemos desechado, porque hay que descartar toda idea de relatividad sobre lo que importa un bien a una u otra persona y

⁵⁵ Peña Cabrera, Raúl. **Tratado de derecho penal**, pág. 56.



mantener, sobre todo, la idea de generalidad. Me ilustraré con un ejemplo: un barco está en grave peligro de naufragar, pudiendo evitarse la desgracia lanzando al mar parte de la carga. Hagamos abstracción absoluta de las vidas y concretémonos a los objetos. Entonces hay que decidir si salvar una computadora, que por cierto pertenece a un señor muy acaudalado, o bien, salvar una serie de objetos caseros que constituyen todo el patrimonio de otra persona; pues bien, el señor acaudalado lanza al mar estos objetos y así se salva su máquina.

Parecería que lo justo sería que los acontecimientos hubieran ocurrido al revés, y el dueño de los enseres caseros hubiera gozado al menos de una atenuante o quizá tendría éxito al alegar otra eximente o por último –y ello saliéndonos completamente del Derecho Penal- sería el tribunal el que decidiría sobre la culpabilidad, tal como podría suceder en nuestro país. Pero lo fundamental es que el estado de necesidad, como excluyente, protege al necesitado en el ejemplo expuesto, porque haciendo objetivamente la valoración, es indudable que una computadora vale más que una serie de artículos para el hogar; valor económico cierto está, que es en lo que redundada toda apreciación sobre los bienes patrimoniales.

Como simple exposición, sin participar de tal criterio, sostenemos la tesis que afirma que en muchos casos únicamente existe una aparente igualdad, porque lo que debe compararse no es un bien con otro, sino la suma de ambos con cualquiera de ellos.



Siguiendo este criterio, siempre se lesionarán bienes menores porque por ejemplo, se diría que se quemaron cien árboles para salvar diez (lo que sería absurdo); pero cien (lesión causada) es menor a ciento diez, por lo tanto se causa un daño a un bien menor: cien, para proteger a otro mayor, porque se tiene en mira el total, salvar de aquel todo lo más que se pueda. El único caso en que tal tesis tendría valor, según pensamos, sería cuando ese todo forma un asola unidad, un solo bien jurídico; en los demás no; porque se confunde lo que constituye la esencia misma del estado de necesidad: El conflicto de bienes.

Cuando sucede un determinado hecho siempre hay un autor y puede que haya, cómplices y encubridores. Si tal hecho goza de exclusión de responsabilidad puede deberse –para el caso- a una causa de justificación o a una de inculpabilidad. Estas causas, que constituyen la naturaleza jurídica de la eximente tienen sus consecuencias propias.

La responsabilidad penal se excluye en cualquier caso para los autores y sí se trata de una causa de justificación, el beneficio comprende a los cómplices y encubridores. Si se trata de causa de inculpabilidad, los cómplices y encubridores sí responden criminalmente porque siendo una circunstancia puramente personal solo ampara al autor.

Cuando se trata de una causa de justificación no cabe la legítima defensa contra el necesitado o contra quien presta el auxilio ya que su hecho es legítimo por hacer uso de



un derecho; en cambio, cuando es causa de inculpabilidad sí cabrá la legítima defensa porque no se hace uso de un derecho; el acto es ilegítimo y en consecuencia –hay agresión ilegítima.

- **Responsabilidad civil:** No hay ninguna cuando se trata de una causa de justificación y comprende tanto al autor como a los cómplices y encubridores. Si es causa de inculpabilidad, la responsabilidad civil subsiste para al autor. De más esta decir que también la tienen los otros participantes del hecho y es precisamente por la ilicitud de éste que en sí mismo es delictivo, que la responsabilidad civil existe aún para el autor; es una indemnización enfatizada en lo ilícito del hecho.

Por lo tanto, cualquier responsabilidad civil emanará de la naturaleza misma de la causa de inculpabilidad y si se establece indemnización aunque se trate de una causa de justificación, es imposible que se incluya en la naturaleza jurídica de tal causa porque penalmente no hay ningún motivo para que ello ocurra; por lo cual será una responsabilidad estrictamente de origen civil, de norma del Código Civil.

