



EI ERROR SOBRE LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN EN ESPAÑA Y PANAMÁ

Tesis Doctoral que presenta
el doctorando José Sánchez Gallego
para la obtención del Grado de **Doctor en**
Derecho
por la Universidad de Sevilla

bajo la dirección de:
Prof. Dra. Teresa Aguado Correa

Universidad de Sevilla
Curso 2016/2017

ÍNDICE

Abreviaturas	9
Introducción	10
 PRIMERA PARTE	
CAPÍTULO I. LA ANTIJURICIDAD	13
1. GENERALIDADES	13
2. CONTENIDO DE LA ANTIJURICIDAD	19
a. Antijuricidad penal	19
b. Desvaloración del acto y del resultado	21
c. Normas de valoración y de determinación	24
d. Antijuricidad material y formal	25
 CAPÍTULO II. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	28
1. GENERALIDADES	28
2. JUSTIFICACIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO	30
3. FUNDAMENTOS DE LA JUSTIFICACIÓN	36
a. Teorías monistas	37
b. Teorías dualistas	40
4. TIPO DE LA JUSTIFICACIÓN	45
5. CONCURRENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	55
6. EFECTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	62

CAPÍTULO III. CULPABILIDAD Y EXCULPACIÓN	66
1. GENERALIDADES	66
2. LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD Y LA EXCULPACIÓN	67
3. FUNDAMENTOS DE LA EXCULPACIÓN	72
4. DISTINCIÓN ENTRE JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN	77
5. EL PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA	89
a. Noción	89
b. Antecedentes	90
c. Naturaleza	91
CAPÍTULO IV. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN EN ESPAÑA	97
1. INTRODUCCIÓN	97
2. LA LEGÍTIMA DEFENSA	100
2.1. Fundamentos	101
2.2. Naturaleza	107
2.3. Requisitos	111
2.3.1. La agresión ilegítima	111
2.3.1.1. El carácter doloso e imprudente de la agresión	116
2.3.1.2. Características de la agresión	117
a. Carácter típico	118
b. Carácter antijurídico	117
c. Carácter culpable	119
2.3.1.3. La actualidad de la agresión	120
2.3.1.4. Mecanismos de defensa	129
2.3.1.5. La riña	130
2.3.2. La necesidad de defensa	132
2.3.3. La falta de provocación suficiente	140

2.4. Auxilio de terceros	146
2.5. Legítima defensa privilegiada	149
2.6. Bienes defendibles	150
2.7. Exceso en la legítima defensa	153
3. EL ESTADO DE NECESIDAD	157
3.1. Generalidades	157
3.2. Antecedentes	162
3.3. El ejercicio de ponderación en el estado de necesidad	166
3. 4. Naturaleza	176
3.4.1. Las teorías de la adecuación y del conflicto	178
3.4.2. Teoría de la diferenciación	181
3.4.2.1. Argumentos a favor	190
3.4.2.2. Críticas	193
3.4.3. Teoría de la unificación	200
3.4.4. Otras teorías en torno a la naturaleza del estado de necesidad	216
3.5. Toma de posición	220
3.6. Requisitos	227
3.6.1. La situación de necesidad	228
3.6.2. La falta de provocación	248
3.6.3. Obligación de sacrificio	261
3.7. El principio de inexigibilidad como base de los elementos del estado de necesidad	266
3.8. El elemento subjetivo	268
3.9. Estado de necesidad en casos límites	271

4. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO	278
4.1. Naturaleza jurídica	278
4.2. Cumplimiento de un deber	281
4.3. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo	283
5. EL MIEDO INSUPERABLE	285
5.1. Generalidades	285
5.2. Naturaleza jurídica	289
5.2.1. El miedo insuperable como causa de justificación	291
5.2.2. El miedo insuperable como causa de exculpación	294
5.3. Requisitos	300
5.3.1. El miedo	300
5.3.2. La condición de insuperable	303
5.4. Toma de posición	310
CAPÍTULO V. CAUSAS DE EXCULPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE PANAMÁ	311
1. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DEL CÓDIGO PENAL DE 2007	311
2. LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PANAMEÑO DE 1982 Y EN EL ESTATUTO DE 2007	316
2.1. OBEDIENCIA DEBIDA	317
2.1.1. Obediencia debida en el CPP de 1982	317
2.1.2. Obediencia debida en el CPP de 2007	318
2.2. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE	323
2.2.1. Estado de necesidad exculpante en el CPP de 1982	323
2.2.2. Estado de necesidad exculpante en el CPP de 2007	324

2.3. COACCIÓN MORAL O PSICOLÓGICA	328
2.3.1. Coacción moral o psicológica en el CPP de 1982	328
2.3.2. Coacción moral o psicológica en el CPP de 2007	329
2.4. MIEDO INSUPERABLE	332

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I. ASPECTOS ESENCIALES EN TORNO AL ERROR 334

1. CONCEPTO DE ERROR	334
2. ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO	336
3. LAS TEORÍAS DEL DOLO Y LA CULPABILIDAD	338
4. TOMA DE POSICIÓN	345

CAPÍTULO II. CONSIDERACIONES SOBRE EL ERROR DE TIPO 347

1. EL ERROR DE TIPO	347
1.1. El error de tipo vencible o evitable	350
1.2. El error de tipo invencible o inevitable	351
2. CASOS DE ERROR DE TIPO	352
2.1. Error sobre el objeto (<i>error in objecto vel in persona</i>)	352
2.2. <i>Aberratio ictus</i> (error en el golpe o desviación en el golpe)	354
2.3. Error sobre la relación de causalidad	359
2.4. <i>Dolus generalis</i>	361
2.5. El error inverso o al revés	364
2.6. El error sobre los elementos normativos y la ley penal en blanco	366
3. EL ERROR DE TIPO EN EL CPE	367

CAPÍTULO III. EL ERROR DE PROHIBICIÓN	373
1. NOCIÓN	373
2. EL ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE O EVITABLE	375
3. EL ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE O INEVITABLE	377
4. VENCIBILIDAD E INVENCIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN	378
5. EL ERROR DE PROHIBICIÓN AL REVÉS	386
6. EL ERROR EN LA EXISTENCIA Y LÍMITES DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	387
7. EL ERROR EN LOS PRESUPUESTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	387
8. REGULACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL CPE	390
CAPÍTULO IV. OTRAS MODALIDADES DE ERROR	393
1. EL ERROR DE SUBSUNCIÓN	397
2. EL ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO	398
3. EL ERROR SOBRE LA PUNIBILIDAD	403
CAPÍTULO V. EL ERROR EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA	407
1. CÓDIGO PENAL DE 1916	407
2. CÓDIGO PENAL DE 1922	408
3. CÓDIGO PENAL DE 1982	410
4. CÓDIGO PENAL DE 2007	413
5. TOMA DE POSICIÓN	418

CAPÍTULO VI. EL ERROR SOBRE LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN	421
1. INTRODUCCIÓN	421
2. NATURALEZA JURÍDICA	424
3. CONTENIDO DEL ERROR SOBRE LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN	426
4. ALTERNATIVAS	427
5. TOMA DE POSICIÓN	432
CONCLUSIONES	439
BIBLIOGRAFÍA	455
ANEXO I. Código Penal de Panamá (parte general)	466

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ACCP	Antiguo Código penal panameño
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil de 18-8-1896-RGBI,195)
CEDH	Convención Europea de los Derechos Humanos
CE	Constitución española
Cfr.	Confrontar
CPE	Código penal español
CPP	Código penal panameño
ED	Edición
StGB	Código penal alemán
SS	Siguientes
STS/SSTS	Sentencia (s) del Tribunal Supremo Español
TS	Tribunal Supremo Español
Vid.	Véase

INTRODUCCIÓN

El error contiene amplias y profundas repercusiones en la teoría del delito, en atención a que incide, en alguna u otra medida, en las diferentes categorías que integran el ilícito penal. En este sentido, el error tiene injerencia en el tipo, pues es posible que el agente desconozca uno de los elementos que lo conforman. El error es relevante dentro del marco de la justificación, dado que el sujeto puede cometer algún yerro relacionado con las causas de justificación, bien en su existencia o en sus presupuestos. En sede de culpabilidad, también tiene ocasión el error, en vista que el agente puede equivocarse en torno al conocimiento de la condición antijurídica de la conducta, e incluso podría sobrevenir algún yerro sobre las causas de exculpación, al tiempo en que tenga lugar una errática representación de los presupuestos que las conforman. De igual forma, el error tendría alguna trascendencia en la punibilidad, al menos según un sector de la doctrina.

Con base en lo expuesto, resultan evidentes las importantes influencias del error dentro de la teoría del delito, pues los resortes sobre los cuales se sustenta deben ser, necesariamente, tomados en consideración al tiempo en que se examinan las categorías del delito, en consecuencia, el estudio del error resulta una tarea de considerable entidad, al tiempo en que se examina el delito.

El examen del error resulta, igualmente, de considerable entidad, puesto que se advierten importantes discusiones en cuanto al yerro sobre los presupuestos de una causa de justificación, lo cual ha generado importantes debates en la doctrina, pues se estima se trata de un error de tipo y en otros casos error de prohibición. De igual forma, se advierten asuntos de relevancia en cuanto a las repercusiones del error sobre las causas de exculpación, en consecuencia, el estudio del error adquiere mayor trascendencia, debido a las cuestiones planteadas.

Para los efectos de esta investigación, se examinan los aspectos esenciales de la antijuricidad y la culpabilidad, y en alguna medida de la tipicidad, en razón que el error influye en cada una de éstas. En adición, este estudio es importante, porque se establecen las diferencias que existen entre tales categorías, lo cual es fundamental en atención a que, al menos en la legislación española no se fijan las eximentes que justifican y las que exculpan, por tanto, la ponderación realizada permite contar con un panorama más claro en este sentido. De estos aspectos nos ocupamos en la primera parte.

Siguiendo con lo expuesto resulta relevante, en cierta medida, atender a las categorías que conforman el delito, por tanto, en la primera parte hacemos mención de algunos aspectos relacionados con la antijuricidad, así como su relación con la tipicidad y contenidos. En adición, se examina la justificación y para ello se estudia su fundamentación, efectos y la distinción con la exculpación, entre los temas más relevantes.

También hemos desarrollado, en la primera parte, cuestiones relacionadas con las causas de justificación y exculpación en el ordenamiento jurídico español, tarea que resulta de superlativa importancia, debido a que el Código penal español, como se mencionó, no realiza una distinción entre las eximentes que justifican y aquellas que exculpan, de tal modo que la jurisprudencia y la doctrina se han dado a la tarea de establecer las delimitaciones del caso. En este sentido, importa destacar que hemos hecho particular mención al estado de necesidad, en vías de ofrecer las diferentes posturas en torno a la naturaleza de tal eximente, las cuales pasan por considerar bien que se trata de una causa de justificación o de exculpación, según la condición de los intereses que colidan; o bien eximente justificante en todo momento, sin que resulte relevante la identidad de los intereses que colisionen.

El último tema que se aborda en la primera parte se trata de las causas de exculpación en la legislación panameña. Vale mencionar que no hemos hecho referencia a las causas de justificación en el ordenamiento panameño, debido a que el asunto medular que nos atañe, dentro del marco del error, se trata del yerro sobre las causas de exculpación, por ende, la referencia a las eximentes justificantes no viene al caso. Aquí conviene tener presente que al tiempo de examinar la situación de las eximentes en el ordenamiento español, se hizo referencia a las causas de justificación, empero ello se debe a la estructura del estatuto español que no contiene una clara distinción entre justificantes y exculpantes, lo cual no ocurre en Panamá.

La segunda parte está reservada para el error. En esta dirección, se aborda la plataforma del error desde sus iniciales perspectivas, es decir, el error de hecho y error de derecho, así como las teorías del dolo y la culpabilidad, en atención a que han permitido sentar las bases del estudio del error. Luego hacemos amplias referencias al error de tipo y de prohibición, tanto en el ordenamiento penal español, como en el panameño, pero con mayor inclinación al error en los presupuestos sobre las causas de justificación,

puesto que en torno a este tema se advierten amplias discusiones, en atención a que algunos estiman se trata de un error de tipo y otros consideran que es un error de prohibición. De igual forma, nos ocupamos de otras modalidades de error: de subsunción, sobre la punibilidad, culturalmente condicionado, todo esto para ampliar el tema.

De igual forma, se examina el error sobre la exculpación. Así, se estudia la naturaleza jurídica, en vías de establecer si se trata de un error de tipo, de prohibición, o de un error con autonomía. Además, se ha examinado el contenido del error sobre la exculpación, es decir, los puntos que deben ser atendidos. También hacemos mención de las alternativas a las cuales se podría recurrir al tiempo en que sobrevenga un error de exculpación, tanto en derecho penal español como panameño. Este error se analiza con atención, en razón del escaso desarrollo que existe sobre el tema en España y Panamá.

Por último, vale destacar que en este trabajo nos dirigimos a estudiar las cuestiones planteadas desde dos perspectivas. La primera de ellas se trata de la legislación penal española, la cual tomamos como referencia, debido al amplio desarrollo de la teoría del delito en el CPE y en su doctrina. La segunda perspectiva es el ordenamiento panameño, en atención a que es nuestro contexto inmediato. Sin embargo, también hacemos referencia a la regulación alemana, en razón de las importantes contribuciones que se han realizado desde de la dogmática de ese país.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I. LA ANTIJURICIDAD

1. GENERALIDADES

El delito es uno de los objetos de estudio más relevantes en el marco del Derecho penal¹. En este sentido, los esfuerzos de la doctrina se han dirigido, entre otros puntos, a examinar las categorías que integran el delito desde diversos ámbitos. Así, algunos autores conceden suma importancia a la acción, como acontece con los partidarios de la teoría finalista,² y los seguidores del sistema clásico. Sin embargo, esta línea de pensamiento ha encontrado resistencia por algún sector que estima la noción de delito no precisa de la acción, de tal modo que basta la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad³. Aquí conviene tener presente que algunos estiman que la punibilidad también representa un componente del delito, es decir, que las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, igualmente, integran el ilícito.

Para los efectos que nos ocupan, en este epígrafe verificamos aspectos relacionados con la antijuricidad, debido a que el error incide de manera relevante sobre esta categoría. En atención a ello se examinarán algunos aspectos relacionados con este

¹ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Barcelona, 2015, pp. 146. Este autor también sostiene que la pena y las medidas de seguridad constituyen los otros puntos de los cuales se ocupa el Derecho penal con mayor detalle.

² WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 2ª edición castellana, traducción de BUSTOS RAMÍREZ/ YAÑEZ PÉREZ, Santiago de Chile, 1976, pp. 73. Para WELZEL una acción propicia un delito en el caso que transgreda el ordenamiento que aparece en los tipos penales y en el evento que pueda serle reprochada a su autor por vía de culpabilidad. Además, sostiene que los atributos que dan pie a que una acción se transforme en delito son: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

³ De esta opinión, QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho. Parte General*, Pamplona, 1999, pp. 257 y ss. Según estos autores es posible prescindir de la acción dentro de la teoría del delito, pues basta que la conducta sea típica. Agregan que la discusión en torno a la acción, desde la perspectiva naturalista que siguió la teoría clásica, o del ontologismo que orientó al finalismo, dejó de lado otros problemas de suma entidad dentro del marco del Derecho penal, así, por ejemplo: el bien jurídico, la pena o la culpabilidad. También CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General*, volumen 2, Madrid, 2009, pp. 414 y 415 es de la opinión que en la construcción de la teoría del delito es posible soslayar la acción y tomar en consideración la tipicidad como punto de partida. Lo cierto es que existe coincidencia que la antijuricidad forma parte del delito.

elemento de delito.

Así, en este punto se desarrollan diferentes aspectos relacionados con la antijuricidad, en vías de tener un panorama bastante claro en torno a la noción, antecedentes y puntos vinculados con esta categoría del delito. El ejercicio es indispensable, porque en este trabajo se analizan algunas de las circunstancias eximentes previstas en el artículo 20 del CPE, con el fin de determinar cuales de estas pueden ser consideradas causas de justificación y en qué casos se está frente a eximentes que exculpan; en consecuencia, conviene tener presente la teoría de la antijuricidad, para establecer la naturaleza de las eximentes que se acomodan al aludido elemento del delito, por vía de causas de justificación; es decir, aquellas en las cuales la conducta de la persona no se opone al ordenamiento jurídico, pese a que se estima como típica. En su momento, particularmente en el capítulo II se expondrán algunos temas que se relacionan con la culpabilidad, con el propósito de determinar las eximentes que se estiman como causas de exculpación. Las reflexiones en torno a la antijuricidad también permiten elaborar distinciones entre causas de justificación y exculpación, la cual es fundamental dentro de esta investigación, porque sobre ellas recae el error en diferentes sentidos.

El término antijuricidad proviene del alemán *rechtswidrigkeit*, es decir, lo contrario a derecho⁴. Esta categoría conlleva una serie de normas que se consideran primarias y que fijan prohibiciones dirigidas a garantizar la vida en sociedad. Esas normas deben proporcionar las condiciones para que la convivencia sea pacífica. En contraposición, se encuentran normas de carácter secundario que contienen autorizaciones que el legislador concede al ciudadano en situaciones particulares⁵.

Se ha entendido que la antijuricidad es una característica de la acción típica. También se estima que una conducta es antijurídica en el caso que no exista causa de justificación que ampare al sujeto⁶.

La determinación de las conductas que se estiman antijurídicas es una

⁴CURY URZÚA, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 2ª edición, 1991, Santiago de Chile, pp. 347.

⁵CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp.745.

⁶ROXIN, *Derecho Penal. Parte General, tomo II*, traducción a la 2º edición alemana por LUZÓN PEÑA/ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, Madrid, 1996, pp. 557.

consecuencia del proceso de selección que adelanta el Derecho penal, a través de la tipicidad. En este sentido, la figura que nos ocupa estriba en una contradicción entre el ordenamiento jurídico y la acción del autor. La antijuricidad radica, entonces, en una lesión de un bien jurídico, (desvalor del resultado), o una puesta en peligro de un bien jurídico, (desvalor de la acción)⁷.

Está claro que la categoría del delito examinada, se encuentra en íntima relación con los otros elementos del ilícito, en consecuencia, en las siguientes líneas se realiza una revisión de los puntos que existen en común entre la antijuricidad y la tipicidad, en vía de contar con un panorama más claro en torno a tales categorías.

Realizado el recuento correspondiente, conviene analizar la relación existente entre el tipo y la antijuricidad, debido al estrecho vínculo que se advierte entre ambas. Como punto de partida, se advierte que BELING, que formuló el concepto moderno de tipo, entendía que la antijuricidad era independiente del tipo. Esto implicaba que la concurrencia de la tipicidad no daba lugar a considerar que el hecho presentaba desvaloraciones jurídicas, en consecuencia, la tipicidad no acarreaba antijuricidad, pues podían surgir causas de justificación, de tal suerte que frente a este panorama el hecho no es antijurídico⁸.

La posición sostenida por BELING fue matizada por la formulación neokantiana, dado que se consideró que la tipicidad es necesaria para que concurra la antijuricidad⁹. Según esta postura se estimó que la tipicidad no podía ser independiente

⁷MUÑOZ CONDE, *Teoría General del delito*, 4ª ed., 2007, pp. 97 y 98. En términos similares, se pronuncian JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., traducción de OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, pp. 249 y 250 quienes entienden que la antijuricidad es contraposición al ordenamiento jurídico. Estos autores sostienen que la norma jurídica pretende un hacer positivo, en concreto, suministrar socorro al ciudadano, en la medida que afecten un bien jurídico. En torno a la tutela de bienes jurídicos, se discute si el Derecho penal debe perseguir tal finalidad. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 250 estiman con base en el principio de lesividad que el Derecho penal propende la protección de bienes jurídicos, debido a que se produce una afectación a un valor establecido en la Constitución, bien directa o indirectamente y se reacciona por medio de la norma penal y a través de un mecanismo constitucionalmente comprensible. Con relación a este punto también coinciden, JESCHECK/WEIGEND en *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 250, al menos en cuanto a la tutela de bienes jurídicos por parte del Derecho penal. Una posición contraria a la mencionada es defendida desde el funcionalismo por JAKOBS, como expone POLAINO NAVARRETE en *Derecho penal, parte general*, tomo I, 6ta edición actualizada, Barcelona, 2008, pp. 139, quien considera que la defensa de la vigencia de la norma es la dirección que debe seguir el Derecho penal.

⁸MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 160.

⁹LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español*, 7ª ed., Madrid, 2004, pp.

de la categoría en mención. Así, se advierte que, ante una conducta típica, desde la perspectiva penal, da lugar a la realización del tipo¹⁰.

Las líneas de pensamiento expuestas han sido objeto de desarrollo desde el finalismo y la teoría de los elementos negativos del tipo. Así, se discute si la tipicidad es *ratio essendi o ratio cognoscendi* de la antijuricidad. A continuación, nos ocupamos de los planteamientos defendidos por ambas posturas.

Para el finalismo la tipicidad es *ratio cognoscendi* de la antijuricidad¹¹. Esto significa que el tipo constituye un indicio de antijuricidad. La tipicidad es una categoría independiente de la figura que acapara nuestra atención, de manera que debe entenderse que no todas las acciones típicas son antijurídicas. Se trata de una posición cercana al planteamiento de BELING, salvo que los finalistas introducen en el tipo aspectos subjetivos y que tienen un alcance valorativo. Según WELZEL, aunque concurra alguna causa de justificación, el hecho no perderá su condición de típico y, por ende, antinormativo¹².

En sentido contrario, la teoría de los elementos negativos¹³ del tipo estima que la tipicidad es siempre *ratio essendi* de la antijuricidad. Esto implica que la tipicidad conlleva, en todo caso, antijuricidad, de tal manera que la concurrencia de causas de justificación da lugar a la exclusión de la tipicidad. Según esta teoría, el tipo se divide en

243 sostienen que para MEZGER uno de los partidarios de esta teoría, la tipicidad es un factor que da lugar a la antijuricidad.

¹⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 158.

¹¹ De esta posición es MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 57. Según este autor el tipo siempre ocupa una función *ratio cognoscendi*, es decir, indicia de la antijuricidad, lo cual implica que no debe ser considerado como *ratio essendi*. Expone que en el caso que sobrevenga alguna causa de justificación, esto da lugar a la exclusión de la antijuricidad, pero no del tipo. Además, afirma que en el tipo se encuentran los elementos del comportamiento prohibido, sin embargo, en ocasiones debe el juez indagar sobre éstos fuera del tipo, como ocurre, por ejemplo, en los tipos imprudentes, los cuales son abiertos y precisan que el operador del sistema acuda a otros criterios para determinar si hubo infracción al deber de cuidado.

¹² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 164 y 165. Conforme a la posición defendida por el finalismo el delito participa de una estructura tripartita de manera que se trata de una “acción, típica, antijurídica y culpable”.

¹³ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁSQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 244, expresan que esta teoría fue diseñada por ADOLF MERKEL y tiene hoy día pocos adeptos. En este sentido sostienen que en España aparecen como partidarios de esta teoría GIMBERNAT y LUZÓN PEÑA, en tanto, que en Alemania es seguida por SCHÜNEMANN, ARTHUR KAUFMANN, ENGISCH, por mencionar algunos. Según estos autores tipicidad y antijuricidad implican una misma categoría que conforma el tipo positivo, de tal suerte que ambas se concentran en el injusto que contiene elementos que sirven para determinar que el comportamiento es contrario al ordenamiento.

tipo positivo y negativo. La parte positiva del tipo dice relación con los aspectos que sostienen el tipo de forma positiva. En tanto que el tipo negativo precisa que no se adviertan causas de justificación¹⁴.

Los partidarios de la teoría que acapara nuestra atención, sostienen que al momento que tiene lugar una causa de justificación se excluye el dolo del autor. Esta cuestión, a juicio de CUELLO CONTRERAS, da pie a considerar que el dolo determina la concurrencia de la causa de justificación¹⁵.

La teoría de los elementos negativos del tipo ha sido objeto de sendas críticas. En este sentido, WELZEL sostiene que no toma en cuenta las condiciones particulares que le asisten a la tipicidad y a la antijuricidad, las cuales no permiten que ambas se consideren en una categoría¹⁶.

Las causas de justificación buscan resolver circunstancias que acontecen en la sociedad y que precisan de valoraciones particulares. En este sentido, al tiempo en que acontece una causa de justificación se advierte que la tutela del bien jurídico retrocede, y se da paso al reconocimiento de otro bien que es, igualmente, protegido por el ordenamiento. Se ha considerado que estas circunstancias no constituyen elementos del tipo, como pretende la teoría de los elementos negativos del tipo¹⁷.

Otra censura dirigida contra la teoría de los elementos negativos del tipo sostiene que los componentes que delimitan el tipo y las causas de justificación son distintos, en consecuencia, no resulta dable fundirlos en una categoría. Así, se considera que la acción atípica no conlleva una pena, puesto que se ha estimado que no contiene

¹⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 168.

¹⁵ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*cit., pp. 759. Este autor sostiene que SILVA SÁNCHEZ ha limitado los efectos de la teoría de los elementos negativos del tipo, puesto que en el caso que el sujeto proceda con duda en torno a la concurrencia de una causa de justificación, entonces, no podría serle aplicada la misma.

¹⁶ WELZEL, *Derecho Penal Alemán...*, cit., pp. 118. Este autor basa su posición a partir de la siguiente formulación: “la existencia de la legítima defensa tiene, según esa doctrina, la misma significación que la ausencia de una característica del tipo: no habría diferencia entre dar muerte a un hombre en legítima defensa y dar muerte a un mosquito”. En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, volumen II, Madrid, 1999, pp. 19 expresan que la teoría de los elementos negativos llega a la inaceptable conclusión que el hecho de dar muerte a una persona, amparado por una causa de justificación, debe entenderse como atípico, es decir, sin relevancia para el Derecho penal, lo cual es contrario a la concepción del Estado democrático que entiende a la vida como un valor esencial.

¹⁷ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 267 y 268.

relevancia para el Derecho penal. En sentido contrario, al tiempo que concurre una causa de justificación se realiza un tipo penal, pero no es objeto de sanción, en razón que no expresa un injusto material¹⁸.

Igualmente, a la doctrina en cuestión se le ha censurado debido a que le atribuye cualidades al tipo que no se corresponden con su naturaleza. Esto es así, porque en atención a la línea de pensamiento que desarrolla esta teoría, podría llegarse a la conclusión que a las personas les está dado acabar con la vida de sus semejantes, sin que ello tenga mayores repercusiones por tratarse de hechos sin relevancia para el Derecho penal, por ser atípicos¹⁹.

LUZÓN PEÑA, partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, sostiene que las causas de atipicidad deben entenderse en dos sentidos. En primer término, se encuentran aquellas circunstancias que excluyen la tipicidad en sentido estricto, de tal suerte que no corresponde realizar ninguna otra ponderación, en atención a que la conducta no tiene relevancia jurídica y, por ende, no cuenta con mayor incidencia en el Derecho penal²⁰. En cambio, existen comportamientos que si tienen injerencia en materia penal, sin embargo, no son de tal entidad para dar lugar a una conducta típica y antijurídica²¹.

¹⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 268. Estos autores adversan la teoría de los elementos negativos del tipo, sin embargo, apuntan que, en ocasiones, se encuentran elementos en el tipo que pueden ser considerados como negativos. Como ejemplo se cita el castigo que se le aplique a quien “sin motivo razonable” mate a un animal vertebrado. Sobre este punto, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 99, afirman que en el ordenamiento se encuentran normas permisivas y prohibitivas y que son independientes entre sí, de tal suerte que ello permite establecer las diferencias pertinentes entre la tipicidad y la antijuricidad. Con base en el planteamiento expuesto estos autores sostienen que la tipicidad es *ratio cognoscendi* y no *ratio essendi* de la antijuricidad.

¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 20.

²⁰ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General, Colombia*, pp. 558 y ss. En cuanto a las causas estrictas de tipicidad, es decir, de conductas que no tienen relevancia para el Derecho penal, se observa que LUZÓN PEÑA se refiere al consentimiento, dado que en algunos casos la voluntad del sujeto pasivo da lugar a la exclusión del tipo indiciario, como por ejemplo el hurto con la aquiescencia del propietario de la cosa, dado que ante este supuesto no se lesiona el derecho a la propiedad. En este sentido, también considera la adecuación social, como ocurre en las intervenciones quirúrgicas. Estima, de igual forma, como causas de atipicidad el caso fortuito y la falta de uno de elementos que integran el tipo penal.

²¹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 563 y ss. Este autor asegura que la doctrina dominante se ha ocupado de la atipicidad en el sentido de aquella conducta que no es relevante para el Derecho penal, sin embargo, estima que existen causas que integran la parte negativa del tipo, esto de atipicidad penal o de exclusión de la tipicidad. Así, sostiene que, si bien el comportamiento conlleva una puesta en peligro de un bien jurídico o su efectiva afectación, empero no resulta de considerable entidad, en consecuencia, la conducta no es típica y antijurídica desde la perspectiva penal. LUZÓN PEÑA cita como causas de atipicidad o exclusión penal el principio de insignificancia, en el cual la relevancia del

2. CONTENIDO DE LA ANTIJURICIDAD

2.1. Antijuricidad penal

Se discute si la antijuricidad debe entenderse como penal²², es decir, vinculada con esa parcela del derecho, o bien tiene connotaciones que inciden en todo en el ordenamiento jurídico²³. Para enfrentar el tema se plantean dos posiciones: a) los permisos que se conceden en ramas del derecho, verbigracia el Derecho civil, administrativo, por mencionar algunos, dan lugar a dejar sin efecto la antijuricidad de un comportamiento típico; y b) las conductas que son prohibidas en otras ramas del derecho, implicarían en todo caso un injusto penal.

ROXIN expresa que en el primer supuesto es necesario acatar las autorizaciones que se prevén en otras ramas del derecho en materia penal. Conforme expresa ROXIN no tiene sentido que en el ordenamiento jurídico se contemplen algunos permisos y no sean admitidos en sede penal, solo por el hecho que no se trata de figuras que están previstas en el Derecho penal de forma directa²⁴.

La segunda cuestión que se planteó en torno a la unidad de la antijuricidad encuentra acogida en la doctrina dominante, es decir, que se estima en efecto las prohibiciones en otras esferas del derecho son extensibles a sede penal. No obstante, desde el punto de vista políticocriminal se concluye que no resulta correcto castigar, en sede penal, conductas que son prohibidas en otras parcelas del ordenamiento. Esto es así porque el Derecho penal no debe seguir, de manera inexorable, las prohibiciones que tienen lugar en otras ramas del derecho, dado que los efectos jurídicos que se toman en cuenta en cada una de las ciencias jurídicas son diferentes²⁵.

injusto es mínima; la tolerancia social, lo cual implica que se trata de comportamientos que dentro de la sociedad son admitidos.

²² Con respecto a este tema ZAFFARONI en *Manual de Derecho...*, cit., pp. 477 y 478 sostiene que la antijuricidad no es un concepto, exclusivamente, penal. Aduce que la esta categoría proviene de todo el ordenamiento jurídico.

²³ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 569 y 570. Según este autor se trata de un tema que no encuentra solución pacífica en la doctrina, puesto que el debate es intenso, pues se considera que la antijuricidad debe comprenderse de manera unitaria, es decir, entendible a todas las ramas del derecho o si corresponde realizar un ejercicio fragmentado que se refiere a cada parcela del derecho.

²⁴ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 570.

²⁵ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 570. Sobre este tema ROXIN expone que el uso de la

ROXIN concluye que es necesario reconocer una antijuricidad de carácter penal, debido a que los efectos que la ley dispensa para distintos comportamientos son distintos. Así, expone que en algunos casos habrá consecuencias civiles o administrativas para determinados asuntos, no obstante, en materia penal la conducta puede que no genere mayores repercusiones. Sin embargo, este autor introduce algunos matices, debido a que estima si bien es posible encontrarse frente a un injusto exclusivamente penal, pero esto ocurre en pocas ocasiones. Además, afirma que gran parte de las causas de justificación provienen de otras parcelas del derecho y que, claro está, no integran el Derecho penal²⁶.

MIR PUIG estima que la figura que nos ocupa debe entenderse como penal. Según este autor la antijuricidad general debe distinguirse de aquella que tiene connotaciones penales. Para MIR PUIG el carácter penal de la antijuricidad se desprende de la tipicidad penal que, desde luego, tiene fundamentos penales²⁷. En sentido contrario, esta categoría se entiende como contrariedad a todo el ordenamiento jurídico, lo cual implica una ponderación que no es exclusivamente penal.

Desde una perspectiva políticocriminal, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE afirman que, en algunos supuestos, es posible prescindir de la intervención del Derecho penal, aun cuando para otras ramas del ordenamiento jurídico la conducta sea relevante. Así las cosas, la antijuricidad penal no conllevará en todo caso

fuerza por parte de un funcionario puede admitirse si existe una norma de Derecho público que lo faculte para tales efectos, sin embargo, en el Derecho penal, a pesar que no concurra tal autorización por parte del Derecho público, bien puede conceder un beneficio que dé lugar a la exclusión del injusto, por ejemplo, si concurre alguna causa de justificación. También sostiene que el consentimiento de un menor sobre daños causados a un artículo de su propiedad, si bien genera la obligación de reparar el daño, en la esfera penal podría dar lugar a que se conceda una causa de exclusión del injusto, siempre que se determine que hubo capacidad de comprensión. La postura de ROXIN es objeto de críticas por parte de BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE en *Lecciones de Derecho volumen II...*cit., pp.102. Según estos autores el caso del menor de edad no se relaciona con la antijuricidad, más bien se trata de una situación de atipicidad. En cuanto al ejemplo del servidor público opinan que se está frente a valoraciones distintas que tienen lugar en diferentes parcelas del derecho.

En un sentido parecido al que expone ROXIN se pronuncia WELZEL en *Derecho Penal Alemán...*, cit., pp. 77 y 78 asegura que si bien la antijuricidad, en términos generales, implica una infracción al ordenamiento, existen algunas conductas que tienen incidencia en sede penal, empero no producen efectos en otros escenarios jurídicos y viceversa. Así afirma que la perturbación de la posesión tiene efectos civiles, no obstante, no produce repercusiones en el Derecho penal, en cambio la tentativa tiene relevancia en Derecho penal, pero no en materia civil. Concluye que existe un injusto penal, como también lo hay para efectos civiles, administrativos, etc.

²⁶ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 572.

²⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 150.

antijuricidad en otras parcelas del ordenamiento y viceversa²⁸.

Nos parece que la posición que entiende la categoría en cuestión tiene connotaciones penales resulta correcta, debido a que si bien esta implica contradicción con el ordenamiento jurídico, lo cual conllevaría una unidad en cuanto a esta figura. También es necesario tener presente que no toda conducta que sea contraria al ordenamiento jurídico involucra la infracción al Derecho penal. Esto da lugar a considerar que, en efecto, se advierte una antijuricidad de carácter penal que se refiere, exclusivamente, a cuestiones de naturaleza penal.

En abono a lo expuesto en el inciso superior, es necesario tomar en consideración los principios de mínima intervención y fragmentariedad, en atención a que de estos se desprende que sólo merecen tutela penal aquellos bienes jurídicos contra los cuales se dirigen ataques de relevancia, lo cual excluye el resto no serán antijurídicos, desde la perspectiva penal ²⁹.

2.2. Desvaloración del acto y del resultado

Dentro de otro contexto, en la doctrina se ha planteado la discusión de la desvaloración del acto y la desvaloración del resultado³⁰. El desvalor de la acción dice relación con la manera y modo en que tiene lugar el delito y consiste en las formas externas de la conducta del sujeto, así como también de las condiciones de su persona, por tanto, se advierte desvalor de la acción relativo al hecho y al autor. De otra parte, el desvalor del resultado se trata de la lesión o puesta en peligro del bien tutelado para

²⁸ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 102 y 103.

²⁹ AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Madrid, 1999, pp. 217.

³⁰ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 332, aduce en el injusto se advierte una ponderación negativa tanto del desvalor de la acción, como del resultado. Expresa que la concepción dominada por la doctrina clásica entendía que debía predominar la desvaloración del resultado, esto es los elementos objetivos que conllevan se cause una consecuencia indeseable para el ordenamiento jurídico, en tanto que el finalismo puso el acento en la desvaloración del acto. Añade que la desvaloración del resultado implica la causación de una consecuencia, que debe ser imputable objetivamente y que el resultado ocasionado se califique como disvalioso, sin embargo, será necesario verificar si concurre alguna causa de justificación, debido a que si esto es así entonces el resultado no será disvalioso. Este autor sostiene que el desvalor del resultado puede tornarse más intenso si es que tiene lugar alguna condición particular prevista en el tipo o si es que sobreviene alguna circunstancia agravante. En sentido contrario, también tener lugar una disminución del desvalor del resultado, como por ejemplo en los casos en que se produce un daño reducido.

cada caso en particular³¹.

La antijuricidad tiene un sustrato objetivo y otro subjetivo en la medida que el ordenamiento debe ocuparse de ordenar la colectividad, es decir, se dirige a motivar a las personas para acatar la norma, lo cual se verifica, en sede penal, por la amenaza de la pena. Pero también conlleva un juicio de valor que se relaciona con la contradicción entre una conducta y la norma³².

Se ha desarrollado la posición monista que entiende que la norma contiene un juicio objetivo de valor, de manera que la antijuricidad se basa solo en aspectos objetivos, esto es la lesión de bienes jurídicos o su puesta en peligro. Conforme a esta teoría la voluntad del individuo se pondera en sede de culpabilidad, de tal suerte que el desvalor del resultado ocupa un rol de considerable entidad³³.

En otra línea de pensamiento, se observa que otro sector defiende la teoría del injusto personal que entiende el punto medular del injusto está compuesto por el desvalor de la acción, lo cual implica el desvalor del resultado no integra el contenido del injusto. Los efectos prácticos de esta posición dan lugar a que no se adviertan diferencias entre la tentativa y la consumación, debido a que lo relevante se trata del desvalor de la acción; y también en que se desvanecen la distinción entre la efectiva lesión a un bien jurídico y la puesta en peligro³⁴.

³¹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 257. Conforme a lo que expresan estos autores tanto el desvalor de la acción y el resultado integran el injusto tanto de acción como de resultado. En esta dirección, exponen que en el injusto de acción se advierten elementos personales. Se considera que dentro del injusto de acción personal se observan los siguientes puntos: a) elementos objetivos de la autoría. Los cuales circunscriben a un grupo de personas la comisión del delito, (por ejemplo el sujeto que interviene en el delito de prevaricato); o en casos en que ciertas personas son sancionadas de forma más enérgica, (como en algunas modalidades de apropiación indebida); b) elementos subjetivos del injusto que determinan la voluntad de la acción se dirige contra el bien jurídico, para de esa forma conceder a la caracterización externa prevista en el tipo el desvalor interno; c) Se discute si el dolo debe integrar el tipo de acción. Para los finalistas, como para aquellos que defienden la teoría de la acción social el dolo pertenece al injusto típico de la acción, puesto que si el tipo delimita la acción prohibida también debe comprender los acontecimientos finales que persigue el sujeto, entre los cuales se encuentra el dolo.

³² QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 286.

³³ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp.287. Conforme exponen estos autores esta posición es criticada debido a que no toma en cuenta la voluntad del sujeto, que en buena parte de las veces da lugar a que concurra la tipicidad y el injusto.

³⁴ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 288. Estos autores sostienen que ambas posiciones pierden un tanto su vigencia frente a los delitos imprudentes en los cuales lo relevante estriba en determinar si hubo una infracción a una norma de cuidado.

Las críticas en contra de las posturas que sitúan al desvalor del acto o del resultado como fundamentos del injusto han motivado a que se estime que ambos deben considerarse como bases del injusto, por cuanto comportan aspectos que le proporcionan sentido al injusto, puesto que el desvalor de la acción conlleva la manera de llevar a cabo el hecho; en tanto que el desvalor del resultado implica la afectación de un bien jurídico³⁵.

Para los partidarios de la teoría de la acción final el desvalor de la acción da lugar a sustentar el injusto, en tanto que el desvalor del resultado no tiene mayores implicaciones. El finalismo estima que el resultado implica una condición objetiva de punibilidad³⁶. Este planteamiento fue desarrollado, inicialmente, por GERMANN quien sostenía que no tenía sustento la emisión de una orden dirigida a que el hombre no matará a otro, dado que la realización de resultados está sujeto a una serie de factores que no pueden ser controlados por el individuo, por tanto, en todo caso corresponde ordenar al sujeto que no quiera llevar a cabo el resultado³⁷.

Como afirman JESCHECK/WEIGEND existen algunos delitos en los cuales el injusto se condiciona por la manera y forma de comisión y no, exclusivamente, por la sola puesta en peligro o la efectiva lesión del bien jurídico, (desvalor del resultado). Así, sostienen que en los delitos contra la propiedad tiene lugar la tutela solo ante determinadas formas de agresión. Esta situación también ocurre en los delitos de tráfico

³⁵ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 291. Según estos autores ambas figuras son importantes dentro del injusto, puesto que la desvaloración del resultado debe estar precedido de la desvaloración de la acción.

³⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 256 y 257. Estos autores discrepan de la posición finalista, por cuanto sostienen que el injusto no debe ser concebido sólo como una contraposición a lo establecido en la norma, dado que también debe ser entendido como el perjuicio que padecen tanto el sujeto pasivo como la colectividad. También afirman que, desde la perspectiva politicocriminal, la postura defendida por el finalismo no resulta correcta, puesto que en los delitos imprudentes la sola infracción al deber de cuidado daría lugar al delito culposo, sin que concurra ningún resultado. En esta línea de pensamiento aducen que en los delitos dolosos se estaría en un mismo plano la consumación y la tentativa acabada.

³⁷ STRATENWERTH, *Disvalor de la acción y disvalor del resultado en el Derecho Penal*, 2ª ed., traducción de SANCINETTI/ ZIFFER, Buenos Aires, Argentina, 2006, pp. 38. Conforme expresa STRATENWERTH la posición que le concede mayor relevancia al disvalor de la acción acarrea como consecuencia que la realización del resultado no puede formar parte de la materia del mandato, puesto que sólo resulta posible la prohibición de la acción dirigida a realizar el resultado. Esto implica que la norma que se utiliza como parámetro del comportamiento humano no se relaciona con lo objetivo, sino que debe ponderar situaciones vinculadas con el autor. STRATENWERTH concluye que es necesario tomar en cuenta no sólo el comportamiento contrario a la prohibición, sino también el resultado al bien jurídico.

vial, en los cuales se precisa que exista un riesgo para la vida, además de la falta de atención de las normas que rigen la circulación³⁸.

La valoración de la conducta precisa de una ponderación *ex ante*, es decir, debe examinar un comportamiento que resulte peligroso para un sujeto promedio, en tanto, que el desvalor del resultado se trata del último de los estadios que el Derecho penal y se dirige a evitar que tenga lugar la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico. Se ha entendido que el desvalor de la conducta se trata de un requisito de la desvaloración del resultado, puesto que, si bien la antijuricidad penal es de carácter objetiva, también debe tomar en consideración el elemento subjetivo que distingue al hecho³⁹.

Tanto la desvaloración del resultado, como de la acción son de suprema importancia, por tanto, se ha considerado que no resulta correcto inclinarse por alguno de ellos. Así, se sostiene que el Derecho penal se ocupa de las acciones, no de los procesos causales, por tanto, corresponde ponderar el desvalor de la acción. Sin embargo, la base de la normativa penal descansa sobre la tutela de bienes jurídicos, lo cual implica el injusto comporta también tanto el desvalor de la acción, como el desvalor del resultado⁴⁰.

2.3. Normas de valoración y de determinación

Otro aspecto que merece la atención en este tramo se trata de las normas de valoración y de determinación. Así, se discute si las normas jurídicas constituyen normas de valoración o determinación, o incluso si puede considerarse que contienen

³⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 257.

³⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., páginas 178 y 179. En cuanto a este tema LUZON PEÑA, en *Curso de Derecho...*, cit., pp. 336 sostiene que en el caso que no haya desvaloración de la acción, dolo o imprudencia, a pesar que haya desvaloración del resultado, no concurre antijuricidad.

⁴⁰ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 248. Según estos autores en todos los delitos se advierte desvaloración del resultado ya sea porque en efecto se produce una lesión a un bien jurídico, o porque al menos tiene lugar una puesta en peligro del bien tutelado. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 103 y 104, también aducen que el injusto está compuesto por una serie de valoraciones, en concreto, la desvaloración del acto y la desvaloración del resultado. Estos autores afirman que el desvalor del acto es el punto medular de la tipicidad. Agregan que el desvalor del resultado se vincula con la lesión del bien jurídico, el cual se encuentra fuera del ámbito de la desvaloración del acto. Añaden que en vías de verificar la antijuricidad es necesario revisar todo el ordenamiento, dado que contempla normas prohibitivas y permisivas. Sostienen que la sola consideración de la desvaloración del resultado abriría, posiblemente, las puertas a la responsabilidad objetiva, pues sólo la lesión o puesta en peligro determinaría la aplicación de la pena. Exponen que se precisa de la concurrencia de la desvaloración del acto, como del resultado, pues en caso contrario da lugar a la eliminación del injusto.

ambas figuras⁴¹.

Se estima las normas jurídicas son de valoración, por tanto, el legislador regula la conducta en la sociedad por medio de pautas que se establecen para garantizar la coexistencia. Así, las normas jurídicas son juicios de valoración que contemplan comportamientos que se ajustan a derecho y otros que son contrarios al ordenamiento jurídico. Esto implica que el comportamiento de la persona se pondera por medio de la norma, de manera que el ordenamiento no contiene imperativos dirigidos a las personas⁴².

En otro orden de ideas, el ordenamiento jurídico se concibe como norma de determinación. Esto implica que la norma tiene vigencia en la culpabilidad, debido a que en esa sede puede verificarse si el individuo estuvo en posición de seguir las ponderaciones que se establecen en las normas jurídicas.

2.4. Antijuricidad material y formal

La antijuricidad no implica solamente la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico, sino que se requiere que posea otras connotaciones; es decir, que corresponde recurrir a la antijuricidad material. Conforme a esta línea de pensamiento una acción es antijurídica en el caso que se produzca una lesión o puesta en peligro de

⁴¹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp.253. En torno a este tema STRATENWERTH en *Disvalor de la...*, cit., pp. 42 y 43, refiere que las normas de valoración integran la caracterización de la conducta ilícita y tienen por objeto la acción u omisión que propicia la infracción del bien jurídico, en tanto que las normas de determinación, a juicio de STRATENWERTH, constituyen imperativos. Sobre el particular, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 339 y ss., afirma que en la doctrina se considera que las normas jurídicas constituyen imperativos, sin embargo, la discusión estriba en determinar la ubicación de tal imperativo, pues bien puede localizarse en sede de antijuricidad o en la culpabilidad. Aduce LUZÓN PEÑA que tampoco se prescinde de la condición valorativa en la norma de determinación. Según LUZÓN PEÑA la teoría de la norma de determinación ha sido seriamente criticada, porque no es suficiente para afirmar la conducta de las personas inimputables y en términos generales los inculpables, debido a que éstos no están en condición de conocer los pormenores del imperativo. En torno a este asunto menciona LUZÓN PEÑA que se formuló la teoría de la concepción subjetiva de la antijuricidad que entiende que los imperativos se encuentran dirigidos sólo a los imputables, por tanto, las personas inculpables no podrían proceder de forma antijurídica, sin embargo, esta postura ha sido cuestionada porque las normas jurídicas se dirigen a todas las personas. Para LUZÓN PEÑA la normativa penal es o norma de determinación, así como norma de valoración, puesto que la primera tiene como sustento las ponderaciones bien positivas y negativas.

⁴² JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 253. Estos autores sostienen que la argumentación desarrollada por esta teoría permite concluir que la conducta de un enfermo mental pueda considerarse como antijurídica, puesto que se estima que se ha lesionado el bien tutelado, aun cuando el individuo no pueda considerarse responsable del hecho.

un bien jurídico. La infracción que se comete, conforme manifiestan JESCHECK/WEIGEND, debe ser comprendida como la afectación al valor que precisa de tutela y que el ordenamiento protege⁴³.

La antijuricidad material⁴⁴ incide, de manera importante, en asuntos que tienen lugar en la práctica. Así, se estima que la categoría en cuestión da lugar a realizar una graduación del injusto, en atención a su gravedad⁴⁵. Esto implica que la antijuricidad material sirve de guía al legislador en la formulación de los tipos. También contribuye a la interpretación de los tipos, pues pretende que se tomen en consideración los objetivos y valores que tienen como base⁴⁶.

Se ha sostenido que en casos que no haya afectación al bien jurídico la antijuricidad material da lugar a la justificación, o más bien a la atipicidad del comportamiento, puesto que, si se acredita que no ha habido una lesión al bien jurídico protegido, lo correcto estriba en la exclusión del tipo, dado que en este caso se desvanece la misión que tiene el tipo; es decir, servir como medio de prevención.

El concepto de antijuricidad material propicia la solución de asuntos que no tienen regulación expresa, por tanto, aplica la analogía en este caso *in bonam partem* la cual es admitida, como por ejemplo en caso de atenuantes. No obstante, este último planteamiento ha sido objeto de censuras, debido a que se entiende vulnera el principio de legalidad, en la medida que se le conceden al juez amplias facultades para la elaboración de normas en materia penal⁴⁷.

⁴³JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 251.

⁴⁴ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 478 sostiene que el concepto de antijuricidad material fue entendido por von LISZT como aquello que resulta perjudicial o dañoso para la sociedad. Con respecto a este tema, von LISZT en *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 382 sostenía en cuanto a la antijuricidad formal y material lo siguiente: "1. El acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. 2. El acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad. En torno a este tema LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 326 y 327 sostiene que desde el concepto de von LISZT se entiende que el bien jurídico es previo al reconocimiento por el ordenamiento jurídico y se trata de un valor relevante para el individuo o la sociedad. Esta posición se opone a la postura, defendida por BINDING en el positivismo, que estima el bien jurídico se consagra sólo en la ley penal, lo cual implica que los bienes jurídicos son sólo aquellos identificados en la ley. En cuanto al concepto de bien jurídico LUZÓN PEÑA entiende que se trata de "condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad".

⁴⁵En torno a este tema, ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 559 sostiene que debido a esta función de la antijuricidad material es posible establecer la medida de la pena

⁴⁶JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 251 y 252.

⁴⁷QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 279.

Se observa que la antijuricidad material dice relación con la justificación del comportamiento. Esto es así porque si la conducta en realidad no implica un daño a los bienes jurídicos, entonces los propósitos que se fijó el legislador al tutelar algunos bienes retroceden. No obstante, se aduce que una justificación sustentada sólo en aspectos materiales puede dar lugar a vulnerar la seguridad jurídica, de manera que se requiere de bases sólidas que permitan concluir las razones por las cuales el comportamiento típico se considera justificado⁴⁸.

MIR PUIG expone que la antijuricidad formal⁴⁹ consiste en la contraposición entre determinado acto y el ordenamiento jurídico penal; sin embargo, estima que esto es impreciso para establecer al contenido que debe poseer una conducta para que se considere antijurídica. Esta problemática se resuelve desde la antijuricidad material que pretende establecer el contenido de los hechos para verificar si contravienen la norma. El ejercicio de ponderación que realiza la antijuricidad material es *ex post*, por vía de lesión de un bien jurídico o su puesta en peligro⁵⁰.