Sobre la indemnización en estos casos, dice Puig Peña que el perjudicado nada hizo para salir así y como ello no es justo, debe de haber una indemnización pagadera por quien salió beneficiado, en concepto de simple reparación surgida de un supuesto consentimiento o de una especie de gestión de negocios; el primer caso se trataría del supuesto consentimiento de quien al hacer uso de un bien ajeno está dispuesto a pagar



cualquier daño que ocasionare y en el segundo, se trataría del caso de que alguien se beneficie por el daño que un extraño causó a otro bien por proteger el de aquel”⁵⁶.

5.2. El socorro a terceros en la legislación comparada

La teoría del interés preponderante, que hemos mencionado, como lógica consecuencia de su esencia tiene aplicación en cualquier caso, es decir, no importa que el necesitado sea quien actúe u otra persona a su favor, pues lo interesante de la cuestión es salvar el bien más valioso; por tal motivo no hay ninguna duda en cuanto a la participación de extraños en una situación de necesidad: es un acto lícito y por ende, causa de justificación. La duda se plantea en el caso de conflicto de bienes iguales o concretamente, en el caso de vidas. Al respecto no hay un criterio uniforme, pudiendo sintetizarse en las siguientes posiciones:

- a. No puede intervenir a favor de un tercero. Se alega que no existe razón para que un extraño decida que bien salvar lesionando a otro, ya que la causa de inculpabilidad que protege al necesitado cuando es él quien actúa, no se puede aplicar en este caso. Se afirma que la consecuencia del estado de necesidad es un suceso poco feliz, pero que al fin y al cabo, al interesado no se le puede exigir otra conducta y pro ello se le exime de responsabilidad; que no es lo mismo cuando quien actúa es un extraño, porque no puede ampararse en la “no exigibilidad de otra conducta”, precisamente y por la razón misma, de que no le interesa el resultado.

⁵⁶ *Ibid.* pág. 89.



- b. Algunas personas pueden intervenir a favor de un tercero. A la negativa tajante del apartado anterior, se hacen excepciones que pueden reunirse en una sola: la existencia de un vínculo especial entre quien actúa y el tutelar del bien salvaguardado; un vínculo en el que puede o no haber parentesco, pero en el que hay sentimientos tan fuertes que motiven la intervención, lo hacen imperiosa y de interés para el actor. Este interés será generalmente uniforme aunque habrá casos muy especiales, denominados pro Moriaud como de identidad de personas, que son aquellos en los cuales quien actúa será capaz de sacrificarse él mismo en lugar del necesitado por quien ha actuado. Una madre por ejemplo es muy probable que actúe así. El Código alemán ha permitido únicamente a los parientes para actuar a favor de un tercero”.⁵⁷
- c. Se admite la intervención de terceros ilimitadamente. Se sostiene que ante la realidad del peligro de que parezcan los bienes, aunque no existe el impulso íntimo, sentimental o interesado porque sobreviva uno de ellos en específico, basta salvar a cualquiera. Es una regla de mera conformidad: en lugar de que ambos perezcan, pues salvasen uno al menos. Quien actúa no tiene en mente la importancia que para él representa el bien protegido (y si lo tuviere con mayor razón su acto), le es indiferente la supervivencia de uno con respecto al otro, pero choca a la razón el que ambos se destruyan cuando se puede salvar uno, cualquiera de los dos, aunque sea

⁵⁷ **Ibid.** pág. 86.



a costa del otro. El Código Italiano y el español admiten a cualquiera en la defensa de un bien ajeno”.⁵⁸

- d. Dejase el caso al arbitrio del Juez. Se sostiene que por delicadeza de la situación no se puede sentar a priori más regla que la de facultar al Juez para que decida sobre lo justo de la intervención del tercero. Así que como en el estado de necesidad no hay ni el tiempo ni la presencia de espíritu suficiente para investigar si se encuentra uno en la lista de los allegados a quienes el Código faculta para intervenir con criterio realista y justo pudiera estimarse que solo el arbitrio judicial puede reconocer qué terceros han estado capacitados para intervenir y aún si fuere procedente el perdón judicial.