El bien jurídico protegido por la norma penal ocupa un rol de considerable entidad en el marco de la antijuricidad. Desde esta posición es posible estimar que existen algunos delitos que en realidad no se ocupan de la tutela de un bien jurídico, en la medida que se refieren a temas de poca trascendencia, o bien a ideologías que no

En sentido similar, MUÑOZ CONDE en *Teoría General del...*, cit., pp. 98 y 99 quien estima que en el evento que no se produzca la afectación al bien jurídico, entonces no tiene lugar la figura que nos ocupa. Así pone por ejemplo la falsificación de la firma de una persona famosa sólo por llenar un rato de ocio. También en esta dirección, ZAFFARONI en *Manual de Derecho...*, cit., pp. 478 expone que la antijuricidad material fija límites a la antijuricidad formal, debido a que la primera requiere que tenga lugar un hecho dañoso.

⁴⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 253.

⁴⁹ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 275 y 276, aseguran que para un sector de la doctrina la antijuricidad se agota en este contexto, por lo cual no es necesario realizar ningún tipo de ponderación más allá de la formalidad, por ende, esta categoría implica la obediencia al mandato de la ley. Añaden que para los partidarios de la antijuricidad formal sólo se precisa de la contradicción entre la acción y el ordenamiento, así como de la ausencia de causas de justificación. Estos autores sostienen que esta posición se opone al principio de adecuación el cual sostiene que a pesar de la oposición de una acción y la norma es posible la exclusión del injusto punible de aquella conducta que se entiende como socialmente correcta.

⁵⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 170. Para este autor la antijuricidad penal precisa de la tipicidad penal, por tanto, no toda antijuricidad comporta antijuricidad penal. Manifiesta que los tipos penales señalan lesiones o puestas en peligro como resultados que pretende evitar el ordenamiento jurídico penal en el supuesto que no tenga lugar un interés preponderante que así lo justifique. Ahora bien, el Derecho penal sólo puede pretender la prohibición de tales resultados en el caso que se establezca que el comportamiento es idóneo para que tenga lugar el resultado, (desvalor objetivo de la conducta), o que se observe dolo o culpa (desvalor subjetivo del comportamiento). Sostiene, con base en lo expuesto, que la antijuricidad material descansa en el desvalor del resultado.

precisan de la protección que dispensa el Derecho penal. También importa considerar que no todos los bienes jurídicos precisan de tutela en sede penal, dado que ello sólo tiene lugar en el caso que los otros mecanismos legales resulten insuficientes para tales efectos. En adición, el concepto de bien jurídico tiene implicaciones políticocriminales en la medida que permite establecer qué bienes resultan importantes de tutela por el Derecho penal y luego determinar en el texto sancionador las figuras correspondientes y que deben ser consideradas antijurídicas desde la perspectiva penal⁵¹.

Con todo, cierto sector de la doctrina entiende, como expone ROXIN, que no existe diferencia entre antijuricidad formal y material, pues se estima que solo existe un concepto de esta categoría del delito. Sin embargo, tal postura se considera errada porque la antijuricidad material proporciona elementos importantes para graduar el injusto, e incluso para propiciar la interpretación del tipo⁵².

Con relación a la antijuricidad material también se ha construido la teoría del espacio fuera del derecho. Se trata de una categoría en la cual el legislador se abstiene de valoraciones y le concede al sujeto la posibilidad de adoptar la decisión que estime pertinente conforme a su conciencia, como ocurre, por ejemplo, en casos relacionados con la vida, verbigracia el aborto. A esta construcción se le objeta que la libertad del sujeto no está condicionada a los poderes que el Estado pueda conferir. También se aduce que al momento en que una conducta se entiende como típica, debido a que se vulnera un bien jurídico, no es posible que el ordenamiento ceda su intervención⁵³.

CAPÍTULO II. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. GENERALIDADES

⁵¹ QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 281 y 282. Dentro de este contexto, se advierte que la antijuricidad material ocupa un rol de suma importancia, debido a que la intervención del Derecho penal debe estar supeditada a una efectiva ofensa al bien jurídico que se encuentra protegido por la norma. Así, se observan delitos en los cuales se ofenden bienes que resultan tangibles, como señalan estos autores, como por ejemplo la vida, integridad, etc.; por el contrario, otro tipo de delitos propician la afectación de bienes que inciden en la dignidad de la persona y también se cuenta con delitos de peligro en los cuales se está ante un daño que es probable y, por ende, merece la intervención del Derecho penal.

⁵² ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 561.

⁵³ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 567 y ss.

El ordenamiento penal se compone de normas prohibitivas que establecen sanciones para las personas que incurran en acciones u omisiones descritas en la ley. Sin embargo, también existen normas permisivas que, en atención a algunas circunstancias ponderadas por el legislador, autorizan al sujeto a adelantar comportamientos previstos en tipos penales, sin que surjan repercusiones por ello; claro está, que esto dependerá de la legislación vigente en cada país, pues ante ciertos supuestos es posible que tenga lugar algún tipo de responsabilidad, por lo menos en sede civil, como lo establece el artículo 118.3 del CPE, en cuanto a la figura del estado de necesidad.

Las normas permisivas reciben el nombre de causas de justificación, o también causas de exclusión de la antijuricidad, circunstancias negativas del hecho o características negativas del tipo, según la perspectiva que se siga⁵⁴.

La teoría de las causas de justificación permite demostrar que la tipicidad no es suficiente para que se considere que la acción llevada a cabo por el sujeto es antijurídica, sino que se requiere de otras valoraciones que van más allá de la descripción del comportamiento en un tipo. Y es que las disposiciones establecidas en el tipo pueden ser quebrantadas, de manera excepcional, sin mayor consecuencia siempre que concurra alguna causa de justificación⁵⁵.

Los factores que sirven de sustento para las causas de justificación son varios. Así, el legislador ha tomado en cuenta aspectos sociales, económicos o dirigidos a la tutela de la integridad de las personas⁵⁶. Cada legislación fija las causas de justificación

⁵⁴ MEZGER, *Derecho Penal, Tomo I*, 6ª ed., Buenos Aires, 2004, pp. 110. Para efectos de este trabajo atenderemos a la denominación extendida en la doctrina, es decir, causas de justificación, puesto que es la más utilizada.

⁵⁵ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 346 y 347. Con respecto a este tema, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 577 quien manifiesta que existen causas de justificación que deben considerarse como circunstancias que propician la atipicidad de la conducta, debido a que enervan el indicio que se deriva del injusto. Este autor sostiene que esto es así porque no se produce una lesión al bien jurídico. Así, cita como ejemplo el tratamiento quirúrgico. También plantea el caso fortuito en el cual se deja sin efecto la antijuricidad general. En atención a este planteamiento LUZÓN PEÑA entiende que existen causas de justificación que excluyen totalmente la antijuricidad y causas de exclusión de la tipicidad penal, en razón que la conducta no resulta de considerable entidad, tal cual ocurre en el principio de insignificancia.

⁵⁶ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 420. Según este autor resulta muy complicado establecer la base de las causas de justificación con sustento en una posición. Así, sostiene que el fundamento de la justificación debe encontrarse en las condiciones particulares de cada sociedad, puesto que las eximentes justificantes obedecen a circunstancias que se desarrollan dentro del acontecer social. Por su parte,

que estime pertinentes, según las condiciones que se consideren adecuadas y también los efectos que tienen ocasión ante la concurrencia de alguna causa de justificación⁵⁷.

2. JUSTIFICACIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

Se considera que las causas de justificación se derivan de todo el ordenamiento jurídico. Esto es así, porque se estima que, si una conducta es contraria a la ley dentro de alguna parcela del derecho, deberá serlo, igualmente, en el resto del ordenamiento. Ahora bien, importa tener presente que existen comportamientos que se encuentran permitidos dentro de algún espacio del ordenamiento jurídico, sin embargo, no lo están en el Derecho penal y viceversa⁵⁸.

Dentro de este contexto, se discute si solo deben ser atendidas las causas de justificación que establece el Código penal, o si, por el contrario, es posible tomar en

GÓMEZ BENÍTEZ en *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1984, pp. 279, expresa que las causas de justificación tienen una motivación políticocriminal, en atención a que fijan los principios que deben atenderse para permitir hechos típicos.

⁵⁷ Con respecto a este punto, se advierte que algunos autores consideran que ante una causa de justificación la conducta no es antijurídica, pero si es contraria al tipo, puesto que éste es un indicio de la antijuricidad. Esta es la posición mayoritaria en la doctrina y es respaldada, entre otros autores, por: MEZGER, *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 110; MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal. Parte General 1*, traducción de la 7ª edición alemana por BOFILL GENZSCH/AIMONE GIBSON, Buenos Aires, 1995, pp.423; JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 419; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 346 y 347; CERZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Teoría Jurídica del Delito. Parte General II*, 6ª ed., Madrid, 1999, pp. 189; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 277; ZUGALDÍA ESPINAR/POMARES CINTAS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Valencia, 2004, pp. 552; MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 105; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp.746; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, Madrid, 1985, pp.157; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp.319; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*cit., pp. 463; ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 482; CURY URZÚA *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 356; GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago-Chile, 2010, pp. 142. En tanto que otro sector de la doctrina entiende que la causa de justificación es un elemento negativo del tipo, por ende, ante la concurrencia de ésta la conducta no es antijurídica, ni tampoco típica, tal cual propone la teoría de los elementos negativos del tipo. Siguen esta postura LUZON PEÑA, *Curso de Derecho Penal...*cit., pp. 574 y 575, GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del Derecho Penal Español*, Madrid, 1979, pp. 51, entre otros. Por su parte MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 433 asegura que el tipo penal no contiene una descripción completa del hecho antijurídico, dado que sólo prevé los puntos que lo sustentan positivamente, por tanto, es necesario la ausencia de los elementos típicos de una causa de justificación. MIR PUIG estima que las causas de justificación son tipos negativos que no basan el injusto de manera positiva, sino que lo niegan.

⁵⁸ Así, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 350. Estos autores afirman que la justificación corresponde al Derecho público, pero también se deriva del Derecho civil, por ende, las disposiciones civiles deben ser tenidas en cuenta dentro del ámbito del Derecho penal. Añade que las causas de justificación que contiene el Derecho penal deben ser reconocidas en otras parcelas del ordenamiento jurídico. No obstante, lo anterior, sostiene que algunos tipos prevén algunas permisiones que no siempre resultan extensivas a otros tipos. Así, por ejemplo, citan el caso de la preservación de legítimos intereses, la cual sólo justifica en el marco de delitos contra el honor, empero no es reconocido en el contexto de la acusación falsa.

cuenta al ordenamiento jurídico para considerar que ha concurrido alguna causa de justificación, esto es lo que la doctrina denomina causas de justificación supralegales⁵⁹.

En cuanto al estado de la cuestión en España, CEREZO MIR expresa que la mayoría de las causas de justificación, en sede penal, aparecen en el artículo 20 del CPE. Así, considera que constituyen causas de justificación, conforme al ordenamiento español, la legítima defensa, el estado de necesidad, (en el caso que el mal ocasionado sea menor que aquel que se pretende evitar y el comportamiento no conlleve un atentado de considerable entidad a la dignidad de la persona), el cumplimiento de un deber legal y el ejercicio legítimo de un derecho⁶⁰.

Pese a lo expuesto, CEREZO MIR sostiene que existen causas de justificación que no se encuentran previstas en el artículo 20 del CPE, como ocurre con el consentimiento del ofendido, siempre que el afectado sea una persona natural, se trate de bienes jurídicos disponibles y la autorización proporcionada no dé lugar a la realización típica del comportamiento. Además, sostiene que existen causas de justificación que no se encuentran en la parte general del Código penal, sino que es necesario recurrir a cada tipo penal en particular, como tiene lugar en la *exceptio veritatis*, prevista en el artículo 210 del CPE, para el delito de injurias⁶¹.

En opinión de CEREZO MIR para que se materialice el cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo de un derecho, ambas causas de justificación previstas en el CPE, es necesario recurrir al ordenamiento jurídico, puesto que se precisa determinar en qué circunstancias se ejerce un derecho o se cumple un deber; en

⁵⁹ En torno a este punto JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 351. Expresan que no resulta adecuado realizar una delimitación de las causas de justificación, de manera que se restrinjan a aquellas que el legislador ha considerado dentro del Código penal, porque entienden que carece de competencias para tales efectos. En adición, expresan que debido a la estrecha relación de las causas de justificación con los fenómenos que tienen lugar en la sociedad, es posible que se extienda el marco de las citadas circunstancias, en consecuencia, desde esta perspectiva estiman que no resulta adecuado atender a un catálogo de causas de justificación, puesto que las diversas manifestaciones sociales podrían dar lugar a dejar sin efecto, modificar o incluso fijar nuevas causas de justificación. Así, citan como ejemplo el reconocimiento a la represalia bélica, dentro del contexto del Derecho internacional, la cual en algún momento se consideró válida, o la interrupción del embarazo frente a un posible suicidio la cual era estimada como causa de justificación supralegal, empero en Alemania aparece hoy día expresamente regulado. Estos autores son partidarios de las causas de justificación supralegales y entienden que con ellas no se viola el principio de legalidad, puesto que no dan lugar a la elaboración de figuras penales, sino que por el contrario limitan la punibilidad.

⁶⁰ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 190.

⁶¹ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 190.

consecuencia, es posible atender a la unidad del ordenamiento jurídico en la teoría de las causas de justificación, lo cual propicia el reconocimiento de las causas de justificación supralegales. Al igual que JESCHECK/WEIGEND opina que el mencionado reconocimiento no vulnera el principio de legalidad, puesto que este circunscribe la elaboración de tipos y penas a la ley, lo cual en nada incide en el reconocimiento de causas de justificación supralegales. En adición, entiende CEREZO MIR que las causas de justificación por analogía son beneficiosas para el reo, de manera que desde esta dimensión procede su admisión.

A pesar de ello, CEREZO MIR considera que las causas de justificación supralegales no pueden ser reconocidas en el ordenamiento español, en razón de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 4 del CPE, el cual establece que no es posible aplicar eximentes por analogía, de lo cual deduce que tampoco es posible tomar en consideración causas de justificación con base en principios generales de derecho⁶².

En sentido contrario a lo expuesto por CEREZO MIR, se observa que GÓMEZ BENÍTEZ es de la opinión que deben reconocerse causas de justificación supralegales, puesto que estas se encuentran previstas en algunos tipos que, desde luego, están en la parte especial del CPE. También alude a que es posible admitir algunas causas de justificación que dimanen del ordenamiento y que no se encuentren previstas en el CPE, en atención a la analogía, (que en este caso beneficia al sujeto), la costumbre, principios generales del derecho o en función del ejercicio de un derecho⁶³.

De un parecer similar a GÓMEZ BENÍTEZ es MUÑOZ CONDE quien asegura que en vista que la problemática de la ilicitud no es una cuestión que atañe, exclusivamente, al Derecho penal, sino que se sitúa en todo el ordenamiento jurídico las causas de justificación pueden fundamentarse en todo el contexto legal que informa el sistema jurídico, ya sea por leyes, reglamentos, Derecho consuetudinario, lo cual abre la puerta para el reconocimiento de las causas de justificación fuera de la ley⁶⁴.

⁶² CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 191.

⁶³ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 282 y 283. En este mismo sentido, MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 429 quienes incluso estiman que las causas de justificación provienen tanto del derecho escrito, como de aquel no escrito.

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 106 y 107. En una línea de pensamiento parecida, BUSTOS RAMÍREZ, en *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Barcelona, 1984, pp. 231, quien opina que las causas de justificación no se encuentran sujetas al principio de legalidad, dado que no son

También QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT reconocen las causas de justificación supraleales. Aducen que esto se deriva de lo expuesto en el artículo 20.7 del Código penal, el cual establece el obrar en ejercicio legítimo. Según estos autores la amplitud de tal disposición permite acudir a cualquier precepto del ordenamiento jurídico, lo cual implica la admisión de las causas supraleales de justificación. También aducen que esta construcción, de entrada, no da lugar a considerar la costumbre y los principios generales como elementos integrantes de la justificación; no obstante, estiman que estas contribuyen a clarificar el alcance del derecho legítimo que se ejerce en alguna circunstancia justificante, lo cual implica que podrían emplearse como componentes de la justificación⁶⁵.

En el seno de la doctrina chilena ENRIQUE CURY URSÚA también entiende que las causas de justificación pueden deducirse de la totalidad del ordenamiento jurídico, en atención a la unidad de la legislación, de tal suerte que este autor prefiere atender a causas de justificación supraleales, en lugar de utilizar catálogos definidos⁶⁶.

Una opinión parecida a la expuesta por CURY URZÚA es defendida por OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO. Sostienen que no en todo caso el ordenamiento jurídico aparece dotado de una sistematización correcta. En esta dirección, aseguran que es posible que una conducta justificada en el Derecho penal, puede que no se encuentre amparada por la ley en otra parcela del ordenamiento; sin embargo, un comportamiento justificado en otra rama del derecho, deberá estarlo también en el Derecho penal, porque la ley penal se trata de la *ultima ratio*⁶⁷.

Nos parece que lleva la razón el sector de la doctrina que reconoce la vigencia de las causas de justificación supraleales. Esto es así, en atención a que el ordenamiento jurídico, contiene normas que establecen autorizaciones al ciudadano, de tal modo que este pueda adelantar algunos comportamientos que son contrarios a las normas de

propias del Derecho penal.

⁶⁵ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 471. Para fundamentar la inclusión de la costumbre como parte de las causas supraleales sostienen que el hecho de prender fuego en lugares habitados se trata de un comportamiento prohibido, sin embargo, si ello ocurre en la noche de San Juan, en los lugares donde se celebra tal festividad en España, entonces no se está frente a una conducta prohibida.

⁶⁶ CURY URSÚA, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 361.

⁶⁷ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 160.

prohibición, pero que resulten permitidas por vía de lo que el propio legislador dispone. Las causas de justificación no derivan del ordenamiento penal, al menos no exclusivamente, de manera que resulta correcto atender a otras parcelas del derecho con el fin de verificar la concurrencia de alguna causa de justificación, e incluso a principios generales del derecho y aun a la costumbre. Esto, en vista que no consideramos correcto que haya conductas que el ordenamiento autoriza en determinado sector y que ello no sea reconocido por el Derecho penal.

Dentro del marco de la legislación española, somos de la opinión que el artículo 20.7 del CPE permite que se reconozcan causas de justificación supralegales, porque nos parece que el ejercicio legítimo de un derecho debe complementarse con otras disposiciones que se hallan en el ordenamiento y que, desde luego, no son patrimonio exclusivo del Derecho penal.

Siguiendo el mismo orden de ideas, estimamos que el reconocimiento de las causas de justificación supralegales no es contrario a principio de legalidad⁶⁸, puesto que tal situación no da lugar a establecer tipos penales, ni tampoco fija penas, de manera que desde esta perspectiva no se infringe el referido principio, máxime si se toma en cuenta que la admisión de causas de justificación supralegales conlleva una interpretación analógica *in bonam parte*.

Consideramos que en el ordenamiento jurídico penal panameño es posible la admisión de causas de justificación supralegales. Las razones en que nos basamos para tal formular este aserto se exponen en las siguientes líneas.

El principio de legalidad se encuentra previsto en el artículo 31 de la Constitución política de Panamá⁶⁹. La norma mencionada dice como sigue: “*Sólo serán*

⁶⁸ CUELLO CONTRERAS, en *El Derecho Penal...* pp. 204 y 205, sostiene que el principio de legalidad comprende las siguientes garantías: 1) garantía criminal en la medida que no es posible sancionar acciones u omisiones que no se encuentran previstas en la ley como delito previamente y que las medidas de seguridad sólo se aplican en el evento que concurren los requisitos establecidos en la ley; 2) garantía penal que implica ningún delito o falta será sancionado con pena que no esté prevista en la ley con antelación a su comisión; 3) Prohibición de analogía y costumbre como fuentes de derecho; 4) Prohibición de indeterminación que indica la ley debe ser clara en la estructuración del delito y el castigo; y 5) prohibición de retroactividad.

⁶⁹ Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en fallo de 18 de marzo de 1994, en el cual se explicó lo siguiente: “*Todo el régimen punitivo se rige por el principio cardinal que emana del artículo 31 de la Constitución Nacional, y reitera el artículo 1 del Código Penal, conocido como principio de*

penados los hechos punibles por Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado”.

El precepto constitucional mencionado ha sido desarrollado en el CPP. Así, el artículo 4 del estatuto punitivo panameño dice lo siguiente: *“Solo se puede castigar a la persona por la comisión del hecho ilícito, siempre que la conducta esté previamente descrita por la ley penal”*. En términos parecidos el artículo 9 del CPP expresa que: *“Nadie podrá ser procesado ni penado por un hecho no descrito expresamente como delito al tiempo de su comisión, ni sometido a medidas de seguridad que la ley no prevea”*. El artículo 12 del mencionado texto legal sostiene que: *“La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca. Cuando un hecho requiere que una norma, de igual o inferior jerarquía, que la complementa, será necesaria la existencia de esa norma jurídica complementaria”*.

Se colige que tanto la norma constitucional, como las disposiciones contenidas en el CPP, se ocupan del principio de legalidad desde las siguientes dimensiones. Así, se prohíbe tanto el castigo de una conducta que no se encuentre debidamente establecida como delito en la ley y la aplicación de una pena, a menos que el comportamiento aparezca señalado como ilícito. También conlleva una garantía procesal, pues hay necesidad que la norma de remisión se encuentre claramente establecida.

Como viene expuesto, ninguno de los preceptos mencionados da lugar a enervar el reconocimiento de una posible causa de justificación suprallegal, en atención a que las prohibiciones formuladas por el legislador panameño no se dirigen a tales fines.

En abono a lo expuesto en el inciso superior, cabría señalar que el artículo 16 del CPP permite la aplicación analógica de la ley penal, siempre y cuando beneficie al reo. La norma puntualiza que: *“Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. La interpretación extensiva y la aplicación analógica solo son posibles*

legalidad o de reserva legal.

El principio de legalidad, y las garantías que surgen del mismo, lo que persigue es darle certeza jurídica a los destinatarios de las leyes penales.”. En los mismos términos, se advierten las sentencias de 14 de febrero de 1991; 5 de diciembre de 1994; 2 de enero de 1997; 18 de abril de 1997; 17 de marzo de 2000 y 6 de junio de 2007, emitidas por la citada corporación de justicia.

cuando beneficien al imputado”.

La disposición penal citada en el inciso superior, da lugar a considerar que la legislación panameña en materia penal, prevé la posibilidad de reconocer causas de justificación supralegales. Esta posición se acentúa si se toma en cuenta que el artículo 31 del CPP establece como causa de justificación el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber legal. Estas circunstancias justificativas acarrearán la necesidad de revisar el ordenamiento jurídico en su conjunto, en vías de determinar si el sujeto ha procedido con arreglo a un deber previsto en la ley o si en efecto ha ejercido un derecho legítimo.

En fin, las razones expuestas nos permiten considerar que en la ley penal panameña existe cabida para la aplicación de las causas de justificación supralegales, debido a que el legislador, al tiempo de describir el principio de legalidad no realiza ninguna prohibición dirigida a enervar tal reconocimiento. Además, se consagra la analogía *in bonam partem*, lo cual permite la aplicación de causas de justificación supralegales, dado que ello redundaría a favor del encartado. En adición, es necesario ponderar que la regulación de algunas causas de justificación abre la puerta al reconocimiento de las circunstancias justificativas supralegales, en atención a que es necesario observar todo el ordenamiento, debido a que se prevé el cumplimiento de un deber legal y el ejercicio legítimo de un derecho. Sin embargo, no hemos hallado en la jurisprudencia nacional algún antecedente que permita sostener nuestro aserto o que lo rechace el error.

3. FUNDAMENTOS DE LA JUSTIFICACIÓN

Las bases de las causas de justificación han sido objeto de discusión intensa en la doctrina⁷⁰. Así, se han planteado teorías monistas o unitarias que pretenden establecer resortes comunes, en tanto, que otro sector ha desarrollado teorías pluralistas⁷¹, es decir, que consideran el sustento de las causas de justificación responde a diversos factores

⁷⁰ Vid., ampliamente sobre este tema CARBONELL MATEU *Fundamentos, Naturaleza y Fuentes de la Justificación Penal*, Madrid, 1983.

⁷¹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 349. Según estos autores en cuanto a la fundamentación de las causas de justificación es necesario atender a la concepción material de la antijuricidad, puesto que la justificación conlleva la tolerancia de un comportamiento que implica la colisión con una norma de carácter prohibitiva.

que se relacionan con la naturaleza particular de tal o cual situación justificante⁷². En este punto nos ocupamos, en primer lugar, de las teorías monistas, para luego abordar la perspectiva pluralista.

También se ha estimado que el fundamento de las causas de justificación debe buscarse en la política criminal. Así, se sostiene que en ocasiones por cuestiones vinculadas a la política criminal ciertos comportamientos no deben ser considerados antijurídicos⁷³. Esta reflexión implica, por ejemplo, que la participación criminal no tiene lugar en el evento que concurren causas de justificación. Igualmente, se estima que por razones políticocriminales algunas conductas pueden resultar necesarias, desde el punto de vista social, de manera que se autoriza la lesión de determinado bien jurídico.

3.1. Teorías monistas

MAURACH/ZIPF sostienen que dentro de estas posiciones se encuentra la

⁷² LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 320. En cuanto al fundamento de las causas de justificación estos autores afirman que en algunas ocasiones no concurre un desvalor absoluto de la conducta, por tanto, el ordenamiento permite determinados comportamientos. Esto se sustenta, según exponen en dos principios: ausencia de interés y el interés preponderante. En torno a la ausencia de interés sostienen que si bien el ordenamiento jurídico ha sido establecido con el fin de tutelar bienes, es posible que el titular de determinado derecho no tenga interés en la protección de éste, lo cual implica que el comportamiento no será contrario a derecho. En torno a la ausencia de interés CARBONELL MATEU, *Fundamento, Naturaleza y...*, cit., pp. 61 expone que en ocasiones el ordenamiento deja de tener interés en la tutela del bien, luego que se realiza una ponderación de bienes. LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ exponen que el consentimiento del ofendido da lugar a que el comportamiento se considere atípico en el caso que integre el tipo, en atención que no se produce la lesión al bien jurídico. Estiman que el consentimiento será causa de justificación en el caso que no sea componente del tipo, esto es que el ordenamiento tutele el bien jurídico sin importar el consentimiento que pueda prestar el sujeto, no obstante, aclaran que si el titular del bien presenta desistimiento esto no significa que haya resistencia por parte del ordenamiento a la tutela del bien jurídico. También en cuanto al consentimiento BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE entienden que el consentimiento es causa de atipicidad. Por su parte, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN sostienen que el consentimiento es una causa de justificación en el caso que tenga lugar un conflicto entre el deber de proteger un bien y la voluntad que se expresa en un acto específico, el cual se resuelve por medio de la elección de la voluntad de la persona. No obstante, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN afirman que el consentimiento propicia la atipicidad de la conducta en el caso que provoque ausencia de interés, puesto que aquí no existe lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, en consecuencia, ante esta circunstancia no existe tipo. En otro orden de ideas, el interés preponderante conlleva el conflicto entre dos bienes jurídicos. Esta divergencia puede ser entre dos bienes de igual jerarquía o de diferente rango. En caso de conflicto entre bienes de distinto rango, resulta dable sacrificar el bien de menor valor por el que tiene mayor relevancia. En este caso la conducta no es antijurídica, debido a que se ha atendido el bien jurídico de mayor jerarquía conforme a lo establece el ordenamiento, como ocurre por ejemplo en el estado de necesidad en el cual se salva la vida en desmedro de la propiedad. En el supuesto de bienes de igual rango se colige que el ordenamiento en algunas ocasiones puede concederle mayor relevancia a uno de aquellos, sin que el comportamiento pierda su condición de típico, aunque no será antijurídico, como ocurre en la legítima defensa en el caso que el agredido le cause la muerte al agresor para salvar su vida, en este sentido se prefiere la vida del agredido frente a la del agresor.

⁷³ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 286.

teoría del fin, elaborada por DOHNA y seguida por E. SCHMIDT. Según esta teoría la acción típica no será antijurídica, en el caso que se presente como un mecanismo adecuado para el logro de los objetivos de la vida en colectividad reglamentada por el Estado⁷⁴. También sostienen que, dentro del marco de la posición unitaria de la justificación, se encuentra el principio denominado “más beneficio que daño”, el cual sostiene que una conducta será típica, pero no antijurídica en el supuesto que ocasione mayores beneficios que perjuicios a la colectividad⁷⁵.

Otras iniciativas dirigidas a reunir las causas de justificación bajo una sola premisa se dirigen a establecer causas de justificación con mayor o menor alcance. Así, se advierten los principios de “falta de ilícito” (que incluye el consentimiento y sustituto del consentimiento) y “derecho preponderante” que informa a todas las causas de justificación⁷⁶.

El interés preponderante ha sido esgrimido, de igual forma, como fundamento unitario para todas las causas de justificación. Esta posición considera que una acción típica resulta justificada en el caso que se advierta un valor de mayor relevancia ante un bien de menor entidad⁷⁷.

Desde el punto de vista de la teoría finalista, también se ha procurado establecer un concepto unitario dirigido a sistematizar las causas de justificación en una perspectiva monista. La teoría de la finalidad pretendió sostener el fundamento de la

⁷⁴ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 425. Para estos autores esta posición resulta plausible porque reconoce la importancia de los elementos subjetivos de la justificación, no obstante, consideran que se trata de un “mero principio regulativo”.

⁷⁵ MAURACH/ZIPF *Derecho Penal I...*, cit., pp. 425. Con relación al principio de “más beneficio que daño”, expresan estos autores que se trata de un tema muy general y, por ende, impreciso. CARBONELL MATEU, *Fundamento, Naturaleza y...*, cit., pp. 56 afirma que la teoría de mayor utilidad que daño ha sido expuesta por WILHEM SAUER para quien el injusto significa contraposición con la justicia social y el bien que representa el Estado, por tanto, desde el momento en que una conducta aporta mayor utilidad que perjuicio o daño se advierte más valor que desvalor. SAUER establece algunos supuestos en torno a la posición que defiende. Así, menciona: 1) Ejercicio formal de derechos y facultades, como ocurre, por ejemplo, en el derecho a la educación; 2) fomento de intereses vitales con dirección al bien común, que se advierte en cuestiones como el tratamiento a la salud; 3) protección de intereses vitales, como acontece en la legítima defensa. La clasificación elaborada por SAUER ha sido blanco de críticas, dado que se ha señalado que incluye en ella conductas que más allá de la antijuricidad deben considerarse atípicas, sin embargo, se estima que lo relevante dentro de la posición defendida por SAUER estriba en que una conducta estará justificada en el caso que se implique mayor utilidad que daño.

⁷⁶ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 425. Estos autores sostienen que esta distinción parte de la equivocada concepción que estima existen causas de justificación de diversa extensión, lo cual implica diferentes categorías de antijuricidad.

⁷⁷ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 425.

justificación con base en la adecuación social, de tal modo que esta daba lugar a la delimitación del tipo y de allí se derivan parámetros generales de justificación⁷⁸.

El fundamento monista de las causas de justificación también se sostiene sobre la base de la colisión de intereses, ponderación de intereses o el interés preponderante, las cuales señalan, básicamente, que ante la existencia de un conflicto se debe decidir por aquel bien que resulta más relevante para el ordenamiento jurídico⁷⁹.

Sin embargo, los criterios mencionados en el inciso superior han sido objeto de sendas críticas. Así, en cuanto al conflicto de intereses se ha asegurado que ofrece argumentos satisfactorios para algunos casos en los cuales únicamente se suprime el desvalor de la acción. En lo que respecta al interés preponderante se sostiene que en ocasiones no es dable atender a este criterio, pues es suficiente con reconocer solo equivalencia de intereses en conflicto, para así verificar si se respeta la facultad de decidir de las personas⁸⁰.

Se ha fundamentado la teoría unitaria, de igual forma, sobre los resortes de la teoría del fin, para la cual la justificación radica en la adecuación y necesidad del medio para un fin justo⁸¹. LUZÓN PEÑA censura esta posición, en atención a que estima es en extremo general, de tal modo que no puede sustentar los motivos por los cuales se estiman que los fines son justos y que los medios son adecuados para justificar⁸².

En opinión de BUSTOS RAMÍREZ RAMÍREZ/HORMAZABAL MALARÉE en el artículo 20 del CPE se encuentran previstas algunas causas de justificación que encuentran su base en principios basados en las teorías monistas. En este sentido, se prevé la legítima defensa; cumplimiento de un deber; ejercicio legítimo de un derecho,

⁷⁸ MAURACH/ZIPF *Derecho Penal I...*, cit., pp. 426.

⁷⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 574.

⁸⁰ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 575. Este autor se inclina por las teorías pluralistas, en razón que sostiene que afirma no resulta correcto soslayar las condiciones particulares de cada causa de justificación, ni tampoco realizar generalizaciones relevantes en cuanto a los criterios en conflicto.

⁸¹ CARBONELL MATEU, *Fundamento, Naturaleza y...*, cit., pp. 42. Con respecto a esta teoría, expresa este autor que ha sido desarrollada, básicamente, por ALEXANDER GRAF zu DOHNA. También han formulado aportes a la referida teoría: HERTZ, BINDING y von LISZT. CARBONELL MATEU, afirma que GRAF zu DOHNA entiende que las instituciones jurídicas constituyen medios para alcanzar fines. Así, se sostiene que las acciones implican “protección a nuestra cultura jurídica”, en el caso que se trate de un mecanismo justo para alcanzar un fin que se estima, igualmente, justo.

⁸² LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 575.

oficio o cargo que tendrán como sustento el interés preponderante⁸³.

OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO reconocen que existe un fundamento común de las causas de justificación, empero esto obedece a que se trata de normas que dan lugar a autorizaciones que permiten que determinado comportamiento, en principio típico, no se considere antijurídico. Sin embargo, sostienen que esto no implica que haya un sustento único de las causas de justificación, puesto que éstas responden a diferentes principios que sirven de resortes; por tanto, se inclinan por el análisis particular de las diferentes situaciones justificantes⁸⁴.

También se ha considerado al consentimiento como sustento de la postura unitaria, sin embargo, esta posición ha sido objeto de críticas, puesto que no se observa la concurrencia de un conflicto de intereses, en consecuencia, desde esta perspectiva la solución que ofrece la teoría monista no proporciona elementos correctos para fundamentar la naturaleza de la justificación, según esta línea de pensamiento⁸⁵.

3.2. Teorías dualistas

En contraposición a las teorías monistas, se encuentran las posiciones dualistas o

⁸³ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 117.

⁸⁴ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 163. En torno a este punto, también concuerda ZUGALDÍA ESPINAR/POMARES CINTAS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 553 y 554, debido que se sostiene existe un fundamento común en las causas de justificación que pasa por la colisión de intereses jurídicos tutelados, el cual debe informar a las causas de justificación. Además, exponen que los intentos por sistematizar las causas de justificación en realidad no tienen importancia significativa, porque carece de efectos prácticos. También coincide en este sentido GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 284. Según GÓMEZ BENÍTEZ la discusión encaminada a verificar el fundamento de las causas de justificación no tiene relevancia práctica, en atención a que se trata de abstracciones formales. De acuerdo con este autor las causas de justificación obedecen a principios particulares que deben ser atendidos al momento de verificar su fundamento, por tanto, no resulta dable atender a resortes generalizadores que pretendan sostener la base de las mismas sobre teorías monistas, tal cual pretenden hacerlo las teorías unitarias. En la misma dirección de GÓMEZ BENÍTEZ, se advierte que ZUGALDÍA ESPINAR/POMARES CINTAS, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., pp. 554, dado que afirma las teorías monistas son en extremo generalizadoras, por lo cual resulta preferible la posición pluralista que entiende el fundamento de las causas de justificación debe buscarse en los principios que sustentan a cada una de ellas. También JAKOBS en *Derecho Penal...*, cit., pp. 420, se opone al fundamento unitario que las teorías monistas les proporcionan a las causas de justificación, en vista que los resortes de aquellas se relacionan con el estado de determinada sociedad, lo cual significa que se trata de una serie de factores que no pueden ser subsumidos dentro de una única concepción. En este mismo sentido, agrega que las concepciones generales en torno a las bases de la justificación tampoco contribuyen a determinar la naturaleza de éstas. Otra crítica en contra de la teoría monista corre por cuenta de GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 146 quien sostiene que la tarea a la cual se aboca esta postura es muy complicada de cumplir, e incluso de escasa utilidad dentro del marco de la teoría del delito, debido a lo abstracto de su planteamiento y porque pierde de vista que las causas de justificación obedecen a principios especiales que, difícilmente, pueden reconducirse a posiciones unitarias.

⁸⁵ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 391.

diferenciadoras, también llamadas pluralistas, que entienden el fundamento de las causas de justificación no descansan en un sustento único. Esta postura es considerada mayoritaria en la doctrina⁸⁶. La posición dualista entiende que el fundamento de la justificación se encuentra en diferentes factores. Sobre estas posturas nos ocupamos a continuación⁸⁷.

MAURACH/ZIPF partidarios de la posición pluralista sostienen que los intentos generalizadores defendidos desde de las posiciones monistas incurren en abstracciones que no contribuyen a proporcionar el sustento adecuado a las causas de justificación, puesto que elaboran construcciones que no son consistentes, para los efectos que se pretenden⁸⁸.

Las teorías diferenciadoras se ocupan de los principios que gobiernan a cada causa de justificación, para así determinar el fundamento de aquellas, lo cual involucra que se debe realizar un examen particular de las causas de justificación en particular, para a partir de ello trazar las bases que le corresponden a cada cual⁸⁹.

JAKOBS es partidario de las teorías pluralistas, en vista que considera son más concretas. Así, sostiene que, a partir de los principios de ausencia de interés, principio

⁸⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp.391. Estos autores sostienen que el injusto no puede ser comprendido de manera unitaria, debido a que también cabe incluir en el injusto la infracción de deber, en consecuencia, si el injusto no tiene connotaciones unitarias, tampoco lo puede tener la justificación. En la misma línea de pensamiento, CARBONELL MATEU, *Fundamento, Naturaleza y...*, cit., pp. 41, puesto que afirma si la justificación tiene una sola razón, tal cual lo expone la teoría unitaria, entonces habría que considerar que el injusto también cuenta con una estructura unitaria.

⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 117, sostienen que la doctrina se ha inclinado por las tesis diferenciadoras, es decir, que existe una justificación autónoma correspondiente a cada causa de justificación, empero afirman que se observan principios comunes como por ejemplo el interés preponderante que sirve para establecer una fundamentación supletoria, no obstante, precisan que este principio no contribuye a adelantar una sustentación unitaria. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 392, en sentido contrario, sostienen que el interés preponderante es el fundamento común de las causas de justificación.

⁸⁸ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 424 y ss. En cuanto a los intentos sistematizadores de las causas de justificación, estos autores sostienen que la teoría del fin constituye sólo un principio regulativo que no contribuye a sostener el fundamento de la justificación. Una situación similar ocurre con el principio de más beneficio que daño, dado que no es posible aplicarlo a todas las causas de justificación y es más bien un criterio impreciso. Igualmente, critican los principios de falta de ilícito y derecho preponderante, puesto que a partir de éstos es posible establecer diferentes grados de antijuricidad, lo cual no estiman correcto. Una situación similar ocurre con el principio de interés preponderante, puesto que este no da lugar a fundamentar todas las causas de justificación, como ocurre, por ejemplo, en el estado de necesidad defensivo que tiene connotaciones que no participan de tal principio. En otro sentido, ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 485 advierte en la teoría del fin un posible fundamento común, o más bien un límite a la justificación, dado que el fin de la convivencia da lugar a que en determinadas oportunidades sean permitidos algunos comportamientos.

⁸⁹ ZUGALDÍA ESPINAR/POMARES CINTAS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 554.

de interés preponderante y el principio de derecho preponderante es posible construir el fundamento de las causas de justificación de manera particular⁹⁰.

A partir de la formulación pluralista de las causas de justificación, estima JAKOBS que es posible realizar una clasificación de éstas utilizando como referencia los siguientes puntos: principio de responsabilidad, principio de definición y principio de solidaridad⁹¹.

Dentro del marco de las teorías pluralistas, se advierten básicamente dos principios la ausencia de interés o el interés preponderante. Esta clasificación se le atribuye a MEZGER. También se estima que respaldan la posición diferenciadora aquellos autores que consideran las causas de justificación se basan en los siguientes principios: obtención de mayor utilidad que perjuicio para los propósitos del ordenamiento jurídico; necesidad del medio para alcanzar un fin justo; tutela de intereses relevantes y cumplimiento del deber más importante ante colisión de deberes⁹².

⁹⁰ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 420. Dentro de la doctrina chilena coincide con esta posición, GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 145, puesto que estima que las bases de la justificación no responden a criterios unitarios, sino a diversas formulaciones, pues cada causa de justificación tiene uno o varios resortes. También MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 107 y 108, estima que las teorías pluralistas proporcionan las bases correctas para fundamentar las causas de justificación. Sostiene MUÑOZ CONDE que la doctrina dominante utiliza varios principios comunes a las causas de justificación, con lo cual se aparta de la posición unitaria que pretende una sustentación monolítica de la justificación. MUÑOZ CONDE identifica como principios orientadores de las causas de justificación la ausencia de interés y el interés preponderante, sin embargo, reconoce que existen otros principios que, de igual manera, dan lugar a establecer bases para fundamentar la justificación, así la prevalencia del derecho y proporcionalidad.

⁹¹ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 421. Así, un primer grupo de causas de justificación estaría orientado por el principio de responsabilidad. Según este criterio la base del comportamiento que aparece justificado se basaría en que la persona afectada por la intervención del agredido debe soportar las consecuencias de su conducta. Aquí, JAKOBS cita como ejemplo la legítima defensa la detención provisional por particulares. La segunda clasificación que formula JAKOBS se orienta por el principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención. En este caso se sostiene que el sujeto que padece la actuación la percibe como provechosa o la estima aceptable. En este orden, estima como ejemplo de esta posición debe considerarse el consentimiento justificante y el consentimiento presunto. En el último grupo la base de la justificación radica en el principio de solidaridad. Aquí se toma en cuenta el interés de otros sujetos, e incluso de la colectividad frente a la persona que soporta la intervención. Este es el caso del estado de necesidad agresivo.

⁹² OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 163. Estos autores respaldan la posición diferenciadora, puesto que entienden que la fundamentación de las causas de justificación descansa en cuestiones que le corresponden a cada causa de justificación, es decir, que existen parámetros que inspiran las causas de justificación, bien por su cuenta o entrelazados entre sí, de tal suerte que dan lugar a sustentar, desde esa perspectiva, las causas de justificación. Estima que la postura que plantea la posición unitaria no es útil por el amplio margen que le concede a la generalización. Esto implica que será necesario examinar cada causa de justificación, para así verificar el fundamento que le corresponde a cada cual.

Para GÓMEZ BENÍTEZ, partidario de la teoría pluralista, la fundamentación que realiza la teoría unificadora no es suficiente para establecer los fundamentos de las causas de justificación, puesto que es necesario tomar en consideración varios aspectos en vías de adelantar una correcta sustentación de las causas de justificación. En esta dirección, se precisa atender a cuestiones vinculadas a la política criminal, puesto que a partir de aquella se puede verificar la conveniencia o no de considerar un comportamiento antijurídico, lo cual no se realiza a partir de concepto unitario de la justificación⁹³.

Importa destacar que, dentro del marco de las teorías pluralistas, se considera que existen principios que son comunes, empero las bases que sirven de resortes para fundamentar las causas de justificación deben encontrarse en la esencia de cada una. Así, WELZEL estimó que la legítima defensa, el estado de necesidad suprallegal y el estado de necesidad para efectos civiles tienen como fundamento la necesidad, lo cual implica que otras causas de justificación tendrían su base en diferentes sustentos⁹⁴.

Como se expuso la teoría pluralista utiliza como sustento de las causas de justificación el interés preponderante y ausencia de interés⁹⁵. En este contexto, la aportación de MEZGER resulta de considerable entidad. Y es que el autor alemán consideró que el sustrato del injusto tenía como resorte la lesión de intereses. Los principios mencionados provocan, de una u otra manera que se desvanezca la lesión. En

⁹³ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 286.

⁹⁴ CARBONELL MATEU, *Fundamento, Naturaleza y...*, cit., pp. 29 y 30.

⁹⁵ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 194 y 195. El profesor CEREZO MIR sostiene que la naturaleza de las causas de justificación es un asunto complicado, por tanto, no debe reconducirse a fundamentos unitarios, como aquellos postulados por DOHNA quien encuentra la base de la justificación en el principio del medio adecuado; o SAUER que defiende la mayor utilidad que el daño; o SCHMIDHÄUSER quien ve el fundamento único en la exigencia de respeto de un bien frente a la del bien jurídico lesionado; o JIMÉNEZ DE ASÚA que expone que la base radica en el principio del interés o del deber preponderante; o CARBONELL MATEU quien entiende se trata del principio de ponderación de intereses y NOLL el cual asegura el resorte de la justificación se encuentra en la ponderación de bienes. CEREZO MIR estima que existen causas de justificación que responden a diversos criterios. Así, la legítima defensa no sólo se encuentra determinada por el principio de ponderación de intereses, en razón que el bien lesionado puede ser mayor que aquel que se defiende, lo cual significa que no existe proporcionalidad en este sentido, de tal suerte que, desde esta perspectiva, también informa la legítima defensa el principio que sostiene que el Derecho no debe echar marcha atrás frente aquello que es injusto. En cuanto al estado de necesidad sostiene CEREZO MIR que no sólo cabe atender a la ponderación de intereses, sino que es necesario considerar el respeto a la dignidad de la persona, en vista que en caso contrario será dable considerar lícito el comportamiento de la persona que se dedica a extraer un riñón de otro para realizar una operación que asegure la vida de un enfermo.

el interés preponderante existe una situación más relevante que da lugar a que la conducta deje ser antijurídica, cuando en otro caso lo hubiese sido. En tanto que en la ausencia de interés desaparece, por cierta causa, el interés, el cual en otra circunstancia daría lugar a la vulneración del injusto⁹⁶.

La ausencia de interés ocurre de forma consciente o puede ser producto de una particular situación en la cual se encuentra el lesionado al momento en que ocurre el hecho. En este orden de ideas, se estima que se está ante el consentimiento presunto en el primer caso y el consentimiento del ofendido⁹⁷.

En otro orden de ideas, en el interés preponderante se advierte una situación de prevalencia, de manera que el ordenamiento se inclina por éste, lo cual da lugar a que el sujeto aparezca justificado⁹⁸.

La relevancia del principio de ponderación de bienes jurídicos, ha sido destacada por CARBONELL MATEU, quien sostiene que para MEZGER constituye un principio informador de las causas de justificación. Sin embargo, destaca CARBONELL MATEU que es necesario encontrar el punto medular para llevar a cabo tal cuestión, en vías de adelantar la ponderación de bienes jurídicos, lo cual entiende que es posible hallar en un tramo que está por encima del positivismo, en concreto, se refiere este autor a cuestiones supraleales relacionadas con la dimensión material del injusto⁹⁹.

Se ha considerado que es necesario verificar si tiene lugar adecuación social, para después determinar si ha concurrido una causa de justificación. Este parecer ha sido sustentado por WELZEL, como expone CARBONELL MATEU, quien sostiene

⁹⁶ CARBONELL MATEU, *Fundamento, Naturaleza y...*, cit., pp. 31.

⁹⁷ CARBONELL MATEU, *Fundamento, Naturaleza y...*, cit., pp. 32.

⁹⁸ CARBONELL MATEU, *Fundamento, Naturaleza y...*, cit., pp. 32. Según este autor MEZGER estimaba que dentro del interés preponderante se encuentran los siguientes puntos: comportamientos adelantados en atención a deberes preponderantes, conductas realizadas en atención a una justificación particular y principio general de ponderación de bienes jurídicos.

⁹⁹ CARBONELL MATEU, *Fundamento, Naturaleza y...*, cit., pp.35. Conforme este autor, MEZGER estimaba que el principio de ponderación de bienes jurídicos fundamenta el carácter supraleal de las causas de justificación, lo cual implica se trata, a criterio del autor alemán, de un principio general, lo cual no ocurre con el principio de ausencia de interés. Con todo afirma CARBONELL MATEU que en la doctrina italiana SANTORO opina que una vez que prevalece un interés el otro se desvanece, por ende, pierde su tutela y en todo caso cabe ausencia de interés, no obstante, este aserto no es compartido por CARBONELL MATEU quien sostiene que, si bien es cierto que uno de los bienes cede frente al otro, esto no implica que desaparezca, puesto que se trata del efecto que acontece y no de la propia causa de justificación.

que luego WELZEL varió su criterio, debido a que en la primera y segunda edición de su tratado consideró que la adecuación era un asunto de antijuricidad, sin embargo, después se apartó de tal posición, dado que llegó a la conclusión que tal figura debe encontrarse en el tipo, puesto que en dicha categoría se establecen los comportamientos que se estiman son lesivos a bienes jurídicos, claro está, desde el punto de vista penal. Esta situación ocurre, porque algunas conductas son consideradas nocivas por la sociedad, por tanto, son objeto de tipificación por el legislador, sin embargo, si ciertos comportamientos se estiman adecuados socialmente, debe entenderse que dicha figura integra el tipo¹⁰⁰.

Nos parece que llevan la razón los partidarios de las teorías pluralistas o diferenciadoras, puesto que las causas de justificación responden a diversos principios, entre los cuales incluso deben tomarse en cuenta aspectos de política criminal, como expone GÓMEZ BENÍTEZ, o algunas cuestiones relacionadas con la dignidad de la persona como lo propone CEREZO MIR, por ende, sólo en la medida que se ponderan diversos fundamentos es posible trazar las bases de la justificación.

Siguiendo la línea de pensamiento expuesta en el inciso superior también debe destacarse que cada causa de justificación cuenta con sus particularidades, las cuales no permiten que los cimientos de éstas se reconduzcan a principios generalizadores como pretenden los defensores de las teorías unitarias. Aquí debe tenerse en mente que una causa de justificación puede responder a varios principios, como ocurre, por ejemplo, en la legítima defensa, tal cual lo expone CEREZO MIR, por tanto, no corresponde realizar una valoración general aplicable a todas las causas de justificación, puesto que esta posición no toma en cuenta las peculiaridades que distinguen a las causas de justificación en particular.

4. TIPO DE LA JUSTIFICACIÓN

Los elementos que forman parte del tipo de justificación han sido objeto de intensos debates en la doctrina. Los partidarios de la teoría clásica del delito consideraban que solo se advertían elementos objetivos en la antijuricidad y en

¹⁰⁰ CARBONELL MATEU, *Fundamento, Naturaleza y...*, cit., pp. 38 y 39.

consecuencia también en las causas de justificación; en tanto que los aspectos vinculados con las motivaciones del sujeto debían examinarse en sede de culpabilidad¹⁰¹. Por su parte, los seguidores de la teoría neo clásica estimaban que, en el injusto, en algunas ocasiones, se observaban aspectos subjetivos¹⁰². Para los finalistas en el injusto siempre se perciben elementos subjetivos¹⁰³. Lo cierto es que estos aspectos son de superlativa importancia para determinar, entre otras cosas, el contenido de las causas de justificación. De estos puntos nos ocupamos a continuación.

El tipo de justificación está compuesto por un tipo objetivo y otro subjetivo¹⁰⁴. El primero de ellos toma en cuenta la situación justificante prevista en la ley, en tanto que el aspecto subjetivo dice relación con la condición del sujeto frente a la causa de

¹⁰¹Von LISZT, *Tratado de Derecho...* pp. 366 y 367; y 421 y 423.

¹⁰²Así, MEZGER en *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 92 y ss., expresa que la antijuricidad en la mayoría de las veces es objetiva, mientras que es posible que en algunos supuestos concurren algunos elementos subjetivos, como puede ser en la legítima defensa, en la cual se advierte la “intención personal de defensa”. Este autor formula una clasificación en la cual expone que en ciertas circunstancias se mencionan elementos subjetivos en el injusto. Así establece los siguientes puntos: 1) los delitos de intención: en los cuales aparece como ejemplo el delito de hurto, debido a que el sujeto tiene el ánimo de apoderarse de una cosa mueble, porque se observa una “intención” de apoderarse, la cual es subjetiva. También importa tener presente, en este contexto, los “delitos mutilados en dos actos”, es decir, aquellos en los cuales el autor lleva a cabo una conducta, para utilizarla como un medio para lograr un fin. De igual forma, los “delitos de resultado cortado”, esto es aquellos en los cuales el individuo realiza una actividad para que luego se produzcan otras consecuencias; 2) delitos de tendencia: que son aquellos en los que la conducta del hechor implica una inclinación por parte del sujeto. Así, sostiene que no en todo caso el hecho de palpar los genitales de una persona, puede considerarse como acto impúdico, puesto que puede tratarse de una situación que debe contextualizarse dentro del trabajo médico; y 3) delitos de expresión: en los cuales se observa un estado interno del sujeto, de tal manera que ello implica elementos subjetivos. Aquí MEZGER cita como ejemplo la determinación de la veracidad de una declaración ofrecida por un sujeto. Sin embargo, este autor reconoce que pueden existir otros casos, diferentes a los listados, en los cuales se advierten elementos subjetivos en el injusto. También opina que la determinación de elementos subjetivos es un asunto que depende de la estructuración del injusto.

¹⁰³Vid., ampliamente WELZEL en *Derecho Penal Alemán...* cit., pp. 72 y ss. Con respecto a este tema GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 290, sostiene que para los finalistas la justificación precisa de la concurrencia de una acción que debe ser valorable de manera positiva y de un desvalor del resultado, esto es que tenga lugar la situación justificante.

¹⁰⁴JAKOBS, *Derecho Penal...* cit., pp. 425. En este mismo sentido, JESCHECK/ WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp.347. Estos autores afirman que los aspectos que integran el tipo del injusto no son suficientes para cumplimentar el tipo de justificación, pues el primero sólo se concentra en los elementos típicos que integran el hecho punible. También ROXIN, *Derecho Penal, tomo I...* cit., pp. 596 y 597 sostiene que la concepción puramente objetiva del tipo de justificación es defendida hoy día por SPENDEL y conforme a ésta la persona aparece justificada si su comportamiento está previsto objetivamente por una situación justificante. Este autor expone que esta concepción, que entiende al injusto sólo desde una perspectiva objetiva, no puede justificar al sujeto, debido a que para que ello ocurra es necesario que se enerve tanto el desvalor de la acción, como del resultado, lo cual implica una visión del injusto que contenga aspectos objetivos y subjetivos. También comparte esta posición ZUGALDÍA ESPINAR/POMARES CINTAS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 554 quienes exponen que la doctrina dominante realiza un paralelismo entre el tipo del injusto y el de la justificación, en consecuencia, la concurrencia de una causa de justificación exige de un elemento objetivo que estará conformada por “presupuestos objetivos” que sustentan la situación justificante y de un aspecto subjetivo el cual requiere que el individuo tenga conocimiento de la situación que lo justifica y que proceda con arreglo a la particular causa de justificación.

justificación¹⁰⁵. Con respecto a este tema, se advierte que algunos autores estiman que no basta la concurrencia de los elementos objetivos para que tenga lugar una causa de justificación, lo cual significa, naturalmente, que es necesario que se tomen en cuenta los aspectos subjetivos de la justificación; no obstante, para otros es suficiente que se observen los elementos objetivos para que se reconozca¹⁰⁶.

¹⁰⁵ JAKOBS, *Derecho Penal...* cit., pp. 431 sostiene que los elementos subjetivos del tipo de justificación dicen relación con el conocimiento de los aspectos objetivos que integran el referido tipo, en tanto, que los aspectos objetivos sólo toman en cuenta la concurrencia de los elementos que conforman la situación que propicia la justificación.

¹⁰⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 436 y 437. Con respecto a este tema, importa tener en mente las posiciones doctrinales en cuanto al delito. Así, la concepción clásica sostenía que no era necesaria la concurrencia de elementos subjetivos, pues sólo bastaba que el autor cumpliera con los aspectos objetivos de la justificación para tuviera lugar ésta. No obstante, esta postura fue duramente criticada por los partidarios de la teoría finalista que entendía era preceptivo la concurrencia de elementos subjetivos, al igual que los objetivos. MIR PUIG expresa que esta última posición representa la doctrina mayoritaria en Alemania. Este autor es de la opinión que una causa de justificación requiere que los aspectos objetivos de las mismas sean del conocimiento del individuo y también que éste las haya querido, tal como ocurre en el tipo positivo en el cual se precisa del dolo. Sin embargo, aclara que no se necesita un “ánimo adicional” dirigido a proceder con arreglo a una causa de justificación. Para ejemplificar su postura sostiene que en la legítima defensa se requiere que el sujeto se defienda objetivamente y también que la persona sepa que está realizando una acción dirigida a rechazar la agresión, de tal suerte que no se precisa de un ánimo particular dirigido a defenderse de manera legítima, en consecuencia, MIR PUIG estima que la persona bien puede actuar motivada por el odio o alguna otra razón. De otro lado, se colige que CEREZO MIR se aparta de la posición defendida por MIR PUIG que sostiene no es necesario que haya en el sujeto un ánimo especial, en vías que se concrete una causa de justificación. Consideramos que lleva la razón MIR PUIG, puesto que la propuesta que plantea CEREZO MIR lleva a considerar aspectos que nos parece no puede interferir el Derecho penal, esto es la motivación que impulsa al sujeto a proceder de determinada forma. Si bien estimamos que se precisa de elementos subjetivos, esto aplica para el conocimiento que debe tener la persona en cuanto a la situación justificante. Conforme a este tema también CURY URZÚA, *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 358, expresa que no es posible determinar tal *animus*, puesto que no es dable incursionar en los designios del sujeto, por el contrario estima que cabe finalidad en la causa de justificación, es decir, que el sujeto debe tener conocimiento que su conducta está motivada a defenderse, como ocurre en la legítima defensa, sin embargo, las intenciones del individuo no son sujeto de examen en vías a determinar si concurre alguna causa de justificación.

Con todo, la posición que reconoce elementos subjetivos en la justificación nos resulta correcta, puesto que si bien la ley señala los requisitos que deben observarse para que tenga lugar una causa de justificación en particular, nos parece que es necesario que el sujeto tenga noticia que se encuentra dentro del marco de una situación justificante, para que concurra una causa de justificación en toda su dimensión, pues en sentido contrario se atendería, únicamente, a elementos objetivos conforme lo estableció en su día la concepción causalista clásica, la cual es contraria a la teoría dominante del injusto que rige hoy día y que entiende existen aspectos objetivos y subjetivos en el injusto, lo cual implica que las motivaciones del sujeto son relevantes y deben ser atendidas de entrada. Esto incide sobre las causas de justificación, en atención a que se relacionan con el injusto, en concreto, con la antijuricidad, debido a que si tienen lugar se enerva la condición antijurídica de la conducta, aunque se mantiene incólume su tipicidad. Debemos coincidir con OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 164 y 165, porque afirman que la concepción objetiva de la antijuricidad se plantea sólo el desvalor del resultado, es decir, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; en tanto que la posición subjetiva se centra en el desvalor de la acción. A partir de esta descripción concluyen que en el evento que no se ponderen los elementos subjetivos, se asistiría a un Derecho penal de resultado, posición que no nos parece correcta, en atención a que las motivaciones del sujeto deben ser objeto de atención. Aquí también debemos destacar con CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 769 y ss., que la justificación, desde una perspectiva objetiva, implica una comprobación *ex post* que entiende que en el caso que no concurra la acción justificada habría tenido lugar el resultado que la causa de justificación pretende que no ocurra; mientras que la concepción puramente subjetiva precisa de una valoración *ex ante*, de tal modo que el resultado es irrelevante.

JESCHECK/WEIGEND opinan que se requiere de los elementos subjetivos para que tenga lugar una causa de justificación. Así, sostienen que es preceptivo el sujeto tenga conocimiento de las circunstancias justificantes y que proceda conforme a la autorización que le concede el ordenamiento jurídico o del deber que se le señala¹⁰⁷.

CEREZO MIR es partidario de considerar elementos subjetivos en todas las causas de justificación. Este autor fundamenta su posición en la estructura del CPE, en el cual se hace distinción entre desvalor de la acción y desvalor del resultado. Además, sostiene que la redacción del CPE propicia el reconocimiento de elementos subjetivos en la justificación. En esta dirección, manifiesta que en la legítima defensa el sujeto procede “en defensa” de la persona o derechos que le son inherentes o ajenos; o en el estado de necesidad que se requiere una actuación “para evitar un mal propio o ajeno; o que proceda “en cumplimiento de un deber legal, o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo”. Para CEREZO MIR es necesario que la persona se desempeñe conforme a un ánimo de defensa, o de eludir un mal, en el caso del estado de necesidad, o con el fin de ejercer un derecho, oficio o cargo¹⁰⁸.

¹⁰⁷JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 353. Conforme a la posición defendida por estos autores sería necesaria la intención de defenderse en la legítima defensa, en tanto que, en el estado de necesidad justificante, es preceptiva la actuación con el fin de desvanecer el peligro; en la interrupción del embarazo se precisa de la voluntad del médico encaminada a salvar a la mujer en estado de gravidez. En la doctrina argentina ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 483 estima que debe existir la “finalidad” de defensa en el sujeto. También participa de la concurrencia de elementos subjetivos en la justificación BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Barcelona, 1984, pp. 231. BUSTOS RAMÍREZ expone que las causas de justificación aparecen fundamentadas por cuestiones de significación y sentido, en consecuencia, no es posible resolverlas conforme a criterios causales, por tanto, se precisa de elementos subjetivos.

¹⁰⁸CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 198. En torno a este tema también BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1994, pp. 150. Este autor sostiene que existe un amplio respaldo por la doctrina a la postura que entiende debe existir un *animus defendi* por parte del sujeto. La posición defendida por CEREZO MIR que sostiene que los elementos subjetivos de la justificación se derivan de la redacción que presenta el CPE no es compartida por RODRÍGUEZ DEVESA quien afirma que la estructura del estatuto punitivo no debe ser interpretada, con arreglo a criterios gramaticales, puesto no existe ningún basamento para tales efectos. También coincide LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp.580, pues según este autor la redacción de algunas causales de justificación, no debe dar lugar a considerar que el ánimo del sujeto es relevante en vías de verificar si procede una situación justificante. Así, afirma que los términos: “obrar en defensa”, “en cumplimiento de un deber legal”; no implican que debe atenderse a las motivaciones de la persona, por el contrario, estima que en estos casos sólo se trata de cuestiones objetivas en las cuales el individuo actúa defendiéndose o defendiendo a otra persona. Ahora bien, expresa que es posible que ocurra un exceso en la justificación si el sujeto no atiende a la proporcionalidad o en el caso que su conducta sea innecesaria. En contraposición OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*cit., pp. 166, consideran que son necesarios los elementos subjetivos en las causas de justificación, puesto que la construcción gramatical de éstas así lo aconseja.

La concurrencia de elementos subjetivos en el tipo de justificación ha sido cuestionada por algún autor. Así, se establece que solo es necesaria la presencia de aspectos objetivos para que se materialice la situación justificante, de tal manera que se requiere analizar la conducta externa del individuo. Como argumento para denegar la concurrencia de elementos subjetivos se sostiene que el derecho no está en posición de ingresar en el alma y que la función de control social que ejerce el ordenamiento se supera si se pretende analizar las motivaciones del sujeto¹⁰⁹.

LUZÓN PEÑA formula una clasificación de las causas de justificación sobre la base de la justificación del resultado y de la acción. Así expresa que en las primeras se ocasiona un resultado que se pondera de manera positiva, lo cual implica que el bien jurídico pierde la tutela que le proporciona el ordenamiento, debido a la lesión o puesta en peligro que tiene lugar, tal como ocurre en la legítima defensa. Por otro lado, en las causas de justificación de la acción el comportamiento no posee connotaciones negativas, porque no se evidencia desvalor de la acción, como acontece en el caso fortuito¹¹⁰.

Se discuten las consecuencias que tienen lugar en el supuesto que falte el elemento subjetivo. Así, algunos autores son de la opinión que ante esta circunstancia corresponde castigar por tentativa inidónea; en cambio otros estiman que se trata de una eximente incompleta. De este tema nos ocupamos en las siguientes líneas.

En la doctrina española MIR PUIG sostiene que si bien en Alemania la mayoría de los autores se decanta por considerar que ante la falta de conocimiento de los presupuestos que integran una causa de justificación se entiende que sobreviene tentativa inidónea, en el derecho español debe aplicarse una eximente incompleta, puesto que el hecho no puede estar justificado porque se ha producido desvalor de la

¹⁰⁹De este parecer es RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, 10ª ed., Madrid, 1986, pp. 504. Este autor sostiene que existen ocupaciones que son estimadas por la colectividad, pero que, en algunas ocasiones, pueden contener motivaciones mórbidas. Así, cita el caso del cirujano que alimenta sus inclinaciones sádicas al tiempo que practica operaciones; el policía que persigue a una persona dirigido por el afán de caza de un sujeto. Este autor asegura que estas motivaciones no deben ser atendidas por el ordenamiento, pues de lo contrario el derecho se tornaría en religión y los despachos judiciales serían confesionarios.

¹¹⁰LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp.575. Este autor sostiene que es necesario el elemento subjetivo en la justificación en el caso que ley lo establezca.

acción; no obstante, la sanción se reduce por la ausencia del desvalor del resultado¹¹¹.

De cara al problema que enfrentamos CERESO MIR plantea la aplicación de una atenuante por analogía, puesto que considera que esta solución es la correcta, en atención a la estructura del CPE. Para CERESO MIR no es posible considerar que, ante la falta de elementos subjetivos en las causas de justificación cabe la tentativa, debido a que en todo caso el resultado se ha producido, en consecuencia, se está frente a un delito consumado¹¹².

Algún autor es partidario de una solución particular correspondiente a cada causa de justificación; es decir, que ante la ausencia de elementos subjetivos en la situación justificante será necesario atender las cuestiones que le son inherentes a las causas de justificación para determinar los efectos pertinentes¹¹³.

¹¹¹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 434. Según este autor para los finalistas ortodoxos el sujeto debe ser castigado por delito consumado, debido a que estiman el elemento subjetivo se encuentra presente en el desvalor de la acción. Esto implica que no tiene mayor relevancia el resultado para que tenga lugar el reconocimiento de la justificación. MIR PUIG opina que esta posición soslaya la importancia que posee el desvalor del resultado y que aconseja una disminución de la sanción. En la doctrina chilena participa de la solución finalista GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 152, debido a que considera de superlativa importancia el desvalor de la acción que concurre para estos efectos. Para MIR PUIG en caso de que se produzca el desconocimiento de los elementos subjetivos en la causa de justificación en un delito imprudente, de igual forma, corresponde atenuación por eximente incompleta. A su vez critica la solución de la tentativa inidónea que plantea la doctrina alemana, debido a que ésta es atípica y porque en realidad se ha producido un resultado, es decir, ha ocurrido la consumación del delito.

¹¹² CERESO MIR, *Curso de Derecho...cit.*, pp. 203. Según este autor la única forma de aplicar la tentativa al caso objeto de atención sería por medio de analogía, en este supuesto *in bonam partem*, sin embargo, esta interpretación tropieza con lo previsto en el artículo 4º del CPE, en cambio la solución de la atenuante analógica si tendría sustento legal, en atención a lo señalado en el artículo 21.7 del CPE. CERESO MIR critica la posición asumida por un sector de la doctrina española representada por COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, para quienes es dable aplicar una eximente incompleta en la cuestión que nos atañe, puesto que tales eximentes precisan que tengan lugar los aspectos esenciales de la eximente en particular, no obstante, en el asunto examinado falta un elemento de superlativa importancia, es decir, lo subjetivo.

¹¹³ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 179. Estos autores estiman que el elemento subjetivo es preciso, para que concurra una causa de justificación, en consecuencia, sin aquél no será posible apreciar la situación de justificación incompleta. En torno a esta cuestión OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO distinguen entre dos supuestos. En el primer caso aseguran que el permiso concedido al sujeto para actuar en contraposición al tipo, se desvanece desde la perspectiva política-criminal, como ocurre por ejemplo en la falta de agresión ilegítima en la legítima defensa. En el segundo supuesto se está frente a casos en los cuales se puede suprimir algún elemento, sin que desaparezcan las causas que han provocado la circunstancia justificante, como por ejemplo la necesidad racional del mecanismo empleado para repeler el ataque. En el primer supuesto, según OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, la ausencia de tales elementos impide reconocer la eximente incompleta, en tanto, que en el segundo no se impide la apreciación de la eximente incompleta. En esta dirección, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 440 y 441, sostienen que procede la eximente incompleta en el evento que haga falta uno de los elementos inesenciales de la causa de justificación. Agregan que la jurisprudencia exige que al menos concurra uno de los puntos fundamentales de la justificación, como ocurre por ejemplo en la agresión ilegítima que es

Según la teoría de los elementos negativos del tipo es necesario que concurren elementos subjetivos, en vías que se reconozca determinada causa de justificación. En sentido contrario, el sujeto responde por delito frustrado¹¹⁴.

Como se expuso algún sector de la doctrina estima que ante la falta del elemento subjetivo en la causa de justificación debe entenderse que ha tenido lugar la figura de la tentativa inidónea¹¹⁵. Para quienes defienden esta postura la tentativa es procedente, debido a que, si bien concurre desvalor de la acción, no sucede lo mismo con el desvalor del resultado, puesto que este se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico¹¹⁶. La solución de la tentativa, en el supuesto que haga falta el elemento subjetivo de la justificación, esto es que el sujeto no conoce que acontece la situación objetiva de justificación; se sustenta en que, si bien el individuo procede con dolo, no se advierte desvalor del resultado, debido a la concurrencia de la situación objetiva justificante, empero si tiene lugar la desvaloración de la acción¹¹⁷.

En torno al tema abordado en el inciso que antecede los partidarios de la doctrina de la acción final sostienen que se está ante un delito consumado, en razón que se advierte desvaloración del acto, lo cual es suficiente para tales efectos, por ende, no es de recibo que acontezca la desvaloración del resultado¹¹⁸.

Otra situación ocurre en el caso de los delitos imprudentes, dado que no tiene relevancia que la persona no tenga conocimiento que su conducta aparece amparada por una causa de justificación, puesto que en estos ilícitos se precisa de un desvalor del resultado, lo cual significa que el solo desvalor de la acción no es suficiente, a menos que la acción imprudente dé lugar a un delito de peligro¹¹⁹.

La importancia de los elementos subjetivos, desde la perspectiva finalista, ha sido objeto de estudio. En este sentido, se ha considerado que, si acontece una situación

preceptiva en la legítima defensa.

¹¹⁴ GIMBERNAT, *Introducción a la...*, cit., pp. 51 y 52.

¹¹⁵ CURY URZÚA, *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 360.

¹¹⁶ CURY URZÚA, *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 360. También opina en esta dirección, MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 108.

¹¹⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 580.

¹¹⁸ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 152.

¹¹⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 581 y ss.

amparada por el derecho y en teoría justificada, no obstante, esto ocurre de forma inconsciente, es decir, sin la concurrencia de los elementos subjetivos, entonces no tiene lugar la norma de autorización, por tanto, no se produce la exclusión del injusto¹²⁰.

Los defensores de la teoría puramente subjetiva de la justificación, sostienen que para que tenga lugar la exclusión del ilícito, solo basta la justificación desde la perspectiva subjetiva y el resultado vendría a resultar innecesario¹²¹.

La solución de la eximente incompleta, ante la carencia de elementos subjetivos es defendida por CUELLO CONTRERAS a partir de las connotaciones que tienen las prohibiciones y las autorizaciones. Así, este autor afirma que las prohibiciones dicen relación con: 1) bienes jurídicos que deben ser preservados de acciones que atenten contra ellos, esto es disvalor de la acción; y 2) la condición final de las mencionadas acciones, es decir, el disvalor del resultado. En tanto que las normas de autorización se ocupan de: 1) el sacrificio por medio de acción de bienes jurídicos para atender otros, (valor acción); y 2) la consecuencia final de tales sacrificios representa un valor resultado. En razón de ello estima que en el evento que la persona no se ha representado la situación justificante no puede ser autor de una tentativa, pues ha pretendido llevar a cabo y, en efecto, ha realizado el tipo; por tanto, la antijuricidad se atenúa, de manera que en todo caso concurre eximente incompleta. También aduce que la persona procede de manera dolosa, puesto que lesiona el bien jurídico, debido a la falta de motivación para abstenerse de ello, por ende, cabe aplicar, desde esta perspectiva, eximente incompleta¹²².

Para nuestros efectos, en el caso que haga falta el elemento subjetivo del tipo de justificación, se advierte, como señala la doctrina, un desvalor de la acción, puesto que el sujeto ha procedido con dolo dirigido a provocar la lesión de un bien tutelado por el

¹²⁰ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 765 y ss. Este autor ejemplifica la cuestión a partir del supuesto en el cual un sujeto pretende romper un cristal, no obstante, le salva la vida a una persona que está cerca de morir por asfixia. Ante esta circunstancia la persona realiza el tipo penal de daños previsto en el CPE, pero no debe ser favorecido con la concesión de una justificante, puesto que no tenía conocimiento de la situación en que se encontraba. Con todo, CUELLO CONTRERAS, afirma que el finalismo no debe concebirse como una teoría subjetiva de la justificación, debido a que no vincula el elemento subjetivo con el móvil de justificación, así cita el caso de la persona que toma para sí el dinero que un ladrón acaba de robar, en este caso no cabe justificación, puesto que la acción estuvo dirigida hacerse con la cosa y no restablecer el derecho.

¹²¹ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 772.

¹²² CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 800.

ordenamiento. Sin embargo, nos parece que no concurre desvaloración del resultado, dado que la conducta llevada a cabo por el autor se encuentra permitida por el ordenamiento, pese a que el individuo desconozca que procede con arreglo a la respectiva causa de justificación. Con base en este planteamiento consideramos que la ausencia del elemento subjetivo en el tipo de justificación debe ser resuelta mediante la figura de la tentativa inidónea.

Es cierto que ante la ausencia del elemento subjetivo de la justificación se consuma el delito, como exponen los defensores de la solución de la eximente incompleta, no obstante, estimamos que no puede soslayarse que ese resultado aparece amparado por el ordenamiento, por tanto, a pesar que la consecuencia en efecto acontece la cuestión se resuelve por medio de la tentativa inidónea, puesto que la consecuencia que tiene lugar materialmente, es aprobada por el ordenamiento, es decir, la persona está justificada, lo cual significa que no existe un desvalor del resultado.

Se advierte que en la legislación panameña la respuesta pasa por la figura de la tentativa, la cual aparece regulada en el artículo 48 del CPP. La norma mencionada dice así: *“Hay tentativa cuando se inicia la ejecución del delito mediante actos idóneos dirigidos a su consumación, pero esta no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente”*.

La redacción de la norma aludida da lugar a considerar que en efecto el autor procede con desvalor de la acción, debido a que adelanta gestiones encaminadas a realizar el tipo penal. Sin embargo, no se concreta aquello que persigue el autor, en este caso porque el resultado final aparece aprobado por la ley, por tanto, se configura la tentativa. Aquí cabe puntualizar que el CPP no reconoce la tentativa inidónea¹²³, dado que así se deriva de la estructura del artículo 48 del CPP, por tanto, somos de la opinión que en el caso que falte un elemento subjetivo en la causa de justificación, conforme a

¹²³ GUERRA DE VILLALAZ/VILLALAZ DE ALLEN, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Panamá, 2009, pp. 144. Estas autoras parecen respaldar la posición que defendemos, puesto que al hacer mención de los diferentes elementos que integran la tentativa, según el CPP sostienen que se precisa de idoneidad de medios. A juicio de GUERRA DE VILLALAZ/VILLALAZ DE ALLEN este elemento dice relación con los delitos dolosos y también precisa que el comportamiento pueda ser objeto de fragmentación, es decir, dividido en compartimientos y por último opinan que los actos empleados deben ser “apropiados” para dar lugar a que tenga ocasión el delito que pretende realizar el autor.

la configuración del CPP, no cabe sanción, lo cual da lugar a la impunidad¹²⁴.

En otro orden de ideas, se discute en torno al posible examen que debe realizar el individuo, es decir, si el sujeto debe realizar un análisis detallado en torno a los presupuestos de carácter objetivo de la causa de justificación. Se ha esgrimido que el deber de examen no es relevante para el reconocimiento de las causas de justificación, de tal manera que la conducta del sujeto se justifica en el caso que concurran los aspectos que integran la justificación y la persona proceda conforme a la circunstancia que lo justifica¹²⁵.

Pese a lo expuesto, se le concede importancia al deber de examen en el supuesto que no se reúnan los requisitos objetivos de una causa de justificación, dado que bajo ese contexto importa determinar si el sujeto puede ser castigado, en razón que no aplicó el deber de examen¹²⁶. También es atendible el deber de examen, en vías de reconocer una causa de justificación, en algunos casos en que sea necesario que el autor se haya informado en torno a la situación objetiva¹²⁷.

¹²⁴ Nos parece que el Código penal derogado de 1982 establecía una posición distinta a la que rige hoy día. Esto es así porque preveía la figura de la eximente incompleta en el artículo 66.7. Dicha norma se encontraba dentro de las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, en calidad de atenuante. El artículo sostenía lo siguiente: “*Son circunstancias atenuantes comunes, cuando no estén previstas como elementos constitutivos o como atenuantes específicas de un determinado hecho punible, las siguientes:..., 7. las eximentes incompletas*”. El ACPP regulaba la tentativa en el artículo 44 como sigue: *Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un hecho punible por actos idóneos encaminados a su consumación y que no se produce por causas independientes del agente*”. Como viene expuesto, la redacción del ACPP, al igual que el estatuto vigente de 2007, no daba lugar a la tentativa inidónea, puesto que exigía actos idóneos para que el sujeto activo lograra los propósitos trazados. Pese a la regulación de la eximente incompleta en el ACPP, estimamos que la solución al asunto igual pasaba por la tentativa, debido a lo que hemos expuesto en cuanto a la desvaloración del resultado. En este mismo orden, consideramos que la solución de la impunidad se encontraba presente en el estatuto de 1982, puesto que no se preveía la tentativa inidónea.

¹²⁵ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 354. Estos autores citan como ejemplo el caso del médico que adelanta una revisión superficial de la mujer en estado de gravidez y concluye, de forma correcta, que se reúnen los elementos para que se dé un aborto y en efecto realiza el procedimiento para la interrupción de la gestación, cuestión que da lugar al reconocimiento de la situación justificante.

¹²⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 354.

¹²⁷ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 355. Estos autores opinan que esta situación aplica para la tutela de derechos legítimos, como por ejemplo en el caso que no se corroboren los dichos que han ofendido el honor de una persona. También en el evento que el consentimiento presunto no sea tal, es decir, en el caso que no haya concordancia con la voluntad de la persona afectada y también para diligencias oficiales en las cuales el servidor público procede con arreglo a derecho, pese a que no se hayan confirmado los elementos que el funcionario consideró correctos. JESCHECK/WEIGEND afirman que la decisión en torno a una causa de justificación es una cuestión que adelanta el operador del sistema en un contexto *ex post*. Sin embargo, en el caso que el hecho objeto de atención tenga como perspectiva la posible realización de un peligro deberá atenderse a la condición del hombre promedio, lo cual implica una ponderación *ex ante*, la cual también cabe aplicar para los casos relacionados con el deber de examen.

Otro asunto a examinar, dentro del contexto que acapara nuestra atención, guarda relación con la certeza en cuanto a la configuración de una causa de justificación, es decir, el supuesto en que una persona se plantea como posible la concurrencia de una causa de justificación¹²⁸.

Siguiendo la línea de pensamiento expuesta en el inciso superior, ROXIN opina que no es posible reconocer la concurrencia de una causa de justificación en el caso que se produzca una simple representación. Así, sostiene que es inadmisibles la justificación de un policía que estima que un sujeto al cual observa se trata de un delincuente requerido por las autoridades, pues considera que se precisa de un examen cuidadoso, previamente a que el funcionario lleve a cabo la detención¹²⁹.

5. CONCURRENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Es posible que el comportamiento del autor pueda encuadrarse en más de una de las causas de justificación establecidas por el ordenamiento¹³⁰. Ante esta situación importa determinar si la conducta de la persona debe ser subsumida dentro de todas las causas de justificación, o bien establecer si el comportamiento merece encuadrarse solo en una de aquellas.

¹²⁸ ROXIN, *Derecho Penal, tomo II...*, cit., pp. 594. Según este autor el BHG consideró legítima defensa putativa en el caso de un sujeto que dirigió el vehículo que conducía contra unos sujetos, porque estimó sería víctima de una golpiza. Este autor opina que la cuestión pudo haberse resuelto mediante la figura del dolo eventual, pues si bien era posible que en realidad el individuo iba a ser agredido, también cabía la posibilidad que fuera un incidente sin mayor trascendencia. ROXIN entiende que si el sujeto en realidad estimaba que se trataba de una causa de justificación el asunto debe ser resuelto mediante las reglas del error de tipo.

¹²⁹ ROXIN, *Derecho Penal, tomo II...*, cit., pp. 595. De acuerdo con ROXIN cabría estado de necesidad justificante en el caso que una persona no esté segura si tiene lugar una causa de justificación. Esto ocurre en el supuesto que un individuo advierta que los tripulantes de una embarcación corren el riesgo de perecer, en atención a las condiciones de la nave en la cual se encuentran, y en razón de ello toma una embarcación para socorrer a las personas, empero daña obstáculos para lograr su cometido. Aquí, según ROXIN, el sujeto estaría justificado pese a que luego se demuestre que los tripulantes hubiesen podido salvarse sin la intervención del individuo. Esta postura, conforme expone ROXIN, no es aplicable en el caso que colisione vida contra vida, puesto que según la legislación alemana opera no ya una causa de justificación, sino de exculpación.

¹³⁰ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 760. Según este autor en la doctrina se discute en torno a la posibilidad que los hechos puedan ser subsumidos en más de una causa de justificación, sin embargo, entiende que ante esta situación en realidad se está frente a una colisión o relaciones entre las situaciones justificantes, en lugar de concurrencia de causas de justificación. Así, cita el caso del policía que utiliza su arma de reglamento, para lo cual está autorizado, lo cual da pie a la aplicación de la legítima defensa de tercero, así como el ejercicio del cargo.

En vista que en este trabajo se examina la figura del error, desde una perspectiva dogmática y legal, con especial referencia a los ordenamientos de España y Panamá, conviene tener en mente las soluciones que existen en el evento que se advierta una posible concurrencia de causas de justificación, puesto que esto tiene efectos directos, entre otras cosas, sobre la figura del error, dado que habría que verificar la aplicación de la teoría del error al caso particular, si es que hay lugar a la materialización de alguna circunstancia que propicie el error. Una situación parecida acontece en materia de causas de exculpación, es decir, que bien podrían utilizarse las reflexiones realizadas en este epígrafe para resolver la posible concurrencia de tales eximentes.

El punto que nos ocupa es de importancia superlativa, debido a que tiene repercusiones prácticas que no conviene pasar por alto. Esto es así, porque cada causa de justificación cuenta con requisitos particulares para que tenga lugar su configuración; en consecuencia, desde una perspectiva *ex ante* el agente que resulte involucrado debería tener noción de los elementos que se precisan para que su conducta se justifique, en tanto, que el operador del sistema judicial desde una posición *ex post* estará interesado en determinar si debe verificar los requisitos de una u otra causa de justificación al examinar un caso determinado.

Sostiene CUERDA RIEZU que la relevancia de la concurrencia de causas de justificación adquiere mayor intensidad en el caso que se verifique que la conducta es conforme a derecho, en razón que se ajusta a una situación justificante, empero se opone al ordenamiento jurídico según la estructura que presenta otra circunstancia justificante¹³¹.

¹³¹ En torno a este tema vid., ampliamente CUERDA RIEZU, en “Sobre el concurso entre causas de justificación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990. Este autor sostiene que el concurso entre las causas de justificación es un tema no ha tenido acogida en la doctrina científica española, al menos no de forma mayoritaria. CUERDA RIEZU manifiesta que en la ciencia penal española LUZÓN PEÑA fue el primero que se ocupó del desplazamiento de causas de justificación. Así, expresa que LUZÓN PEÑA concluyó que la legítima defensa puede llegar a ser desplazada por otra causa de justificación que tenga un carácter más especial. Con respecto a este punto, CUERDA RIEZU cita la sentencia de 13 de mayo de 1982 emitida por el Tribunal Supremo español. La situación fáctica que se analizó en el citado fallo se relacionaba con la actuación de un funcionario de la Policía Municipal de Oviedo, quien tenía por tarea retirar de la vía automóviles que no estaban estacionados correctamente. La actuación del agente se vio obstaculizada por uno de los propietarios de los vehículos. La situación llegó a tal punto que el policía disparó contra uno de los sujetos, lo cual ocasionó la muerte de éste. Al examinar el caso, el TS concluyó que la actuación del agente policía aparecía justificada por cumplimiento de un deber, en lugar de legítima defensa, dado que se ajusta más a las circunstancias en las cuales obró el agente. A juicio de CUERDA RIEZU, el TS admite la concurrencia de causas de justificación por conflicto de leyes, y esto se resuelve por medio de la aplicación de una de las causas de justificación. En

Las causas de justificación podrían tener una aplicación de manera conjunta¹³², salvo que una situación justificante particular comprenda un tramo de una causa de justificación más general, ya sea porque fija la justificación a algunas acciones típicas o establece una modalidad y extensión; o bien porque acarrea un efecto que está más allá de la consecuencia justificante¹³³.

uno de sus fundamentos el fallo sostiene lo siguiente: “*CONSIDERANDO que las eximentes de legítima defensa y el cumplimiento del deber, con fundamento filosófico diferente, en cuanto que la primera descansa en la necesidad de auto-tutela del bien lesionado y la segunda en el mantenimiento del servicio público, tienen distintos requisitos, entre los que destacan, dentro de la defensa legalizada, el de la agresión ilegítima como ataque ilícito actual e inminente susceptible de ser apreciado con claridad, y en el de la actuación en virtud de un deber, el obrar por exigencias de lo ordenado legalmente, con lo que aunque ambos son compatibles por su fundamentación y condicionamientos cuando tengan supuestos diferentes en que basarse, en el caso enjuiciado, una vez admitida su incompatibilidad, debe de apreciarse el cumplimiento de un deber en lugar de la legítima defensa, porque sobre toda la dinámica delictiva se perfila con mayor intensidad la actuación del Agente en la misión que tenía encomendada que la presencia de la agresión permisiva de su defensa, ya que en la actitud violenta que se describe en los hechos probados, se pone de relieve una discusión en la que se originan amenazas e insultos recíprocos ("haciéndose objeto de amenazas e insultos" dice la sentencia), al mismo tiempo que el procesado es empujado y zarandeado por varias personas, sufriendo lesiones leves, cuya autoría no queda establecida, así como la de las sufridas por el conductor de la grúa que fueron de carácter grave, con lo que, en su conjunto, predomina la resistencia al mandato del Agente de la Autoridad, sobre la agresión al mismo*”.

¹³² Con respecto a esta posición, en la doctrina alemana WARDA, citado por CUERDA RIEZU en “Sobre el concurso”..., *ADPCP*, 1990, pp.536 y ss, expone que no existen impedimentos para reconocer la aplicación conjunta de causas de justificación, puesto que tienen la misma consecuencia jurídica, es decir, que el comportamiento aparece ajustado a derecho. Sin embargo, el autor alemán mencionado establece que en algunos supuestos podría ser aplicable una sola causa de justificación, pese a que concurren varias y para ello se debería tomar en cuenta aquella causa que sea más fácil de comprobar, lo cual también puede ocurrir en el supuesto que se presente una causa de justificación especial frente a una general, lo cual daría lugar al efecto oclusivo de situación justificante especial ante la genérica. En cuanto a la condición de especialidad, WARDA conforme expone CUERDA RIEZU, sostiene que ello debe obedecer a un criterio funcional que debe seguir los siguientes parámetros: 1) la exigencia de requisitos más rigurosos que otra; 2) el caso que una causa de justificación se encuentre limitada para algunas acciones típicas; y 3) en el supuesto que una causa de justificación conlleve repercusiones jurídicas más allá que la conducta se ajuste a derecho, como ocurre en el caso de la indemnización por daños. Otro planteamiento dentro del seno de la doctrina alemana es defendida por SEELMAN, pues según CUERDA RIEZU este autor concede relevancia al principio de legalidad, debido a que considera que el juzgador no está en posición de determinar si el interés que se salvaguarda está por encima del que resulta afectado en el supuesto que exista una causa de justificación particular para ello, lo cual implica que en este supuesto es necesario atender a lo que establece la ley, sin efectuar mayores ponderaciones. También cabría verificar la concurrencia entre causas de justificación y exculpación. Sobre este tema también CUERDA RIEZU, en “Sobre el concurso”..., *ADPCP*, 1990, pp. 519, manifiesta que ante esta situación es necesario atender a la teoría del delito. Así, sostiene que en el evento que concorra una causa de justificación, verbigracia legítima defensa y alguna situación de inimputabilidad, esto es capacidad de culpabilidad, se debe acudir a la causa de justificación, porque ésta incide sobre el injusto, en tanto, que la inimputabilidad afecta la culpabilidad, es decir, la última categoría del delito. Esta situación, a juicio de CUERDA RIEZU, permite concluir que la problemática descrita no se resuelve sobre la base de la teoría del concurso, dado que no se trata de determinar la aplicación de un tipo.

¹³³ ROXIN, *Derecho Penal, tomo II*..., cit., pp. 576 y 577. En cuanto a la concurrencia de causas de justificación, este autor sostiene que la persona que aprehende al sujeto que huye con el dinero producto de un delito, pudiera estar justificado tanto por la detención, como también por legítima defensa y estado de necesidad, conforme al ordenamiento alemán. Para ejemplificar su postura ROXIN cita el caso de un sujeto que mata a un animal que provoca perjuicios en su predio, puesto con esto pretende evitar un peligro. Añade que en la legislación alemana existe una disposición que sólo permite espantar al animal, de manera que no es permitido causarle la muerte, por tanto, advierte ROXIN que el legislador ha

Algún autor también ha considerado que frente la concurrencia de causas de justificación se está frente a un concurso de leyes¹³⁴. Esta situación implica que ante la posibilidad de aplicar varias causas de justificación debe atenderse a aquella que se ajuste con mayor detalle a la situación objeto de atención. En este sentido, se ha sostenido que la concurrencia de causas de justificación se resuelve bien por el principio de especialidad¹³⁵ o por medio del principio de subsidiariedad. Para este autor las causas de justificación resultan aplicables de manera subsidiaria en el evento que no sea admisible una causa principal¹³⁶.

El problema relacionado con la concurrencia de causas de justificación puede solucionarse acudiendo al principio de vigencia según el cual el análisis del precepto que contiene la justificación es fundamental para determinar la circunstancia que

proporcionado prevalencia a la conservación de la caza frente a los intereses que le competen al propietario del inmueble, de manera que se excluye la primera alternativa y para ello se utiliza el criterio de especialidad. Otro supuesto en el cual opera la especialidad, conforme afirma ROXIN, se trata del caso en el cual un sujeto le causa la muerte a un león con el ánimo de defenderse. Esta situación propiciaría la aplicación de dos causas de justificación de manera conjunta, no obstante, en razón a que la prevista en el artículo 904 del BGB se fija la obligación de reparación dirigida al propietario, en vista del perjuicio provocado y el 228 del BGB no lo establece, a menos que el afectado haya dado lugar a la situación de necesidad, en consecuencia, sostiene ROXIN que la causa de justificación establecida en el § 228 del BGB prevalece sobre el § 904 del BGB. En este mismo orden, ROXIN señala que el § 34 del StGB prevé una justificación de carácter general, en tanto que las situaciones previstas en las otras causas de justificación similares en el ordenamiento español contemplan situaciones bien particulares. No obstante, la situación justificante establecida en el § 34 establece principios que deben informar las especiales causas de justificación. Con relación este tema ROXIN hace mención al ejemplo en el cual una mujer de clase alta le arrebató el paraguas a una dama de escasos recursos con el fin de evitar que se eche a perder su costoso vestido. Este autor sostiene que es necesario atender las previsiones que establece el § 34 del StGB, el cual postula la ponderación de intereses, de tal suerte que frente a una circunstancia como la expuesta no es posible lesionar el espacio de libertad que tiene la mujer pobre. A favor de la especialidad en cuanto a la aplicación de las causas de justificación también se pronuncia JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 430 y 431. Este autor sostiene que la justificación general cede su espacio frente a una concreta situación justificante que regule el caso de manera particular.

¹³⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 581.

¹³⁵ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 760. Según este autor el criterio de especialidad implica que en la ley se advierte un supuesto de justificación más puntual que otros, para determinada circunstancia, de manera que no debe atenderse a la justificación genérica, porque si bien se advierten algunos elementos justificantes no se reúnen todos, empero en otra causa de justificación si concurren cada uno de los aspectos justificantes. Sobre la base de este planteamiento que utiliza el criterio de especialidad, CUELLO CONTRERAS considera que en realidad no se colige concurrencia de causas de justificación, puesto que en realidad lo que acontece es que se aplica la causa de justificación más específica, lo cual equivale a considerar que las causas de justificación se excluyen entre sí, es decir, que según este autor es necesario ponderar de qué bienes tutelados por una causa de justificación se puede prescindir, es lo que la doctrina llama el efecto oclusivo, es decir, que ante la presencia de todos los elementos de una causa de justificación corresponde excluir el resto de las situaciones justificantes. CUELLO CONTRERAS asegura que CARBONELL MATEU sostiene una posición diferente al efecto oclusivo de la justificación, puesto que estima que las causas de justificación más bien se complementan, así en el supuesto que haga falta la voluntad de defensa, no cabrá legítima defensa, pero podría ser aplicable el estado de necesidad.

¹³⁶ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 581.

concorre. En este sentido, en el caso que se exija que tengan lugar los requisitos de la causa de justificación A y no se reúnan los elementos de la causa B, entonces se concluye que ambas no pueden observarse de forma simultánea.

En otro orden de ideas, se advierte la figura de la causa de justificación genérica. Aquí CUERDA RIEZU quien sostiene que algunos autores como COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN expresan que el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, oficio o cargo se trata de una causa de justificación de carácter general, lo cual implica que el resto de las previstas en el ordenamiento son cuestiones específicas; empero otro sector ha presentado oposición a tal postura, pues entienden que las mencionadas causas de justificación sólo operan de manera subsidiaria, en el evento que no concurren la legítima defensa o estado de necesidad.

Otra opinión defendida por CEREZO MIR, RODRÍGUEZ MOURULLO y SAINZ CANTERO, como afirma CUERDA RIEZU, indica que las causas de justificación que aparecen en la parte general del Código penal son generales y aplicables a todos los tipos penales, empero se advierten causas de justificación específicas que son aquellas que se encuentran contenidas en los tipos en particular, como ocurre por ejemplo en la *exceptio veritatis* en delitos contra el honor¹³⁷.

La fórmula de remisión en las causas de justificación ha sido utilizada para deslindar el problema de la concurrencia de causas de justificación. Según esta posición, en el caso que no se advierta alguno de los elementos de una causa de justificación, lo cual da lugar a que no pueda aplicarse la respectiva circunstancia, es posible atender a otra causa de justificación. Así, puede ocurrir con la legítima defensa, pues en el caso que no se advierta uno de los presupuestos necesarios para que tenga lugar, podría ampararse la conducta en el estado de necesidad, si es que tienen lugar los requisitos de tal figura¹³⁸.

Si concurre un concurso real en cuanto a las causas de justificación, (esto es la pluralidad de conductas que implican infracciones a la ley penal de manera que

¹³⁷ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso" ..., *ADPCP*, 1990, pp. 525.

¹³⁸ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso" ..., *ADPCP*, 1990, pp. 527 y 528. Según este autor, la posición mencionada implica que las causas de justificación no están separadas, sino que se encuentran en estrecha correlación.

corresponde la aplicación de varias normas), es necesario verificar si cada uno de los comportamientos se opone al ordenamiento o, por el contrario, se ajustan a la ley penal. En este sentido, afirma CUERDA RIEZU que nada impide que se presenten distintas circunstancias que justifiquen al agente¹³⁹.

En cuanto al concurso ideal, sostiene CUERDA RIEZU que tiene lugar en el caso que haya un solo hecho típico, el cual se encuentra justificado de manera cumulativa por al menos dos causas de justificación. En este tipo de concurso se requiere examinar todas las normas que se relacionen con el hecho objeto de atención, lo cual también debe ocurrir en la concurrencia de causas de justificación, pues esto conlleva la aplicación de todas las causas de justificación que converjan al hecho para determinar si la conducta se encuentra justificada. Para ejemplificar su posición este autor plantea el siguiente caso: el sujeto A ordena la muerte de B, puesto que este ha decidido abandonar la organización criminal a la cual pertenecen. Además, A pretende desarrollar una campaña negativa contra B en los medios de comunicación. El sujeto B se entera de las intenciones difamatorias de A, por tanto, acude a las oficinas de A, con el fin de sustraer la información que lo puede comprometer. Sin embargo, es sorprendido por C, miembro de la banda y que ha recibido encargo para matar a B, lo cual intenta hacer. La situación culmina con la muerte de C, debido a la acción de defensa que realiza B. En este caso, concurre estado de necesidad en cuanto a la sustracción de documentos y legítima defensa por la muerte de C, lo cual a juicio de CUERDA RIEZU permite verificar que tienen lugar dos causas de justificación de manera conjunta y en concurso ideal¹⁴⁰.

También importa verificar algunos aspectos relacionados con el concurso de leyes. En el plano de las causas de justificación, esto significa que al parecer concurren varias causas de justificación a un mismo hecho, sin embargo, en realidad solo una de ellas debe ser observada. La cuestión pasa por determinar los criterios que deben emplearse para determinar qué causa de justificación debe ser aplicable.

¹³⁹ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso" ..., *ADPCP*, 1990, pp. 543 y 544. Este autor aclara que en el caso que concurra una causa de justificación se enerva la antijuricidad, lo cual implica que no es necesaria la aplicación cumulativa, es decir, varias circunstancias justificantes a un mismo hecho, puesto que si el comportamiento ya está justificado no tiene sentido considerar otras causas de justificación.

¹⁴⁰ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso"..., *ADPCP*, 1990, pp. 545.

En el seno de la doctrina alemana se rechaza el uso de la alternatividad, puesto que se considera el legislador habrá previsto que no existan regulaciones paralelas, o bien porque el asunto se puede solucionar a través de la aplicación de la especialidad o la subsidiariedad. Por el contrario, CUERDA RIEZU entiende que es posible utilizar la alternatividad, dado que es posible la aplicación de dos causas de justificación al hecho, y con ello habría un margen para decidir cuál de ellas debe ser utilizada¹⁴¹.

Se rechaza la subsidiariedad para resolver el concurso aparente, en razón que el ordenamiento no prevé, expresamente, la aplicación de una causa de justificación, en el caso que no concurra una causa principal. No obstante, CUERDA RIEZU sostiene que existen causas de justificación de carácter residual, es decir, que para su reconocimiento es necesario agotar otras medidas. En este sentido, asegura que la colisión de deberes tiene aplicación subsidiaria frente al estado de necesidad, conforme a la estructura del ordenamiento jurídico español¹⁴².

En cuanto a la subsidiariedad puede ocurrir que un comportamiento se encuadre en dos causas de justificación, empero que solo se aplique una de ellas, esto es la que resulte principal, como puede ocurrir ante el estado de necesidad y el consentimiento¹⁴³.

Nos parece que cabe la utilización de la subsidiariedad, lo cual implica que en el caso que no concurran los requisitos de una causa de justificación genérica, bien podría atenderse a la causa residual.

Por último, en cuanto a los criterios a utilizar para resolver un concurso de leyes se advierte que la especialidad es aceptada como parámetro para resolver la cuestión. En sede de causas de justificación, la especialidad, conforme expone CUERDA RIEZU, se advierte en los siguientes aspectos: 1) en el caso que una causa de justificación requiera de mayores requisitos que otra, lo cual ocurre, al decir del mencionado autor, en la

¹⁴¹ CUERDA RIEZU, “Sobre el concurso”..., *ADPCP*, 1990, pp. 548. Este autor afirma que en la doctrina científica alemana se descarta la consunción, debido a que ésta aparece destinada a los tipos penales, con distintos sentidos en cuanto al injusto y diferentes escalas penales, lo cual no se observa en las causas de justificación.

¹⁴² CUERDA RIEZU, “Sobre el concurso”..., *ADPCP*, 1990, pp. 548 y 549.

¹⁴³ CUERDA RIEZU, “Sobre el concurso”..., *ADPCP*, 1990, pp. 549. Este autor plantea el caso de una persona que debe ser intervenida de manera urgente por un médico. Aquí se necesita el consentimiento de la persona, por ende, el facultativo debe procurar el concurso del individuo, empero en el evento que no sea así, entonces podrá actuar amparado bajo el estado de necesidad.

legítima defensa, la cual es especial frente al ejercicio de un derecho; 2) existen causas de justificación previstas en ciertos delitos, por tanto, podrían considerarse especiales frente al estado de necesidad que tendría carácter genérico; y 3) existiría especialidad en el supuesto que una causa de justificación acarrea otras implicaciones, verbigracia la responsabilidad civil¹⁴⁴.

Estimamos que ante cada situación corresponde examinar con precisión el hecho objeto de atención con el fin de establecer la causa de justificación específica que corresponde a la situación. Esto implica que para nuestros efectos debe regir el criterio de especialidad con el fin de verificar la causa de justificación que debe utilizarse para cada situación. Así, nos parece que tiene lugar un efecto oclusivo en cuanto a la concurrencia de causas de justificación, de manera que estas no rigen de manera cumulativa, sino que se excluye según las particularidades que tenga el hecho que se examina en cada caso concreto, sobre la base de la especialidad.

En torno a las consecuencias que se derivan de las modalidades de concurso que hemos visto, se advierte que en el caso del concurso real cada situación justificante correrá por su cuenta en cuanto al hecho con el cual guarda relación. Con respecto al concurso ideal es necesario verificar si la causa de justificación alcanza a todos los hechos, en el supuesto que sea así entonces no cabe castigo, empero si la circunstancia justificante no aplica para todos los hechos debería imponerse castigo por el incidente no justificado¹⁴⁵.