Según el caso, consideramos que estamos en presencia de una causa de inculpabilidad o de una excusa absolutoria. Cuando existe un vínculo afectivo muy poderoso como cuando la madre que ante el estado de necesidad de su pequeño hijo inmola otra vida para salvarlo, sostenemos que opera la causa de inculpabilidad porque no le podemos exigir otra conducta. Pero cuando se trata de un extraño, no podemos hablar que tal exigibilidad sino de un perdón de la pena en razón a las circunstancias ya que no existe aquella motivación imperiosa, aquel anhelo profundo de salvar un bien determinado.

⁵⁸ **Ibid.** pág.88.



5.3. Requisitos del estado de necesidad

- a. Consideramos que lo fundamental es que el peligro sea actual o inminente. El peligro debe ser cierto, es decir que no sea producto de la imaginación o una mera suposición; debe ser efectivo. Actual, significa que el peligro se haya dado. Inminentemente, significa que el peligro esté por darse: de no ser así “no configuraría la justificación de lesionar otro bien pro que quien cause el daño, pudo haber actuado en forma distinta es decir, no había razón de lesionar por que nada lo impelía a ello, y pudo evitar sin violencia el mal que amenazaba”.

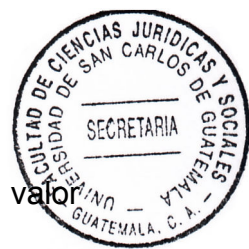
- b. Que el daño que se trata de evitar sea razonablemente mayor; la entidad relativa al daño causado y del evitado, es cuestión de apreciación circunstancial, para lo cual debe tenerse en cuenta no solo el grado de ambos sino la jerarquía social de los intereses jurídicamente protegidos en uno y otro caso. Así por ejemplo, no se justificaría un atentado contra la vida, para salvar un derecho meramente patrimonial”. La relación de proporción entre el hecho y el peligro debe hacerse sobre la base de una valoración completa de todos los elementos de hecho”.

- c. Que no lo haya provocado intencionalmente. También se usa la fórmula a que ha sido extraño, es decir, que se trate de un daño injusto, que no surja de la conducta intencional del sujeto.



Queda comprendida la culpa, pero se excluye al dolo. No para la exclusión de responsabilidad cuando “hay intención dirigida a provocar tal estado y prepararse la impunidad, el contraventor haya originado el peligro contra el que actúa después”. O sea que para este autor el dolo en crear el peligro no es provocación suficiente como para alegar que opere la eximente. Es más aún creándose directa y dolosamente el peligro, como el comerciante que pusiera fuego a sus existencias para cobrar un seguro y luego se hallara amenazado por las llamadas, si el estado de necesidad sobrevino fuera de su previsión y de su voluntad, habría que justificar los medios de salvamento, pues sólo con criterios bárbaros podría sostenerse que tal incendiario, cogido en su propia trampa, debiera parecer allí por carecer de justificación para romper una puerta o una vidriera de propiedad ajena que le impidiera el paso. Sería preciso separar los hechos y procesarlo por el delito de que fuera causa física y psíquica, no por lo demás que sobrevenga fuera de su voluntad y aún de su previsión, aunque sin olvidar, para la clasificación exacta del caso, la posibilidad de un dolo indeterminado eventual, de imprudencia o de culpa sobre las consecuencias del acto, y la capacidad del Juez para regular la pena por el incendio en atención a todos los elementos subjetivos y objetivos, y a todas las circunstancias concurrentes.