Con respecto al concurso de leyes puede ocurrir que se aplique una causa de justificación, sobre la base del criterio de especialidad, y en razón de ello la conducta aparezca justificada. Sin embargo, el asunto es distinto en el caso que se decida aplicar una causa de justificación sobre la base de la especialidad, no obstante, luego resulta que no se cumplen todos los requisitos que se exigen, debido a que falta alguno de los elementos, lo cual podría implicar por un lado que la conducta no se encuentra justificada o echar mano a la causa de justificación genérica¹⁴⁶.

¹⁴⁴ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso"..., *ADPCP*, 1990, pp. 552.

¹⁴⁵ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso"..., *ADPCP*, 1990, pp. 552 y 553.

¹⁴⁶ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso"..., *ADPCP*, 1990, pp. 554. Con respecto a este problema este autor sostiene que en el caso que haya de practicarse un aborto a una mujer y no es posible encontrar a un médico para que realice la intervención, entonces podrá hacerlo un estudiante de medicina, el cual se

6. EFECTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La doctrina se ha ocupado de exponer las consecuencias que tienen lugar al tiempo en que concurre una causa de justificación¹⁴⁷. Tal como se verá en los párrafos que a continuación se suceden existe consenso en cuanto a algunos de los efectos que se derivan de las situaciones justificantes, empero en otros supuestos no se advierte sintonía. Aquí debe tomarse en cuenta que el ordenamiento de cada Estado, pues, al fin y al cabo, reporta los lineamientos que deben seguirse al tiempo en que concurre una causa de justificación, en consecuencia, siempre será necesario atender a la ley, a fin de establecer los efectos que se desprenden de las causas de justificación.

De entrada, está claro que la primera consecuencia que se deriva de la concurrencia de una causa de justificación consiste en que no se aplica sanción al sujeto¹⁴⁸, sin embargo, importa expresar que aparejada a esa conclusión general, se advierten cuestiones de considerable entidad en torno a los efectos de la justificación, tal cual se expone seguidamente.

La doctrina coincide en señalar que no puede oponerse legítima defensa contra la acción de una persona que actúa bajo el amparo de una causa de justificación¹⁴⁹. Esto

encontrará amparado por la causa de justificación genérica del estado de necesidad, sin embargo, en el evento que sea posible ubicar al facultativo, entonces ya no se podrá atender al estado de necesidad.

¹⁴⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 577, sostiene que las consecuencias de las causas de justificación son más abarcadoras que las que excluyen la culpabilidad, puesto que éstas se limitan a que no se aplique la pena, pero dejan intactas otras cuestiones como por ejemplo las medidas de seguridad, responsabilidad civil o la participación punible. Aduce que es necesario ponderar si en efecto ha tenido lugar una causa de justificación, previo a estudiar la problemática de la culpabilidad, puesto que existen diferencias importantes entre declarar exento de responsabilidad a un sujeto por exculpación o porque su conducta se encuentre adecuada a derecho dado que ha tenido lugar una causa de justificación, como también apunta RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 505.

¹⁴⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 357. Ambos afirman que en el caso que una conducta dé lugar a la realización de un tipo penal, no es posible considerar el comportamiento neutral, de manera que a partir de esta premisa se puede diferenciar entre conductas permitidas y las que no se encuentran prohibidas.

¹⁴⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 441. También en este sentido, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 578 y en la doctrina chilena GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 159. No obstante, LUZÓN PEÑA introduce algunos matices en este sentido, según se trate de una causa de justificación sólo de la acción o de resultado. Así, expone que ante las causas de justificación sólo de acción podría tener lugar un estado de necesidad defensivo, en el caso que exista una expectativa de causar un resultado desvalorado, debido a que se procede contra el origen del peligro que no concreta una "agresión ilegítima". También en las causas de justificación sólo de acción si el individuo ha propiciado de forma dolosa o culposa la circunstancia es posible que se responda por haber ocasionado un desvalor de resultado. En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp.

es así porque la conducta de quien se defiende está amparada por el ordenamiento, debido a que se trata de un comportamiento legítimo¹⁵⁰. Siguiendo este orden de ideas, se ha considerado que la justificación otorga un derecho a la persona que es agredida de forma ilegítima, de manera que para hacerlo valer se puede utilizar la fuerza¹⁵¹.

Con todo, ROXIN reconoce excepciones al derecho de intromisión que se le concede al sujeto. Así, afirma que, en algunos casos, que asegura serán escasos, es posible proceder en sentido contrario a lo expresado hasta aquí. Esto ocurre en el supuesto que el sujeto posea algún conocimiento particular en torno a la situación que acontece, lo cual deja sin sustento a la acción justificada¹⁵².

De igual forma, se considera que no procede la participación criminal, en el caso

178 y MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 431. LUZÓN PEÑA agrega que en las causas de justificación que enervan el desvalor del resultado, si el individuo no tiene conocimiento de la condición que justifica objetivamente tiene lugar tentativa imposible. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 177 sostienen que, si bien no cabe legítima defensa en contra de una acción justificada, bien podría oponerse estado de necesidad. ROXIN, *Derecho Penal tomo II... Parte General...*, pp. 602 sostiene que GUNTHER establece algunas precisiones en este sentido, debido a que distingue entre auténticas causas que excluyen la antijuricidad, pues sólo son contrarias al “indicio del injusto penal” previsto en el tipo penal, pero que pueden ser consideradas antijurídicas con base en el resto del ordenamiento jurídico. En razón de ello deberá realizarse un análisis de carácter casuístico con el fin de determinar si la conducta del individuo estaba aprobada por la ley o le hace falta “un contenido de injusto merecedor de pena”, frente al cual cabe legítima defensa. Con todo, ROXIN opina que esta postura es inadmisibles, puesto que la justificación sólo requiere de la tolerancia por parte del ordenamiento del comportamiento y en el supuesto que transgreda otras disposiciones legales será necesario que se adopten las medidas pertinentes en los espacios jurídicos correspondientes, es decir, en el evento que una conducta justificada en el marco del Derecho penal incida en otros apartados de la ley.

¹⁵⁰ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 323. Estos autores sostienen que no cabe una causa de justificación contra una conducta justificada, puesto que la acción de quien se defiende amparado por una causa de justificación es jurídica.

¹⁵¹ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal. Parte General I...*, cit., pp. 430 y 431. Estiman que no es necesario realizar distinciones encaminadas a verificar si el sujeto procedió en atención a una facultad o si se encontraba obligado a efectuar la conducta que adelantó. Advierten que esta distinción sólo debe atenderse en el caso de error en la existencia de la causa de justificación.

¹⁵² ROXIN, *Derecho Penal, tomo II...*, cit., pp. 602 y ss. Para ejemplificar la cuestión, cita el caso de la persona que tiene conocimiento que el sujeto aparentemente desvanecido en realidad finge un padecimiento, lo cual le permite que no se comunique a los servicios médicos de la situación, sin que esto motive responsabilidad por delito de coacciones. Estos supuestos son excepcionales, según ROXIN, porque en la mayoría de las veces no habrá personas con tales conocimientos y en vista que el sujeto que tenga nociones particulares deberá informar la situación a quienes pretenden prestar auxilio, como ocurre en el caso mencionado. Con respecto a este tema, ROXIN manifiesta que la persona que es privada de libertad por alguna orden de arresto, no puede oponerse a la gestión que realiza el agente, pese a que tenga conocimiento de su inocencia, debido a que para tales efectos deberá echar mano de los mecanismos legales para impugnar el arresto, según el ordenamiento correspondiente. También señala que se desvanece el derecho a intromisión en el supuesto que una persona con su comportamiento ocasione una potencial amenaza contra otro, empero su conducta se encuentra apegada al ordenamiento. Esto ocurre, por ejemplo, en el supuesto que una persona conduzca su vehículo dentro del marco del riesgo permitido, empero coloca en riesgo a otro. La persona que está en riesgo, no podrá utilizar legítima defensa, sin embargo, podrá cubrirse en el § 34 del StGB.

que el autor se encuentre bajo una causa de justificación; sin embargo, el autor mediato puede ser sujeto de castigo, debido a que utiliza a una persona para que lleve adelante la gestión delictiva, empero esta última si podía actuar amparado por una causa de justificación¹⁵³.

Tampoco es posible la aplicación de medidas de seguridad ante la concurrencia de una causa de justificación, puesto que el hecho no es delictivo, dado que el incidente no resulta antijurídico¹⁵⁴.

La concurrencia de una causa de justificación también da lugar a que se excluya la responsabilidad civil, debido a que el hecho no resulta antijurídico; no obstante, esto no ocurre en el supuesto que falte la culpabilidad. Sin embargo, en algunos casos es posible que tenga lugar la reparación civil, pese a la concurrencia de una causa de justificación. MIR PUIG afirma que esto es así, porque en estos supuestos no se está frente a una reparación civil, en razón que ha tenido lugar una conducta contraria a derecho, sino porque lo que se pretende es retomar la condición económica previa al hecho. Esto ocurre en situaciones como las que prevé el artículo 118 del CPE, en el evento que concurra estado de necesidad, de tal manera que las personas en cuyo beneficio se haya evitado el mal, serán responsables en cuanto al perjuicio que se ha evitado¹⁵⁵.

Está claro que siempre que concurra una causa de justificación el sujeto se encuentra exento de culpabilidad, por tanto, es irrelevante adelantar gestiones con el fin de comprobar la culpabilidad, pues ésta sólo puede tener lugar previo a la verificación del carácter antijurídico de la conducta¹⁵⁶.

¹⁵³MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 441.

¹⁵⁴MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 441. Según este autor en el CPE se precisa que exista un hecho delictivo, como fundamento para la aplicación de las medidas de seguridad, empero ante la falta de ese hecho, porque ha tenido lugar una causa de justificación, no resulta posible imponer una medida de seguridad. MIR PUIG utiliza como fundamento jurídico de su aserto los artículos 19 y 20.1 y 2 del CPE, en los cuales se advierte una redacción que da lugar a lo que él denomina “hecho típicamente antijurídico”. Con respecto a este punto LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 577 expone que la medida de seguridad también queda excluida, puesto que, si el hecho no es antijurídico, entonces no existe “pronóstico de peligrosidad criminal”. También RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 505 estima que no cabe considerar peligroso, al sujeto que ha dirigido su conducta de forma lícita.

¹⁵⁵MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 441 y 442.

¹⁵⁶MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 106.

Los efectos de las causas de justificación se limitan al ámbito de protección de la norma, en consecuencia, los excesos o la afectación de un bien jurídico distinto podrá ser objeto de una sanción penal¹⁵⁷.

Otra consecuencia que se deriva de la concurrencia de una causa de justificación es que la conducta justificada dentro del marco del Derecho penal, también lo estará en el resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo, este aserto permite una excepción, tal como ocurre en el estado de necesidad, puesto que el daño causado, a efecto de evitar que tenga lugar un mal, podría ser indemnizado, en vías de evitar un enriquecimiento sin causa, pero para ello es necesario atender a la normativa de cada país¹⁵⁸.

CAPÍTULO III. CULPABILIDAD Y EXCULPACIÓN

1. GENERALIDADES

El delito se encuentra conformado por categorías que han sido elaboradas en atención a los aportes que ha realizado la dogmática penal. Se trata, sin pretender establecer en detalle los aspectos que distinguen a cada uno de los elementos del delito, de un conjunto de elementos que se han organizado de forma sistemática, de tal suerte que su estudio debe adelantarse de manera organizada conforme se avanza en el análisis de la teoría del delito. Así, la antijuricidad y la culpabilidad merecen, en ese orden, ser consideradas luego del examen de la tipicidad.

Claramente, se advierten diferencias en las categorías, sin embargo, lo cierto es que contribuyen a proporcionarle sentido a la teoría del delito, puesto que aportan elementos que soportan los resortes científicos sobre los cuales se asienta el delito. En concepto de HIRSCH la diferencia entre la justificación y la exculpación obedece a que se requiere de una sistematización de carácter dogmática que establezca “escalones valorativos”, en vías que puedan realizarse las distinciones pertinentes entre

¹⁵⁷MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp.106. En esta dirección, también OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 178 quienes sostienen que en la legítima defensa sólo se justificará en caso que exista la necesidad de defensa, lo cual implica que los excesos poseen carácter antijurídico.

¹⁵⁸GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 159.

justificación y exculpación. Agrega que la diferencia entre justificación y exculpación da lugar a que se establezcan causas de exclusión conforme al particular contexto sobre el cual recae cada cual. Tal distinción importa para verificar si el sujeto procedió con arreglo al ordenamiento jurídico, o por el contrario actuó de manera antijurídica. De igual forma, la distinción aporta puntos importantes para delimitar la responsabilidad de terceros, puesto que dentro del plano de la antijuricidad no es posible considerar tal cuestión, a menos que el ordenamiento jurídico disponga otras soluciones.¹⁵⁹ En razón de lo expuesto, se colige que las categorías que integran el delito están dotadas de particularidades que las hacen diferentes unas de otras.

Las causas que enervan las diferentes categorías del delito, (verbigracia el error de tipo invencible en cuanto a la tipicidad, la legítima defensa en torno a la antijuricidad, o el miedo insuperable en lo que se refiere a la culpabilidad, por mencionar algunas), también se encuentran determinadas por la categoría del ilícito sobre la cual inciden. Así, los efectos de la justificación se vinculan con la antijuricidad; por tanto, es necesario tener presente la teoría de la referida categoría para puntualizar las bases de la justificación, tal como ha sido expuesto hasta aquí. De otro lado, la exculpación se relaciona con la culpabilidad, por tanto, su examen se debe dirigir a verificar los parámetros que dirigen a la culpabilidad.

En vista que nos hemos ocupado, en alguna medida, de la teoría de las causas de justificación, las cuales enervan la antijuricidad, corresponde realizar algunos apuntes en torno a la exculpación, para luego de ello verificar las diferencias que surgen entre la justificación y la exculpación con propiedad.

2. LA EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD Y LA EXCULPACIÓN

Aquí importa destacar que los términos utilizados en este epígrafe corresponden a la dogmática alemana, puesto que en ese país se distingue entre la exclusión de la culpabilidad, en las cuales se anula toda culpabilidad, en atención a la ausencia de algunos elementos que integran la mencionada categoría del delito, y la exculpación o

¹⁵⁹ HIRSCH, *La Posición de la Justificación y la Exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, traducción de CANCIO MELIÁ, Bogotá-Colombia, pp. 10.

disculpa en las cuales se advierte una disminución de la culpabilidad¹⁶⁰.

Se observa que las causas de inculpabilidad dicen relación con la condición de la persona que aparece como destinataria de la norma. Este es el caso del sujeto quien no tiene capacidad suficiente para generar motivación frente al ordenamiento, es decir, alguien afectado por un problema psíquico grave o un menor de edad. En estos dos supuestos se está ante inculpables, lo cual también se hace extensivo a quien incurre en un error de prohibición, ya que, debido a la falta de conocimiento de la prohibición invencible, no se estará en posición de motivarse conforme al ordenamiento.

Una situación diferente ocurre en la exculpación, puesto que el sujeto cuenta con la capacidad de motivarse ante el ordenamiento; sin embargo, acontece una situación particular que da lugar a una exención de pena, en atención a factores relacionados con política criminal, en concreto, de prevención general¹⁶¹.

Las primeras reflexiones que expondremos en torno al tema que nos ocupa, pasan por analizar algunos asuntos, quizás de naturaleza semántica, pero tienen algún grado de incidencia, bien en la teoría del delito, desde un punto de vista formal, también dentro del plano práctico. Esta discusión ha sido adelantada con mayor intensidad en el seno de la dogmática alemana¹⁶² y tiene por objeto fijar las pautas que dan ocasión a determinar las razones que excluyen la culpabilidad y la exculpación.

Como punto de partida corresponde puntualizar que la culpabilidad aparece integrada por los siguientes elementos: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la condición antijurídica de la conducta y la inexigibilidad de otra conducta en derecho penal. Así, a manera de introducción, si la conducta es cometida por una persona inimputable se enerva la culpabilidad en el primer caso. En el evento que acontezca un error de prohibición invencible, de igual forma, se desvanece la culpabilidad, pero en torno al segundo supuesto propuestos, debido a que sobreviene ausencia de conocimiento de la condición antijurídica de la conducta¹⁶³. La

¹⁶⁰ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, pp. 121 y 122.

¹⁶¹ MAÑALICH, *La exculpación como categoría del razonamiento práctico*, Indret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2013, pp. 10 y ss.

¹⁶² AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 121.

¹⁶³ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, Valencia, 2009, cit., pp. 35.

inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho también daría lugar a que no se imponga un castigo.

Se ha sostenido que en la doctrina alemana se distingue entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación. En el primer caso se trata del término “*entschuldigung*” cuya traducción equivale a exculpación o exclusión de culpabilidad; en tanto que la otra acepción se trata de disculpa, lo que acontece en el estado de necesidad exculpante o excesos que tiene previsto el texto punitivo alemán, en los cuales no se dejan sin efecto por completo la culpabilidad; empero si se disculpa, dando lugar a la impunidad¹⁶⁴.

En torno al concepto de exculpación, expresa FEIJÓO SÁNCHEZ que en la doctrina alemana se consideró que se advertían circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico, como el estado de necesidad y el exceso en la legítima defensa, en las cuales se observaba un injusto y el sujeto estaba en posición de actuar de otra forma; empero no se castigaba a la persona y para justificar ello no resultan suficientes las teorías del injusto disminuido ni la culpabilidad atenuada. La solución a tal problemática estriba en establecer una construcción de la culpabilidad con un enfoque social; es decir, verificar los parámetros de responsabilidad que cada sociedad ha desarrollado, con base en los valores que existen en tal sociedad. Esta construcción permitirá determinar qué comportamientos deben considerados exculpados en una sociedad¹⁶⁵.

Los partidarios de la distinción entre causas que excluyen la culpabilidad y la exculpación entienden que en el evento que concurra un error de prohibición invencible o que se trate de una persona inimputable, entonces no se procede de manera culpable.

¹⁶⁴ PERRON, “Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado (Con especial consideración del Derecho penal español)”, traducción de SILVA SÁNCHEZ, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 141. Según se señala lo correcto hubiese sido utilizar en el idioma español el término exculpación, el cual contiene una proyección más amplia, empero aduce que la cuestión obedece a que el estado de necesidad previsto en el § 35 del StGB se le denomina exculpante, en atención a la traducción que elaboró RODRÍGUEZ MUÑOZ del tratado de MEZGER.

¹⁶⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídico-penal. Recensión a María Martín Lorenzo: La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n.o 2, 2009, pp. 12. A criterio de este autor la construcción social de la culpabilidad no puede perderse de vista, puesto que aquella categoría del delito no puede entenderse en los mismos términos en un sistema democrático o en uno marcado por el totalitarismo.

Pero en el caso que tenga lugar una causa de exculpación se prescinde de la sanción, en razón que no existe el mínimo de culpabilidad que se estima necesario para aplicar una pena¹⁶⁶.

También hay que tener en mente que se ha entendido que la exigibilidad no forma parte de la culpabilidad, debido a que en los supuestos de exculpación es posible que el agente proceda de otro modo; sin embargo, pese a ello se prescinde del reproche de culpabilidad. En este sentido, se ha expuesto que en las causas de exculpación se disminuye la culpabilidad del sujeto, pese a que tiene lugar un comportamiento que es lesivo de algún bien jurídico, en razón de ello no resulta dable la aplicación de una pena¹⁶⁷.

Se ha planteado que en este último caso se produce una doble disminución del injusto y de la culpabilidad; de tal suerte que no se advierte los niveles que resultan imprescindibles para que se aplique una pena, de tal suerte que tiene lugar una suerte de indulgencia¹⁶⁸.

De igual manera, se defiende la división entre causas que enervan la culpabilidad y la exculpación, en atención a la separación que existe entre la culpabilidad y las causas de exculpación. Así, WOLTER ha sostenido que se advierten causas de exclusión de culpabilidad, que inciden sobre el merecimiento de pena y tienen su sede en el denominado injusto culpable; en tanto que se cuentan con los casos de exculpación que tienen influencia sobre el injusto y la culpabilidad, que se observan en la categoría de la responsabilidad y que dicen relación con la necesidad de pena, desde una perspectiva preventiva. Este diseño implica que debe existir una separación entre causas de inculpabilidad y exclusión de responsabilidad¹⁶⁹.

Con todo se han formulado posiciones que estiman que en realidad no existe tal diferencia entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación. Con

¹⁶⁶ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 41. Con respecto a este tema, FEIJOO SÁNCHEZ, sostiene que se presentan dos elementos: la falta de exigencias procedimentales básicas para que tenga lugar la capacidad de autodeterminación y el peligro que sobreviene por estimar el carácter deliberativo de la persona.

¹⁶⁷ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 41 y 42.

¹⁶⁸ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 43.

¹⁶⁹ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 43 y 44.

relación a este punto, CEREZO MIR estima que no es necesaria realizar tal distinción, debido a que en el evento que la culpabilidad sea de escasa significancia, entonces es posible concluir que la misma no se encuentre dentro de los parámetros de la culpabilidad jurídico penal¹⁷⁰.

Una primera referencia en cuanto a la ausencia de distinción entre causas que excluyen de la culpabilidad y las causas de exculpación, parte del rol de la inexigibilidad en la categoría de la culpabilidad. En esta dirección, se tiene como base a la concepción de FRANK, dentro del marco de la concepción normativa de la culpabilidad. Según el mencionado autor; la culpabilidad no podía sustentarse exclusivamente en la condición de imputable de la persona que realizaba la conducta contraria a derecho y en el conocimiento del carácter antijurídico del comportamiento, sino que se precisaba que tuviera lugar la exigibilidad de la conducta según derecho, para de esa forma estimar que era posible que tuviera lugar el reproche de culpabilidad¹⁷¹.

Otra posición que no reconoce la existencia de una diferencia, al menos esencial, entre las causas que excluyen la culpabilidad y la exculpación es defendida por HIRSCH. Según la posición secundada por HIRSCH, no existe una distinción entre ambas cuestiones; puesto que en todo caso acontece una situación de carácter sistemática. Esto es así, porque en los supuestos se deja sin efecto el reproche de culpabilidad, lo cual implica no se trata de una distinción de considerable entidad, dado que en todo caso tal reproche se desvanece bien cuando se está frente a la inexigibilidad de otra conducta, tal cual acontece en los supuestos de error de prohibición o de inimputabilidad¹⁷².

MIR PUIG sostiene que la diferencia entre causas de exculpación, también conocidas como disculpa, en las cuales se observa una importante disminución tanto del injusto o de la culpabilidad y las que dejan sin efecto la culpabilidad no resulta de

¹⁷⁰ CEREZO MIR, “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española”, en *Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, Madrid, 1995, pp. 21. Este autor sostiene que la distinción formulada en Alemania entre causas de inculpabilidad, entre las que se incluye a la inimputabilidad y el error de prohibición invencible, y las causas de exculpación, estado de necesidad e inculpabilidad sustentadas en la no exigibilidad, no ha encontrado respaldo en Derecho penal español.

¹⁷¹ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 36 y 37.

¹⁷² MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 38 y 39.

recibo, debido a que no es correcto que no se aplique una pena en atención a que el injusto culpable sea de escasa entidad¹⁷³.

Una última postura en cuanto al tema en cuestión ha sido desarrollada por ROXIN. Este autor ha diseñado una teoría denominada responsabilidad, la cual abarca la culpabilidad. ROXIN expone que el factor sobre el cual descansan las causas de exculpación no dice relación con la falta de culpabilidad, pues en realidad la ausencia de castigo no acontece dado que no es necesaria por razones políticocriminales. Conforme entiende ROXIN existen causas de exclusión de responsabilidad, en las cuales el legislador no estima necesaria la imposición de una sanción, debido a que no se llenan los cometidos de la prevención general ni especial. Para ROXIN,¹⁷⁴ los elementos preventivos que destaca también se advierten en los casos de error de prohibición o inimputabilidad, e igualmente se vislumbran otros supuestos para la exculpación, en consecuencia, la diferencia que predica la doctrina en torno a causas que excluyen la culpabilidad y de exculpación no tiene mayor sentido¹⁷⁵.

3. FUNDAMENTOS DE LA EXCULPACIÓN

La exculpación comprende elementos distintos de aquellos que se advierten en la imputabilidad o dentro del marco del error de prohibición. Esto significa que, pese a la existencia de un injusto de naturaleza penal, que el sujeto sea imputable y tenga conocimiento del carácter antijurídico de la conducta no se aplica un castigo¹⁷⁶.

En el entendido que las causas de exculpación, (término que se utiliza aquí en atención a la amplia acogida que tiene en el seno de la doctrina española la cual constituye la base para la elaboración de esta investigación), inciden sobre la categoría

¹⁷³ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 62 y 622.

¹⁷⁴ ROXIN, *Derecho Penal, tomo II...*, cit., pp. 814 y 815. En adición, este autor sostiene que no es necesaria la diferencia entre causas de exclusión de la culpabilidad, que abarca en Derecho penal alemán la ausencia de imputabilidad y el error de prohibición invencible, y la exculpación, (el exceso en la legítima defensa y el estado de necesidad disculpante), puesto que al fin y al cabo los efectos que se derivan de uno y otro son los mismos, es decir, la falta de pena, en atención a la ausencia de necesidad preventiva de imponer castigo. ROXIN también hace mención a la categoría denominada responsabilidad por el hecho, cuyo diseño corresponde a MAURACH. Esta categoría se encuentra entre la antijuricidad y la culpabilidad y allí están previstas circunstancias puntuales de exclusión de responsabilidad por hecho, como son el estado de necesidad disculpante y el exceso en la legítima defensa.

¹⁷⁵ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 39 y 40.

¹⁷⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sobre las nuevas...*, cit., pp. 2.

del delito denominada culpabilidad, resulta claro que los efectos de aquellas se dirigen a enervar la culpabilidad, luego que se ha determinado la concurrencia de un injusto penal. En este sentido, en palabras de MARTÍN LORENZO la exculpación consiste en: “supuestos que eximen de pena al autor de una conducta típica y antijurídica imputable y conocedor del injusto, por razones que valoran la incidencia de las circunstancias de esa conducta como relevante en tal sentido excluyente de responsabilidad penal”¹⁷⁷.

MARTÍN LORENZO entiende que tiene lugar la exculpación, desde la perspectiva material, en el supuesto que las facultades comunicativas de la persona libre de deliberar se reducen; por tanto, no es posible atribuirle culpabilidad, al menos no dentro del contexto de un sistema democrático¹⁷⁸.

Sobre la base de una perspectiva social, FEIJÓO SÁNCHEZ manifiesta que en la exculpación el sujeto no resulta responsable de la infracción de la norma, pues existe una situación que permite concluir que se advierte ausencia de disposición por parte de la persona; y, por tanto, el comportamiento no merece ser castigado con una pena¹⁷⁹.

La exculpación precisa de la concurrencia de aspectos que permiten verificar que las circunstancias que se examinan, dan lugar a considerar que el comportamiento en efecto, debe encuadrarse dentro de la situación que examinamos. En este sentido, hemos seguido a MARTÍN LORENZO, quien expone dos aspectos de los cuales nos ocupamos seguidamente.

Con respecto al primer aspecto a verificar se trata de la mínima gravedad de la situación inicial. En este punto se ha señalado que no resulta de recibo tomar en consideración las cuestiones particulares que le corresponden a cada persona, para determinar si la conducta debe considerarse como exculpada. Esto implica que el ejercicio a realizar estriba en revisar el sentido que tiene para el común de las personas la situación que acontece; en consecuencia, el asunto no pasa por observar el significado

¹⁷⁷ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 49.

¹⁷⁸ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 325 y ss. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sobre las nuevas...*, cit., pp. 246 a 247, sostiene que la perspectiva material de la culpabilidad estaría constituida por aquella comunicación que indica ausencia de reconocimiento de la vigencia de la norma, una vez tiene lugar una infracción.

¹⁷⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sobre las nuevas...*, cit., pp. 250.

subjetivo con el cual el individuo perciba el problema¹⁸⁰.

Siguiendo el orden de ideas fijado en el inciso que antecede, se advierte que como base de la exculpación se ha utilizado el criterio de preferencia de los propios intereses. Esta posición implica que la exculpación debe ponderar el valor que cada persona concede a los intereses que le pertenecen, de tal modo que tal situación resulta preceptiva, en vías de fijar los resortes para no aplicar una pena¹⁸¹.

MARTÍN LORENZO discrepa del criterio de preferencia de los propios intereses como fundamento único de la exculpación, puesto que estima que para tales efectos se precisa determinar la relevancia que tienen tales intereses dentro de la colectividad. También sostiene que hace falta analizar el interés que se encuentra en disputa. Esto significa, según la mencionada autora, que se precisa de un examen crítico de la situación y no, simplemente, de verificar la pertenencia del bien¹⁸².

En abono a lo expuesto, se ha señalado que la culpabilidad es una declaración que emite la sociedad contra determinado sujeto; por tanto, no resulta correcto atender, exclusivamente, a las particularidades del individuo; por ende, no es adecuado delegar en el agente todos los medios para verificar su culpabilidad. Sin embargo, en vista que la culpabilidad se concentra en la persona que ha adelantado un comportamiento antijurídico, es necesario ponderar la trascendencia que tal conducta, con todas sus implicaciones que tiene para el individuo, pero sin prescindir del significado social que del hecho¹⁸³.

En la doctrina alemana se realiza una diferenciación entre los diferentes casos

¹⁸⁰ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 334 y 335. Con respecto a este punto, esta autora señala que el ordenamiento jurídico no está en posición de atender las valoraciones subjetivas que determinada persona se forma en torno a un hecho. Así, sostiene que no es adecuado que el ordenamiento reconozca el valor que alguien le conceda al diario que ha escrito durante largo tiempo, en vías de estimar que su conducta aparece exculpada, si por ejemplo lesiona a otra persona para proteger tal diario.

¹⁸¹ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 335.

¹⁸² MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 335 y 336.

¹⁸³ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 336 y 337. En torno a este aspecto sostiene esta autora que en el ordenamiento jurídico penal alemán, particularmente, en el §35 se advierte que la exculpación acontece en el caso de que tenga lugar un estado de necesidad sobre la base de un catálogo de bienes que aparecen previstos en la norma y también se circunscribe el radio de acción de los individuos, lo cual, a su modo de ver las cosas, limita la consideración particular del sujeto como fundamento de la exculpación.

que dan lugar a excluir la culpabilidad¹⁸⁴. Así, se considera que, tanto en la situación de inimputabilidad, como en el error de prohibición invencible, en realidad, la culpabilidad desaparece, debido a que se vacían de contenidos los elementos esenciales para que tenga lugar aquélla. En sentido contrario, en las causas de exculpación no acontece una eliminación de la culpabilidad y lo que ocurre es que se deja sin efecto la culpabilidad, en atención a que no se vislumbran los estándares mínimos que se exigen en la culpabilidad¹⁸⁵.

El otro punto a considerar dentro del fundamento de la exculpación se trata de la ajenidad del autor en torno a la circunstancia exculpante. En esta dirección, se ha propuesto que el peligro que distingue a la situación no debe vincularse con el sujeto que ha ocasionado el comportamiento antijurídico¹⁸⁶. La cuestión planteada se desarrolla sobre la base de dos premisas que exponemos a continuación.

Una primera referencia sostiene que en el evento que el riesgo ocasionado y que se vincula con la situación exculpante se relacione con el comportamiento particular del sujeto, entonces el individuo deberá resolver, por su cuenta, el riesgo que se ha ocasionado. Esto es así, porque en este caso el riesgo se deriva de su gestión privada y no se desprende del convenio previsto en la norma¹⁸⁷.

El otro punto que debe considerarse dentro del objeto de estudio radica en el deber de sacrificio que en algunas ocasiones acompaña al sujeto. En esta dirección, se advierte que tal obligación, al decir de MARTÍN LORENZO, no se deriva solo del acatamiento de la norma, sino que también es necesario considerar la autonomía de la persona. Aquí se postula que la persona quien labora bien como bombero o policía no

¹⁸⁴ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 35. También en esta dirección, AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 121 y 122, quien afirma que tal distinción no es utilizada en España, empero los penalistas alemanes entienden que existen causas que dejan sin efecto toda culpabilidad, debido a la falta de alguno de los elementos que forman parte de la culpabilidad, por tanto, se está frente a esta situación en el error de prohibición invencible y también en el caso que haya inimputabilidad. En cambio, se observan causas de disculpa en las que existe una culpabilidad atenuada, en las cuales no se castiga por una particular indulgencia, tal cual ocurre en el estado de necesidad exculpante y en el exceso en la legítima defensa que aparecen previstos en los §§ 35 y 33 del StGB.

¹⁸⁵ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 35. También en esta dirección se pronuncia QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT en *Manual de Derecho...*, cit., pp. 532, debido a que informan que existen casos de inculpabilidad, en atención a la ausencia de imputabilidad o inculpabilidad, en vista de imposibilidad de exigir otra conducta.

¹⁸⁶ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 338.

¹⁸⁷ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 338.

ha dado ocasión a provocar determinada conducta, bien de manera dolosa o imprudente, empero por la posición que desempeña está en el deber de realizar las tareas que le corresponden en aquella situación. Sin embargo, la mencionada autora afirma que tales tareas precisan el consentimiento del sujeto, puesto que en ningún caso el riesgo debe conllevar efectos altamente nocivos, como vendría a ser la propia inmólación¹⁸⁸.

La acción exculpada requiere de la concurrencia de dos requisitos: la necesidad y la proporcionalidad, como se detalla en las líneas que siguen.

La cuestión de la necesidad guarda relación con la falta de otros métodos para proceder por parte del sujeto que adelanta la acción que se pretende exculpar; es decir, que la situación de peligro no pueda ser enfrentada por otros mecanismos que resulten lícitos. La acción precisa de ser necesaria, esto es que debe ser el método menos grave de los que dispone el autor para enfrentar la situación. Esta connotación le confiere a la acción, dentro del contexto que examinamos, una condición de subsidiaria¹⁸⁹.

A la necesidad de la acción cuya exculpación se pretende, habrá que añadirle el carácter proporcional de aquella. Este segundo requisito implica que el perjuicio que se causa con la conducta que se adelanta no debe exceder a la situación que se deriva del comportamiento antijurídico¹⁹⁰.

Lo dicho hasta aquí permite concluir que la exculpación resulta de considerable entidad dentro del marco de la teoría del delito, debido a que por medio de aquella se encuentran soluciones a problemas que no tienen respuesta en las categorías del delito que la anteceden. Esto es así, porque en sede de tipicidad o antijuricidad se examinan aspectos que están en relación, bien con la ausencia de los elementos que integran el tipo, o porque acontece una causa que enerva la antijuricidad de la conducta; sin embargo, no existen respuestas a asuntos vinculados con la condición del sujeto, lo cual se examina en sede de culpabilidad, a través de las causas de exculpación¹⁹¹.

Siguiendo con lo expuesto, se observa que dentro de la categoría de exculpación

¹⁸⁸ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 339.

¹⁸⁹ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 340.

¹⁹⁰ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 341.

¹⁹¹ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 241 y 242.

existen eximentes que corresponden a la particular naturaleza de la exculpación; por ende, no es posible hallarlas dentro de las precedentes categorías del delito¹⁹², en concreto, se evidencian algunas diferencias con las causas de justificación que se concentran en la conformidad del hecho con el derecho, lo cual no es un asunto que se examina en sede de culpabilidad.

4. DISTINCIÓN ENTRE JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN

Una vez desarrollados los aspectos que nos han parecido más relevantes en torno a la exculpación y también en cuanto a la justificación, corresponde verificar las distinciones que se observan entre unas y otras con propiedad. De entrada, importa destacar que se ha sostenido no existen diferencias claras entre ambas categorías del delito, en atención a que los conceptos son muy ambiguos e implican inseguridad, dado que responden, en alguna manera a conceptos morales¹⁹³.

En cuanto a la justificación y la exculpación, se debe considerar que responden, claro está, a los roles que cumplen la antijuricidad y la culpabilidad dentro de la teoría del delito, puesto que la justificación de una conducta da lugar a que esta no sea antijurídica; en tanto que la exculpación propicia que el sujeto no pueda ser considerado culpable.

En atención a lo expuesto, una primera diferencia pasa por establecer que la antijuricidad, como categoría del delito responde a determinados lineamientos distintos a la culpabilidad. Así, se colige que la antijuricidad no se circunscribe al ordenamiento jurídico penal; de tal suerte que resultan admisibles las causas de justificación supraleales, en razón que corresponde atender a la totalidad del ordenamiento para extraer tales causas de justificación, sin que haya que limitarse a las previstas en sede penal. En cambio, la culpabilidad es un concepto de naturaleza penal, en consecuencia, no podría acudir al ordenamiento para establecer causas de exculpación

¹⁹² MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 242 y 243.

¹⁹³ REQUEJO CONDE, *La legítima defensa*, Valencia, 1999, pp. 399, 400 y 402. Así, se ha considerado que existen conductas autorizadas y no autorizadas. Los comportamientos autorizados son aquellos que pueden extenderse a otras personas, en tanto que la acción exculpada es personal y no es posible generalizarla. En esta dirección, la acción que está autorizada es aquella que resulta correcta al momento de la decisión.

supralegales¹⁹⁴.

El asunto de las causas de exculpación por encima de la ley ha generado no pocos debates en el seno de la doctrina. Así, se advierten posiciones que entienden que es de recibo acoger tales causas de exculpación, en cambio otros autores opinan que no deben ser admitidas. De este punto nos ocupamos seguidamente.

FREUDENTHAL propuso el reconocimiento de causas supralegales de exculpación en Alemania. Para justificar su postura este autor utilizó el principio de no exigibilidad. Así, en el caso que el sujeto incurriera en alguna situación que diera ocasión a la exención de pena, bien podría reconducirse tal cuestión al principio de no exigibilidad y en vista de ello exculpar al individuo¹⁹⁵.

A favor de las causas de exculpación supralegales se ha mencionado que existe una culpabilidad material, tal cual acontece en la antijuricidad material; en consecuencia, resulta de recibo reconocer causas de exculpación que están por encima de la ley, las cuales deben tomar en cuenta aspectos relativos a los casos concretos. Ante la concurrencia de tales cuestiones no tendría lugar el juicio de reproche que acontece en sede de culpabilidad¹⁹⁶.

De otra parte, las causas de exculpación supralegales, con base en el principio de no exigibilidad, han sido descartadas; puesto que representan comportamientos de menor entidad y en atención a que su reconocimiento daría lugar a la inseguridad jurídica, por cuanto el operador del sistema judicial estaría en posición de determinar, sin mayores restricciones, en qué situaciones se entiende que una persona resulta culpable y cuando ello no es así¹⁹⁷.

¹⁹⁴ SAINZ CANTERO, *Las causas de inculpabilidad en el Código Penal Español (el principio de no exigibilidad)*, Revista general de la legislación y jurisprudencia, Madrid, enero de 1963..., cit., pp. 28.

¹⁹⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 620. Según MIR PUIG la posición defendida por FREUDENTHAL surgió dentro del marco de una penosa situación económica y social que se vivía en Alemania, por ende, los fundamentos de la misma tuvieron como fundamento una importante cuota social. En este sentido, AGUADO CORREA, en *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 50, asegura que la base de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación ha tenido como base la teoría normativa de la culpabilidad.

¹⁹⁶ SAINZ CANTERO, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal*, Granada, 1965..., cit., pp. 79.

¹⁹⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 620.

También se rechazan las causas de exculpación supraleales, en atención a que se ha entendido que la exculpación responde a criterios establecidos de manera diáfana por el legislador; en consecuencia, es necesario atender a los parámetros que la ley ha dispuesto para proceder a exculpar a determinada persona. En adición, se postula que el reconocimiento de causas de exculpación supraleales daría ocasión que el efecto intimidador del Derecho penal, por vía de la imposición de sanciones a las personas que transgredan el ordenamiento, pierda la relevancia que posee. También se ha argumentado que la inexigibilidad no es un concepto homogéneo; por ende, sostener que tal principio informa causas supraleales de exculpación conduciría a desigualdades en la aplicación de la ley¹⁹⁸.

ROXIN también ha presentado oposición al reconocimiento de las causas supraleales de exculpación. Este autor sostiene que los resortes sobre los cuales se asientan tales eximentes se trata del principio de no exigibilidad; sin embargo, a criterio de este autor tal fórmula resulta insuficiente para sostener las referidas causas. Sin embargo, reconoce que en ciertos casos existen situaciones en las que no hay necesidad de pena, con base en el citado principio¹⁹⁹. También en este sentido, AGUADO CORREA indica que la consideración de las causas de exculpación supraleales sobre la base del principio de inexigibilidad fue objeto de rechazo, en atención a la falta de seguridad que provocaba su reconocimiento²⁰⁰.

Con todo ROXIN estima que podría reconocerse como causa supraleal dentro de la categoría de la culpabilidad la comunidad de peligro, esto es en el supuesto en que varias personas se encuentren en una situación de riesgo, de tal manera que se sacrifica a una o algunas de ellas, en vías de lograr la salvación del resto²⁰¹.

Dentro del contexto de la doctrina española LUZÓN PEÑA ha planteado la

¹⁹⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 542.

¹⁹⁹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 959.

²⁰⁰ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp.50.

²⁰¹ ROXIN, "Otras causas de justificación y exculpación en el Derecho Penal Alemán", en *Justificación y Exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, Madrid, 1995, Madrid, 1995, pp. 233. Este autor asegura que dentro de la doctrina alemana WELZEL planteó el caso de la elección del mal menor como causa supraleal de exculpación. Para tales efectos el padre del finalismo propone como ejemplo el caso del guardaguas que dirige el tren que guía hacia un desenlace fatal, pero con el fin de ocasionar un mal menor. Con respecto a esta posición ROXIN entiende que, en alguna medida, se juega a hacer el destino, por tanto, no comporta el reconocimiento de tal posición como causa supraleal de exculpación.

posibilidad que conflictos motivacionales que resulten insoportables puedan dar lugar a la exculpación supralegal. En este sentido, expresa que en el caso de razones de conciencia que ocasionen un problema interno con compromisos psíquicos y motivacionales, de gran trascendencia, que limiten la capacidad de motivarse frente a la norma penal podría advertirse una situación de inexigibilidad. LUZÓN PEÑA asegura que tal conflicto debe ser extremo, como podría tener lugar por un tema religioso²⁰².

En el supuesto que el conflicto que describe LUZÓN PEÑA, no sea de considerable entidad, al punto que no pueda catalogarse el mismo como insoportable, entonces cabría la posibilidad de aplicar una atenuación a la culpabilidad de la persona con arreglo a lo que dispuesto en el artículo 21.7 del CPE, es decir, que es posible recurrir a la atenuación analógica, o una circunstancia atenuante calificada a la luz del artículo 66.1, 2ª del mencionado texto legal²⁰³.

Una situación diferente a la planteada ocurre en el caso de los delincuentes por convicción; es decir, de aquellos supuestos en los cuales la persona procede con absoluto desprecio al ordenamiento por razones que radican en su particular concepción del mundo. Esta situación se observa, verbigracia, en el caso de terroristas. LUZÓN PEÑA sostiene que en este tipo de circunstancias no procede el reconocimiento de una circunstancia exculpante supralegal, puesto que el sujeto tiene conocimiento del carácter prohibido de la conducta; es imputable y su situación no puede ubicarse dentro del marco de la inexigibilidad. No obstante, aclara que en el supuesto que la persona haya sido sujeto de alguna suerte de lavado de cerebro, entonces no responderá, pero por cuestiones relacionadas con la inimputabilidad²⁰⁴.

Consideramos que lleva la razón el sector de la doctrina que entiende no procede la admisión de causas de exculpación supralegales, puesto que tales eximentes, a nuestro modo de ver las cosas, deben aparecer consignadas en la ley de forma específica. Esto es así por la peculiar característica que tiene la culpabilidad, se trata de

²⁰² LUZÓN PEÑA, “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2013, pp. 11 y 12. En torno al conflicto religioso expresa LUZÓN PEÑA que en este supuesto el sujeto decide cumplir el mandato religioso, antes que el jurídico, puesto que el primero resulta más importante dentro de su esquema valorativo, e incluso la infracción del precepto religioso ocasionaría consecuencias nefastas, verbigracia la condenación.

²⁰³ LUZÓN PEÑA, “Actuación en conciencia”..., *Indret*, 2013, pp. 13.

²⁰⁴ LUZÓN PEÑA, “Actuación en conciencia”..., *Indret*, 2013, pp. 15.

una categoría que pertenece, esencialmente, al Derecho penal, de tal modo que no cabe acudir al resto del ordenamiento para encontrar causas que den pie a la exención de pena. De aquí surge una primera diferencia entre justificación, en la cual procede reconocer causas supralegales, lo cual no acontece en la exculpación.

También nos parecen de recibo los argumentos que entienden que el reconocimiento de la exculpación supralegal, ciertamente, atenúa en grado sumo el efecto preventivo del cual se encuentra dotado el Derecho penal, por cuanto el operador del sistema tendría márgenes demasiado amplios para eximir de responsabilidad criminal a determinada persona.

Retomando las distinciones que nos ocupan con base en las categorías del delito, se advierte que la justificación da lugar a la exclusión del injusto, de tal suerte que la conducta, aunque típica no puede considerarse antijurídica, lo cual implica que la justificación se dirige al injusto. Al contrario, la exculpación enerva la culpabilidad, o sea, que no se permite la atribución del hecho a determinada persona por diversas razones establecidas en la ley²⁰⁵.

HIRSCH entiende que los fundamentos que excluyen la antijuricidad y los que enervan la exculpación pasan por cuestiones distintas. De este tema nos ocupamos en las siguientes líneas.

Conforme sostiene HIRSCH las teorías unitarias y pluralistas, a las cuales ya hemos hecho mención en el punto 3, intentan concederle sustentación a la justificación desde distintas perspectivas. Este autor manifiesta que, en las causas de justificación de la conducta, pese a su tipicidad, es acorde con la ley. Añade que esta concordancia entre la conducta y el ordenamiento es excepcional y acontece luego que se adelanta un ejercicio de ponderación de intereses que determine que el interés del agredido es preponderante, lo cual involucra que el sujeto agresor está en posición de soportar la conducta típica²⁰⁶.

Por el contrario, en la exculpación se advierten los elementos intelectual y

²⁰⁵ HIRSCH, *La Posición de...*, cit., pp. 10.

²⁰⁶ HIRSCH, *La Posición de...*, cit., pp. 42 y ss.

volitivo que constituyen los resortes de esta figura. En la exculpación importa determinar si el individuo está en posición de identificar el injusto y conducirse según el conocimiento del injusto. HIRSCH opina que en este contexto existe una ponderación que abarca un tramo más extenso que en la justificación. Agrega que el juicio de valoración en la exculpación se dirige sobre la persona, puesto que importa determinar si el autor actuó motivado por alguna influencia de naturaleza psíquica, en tanto que en la justificación la atención recae en la ponderación de intereses. En esta dirección, HIRSCH afirma que al momento de verificar si ha tenido lugar alguna “presión psíquica” que haya influido en el individuo, es necesario valorar tal situación conforme a la situación del hombre promedio.

En cuanto a la exculpación y la justificación, HIRSCH expone que existen algunas cuestiones que merecen especial atención. Así, sostiene que dentro del marco de la teoría de la imprudencia se ha sostenido que a la persona se le debe requerir una capacidad particular de evitación, lo cual no permitiría fijar límites claros entre el injusto y la culpabilidad. En adición, expresa que en ocasiones la redacción por la cual se ha decantado el legislador, por lo menos Alemania, ha establecido algunos términos que no permiten fijar los límites entre el injusto y la culpabilidad. Así, cita como ejemplos los términos: maliciosamente, sin escrúpulos y motivos abyectos. En este orden de ideas, expresa que el legislador debe utilizar términos claros, en vías de evitar dificultades de interpretación.²⁰⁷

CEREZO MIR sostiene que las distinciones entre causas de justificación y exculpación derivan de los resortes que sirven para una y otra. Así, expone que las primeras tienen como base las teorías monistas que dicen relación con el interés o el deber preponderante; igualmente se han considerado los aportes de MEZGER, para quien el sustento de la justificación debía ubicarse en el consentimiento del ofendido, el cual abarcaba el consentimiento presunto; y también se pondera el interés preponderante. CEREZO MIR también propone que se utilice como referencia la dignidad de la persona como fundamento de la justificación. No obstante, la exculpación tiene resortes distintos que no pueden sostenerse bajo los mismos términos de la justificación, puesto que se basa bien en la ausencia de capacidad de culpabilidad,

²⁰⁷ HIRSCH, *La Posición de...*, cit., pp. 45 y ss.

en el caso de la inimputabilidad, en la incapacidad de comprender el carácter antijurídico del comportamiento, como ocurre en el error de prohibición; o sobre la base de la teoría normativa de la culpabilidad, en concreto la inexigibilidad, en el supuesto que acontezca miedo insuperable²⁰⁸.

Los efectos que provocan las causas de justificación y exculpación también dan ocasión a realizar distinciones entre unas y otras. Así, en el evento que concurra la causa de justificación de la legítima defensa no podrá oponerse legítima defensa, por cuanto el comportamiento de quien se defiende se encuentra justificado. En adición, la causa de justificación ocasiona la impunidad de los partícipes, en el caso que el autor aparezca justificado, lo cual no ocurre en el caso que acontezca una causa de exculpación puesto que los partícipes si resultan castigados, pese a que el autor sea exculpado. Una última referencia indica que una vez reconocida una causa de justificación no habrá lugar a responsabilidad civil, con las excepciones de ley que pudieran sobrevenir; empero ello no acontece en la exculpación²⁰⁹.

Algún autor ha participado que las causas de justificación y de exculpación deben ser diferenciadas de manera diáfana en la ley²¹⁰. Esto es así, debido a que ambas figuras tienen particularidades que las distinguen. En este orden de ideas, se sostiene que las primeras dicen relación con bienes o intereses que se encuentran contrapuestos, de tal suerte que el bien o interés de mayor relevancia es el que debe predominar. Por el contrario, en la exculpación la situación pasa por una cuestión distinta, debido a que el reproche se realiza sobre la persona no es adecuado²¹¹.

MARTÍN LORENZO asegura que la diferencia que ahora acapara nuestra atención se concentra en el sustento de la justificación, el cual es, básicamente, de orden consecuencialista, por cuanto se pretenden suspender los efectos que dimanen del deber de acatar el ordenamiento en el caso concreto; sin embargo, tales fines no se observan

²⁰⁸ CEREZO MIR, “La posición de...”, en *Justificación y exculpación...*, cit., pp. 17 y ss.

²⁰⁹ CEREZO MIR, “La posición de...”, en *Justificación y exculpación...*, cit., pp. 28.

²¹⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 348. Así se advierte en la legislación alemana que separa, claramente, las causas de justificación y las de exculpación. Una situación distinta ocurre en el CPE, puesto que la ley no establece con propiedad las causas de justificación y las de exculpación, con lo cual la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de establecer la naturaleza de las circunstancias previstas en el artículo 20 del texto penal español.

²¹¹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 348.

en la exculpación²¹².

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN parten de un concepto funcional para realizar las delimitaciones entre la justificación y la exculpación. Así, sostienen que se está frente a la exculpación en el supuesto que no sea posible reprochar el hecho al autor, pese a que la conducta se considere desvalorada; en sentido contrario la justificación tiene lugar en el caso que el hecho se considere, desde el punto de vista jurídico, correcto²¹³. En adición, sostienen COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN que cabe legítima defensa contra el hecho antijurídico que se realiza de manera inculpable; sin embargo, no aplica legítima defensa por parte del sujeto contra el cual se reacciona con la citada causa de justificación, porque su hecho es antijurídico²¹⁴.

En vías de establecer algún criterio para distinguir a la justificación de la exculpación, GIMBERNAT ORDEIG, conforme expresa COBO DEL ROSAL, sostiene que es necesario que se determine qué es lo que el ordenamiento quiere prohibir a todos, para de esa forma establecer qué conductas prohibidas pueden ser castigadas²¹⁵. Esta distinción es relevante, dado que en algunos supuestos la pena no es necesaria en ciertos casos, pese a que acontece un comportamiento prohibido²¹⁶.

Los problemas de antijuricidad y justificación, según afirma GIMBERNAT ORDEIG, dicen relación con aquello que la ley quiere prohibir a la generalidad de las personas. No obstante, en la culpabilidad y la exculpación se examinan aspectos vinculados con los comportamientos que pueden ser castigados. En la justificación el legislador no pretende impedir que el hecho se lleve a cabo. Por el contrario, en la exculpación se busca evitar el comportamiento; sin embargo, ello no puede realizarse, porque el sujeto no está en posición de motivarse a acatar lo que el ordenamiento dispone, por tratarse, por ejemplo, de un inimputable²¹⁷.

²¹² MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 253 y 254.

²¹³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 383.

²¹⁴ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 384.

²¹⁵ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 384.

²¹⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp.385.

²¹⁷ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 385. Sostienen que la argumentación desarrollada por GIMBERNAT ORDEIG encuentra sustento en la teoría de la motivación. Así, sostiene que en el evento que un sujeto proceda con arreglo a derecho o hace uso de un derecho, su conducta debe ser respetada y las otras personas deben soportar el comportamiento, puesto que de lo contrario el ordenamiento jurídico perdería su esencia.

COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN concluyen que la distinción entre justificación y exculpación se basa en que en la justificación el individuo cuenta con un derecho que le concede el ordenamiento y que el agresor debe soportar; en tanto que en la exculpación el comportamiento es antijurídico; no obstante, no resulta posible prohibirlo mediante la conminación de una pena, lo cual implica que el sujeto que procede de manera inculpa no tiene un derecho otorgado por la ley, de manera que el resto de las personas se encuentran en posición de oponerse a que la conducta se concrete²¹⁸.

Se advierte que algunas causas de exculpación pretenden concederle los efectos que se le otorgan a las causas de justificación, como ocurre en el estado de necesidad exculpante, (para quienes participan de esta figura), dado que se estima que los partícipes no resultan responsables, en atención a que el ilícito resulta atenuado, o en el supuesto que no le es dable al afectado ejercer su defensa, por la concurrencia de un estado de necesidad disculpante.²¹⁹

Podría ensayarse otra referencia como elemento diferenciador en la justificación y la exculpación. En este sentido, se trata de la posición que se asigne a la inexigibilidad de otra conducta en ambas figuras, en concreto, en el estado de necesidad. En este orden de ideas, los partidarios de la teoría de la diferenciación, de la cual nos ocuparemos en detalle al tiempo de examinar el estado de necesidad, sostienen que el principio de inexigibilidad no tiene mayor relevancia en torno a las causas de justificación; empero al momento de verificar los fundamentos sobre los cuales descansa la culpabilidad afirman que tal principio sí tiene importancia²²⁰. También vale señalar que los seguidores de la teoría unitaria se inclinan por considerar que el principio de inexigibilidad sirve como resorte del estado de necesidad, junto con el principio de ponderación de intereses²²¹.

²¹⁸ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 386.

²¹⁹ BACIGALUPO ZAPATER, *Teoría y práctica tomo I...*, cit., pp. 736. Dentro de este contexto, este autor también hace mención a la teoría del ámbito libre de derecho, puesto que sostiene en algunos supuestos habrá conductas que no pueden estimarse justificadas, pero esto no significa que el comportamiento se encuentre prohibido.

²²⁰ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 92.

²²¹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 92.

También pueden formularse diferencias entre la justificación y la exculpación sobre la base del principio de proporcionalidad, el cual ocupa un rol importante dentro del Derecho penal, puesto que da lugar a establecer límites a la injerencia del Estado en la sociedad, de tal suerte que aquella no se torno excesiva. Para lograr tales cometidos resulta imprescindible atender a la necesidad, razonabilidad y adecuación²²².

Siguiendo con lo expuesto en el párrafo que antecede, se advierte que el principio de proporcionalidad tiene incidencia básica en la tipicidad y la antijuricidad. Así, en sede de tipicidad el principio de proporcionalidad da ocasión a que se establezcan límites contra la criminalización de comportamientos por parte del legislador, cuando ello no resulta correcto. En tanto que en la antijuricidad el principio en cuestión incide en razón que deben observarse los principios de necesidad, al igual que el de ponderación de intereses, al igual que el principio de idoneidad. En este sentido, el principio de necesidad informa todas las causas de justificación, con especial interés en la legítima defensa²²³, tal cual se expondrá al momento de hacer mención de la referida causa de justificación.

Como viene expuesto, el principio de proporcionalidad tiene efectos en las categorías de la tipicidad y la antijuricidad, empero el rol del referido principio no tiene mayor incidencia en la culpabilidad; es decir, que no se vincula de manera relevante con los elementos que se consideran para verificar la concurrencia de causas de exculpación. Desde esta perspectiva, se advierte que las consecuencias del principio en cuestión dan lugar a verificar alguna distinción entre las figuras que nos ocupan en este epígrafe.

La distinción entre justificación y exculpación también puede construirse sobre normas de valoración y de determinación.²²⁴ Así, se considera que las primeras dicen relación con la antijuricidad, por cuanto, de acuerdo a MEZGER, constituyen un “deber ser impersonal; es decir, que las normas jurídicas prevén situaciones en las cuales pueden encuadrarse los comportamientos de las personas; empero ello se realiza de manera amplia y sin consideraciones a ninguna persona en particular, de tal manera que

²²² AGUADO CORREA, *El principio de...*, cit., pp. 113.

²²³ AGUADO CORREA, *El principio de...*, cit., pp. 115.

²²⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 340. Según ese autor esta concepción tuvo amplio desarrollo durante la vigencia de la teoría neoclásica del delito, sostenía que en la categoría de la antijuricidad se vulneraba una norma de valoración, en tanto que en la culpabilidad tenía lugar una infracción a una norma de determinación, que era de naturaleza subjetiva.

el ordenamiento, en este sentido, no realiza ninguna instrucción hacia un sujeto, de forma individual. En contraposición una norma de determinación encuentra su sede en el plano de la culpabilidad, puesto que por medio de aquella es posible verificar si determinada persona estuvo en posición de cumplir con lo que contempla el ordenamiento²²⁵.

Así las cosas, a partir de la diferencia que en su día se planteó en torno a las normas de valoración y determinación, se advierte que es posible establecer que al tiempo de revisar asuntos vinculados a la justificación corresponde tener en mente las normas de valoración, en tanto que al revisar situaciones de exculpación sería necesario atender a normas de determinación, dado que estas si dicen relación con la condición de cada cual, en vías de verificar si estuvo en posición de acatar las disposiciones que el ordenamiento señala.

También es posible realizar una distinción entre justificación y exculpación, en atención a los criterios de antijuricidad material y formal. En este sentido, importa destacar que la antijuricidad material implica que se ha realizado una conducta que, en realidad afecta a la sociedad, en tanto que la formal estriba en la contradicción existente entre el comportamiento y el ordenamiento²²⁶.

La diferencia aludida en el inciso superior permite concluir que en el caso que concurra una causa de justificación no tiene lugar antijuricidad material. Esto es así porque el fundamento de la sanción de una persona se desvanece si su comportamiento está amparado por una causa de justificación, puesto que se entiende que la conducta no es antijurídica desde el punto de vista material²²⁷.

Con base en lo expuesto, se estima que la persona quien procede cobijado bajo una causa de justificación no incurre en antijuricidad material, debido a que su conducta aparece justificada por el ordenamiento, aun cuando el comportamiento si pueda ser estimado como antijuricidad formal.

²²⁵ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 253. Dicha posición ha sido superada y se considera hoy día que la norma jurídica conlleva normas de valoración y determinación.

²²⁶ ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 478.

²²⁷ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 252. También en este sentido, MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 98.

La diferencia planteada no aplica en sede de culpabilidad, puesto que el comportamiento del sujeto si da lugar a que se produzca antijuricidad formal y material; sin embargo, la exculpación pasa por otros factores, bien la exclusión de culpabilidad por encontrarse el sujeto en un error de prohibición invencible, o bien porque su comportamiento no puede considerarse exigible por la concurrencia de las causas de exculpación señaladas en la ley.

Lo expuesto permite determinar que en sede de justificación se examinan aspectos diferentes a aquellos que tienen lugar en el campo de la exculpación, puesto que en el primer caso adquieren relevancia aspectos vinculados a la antijuricidad, en su modalidad material, en tanto que para la exculpación ello no acontece, pese a que para estos efectos podrá considerarse que ha existido una disminución del injusto, al igual que de la culpabilidad.

Como último punto, se ha sostenido que es necesario que se considere una nueva categoría del delito²²⁸, pues los elementos que integran la teoría del delito no están en posición de proporcionar soluciones a una serie de problemas. Esta categoría estaría entre la justificación y la exculpación²²⁹.

²²⁸ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 543 y ss. Estos autores se han ocupado, en gran medida, de esta categoría que se denomina responsabilidad por el hecho, la cual implica un paso previo a la culpabilidad. Según MAURACH/ZIPF esta teoría no ha podido constituirse en doctrina mayoritaria, no obstante, sus efectos son de superlativa importancia para la parte general del delito y también para la especial. Así, en los casos en que se determine responsabilidad por el hecho deben estar previstos en la ley, en consecuencia, sólo las causas fijadas en disposiciones legales dan lugar a verificar una particular responsabilidad por el hecho y en todo caso quien procede con responsabilidad por el hecho no infringe el ordenamiento penal. Se trata de un delito que es impune, a juicio de MAURACH/ZIPF, pero ese delito impune proporciona una base común a la pena y las medidas de seguridad. Sostienen que, en el supuesto general, si a la responsabilidad por el hecho se le adiciona la culpabilidad se impone una pena; pero en sentido opuesto, y por vía excepcional, si a la responsabilidad por el hecho se le suma un autor incapaz esto genera la aplicación de medidas de seguridad que deben ser contextualizadas en esta categoría, lo cual implica que tanto el Derecho penal y las medidas de seguridad tienen una base común en la responsabilidad por el hecho. Esta teoría también proporciona elementos relevantes para la participación, puesto que esta figura no se satisface con un hecho principal (típico y antijurídico), ni tampoco con un acontecimiento con contenido delictivo, sino que se precisa que el sujeto haya procedido con responsabilidad por el hecho.

²²⁹ BACIGALUPO ZAPATER, *Teoría y práctica tomo I...*, cit., pp. 736 y ss. En esta categoría, denominada responsabilidad por el hecho, la ausencia de la pena no obedece a la falta de culpabilidad. El hecho que se excluya la sanción no implica que no se ratifique la norma transgredida. Conforme a esta categoría tendría lugar una atenuación de considerable entidad. A esta teoría se le ha reprochado que no ofrece explicaciones en torno a la aplicación a los partícipes de las eximentes. También se han formulado críticas contra la teoría de la responsabilidad por el hecho, en razón que incluye en una misma parcela cuestiones que tienen particularidades muy distintas, como ocurre por ejemplo con el estado de necesidad disculpante e inimputabilidad. De igual forma, se ha sostenido que las causas de exculpación derivadas

5. EL PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

El principio enunciado ocupa un rol de considerable entidad en la medida que estimamos, como se expone a continuación, que informa en cada una de las categorías del delito, lo cual implica una injerencia en sede de justificación y también de exculpación, que conlleva a informar las causas de justificación, pero también las que excluyen la culpabilidad, en consecuencia, hemos dispuesto realizar algunos apuntes en torno al citado principio, máxime porque se utilizará tal principio al tiempo de revisar las eximentes de las que nos ocupamos en esta investigación.

5.1. Noción

La culpabilidad de una persona puede enervarse en diferentes supuestos. Así, en el caso que el sujeto tenga algunas condiciones psíquicas que no le permitan comprender la ilicitud de su comportamiento, o en el evento que se desconozca el carácter antijurídico del comportamiento no habrá culpabilidad. Sin embargo, también es posible que no haya culpabilidad en el entendido que exista alguna cuestión motivacional anormal, de la cual el sujeto promedio no haya podido librarse, en atención a la intensidad de las circunstancias. Esta última reflexión corresponde al principio de inexigibilidad de otra conducta, el cual tradicionalmente ha sido enmarcado en sede de culpabilidad, empero este aserto no es correcto, como se expondrá más adelante²³⁰.

Se estima que ante la situación anormal que enfrenta la persona no es posible exigirle que presente resistencia a las circunstancias, puesto que la ley no pretende que el individuo se comporte de una manera ante un evento que el ciudadano común no estaría en posición de evitar²³¹. En este caso no se advierte una condición anormal en la

de la inexigibilidad están estrechamente relacionadas con la culpabilidad y no deben extraerse de aquella, en vías que se incluya en la categoría de la responsabilidad por el hecho. Este autor sostiene que dentro de esta categoría deberían contemplarse las excusas absolutorias, puesto que esto permitiría dar una solución a la situación del alcance de aquellas sobre los partícipes y concederle relevancia al error relacionado con ellas.

²³⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 618 y 619. En cuanto al concepto de inexigibilidad se sostiene que se trata del vocablo que ha sido acogido por la doctrina mayoritaria y que el término, al decir, de MIR PUIG tiene “fuerza plástica” para los propósitos que persigue, de ahí su uso general.

²³¹ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 413,

persona, sino que la situación anormal es aquella que vive el individuo²³². En vías de considerar que una persona es culpable, es necesario estimar la exigibilidad, porque solo puede pretenderse que el individuo actúe conforme con la norma cuando se encuentra en posición de ello; en consecuencia, si la persona no puede proceder de otra manera, el comportamiento, aunque típico y antijurídico, no puede ser estimado como reprochable, de manera que en este sentido no habrá culpabilidad²³³.

5.2. Antecedentes

Importa destacar algunos aspectos en torno al principio de inexigibilidad, cuestión a la cual nos abocamos en las siguientes líneas, empero sin pretender realizar una revisión exhaustiva sobre la materia.

La teoría psicológica de la culpabilidad, desarrollada dentro del marco de la concepción causalista del delito, entendía que la culpabilidad se concentraba en un nexo psicológico entre la acción y el resultado; en consecuencia, dicha teoría no se ocupó de las causas de exculpación²³⁴. Esta teoría no se encontraba en posición de detallar aspectos relacionados con la exigibilidad, por cuanto la exigibilidad implica un juicio de reproche que se dirige contra el sujeto; sin embargo, en tal teoría no se precisa de este juicio al menos de entrada al valorar la conducta el sujeto; y en razón de que las ideas del deber y el poder no se vislumbraban en la teoría psicológica de la culpabilidad²³⁵.

En sentido contrario a la postura psicológica, se advierte que la teoría normativa empleó parámetros valorativos y utilizó como base la reprochabilidad para determinar la atribución de culpabilidad²³⁶. A partir de esta posición se construyen los cimientos del

estiman que debería atenderse a aspectos vinculados con la política criminal, lo cual implica que para algunos asuntos no corresponde aplicar castigo, empero en razón del principio de intervención mínima. Aducen que la inexigibilidad podría ser utilizada para supuestos en los que se prescinde de la fijación de un castigo.

²³² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 598. Este autor sostiene que el ordenamiento no está llamado a esperar conductas heroicas de los ciudadanos, por tanto, ante una situación motivacional de entidad, no le es dable exigirle a la persona que se comporte de una manera diferente a lo que haría el ciudadano promedio.

²³³ SAINZ CANTERO, “Las causas de...”, *Revista general de la legislación y jurisprudencia...*, cit., pp. 4.

²³⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 618.

²³⁵ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 8 y ss. Esta autora expresa que en la exigibilidad se advierte un deber que implica un poder, el cual acontece en el evento que haya imputabilidad, lo cual implica que hay una motivación normal por parte del sujeto.

²³⁶ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 648. La formulación del concepto partió de los trabajos

principio de inexigibilidad. Así, se estimó que en la reprochabilidad debían ponderarse aspectos que estaban en relación con motivaciones anormales que podían dejar sin efecto la culpabilidad²³⁷.

La concepción normativa de la culpabilidad consideró que la aludida categoría del delito se componía de tres elementos: imputabilidad, conocimiento del carácter antijurídico de la conducta y la exigibilidad. En el supuesto que se reúnan todos los puntos mencionados, entonces es posible realizar un reproche por el injusto en que ha incurrido el autor, debido a que no ha guiado su comportamiento según lo que la colectividad aguarda de él²³⁸.

FREUDENTHAL estimó que el principio de no inexigibilidad constituía un basamento común de la reprochabilidad, e incluso este autor consideró que la inexigibilidad se trataba de una causa suprallegal de exculpación²³⁹.

Para los finalistas en el caso que tuviera lugar la inexigibilidad se advertía culpabilidad, empero el ordenamiento concedía una suerte de indulgencia al autor, en atención a que existía una reducción importante del poder de actuar de otro modo, en razón que la voluntad se encontraba disminuida²⁴⁰.

5.3. Naturaleza

El Estado se encuentra facultado para afectar algunos derechos de los ciudadanos. Así, en el plano legislativo resulta válido que se establezca qué conducta se estima como exigible, lo cual debe tener como base la constitución; por tanto, para tales efectos es necesario considerar derechos fundamentales y la dignidad de la persona,

de FRANK. En esta dirección, AGUADO CORREA en *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 10 y 11 afirma que en el esquema de Frank se encontraban en culpabilidad los siguientes elementos: inimputabilidad, dolo o imprudencia, normalidad de las circunstancias, según las cuales procede el autor. También aduce que los aportes de FRANK fueron esenciales para el desarrollo de la inexigibilidad.

²³⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 620.

²³⁸ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 411. Estos autores sostienen que tal posición representa un avance frente a la teoría psicológica, porque se concentra en el concepto del hombre culpable, en razón que se precisa de una serie de requisitos para verificar que el sujeto es culpable.

²³⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 620.

²⁴⁰ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 22.

elementos que resultan preceptivos en un sistema democrático²⁴¹.

La determinación de las condiciones en que acontece la inexigibilidad se dirigen a la consideración del hombre promedio, pero en las circunstancias en que se encuentra el autor de la conducta²⁴².

No obstante, el concepto de hombre promedio para fijar límites objetivos en la inexigibilidad ha sido objeto de algunas censuras, en razón que se ha puntualizado que tal criterio está marcado por contornos que resultan inasibles y moralistas, puesto que el concepto del hombre medio se aleja de la persona a la cual se le sigue un proceso. En adición, se censura esto por cuestiones de orden sociológicas, en razón que el sujeto investigado, seguramente, no forma del grupo poblacional con el cual se adelanta la comparación, de tal suerte que la consideración del hombre medio trastoca el principio de igualdad. También se ha puntualizado que la referencia al hombre promedio es un asunto general, por lo cual resulta impersonal para ponderar la situación de quien, en realidad es objeto de juicio²⁴³.

La inexigibilidad conlleva dos dimensiones: individual y general. La primera de ellas se vincula con cuestiones particulares que afectan al sujeto, de tal modo que ante este tipo de circunstancias se trata de una causa de exculpación o inculpabilidad. En tanto, que la inexigibilidad general se relaciona con situaciones en las que no es posible, o no se quiere, o no resulta conveniente exigirle a una persona que, ante ciertas circunstancias, no incurra en algún comportamiento, en este caso se excluye la antijuricidad²⁴⁴.

Las condiciones en que acontece la inexigibilidad general deben resolverse sobre la base de aspectos sociales y jurídicos, los cuales se fijan en la ley, pero también resulta

²⁴¹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 40.

²⁴² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 620. También SAINZ CANTERO en "Las causas de...", *Revista general de la legislación y jurisprudencia*, cit., pp. 5 sostiene que el hombre medio se trata de aquel que es físicamente normal. Este criterio parece insuficiente para deslindar la cuestión que acapara nuestra atención, debido a que la condición física del sujeto, a nuestro modo de ver las cosas, no es exactamente el baremo que debe utilizarse para fijar las características que debe tener la persona que enfrenta la situación que se estima anormal. Quizás habría que atender a condiciones más abarcadoras que el mero estado físico, como cualidades relacionadas con la formación del individuo que permitan establecer, en cierta manera, su modo de reacción frente a las circunstancias.

²⁴³ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 412.

²⁴⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 649.

dable atender a principios generales, en vías de establecer su concurrencia²⁴⁵.

Se ha entendido que la inexigibilidad tiene su sede en la culpabilidad, al punto que se trata de un elemento de aquella categoría del delito²⁴⁶. Sin embargo, la inexigibilidad también tiene matices generales, lo cual conlleva que ninguna persona, bajo ciertas condiciones, podría sustraerse de incurrir en determinado comportamiento, lo cual daría lugar a la exclusión de la antijuricidad. También se estima que la inexigibilidad ocupa un rol dentro de la tipicidad, al tiempo en que puede dar ocasión a su exclusión, sobre la base de la inexigibilidad general, puesto que el comportamiento no le es exigible a nadie²⁴⁷.

Hay quienes opinan que la inexigibilidad afecta a todas las categorías del delito. De este asunto nos ocupamos a continuación.

Sin embargo, para MIR PUIG la inexigibilidad se limita a servir de resorte a las causas de exculpación, tal cual ocurre en el miedo insuperable en el ordenamiento jurídico español²⁴⁸.

La tradicional ubicación sistemática de la inexigibilidad como elemento de la culpabilidad ha sido objeto de revisión por parte de la doctrina. Así, HENKEL estimó que la inexigibilidad debía entenderse como principio regulativo y con incidencia en la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, e incluso se trata de una figura que surte efectos en otras parcelas del ordenamiento jurídico, tal cual ocurre en el Derecho civil al tiempo en que se producen incumplimientos de contratos²⁴⁹. En esta dirección SAINZ CANTERO manifiesta que los principios regulativos son aquellos que fijan una indicación que contribuye a orientar al operador del sistema al tiempo de resolver asuntos dudosos²⁵⁰.

La primera referencia en torno a la inexigibilidad implica que esta se ubica en la culpabilidad. Aquí la inexigibilidad sirve en dos sentidos: 1) como sustento a las causas

²⁴⁵ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 650.

²⁴⁶ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 1.

²⁴⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 648 y 649.

²⁴⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 620 y 621.

²⁴⁹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 24 y 25.

²⁵⁰ SAINZ CANTERO, *La exigibilidad de...*, cit., pp. 89.

supralegales de exculpación; y 2) como base de algunas causas de exclusión de la culpabilidad²⁵¹.

En cuanto a la inexigibilidad como resorte de las causas supralegales de exculpación, se advierte que a través de este mecanismo se buscaba concederle una salida justa a algún caso que no estuviera previsto en la ley de manera clara, en calidad de causa de exculpación. Así es posible exculpar a la persona, si es que no ha podido proceder conforme lo establece la norma, sin que haya ninguna disposición que lo exima. Sin embargo, ha sido rechazada tal postura por la imprecisión que podría provocar; no obstante, se admite la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación en los delitos imprudentes y omisivos²⁵². También se han sustentado las causas de exculpación supralegales, en que paralelamente a la antijuricidad material, se advierte una culpabilidad material, de tal manera que para este tipo de circunstancias caben las aludidas eximentes²⁵³.

Por otro lado, la inexigibilidad como sustento de ciertas causas que excluyen la culpabilidad, (salvo la inimputabilidad y el error de prohibición invencible), implicaría atender a aquellas eximentes previstas en cada ordenamiento, para así verificar el rol de la inexigibilidad en cada una de ellas. Así se ha sostenido que al formular las causas que excluyen la culpabilidad se ha considerado el principio de inexigibilidad, para de esa forma eximir de responsabilidad a la persona que se encuentre en una condición particular²⁵⁴.

También se ha estimado que la inexigibilidad se trata de un principio normativo. En esta dirección, SAINZ CANTERO sostiene que los principios normativos son

²⁵¹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 50.

²⁵² AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 50 y 53.

²⁵³ SAINZ CANTERO, *La exigibilidad de...*, cit., pp. 78. Esta postura también toma en cuenta las características valorativas de cada caso.

²⁵⁴ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 53 y ss. En España se discute la posibilidad apreciar eximentes analógicas *in bonam partem* con base en este aserto. Quienes niegan la posibilidad de analogía sostienen que el artículo 4.3 del CPE, no permite reconocer atenuantes analógicas, en razón que tal norma faculta al juzgador a requerir al gobierno el indulto a favor de la persona contra la cual se sigue investigación o la reforma de la ley, si es que la sanción es excesiva. También se aduce que el legislador no lo ha previsto expresamente. Empero, la doctrina en aquél país admite la analogía, en razón que no se vulnera el principio de legalidad con ello, puesto que la aplicación exacta de la ley no debe conducir a posturas formalistas, lo cual implica la observancia del principio de legalidad, pero sin desatender su esencia. Además, en el evento que no sea posible la aplicación beneficiosa de la ley, entonces se deberá echar mano de lo dispuesto en el artículo 4.3 del CPE. En adición, se ha postulado que si bien no aparece señalada en la ley la aplicación analógica no implica que se encuentre vedado.

aquellos que conllevan contenidos valorativos y que señalan pautas a seguir al tiempo en que se emite un veredicto²⁵⁵. También MAIWALD estimó que un principio de tal naturaleza posee contenidos materiales o valorativos, pero también tiene indeterminación. En su oportunidad, FRELLESEN explicó que el principio en cuestión se ubica en la parte especial del ordenamiento jurídico penal, e implica un deber de comportamiento que se encuentra en el tipo y se vincula con la culpabilidad²⁵⁶.

Otra perspectiva es desarrollada ampliamente por AGUADO CORREA, para quien la inexigibilidad se trata de un principio general del ordenamiento jurídico. Este principio se encamina a tutelar a la persona, su dignidad y derechos fundamentales. Además, se asienta en el valor de justicia que debe regir las actuaciones del Estado. Si tales elementos son respetados, entonces la conducta puede ser considerada como exigible, en consecuencia, se trata de un principio general que informa todas las categorías del delito.²⁵⁷

En abono a lo expresado, se ha considerado que el principio de inexigibilidad se trata de un principio informador, bien regulativo o normativo, que incide sobre las diferentes categorías del delito. En este sentido, se ha puntualizado que el principio en cuestión contribuye a verificar los contornos del injusto y los límites de las causas de ciertas causas de justificación, e incluso para dar lugar a la exclusión de culpabilidad en algunos casos, o también para sostener la falta de sanción en la punibilidad, como acontece en el encubrimiento entre parientes²⁵⁸.

Siguiendo la línea de pensamiento desarrollada en el inciso superior, se advierte que la inexigibilidad actúa en la tipicidad al tiempo en que sirve para determinar qué conductas sobrepasan las expectativas del sujeto promedio. En tanto que, en sede de culpabilidad, sirve para fundar otro episodio de reproche, en adición a la condición de imputable y al dolo, de tal suerte que enervaría el castigo en caso de que acontezca una situación inexigible. De otra parte, en los ilícitos culposos se establece la exclusión del reproche en el caso que se rompa el vínculo existente entre el agente y el hecho que

²⁵⁵SAINZ CANTERO, *La exigibilidad de...*, cit., pp. 89.

²⁵⁶AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 34.

²⁵⁷AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 40.

²⁵⁸AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 59 y 60.

necesita la culpabilidad con contenido imprudente²⁵⁹.

La posición que estima que inexigibilidad es un principio general también ha encontrado resistencia, puesto que se ha entendido que según la estructura del sistema penal español no cabe considerar a la inexigibilidad como tal. Así, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, estiman que el artículo 4 del CPE no permite la consideración de causas supralegales, lo cual implica que no es posible reconocer a la inexigibilidad como principio general²⁶⁰.

En la doctrina española MAQUEDA ABREU y BAUCCELLS se pronuncian a favor de los resortes constitucionales del principio de inexigibilidad, como veremos a continuación²⁶¹.

MAQUEDA ABREU es de la opinión que el principio de inexigibilidad encuentra sustento en el derecho a la autoprotección, lo cual ocurre en los eventos que el sujeto se encuentre en posición de suministrar testimonio contra sí mismo que lo incrimine o el caso de la persona que para impedir prosecución penal en su contra, se abstiene de acatar un deber jurídico de carácter general, verbigracia el deber de socorro o la presentación de denuncia. En estos casos la autoprotección exime a la persona de cumplir con tareas jurídicas. Conforme afirma MAQUEDA ABREU, el principio que acapara nuestra atención está señalado en el artículo 24.2 de la Constitución española²⁶².

Para BAUCCELLS el principio de inexigibilidad tiene raigambre constitucional y ello se advierte en aspectos como la dignidad de la persona, los derechos que le corresponden a esta y el libre desarrollo del sujeto. También postula que la igualdad, es un concepto que permite fijar base constitucional del principio en cuestión. Este principio de igualdad, también sostendría el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable, puesto que en ambas circunstancias se advierte desigualdad frente al resto de los sujetos, por ende, cabe valorar la conducta con diferentes lecturas²⁶³.

²⁵⁹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 61.

²⁶⁰ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 531.

²⁶¹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 37.

²⁶² AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 38.

²⁶³ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 38 y 39.

En adición a lo expuesto, en sede de antijuricidad, en concreto en torno a las causas de justificación, si bien éstas aparecen informadas por el principio de interés preponderante, no es posible concluir que se trata del principio único sobre el cual se asienta la justificación, pues es posible echar mano del principio que nos ocupa, como se verá, por ejemplo, al revisar la figura de la legítima defensa, particularmente, en los temas de los excesos y la huida, y en el estado de necesidad²⁶⁴.

A nuestro modo de ver las cosas, la inexigibilidad no tiene asiento exclusivamente en sede de culpabilidad. Esto es así, porque se trata de un principio general y como tal contribuye a informar, desde diferentes perspectivas que han sido anotadas en cierta medida hasta aquí, de manera general las categorías del delito; por ende, no resulta de recibo atender a la inexigibilidad como componente de la culpabilidad.

Y es que el principio de inexigibilidad resulta de considerable importancia para resolver asuntos en los diferentes elementos que integran el delito, por ende, no resulta correcto encuadrar sus efectos sólo en una categoría del delito, puesto que esta posición desvanecería las virtudes, de las cuales hemos hecho mención, que tiene el principio que nos ocupa.

Vale destacar que la posición mencionada, es decir la consideración del principio de inexigibilidad como general y que incide en todas las categorías del delito, será básico para la delimitación de algunas eximentes que se examinarán, en concreto, nos referimos al estado de necesidad y al miedo insuperable.

CAPÍTULO IV. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y EXCULPACIÓN EN ESPAÑA

1. INTRODUCCIÓN

El CPE no establece, de manera expresa, apartados para causas de justificación y de exculpación. En razón de esta circunstancia, la jurisprudencia y la doctrina en España se han ocupado de realizar las delimitaciones del caso, en cuanto a las figuras que se

²⁶⁴ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 75 y 76.

encuentran previstas en el artículo 20 del CPE, dado que este contiene las causas que eximen de responsabilidad criminal de manera genérica y sin que haya distinción. En este punto corresponde verificar las circunstancias previstas en el artículo 20 del CPE, particularmente aquellas en las cuales se ha estimado que existe ausencia de antijuricidad. En torno a las causas de exculpación, nos ocupamos en el punto siguiente.

Siguiendo con lo expuesto en el inciso superior se advierte que las circunstancias señaladas en los numerales 1, 2 y 3 del texto punitivo español no han sido consideradas como situaciones que excluyen la antijuricidad; es decir, que no se estiman como causas de justificación, debido a que se trata de circunstancias que enervan, en alguna medida, la facultad del individuo de determinarse. En razón de esa circunstancia, las figuras que están previstas en los referidos numerales no serán objeto de examen en este apartado, dado que su sentido no encuentra relación con los aspectos que forman parte del estudio que se emprende²⁶⁵.

En la legislación panameña se han delimitado las causas de justificación y las de exculpación de manera clara, de tal suerte que las circunstancias eximentes se encuentran bien delimitadas.

Con respecto a la naturaleza de las circunstancias establecidas en el aludido artículo 20 del CPE, la doctrina ha considerado que la legítima defensa se trata de una causa de justificación, sin embargo, no faltan quienes han entendido que se trata de una causa de exculpación; como se verá al tiempo de examinarla. También se estima que el cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo forman son casos de ausencia de antijuricidad.

La situación es distinta en cuanto al estado de necesidad, pues como se verá en su momento la cuestión se encuentra dividida en torno a su naturaleza. Aquí importa reiterar que el CPE no contiene un catálogo de causas de justificación y exculpación definido, de tal manera que ante esta circunstancia la jurisprudencia y la doctrina se han abocado a realizar precisiones para determinar la condición que le corresponde al estado de necesidad. Así, para algunos el estado de necesidad será siempre causa de

²⁶⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 582 y 583.

justificación, pero otros estiman que cabe realizar una distinción según la afectación de los intereses; por ende, en ciertos supuestos se estará ante una causa de justificación y en otros frente a una causa de exculpación; no obstante, sobre estos puntos abundaremos al momento de referirnos al estado de necesidad en el punto 2.3. 4.

Una situación parecida al estado de necesidad ocurre en cuanto a la condición del miedo insuperable; es decir, que algunos estiman se está ante causa de justificación, en tanto que otros consideran se trata de una causa de exculpación, o incluso se han formulado otras construcciones en cuanto a esta figura; empero sobre ello se realizarán las anotaciones que resulten pertinentes al tiempo de examinar tal figura.

El ejercicio a realizar en este punto es de considerable entidad, debido a que partir de la consideración de las circunstancias, entonces será posible establecer la aplicación de la teoría del error en cuanto a las causas de exculpación que, al fin y al cabo, se trata del núcleo duro de este estudio.

Otra cuestión a tratar en torno a la eximente se refiere a la prueba de aquellas. Según CUERDA RIEZU el TS se ha decantado por considerar que la persona quien aduce la eximente debe acreditarla²⁶⁶.

La posición defendida por TS es cuestionada por CUERDA RIEZU, quien entiende que el aserto traslada del proceso civil la cuestión de la prueba de la eximente por quien la aduce al proceso penal, lo cual no resulta correcto puesto que en sede civil la iniciativa de los operadores se contrae a lo que las partes le presentan al operador del sistema²⁶⁷.

Para abundar sobre lo expuesto, CUERDA RIEZU sostiene que en el proceso penal debe tomarse en cuenta la presunción de inocencia, de manera que no le correspondería al acusado, de ninguna manera, la prueba de la eximente. También sostiene que el Ministerio Fiscal, como defensor de la legalidad, debería estar en

²⁶⁶ CUERDA RIEZU, “La prueba de las eximentes en el proceso penal”, *Indret*, Barcelona, 2/2014, pp. 6. Así aparece desarrollado en SSTS No. 336/2009, 209/1999, 36/1996.

²⁶⁷ CUERDA RIEZU, “La prueba de...”, *Indret*, 2/2014, cit., pp. 8.

posición de probar la eximente²⁶⁸.

Al margen de lo señalado no es atendible estimar que la prueba de la eximente pase por una cuestión en extremo rigurosa. En esta dirección, la tendencia internacional se ha decantado por estimar que no tiene lugar la prueba de la eximente por quien la aduce²⁶⁹.

Cabría incluso el reconocimiento de oficio de la eximente, pues de lo contrario pudiera vulnerarse el principio de legalidad, puesto que el operador del sistema, en el evento de no aplicarla, podría castigar por una conducta que puede ser jurídica o inculpable, de tal modo que se sancionaría por una conducta que no tiene los elementos del delito²⁷⁰.

2. LA LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa se trata de la primera causa de justificación que contempla el CPE, en su artículo 20.4²⁷¹. En algún momento se consideró que se trataba de una causa de exculpación, en atención a la particular situación que atravesaba la persona agredida, de manera que importa realizar el examen de la eximente en cuestión.

En términos generales, la figura que nos ocupa estriba en la conducta que se lleva a cabo en vías de proteger bienes jurídicos, ya sea por su efectiva afectación o por su puesta en peligro, para lograr ese cometido se lesionan otros intereses que le corresponden a la persona que a través de una conducta antijurídica persigue dañar los

²⁶⁸ CUERDA RIEZU, “La prueba de...”, *Indret*, 2/2014, cit., pp. 11.

²⁶⁹ CUERDA RIEZU, “La prueba de...”, *Indret*, 2/2014, cit., pp. 12 y 13.

²⁷⁰ CUERDA RIEZU, “La prueba de...”, *Indret*, 2/2014, cit., pp. 14.

²⁷¹ Así, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 493. Estos autores afirman que para algunos la legítima defensa constituye una causa de exculpación, dado que consideran que la persona que se defiende no tiene otro remedio más allá que presentar un contraataque contra quien pretende lesionar bienes que le corresponden, en consecuencia, se trata de una causa que excluye la culpabilidad. No obstante, los mencionados autores sostienen que esta posición debe ser descartada, porque se realiza una ponderación de carácter genérica del comportamiento de la persona que procede en legítima defensa. Además, exponen que la consideración de la legítima defensa como circunstancia exculpante, da lugar a que se considere la proporcionalidad de los bienes que colisionan, sin embargo, ello corresponde al estado de necesidad y no a los parámetros que gobiernan la legítima defensa. Según estos autores, por ende, desde esta perspectiva también debe rechazarse la posición que entiende a la legítima defensa como causa de exculpación.

bienes que le pertenecen a quien se defiende²⁷². El punto de partida de la legítima defensa estriba en que el derecho no debe ceder ante el injusto, empero este concepto ha sido matizado como se verá en las siguientes líneas, a partir de la transición del Estado liberal al Estado social.

En torno a los antecedentes de la referida circunstancia en el Derecho romano se consideró a la legítima defensa como un derecho de naturaleza individual de corte originario; en consecuencia, su campo de acción se concentraba en la protección de bienes jurídicos como la vida y la integridad. En sentido contrario, en el Derecho germánico la cuestión tuvo otros matices²⁷³, puesto que se llegó a la conclusión que el sujeto que se defiende, en legítima defensa, ejerce la representación de la comunidad, en consecuencia, el asunto tiene ribetes de orden colectivo, por tanto, desde la perspectiva que desarrolló el Derecho germánico cualquier persona estaba en posición, por ejemplo, de acabar con la vida del ladrón, no sólo la persona afectada, puesto que el sujeto actuaba en defensa de la colectividad por vía de la defensa del ordenamiento jurídico²⁷⁴.

2.1. Fundamentos

Los resortes que sostienen la legítima defensa se encuentran, ya sea en la protección de los bienes que le corresponden al defensor, así como la tutela del ordenamiento jurídico, lo que implica un ejercicio de naturaleza supraindividual, puesto que excede el ámbito de los bienes que le pertenecen a quien se defiende. Aquí vale mencionar que se ha puntualizado la concurrencia de la situación justificante debe ser confirmada *ex post* por el juez²⁷⁵.

La formulación mencionada ha llevado a la doctrina a estimar que el fundamento de la legítima defensa tiene una doble dimensión, pues se complementan tanto la

²⁷² CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 801.

²⁷³ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 610. Este autor manifiesta que, inicialmente, se requirió de proporcionalidad, e incluso se estimó que el agredido debía propender por buscar ayuda ante la autoridad y esquivar el ataque.

²⁷⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 444.

²⁷⁵ REQUEJO CONDE, *La legítima defensa...*, cit., pp. 355, 357 y 358. Esta autora sostiene que la cuestión analizada pasa por un pronóstico en torno al hecho concreto examinado, es decir, la revisión de la situación por la cual atravesó el individuo. En este sentido, importa tomar en cuenta las fronteras del conocimiento humano.

cuestión relacionada con el plano individual y el otro que es supraindividual. Esta dualidad de bases de la legítima defensa es respaldada por la doctrina mayoritaria²⁷⁶.

En apoyo a la posición que sostiene el fundamento de la legítima defensa estriba en un interés particular, importa tener en mente que en efecto en la motivación de quien se defiende existe un interés privado que lo impulsa a tutelar los bienes que le pertenecen, si han sido afectados o existe una amenaza encaminada a tal propósito²⁷⁷.

El fundamento individual de la legítima defensa ha estado presente desde la antigüedad y se circunscribía a la tutela de la integridad corporal, (vida y la anatomía humana). Este basamento de la legítima defensa dio lugar a que no se considerara la proporcionalidad, dado que bajo esta premisa individual es posible que se utilicen medios eficaces para repeler el ataque, lo cual implica que los daños que sufre el agresor no son relevantes, es más el agresor debe, en razón de su comportamiento inicial, tolerar o soportar la acción que dirige quien se defiende²⁷⁸.

La justificación, desde un plano individual, también tiene cabida, en razón del derecho básico a la autoprotección. Se trata de una forma mediante la cual el ciudadano ejerce, por su cuenta, la tutela de bienes que han sido lesionados o sobre los cuales pesa una puesta en peligro; empero a ello habría que añadirle, para efectuar un panorama íntegro de la cuestión, las connotaciones relacionadas con el Estado social, porque permiten fijar algunas pautas encaminadas a que la defensa se realice de forma adecuada y que sea socialmente aceptada²⁷⁹.

²⁷⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp.445; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 804; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 587; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 121; MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 438; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 332 a 333; MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 116; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 360 y 361; ROXIN, *Derecho Penal, tomo II...*, cit., pp. 608 y 609; y GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 165.

²⁷⁷ En este sentido, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 335. Estos autores sostienen que KANT desarrolló una concepción individual en torno a la legítima defensa, puesto que la persona quien se defiende procedía dentro del marco de una situación de necesidad, por tanto, su conducta debe quedar impune. En adición, expresan que FEURBACH estimaba que se trataba de una situación anterior al contrato social, debido a que por la particular situación en la cual se encontraba el afectado, el Estado no estaba en posición de adelantar ningún tipo de defensa, en consecuencia, le corresponde al particular realizar las gestiones dirigidas a tutelar sus bienes jurídicos, en razón de la lesión o puesta en peligro.

²⁷⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp.361.

²⁷⁹ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 439. En cuanto al fundamento social de la legítima defensa MUÑOZ CONDE en *Teoría General del...*, cit., pp.116, sostiene que la defensa que realiza el

Otro sector estima que el fundamento de la legítima defensa reside en el unitario fin dirigido a la tutela de bienes individuales, lo cual implica que la base de la figura en estudio no estriba en un doble resorte, sino que únicamente debe atenderse a la protección de bienes particulares por parte de quien se defiende²⁸⁰.

Por otro lado, se ha expresado que los resortes de la legítima defensa se asientan en tres dimensiones. Este esquema se representa así: una tesis, la cual está constituida por el derecho; una antítesis que significa el desconocimiento del derecho que adelanta el agresor y la síntesis que se trata de la legítima defensa en la cual se resiste el no derecho que formula el agresor²⁸¹.

Dentro del marco de la fundamentación individual también se advierte que en la legítima defensa se protegen los bienes que se lesionan o sobre los cuales pende una puesta en peligro, en razón de la acción antijurídica que adelanta el agresor primitivo, en consecuencia, ante el ataque contra los bienes jurídicos de quien se defiende no cabe la figura que ahora acapara nuestra atención, dado que el comportamiento del defensor es conforme a derecho²⁸².

En otro contexto, la doble fundamentación de la legítima defensa ha sido defendida, en razón que se estima que los resortes individuales y supraindividuales se complementan. Así, se ha sostenido que la base individual implica que el sujeto está legitimado para adelantar, en representación del Estado, la defensa del derecho. En otro sentido, se ha considerado que el aspecto colectivo significa la reafirmación del derecho y se trata del elemento distintivo de la legítima defensa y que lo diferencia del estado de

sujeto debe estar condicionada, puesto que en la medida que la persona pueda echar mano de mecanismos de defensa menos lesivos debe hacerlo, lo cual comporta que en este caso el derecho a defensa cede. Este autor estima que la legítima defensa se informa por la proporcionalidad, ponderación de intereses y la valoración de bienes. También GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 165 quien sostiene que el fundamento individual de la legítima defensa se trata de un aviso para aquellos que pretendan lesionar derechos ajenos, puesto que si lo hacen pueden ser repelidos, de manera que esta situación encuentra acomodo con la base particular de la legítima defensa. En tanto que la posición supraindividual, implica que el derecho no debe ceder ante el injusto, por ende, quien actúa en legítima defensa procede en vías de tutelar el ordenamiento.

²⁸⁰ Así lo señala CUELLO CONTRERAS en *El Derecho Penal...*, cit., pp. 805.

²⁸¹ LANDECHO VELASCO /MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 333. En este mismo orden de ideas, MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 446, expone que desde la perspectiva examinada la persona quien adelanta la agresión efectúa una negación del derecho, de manera que surge un mal que puede ser repelido por medio de la legítima defensa.

²⁸² CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 802.

necesidad²⁸³.

Se ha reconocido que, en efecto, la legítima defensa cuenta con un fundamento dual, sin embargo, se considera que prevalece la cuestión supraindividual, puesto que al fin y al cabo esta es la tarea esencial que persigue la legítima defensa, e incluso se ha sostenido que la actuación que lleva a cabo la persona que se defiende, en alguna medida, comporta una pena que debe soportar quien desencadena la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos de la persona que se defiende²⁸⁴.

La base supraindividual ha sido estimada como el resorte preceptivo de la legítima defensa, e incluso se considera que, en cierta forma, cumple un rol de prevención general, como si tratara de una pena. Ahora bien, esto no significa que no deba considerarse la base individual de la legítima defensa, en la medida que dentro de ésta existe la necesidad de proteger el bien jurídico particular²⁸⁵.

Los resortes jurídicos y sociales de la defensa también informan a la causa de justificación que nos concierne. Así, se observa que la perspectiva social involucra el auxilio de terceros, la defensa que resulte más adecuada y la observancia de alguna proporcionalidad en los medios empleados por la persona quien se procede conforme a legítima defensa²⁸⁶.

En adición a los puntos hasta aquí mencionados se han formulado otros argumentos dirigidos a fundar la legítima defensa en otros aspectos. Así, se ha señalado como base de la legítima defensa: 1) la falta de protección estatal ante la situación de ataque a los bienes jurídicos; sin embargo, se ha estimado que este fundamento no es suficiente en vista que no aporta elementos para sostener el aspecto material mediante el cual se le concede al particular autorización para la defensa; 2) necesidad de salvar

²⁸³ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 446 y ss. Según este autor la concepción de la legítima defensa a partir del Estado social ha sufrido algunas variaciones. En esta dirección, expone que a la figura que nos ocupa se le ha concedido un basamento social, por tanto, bajo esta perspectiva no es admisible la lesión de los bienes jurídicos de la persona que adelanta el ataque, al menos en supuestos que exista una desproporción importante entre los bienes o en el caso que no sea posible atribuir el hecho a la persona que realiza el ataque, tal cual ocurre en el caso de niños o personas enajenadas.

²⁸⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 587.

²⁸⁵ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 587.

²⁸⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 362. También en este sentido, MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 438.

bienes en peligro; no obstante, se considera que esta posición no permite establecer distinciones con el estado de necesidad, en el cual se precisa de subsidiariedad y proporcionalidad, aspectos que no integran la legítima defensa; 3) instinto de conservación; posición que también ha sido rechazada, pues solo se ocupa de puntos básicos que no explican de manera clara los fundamentos de la legítima defensa; y 4) la necesidad de proteger el orden jurídico; en contra de esta postura se ha argumentado que no toma en cuenta que también la legítima defensa conlleva una necesidad dirigida a defender bienes individuales²⁸⁷.

Los fundamentos de la legítima defensa también se han formulado sobre la base de los siguientes argumentos: a) el derecho a defenderse de toda persona es un asunto que pertenece a la naturaleza del ser humano; b) en el evento que el Estado, por conducto de las instituciones correspondientes, no se encuentre en posición de impedir ataques dirigidos a los ciudadanos, entonces aquellos pueden defenderse; c) la agresión a los bienes jurídicos de las personas, también constituyen un ataque al ordenamiento, en consecuencia, no puede permitirse, por eso la resistencia a la agresión da lugar a restaurar la situación a su estado inicial de orden; d) para algunos autores la actuación de la persona quien se defiende debe ser soportada por el agresor, lo cual implica a su modo de ver las cosas una pena, aunque ésta no pueda ser aplicada por el Estado²⁸⁸.

Desde la perspectiva de la protección individual de bienes jurídicos no resulta atendible la defensa de bienes de la comunidad, pues incursionar en ello daría lugar a que, en alguna medida, se desvanezca la facultad exclusiva que tiene el Estado para el uso de la violencia²⁸⁹.

Por otro lado, desde la posición de la prevalencia del derecho se legitima el uso de la violencia por parte del particular, puesto que procede contra una agresión en contra de sus bienes jurídicos, con lo cual también se logra restablecer el lesionado

²⁸⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 587.

²⁸⁸ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit. pp.494. Con todo admiten que la teoría de la doble fundamentación de la legítima defensa ha sido ampliamente respaldada en la doctrina científica española, de manera que se trata de una figura con una naturaleza individual, pero también supraindividual, ya sea porque existe una necesidad de autoprotección, pero también converge en la legítima tutela del ordenamiento.

²⁸⁹ ROXIN, *Derecho Penal, tomo II...*, cit., pp. 608.

ordenamiento jurídico²⁹⁰. Es, precisamente, este argumento que permite determinar con claridad la doble fundamentación de la legítima defensa, puesto que ambas bases sirven para complementar el sentido de la figura que nos atañe.

Dentro de los fundamentos de la legítima defensa también se ha considerado que se trata de la falta de capacidad que tiene el Estado para impedir la lesión a un bien jurídico, debido a las condiciones en que ocurre la agresión. Ante esta situación se faculta al afectado, o incluso a un tercero para realizar las acciones defensivas correspondientes. Así, la legítima defensa se basa en una suerte de delegación de tareas preventivas de policía que recaen en el sujeto que es agredido y el cual reacciona ante el ataque²⁹¹.

La revisión de los planteamientos que formula la doctrina científica en cuanto al fundamento de la legítima defensa nos lleva a considerar acertada la tesis que propone que las bases de la figura en estudio responden, tanto a la protección individual de bienes, así como a la tutela del ordenamiento jurídico. Sobre esto nos ocupamos en las siguientes líneas.

Nos parece que la persona quien se defiende pretende, en primer término, la salvaguarda de los bienes que le corresponden y que entiende son puestos en peligro, o efectivamente lesionados por parte del agresor. *A prima facie*, la defensa de los intereses que le interesan es la primera motivación que dirige al defensor; por tanto, este fundamento es esencial al tiempo de considerar los resortes sobre los cuales se asienta la legítima defensa.