Así, se dice que el necesitado no haya dado origen con su conducta intencional al surgimiento del estado de necesidad; pero es lógico que cuando prevé las consecuencias del acto. Por su parte Puig Peña, nos hace el siguiente análisis: “se plantea en la doctrina el problema interesantísimo de si podrá considerarse que existe estado de necesidad cuando la situación fue provocada por el necesitado. Algunos



como Moriaud, siguen distinguiendo entre conflictos de bienes de valor igual o de valor desigual, sosteniendo que el primer supuesto, cuando la situación de necesidad había sido provocada, incluso culposamente por el sujeto, no puede jamás concederse la exención. Otros se desprenden de esta distinción sosteniendo que en todos los supuestos desaparece la justificante. Otros, finalmente (Berner, Janka, Stammner, etc.) distinguen perfectamente entre sí el estado de necesidad ha sido provocado por dolo o por siempre culpa.

No sería absurdo, sostienen estos tratadistas, que un acto meramente imprudente nos condenara a la muerte o a la pérdida de un bien estimado? En cambio, en la hipótesis de dolo la cosa cambia. Los autores presentan un curioso ejemplo: Un individuo provoca el naufragio de su buque con el fin de cobrar la prima de seguro. Ya en el mar, podrá desalojar a un tercero de la tabla unius capax. Los tratadistas entienden que si lo hace no podrá después ampararse en el estado de necesidad⁵⁹. Esta es la doctrina que ha recogido nuestro Código Penal, en donde estimamos que la palabra intencionadamente que emplea el artículo supone que si el estado de necesidad se causó dolosamente, no puede al autor del mal posteriormente realizado ampararse en la eximente. Hay que tener en cuenta que, como dice el Código de obrar doloso ha de ser dirigido a provocar la situación de necesidad, no el peligro, que puede ser posterior a aquélla.

⁵⁹ *Ibid*, pág. 90.



Si existe ese proceder doloso, ¿se transformará esta eximente en atenuante? Entendemos, como un autor, que este requisito es absolutamente indispensable, y que si existe ese proceder doloso no puede transformarse en atenuante, pues el derecho no puede sacar consecuencia alguna favorable de un acto doloso.

Si la situación de necesidad se originó por un mero acto imprudente el sujeto podrá beneficiarse de la eximente, ya que no ha obrado intencionalmente. En este caso, responderá de la culpa, pero no estará obligado a sufrir el mal mayor y podrá evitarlo causando otro daño menor. A lo anterior cabe preguntarnos qué ocurrirá cuando se trate de dolo eventual, pues parece que la expresión “intencionalmente” –apenas utilizadas en otras ocasiones por el legislador para referirse al dolo, pues utiliza sólo la de “intención- indica que ha de ser un dolo directo; luego con el eventual se puede seguir amparando. De todas maneras la cuestión es algo confusa.

La terminología usada sobre no haber provocado intencionalmente la necesidad, debe entenderse a juicio de Luis Jiménez de Asúa en “sentido intencional de creación del conflicto”. Es decir, se excluye la culpa. La conducta del que salvaguarda su bien no debió haber sido dirigida a causa el conflicto, no debe de haber habido propósito. El hecho que no pueda evitar de otra manera da a entender que existe una subsidiaridad del acto necesario que provoca la sanción cuando ha sido posible evitar el mal de otra manera y esto hay que interpretarlo racionalmente.



El mal que se cause debe ser la única solución para evitar el perjuicio al bien protegido, es decir, que no haya otro medio practicable para defenderse. La inevitabilidad implica que no exista tampoco un medio menos perjudicial para actuar, porque si bien es cierto que en un caso determinado no se puede evitar el mal con que amenaza el peligro más que lesionando otro bien jurídico, no menos cierto es, que debe hacerse tal lesión en la forma menos perjudicial o dicho en otras palabras, que para resolver la situación necesaria no exista más solución que lesionar un bien jurídico y además que se lesione con el menor perjuicio posible. Es el llamado “Principio de la Acción Subsidiaria” citado por Liszt.