Sin embargo, no puede perderse de vista que la actuación de quien se defiende, en cierta medida, se encuentra encaminada a la protección del ordenamiento, en atención a que con su comportamiento da lugar a que el derecho que se vulnera o que se pretende lesionar por parte del agresor sea reafirmado; es decir, que en alguna forma el defensor da lugar a que se preserve el ordenamiento.

Dentro de otro contexto, nos parece que la proporcionalidad aplica para la

²⁹⁰ ROXIN, *Derecho Penal, tomo II...*, cit., pp. 608.

²⁹¹ CURY URZÚA, *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 365 y 366.

legítima defensa; puesto que si bien la persona quien se defiende está en posición de lesionar los bienes del agresor, incluso por encima de los bienes que protege mediante su acción siempre hay que tomar en cuenta la situación particular del sujeto; de tal suerte que este aserto debe entenderse dentro del marco de la defensa necesaria; es decir, aquella esencial para la tutela de los bienes del ofendido, lo cual no faculta a la persona para emprender una defensa desproporcionada.

Con base en lo expuesto, importa determinar si el defensor estuvo en posición de utilizar algún otro mecanismo de defensa que comportará menos daño al agresor, no obstante, sobre la necesidad de defensa hacemos mención en el punto.1.3., en el cual se examinan los requisitos que precisa la legítima defensa para su configuración.

2.2. Naturaleza

La legítima defensa ha sido considerada ampliamente como una causa de justificación²⁹². Uno de los puntos que se ha utilizado como base para sostener la esencia de la figura que nos ocupa, estriba en que esta se informa de resortes duales. Así, se entiende que la persona que procede en legítima defensa, en alguna medida, tutela el ordenamiento jurídico, de igual forma, se estima que esta persona, naturalmente, adelanta gestiones dirigidas a proteger los bienes que le pertenecen, o que están relacionados con un tercero, con lo cual su comportamiento cuenta con un sustento que el ordenamiento respalda²⁹³. Aquí importa mencionar que la reacción de quien se defiende se opone a una agresión antijurídica, en consecuencia, esta particular circunstancia da lugar a que se pondere de forma positiva el comportamiento del defensor²⁹⁴.

Lo expuesto en el inciso superior permite colegir que la conducta de la persona

²⁹² LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp.588; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 444 y 445; MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 437; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp.493; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 121, MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 115; CURY URZÚA, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp.365; y ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 487. Según asegura ZAFFARONI la condición justificante de la legítima defensa ha sido asumida desde los planteamientos desarrollados por HEGEL, puesto que por medio de ésta se legitima el ordenamiento.

²⁹³ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 588. También en este sentido, MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 116.

²⁹⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 588.

quien procede en legítima defensa, se entiende conforme al ordenamiento en la medida que no se estima que haya una desvaloración del resultado, precisamente, porque el sujeto actúa amparado por la ley, al proceder con arreglo a una causa de justificación. Y esta es la nota que distingue a las causas de justificación; esto es que el comportamiento se estima como típico, pero no se considera antijurídico, dado que se entiende el individuo se comporta con arreglo al ordenamiento. Se ha sostenido que se trata de una causa de justificación, debido a que el ordenamiento no debe tolerar los actos injustos, por tanto, se permite que la persona proceda amparado por la legítima defensa, siempre que haya, entre otras cosas, necesidad de defensa²⁹⁵.

En abono a la posición que sostiene la legítima defensa se trata de una causa de justificación, también debe señalarse que una vez que se reconoce la existencia de tal figura no procede la reclamación por responsabilidad civil; en consecuencia, esto significa que se estima la conducta de la persona que se defiende no es antijurídica y en vista de ello se entiende acorde a derecho; por tanto, desde esta perspectiva se trata de una causa de justificación²⁹⁶.

En la legítima defensa se parte de una agresión que es antijurídica; es decir, aquella que adelanta el atacante; por tanto, el ordenamiento se coloca del lado de la persona quien se defiende, habida cuenta que esta intenta la tutela del derecho que le ha sido conculcado, en consecuencia, su actuación se acomoda a derecho²⁹⁷.

Sin embargo, una posición minoritaria ha entendido que el problema de la legítima defensa, pasa por una situación de inexigibilidad, lo cual comporta una anormalidad motivacional que le impide al sujeto asumir otro comportamiento que no sea atacar a la persona que lesiona o atenta contra sus bienes jurídicos. La postura mencionada sitúa la naturaleza de la legítima defensa como una causa de exculpación²⁹⁸.

²⁹⁵ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 121.

²⁹⁶ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 588.

²⁹⁷ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 801 y 802. Aquí importa destacar el principio de necesidad, puesto que, según este autor, sin la acción defensiva que realiza el sujeto no es posible la defensa de los bienes que son atacados por el agresor. También en esta dirección, MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 437.

²⁹⁸ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 493.

También se estimó que el contexto en el cual se encontraba la persona quien se defendía pasaba por miedo o perturbación, de tal modo que esto revestía una serie de características que se acomodan a causas de exculpación²⁹⁹.

El planteamiento desarrollado en el inciso superior ha sido rechazado, en vista de que entiende de manera general la situación de la persona que actúa bajo legítima defensa, lo cual no resulta correcto; puesto que las reacciones comportan una multiplicidad de connotaciones, según las inclinaciones de cada cual. Además, se ha esgrimido en contra del argumento que ubica a la legítima defensa como causa de exculpación que tiende a confundirla con el estado de necesidad, en el cual se requiere siempre la ponderación de los intereses en juego³⁰⁰.

De igual forma, se estima que la legítima defensa es una causa de justificación en razón que se advierte un ilícito por parte del agresor, quien procede de manera antijurídica frente a los bienes del que se defiende; es decir, que se lesiona o ponen en peligro los bienes del agredido, de manera que, ante este panorama, también nos encontramos frente a una causa de justificación³⁰¹.

En vista que la persona quien ha sido agredida realiza una acción en vías de afirmar el ordenamiento frente al ataque antijurídico que adelanta el agresor, se concluye que la conducta de la persona quien se defiende está permitida por el ordenamiento; de tal modo que no puede considerarse antijurídica, por ende, desde esta dimensión se está frente a una causa de justificación³⁰².

Al hilo del argumento expuesto en el inciso superior también cabe destacar que la violencia que adelanta la persona que se defiende aparece justificada, debido a que es el mecanismo para vencer una agresión que es actual y antijurídica; empero se precisa de arquetipos políticos que definan con precisión las condiciones en que se permitirá tal comportamiento, puesto que se trata de la legitimación de violencia privada³⁰³.

²⁹⁹ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 115.

³⁰⁰ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 493.

³⁰¹ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 437.

³⁰² ROXIN, *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 608. También en esta dirección, GARRIDO MONTT, en *Derecho Penal...*, cit., pp. 165. Este autor destaca que a partir de tal concepción se ha superado la posición que sostenía que la defensa era un castigo para el agresor.

³⁰³ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 457.

La legítima defensa se entiende como causa de justificación, en razón que el derecho no debe tolerar un comportamiento injusto; es decir, que no resulta dable amparar la conducta que adelanta el agresor, de tal suerte que ante esta perspectiva se legitima la reacción de la persona quien se defiende. Ahora bien, esta posición implica que existe una necesidad de defensa bien por el propio agredido o por un tercero; por ende, el comportamiento del agredido viene a ser conforme a derecho, de allí la consideración de la legítima defensa como causa de justificación, sin embargo, la conducta se estima como típica³⁰⁴.

Con base en los argumentos mencionados, nos parece que la legítima defensa tiene su sede de ubicación entre las causas de justificación. Esto es así, porque la conducta que realiza el agredido frente al comportamiento del agresor encuentra amparo en el ordenamiento jurídico, bien porque el afectado se defiende de la lesión de bienes jurídicos, o porque estos han sido puestos en peligro, en razón de una actuación antijurídica que lleva a cabo el agresor.

En vista de lo sostenido en el párrafo que antecede se colige que la doble fundamentación de la legítima defensa contribuye a considerar que se está frente a una causa de justificación; puesto que la conducta del agredido se legitima o encuentra acomodo en el ordenamiento jurídico, ya sea porque el sujeto defiende bienes que le pertenecen o, en cierta medida, contribuye con su conducta a reafirmar el orden legal.

El hecho que una vez reconocida la legítima defensa no haya posibilidad que se reclame por la vía civil algún tipo de indemnización, también constituye un argumento dirigido a determinar que la figura que acapara nuestra atención en este epígrafe se trata de una causa de justificación; puesto que, precisamente, no es dable la reclamación civil, en razón que la conducta de la persona quien se defiende está amparada por el ordenamiento jurídico, lo cual implica que es conforme a la ley y en razón de esto no cabe la reparación civil por los daños causados, salvo que la ley preceptúe otra cosa, tal cual ocurre con el estado de necesidad en el ordenamiento penal español y también en Panamá.

³⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho, volumen II...*, cit., pp. 121.

Como viene expuesto, no resulta acertado estimar que la legítima defensa se trata de un problema de exculpación, en razón de la concurrencia de una motivación particular que dirija a la persona que se defiende al momento en que tiene lugar el incidente, puesto que la discusión en este caso estriba en la necesidad de defensa y no ausencia de capacidad de culpabilidad, que si es un elemento que integra la culpabilidad y que cuando tiene lugar procede reconocer que el individuo ha actuado sin culpabilidad, pero por tratarse de un inimputable.

2.3. Requisitos

El examen de los elementos que integran la legítima defensa ocupa un rol de considerable entidad dentro de la cuestión que observamos, dado que importa destacar aquellos requisitos que se estiman como esenciales y aquellos que no lo son. Esto es relevante en vías de determinar si procede una causa de justificación, o una eximente incompleta, por no reunirse los elementos preceptivos de la figura que nos ocupa. No obstante, en este sentido es necesario tener en mente la legislación que cada Estado dispense a la legítima defensa, para establecer si es que tiene cabida alguna eximente incompleta.

De igual modo, son relevantes los requisitos de la legítima defensa, debido que a partir de la consideración de estos es posible determinar si ha concurrido algún error en los presupuestos de esta figura, el cual se considera por algunos un error de tipo o bien un error de prohibición.

Los elementos que componen la legítima defensa son: la agresión ilegítima, la necesidad de defensa y la falta de provocación suficiente. Esto en atención a la estructura del artículo 20.4 del CPE. De cada uno de ellos nos ocupamos seguidamente.

2.3. 1. La agresión ilegítima

Este requisito es considerado esencial dentro de la legítima defensa, lo cual implica, desde luego, que ante la ausencia de éste no cabe considerar que ha tenido lugar la causa de justificación de la cual nos ocupamos y en vista de ello tampoco se

precisa verificar el resto de los elementos que componen la legítima defensa³⁰⁵.

La agresión debe entenderse desde dos dimensiones. Así, se advierte que se trata de una lesión que se dirige contra los bienes de quien luego se defiende, o bien se trata de la puesta en peligro de tales bienes³⁰⁶.

A partir de las consideraciones que implica el término agresión, se colige que no habrá legítima defensa ante una tentativa inidónea, puesto que tal conducta no conllevará una lesión a los bienes jurídicos, ni tampoco un atentado contra los intereses de la persona quien se defiende, en atención a la falta de entidad del medio empleado³⁰⁷. Al hilo de este argumento se ha sostenido que, en el caso de la tentativa inidónea, no se advierte la necesidad de protección que se requiere en la legítima de defensa, en consecuencia, no tiene lugar la agresión y en vista de ello tampoco se configura la causa de justificación que nos atañe³⁰⁸.

Siguiendo con lo expuesto en el párrafo que antecede se estima que no se considera agresión el caso de la tentativa inidónea, dado que en este caso la conducta que emprende el agresor no tiene entidad para causar una lesión o puesta en peligro de un bien³⁰⁹.

Se llegó a considerar que la agresión implicaba un ataque físico, es decir, que debía existir un acometimiento físico o ataque violento. En atención a esta connotación no se estimaba que cabía legítima defensa frente a conductas omisivas, puesto que por

³⁰⁵ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 588, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp.496; MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 115; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 805.

³⁰⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp.362. En esta dirección, GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la...*, cit., pp. 53. Este autor sostiene que la agresión ilegítima es aquella que se considera delito o que coloque en un peligro de importante deterioro de los bienes o de que ocurra un apremiante daño.

³⁰⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 447.

³⁰⁸ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, pp. 612. En vías de ejemplificar su posición este autor cita el caso de una persona que ataca a otra con un arma, empero el agredido tiene conocimiento que la pistola está descargada, por tanto, ante esta situación se está frente a una tentativa inidónea por la falta de entidad del medio empleado. Sin embargo, ROXIN reconoce que, debido a las particularidades del caso podrían presentarse coacciones, de tal manera que el agredido podría defenderse. También en este mismo sentido, MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 445, sostienen que la antijuricidad se desvanece en el evento que se esté ante medios que resultan inidóneos, dado que en estos casos no se advierte daño dirigido contra el ordenamiento jurídico, por ello estos autores expresan las agresiones consideradas como bagatelas no deben ser repelidas en legítima defensa.

³⁰⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 447.

la naturaleza de aquellas no se advertía un ataque³¹⁰.

La concepción que entendía que la agresión en la legítima defensa se circunscribía a un acometimiento físico, trajo como consecuencia que los bienes que podían ser defendidos fueran limitados, e incluso se concentró la defensa, básicamente, en la integridad corporal. Esta posición también conllevó, en cierta medida, a la aplicación de algunos paralelismos de la teoría del delito con la causa de justificación que nos atañe. Así, se entendió que sin acción por parte de la persona no existe delito, de manera que esta reflexión también se aplicaba a la legítima defensa, por tanto, sin la concurrencia de una agresión, no puede haber legítima defensa³¹¹.

Hoy día la concepción que entiende la agresión implica un acometimiento físico no es compartida por la doctrina³¹². Así, se considera que no solo pueden defenderse bienes materiales, sino también que cabe la tutela de aquellos que son inmateriales, tal cual ocurre con el honor. En esta dirección, se ha señalado que el CPE da ocasión a la defensa de los derechos de la persona, lo cual también comporta, desde luego bienes que no son exclusivamente materiales, de tal manera que no siempre la agresión involucra un acometimiento físico³¹³.

En abono a la posición que sostiene que la agresión no involucra solo un acometimiento físico, se observa que algún autor ha estimado que también debe aceptarse la omisión como componente de la agresión, tal cual ocurre en el deber de socorro en el cual el sujeto se abstiene de realizar un comportamiento que le corresponde, lo cual implica una agresión, empero por vía de omisión³¹⁴.

Como viene expuesto, la agresión puede partir de una omisión y esto acontece en el evento que haya un deber de intervención por parte del sujeto que omite el comportamiento que le corresponde realizar, bien porque aparece señalado en la esfera penal o administrativa, como acontece en la omisión propia y en los supuestos de

³¹⁰ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 496.

³¹¹ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 805.

³¹² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 446.

³¹³ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 447.

³¹⁴ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 116. Este sentido, sostiene que acontece esta circunstancia en la omisión de socorro.

garante³¹⁵.

En los casos de agresión por omisión la legítima defensa se ejerce una vez que se obliga a la persona, quien tiene el deber de garante a efectuar el comportamiento que le corresponde, pero que se ha abstenido de adelantar. Esto tiene por propósito la evitación del resultado³¹⁶.

A nuestro modo de ver las cosas, no debe admitirse legítima defensa frente una conducta omisiva, salvo en la omisión impropia, (comisión por omisión), puesto que en este caso se requiere que exista deber de garante en el sujeto, de tal manera que se advierte una obligación que pesa sobre la persona dirigida a la realización de un comportamiento; en consecuencia, el hecho de omitir la conducta que se demanda implica una agresión, la cual puede ser enfrentada por vía de legítima defensa, en aras que el sujeto realice la acción que se espera de él. En razón que la estructura de la omisión propia no reúne las características de la comisión por omisión, nos parece que no cabría adelantar alguna conducta por legítima defensa para que el obligado efectúe el comportamiento que precisa adelantar, por ende, consideramos que no corresponde reconocer legítima defensa frente a un comportamiento omisivo propio.

La agresión se trata de una conducta humana³¹⁷, por tanto, los ataques provenientes de animales no son susceptibles de legítima defensa, sino mediante estado de necesidad. No obstante, puede echarse de mano de la legítima defensa en el supuesto que el animal sea utilizado por alguna persona, para generar un ataque. En este orden, también vale destacar que se considera que no procede legítima defensa contra personas jurídicas, puesto que estas no proceden en el sentido de Derecho penal, e incluso para

³¹⁵ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 363.

³¹⁶ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 614. En este orden de ideas, importa señalar que para este autor la legítima defensa en materia de omisión se limita a la comisión por omisión u omisión impropia, en la medida que la omisión propia no conlleva una agresión dirigida contra un bien jurídico. En esta línea de pensamiento, MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 441, sostienen que debe considerarse la omisión en el supuesto que la persona se encuentre en posición de realizar determinado acto, es decir, estiman se aplica para la comisión por omisión. Así, afirman que existe omisión en el caso del guardia de presidio que omite dejar en libertad a quien corresponde, en vista que existe una orden en tal sentido. Asimismo, concurre agresión el caso de la persona que se rehúsa a abandonar su coche-dormitorio, una vez se ha llegado a su parada de destino. También tiene ocasión la agresión en el supuesto del vagabundo que se niega a dejar el recinto en el cual ha sido acogido, pese a que así lo ha pedido el arrendatario.

³¹⁷ En esta dirección, no cabe legítima defensa contra actos inconscientes o en los cuales concurre fuerza irresistible, tal cual lo señala LUZÓN PEÑA, en *Curso de Derecho...*, cit., pp. 589.

aquellas no son aplicables los fines preventivos que pretende el Derecho penal, ni tampoco resulta dable estimar que concurre la afirmación del derecho³¹⁸. En torno al sentido de la agresión se ha puntualizado por el TS en Sentencia 153/2013 de 6 marzo lo siguiente:

“Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo. Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente”.

En cuanto a las condiciones de la agresión, también ha sido objeto de atención la proporcionalidad, que debería tenerse en cuenta al tiempo en que se examina el requisito en cuestión. Así, en Sentencia 86/2015 de 25 febrero el TS ha manifestado lo siguiente:

“Por último la necesidad racional del medio empleado supone: necesidad o sea que no puede recurrirse a otro medio menos lesivo; y la proporcionalidad en modo racional no matemático que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo, en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva en la que los contendientes se encuentran, teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana, de modo que "esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las

³¹⁸ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 611, también en este sentido MAURACH/ZIPF en *Derecho Penal I...*, cit., pp. 440 y LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 591. ROXIN manifiesta que no se concibe la legítima defensa frente a animales, porque ante el ataque que proviene de un animal no se concurre el fundamento dirigido a la afirmación del derecho.

circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado", de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno” .

2.3.1.1. El carácter doloso o imprudente de la agresión

Una vez examinada la cuestión relativa al sentido de la agresión, advertimos que existen diferentes posiciones en torno a este requisito que integra la legítima defensa. Así, se ha entendido que la agresión debe ser dolosa, otros estiman que se trata de una situación en la que es necesario que haya culpabilidad. De estos aspectos nos ocupamos en los siguientes párrafos.

Existe una concepción amplia en cuanto a la agresión. Así, se advierte que se estima que no deben existir reservas en cuanto a la condición de la agresión, en consecuencia, ésta bien puede ser imprudente³¹⁹. En esta dirección, MIR PUIG quien asegura que la ley no realiza ninguna distinción entre el dolo y la imprudencia en la agresión, de modo que ante tal perspectiva no cabe excluir la imprudencia del ámbito de cobertura de la agresión. Además, sostiene MIR PUIG que no tendría lugar el estado de necesidad ante una agresión realizada por vía de imprudencia, en el caso que el mal ocasionado es mayor que aquél que se pretende tutelar, puesto que en el estado de necesidad se precisa observar la proporcionalidad entre los intereses en juego³²⁰.

En vista que el comportamiento imprudente ocasiona una puesta en peligro de los bienes jurídicos, cabría considerar que también debe estimarse a la conducta dentro del marco de la legítima defensa. Así, se expone el caso de un automovilista que causa una puesta en peligro de forma imprudente con su desordenada manera de guiar el vehículo, ante lo cual conforme expresan BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, es procedente reconocer legítima defensa³²¹.

No obstante, se opone a que la agresión se verifique por vía de la imprudencia, LUZÓN PEÑA, puesto que entiende que el sentido de la agresión comporta, es decir,

³¹⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 363. También concuerda en esta dirección, CURY URZÚA, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 366.

³²⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 449.

³²¹ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 123.

una conducta que se realiza con los elementos que integran el dolo, los aspectos intelectivos y volitivos; por tanto, no es posible atender a la modalidad imprudente. En adición, sostiene que ante una conducta imprudente no cabe que la legítima defensa cumpla su función de motivación, de tal manera que, frente a un comportamiento imprudente, cabe estado de necesidad defensivo y no legítima defensa³²².

El comportamiento doloso como punto de partida de la legítima defensa también se sustenta en que este tipo de conductas implican riesgos de mayor consideración, de tal manera que se permiten las reacciones defensivas dentro del marco de la causa de justificación que nos ocupa, en vías de suprimir aquellos riesgos³²³.

Consideramos que lleva la razón el sector de la doctrina que entiende la agresión debe ser dolosa. Esto es así, debido a la naturaleza que reviste la agresión, la cual conlleva la realización de actos encaminados a afectar los derechos de otra persona. Esta condición implica que la conducta del agresor debe estar motivada por voluntad de lesionar o poner en peligro bienes de la persona quien se defiende en legítima defensa. En el comportamiento imprudente, en atención a las peculiaridades que lo distinguen, no encontramos una motivación del individuo decidida a incidir negativamente en los intereses de la persona afectada; en consecuencia, no es posible concluir que un comportamiento imprudente pueda ser repelido en legítima defensa, pues para tales efectos nos parece que es aplicable el estado de necesidad, con las medidas que le corresponden.

2.3.1.2. Características de la agresión

³²² LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 590. De igual forma, respalda esta posición MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 117, quien sostiene que la conducta debe ser dolosa y en el evento que concurra imprudencia será necesario echar mano del estado de necesidad para enfrentar la situación que se presenta. También coincide GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 168, debido a que la legítima defensa no tendría efecto de motivación ante conductas imprudentes.

³²³ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 807 y 808. Este autor sostiene que para LUZÓN PEÑA no cabe legítima defensa frente a actos imprudentes en vista que: 1) la legítima defensa no cumple una función de intimidación ante conductas imprudentes; 2) la medida del riesgo es menor en el delito imprudente y el agresor no está en posición de determinar los alcances de la reacción; 3) la imprudencia requiere un resultado, sin tal condición es atípica. Estos argumentos son refutados por CUELLO CONTRERAS, en atención a que estima que el agresor se representa una constelación de peligro, por ende, puede que tenga lugar un efecto intimidante. También sostiene CUELLO CONTRERAS que el agresor bien puede medir el riesgo y también podrá hacerlo con sus acciones. Finalmente aduce que la imprudencia sin que tenga lugar un resultado es impune, pero esto no implica que sea atípica.

Se discute si la agresión que se realiza debe ser una conducta dotada de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Con respecto a este tema en la doctrina existen diferentes posiciones, las cuales pasamos a detallar en las siguientes líneas.

a. Carácter típico

Se advierte que una primera posición entiende que la ilegitimidad de la agresión debe entenderse siempre en sede penal. En esta dirección, se ha argumentado que los actos típicos son aquellos que revisten de mayor relevancia dentro del ordenamiento jurídico; en consecuencia, resulta dable que estos sean rechazados mediante legítima defensa. Los partidarios de esta línea de pensamiento exponen que contra los actos atípicos no cabe legítima defensa, por tanto, es necesario limitar los comportamientos contra los cuales procede legítima defensa a aquellos que tienen entidad en sede penal, por ser conductas típicas³²⁴.

Con base en lo expuesto, estimamos que la tipicidad para el caso que nos ocupa debe entenderse como penal, puesto que en vista de la importancia que ésta reviste es oponible la legítima defensa.

b. Carácter antijurídico

Otra aproximación al problema pasa por considerar que la conducta que se repele debe ser antijurídica. Así, se sostiene que es preciso que el comportamiento sea antijurídico, empero esto significa que debe contravenir el ordenamiento en términos generales. Es, precisamente, esta característica que le confiere el carácter de ilegítima a la agresión³²⁵.

³²⁴ QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 497. En esta línea de pensamiento, estos autores sostienen que la posición contraria a la que defienden implica que se aplicaría legítima defensa contra cualquier acto contrario a derecho, lo cual no encuentra sintonía con el ejercicio que debe realizarse entre el ataque y la reacción. En sentido similar, MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 448 expone que la agresión debe ser típica y también personalmente imputable al autor. También LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 591 estima que la conducta debe ser típica y antijurídica. De este parecer, igualmente GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la...*, cit., pp. 53, para quien la agresión ilegítima significa que debe constituir delito, de tal suerte que se coloque en riesgo importante los bienes de la persona quien se defiende en legítima defensa.

³²⁵ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 125. Estos autores afirman que en razón de la redacción que desarrolla el CPE en cuanto a la agresión dirigida a bienes o a la morada, en estos casos se precisa que la agresión constituya delito o falta. En cuanto al ingreso a la mora, expresan que es necesario que debe considerarse la entrada irregular, de tal manera que la permanencia indebida no debe ser estimada como agresión. LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 335, quienes estiman que no existen elementos para considerar que la agresión deba ser, necesariamente, penal.

El concepto amplio de la agresión ha sido defendido sobre la base de la noción general de la antijuricidad; es decir, que basta la conducta sea contraria a derecho, de manera que desde este punto de vista no es necesario que el comportamiento agresivo se trate de un injusto³²⁶.

Para ROXIN la agresión que acontece dentro del marco de la legítima defensa coincide con la antijuricidad que pertenece a la teoría general del delito. En este orden de ideas, se precisa que la agresión debe constituir desvalor del resultado, pero también un desvalor del acto³²⁷.

También es relevante dentro del marco de la agresión verificar las características de esta. En este orden de ideas, se ha echado mano del concepto de antijuricidad material con el fin de verificar si en efecto ha concurrido una agresión³²⁸. Con base en este argumento se ha considerado que el ataque que se pretende reputar como agresión precisa ser un peligro próximo en contra de los bienes de la persona agredida.

A nuestro modo de ver las cosas, la agresión debe constituir un injusto, esto es una acción típica y antijurídica, a fin que pueda ser repelida en legítima defensa. Aquí debemos coincidir con el sector de la doctrina que entiende que la acción típica y antijurídica representa un ataque de superlativa importancia contra los bienes jurídicos que tutela el ordenamiento jurídico, en consecuencia, nos parece correcto considerar que sólo ante estos pueda procederse en legítima defensa.

Importa tener en mente que la causa de justificación examinada implica una excepción al ejercicio de la violencia por parte del Estado, puesto que en la legítima defensa al ciudadano le es lícito emprender una acometida en contra de quien agrede sus bienes jurídicos; en consecuencia, desde esta dimensión estimamos que no todo ataque puede ser enfrentado mediante legítima defensa, sino que se precisa reservar tal medida para agresiones significativas y este balance se obtiene si se atiende a aquellas

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 366 son de la opinión que no se requiere que la agresión sea punible, sólo puntualizan que debe ser por lo menos inminente. También en esta dirección, GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 168.

³²⁶ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 811.

³²⁷ ROXIN, *Derecho Penal, tomo II...*, cit., pp. 615.

³²⁸ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 117.

conductas que el propio ordenamiento jurídico ha considerado como típicas y antijurídicas en sede penal.

c. Carácter culpable

Dentro del marco de la agresión también se discute si la agresión debe ser culpable, o si no se requiere de tal condición. Las opiniones en esta dirección se encuentran divididas, como pasamos a verificar a continuación.

ROXIN se muestra partidario de reconocer legítima defensa frente a agresiones culpables, en consecuencia, en el caso que haga falta la culpabilidad, entonces no podría entenderse que ha concurrido una agresión, aunque reconoce que no se trata del sentido que el ordenamiento alemán le confiere al asunto³²⁹.

Para JAKOBS falta la agresión antijurídica en el supuesto que el comportamiento que se adelanta no sea culpable. Para soportar el aserto, JAKOBS considera que en la sociedad debe existir una distribución de responsabilidades, de tal modo que la agresión que se estima antijurídica es solo aquella que encuentra relación con la responsabilidad, en atención a una conducta que resulta evitable y que involucra un riesgo no permitido, el cual es atribuido como culpable. Así, estima que se encuentran excluidas de legítima defensa los comportamientos de los niños, enajenados o aquellos que proceden sin culpabilidad³³⁰.

Con base en que la agresión deber ser antijurídica, JAKOBS entiende que la legítima defensa no tiene aplicación en el supuesto que la cuestión objeto de atención se trate de un riesgo permitido, precisamente, porque en este caso la conducta de la persona se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico³³¹.

³²⁹ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 616 y 617. Este autor sostiene que se excluye la legítima defensa de los ataques realizados por personas evidentemente inculpables, tal cual lo señala JAKOBS. En adición, expresa que otro sector reclama que la agresión sea dolosa y se encuentre en contraposición al deber de cuidado, además que el agresor sea culpable y que haya procedido con dolo. También se deja de reconocer la legítima defensa frente a ataques que son realizados por niños o enfermos mentales, precisamente, por carecer de capacidad de culpabilidad, es decir, uno de los elementos que integran la culpabilidad.

³³⁰JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 465.

³³¹JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp.463. Otros supuestos en los cuales este autor estima que existe deber de tolerancia por parte del agresor ocurren cuando se advierte una causa de justificación contra la cual no puede oponerse otra eximente justificante. También en el caso de que exista una autorización por

Según JAKOBS la persona que ocasiona un ataque sin dolo ni imprudencia no debe ser estimado como participante en un peligro; por tanto, ante tales premisas las posibilidades de defensa pasan por el estado de necesidad, de tal modo que reitera se precisa de culpabilidad, para que tenga lugar la legítima defensa. No obstante, afirma que la concurrencia de culpabilidad no implica que la legítima defensa constituya una pena dirigida al agresor que lesiona o pone en riesgo los bienes de la persona quien se defiende, sino que se trata de un permiso que el ordenamiento concede, según las dimensiones del ataque³³².

2.3.1.3. La actualidad de la agresión

Una de las características fundamentales que precisa la agresión es la actualidad, esto implica una concepción de inminencia³³³. La doctrina ha reconocido de manera amplia que la actualidad comporta uno de los elementos que se precisa observar en la agresión, en vías que se considere se puede proceder en legítima defensa³³⁴.

La actualidad conlleva que debe tratarse de un hecho que sea presente³³⁵, lo cual desde luego descarta la defensa en relación con hechos futuros. Esto implica que la agresión debe participar de la condición de inminencia. En vista de esta construcción la

parte del Derecho público, tal cual acontece en alguna detención provisional en la cual el funcionario que la realiza se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico para realizar la gestión.

³³² JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp.467.

³³³ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 447. La agresión es actual en el caso que perdure, tal cual ocurre cuando ha iniciado o en el caso que no haya finalizado, como tiene lugar en los delitos continuados y permanentes. También aducen que la actualidad se desvanece en el supuesto que las posibilidades de defensa hayan desaparecido. De igual forma, también es actual la agresión, según estos autores, en el caso que haya posibilidad de que se repita.

³³⁴ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 496; MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 119; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 597; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 450; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, pp. 123; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 814; MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 447; ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 618; JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 468; ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 618; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 366; GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 170.

³³⁵ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, pp.123. Para estos autores la inminencia significa que haya elementos para determinar la proximidad de la agresión, de tal suerte que es suficiente con que se tenga noción que la agresión está por ocurrir. Con respecto a este tema, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 814 y 815. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 366, sostienen que, para determinar la actualidad de la agresión, se precisa del análisis de un observador experimentado que se ponga en el lugar de la persona agredida

defensa puede efectuarse, aun cuando el ataque no haya empezado a tener lugar, empero existen condiciones para establecer que tendrá ocasión³³⁶.

Se justifica la necesidad de la actualidad de la agresión en que debe existir un ataque de considerable entidad, para de esa forma prescindir de la intervención de las autoridades, tal cual lo expone JAKOBS³³⁷.

Resulta, particularmente compleja, la determinación de la actualidad de la agresión en el evento que la amenaza se encuentre pronta a ejecutarse. Para resolver este problema se ha recurrido a la tentativa, para así establecer cuando es inminente que la agresión al bien jurídico está por ocurrir o en el caso que la amenaza se pueda tornar en una lesión. No obstante, esta fórmula no es aceptable, por cuanto no corresponde postergar la defensa en gran medida, puesto que luego puede ser demasiado tarde.

Se ha afirmado que los actos preparatorios, dentro del marco de la tentativa podrían emplearse, en cierta medida, como punto de referencia en cuanto a la determinación de la inminencia de la agresión. A juicio de ROXIN tales actos fundamentan la causa de justificación que nos atañe, puesto que constituyen la defensa más eficaz.³³⁸ En torno a este problema algún autor ha considerado que conviene anticipar la defensa de la persona sobre cuyos bienes se cierne una seria amenaza. Este argumento descansa sobre la base de la prevención general³³⁹.

³³⁶ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 496. Estos autores afirman que es, precisamente, la actualidad de la agresión lo que sirve de base para que la persona pueda repeler el ataque mediante legítima defensa. Esto implica que debe excluirse una reacción tardía, dado que en este supuesto la agresión ha cesado, de tal modo que no cabe legítima defensa bajo estas condiciones.

³³⁷ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 468.

³³⁸ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 618.

³³⁹ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 816. Para sostener su postura ejemplifica la cuestión con dos casos. En el primero de ellos el sujeto que pretende robar ingresa a una vivienda, lo cual implica que ya ha salvado varios obstáculos para tales efectos, e incluso procedido con cautela, de modo que ante esta perspectiva la agresión ha iniciado. Igual ocurre con el sujeto que pretende causar la muerte de otro, de tal manera que apunta a la víctima con el arma, en consecuencia, ocasiona un peligro ante el cual es posible utilizar la legítima defensa. CUELLO CONTRERAS descarta la tentativa como mecanismo para establecer la condición de inminente de la agresión, dado que estima que en esta figura los bienes jurídicos ya han sido colocados en riesgo, al menos en algunos casos. También se considera que cabe legítima defensa para evitar una "profundización" del daño causado, tal cual ocurre en el caso que una persona cometa un robo en una joyería y posteriormente el propietario del establecimiento observa cuando el ladrón dispone de la prenda, de tal manera que se la arrebatara empleando para ello la legítima defensa. Sin embargo, una cuestión distinta acontece en el supuesto que no sea posible la reparación, como ocurre en el caso que una persona se apodere de una tarta, lo cual ocasiona que el pastelero lo persiga y en la huida el pastel cae al suelo, lo cual da lugar a que la agresión cese.

Siguiendo la línea de pensamiento desarrollada en el inciso superior, se advierte el caso de la agresión en el delito de amenazas. CUELLO CONTRERAS sostiene que en este supuesto la agresión se mantiene, aunque no se materialice el ataque anunciado, debido a que el ataque se mantiene desde que se formula la amenaza, puesto que en todo momento de lesiona la libertad de la persona, por tanto, cabe legítima defensa³⁴⁰. Otra posición no reconoce la legítima defensa en cuanto a las amenazas, en atención a que no se advierte que la agresión sea actual³⁴¹.

Es relevante que la agresión sea actual, en vista que, ante la concurrencia de esta, entonces existen posibilidades de defensa. Aquí es necesario destacar que el peligro debe ser cercano. También se necesita que el peligro no se haya diluido. Estas connotaciones permiten distinguir a la legítima defensa de la venganza³⁴².

Conforme a lo manifestado se precisa de la inminencia de la agresión, en razón que si desaparece el ataque que adelanta el agresor, entonces la necesidad de defensa se desvanece, de tal suerte que la conducta del sujeto que ha padecido afectación a sus bienes, bien por una lesión efectiva de aquellos, o porque han sido puestos en riesgo, entonces pasaría por una venganza o algún error, de tal modo que ante este panorama falta la agresión, de tal modo que no cabría la legítima defensa ni desde un dimensión completa ni incompleta, en atención a que la agresión es un elemento esencial de la causa de justificación examinada³⁴³.

Una excepción a la actualidad de la agresión dice relación con la legítima defensa preventiva; es decir, aquella que acontece en el caso que la lesión o puesta en peligro de los bienes de la persona quien se defiende no es contemporánea con la defensa; sin embargo, dicha posición ha sido rechazada, en atención a que estaría fundada en predicciones, las cuales no pueden sostener la figura que nos ocupa³⁴⁴.

³⁴⁰ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 817. Este autor sostiene que ROXIN mantiene un criterio parecido, e incluso sitúa la cuestión en la necesidad de defensa o también en la proporcionalidad.

³⁴¹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 622. En este sentido, se sostiene que en el caso del chantaje al revelarse la información, entonces la agresión cesa y, por ende, no cabe legítima defensa, no obstante, ROXIN opina que el ataque a la libertad se mantiene, incluso en el caso que se haya dado a conocer la información, por ende, la agresión es actual y el problema de fondo radica en la necesidad de defensa.

³⁴² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 450.

³⁴³ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 597.

³⁴⁴ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 119. Tampoco LUZÓN PEÑA, *Curso de*

Nos parece que llevan la razón al descartar la figura de la legítima defensa preventiva, en vista que advertimos que en este caso se carece de uno de los elementos preceptivos que conforman la causa de justificación en cuestión, esto es la actualidad de la agresión. Con respecto a este tema se ha sostenido que cabe legítima defensa preventiva ante situaciones que ocurren dentro del marco de la violencia doméstica, esto es al tiempo en que se reacciona ante el “tirano de la casa”³⁴⁵ quien usualmente adelanta comportamientos sistemáticos de violencia contra alguno de los miembros de la familia; de tal modo que se puede repeler al sujeto en legítima defensa, aun cuando no haya agresión, puesto que el individuo incurre en este tipo de conductas de forma reiterada. No obstante, en este tipo de circunstancia entendemos que, si hace falta la agresión, entonces no podría repelerse mediante legítima defensa, puesto que en realidad ante la ausencia de la agresión no existe conducta que rechazar. Aquí también importa destacar que se deniega la legítima defensa, básicamente, en estos supuestos, en razón que falta la actualidad de la agresión, de igual forma porque no se vislumbra elemento subjetivo y porque es dable acudir a otros medios de defensa³⁴⁶.

La salida a la problemática ahora examinada también se ha planteado desde el estado de necesidad justificante, en atención que se observa un peligro actual y porque la situación no puede enfrentarse de otro modo. Además, el mal ocasionado no resulta mayor, en atención a que la mujer está en peligro permanente. Igualmente, se colige que la dama no ha ocasionado el peligro de manera dolosa y no está llamada a sacrificarse, sin embargo, se ha negado esta posición, porque se entiende que hay una agresión permanente³⁴⁷.

Derecho..., cit., pp. 597, considera la legítima defensa preventiva. ROXIN en *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 621, rechaza la agresión futura y ante tal situación sostiene que debería acudir a las autoridades, evitar la agresión, o bien soportar los riesgos, empero estima que en supuestos de considerable relevancia se podría reaccionar. JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 469, estima que la defensa preventiva no da lugar a la justificación. De igual forma en contra JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 367 y GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp.170.

³⁴⁵ CORREA FLÓREZ, *Legítima Defensa en situaciones sin confrontación*, Madrid, 2016, pp., 32, sostiene que tal tirano es un maltratador que debe contar con los siguientes requisitos: maltrato reiterado a la pareja o algún familiar con quien convive; connotaciones machistas del agresor y mujer temerosa.

³⁴⁶ CORREA FLÓREZ, *Legítima Defensa en...*, cit., pp. 43, 49, 53 y 59. Para esta autora la agresión se caracteriza por la permanencia, por ende, es dable recurrir a la legítima defensa, en vista que existe una conducta que lacera la dignidad de la víctima. En adición, no se coligen otros medios que pueda emplear la mujer, como por ejemplo huir, dado que no reportan mayor utilidad.

³⁴⁷ CORREA FLÓREZ, *Legítima Defensa en...*, cit., pp. 161, 275 y 280. Para esta autora la conducta de la mujer es típica, en razón que existe ánimo de matar, sin embargo, podría estar justificada, pero no exculpada, porque ello permitiría la utilización de la legítima defensa, dado que la conducta de la mujer

Siguiendo el hilo conductor de estas reflexiones se observa que otra salida estriba en el recurso al miedo insuperable, lo cual resulta mayoritaria en la doctrina, dado que la persona procede presionado por medios externos y las posibilidades de hacer frente a la situación aparecen constantemente diezmadas³⁴⁸.

Según LUZÓN PEÑA la actualidad no aparece prevista en el CPE, al menos de manera expresa; sin embargo, esta se desprende de la necesidad que tiene el sujeto de presentar oposición a quien lesiona o pone en peligro sus bienes, lo cual implica bien repeler la agresión o impedir la. La actualidad significa que la agresión que se causa dé lugar a que la persona quien se defiende deba proceder en contra del sujeto quien ocasiona el peligro³⁴⁹.

Como se ha expuesto, en la actualidad de la agresión no corresponde aguardar la inminencia de la misma; debido a que en el CPE se establece que ello debe ser así, tal cual lo expone LUZÓN PEÑA. Este autor sostiene que es admisible la legítima defensa en los delitos permanentes, puesto que en estos la agresión se mantiene, de tal suerte que no pierde la condición de actual³⁵⁰.

La valoración de la situación en el contexto de la legítima defensa debe realizarse bajo dos perspectivas: objetiva y subjetiva. La primera de ellas dice relación con la reacción que adoptaría la persona promedio ante la agresión de la cual es víctima. La segunda implica considerar la situación que le corresponde, particularmente, a la persona que se encuentre en la situación de defenderse por medio de la legítima defensa³⁵¹.

sería típica y antijurídica.

³⁴⁸ CORREA FLÓREZ, *Legítima Defensa en...*, cit., pp. 187.

³⁴⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 597. También en este sentido, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, pp. 123. Estos autores expresan que si bien el requisito de la inminencia no aparece en el CPE, ha sido reconocido por la jurisprudencia y la doctrina.

³⁵⁰ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 597. CORREA FLÓREZ, *Legítima Defensa en...*, cit., pp. 38 y 39 sostiene que la doctrina mayoritaria en España y Alemania niega la posibilidad de acudir a legítima defensa en situaciones como las que examinamos, sin embargo, en Estados Unidos se considera dable acudir a tal recurso. Con todo, las soluciones ensayadas pasan por la inimputabilidad de la mujer, lo cual no resulta de recibo, en atención a que la mujer se encuentra en capacidad de comprender las circunstancias en las que se encuentra; otra alternativa estriba en la reducción de la pena, debido a que no se observa un contexto delictivo ordinario.

³⁵¹ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 119.

Las posibilidades que la persona quien padece la agresión escape una vez que ha iniciado la agresión en su contra, también ha sido objeto de examen por la doctrina. Desde diferentes perspectivas la huida ha sido descartada, tal cual se expone a continuación, empero también ha encontrado respaldo como se detallará.

De entrada, se advierte que la base de la legítima defensa se ha situado en que el derecho no debe ceder ante injusto. En atención a este argumento la huida no resulta, inicialmente, una alternativa para la persona que recibe la agresión, puesto que una vez que se realice un ataque en su contra se encontrará en posición de enfrentarla a través de los medios defensivos necesarios para repelerla. En este sentido, también cabe acotar que la huida se estimó como deshonrosa para la persona que sufría la agresión de sus bienes³⁵².

Siguiendo la misma línea de pensamiento desarrollada en el inciso superior, se ha argumentado en contra de la huida que, si se lesionan los bienes de la persona afectada o se colocan en riesgo aquellos, entonces no le es dable exigirle al agredido que huya. Esta posición tiene un matiz individual, es decir, uno de los fundamentos sobre los cuales se asienta la legítima defensa, como se examinó al tiempo de atender este asunto.

La huida debe descartarse en razón que aceptarla implicaría que el ordenamiento estaría en posición de reconocer la victoria del agresor. Este segundo punto proporciona una dimensión supraindividual, puesto que se enfoca, en cierta forma, en el aspecto de la defensa del ordenamiento³⁵³.

Sin embargo, la connotación deshonrosa de la huida no es suficiente para descartarla para algunos, al contrario, se ha considerado que el hecho de exigir la fuga por parte del agredido acarrea dos consecuencias que resultan inaceptables. Así, se advierte que la fuga da lugar a respaldar la agresión primitiva que se adelanta contra la persona afectada, sin que concurra ninguna reacción contra el agresor. En adición, la huida también significa que se avala otra agresión contra la persona ofendida, y es que el hecho de prohijar la fuga implica un atentado contra la libertad del agredido, pues este debe retirarse del sitio donde se encuentra y emprender fuga. Ambas circunstancias

³⁵² LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 606.

³⁵³ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 496.

atentan contra el orden jurídico, pues lesionan derechos de las personas afectada; en consecuencia, la huida no resulta una opción a considerar dentro del marco de la legítima defensa³⁵⁴.

GIMBERNAT ORDEIG ha considerado que la fuga no es admisible, desde ninguna perspectiva. Incluso este autor sostiene que cabrá legítima defensa contra el ataque que emprende una persona inimputable, lo cual significa que contra estas personas también es posible oponer legítima defensa y no se admite la huida. No obstante, GIMBERNAT ORDEIG relativiza su posición, puesto que entiende que podría admitirse la fuga en el caso que represente una afrenta o que el ataque lo realice un inimputable³⁵⁵.

Una perspectiva netamente supraindividual también es utilizada para descartar la huida dentro del marco de la legítima defensa, debido a que su aceptación iría en contra del principio de prevailecimiento del ordenamiento jurídico y también se opone al orden pacífico que debe existir en la sociedad. Sin embargo, este concepto tiene algunos matices, puesto que sería exigible esquivar el ataque en el caso que este provenga de alguna persona que padezca alguna enfermedad mental o que se trate de ataques que hayan sido producidos por alguien con inimputabilidad, empero aquí importa tener presente que esquivar no implica huir, tal como señala ROXIN quien sostiene que un golpe se puede esquivar si la persona agredida se agacha o se resguarda para rechazar la agresión de una forma que resulte menos lesiva³⁵⁶.

En el caso que se dirija una agresión contra la persona afectada, es posible que esta solicite el auxilio de terceros si es que en razón de las condiciones en que acontece el hecho es posible acudir a aquellos. En este sentido, se considera que la intervención de terceros también es una manera de rechazar el ataque que dirige el agresor. Así, se ha señalado que la legítima defensa no tiene entre sus propósitos “probar el coraje” de la persona que sufre el ataque y en vista de ello “dar una lección a los agresores”³⁵⁷.

³⁵⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 606.

³⁵⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la...*, cit., pp. 56.

³⁵⁶ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 633.

³⁵⁷ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 634 y 635. Este autor aclara que en el evento que el auxilio de terceros signifique que, en alguna medida, tiene el agredido emprender fuga, entonces no debe exigirse que se requiera el concurso de otros ante la agresión que se realiza.

En sentido contrario a los argumentos expuestos, en algunas ocasiones se admite que la persona contra quien se dirige la agresión huya, o busque auxilio de terceros o de autoridades. Así ocurre en el supuesto en que la defensa resulte en extremo desproporcionada y ello se encuentre al alcance de la persona contra la cual se dirige el ataque, de tal suerte que la actuación del sujeto causaría perjuicio de considerable entidad a quien ha dirigido el ataque³⁵⁸. Aquí también vale destacar que, dentro del marco de la acción defensiva, importa tener en mente la proporcionalidad, con relación a la reacción que adelanta la persona quien se defiende frente al ataque que se emprende en su contra³⁵⁹.

Las reflexiones expuestas en el inciso anterior, permiten determinar que el derecho a defenderse encuentra algunos límites dentro del ordenamiento jurídico. Esta posición encuentra respaldo en la figura de la exigibilidad, la cual, como ya se puntualizó, informa todas las categorías del delito; por ende, tiene incidencia al tiempo en que se analizan las causas de justificación. Así, en el caso que a la persona le sea exigible la huida, o buscar el concurso de otro o de la autoridad, entonces deberá recurrir a tales mecanismos, lo cual incluso también tendría que realizar en el supuesto que la respuesta a la agresión comporte mayores daños al sujeto que ha provocado el ataque³⁶⁰.

En el evento que el sujeto haga frente al ataque, pese a que estaba en posición de huir o solicitar auxilio y que la agresión que ocasiona es de mayor entidad que el ataque que se dirige contra él, bien podría considerarse que ha tenido lugar una eximente incompleta, debido a que en este supuesto hace falta la necesidad de defensa³⁶¹.

La exigibilidad también informa la causa de justificación que nos ocupa, en lo que toca el requisito de necesidad de defensa, en la medida que a través de esta es posible determinar los parámetros de la necesidad del mecanismo empleado para defenderse, e igualmente la necesidad de defensa en concreto³⁶². En este sentido, SAINZ CANTERO quien sostiene que es necesario que haya un principio orientador,

³⁵⁸ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 77.

³⁵⁹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 932.

³⁶⁰ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 77.

³⁶¹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 78.

³⁶² AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp.78.

que le sirva al operador del sistema judicial para encontrar los límites que debe tener la defensa necesaria, así como la proporcionalidad del medio que se utiliza por parte de la persona contra quien se dirige el ataque³⁶³.

La discusión en cuanto a tales mecanismos gira en torno a la actualidad de la agresión, como se verá en los párrafos que a continuación se suceden.

2.3.1.4. Mecanismos de defensa

También han sido objeto de estudios los mecanismos de defensa, a los cuales también se les conoce como ofendículos, (trampas, alambras, cercas con electricidad, por mencionar algunos)³⁶⁴.

Una primera aproximación a la cuestión sostiene que no caben los mecanismos de defensa, dentro del marco de la causa de justificación que acapara nuestra atención, en razón que no se advierte inminencia o actualidad de agresión; es decir, que se carece de uno de los requisitos elementales de la legítima defensa, en consecuencia, no es dable acudir a electricidad o trampas³⁶⁵.

La utilización de medios de defensa también ha sido rechazada, puesto que se estima que por la naturaleza de estos no es posible que sean admitidos dentro del marco de la legítima defensa, empero es posible recurrir a su uso a través de la figura del ejercicio legítima de un derecho³⁶⁶.

Se ha planteado que los medios automáticos de autoprotección representan mecanismos desproporcionados, por tanto, desde esta dimensión no es dable admitirlos

³⁶³ SAINZ CANTERO, *La inexigibilidad de...*, cit., pp. 64.

³⁶⁴ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 120 y 121. Según este autor las alertas sociales ocasionadas en virtud del incremento de la delincuencia, que puede ser reales o bien tratarse percepciones, han dado ocasión a que se utilicen con frecuencias sendos artefactos o medios dirigidos a proteger la propiedad de los ciudadanos, sin embargo, el asunto genera no pocos inconvenientes, pues bien pueden ser alcanzados sujetos que en efecto tengan la intención de cometer algún delito, o bien cualquier persona que intente ingresar a un inmueble por diferentes razones, ya sea para guarecerse o porque ha incurrido en un error, debido al estado en que se encuentra, embriaguez por ejemplo, o alguna otra circunstancia. Esto implica que el uso de tales mecanismos automáticos de autoprotección puede provocar un número importante de lesiones y de forma indiscriminada.

³⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBALE MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 123.

³⁶⁶ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 171.

dentro del marco de la legítima defensa. De igual forma, se ha considerado que tales mecanismos, en alguna medida, constituyen defensa preventiva, puesto que es posible que se activen antes de que haya una agresión ilegítima³⁶⁷.

Pese a que los medios de defensa pudieran resultar necesarios en algunos casos, importa destacar el riesgo por la utilización de estos se dirige contra la persona, entre otros, que los utiliza, puesto que se trata de quien resulta responsable por la activación de los mismos. En todo caso pudiese acudir a medios menos lesivos, verbigracias: alarmas y perros³⁶⁸.

En atención a los planteamientos que formula la doctrina, en cuanto a los mecanismos automáticos de defensa somos de la opinión que no se cumplen con las condiciones que se precisan para la legítima defensa, pues estimamos que falta el requisito preceptivo dirigido a que la agresión sea inminente, dado que no se observa en la utilización de tales medios. Además, en buena parte de los casos no se estará ante ninguna agresión, de manera que no puede siquiera considerarse que existe una puesta en peligro de los bienes que se pretenden proteger mediante estos mecanismos. La agresión ilegítima y su condición de inminente son esenciales dentro de la causa de justificación que se examina en este epígrafe; por tanto, ante la ausencia de aquellos en los términos que ahora nos ocupan, nos parece que no son admisibles dentro del marco de la legítima defensa. Quizás pudiese considerarse su utilización bajo las pautas de alguna otra causa de justificación, tal cual lo propone GARRIDO MONTT, es decir, el ejercicio legítimo de un derecho.

2.3.1.5. La riña

Una última reflexión en cuanto a la agresión guarda relación con la particular situación de la riña. Así, algunos autores aseguran que en este tipo de casos en realidad

³⁶⁷ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp.121 y 122. Con todo, este autor afirma que resultan admisibles los mecanismos automáticos de autoprotección, en casos particulares. Así, sostiene que en situaciones en las que se adviertan graves amenazas de muerte o se trate de individuos particularmente vulnerables o sitios peligrosos podrían ser utilizados tales medios. Sin embargo, aclara que deberían emplearse métodos de control y realizar advertencias en cuanto a la existencia de los sistemas de seguridad, de tal suerte que el ingreso al sitio correría por cuenta de quienes deciden entrar, pues se encontraría debidamente informado de las condiciones del lugar. Además, indica que pese a tales avisos es preceptivo que se cuente con una reglamentación diáfana en cuanto a la forma de uso de tales medios.

³⁶⁸ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 634.

no tiene lugar ninguna agresión, al menos en el supuesto que se trate de un asunto consentido; es decir, que exista acuerdo de voluntades por parte de las personas que intervienen, de tal modo que ante esta situación se dispone de los bienes jurídicos por voluntad de aquellos que intervienen en el altercado, de tal suerte que falta uno de los elementos esenciales de la legítima defensa, esto es la agresión³⁶⁹. A continuación, verificamos algunos puntos relacionados con la situación de la riña.

LUZÓN PEÑA se opone al argumento que sostiene que no hay agresión en la riña, pues a su criterio este aspecto aparece de manera diáfana. La cuestión, según este autor, pasa más bien porque examinar la condición de antijurídica de la agresión, que es una cuestión diferente. En cuanto a las condiciones de la riña LUZÓN PEÑA estima que no cabría legítima defensa en el evento que las agresiones que ocurren sean de carácter recíproco y tengan lugar al mismo tiempo, y que no aparezcan condicionadas. Además, expone que si uno de los sujetos que interviene en la riña permanece solo a la defensa, es admisible la causa de justificación en estudio, en calidad de eximente incompleta, dado que hace falta el requisito inesencial de falta de provocación suficiente, en razón que el contendiente ha aceptado el riesgo³⁷⁰. En cambio, estima que es procedente la legítima defensa, si es que uno de los participantes en la riña se excede de los límites acordados dentro del marco de la pelea³⁷¹.

No sería admisible la legítima defensa en casos de que la riña haya sido aceptada por los contendientes, en atención que la voluntad de los sujetos se dirige al ataque. Así se señala en la sentencia 4698/2011 emitida por el TS, que dice en sus considerandos lo siguiente:

“Sin embargo este segundo informe no es un dictamen pericial sino la expresión de una hipótesis del suceso según la inicial opinión policial que obviamente no es en sí mismo un instrumento de prueba, aparte de que la Sentencia ya dice no estar acreditado quien de los acusados dio a la víctima la puñalada en el costado. Y en cuanto a las heridas, su inclusión en el relato de hechos probados carece de virtualidad para modificar el sentido del Fallo, porque nada relevante incorpora tratándose, como dice el recurrente y expresa la Sentencia, de una riña mutuamente aceptada, y por ello mismo ser imposible la legítima defensa que el recurrente invoca en el motivo séptimo, que luego se verá”.

Dentro de otro contexto, MIR PUIG expone que se admite legítima defensa en la

³⁶⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 592.

³⁷⁰ Coincide con LUZÓN PEÑA, en este sentido MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 451 en razón que entiende en este caso falta un requisito que no es preceptivo, esto es la provocación suficiente.

³⁷¹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 594.

riña, en el caso que la agresión resulta desproporcionada o que el consentimiento inicial sea rebasado³⁷².

En cuanto a la riña también se ha sostenido que no es admisible la legítima defensa, al menos en principio; sin embargo, podría caber tal figura en el caso que uno de los contendientes comunique su intención de culminar el altercado, o como se ha señalado haya un exceso en los límites de la riña³⁷³.

2.3. 2. La necesidad de defensa

Al igual que la agresión ilegítima la necesidad de defensa se considera un requisito esencial para que se configure la legítima defensa. En adición, se estima que la conducta que adelanta la persona quien se defiende no debe reputarse como típica, sino que en todo caso se trata de un comportamiento dirigido a proteger los bienes que han sido efectivamente agredidos, o bien puestos en peligro por quien lleva adelante el ataque³⁷⁴.

La necesidad de defensa implica considerar dos posiciones: a) necesidad abstracta que conlleva que la posibilidad de defenderse de alguna forma; y b) necesidad de la concreta defensa, la cual se refiere a la necesidad del mecanismo de defensa utilizado de manera particular. Según MIR PUIG en el supuesto que haga falta el primer punto, entonces no se estaría frente a la legítima defensa desde ninguna perspectiva, en cambio si ocurre un exceso en la defensa concreta podría tratarse de una eximente incompleta³⁷⁵.

Se advierte que no existe necesidad de defensa en el supuesto que el sujeto se encuentre en posición de utilizar otros medios con características menos lesivas. Aquí

³⁷² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 451.

³⁷³ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 448.

³⁷⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 598. A propósito de la conducta que realiza la persona quien se defiende, este autor considera que debe estimarse se trata de una “defensa protectora” o “defensa meramente defensiva”, (defensa en abstracto). Sobre este tema, también QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 505 sostienen que la necesidad significa que en efecto es necesario que la persona se defienda o que haya racionalidad necesaria para utilizar el medio que se emplea para defenderse. Con respecto a este punto ROXIN en *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 628, expresa que la necesidad de defensa es aquella que resulta más benigna de las que pueden seleccionarse.

³⁷⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 453.

importa tomar en consideración los mecanismos de los cuales se sirve el agredido, empero también resulta relevante considerar la modalidad que se utiliza para la defensa³⁷⁶.

En vista que la necesidad de defensa se trata de un requisito preceptivo o elemental de la legítima defensa, no resulta admisible la realización de comportamientos subsidiarios, tales como la huida³⁷⁷ y el auxilio de terceros, puesto que la persona quien sufre la agresión en sus bienes se encuentra en posición de resistir el ataque que se dirige en su contra, dada la relevancia que tiene la necesidad de defensa³⁷⁸.

La defensa está encaminada a realizar una serie de conductas, incluso omisivas, en vías de impedir o repeler la agresión que se dirige contra los bienes de la persona que se defiende. En razón de ello se concluye que no siempre la reacción que tiene lugar dentro del marco de la legítima defensa acarrea la realización de actos violentos³⁷⁹.

En el contexto de la necesidad de defensa se discute lo relativo a la idoneidad. Esto significa que el comportamiento del sujeto que se defiende debe ser adecuado para tutelar los bienes jurídicos. En caso que no se cumpla con tal premisa, entonces se estima, al decir de LUZÓN PEÑA, que no es defensa de ninguna manera³⁸⁰.

Se distinguen dos tipos de idoneidad de la defensa: a) por la clase de acción, (cualitativa), y b) por la intensidad (cuantitativa). En la primera de ellas se enerva la defensa desde cualquier punto de vista, por ejemplo, adelantar una violación resulta inadecuada para enfrentar cualquier tipo de agresión. En la segunda modalidad se advierte que la defensa no resulta suficiente para una agresión concreta, tal cual sería el

³⁷⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 454. Esto ocurre, como señala este autor, en el caso que se lleve a cabo un ataque contra un sujeto y para tales efectos se utilice una navaja. Si la persona contra la cual se dirige la agresión, está una posición de repeler el ataque sin recurrir al arma en cuestión, entonces debería optar por ello.

³⁷⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 454, matiza este concepto, pues entiende que la huida es atendible en el supuesto que la defensa que se realice sea extremadamente desproporcionada frente al ataque emprendido.

³⁷⁸ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 598. En torno a la huida y de la solicitud de auxilio de terceros, nos hemos ocupado en el punto anterior en el cual se hizo mención de la agresión ilegítima. Según este autor en algunos supuestos como los que ocurren en casos de ataques por personas inculpables o familiares cercanos no se observa necesidad de defensa, de manera que ante esos casos no es admisible la legítima defensa, en consecuencia, estima que debe recurrirse al estado de necesidad.

³⁷⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 599.

³⁸⁰ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 600.

caso que se dirijan golpes en contra de un luchador profesional³⁸¹.

En principio cualquier persona está en posición de realizar defensa necesaria ya sea de sus bienes o de los de un tercero, e incluso los agentes de la autoridad. Sin embargo, en torno a la actuación de estos debe tomarse en cuenta que en atención a su condición debería atenderse a causas de justificación que sean más precisas a las tareas que realizan, de tal modo que el comportamiento de aquellos funcionarios podría encajar en el ejercicio del cargo correspondiente o en el cumplimiento de un deber, e incluso obediencia debida³⁸².

Un aspecto a considerar dentro del marco de la defensa necesaria se trata de la parte subjetiva de la legítima defensa³⁸³. Aquí se discute si debe existir en el ánimo del sujeto que se defiende un fin dirigido a realizar actos de defensa, o si tal condición no es necesaria. LUZÓN PEÑA sostiene que la ley no tiene una referencia diáfana encaminada a que el individuo proceda según un ánimo de defensa particular. Este autor afirma que en todo caso debe existir voluntad de defensa, lo cual implica que no es preceptivo que haya una motivación especial dirigida a la defensa por parte del sujeto. Ahora bien, expresa LUZÓN PEÑA puede concurrir exceso bien extensivo o intensivo en el supuesto que el sujeto sobrepase los linderos de una defensa idónea³⁸⁴.

También importa verificar si existe por parte del sujeto falta de conocimiento en torno a las circunstancias de defensa, de tal modo que la persona rechaza la agresión de forma imprudente; es decir, sin tener en noción de la situación. Con respecto a este

³⁸¹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 600. Este autor refiere que si la persona no tiene conciencia del carácter insuficiente del medio utilizado se está frente una eximente incompleta, tal cual se prevé en la teoría del error sobre los presupuestos de la causa de justificación.

³⁸² LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 601.

³⁸³ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 444 en cuanto a este punto sostiene que se precisa que el sujeto conozca y quiera realizar los elementos que integran la justificación. En caso que esto no sea así cabe una eximente incompleta.

³⁸⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 601 y 602. También QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 505 estiman que no debe existir ánimo de defensa por parte de la persona quien se defiende, es decir, no son atendibles los reclamos de quienes sostienen que se precisa de una motivación particular dirigida a defenderse por parte de quien es agredido. Así, manifiestan que es relevante considerar que haya constancia de la agresión y necesidad de defenderse. En vista de esta circunstancia no habrá necesidad de defensa frente a agresiones que ya han sido consumadas o que no han acontecido, puesto esta situación daría lugar a estimar que se está ante una venganza. En sentido similar, se pronuncian MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 448, puesto que sostienen no son atendibles las motivaciones éticas que dirijan la voluntad del sujeto, pues sólo se precisa de una moción dirigida a defenderse. De igual parecer GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 175 en el contexto de la doctrina chilena.

tema, LUZÓN PEÑA sostiene que existe antijuricidad, pero no dentro de la esfera penal, puesto que en este supuesto no se advierte desvaloración del acto, dado que en razón de la conducta que adelanta la persona no se observa desvaloración del resultado³⁸⁵.

Se precisa que el medio empleado para la que la defensa sea idónea resulte racional³⁸⁶ para lograr los propósitos defensivos, es decir, para que pueda, efectivamente, rechazarse la agresión. Esto no significa que el medio deba ser proporcional³⁸⁷, sino como se indica en la doctrina racional, lo cual implica que se advierta necesidad de defensa. En esta línea de pensamiento hay que advertir que los bienes del agresor no se encuentran en igualdad de posición que los de la persona quien se defiende en legítima defensa³⁸⁸.

³⁸⁵ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 604.

³⁸⁶ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 507, estos autores opinan que en el caso que haga falta este requisito es posible que tenga lugar una eximente incompleta, puesto que no se trata de un elemento preceptivo dentro del marco de la legítima defensa.

³⁸⁷ BUSTOS RAMÍREZ/HOMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 129, realizan una distinción entre la proporcionalidad y la racionalidad. Así, afirman que la primera de ellas implica una “jerarquización” entre los bienes que se encuentran en disputa y los perjuicios que pueden recaer. En sentido contrario, la racionalidad significa que es necesario atender a la situación particular del defensor, lo cual se realiza desde una perspectiva *ex ante*. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 820, estima que en la legítima defensa no tiene lugar la proporcionalidad, a diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad, e incluso si la defensa resulta necesaria no debe ser admitida la huida o el auxilio de terceros. Por su parte, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 335, sostienen que la jurisprudencia en España en determinado momento consideró que se requería proporcionalidad en la defensa, sin embargo, luego tal criterio ha sido abandonado, de tal modo que para medir la necesidad de defensa se precisa realizar un ejercicio *ex ante*, dirigido a verificar la situación de la persona que se defiende. ROXIN *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 631 y ss., también opina que dentro del marco de la legítima defensa no corresponde observar la proporcionalidad, en vista que no existe una relación en ese sentido entre el perjuicio ocasionado y el daño que se evita. ROXIN opina que el principio de prevalencia del derecho, el cual informa la legítima defensa, da ocasión a que no se valore la proporcionalidad. Con todo, ROXIN sostiene que existen opiniones divididas en la doctrina en cuanto a las agresiones insignificantes, así SCHMIDHÄUSER es de la opinión que es posible se cause la muerte en legítima defensa por asuntos de poca monta, empero dicha posición, es refutada por ROXIN, debido a que entiende se trata de un abuso del derecho; en tanto WAGNER entiende que la necesidad de defensa se diluye sólo ante asuntos mínimos. Para SPENDEL la necesidad de defensa decae frente a casos crasos. SCHROEDER considera que debe atenderse a la proporcionalidad en asuntos donde se advierte un desequilibrio entre los bienes (vida vs bienes).

³⁸⁸ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 607. Este autor asegura que la racionalidad de la defensa se refiere a que existe necesidad de defensa y no toma en consideración al medio utilizado para repeler la agresión. La ponderación de tal situación debe realizarse *ex ante*, es decir, tomando en consideración la situación particular del sujeto, en vías de verificar si al tiempo en que ocurre el hecho era racional el medio del cual se echó mano para repeler la agresión, pese a que luego se determine que no era así. Con todo LUZÓN PEÑA reconoce que en casos en los cuales se advierte una desproporción importante entre los bienes del agredido y aquellos del agresor entonces se podría prescindir de la ausencia de proporcionalidad. También en este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la...*, cit., pp. 58, para quien la racionalidad de la defensa en cuanto al medio empleado no quiere decir que deba existir proporcionalidad, sino que se precisa observar los medios de los cuales se dispone para rechazar el ataque y analizar la intensidad de la agresión, todo desde un prisma objetivo. Además, GIMBERNAT ORDEIG sostiene que en el supuesto que haya una desproporción importante entre la

Dentro del marco de la idoneidad de la defensa se ha sostenido que esto significa que el medio empleado por la persona quien se defiende debe ser el más benigno que se disponga³⁸⁹, sin embargo, se sostiene que la persona agredida no está llamada a enfrentar riesgos, por ende, en el evento que no se hallen medios menos lesivos, entonces será posible echar mano de medios más intensos³⁹⁰.

Una posición contraria a la expuesta sostiene que la necesidad racional del medio empleado conlleva dos dimensiones: a) necesidad de defensa que implica que debe ser actual y que la defensa es la única forma probable de rechazar el ataque; y b) racionalidad que implica proporcionalidad, (cuestión que no aparece en el esquema anterior), de los mecanismos empleados, dado que en sentido opuesto no puede existir justificación plena, empero puede sobrevenir una exigente incompleta por exceso³⁹¹.

BACIGALUPO ZAPATER entiende que en la legítima defensa se precisa de observar, en alguna medida, la valoración. Este autor sostiene que, de entrada, no cabe reconocer la proporcionalidad dentro del marco de la causa de justificación que nos ocupa, debido a que el agresor ocasiona una agresión que, eventualmente y en caso de materializarse daría lugar a la vulneración del ordenamiento jurídico; en consecuencia, no corresponde reconocer ponderaciones de intereses y el agresor debe soportar las acciones de defensa que realiza la persona afectada. No obstante, expone que la

lesión ocasionada y el ataque, entonces la defensa no resulta racional. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 507 estiman que no es necesaria la proporcionalidad, sino que se precisa considerar las opciones de defensa que tiene el agredido. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 818 sostiene que dentro del marco de la necesidad de defensa importa tomar en consideración el medio empleado por el agredido, de tal modo que debería seleccionar el mecanismo que cause menos afectación de bienes jurídicos al agresor.

³⁸⁹ ZAFFARONI, *Manual de Derecho...* cit., pp. 493, con base en este argumento entiende que resultan admisibles las *offendiculas*, dado que el sujeto no ha estado en posición de realizar un comportamiento menos lesivo. JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 473 y ss., entiende que la defensa idónea sea aquella que comporte la menor pérdida para el agresor, para lo cual será necesario realizar un ejercicio de valoración entre las condiciones del agresor y del agredido. Sin embargo, considera que no es necesario atender a la proporcionalidad, puesto que incluso se puede acabar con la vida del agresor por parte de quien actúa en legítima defensa.

³⁹⁰ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 629 y ss. Este autor sostiene que pueden producirse efectos no deseados, en vista de la situación de defensa. En este sentido, si la defensa resulta adecuada, entonces no podrá entenderse como antijurídica la conducta, tal cual ocurre en el supuesto que se propine un puñetazo al agresor y esto dé lugar a la pérdida de varios dientes, empero si tal situación se encuentra dentro de los linderos de la defensa entonces no habrá mayor repercusión. Según ROXIN sólo procede responsabilidad por imprudencia en el caso que la acción no deseada por parte de quien se defiende resulte no adecuada. En este sentido, GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 173, afirma que el mecanismo utilizado por quien se defiende debe ser necesario desde el punto de vista racional y esto implica realizar una ponderación de la situación desde la perspectiva del sujeto y las circunstancias en las cuales se encontraba al tiempo en que ocurre el hecho.

³⁹¹ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 120.

conducta del agresor no tiene razón para dar paso a una defensa fuera de límites. Así, señala que es necesario atender a la proporcionalidad en el caso que existan perjuicios de superlativa relevancia frente al interés objeto de defensa³⁹².

En esa misma línea de pensamiento, ROXIN³⁹³ afirma que ante agresiones poco significativas se requiere de proporcionalidad, pues de lo contrario puede tener lugar “abuso de derecho”. En cuanto este tema ROXIN opina que existen una serie de casos de agresiones no requeridas. Así, se refiere a los siguientes supuestos: a) las agresiones no culpables o adelantadas por personas con culpabilidad sustancialmente disminuida, puesto que en este tipo de situaciones el interés por la observancia del principio de prevalencia del derecho se reduce. ROXIN opina que en este tipo de casos es posible realizar algún tipo de defensa, sin embargo, tal reacción debe estar marcada por una consideración social dirigida a la persona del agresor, (niños, enajenados o incluso ebrios), de tal modo que pudiera recurrirse a empujones, esquivar o requerir auxilio de terceros y también podría asumirse el riesgo de lesiones leves; b) las agresiones provocadas por quien luego intenta defenderse no se amparan bajo la legítima defensa, puesto que se estima se trata de un abuso del derecho, aunque sobre este volveremos al examinar el último requisito que corresponde a la legítima defensa, esto es la falta de provocación suficiente, c) también se declina la necesidad de defensa en situaciones previstas dentro de las relaciones de garantía, dado que ante estos casos tiene menos importancia el principio de prevalencia del derecho en temas como vínculos paterno-filiales, o entre consortes, dado que los involucrados en dichas relaciones se encuentran llamados, bajo coacción de pena, a evitar ocasionarse perjuicios unos contra otros. Para ROXIN aquí el ofendido está obligado a esquivar o a utilizar medios con menos entidad, todo ello por una cuestión de solidaridad. En este sentido, estima que no es posible equipar la agresión que provoca un extraño a aquella que realiza una persona que se encuentra dentro del marco de una relación de garantía, por ende, entiende que

³⁹² BACIPAGULO ZAPATER, *Teoría y práctica...*, cit., pp. 744 y 745. Según este autor el párrafo 3 del Código penal austríaco contiene una regulación adecuada en cuanto al tema de la proporcionalidad de la defensa. El estatuto de ese país, conforme expone BACIGALUPO ZAPATER, dice así: “La acción, sin embargo, no será justificada cuando resulte evidente que el agredido sólo estaba amenazado por un daño pequeño y la defensa sea desproporcionada, especialmente por la gravedad de los daños que a causa de ella tenga que sufrir el agresor.” Agrega que la cuestión no implica dar cabida a la ponderación de bienes dentro de la legítima defensa, tal cual lo prevé el estado de necesidad, sin embargo, cabría considerar una disposición como aquella que aparece en el Código penal austríaco, dado a que su juicio ello conduciría a consecuencias más justas.

³⁹³ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 631 y ss.

existe una cuestión de solidaridad.

En adición, sostiene ROXIN que en la agresión que acontece dentro de la coyuntura de la amenaza se declina la necesidad de defensa, puesto que la persona contra la cual se dirige el chantaje podría matar dentro del marco de la autoría anónima, si es que se admite la legítima defensa, empero ello atenta contra la seguridad que debe imperar en el ordenamiento jurídico. Con relación a este punto, ROXIN apunta que AMELUNG estima que para este caso es posible utilizar defensa comunicativa, empero ROXIN sostiene que deben utilizarse conductas menos lesivas, tales como: allanamiento de morada, lo cual implica abstenerse de violencia dirigida en contra del chantajista.

Los parámetros para delimitar la necesidad de defensa podrían fijarse sobre la base de la ausencia de interés por la prevalencia del derecho y la falta de interés por la autoprotección, es decir, en el caso que no se adviertan los fundamentos de la legítima defensa³⁹⁴.

También importa destacar que la necesidad de defensa debe entenderse sobre la base de la proporcionalidad del medio empleado, de tal suerte que no es posible prescindir de tal principio. Así lo ha sostenido el Tribunal Supremo de España en Sentencia 6672 de 20 de septiembre de 2011, que en un extracto dice así:

El motivo no puede ser admitido ya que en esta sede casacional se comparten los razonamientos de la sentencia relativos a la falta de proporcionalidad en la defensa que efectuó el recurrente al ver la agresión que sufría su amigo por los cinco que le golpeaban.

Retenemos este párrafo del f.jdco. noveno:

"...Lo que es incuestionable es que existió un exceso intensivo en el uso de la defensa, habida cuenta de la utilización de una navaja en concreto hacia el tórax y hemitórax, región lumbar y rostro de Damaso, con los resultados que se han descrito y que pusieron en grave peligro su vida de no mediar asistencia médica lo que hace que la defensa invocada se convierta en desproporcionada....".

En el presente caso, la desproporción *no es tanto* por la utilización de la navaja, porque la agresión que sufría el camarero era causada por los golpes de cinco personas. La desproporción se encuentra en las partes vitales que resultaron afectadas y, por tanto, por la *reiteración de tales actos* --seis en total--.

Con la STS 1023/2010 de 23 de noviembre, debemos recordar que el requisito legal de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión constituye un juicio de valor que

³⁹⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 370 y ss. Así sostienen, al igual que ROXIN, que no cabe la necesidad de defensa frente a personas inculpables, lo cual también ocurre en el caso de personas que se encuentran unidas por una relación estrecha. En adición, opinan que no procede defensa necesaria en el supuesto que se haya provocado la agresión. También aducen que no cabe legítima defensa ante ataques de poca relevancia y tampoco cabría legítima defensa ante situaciones en las cuales se advierte una desproporcionalidad de considerable entidad. Para estos autores, la propia necesidad es que la determina la restricción de la legítima defensa.

obliga "...no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva "ex ante". Podemos concluir, afirmando que contra el injusto e ilícito proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazamiento de la arbitraria acometida, sin repudiabiles excesos que sobrepasen la necesaria contrarrestación. En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que de mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues --cual ha resaltado la jurisprudencia--dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de racionios y ponderaciones, elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mesuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión....".

En el presente caso, es claro que la reiteración en los golpes dados --seis, como ya se ha dicho-- por el recurrente con la navaja de 9 centímetros y la afectación de factores vitales llevan a la conclusión de que la legítima defensa *no puede* calificarse como completa. Hubo un exceso en la defensa³⁹⁵.

Otro precedente relevante en torno a la relación entre la defensa necesaria y el principio de proporcionalidad, en concreto, de los mecanismos usados para repeler o impedir la agresión se trata del fallo de 6 de mayo de 1998 emitido por el Tribunal Supremo español que sostiene lo siguiente:

"La primera, esencial para la existencia de la eximente tanto completa como incompleta, que conduce al efecto llamado efecto extensivo o impropio, en la que la reacción se anticipa por no existir aún un ataque o se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión, supuestos en que en ningún caso puede hablarse de legítima defensa. En la segunda, si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o impropio".

El principio de necesidad ocupa un lugar importante dentro de la legítima defensa. Tal principio significa, en términos generales, que el Derecho penal solo debe intervenir cuando resulte indispensable para la tutela de bienes jurídicos. Este aserto implica que el Derecho penal dejará de ser necesario en el caso que se trate de ataques sin relevancia. Este principio tiene particular interés al momento en que tiene lugar la formación de la ley, esto es al tiempo en que se determinan las conductas que se considera deben ser inculpas, no obstante, también tiene relevancia en la imposición de la pena, puesto que para ello habría que considerar la tutela de bienes jurídicos³⁹⁶.

Con base en lo expuesto, se concluye que este principio influye en la necesidad

³⁹⁵ El alto tribunal español también se ha pronunciado en este sentido en STS 8274/2012, 902/2010, 1471/2011, 2791/2010, 5823/2012, 7566/2008.

³⁹⁶ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 159 y 160.

de defensa, debido a que es preceptivo considerar si para el sujeto resulta imprescindible acometer algún ataque contra la persona que ha adelantado alguna agresión en su contra. Esto es así, en vista que en la legítima defensa se autoriza a la persona a realizar algún comportamiento que incide de manera negativa en el agresor primario, de tal suerte que se afectan los bienes jurídicos de éste, por tanto, es necesario verificar si la persona quien se defiende le es exigible otro comportamiento, verbigracia la huida, antes que enfrentar a su agresor.

Una situación particular tiene lugar en vista de la postura que ha asumido la Convención europea de los Derechos Humanos, puesto que según la interpretación de los estatutos de dicha normativa no tendría cabida la realización de conductas en extremo lesivas, verbigracia: causar la muerte al ladrón. Dicha línea de pensamiento, conforme expresa ROXIN sería contraria a la normativa penal alemana. Para ROXIN las directrices de CEDH aplican, exclusivamente, a los poderes del Estado, en consecuencia, no pueden ser tenidos en cuenta para las relaciones entre los particulares³⁹⁷.

Con respecto al punto mencionado en el inciso superior también coinciden JESCHECK/WEIGEND, dado que estiman que el CEDH tiene incidencia entre las relaciones que acontecen entre los órganos del Estado con los ciudadanos, en consecuencia, tal convenio solo aplica en el caso de situaciones entre ciudadanos ante poderes del Estado³⁹⁸.

2. 3. 3. La falta de provocación suficiente

Se estima que este requisito es inesencial dentro del esquema de la legítima defensa³⁹⁹, por tanto, al tratarse de un elemento que es prescindible es posible que se

³⁹⁷ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 648.

³⁹⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 374.

³⁹⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 610 y ss. De este parecer también MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 456; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la...*, cit., pp. 59, quien sostiene que este elemento de la legítima defensa; también QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp.509; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 336, quienes también estiman que la falta de este requisito da ocasión a una eximente incompleta. LUZÓN PEÑA, asegura que si existe provocación es posible oponer legítima defensa, si es que se evidencia necesidad de defensa, de tal modo que puede acontecer que el mecanismo de defensa sea necesario. Esto es así, porque el provocador no ha rechazado la tutela que le dispensa el ordenamiento jurídico, en este caso por medio de la utilización de la legítima defensa como instrumento dirigido a la

advierta la eximente incompleta en el evento que haga falta este aspecto, precisamente, porque no se trata de un requisito que es indispensable para que tenga lugar la legítima defensa. El asunto medular consiste en que el agente ocasiona de manera intencional la situación, lo cual implica una manipulación del defensor y, en cierta forma, abuso del derecho⁴⁰⁰.

La provocación implica una conducta que da ocasión a un ataque⁴⁰¹. En sentido contrario se considera que no tiene lugar la provocación en el caso que no se repute como agresión antijurídica, ni que implique un llamado a la agresión.⁴⁰² En adición, se precisa que exista una relación estrecha, desde el punto de vista temporal, entre la provocación y la reacción. También se requiere que exista un vínculo de proporcionalidad entre la reacción y la provocación⁴⁰³.

De igual forma, se ha sostenido que es posible que la provocación se derive de un acto imprudente. Tal cual ocurre en el caso de la persona que guía su automóvil de manera desconsiderada y con ello coloca en riesgo al agresor⁴⁰⁴.

Con el fin de fijar los resortes sobre los cuales se basa la provocación imprudente se han establecido al menos dos criterios: 1) criterio de la reconocibilidad: que señala el autor identificó o logró identificar la probabilidad de la situación que

salvaguada de sus bienes.

⁴⁰⁰ REQUEJO CONDE, *La legítima defensa...*, cit., pp. 415 y 417. Esta autora plantea que el asunto podría reconducirse a la *actio libera in causa*, sin embargo, al tercero que considera realiza una acción defensiva a favor del agresor podría serle aplicado el estado de necesidad.

⁴⁰¹ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 458. Según estos autores es necesario que exista un vínculo directo entre la provocación y la agresión. Además, exponen que sólo se descarta la legítima defensa en el caso que el ataque se funde en la provocación previa. En torno a la provocación suficiente GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 172, sostiene que debe tratarse de un comportamiento idóneo para que la otra persona ocasione una agresión. También estima que la provocación puede ser dolosa o imprudente. Para este autor en el supuesto que la provocación sea insuficiente, entonces cabe la legítima defensa incompleta, la cual da ocasión a atenuación.

⁴⁰² JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 487 y 488.

⁴⁰³ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 644 y 645. En torno a este punto, algunos autores, mencionados por ROXIN, han expuesto las posiciones, de las cuales nos ocupamos seguidamente. En esta dirección, MARXEN ha asegurado que la persona quien provocó la agresión se constituye en garante ante el provocado, en consecuencia, deberá realizar acciones encaminadas a dirigir la situación a un espacio en el cual no haya peligro, empero esta posición es refutada por ROXIN quien entiende que el provocador se coloca en una situación de riesgo de un ataque. En tanto que SCHÖNEBORN entiende que existe una alteración emocional en el provocado, de tal modo que sugiere expandir los límites de la legítima defensa a casos en los cuales haya agresiones inculpables o en las que se advierta una culpabilidad atenuada. Esta postura ha encontrado resistencia por parte de ROXIN, en atención a las consideraciones realizadas en torno a la alteración emocional, dado que esto implicaría proceder con suma cautela frente a aquella persona con ánimo excitado y que lleva a cabo agresiones sin haber sido provocada.

⁴⁰⁴ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 487.

fundamenta la legítima defensa; y 2) aspectos -valorativos, lo cual involucra verificar si está justificada la conducta de la persona que dio lugar a la legítima defensa⁴⁰⁵.

No se configura la legítima defensa en el caso que la conducta del provocado haya podido, en alguna manera, preverse por parte de quien realiza la provocación. Con relación a este punto, ROXIN opina que la provocación debe ser antijurídica, con excepción de la conducta que realiza un policía, puesto que éste cumple un deber legal, de tal modo que ante este escenario es posible que provoque a otra persona, e incluso postula que la provocación sólo ocurre en vías de generar consecuencias dañinas, lo cual no es el caso del policía⁴⁰⁶.

En adición, no se considera que la provocación pueda efectuarse de cualquier forma⁴⁰⁷. Con relación a las condiciones de la provocación se ha entendido que precisa de dos requisitos: 1) debe ser provocadora, que implica se trata de una cuestión decisiva para ocasionar el comportamiento antijurídico agresivo; y 2) suficientemente provocadora, que conlleva dos matices uno positivo y otro negativo. El aspecto positivo significa que la posibilidad de ocasionar la agresión por el provocador precisa de ser previsible. En tanto que el aspecto negativo que significa que no es posible considerar suficiente la provocación⁴⁰⁸.

En vías de verificar si la provocación es suficiente se han fijado algunas pautas que sirven como puntos de orientación en tal sentido: a) debe tratarse de una provocación adecuada; b) es indispensable que sea una auténtica agresión ilegítima que dé lugar a una defensa necesaria, en atención a la reacción que emprende el sujeto que ha sido provocado; y c) en el supuesto que la provocación haya sido adelantada como mecanismo para dar lugar a la reacción del provocado y de esa manera se logre la agresión, entonces deberá excluirse la legítima defensa⁴⁰⁹.

En la misma línea de pensamiento señalada en el inciso superior, se considera que existe provocación suficiente en el evento que esta dé ocasión a que se desvanezca

⁴⁰⁵ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 457.

⁴⁰⁶ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp.639.

⁴⁰⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 456.

⁴⁰⁸ ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 491.

⁴⁰⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 456.

la necesidad de defensa, en vista de la acción que ensaya el provocador⁴¹⁰.

También se ha estimado que la provocación ha de ser real, es decir, que no se estima que acontece una provocación por motivaciones de orden subjetivos, como puede ocurrir en el caso que la persona perciba que ha sido provocada. En esta dirección, también se ha estimado que no es necesario que la provocación constituya delito o tentativa⁴¹¹.

Se ha considerado que no cabe legítima defensa ante la reacción del sujeto provocador⁴¹², puesto que, si el individuo da lugar a la actuación del agresor, esto implica que abusa del ordenamiento, en el caso que luego pretenda proceder amparado por la legítima defensa, en consecuencia, existe algún grado de manipulación por parte del individuo que luego pretende que su comportamiento se encuentre bajo la protección que ofrece la figura de la legítima defensa⁴¹³. También en esta línea de pensamiento se ha sostenido que el sujeto quien provoca la agresión no persigue la defensa de sus bienes, en consecuencia, no concurren los requisitos necesarios para que tenga lugar la legítima defensa. En adición, se colige que el agresor primario por medio de su comportamiento deja de lado la tutela de sus propios bienes⁴¹⁴. No obstante, se ha estimado que, si el provocado procede de una forma diferente a la que pueda prever el provocador, es posible recurrir a la legítima defensa, puesto que aquí se advierte derecho a defensa dentro del marco de la figura en cuestión⁴¹⁵.

En abono a lo manifestado se advierte que no cabe legítima defensa frente a la provocación, puesto que el sujeto, en cierta forma, coloca en peligro sus bienes, por tanto, está llamado a soportar las consecuencias que resulten de su comportamiento. En este sentido, se ha considerado que el provocador ha sido responsable del conflicto⁴¹⁶.

⁴¹⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 457, quien se refiere a la posición de LUZÓN PEÑA en torno a la necesidad de defensa y señala como ejemplos de esta línea de pensamiento se citan la riña que ha sido aceptada y el duelo, dado que se prescinde de la tutela y defensa jurídica.

⁴¹¹ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 131.

⁴¹² JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 371 y 372.

⁴¹³ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 120. También en esta dirección, ROXIN, *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 638.

⁴¹⁴ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 455 y 456.

⁴¹⁵ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 456.

⁴¹⁶ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 484.

La cuestión planteada hasta aquí debe matizarse en el caso de terceras personas que no se encuentran ligadas al conflicto en el cual intervienen el provocador y el provocado, de tal modo que pueden defender sus bienes o, en su caso, ser defendidas por el sujeto quien provocó la agresión⁴¹⁷.

En el evento que el propósito perseguido no estaba dirigido a generar la provocación, entonces no debe considerarse que se pierde el derecho a la legítima defensa, empero se ha entendido que la protección que brinda el ordenamiento jurídico es de menor entidad, dado que en, cierta medida, se ha causado la agresión. Así, se admite la fuga por parte del agresor primitivo, en vista que este ha provocado la reacción del agresor que procede luego de haber sido provocado, lo cual también implica que quien causó el ataque mediante provocación también debe estar en posición de esquivar, antes que hacer frente, tal cual lo establece la legítima defensa. También cabría por parte de provocador la utilización de mecanismos de menor entidad o el auxilio de terceros⁴¹⁸.

JAKOBS estima que la provocación debe tratarse de una conducta culpable, dado que en caso contrario la imputación que se formula contra el agresor conllevaría mayores repercusiones, que aquella adelantada contra el provocador. Este autor también entiende que en el caso de provocación recíproca es posible recurrir a la legítima defensa, salvo que haya un exceso por parte de la persona que ha sido provocada inicialmente⁴¹⁹.

En el evento que la provocación se utilice para que el provocado se comporte como un instrumento en manos del provocador y así dar lugar a la agresión de éste, entonces no deberá reconocerse la figura de la legítima defensa⁴²⁰.

El requisito en cuestión ha sido considerado como de carácter negativo. Así, se entiende que acontece *actio illicita in causa* en el caso que el provocador realice

⁴¹⁷ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 486.

⁴¹⁸ ROXIN, *Derecho Penal, tomo II...*, pp. 641 y ss.

⁴¹⁹ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 486. Según este autor en el caso que haya participación culpable de ambos lados, entonces se desvanece el carácter culpable, lo cual propicia que se materialice el estado de necesidad defensivo, en razón que acontece una agresión antijurídica por el provocado. Esto implica que la persona agredida está llamada a esquivar el ataque, en el caso que ello sea posible o actuar conforme a los lineamientos que dicta la proporcionalidad.

⁴²⁰ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 512.

gestiones para dar lugar a la reacción del provocado y así poder agredirlo amparado bajo legítima defensa⁴²¹.

CUELLO CONTRERAS denomina al asunto en cuestión como la legítima defensa provocada, dado que la persona quien ejercita la defensa en un momento previo ocasionó, en alguna medida, la agresión de la cual se defiende. Para este autor existen diferentes alternativas para encarar la problemática que se deriva de la defensa provocada. Así, una primera salida consiste en no reconocer la legítima defensa, ante la concurrencia de la *actio illicita in causa*, en vista que la ilicitud del comportamiento del provocador hace que se desvanezca todo soporte de la legítima defensa. Otra posición parte de la perspectiva que desarrolla ROXIN, quien según afirma CUELLO CONTRERAS, entiende que este tipo de situación no resulta frecuente y tendrá lugar sin que concurra dolo, empero aclara que la provocación que ha sido adelantada con dolo no propicia la legítima defensa⁴²².

Se ha entendido que la provocación puede ser consciente o inconsciente. En el primer caso se persigue provocar una agresión de carácter ilegítima, por tanto, en el supuesto que esta acontezca se excluye la legítima defensa. En el segundo supuesto existe por parte del provocador una representación, al menos previsible del efecto que ocasionará, por ende, no se desvanece la legítima defensa, pero si tiene lugar una limitación, verbigracia, la huida, dadas las connotaciones del asunto⁴²³.

Con todo se considera que cabe legítima defensa, a pesar que haya provocación en algunos casos. Así se estima que la agresión realizada por la persona quien ha sido provocada es, igualmente antijurídica, en consecuencia, es posible que se recurra a la figura mencionada. Desde otra perspectiva se ha dicho que el provocador inicial está en posición de esquivar y asumir daños leves, no obstante, conserva la legítima defensa, dado que no se debe dejarlo sin ninguna alternativa de defensa⁴²⁴.

⁴²¹ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 130.

⁴²² CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 826.

⁴²³ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 828 y ss. Este autor plantea que no existe provocación en el caso de comportamientos adelantados en el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, tal cual ocurre en el caso de una mujer que, conocedora de los celos de su pareja, se viste de manera sugerente en vías de reaccionar bajo legítima defensa de los agravios que pueda causarle su compañero. Tampoco cabrá legítima defensa en el caso de la riña aceptada, a menos que se rebasen los límites que hayan sido fijados y acordados.

⁴²⁴ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 640.

También se estima que cabe legítima defensa, pese a que no haya provocación en el supuesto que no haya posibilidad de esquivar la agresión por parte de la persona que propició el ataque en primer término⁴²⁵.

La legítima defensa tiene por propósito la defensa de los bienes de la persona que es agredida de manera antijurídica, pero también involucra la defensa del ordenamiento, al menos en alguna manera. Con base en estos fundamentos no resulta atendible estimar que cabe legítima defensa en el caso que la persona haya provocado el comportamiento agresivo, para luego repeler el ataque mediante legítima defensa, pues la conducta del agresor primario contamina la figura de la legítima defensa, en la medida que intenta contar con un mecanismo dirigido a ocasionar una agresión a la persona a quien provoca y con ello sacar ventaja del ordenamiento.

Lo expresado en el párrafo que antecede permite determinar, por lo menos desde nuestra perspectiva, que el agresor primitivo en realidad no busca la tutela de sus bienes, ni tampoco la defensa del derecho, en consecuencia, su actuación no debe enmarcarse dentro de los contornos que fija la legítima defensa, pues en todo caso el comportamiento del agresor está motivado a utilizar el derecho para servirse de fines contrarios a la figura en estudio.

Así las cosas, nos parece que el agresor primario debe soportar los ataques que le causa la persona quien procede luego de ser provocado, por tanto, no cabe legítima defensa ante el panorama que se vislumbra en caso de una provocación.

2.4. Auxilio de terceros

CUELLO CONTRERAS argumenta que pese a las modificaciones al CPE en el año 1983, se contempla, en alguna medida, la legítima defensa de terceros, aun cuando la normativa no lo establezca de manera clara. Según este autor antes de la reforma en

⁴²⁵ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 641. Este autor plantea que la conducta puede ser jurídica y antijurídica al mismo tiempo en el evento que concurra, por ejemplo, un homicidio. Así, en el supuesto que el provocado le quita la vida al provocador en legítima defensa, entonces se trata de una conducta jurídica, (por legítima defensa), empero también será antijurídica por el resultado de muerte relacionado con el homicidio, en vista de *illicita causa*.

cuestión el CPE daba lugar a la defensa de terceros en el evento que se acudiera a socorrer a un familiar que había provocado la agresión. Esta situación, según CUELLO CONTRERAS, se trataba, en cierta forma, de una cuestión de inexigibilidad⁴²⁶.

Se ha entendido que resulta dable el auxilio de terceros en el caso que la situación tenga las siguientes características: suficiente, seguridad y que resulte menos lesiva⁴²⁷. En adición, se ha señalado que sólo cabe la defensa de un tercero que quiera ser defendido⁴²⁸.

Dentro del marco del auxilio de terceros se ha considerado que es necesario que la persona consienta o quiera que se le preste ayuda por parte de quien interviene en su rescate, tal cual sostiene BACIGALUPO ZAPATER⁴²⁹.

En sintonía con lo expuesto en el inciso superior se advierte que se requiere del consentimiento de la persona a la cual se pretende auxiliar⁴³⁰, esto sobre la base del principio de protección individual. En esta dirección, se sostiene que es preciso ponderar dos aspectos: 1) en el supuesto que exista aquiescencia por parte del agredido, entonces hará falta la condición antijurídica de la conducta, en consecuencia, no puede tener lugar la legítima defensa; 2) si la agresión es antijurídica, sin embargo, el agredido no presta su consentimiento para su auxilio, entonces no se configura la legítima defensa⁴³¹.

⁴²⁶ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 836. También en este sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho...*, cit., pp.741, quien sostiene que las modificaciones introducidas en el año de 1983 al Código penal retiraron la legítima defensa de parientes, empero se extendió ese derecho a personas ajenas.

⁴²⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 606.

⁴²⁸ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 836. En torno al auxilio de terceros, ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 496 estima que tal auxilio es válido, pese a que se advierta provocación, empero cuando no se haya participado en la provocación la persona que va a recibir el auxilio. Además, este autor sostiene que es relevante que el tercero que va a proporcionar el auxilio tenga conocimiento de la provocación.

⁴²⁹ BACIGALUPO ZAPATER, *Principio de derecho...*, cit., pp. 743. Este autor formula el ejemplo en el cual se proyecta un film que atenta contra el pudor de algunos espectadores que se encuentran presentes en una sala de cine, empero ninguno de ellos consiente que se interrumpa la proyección, por ende, desde esta perspectiva no es posible concluir que es dable proceder en legítima defensa y retirar la película, puesto que no se advierte consentimiento dirigido a tales efectos.

⁴³⁰ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 460, sostienen que en el caso que la víctima no exteriorice ninguna información entonces debe entenderse que ha proporcionado el consentimiento necesario para recibir el auxilio que le suministra el tercero.

⁴³¹ ROXIN, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 661.

Dadas las características del auxilio de terceros se entiende que se trata de una institución encaminada a beneficiar a los agredidos, por tanto, la naturaleza de la figura no debe apartarse del concurso del afectado, a fin de verificar si corresponde la defensa. Bajo este panorama se entiende que se trata de una figura voluntaria, sin embargo, también puede ser de carácter obligatoria siempre que se origine de un derecho a la familia o policial. En adición, se ha considerado que procede auxilio necesario a favor del Estado, siempre y cuando los bienes sean individuales⁴³². Una posición contraria a la señalada entiende que en este tipo de casos cabe estado de necesidad justificante⁴³³.

Con relación al consentimiento en la legítima defensa del tercero, MAURACH/ZIPF han considerado que es necesario que concurra tal condición y sostienen que ese requisito es una expresión del fundamento individual que gobierna la figura que acapara nuestra atención⁴³⁴.

En vías de establecer algunas pautas en torno al consentimiento del agredido, JAKOBS ha puntualizado lo siguiente: 1) en el evento que el agredido no pretenda solucionar la divergencia que sostiene con el agresor, entonces no procede reconocer legítima defensa. Aquí debe tratarse de bienes disponibles, para que la agresión pueda ser estimada como antijurídica; 2) es admisible la legítima defensa, en el supuesto que se advierta una repartición de costes; 3) en caso de tratarse de bienes no disponibles, es necesario atender a los lineamientos del auxilio necesario por el Estado; y 4) es admisible el auxilio de tercero, en el supuesto que haya voluntad de recibir ayuda por parte del agredido⁴³⁵.

Se observa que no es atendible el consentimiento del agredido en el supuesto que éste no pueda tener disposición en torno al bien jurídico que se estima agredido. Empero en este sentido se estima que existe una presunción dirigida a que el agredido quiere el auxilio que le dispensa el tercero⁴³⁶.

⁴³² JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 374.

⁴³³ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 460. No obstante, estos autores admiten que es posible la legítima defensa del Estado, pero esto acontece en casos bien particulares, puesto que en términos generales el Estado debe estar en posición de defenderse a través de los mecanismos con los cuales cuenta para tales efectos.

⁴³⁴ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 438.

⁴³⁵ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 490.

⁴³⁶ ROXIN, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 662 y 63.

También se ha discutido la posibilidad que el agredido rechace el auxilio del tercero. Así, se considera por un lado que el afectado puede adelantar por su cuenta la defensa y desconocer la ayuda que proporcione el tercero. Por otro lado, se ha estimado que la única situación en la cual el ofendido no está en posición de rechazar la ayuda del tercero ocurre en el caso que éste cuente con mecanismos que resulten menos lesivos para adelantar la defensa⁴³⁷.

Algún autor ha señalado que se precisa de proporcionalidad en el caso que haya auxilio de terceros, lo cual debe efectuarse entre el perjuicio que se pretende impedir y el que se produce. No obstante, esta postura ha sido rechazada, puesto que tal requisito no aparece señalado en la ley y en vista que acarrearía una suerte de desbalance, puesto que la actuación del agredido estaría justificada sin más, en tanto que la del tercero precisaría de proporcionalidad⁴³⁸.

2.5. Legítima defensa privilegiada

La figura objeto de atención en este punto se encuentra estrechamente vinculada a la defensa de la morada. En vista de las particulares condiciones que presenta la vivienda para la persona, (seguridad, expectativas de privacidad, por mencionar algunos puntos), se le ha concedido especial relevancia a la defensa de la morada, al igual que de los bienes que se encuentran en ésta.

Conforme asegura GARRIDO MONTT, el origen de la legítima defensa privilegiada se encuentra en el ordenamiento jurídico belga. Este autor sostiene que en la doctrina chilena tal figura se separa de la legítima defensa ordinaria, puesto que se entiende no es necesario que concurra la racionalidad de la defensa, no obstante, esta posición es rechazada por GARRIDO MONTT, porque estima que es necesario respetar la vida de las personas, sin importar las condiciones que acontezcan⁴³⁹.

Algún autor ha considerado que existe una presunción legal en cuanto a la legítima defensa privilegiada, de tal modo que es posible que se enerve a través de una

⁴³⁷ ROXIN, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 662.

⁴³⁸ ROXIN, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 663. Este autor cita a SIELMAN, para quien se necesita de proporcionalidad en el auxilio de terceros, posición que no respalda ROXIN.

⁴³⁹ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 177.

prueba que así lo permita. Esto implica que existe una presunción dirigida a considerar que el ingreso a la morada por parte del extraño entraña una violación al derecho a la inviolabilidad de la vivienda y cabría legítima defensa, empero esta consideración puede ser atemperada si es que se presentan pruebas en contrario⁴⁴⁰.

Es objeto de discusión si la persona se encuentra en posición de defender su morada sólo ante el ingreso no permitido a su residencia, o si tal derecho se amplía a la permanencia. La primera posición es defendida por LUZÓN PEÑA, quien entiende que esta situación genera consecuencias negativas y de considerable entidad, por tanto, sólo debe atenderse legítima defensa en este supuesto. La segunda postura es compartida por CUELLO CONTRERAS, porque entiende que, igualmente, se trata de una entrada no autorizada, empero con condiciones de permanencia, de tal suerte que es dable oponer legítima defensa ante el intruso en cualquier de los dos casos⁴⁴¹.