Si el necesitado no tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo; no se aplica el estado de necesidad a aquellos que tienen el deber jurídico de someterse al peligro. Algunas legislaciones exigen que el que salvaguarda su bien jurídico no este obligado a sacrificarse y que aún cuando expresamente no se exige; si interpretamos teleológicamente la expresión de peligro, o la que quien obra haya sido extraño a la causación del mal, llegaríamos a concluir que no puede invocarse esta eximente cuando tenemos el deber de afrontar situaciones apuradas.

Cuando se cree en una situación necesaria se excluye total o parcialmente de responsabilidad según el error sea o no imposible de vencer. Tal es un caso de estado de necesidad putativo.



Cuando hay una situación de angustia, pero podía salvarse sin necesidad del daño que se hizo, siempre y cuando el individuo este en un error (vencible o invencible) de los medios que lo hubiesen salvado. Este es otro caso del tema que nos ocupa. También podemos considerar dentro del mismo, el caso de un exceso, es decir, cuando el daño se causa por error (vencible o invencible) de creer que la amenaza era mayor.

Cuando en la realidad objetiva no se dan todos los requisitos exigidos por la ley, pero el agente por error excusable, los crea presentes. En tales casos de necesidad putativa no cabe duda alguna acerca de su naturaleza jurídica: se trata de una circunstancia que incide sobre la culpabilidad de la acción, dejando inalterable su ilicitud, objetivamente.

Se considera que el exceso es consecuencia del error, el cual puede deberse por inexistencia del peligro (que se cree amenaza) por no haber evitado el peligro real existente por otro medio menos dañoso que el que se empleo o bien por una falsa apreciación valorativa en cuanto a los bienes, creyendo que los que defendía valían más que los lesionados, creencia sincera. En tal caso el hecho es ilícito porque la situación no era realmente como se la imaginó el agente tal como se exige que sea para que opere el estado de necesidad como causa de justificación; pero en virtud de la ignorancia podría operar una excluyente de inculpabilidad. En algunos países, el que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia. Si se lesionaban bienes no patrimoniales, tenían que haber sido analizados a la luz de otras



eximentes; para el caso, inimputabilidad (privación de la razón por el mal que amenaza), o inculpabilidad (miedo invencible).

El actual Código Penal contenía el estado de necesidad no sólo como causa de justificación sino también en forma genérica como “conflicto de bienes iguales” (causa de inculpabilidad). Como causa de justificación, la ley dice: “El que en situación de peligro para un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro bien para evitar un daño, siempre que ocurran los siguientes requisitos:

- Que el peligro sea actual o inminente;
- Que el daño que se trata de evitar sea razonablemente mayor;
- Que no lo haya provocado intencionalmente;
- Que no se pueda evitar de otra manera; y
- Que el necesitado no tenga el deber jurídico de afrontar el riesgo.

Para concluir, diremos que los bienes en conflicto debe ser jurídicamente protegidos, de tal suerte que en el caso de un condenado a muerte no podía ampararse en conflicto de bienes iguales, porque su vida por ley debe cesar, es decir, no es un bien jurídicamente protegido en cuanto al de ejecutar la sentencia.



5.4. Análisis conclusivo del miedo invencible comparado con el estado de necesidad

En el tema que ocupa la presente investigación, el miedo invencible como una causa de inculpabilidad, se ha podido observar que existe una gran similitud con la causa de justificación llamada Estado de necesidad.

Es decir, será invencible (“invencible”) el temor es que cualquier otra persona colocada en la situación del autor en el momento de la acción tampoco habría podido superar de manera que, así, evitara la puesta en práctica de la conducta prohibida.

Por otra parte, no es suficiente con que el sujeto tema cualquier mal, La ley precisa que el miedo invencible debe serlo de “un mal igual o mayor”. Este requisito, similar a los del Art. 24 del Código Penal, que regula al Estado de necesidad que es aplicable a aquel que haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera siempre que el hecho sea en proporción al peligro. En este caso crea una aparente confusión con el miedo invencible.

Pero se desconoce con ello la fundamental diferencia que puede establecerse entre la causa de justificación y aquella causa de exclusión de la culpabilidad que es el miedo invencible, basta con que el sujeto tema que si no actúa en forma típica y antijurídica sobrevendrá un mal mayor al que, para evitarlo, causa. Un mal por consiguiente que a



diferencia del que se trata de evitar en estado de necesidad no tiene por que ser real ni tampoco inminente; lo único que se requiere es que cualquier otra persona (no excepcional), en las mismas circunstancias que el autor, hubiera temido así mismo su producción, siendo este temor invencible.

Expresado de otro modo: En el estado de necesidad el peligro de que acaezca un mal propio o ajeno si no se actúa afectando el bien jurídico de otro, ha de existir realmente para la conducta típica quede justificada. En cambio, en el miedo invencible el riesgo de que sobrevenga el mal puede ser real pero también puede no serlo sin que ello impida el efecto de exclusión de la culpabilidad de esta eximente.

Se considera que la eximente de miedo invencible es en consecuencia una causa de exclusión de la culpabilidad basada en el principio de no exigibilidad de conducta distinta, y la razón de que se atribuya a quien se encuentra en una situación de miedo invencible la realización dentro del mismo de una conducta típica y antijurídica, es que cualquiera otro (que no fuera una persona excepcional o que no estuviera obligado al cumplimiento de especiales deberes) en su lugar habría hecho lo mismo.

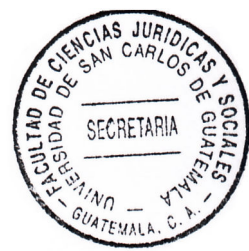
No es, entonces, que el derecho no quiera prohibir o autorice indiscriminadamente la práctica de esa conducta. Porque con seguridad, si quiere y no la autoriza con carácter absoluto: Piénsese que no todos reaccionan o el Derecho le permite reaccionar de la misma manera, hay quien lleva a cabo actos heroicos (lo que no es normal ni por ello exigible) y hay quienes en ocasiones (y dentro de ciertos límites) están jurídicamente



obligados a resistir los impulsos de miedos normalmente no superables por el resto de los ciudadanos (soldados, vigilantes, etc.).

De ahí que el ordenamiento no renuncie a priori a prohibir y a no autorizar las conductas típicas y antijurídicas inspiradas en el temor a que sobrevenga un mal. En realidad es que, de acuerdo con los límites que le merezca su emanación de un Estado democrático, no puede exigir que tales conductas dejen de practicarse en todo caso.



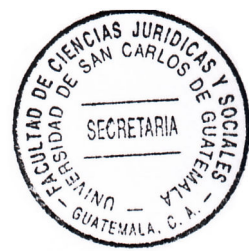


CONCLUSIONES

1. Una persona al cometer un ilícito penal bajo el efecto del miedo invencible, a pesar de que tenga conocimiento de la prohibición, y que cuente con la capacidad para comprender lo que está realizando, no se le puede exigir un comportamiento distinto y esperado por el legislador, ya que las personas generalmente no conocen la legislación como los estudiosos del derecho, debido a la existencia del peligro que aparezca un daño mayor o inminente en contra de la vida o del patrimonio.
2. El miedo invencible consiste en un eximente de culpabilidad que se basa en el principio de la no exigibilidad de una conducta distinta y el estado de necesidad es el relativo a aquella situación que damnifica un bien jurídico protegido incurriendo en un tipo penal, pero dejando a un lado la antijuricidad de la acción debido a la presencia de una figura justificante.
3. En la actualidad, no existe un cuerpo legal interno o doctrina específica que permita la ilustración y el estudio relativo a las características, principios y elementos que permitan la adecuada aplicación del estado de necesidad o el miedo invencible en un caso concreto en el proceso penal guatemalteco.
4. Los jueces penales no cuentan con el debido apoyo tanto legal y del sistema de justicia del país, para la demostración certera en lo relacionado con la correcta



aplicación del estado de necesidad o del miedo invencible durante el desarrollo del proceso penal.

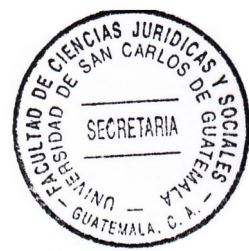


RECOMENDACIONES

1. Que el gobierno de Guatemala a través del Ministerio Público, determine la importancia de regular un estudio de quienes cometan un ilícito penal bajo el efecto del miedo invencible, ya que a pesar de que cuenten con el conocimiento de que es prohibido y con la capacidad de comprensión de lo que están haciendo, no se puede esperar un comportamiento diferente al esperado por el legislador.
2. El Estado guatemalteco, a través del Organismo Judicial tiene que señalar que el miedo invencible es consistente en una eximente de culpabilidad basada en el principio de la no exigibilidad de conductas variables y el estado de necesidad se refiere a las situaciones que lesionan un bien jurídico protegido en un tipo penal que deja a un lado la antijuricidad de la acción, por la presencia de una figura justificante, para que los jueces apliquen correctamente las figuras penales estudiadas en casos concretos.
3. Que la Procuraduría de los Derechos Humanos, se encargue de señalar la inexistencia de una normativa legal interna relacionada con principios, características y elementos que permitan la adecuada aplicación del estado de necesidad o el miedo invencible en un caso concreto en el desarrollo del proceso penal del país, para que las personas conozcan los beneficios que les brinda el correcto diligenciamiento del estado de necesidad y del miedo invencible.

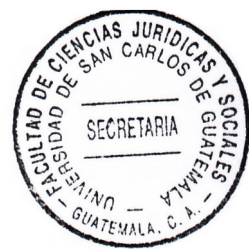


4. Es necesario que el Organismo Legislativo, realice una reforma para modificar el Código Penal, en donde se incluyan de forma específica los requisitos, elementos y circunstancias en las que se puede otorgar o denegar el estado de necesidad o el miedo invencible de un hecho tipificado como delito.



BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique y López-Barja de Quiroga, José. **Contestaciones al programa de derecho penal, parte general para acceso a las carreras judicial y fiscal**. T I, 2da. ed. Ed. Valencia, 2002.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, **Lecciones de derecho penal, parte general**. Barcelona, España: Ed. Praxis, S.A, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal, parte general**. Barcelona,(s.e.), 1994.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y Vives Antón. **Derecho penal, parte general**. Valencia, España, (s.e.), 1998.
- GRILLO LONGORIA, José Antonio. **Sanciones y medidas de seguridad**. Universidad de la Habana. Facultad de Derecho. La Habana, Cuba, (s.e.), 1998.
- HEINZ GÖSSEL, Kart y Heinz Zipf. **Derecho penal, parte general**. T. II: ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma: Buenos Aires, Argentina, 1995.
- JAKOBS, Günter. **Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Contreras de Murillo. Universidad de Extremadura. Ed. Jurídicas. S.A: Madrid, España, 1995
- JESHIECK, Hans-Heinrich y Weigend, Tomas. **Tratado de derecho penal, parte general**. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ta. ed. corregida y ampliada. Ed. Comares, 2002.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Curso de derecho penal. Parte general I. El "ius puniendi" (la potestad punitiva)**. Ed. Universitas S.A. 1996.
- MAZORRA YLLAS, Alexis. La adecuación de la sanción. Santiago de Cuba, Cuba, (s.e.), 2003.



MUÑOZ CONDE, F y García, Arán. **Derecho penal. Parte general.** 3ra ed. Ed. Tirant lo blanch: Valencia, España, 1998

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Manual de derecho penal, parte general.** Ed. Aranzadi: Madrid, España, 2002.

QUIRÓZ PÍREZ, Renén. **Manual de derecho penal.** T. I y II, Ed. Félix Varela: La Habana, Cuba, 2002.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, **Derecho penal español, parte general,** 13 ed.; Ed. Dykinson, España, 1990.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 51-92, 1992.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 2-89, 1989