A nuestro modo de ver las cosas, cabe la legítima defensa bien ante el ingreso a la morada en contra de la voluntad del titular del derecho de propiedad, o bien ante la permanencia en el inmueble. En el primer supuesto está claro que la entrada a la residencia involucra una agresión contra el derecho de propiedad del sujeto, puesto que éste no presta su consentimiento dirigido a que se entre a su domicilio, de manera que es posible reaccionar en legítima defensa. Una situación similar ocurre en el segundo supuesto, puesto que aquí existe, igualmente, una agresión en contra del derecho de dominio de la persona, dado que no estará en posición de tolerar la permanencia del agresor en el recinto destinado a la vivienda.

2.6. Bienes defendibles

De entrada, se considera que pueden ser objeto de defensa todos los bienes personales, pese a que no se encuentren tutelados por el ordenamiento jurídico desde el punto de vista penal. Así, resulta aceptable la protección de la propia personalidad, lo cual tendría lugar conforme a ROXIN, incluso mediante el retiro del aparato fotográfico

⁴⁴⁰ CURY URZÚA, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp.369. Este autor sostiene que dentro del marco de la legítima defensa privilegiada, importa observar el requisito de racionalidad, tal cual se exige en los otros contextos en los cuales acontece la legítima defensa. También ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 496 entiende que la legítima defensa privilegiada reporta una presunción *in iuris tantum*, lo cual significa que una prueba en contrario puede enervarla.

⁴⁴¹ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 835.

a la persona que capta vistas en contra de la voluntad del sujeto, empero esta reflexión aplicaría para lugares retirados, porque ante un escenario público las expectativas de privacidad ceden por las condiciones del sitio⁴⁴².

En la doctrina se debate la categoría de los bienes que pueden ser objeto de protección a través de legítima defensa. Así, una primera postura entiende que solo resultan defendibles los bienes individuales o personales⁴⁴³. Siguiendo esta línea de pensamiento se excluyen de la legítima defensa los denominados bienes comunitarios, dado que la tutela de estos está a cargo de las instituciones del Estado. Además, se ha entendido que la defensa de tales bienes no es idónea mediante la legítima defensa, puesto que no se advierte una titularidad particular. También se ha argumentado que resulta dudosa la voluntad del Estado dirigida a la tutela de los bienes que tienen la categoría de comunitarios⁴⁴⁴.

En sintonía con lo expuesto en el inciso superior, se ha sostenido que solo son defendibles los bienes individuales, e incluso se ha señalado que existen algunos bienes que son susceptibles de defensa, por tanto, sólo estos deben ser protegidos en legítima defensa. Así, se ha entendido que son defendibles los bienes muebles, por cuanto los inmuebles no resultan afectados en los mismos términos⁴⁴⁵.

Tampoco resultan objeto de defensa mediante legítima defensa las meras expectativas o derechos de créditos, puesto que tales reclamos existen mecanismos dentro del ordenamiento jurídico encaminados a hacer efectivas las pretensiones⁴⁴⁶.

⁴⁴² ROXIN, *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 623 y 624. Cabría incluso legítima defensa, según este autor, en el caso que se retire a la persona que obstaculice un aparcamiento que se pretende ocupar o también en el supuesto que se empuje a la persona quien bloquea el paso.

⁴⁴³ ROXIN, *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 624. Este autor sostiene que no todos los derechos individuales resultan protegidos mediante legítima defensa, así excluye de tal protección a asuntos muy personales, como por ejemplo la fidelidad en el matrimonio y el caso de la persona a quien se le ha quitado una novia. En sentido contrario, cabría legítima defensa frente a malos tratos causados a animales, sobre la base en la compasión humana. Además, expone que no procede legítima defensa para hacer efectivo el cobro de incumplimientos de carácter contractual, porque ello daría lugar a que la persona se cobre por la fuerza su crédito.

⁴⁴⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 596.

⁴⁴⁵ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 509. También en este sentido, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLAZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp.334, quienes entienden que no son susceptibles de legítima defensa los bienes que son supraindividuales, como aquellos que pertenecen al Estado, tales como la seguridad y la correcta marcha de la administración.

⁴⁴⁶ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 594. Según LUZÓN PEÑA en la doctrina alemana se acepta la defensa de todos los bienes, sin embargo, este autor no comparte tal posición, pues entiende que

Se ha reconocido una extensión de los bienes objeto de defensa mediante la figura que analizamos en este epígrafe. Así, se entiende que procede legítima defensa a favor del honor, la libertad sexual, e incluso algún autor la reconoce con relación al patrimonio económico del Estado⁴⁴⁷.

En la misma línea de pensamiento expuesta, CUELLO CONTRERAS sostiene que son defendibles todos los intereses o bienes que puedan ser objeto de tutela, e incluso admite la legítima defensa del Estado⁴⁴⁸.

Revisados los planteamientos que ha formulado la doctrina en cuanto a los bienes defendibles, nos parece que la legítima defensa aplica sólo a aquellos que se consideran individuales, debido a que son estos los que aparecen como susceptibles de defensa. Además, se trata de bienes en los cuales se está un tanto más cerca de determinar la voluntad de la persona quien procede a defenderlos o del tercero que presta un auxilio al titular del bien que es objeto de amenaza o que, efectivamente, ha sido lesionado. También hay que considerar que por su condición de bienes particulares resulta un tanto más fácil que el titular lleve a cabo los actos necesarios para propender a la defensa de aquellos.

Una situación diferente acontece con los bienes comunitarios, los cuales, por su naturaleza, no prestan las condiciones descritas en el inciso superior, lo cual da lugar a que su defensa se torne complicada, en vista que por sus características es difícil establecer aspectos relativos como la voluntad de defensa. En este mismo sentido, no

sólo resultan defendibles los bienes que cuentan con una tutela jurídico penal.

⁴⁴⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 452.

⁴⁴⁸ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 831. Con relación a este punto, ROXIN, *Derecho Penal, tomo II...*, cit., pp. 625, sostiene que no resultan defendibles los bienes de la comunidad, puesto que, en caso de aceptarlo así, cualquier peligro, aún irreal, daría lugar a propiciar espacios de lucha, lo cual es, precisamente, lo que el Estado pretende que no concorra. ROXIN opina que estos bienes son defendibles mediante los mecanismos que el Estado ha establecido para tales efectos. En todo caso, en cuanto a la tutela del Estado estima ROXIN que procede estado de necesidad. Con respecto a este punto JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 364 y 365 expresan que podrían ser defendidos los bienes colectivos, en caso de que incidan sobre un individuo, en cambio en agresiones dirigidas contra el ordenamiento jurídico no procede legítima defensa. Sin embargo, podría admitirse la tutela del Estado en supuestos que no pueda defenderse, empero bajo los requisitos del estado de necesidad. En sentido opuesto MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 441, para quienes es posible oponer legítima defensa frente a todo interés que sea reconocido. En la misma línea de pensamiento, ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 489, quien estima es posible la defensa de todos los bienes jurídicos, empero se debe proceder mediante la utilización del mecanismo que resulte menos lesivo.

tendría lugar la legítima defensa en vías de tutelar al Estado, puesto que éste tendría los medios necesarios para enfrentar las agresiones que se dirigen contra él.

2.7. Exceso en la legítima defensa

La doctrina reconoce dos supuestos en los cuales tiene lugar un exceso en la legítima defensa. Así, en el caso que la defensa no resulte racional se está frente al exceso en la legítima defensa. También acontece exceso en la figura que nos ocupa en el evento que la agresión haya perdido actualidad. Según las connotaciones de cada exceso, habrá entonces consecuencias jurídicas que se derivan del comportamiento de la persona que, de alguna u otra forma, se defiende.

En caso que el sujeto se encuentre en posición de utilizar un medio que resulte seguro y con menos lesividad, empero eche mano de otro, entonces se estará ante un exceso intensivo, lo cual da lugar que se produzca una disminución del injusto, de tal suerte que ante este panorama podría tener lugar una eximente incompleta⁴⁴⁹. También se ha considerado que el exceso en la proporcionalidad de los elementos empleados, da lugar a constituir un error en torno a los límites de una causa de justificación, o incluso a la propia existencia de una circunstancia justificante, en el evento que se desconozcan los límites a los cuales está sujeta la legítima defensa⁴⁵⁰.

Dentro de otro contexto, habrá excesivo extensivo en el supuesto que la reacción de la persona quien se defiende se extienda más allá de la agresión, esto es que el comportamiento defensivo acontece fuera de lo actual, con lo cual se desvanece uno de los resortes sobre los cuales se asienta la figura de la legítima defensa, esto es el carácter actual de la agresión⁴⁵¹. En vista que en este punto hace falta la condición de actualidad de la agresión, que se trata de un requisito esencial de la legítima defensa, entonces aquí no tiene lugar la legítima defensa ni en su modalidad completa, ni tampoco incompleta.

El exceso en la legítima defensa se encuentra previsto en el texto punitivo

⁴⁴⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 608.

⁴⁵⁰ REQUEJO CONDE, *La legítima defensa...*, cit., pp. 419. Otra solución estriba en una rebaja de pena o una eximente incompleta.

⁴⁵¹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 453.

alemán. En ese texto legal se considera una causa de exculpación⁴⁵², tal ocurre con el estado de necesidad exculpante. En el CPE no se regula el exceso referido, en consecuencia, se han realizado interpretaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia, en vías de considerar la ubicación sistemática de tal figura dentro del ordenamiento jurídico español. En tanto que en el ordenamiento panameño el exceso se castiga, pero con una reducción de la pena.

La legítima defensa sólo puede considerarse como causa de justificación frente a acciones que resulten necesarias y que no involucren consecuencias desmesuradas para el agresor, por tanto, si la persona que emprende la defensa excede tales parámetros, entonces su conducta, según el ordenamiento penal español, no podrá estar justificada, sino exculpada, en razón de la disminución del injusto y de la culpabilidad, al igual que por falta de merecimiento de pena⁴⁵³.

JESCHECK/WEIGEND afirman que existe una reducción del injusto, en razón que el disvalor de la acción debe entenderse conforme a la situación defensiva, la cual obedece a voluntad de salvación. En adición, sostienen que en cuanto al disvalor del resultado es necesario ponderar el valor que le concede el autor al bien que intenta proteger. Además, importa mencionar que la persona procede según un estado de pánico, de tal suerte que no existe voluntad conforme a la norma⁴⁵⁴.

Se ha sostenido que en el exceso en la legítima defensa se advierte una dualidad de consecuencias, puesto que por una parte se produce una reducción del injusto penal, pero también acontece una disminución de la culpabilidad, empero ROXIN rechaza este argumento, puesto que sostiene que acarrearía como consecuencia la impunidad en circunstancias en las cuales el sujeto se encuentre turbado, o exista miedo o pánico, aspectos que no le parecen de recibo.

Pese a lo expuesto, ROXIN expresa que cabría reconocer estados pasionales asténicos como exentos de pena, dado que, en vista de la turbiedad de ánimo, corresponder tratar a la persona de forma benigna. Además, la naturaleza de tales

⁴⁵² JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 529.

⁴⁵³ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp.527.

⁴⁵⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp.529.

estados se compadece con la indulgencia que tiene el legislador en este tipo de casos en los cuales se disipa la necesidad de imponer una pena⁴⁵⁵.

Una consideración diferente se advierte en los estados esténicos⁴⁵⁶, en atención a que estos merecen un castigo, en vista que son considerados de menor entidad. Estas reflexiones permiten concluir que se rechaza el basamento psicológico del exceso en la legítima defensa, salvo que se encuentre motivada por estados pasionales asténicos⁴⁵⁷.

En cuanto al fundamento del exceso en la legítima defensa, ROXIN entiende que el sujeto procede con culpabilidad disminuida, debido que a su modo de ver las cosas la persona, en efecto, actúa culpablemente; sin embargo, lo que ocurre es que el castigo no es necesario, en atención a cuestiones vinculadas con prevención general o especial⁴⁵⁸.

Los daños que se producen a terceros dentro del marco del exceso en la legítima defensa, no se encuentran previstos en el párrafo 33 del StGB que prevé la figura que acapara nuestra atención, puesto que tales consecuencias aplican sólo para el agresor que produce de manera antijurídica⁴⁵⁹.

Se discute la posibilidad de reconocer exceso en la legítima defensa si la situación ha sido provocada por el sujeto que luego pretende defenderse. En este sentido, se estima que no cabe la aplicación de la circunstancia exculpante prevista en el párrafo 33 del StGB. No obstante, ROXIN considera que ello podría tener lugar en el caso que el sujeto no tenga posibilidad de esquivar el ataque de ninguna forma⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 931.

⁴⁵⁶ AGUADO CORRREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 88 y 90. Esta autora sostiene que los casos de estados asténicos son aquellos en los cuales la persona procede en vista que se estima amenazada, en tanto que los estados esténicos se actúa con fuerza o vigor. En cuanto al exceso consciente e inconsciente se reconoce en Alemania que el exceso debe aplicarse en ambos supuestos, empero un grupo minoritario entiende que sólo cabe en la forma inconsciente. La primera postura se sustenta en que resulta complicado realizar diferencias entre el dolo y la culpa frente a situaciones que ocurren en un lapso tan corto y con una amplia carga emocional. También sostiene que algunos autores alemanes reconocen el exceso extensivo en la medida que exista un vínculo temporal estrecho con la agresión.

⁴⁵⁷ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 928 y ss.

⁴⁵⁸ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 927.

⁴⁵⁹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 936

⁴⁶⁰ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 937.

También es objeto de examen el exceso en la legítima defensa putativa. Así, se expone que cabría, en el ordenamiento penal alemán, realizar un ejercicio analógico, de tal modo que pudieran ser aplicados los efectos de la legítima defensa putativa. Se ha señalado que en el evento que exista un exceso en la legítima defensa putativa y que ésta fuera evitable, no cabrá exención de pena, puesto ello tampoco acontece en la legítima defensa⁴⁶¹.

La solución a la falta de regulación del exceso en la legítima defensa en el ordenamiento jurídico español viene de la mano del principio de inexigibilidad⁴⁶². Se advierte que el principio de exigibilidad también ocupa un rol de considerable entidad, en el marco del exceso en la legítima defensa, puesto que por medio de aquél es posible delimitar si la persona que incurrió en tal exceso no le era exigible una reacción distinta a la que adelantó. Así, el principio aludido permite justificar la conducta en el supuesto que se advierten conductas asténicas⁴⁶³. En el evento que el defensor incurra en un exceso y tal cuestión no le resulte exigible entonces no se aplica sanción puesto que no es posible esperar otra conducta de la persona. En este sentido, la inexigibilidad permite justificar en atención a que el defensor presenta miedo, temor y angustia⁴⁶⁴.

Siguiendo con lo expuesto en el inciso que antecede se considera que el exceso intensivo dentro del ordenamiento español puede estar cubierto por la eximente del miedo insuperable, el cual tiene como fundamento el principio de inexigibilidad, e incluso cabe la posibilidad de reconocer la eximente incompleta de legítima defensa y también la eximente completa o incompleta del miedo insuperable⁴⁶⁵.

En torno a la aplicación del miedo insuperable en el evento que tenga lugar algún exceso en la legítima defensa, el TS en fallo de 18 de diciembre de 2008, señaló lo siguiente:

“2. En el caso, se declara probado que existió un forcejeo en relación con la posesión de una pistola entre Tomás y el hermano del acusado, el también acusado y luego absuelto Darío, y que una vez finalizado, a pesar de que el acusa-

⁴⁶¹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 938.

⁴⁶² AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 78.

⁴⁶³ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 78.

⁴⁶⁴ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 78.

⁴⁶⁵ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 83. Así, ha sido reconocido por el Tribunal Supremo de España en sentencias de 2 de octubre de 1981 y 24 de febrero de 2000.

do Luis Miguel hizo dos disparos al aire como advertencia, Tomás se le encaró con fuerza y se abalanzó hacia él, lo que le obligó a dar unos pasos hacia atrás hasta que levantando el arma efectuó los dos disparos que alcanzaron a aquel. Argumenta el Tribunal, tras mencionar el estado de fuerte alteración y agresividad de Tomás y el carácter del acusado, que éste pudo percibir la situación como una vivencia amenazante y peligrosa al hallarse ante una persona que estaba fuera de control lo que originó el miedo presente al reaccionar ante la actitud de Tomás.

La jurisprudencia ha relacionado en ocasiones la eximente de miedo insuperable con la legítima defensa, cuya compatibilidad dogmática ha reconocido, llegando a apreciar el miedo insuperable inserto en la defensa para cubrir la existencia de un exceso intensivo por parte de quien se defiende (STS nº 332/2000, de 24 de febrero, que cita la de 30 de octubre de 1985 en ese mismo sentido). El miedo puede operar según los casos como un elemento que dificulta una correcta valoración de la necesidad de la defensa por parte de quien se defiende”.

La solución expuesta, según afirma AGUADO CORREA, daría lugar a verificar todos los elementos que concurren al supuesto específico. Así, sostiene que se reconocería eximente incompleta de legítima defensa, puesto que la persona incurre en un exceso, pero se advierten los otros elementos que componen la eximente. En tanto que concurriría miedo insuperable, en atención al estado asténico en que se encuentra el individuo⁴⁶⁶.

También cabría reconocer la eximente incompleta de la legítima defensa y la eximente incompleta del miedo insuperable, en el caso que el miedo no revista la condición esencial de insuperable al tiempo en que ocurre el exceso intensivo, empero tenga cierto grado de relevancia⁴⁶⁷.

Es posible que se reconozca miedo insuperable en el caso que acontezca un exceso extensivo en la legítima defensa, siempre que la reacción del sujeto haya estado motivada por un estado asténico causado por el miedo. Esta reflexión es aplicable a casos de excesos extensivos por retraso o anticipación, sin embargo, la agresión no debe perder la condición de actual⁴⁶⁸.

3. ESTADO DE NECESIDAD

⁴⁶⁶ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 84.

⁴⁶⁷ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 84 y 85. Tal reconocimiento dará lugar a rebaja de pena, como lo dispone el artículo 68 del CPE.

⁴⁶⁸ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 86 y 87.

3.1. Generalidades

La eximente que nos ocupa está prevista en el artículo 20.5 del CPE. Esta circunstancia requiere, básicamente, de una situación de necesidad, de tal modo que aquella dé lugar a que el agente realice una conducta que afecte un interés que le pertenece a otro. En torno a la situación de necesidad, que constituye el requisito medular de esta eximente, se ha escrito con abundancia, puesto que la ley española no define de qué se trata tal cuestión, lo cual ha propiciado que la doctrina se haya ocupado del asunto de forma amplia, tal cual se verá más adelante.

MIR PUIG en cuanto a la noción del estado de necesidad sostiene que se trata de: “estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber”.⁴⁶⁹

De igual forma, vale destacar que el estado de necesidad se trata de una situación de peligro que propicia una acción contra intereses reconocidos, y tal situación se supera mediante la lesión de bienes que le corresponden a un tercero y que se encuentran, igualmente, reconocidos. Esta situación reporta interés para el Derecho penal, en la medida que la acción que se realiza en condición de salvamento se ajusta a un tipo previsto en el ordenamiento⁴⁷⁰.

Las bases del estado de necesidad, de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, deben buscarse en la preservación de la paz jurídica y el *status quo* dentro de la sociedad. En este sentido, este autor expresa que podrían ser protegidos en estado de necesidad intereses de la colectividad, de tal modo que no se tutelan bajo esta eximente solo cuestiones individuales⁴⁷¹.

Son, precisamente, las connotaciones colectivas del estado de necesidad las que dan lugar a estimar que existe una trascendencia jurídica social del comportamiento. En vista de ello el conflicto debe encontrar su solución mediante la utilización de

⁴⁶⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 461.

⁴⁷⁰ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 464.

⁴⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 665.

mecanismos que ocasionen la menor perturbación al *status quo*⁴⁷². En esta dirección, debido a las condiciones que se presentan en el estado de necesidad existe un deber de tolerancia, esto es de soportar la actuación de la persona que procede amparada bajo la eximente que nos ocupa. Esta cuestión conlleva, igualmente, el hecho de aceptar las actuaciones que se realizan en interés público por las autoridades y que sean ajustadas al ordenamiento, tal como ocurre en vacunaciones de carácter obligatorio, la prisión provisional de una persona que resulte sospechosa, aun cuando sea inocente⁴⁷³. Así, el ordenamiento jurídico, por medio de reglas de carácter permisivas de corte jurídico penal, y con la concurrencia de ciertas condiciones, conceden al sujeto que se encuentra en una situación de necesidad derechos de salvaguarda, los cuales a su vez imponen al individuo afectado deberes de tolerancia.

Los resortes sobre los cuales se asienta el estado de necesidad se basan, conforme a MARTÍN LORENZO, en la capacidad deliberativa del sujeto, lo cual implica que es necesario considerar las conductas de las personas que intervienen en la interacción social, debido a que si tales condiciones se reúnen pueden participar como personas libres e iguales en los acontecimientos sociales, en el caso que ello sea así, entonces la norma será vinculante y no se desvanece su legitimidad⁴⁷⁴.

La eximente que nos ocupa tiene amplias repercusiones prácticas, puesto que sus implicaciones se enfocan en diferentes escenarios que tienen lugar en la sociedad, pues incluso pueden ser objeto de tutela bienes que pertenecen a la comunidad, verbigracia aquellos vinculados con el Estado. Además, hay que tomar en cuenta que en esta eximente no ocurre una afirmación del derecho, como si tiene ocasión en la legítima defensa⁴⁷⁵, en vista de las consideraciones de la eximente que nos ocupa que plantea como punto de partida la concurrencia de una situación de necesidad.

Los contornos que dirigen al estado de necesidad, permiten establecer algunas diferencias con la legítima defensa, pues en esta última eximente la finalidad estriba en presentar resistencia a la agresión que se ha adelantado por medio de una acción humana; también la legítima defensa se dirige contra la conducta de un tercero, lo cual

⁴⁷² SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 667.

⁴⁷³ ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho Penal...*, cit., pp. 666.

⁴⁷⁴ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., 414 y 415.

⁴⁷⁵ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp.387.

no acontece en el estado de necesidad. El estado de necesidad presenta la proporcionalidad y la subsidiariedad como elementos distintivos, los cuales no se advierten con la misma intensidad en la legítima defensa⁴⁷⁶.

En España, como oportunamente expondremos, la doctrina se ha decantado por estimar que el estado de necesidad señalado en el artículo 20.5 del texto punitivo, cuenta con una naturaleza dual, en la medida que bien puede constituir causa de justificación o de exculpación, según los intereses que colidan. No obstante, importantes autores dentro del seno de la doctrina española han sostenido que el estado de necesidad, tal como aparece regulado en el CPE constituye, en todo caso, causa de justificación, sin embargo, para arribar a tal conclusión se han desarrollado diferentes argumentos que serán abordados en su momento. En este orden de ideas, importa destacar que tal cuestión resulta de considerable entidad dentro del marco de esta investigación, pues según la naturaleza que se le asigne al estado de necesidad se derivarán varias consecuencias, entre éstas la aplicación de la teoría del error.

Habrá que considerar que se advierten, igualmente, otras consecuencias relevantes para el estado de necesidad, a partir de su naturaleza jurídica. Así, habrá repercusiones en sede de participación criminal o en cuanto a la responsabilidad civil que se demanda de la acción; por ende, el asunto de la esencia de la eximente que acapara nuestra atención tiene no pocas implicaciones que inciden, desde luego, en el marco teórico de la cuestión, pero que también afectan de modo superlativo en asuntos prácticos, en atención a las distintas lecturas que se desprenden de considerar la eximente con efecto justificante o exculpante.

Dentro de otro contexto, el principio de proporcionalidad gobierna, claramente, las líneas de entendimiento del estado de necesidad, en la medida que es necesario verificar si no existe otra alternativa menos lesiva para evitar el mal que se cierne sobre los bienes de la persona, de manera que la necesidad de lesionar se encuentra condicionada por tal aserto, por tanto, es claro que el estado de necesidad se informa por el principio en mención que da ocasión a un carácter restringido de la necesidad de la conducta lesiva que se adelanta dentro del contexto de la eximente que nos reúne⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 312.

⁴⁷⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 475 y 476.

La relevancia del principio de proporcionalidad en el estado de necesidad también se advierte en la medida que no siempre la actuación aparece justificada, pues para tales efectos es preciso que el comportamiento resulte adecuado. En esta línea de pensamiento se requiere que la afectación del interés precisa de ser digno de aprobación y estar amparado por la justicia⁴⁷⁸.

En sentido contrario, se ha estimado que la proporcionalidad se trata de una cuestión inesencial dentro de la estructura de la eximente que nos atañe, puesto que se ha sostenido que no informa el resto de los elementos que integran el estado de necesidad⁴⁷⁹. También se ha expresado que en el evento que no concorra proporcionalidad, debido a que el mal causado sea mayor que el evitado se aprecia una eximente incompleta, en atención a que el injusto resulta reducido⁴⁸⁰.

En cuanto a la proporcionalidad entre los males que coliden, también se ha dicho que corresponde realizar una ponderación valorativa, de tal suerte que el bien salvado resulte más relevante o tenga la misma condición que el bien sacrificado⁴⁸¹.

Con todo, la proporcionalidad implica que es preciso realizar una ponderación integral de todos los intereses que coliden y en casos concretos, empero tal consideración no podría aplicarse a la vida, la cual por su relevancia no puede ser sacrificada por la acción que se realiza dentro del marco de estado de necesidad⁴⁸²,

⁴⁷⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 389.

⁴⁷⁹ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 630.

⁴⁸⁰ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 631.

⁴⁸¹ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 375. Este autor sostiene que la comparación debe adelantarse entre bienes jurídicos y no males. También sostiene que la cuestión que nos ocupa tiene una naturaleza dual, en la medida que en el evento que se trate de bienes iguales se está ante una situación de exculpación, empero en sentido contrario, es decir, si son equivalentes nos encontramos frente a justificación.

⁴⁸² BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 145. También GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 187, para quien el ejercicio de ponderación que se realiza dentro del marco de estado de necesidad precisa de no sólo del análisis de la consideración de jerarquía de bienes, por el contrario, cabría considerar merecimiento o tutela de bienes jurídicos, pero sin perder de vista aspectos sociales, la calidad de la afectación, así como también puntos éticos que puedan dar ocasión a consideraciones desvalorativas por parte de la colectividad. Con relación a este punto CURY URZÚA en *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 374, sostiene que existen supuestos que no es posible ponderar para efectos de estado de necesidad, tal cual ocurre con cuestiones religiosas, afectivas o incluso éticas, porque no es dable hallar salidas objetivas ante la concurrencia de aquellas. También JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 388, estiman que es de recibo la valoración de un número importante de circunstancias para verificar la situación de la colisión de bienes. Así sostienen que importa valorar aspectos como: la cercanía y relevancia del peligro que se cierne; si la acción resulta, en realidad, necesaria para evitar el peligro; la condición de los bienes que resultan perjudicados; la

aunque también hay quienes entienden que esta cuestión si es posible, si es que uno de los bienes, por ejemplo, la propiedad ocupa un rol de suma entidad para el sujeto.

Como último punto dentro de estas breves reflexiones vale destacar el rol que estimamos desempeña el principio de inexigibilidad de otra conducta para determinar el sentido del estado de necesidad, puesto que como ya anunciamos al hacer mención de la legítima defensa, entendemos que el principio en cuestión informa todas las categorías del delito y en vista de ello constituye fundamento de la justificación, así como de la exculpación, lo cual, desde luego, afecta a la eximente que estudiamos.

3.2. Antecedentes

En este tramo nos ocupamos de presentar, de manera puntual, algunos aspectos relacionados con la regulación del estado de necesidad en la legislación española, en razón que se trata de la referencia de este trabajo. Esto con el fin de introducir, en alguna forma, la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la eximente.

También hemos considerado oportuno verificar ciertos puntos en torno al desarrollo del estado de necesidad en el StGB, en atención a la importancia que representa la normativa alemana, de la cual somos tributarios, y por los relevantes aportes que ha formulado su doctrina al desarrollo de la ciencia penal.

ROLDÁN BARBERO expresa que el estado de necesidad estuvo regulado en el ordenamiento jurídico penal español a partir del estatuto de 1848. Desde la promulgación de tal código hasta que se introdujo una reforma en 1944 la eximente que nos ocupa se asimiló a una causa de justificación, puesto que sólo acontecía en el supuesto que colisionaran males desiguales. Tal concepción se mantuvo en los códigos de 1870, 1928 y 1932⁴⁸³.

Conforme expresa ROLDÁN BARBERO el estado de necesidad se consideró causa de justificación, en vista que la teoría psicológica fue la que dominó durante la

calidad de irreparable de la pérdida; la posibilidad que haya un deber de garante del autor ante la víctima y los propósitos que persigue el agente.

⁴⁸³ ROLDÁN BARBERO, *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal Español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*, Madrid, 1980, pp., 1 y ss.

vigencia de los estatutos punitivos de 1870, 1928 y 1932⁴⁸⁴. Los fundamentos en los que se sustentaba la referida teoría consistían, en lo medular, en establecer un nexo causal entre el autor y el resultado, de manera que no se prestaba mayor atención a la condición del sujeto.

Una cuestión diferente ocurrió a partir de la estructuración de la teoría normativa, que entre sus aportes tuvo el desarrollo de la exigibilidad que consideraba cuestiones particulares del sujeto. Al amparo de estos cambios se concibe el estado de necesidad exculpante, sobre la base del principio de inexigibilidad de otra conducta, el cual ha constituido uno de los resortes sobre los cuales se basa la aludida modalidad de la eximente que nos ocupa. A partir de esta posición se elabora una concepción dual del estado de necesidad, uno con connotaciones justificantes y otro con inclinaciones hacia la exculpación⁴⁸⁵.

Con relación a los códigos de 1848 a 1850 también importa manifestar que en aquellos textos el estado de necesidad se concebía de manera muy limitada, pues sólo se permitía la exención en vías de salvar un bien mayor y, particularmente, aquellos en los cuales resultará lesionado el patrimonio. Tal situación se mantuvo hasta el estatuto de 1932, en el cual el marco se extendió⁴⁸⁶.

Siguiendo con lo expuesto, el texto de 1848 sólo regulaba el estado de necesidad propio y como se indicó había una referencia expresa al patrimonio como bien a atender. La cuestión se amplió a partir del CPE de 1928, dado que se admitió la figura del auxilio necesario, la cual también está prevista dentro de la estructura de la eximente que hoy día rige para el estado de necesidad⁴⁸⁷.

En 1944 tuvo lugar una modificación a la figura del estado de necesidad, de tal suerte que se posibilitó estimar que tal eximente tenía una naturaleza dual, puesto que permitía justificar o exculpar, según los intereses jurídicos enfrentados, al menos según la opinión de algunos autores. Sostiene ROLDÁN BARBERO que para aquella época se tuvo noticia en España de la teoría normativa de la culpabilidad, dentro de la cual se

⁴⁸⁴ ROLDÁN BARBERO, *La naturaleza jurídica...*, cit., pp. 2.

⁴⁸⁵ ROLDÁN BARBERO, *La naturaleza jurídica...*, cit., pp. 1.

⁴⁸⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Comentarios al Código Penal, tomo II*, Madrid, 1999, pp. 348.

⁴⁸⁷ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 337.

desarrolló, de manera amplia, la figura de la exigibilidad que formuló importantes aportes para la circunstancia del estado de necesidad, desde una perspectiva exculpante⁴⁸⁸.

Hasta la reforma parcial de 1944 el estado de necesidad se regía por la figura del interés preponderante, en razón que los intereses en contraposición no eran idénticos, por tanto, el mal causado tampoco lo era. La modificación citada introdujo, como ha sido expresado, la posibilidad de acudir a la eximente que nos atañe en el supuesto de intereses iguales. Algunos autores como ANTÓN ÓNECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, luego de la reforma referida estimaron que en el caso de intereses desiguales se está frente a un estado de necesidad justificante, sobre la base del principio de interés preponderante; y en el supuesto de intereses iguales se debe atender a la exculpación, en razón de la no exigibilidad de otra conducta⁴⁸⁹.

Otro de los factores que propició que el estado de necesidad se considerará solamente como causa de justificación, tal como ha sido reseñado, obedecía al escaso desarrollo que había alcanzado para la época la teoría del delito, puesto que aquella no contaba con las dimensiones que se han ido formulando⁴⁹⁰.

En el supuesto que acontecieran colisiones de intereses de igual condición al tiempo que rigieron los estatutos penales vigentes hasta 1944, tales cuestiones no eran objeto de mayores consideraciones; no obstante, en el evento que ello ocurría el asunto se estimaba impune, dado que se estimaba se trataba de temas prejurídicos que debían permanecer al margen de enjuiciamientos de naturaleza jurídica y con relevancia penal⁴⁹¹.

Las causas que motivaron a realizar la reforma introducida en el CPE en 1944,

⁴⁸⁸ ROLDÁN BARBERO, *La naturaleza jurídica...*, cit., pp. 1. De hecho, este autor expresa que las concepciones que se desarrollaron durante la vigencia de los mencionados textos penales apuntaban a estimar que el estado de necesidad constituía causa de justificación, salvo casos muy particulares. Así, se podía considerar que en el supuesto de hurto famélico se trataba de una cuestión exculpante si es que la persona hurtaba a personas que se encontraban en la misma situación.

⁴⁸⁹ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 257 y ss.

⁴⁹⁰ ROLDÁN BARBERO, *La naturaleza jurídica...*, cit., pp. 4.

⁴⁹¹ ROLDÁN BARBERO, *Estado de Necesidad y colisión de intereses*, Madrid, 1986, pp 500. Además, expresa que en el evento que surgieran, previo a la reforma de 1944, conflictos relacionados con bienes jurídicos de igual condición, el asunto podía resolverse mediante la eximente del miedo insuperable.

de tal modo que se posibilitó la comprensión del estado de necesidad desde perspectivas justificantes y exculpantes, no resultan claras. Así lo sostiene ROLDÁN BARBERO, puesto que expresa que ninguna cosa se puntualizó en cuanto a esa modificación, e incluso manifiesta que no se supo dar noticia de la necesidad de la reforma, salvo QUINTANO quien aseguró que la reforma tenía por propósito evitar que no existieran tropiezos con la eximente del miedo insuperable que decía relación con el conflicto entre bienes de la misma entidad⁴⁹².

Las modificaciones introducidas al texto penal español a partir de 1944 y que se mantienen, para los efectos que nos ocupan hoy día, han dado lugar a que la eximente del estado de necesidad haya pasada de ser una circunstancia muy limitada a expandir sus efectos de manera importante⁴⁹³.

Por último, se observa que con respecto a la normativa que regía los destinos del estado de necesidad se advierte que la única variante introducida por el código de 1995 consiste en que se omitió el concepto “impulsado” que estaba previsto dentro de la estructura de la eximente que nos ocupa⁴⁹⁴.

En el ordenamiento alemán se ha impuesto hace algunos años la concepción dual del estado de necesidad⁴⁹⁵. No obstante, la teoría de la unidad fue mayoría en Alemania, por lo menos hasta 1920⁴⁹⁶.

Desde el texto punitivo de 1871 se ha previsto la regulación del estado de necesidad desde una perspectiva binaria. El artículo 54 del mencionado texto legal preveía estado de necesidad en caso que se enfrentaran bienes como la vida o la

⁴⁹² ROLDÁN BARBERO, *El Estado de Necesidad...*, cit., pp. 502 y ss. Este autor sostiene que el término estado de necesidad deriva de la palabra alemana *Notstand* y que era desconocido en la jurisprudencia y doctrina en España, hasta que fue introducido por trabajos de JIMÉNEZ DE ASÚA.

⁴⁹³ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 2004, pp. 329. En ese mismo sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Comentarios al Código tomo II...*, cit., pp.348. Este autor expresa que la eximente de estado de necesidad presentaba un marco de aplicación muy reducido en los códigos históricos de 1848 a 1850, pues sólo tenía ocasión para la salvaguarda de los bienes de mayor relevancia y se circunscribía a la tutela de la propiedad.

⁴⁹⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Comentarios al Código tomo II...*, cit., pp. 332.

⁴⁹⁵ MARTIN LORENZO, *La exculpación Penal...*, cit., pp.354.

⁴⁹⁶ HIRSCH, “El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, *Estudios penales en homenaje a ENRIQUE GIMBERNAT*, tomo I, traducción de CRESPO, Madrid, 2008, pp. 1006.

integridad corporal⁴⁹⁷. En tal instrumento normativo las intervenciones en torno a los objetos ajenos justificados por estado de necesidad eran reguladas en el Código civil⁴⁹⁸.

La mencionada posición, al menos en lo medular, se ha mantenido hasta hoy, dado que el StGB de 1975 en su párrafo 35 también prevé la figura del estado de necesidad en su modalidad exculpante, en tanto que en el 34 se encuentra la eximente en cuestión, pero con repercusiones justificantes.

3.3. El ejercicio de ponderación en el estado de necesidad

Uno de los elementos de mayor relevancia dentro de la eximente que nos atañe, se trata de la ponderación de los intereses que coliden. Y es que a partir de tal cuestión se determinan, en gran medida, las consecuencias que se derivan de la situación en particular. Además, en razón de las condiciones que se presenten el sujeto puede incurrir en algún error, lo cual es importante para esta investigación, debido a que se trata del tema que se examina.

En atención a lo expuesto corresponde realizar alguna revisión a los diferentes factores que se utilizan para adelantar el ejercicio de ponderación en el estado de necesidad y luego examinar la naturaleza de la eximente.

Se advierte que la gravedad de las penas es uno de los criterios a examinar dentro del ejercicio de ponderación, tal cual lo mencionada RODRÍGUEZ DEVESA, para quien importa atender a criterios de carácter valorativos para poder resolver la cuestión que se presenta al tiempo en que se produce una colisión. En todo caso, este autor sostiene que la cuestión a analizar debe tener una condición de relevancia, en la cual se comprometa un interés jurídico, de manera que se permita salvar un bien jurídico y sacrificar otro⁴⁹⁹.

En el ejercicio de ponderación se presentan problemas de considerable entidad. Como punto de partida, se discute en qué forma se comparan los males. Para solucionar

⁴⁹⁷ ROLDÁN BARBERO, *La naturaleza jurídica...*, cit., pp. 20.

⁴⁹⁸ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 466.

⁴⁹⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 570.

esto se ha entendido que es necesario realizar una valoración integral, es decir, que se precisa del examen de diversos criterios a efecto de adelantar tal ponderación. Así importa examinar aspectos jurídicos, constitucionales, sociales, éticos, y de igual forma de orden subjetivos⁵⁰⁰.

En razón de lo expresado, la ponderación que acontece dentro del estado de necesidad involucra estimar varios aspectos. Así, un punto de partida dirá que resulta necesario examinar los marcos penales, es decir, la amenaza que la ley prevé para un comportamiento, para establecer cual resulta más relevante⁵⁰¹.

También habrá que valorar la diferencia de valor de los bienes jurídicos. En este sentido, los preceptos generales tendrán que ceder ante la concurrencia de daños particulares. De igual forma, los bienes relacionados con la personalidad tendrán prioridad ante los patrimoniales, aunque sobre este punto se advierten opiniones en contrario. En adición, la tutela de la vida y la integridad son intereses de mayor relevancia ante otros intereses como la personalidad o supraindividuales. Sin embargo, tales valoraciones deben responder a las particulares condiciones que se presenten en cada caso⁵⁰².

Ahora bien, las ponderaciones que se realicen al tiempo de verificar la aparición de un estado de necesidad justificante, deben ser de carácter objetivo, es decir, que no cabe valorar aspectos vinculados con los apegos religiosos o afectivos que se perciban por parte de los involucrados, como tampoco convendría echar mano de cuestiones de naturaleza eclesíástica⁵⁰³.

Para abundar sobre lo expuesto en el párrafo que antecede, importa tomar en consideración la intensidad de la lesión que se dirige contra el bien jurídico. Así, será de relevancia considerar la valoración del perjuicio que se cierne sobre los bienes jurídicos, en las dimensiones del conflicto correspondiente. De esta manera, expresa ROXIN, que una privación material de relevancia, puede estar por encima de una

⁵⁰⁰ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 630.

⁵⁰¹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 682.

⁵⁰² ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 684.

⁵⁰³ CURY URZÚA, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 373.

situación relacionada con la libertad⁵⁰⁴.

Vale reiterar que como se manifestó un punto para realizar la ponderación que resulta pertinente en el marco de la justificación se trata de las conminaciones establecidas en el estatuto punitivo, porque a partir de ellas se puede considerar la relevancia que tiene el bien jurídico que es protegido por el tipo penal. En este sentido, corresponde realizar una revisión contextual del ordenamiento jurídico, en aras de establecer el valor de los bienes jurídicos. No obstante, tal cuestión no se trata del único factor a considerar, por cuanto también resulta relevante echar mano de otros criterios, como la situación vinculada con la proximidad del peligro que se cierne, puesto que si éste se encuentra lejano existe la posibilidad de evitarlo por los mecanismos que resulten conducentes para tales propósitos. Así, en esta dirección, se ha señalado que, dentro de los contornos de la justificación por estado de necesidad, solo cabe la lesión de un bien jurídico de menos relevancia, en el supuesto que constituya la única alternativa para lograr la salvación de otros bienes⁵⁰⁵.

BUSTOS RAMÍREZ sostiene que la cuestión en el estado de necesidad no solo pasa por verificar la condición de los bienes que entran en conflicto, sino también las circunstancias que resultan concomitantes en torno a los intereses que se vinculan con la situación que se analiza. Siguiendo con lo planteado este autor manifiesta que en algunos casos puede que se privilegie un bien jurídico que, de entrada, parecería de menor entidad que otro. Así, por ejemplo, cita el supuesto en que colidan patrimonio y salud individual. A primera vista habría que estimar la salud como un bien más relevante, pero puede ser que en la situación particular se encuentren una pintura de muchísimo valor ante una lesión de poca monta, por ende, ante este panorama resultaría dable considerar que debería optarse por la tutela de la propiedad⁵⁰⁶.

En todo caso la comparación debe adelantarse entre males y no bienes, porque así lo dispone el ordenamiento jurídico español. Vale agregar que la comparación debe

⁵⁰⁴ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 685.

⁵⁰⁵ WELZEL, *Derecho Penal Alemán...*, cit., pp. 132.

⁵⁰⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 247. También en este mismo sentido, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 393, quienes aseguran que, si bien el punto de partida del estado de necesidad exculpante implica la confrontación entre bienes de idéntico valor, el asunto no se agota en esos términos y se precisa de verificar si el sacrificio de los bienes en juego constituía el único mecanismo para resolver la situación.

involucrar elementos amplios, tal cual ocurre con: la gravedad del ataque que se emprende contra el bien jurídico, el disvalor ético del mal que se ha producido dentro del contexto social⁵⁰⁷.

En torno al asunto que nos atañe MIR PUIG ha considerado que no corresponde reconocer la circunstancia eximente del estado de necesidad siempre que colisionen bienes de distinto valor, debido a que estima existen situaciones en las cuales la diferencia entre un bien y otro resulta de poca significancia, por ende, ante esa perspectiva no cabría validar la conducta por la vía de la circunstancia que nos ocupa. Para este autor tampoco haría falta en este caso la imputación personal, puesto que en el ordenamiento jurídico español no se reclama la concurrencia de bienes de carácter personal, tal cual ocurre en el texto punitivo alemán⁵⁰⁸.

En abono a lo expuesto, se advierte que la justificación conlleva otras implicaciones más allá de la comparación de bienes, debido a que puede ser que se advierta una leve diferencia entre los bienes que se encuentran en colisión, por ende, desde el punto de vista políticocriminal es contraproducente, por excesivo, que el ordenamiento jurídico demuestre conformidad con la acción que se realiza. Además, en supuestos como el mencionado tampoco faltaría la culpabilidad, por ende, no corresponde dejar sin castigo la conducta⁵⁰⁹.

CEREZO MIR sostiene que la dignidad humana ocupa un rol de considerable entidad dentro de la eximente de estado de necesidad. Así, sostiene que sería contrario a la dignidad humana extraer un órgano de un paciente, para trasplantarlo en otro, porque ello equivaldría a hacer de la persona un instrumento. Bajo esta argumentación CEREZO MIR es de la opinión que el estado de necesidad debe reputarse como causa de justificación en el caso que el mal tratado sea menor que el afectado, pero para tal efecto se precisa no haya una infracción relevante a la dignidad de la persona humana⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 377.

⁵⁰⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 468.

⁵⁰⁹ MIR PUIG, *Problemas del Estado de Necesidad en el artículo 8.7 CP tomo I*, Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, Barcelona, 1983, cit., pp. 514 y 515.

⁵¹⁰ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 270. En esta línea de pensamiento, también se pronuncia ROXIN en *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 680 y ss., al menos en alguna medida, puesto que sostiene que dentro del marco de la comparación de bienes no cabe realizar ponderaciones de la vida frente a la

La dignidad de la persona humana, al decir de CEREZO MIR, implica un principio de naturaleza política y que permite dotar de paz social. Tal principio se desprende del texto constitucional español. Para CEREZO MIR la dignidad humana establece fronteras al ordenamiento jurídico, de tal modo que limita sus ámbitos de injerencia⁵¹¹.

El principio de la dignidad de la persona humana informa el estado de necesidad, a tal punto que en el caso que haya un comportamiento que atente contra aquella, entonces, deberá considerarse ilícita y en razón de tal situación cabría legítima defensa⁵¹².

Por otro lado, CEREZO MIR sostiene que el concepto de bienes que, en ocasiones, se utiliza en cuanto al estado de necesidad es equivocado, debido a que el CPE se refiere a intereses. A propósito del sentido y extensión del término interés, entiende CEREZO MIR que se trata de un concepto normativo y posibilita valoraciones del ordenamiento en cuanto a la situación de necesidad que acontece⁵¹³.

Para CEREZO MIR en el caso que la pena posea eficacia inhibitoria entonces se estará frente a una causa de justificación, sin embargo, en el supuesto que esto no sea así la cuestión pasa por reconocer una causa de exculpación. En este sentido, puntualiza que en la legítima defensa como en el estado de necesidad existen situaciones en las cuales la pena no es inhibitoria, debido a un conflicto entre vidas humanas, agresión ilegítima en contra de la vida o la integridad corporal⁵¹⁴.

La colisión de bienes equivalentes no merece una ponderación positiva, puesto que en todo caso se trata de un ataque dirigido contra un bien jurídico y que es objeto de

vida, dado que por las connotaciones de este bien jurídico resulta inadmisibles cualquier comparación cuando aparezcan involucrados tales bienes. ROXIN sostiene que si bien algunos autores estiman que cabe la justificación, pese a que haya colisión de vida contra vida, en supuestos como la comunidad de peligro, en vista que se entiende que la persona no cuenta con perspectivas para sobrevivir, sin embargo, tal postura es refutada por ROXIN, puesto que entiende que en todo caso se le quita la vida a una persona con base en especulaciones, puesto que no es posible determinar con precisión que el sujeto perdería la vida y los defensores de la posición anterior se basan en una mera elaboración intelectual.

⁵¹¹ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 270.

⁵¹² CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 270.

⁵¹³ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 253.

⁵¹⁴ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 262.

protección por el ordenamiento, aunque se proceda amparado por la circunstancia de estado de necesidad. No obstante, tal reflexión no debe llevar a concluir que la situación no deba ser considerada como conforme a derecho, dado que al fin y al cabo no se observa contraposición entre el comportamiento desvalioso y el ordenamiento, en razón de la existencia de la situación de necesidad⁵¹⁵.

Con todo, las ponderaciones que corresponde realizar, dentro del marco del estado de necesidad exculpante no pasan solo por estimar que colisionan bienes de igual jerarquía, sino que también habría que considerar otros aspectos, verbigracia, los intereses que se vinculan con la situación; puesto que en algunos casos puede que la propiedad se encuentra por encima de la salud, según las particulares condiciones que se presenten. Aquí también importa puntualizar que ante la colisión de bienes de la misma relevancia no es posible determinar cuál de ellos debe imponerse, como ocurre en el supuesto de la preponderancia de intereses, por tanto, no cabe justificar, sino más bien acudir a la exculpación, para los partidarios de la teoría de la diferenciación⁵¹⁶.

Para que pueda reputarse que el estado de necesidad como causa de exculpación, en razón de la colisión de intereses debería ocurrir una disminución del injusto, puesto que esto da lugar a una disminución de la culpabilidad. Esto es así porque se realiza una acción para tutelar otros intereses jurídicos que son de la misma entidad, por tanto, al salvarse los intereses se produce un menor desvalor del resultado⁵¹⁷. Sin embargo, se considera que no siempre existe tal disminución, en atención a que puede existir una acción salvadora sin resultado o fallida, de tal suerte que ante tal condición el injusto resulta eventual⁵¹⁸.

Vale considerar, igualmente, que en razón de la situación de necesidad por

⁵¹⁵ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 207.

⁵¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 143. En el mismo orden de ideas DIEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal español...*, cit., pp. 256 quien se ocupa de desarrollar la opinión de CEREZO MIR sobre este punto y así afirma que en el supuesto que el mal causado sea menor que el evitado no siempre acontece una causa de justificación, porque para ello habría que considerar el respeto a la dignidad de la persona humana. Aquí se ejemplifica la cuestión con el supuesto del trasplante no consentido de un riñón, lo cual no propicia justificación, dado que no es posible instrumentalizar al sujeto en vías de salvar una vida. Tampoco se exculpa siempre que el mal causado sea equivalente, porque más bien debe atenderse a la exclusión o disminución considerable de la capacidad de la persona.

⁵¹⁷ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 272 y 273.

⁵¹⁸ ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 587.

colisión de intereses iguales la capacidad del agente de conducirse conforme a la norma se disminuye, por ende, no le es exigible el acatamiento al ordenamiento. Las condiciones para determinar la exigibilidad se dirigen hacia la consideración del hombre que se estima respetuoso de las demandas que se formulan a partir del ordenamiento jurídico e inteligente⁵¹⁹.

En atención a lo expresado en el inciso superior, la posibilidad de reproche se enerva en la situación en la cual se encuentra el sujeto en el estado de necesidad exculpante, puesto que acontece una disminución de las posibilidades de autodeterminación del individuo⁵²⁰.

Dentro del orden de ideas expuesto, vale considerar si la potencial lesión es cierta, porque esta ocupa una consideración relevante frente a una expectativa de peligro, e incluso los intereses de las personas que convergen en el marco de la exigente también deben ser atendidos. Y para verificar la cuestión en el contexto de bienes personalísimos importa tener en mente el consentimiento de la persona, tal como ocurrirá en el supuesto de intervención médica⁵²¹.

También será mandatorio atender a la consideración constitucional que se le confiere al bien, sin embargo, si se carece de aquella, esto no significa que el valor deba estimarse de menor entidad, puesto que existen bienes colectivos que cuentan con relevancia social y que algunos derechos constitucionales que resulten preceptivos, tal como ocurre en cuestiones relacionadas con la seguridad del Estado frente al honor⁵²².

De manera paralela a lo expuesto, se encuentra la figura de la coacción que se trata, en términos generales, de una situación de necesidad que ha sido ocasionada por un comportamiento humano. Ante tal situación cabe, según ZAFFARONI, responder en estado de necesidad exculpante⁵²³. Sobre la coacción se volverá con mayor detalle al tiempo en que se aborde la regulación del estado de necesidad en el ordenamiento

⁵¹⁹ CERESO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 273.

⁵²⁰ ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 587. Precisamente por este argumento, este autor considera que lo más relevante constituye la disminución de la capacidad de autodeterminación del agente.

⁵²¹ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 146.

⁵²² LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 631.

⁵²³ ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 586.

jurídico panameño, por cuanto se establece de manera expresa como eximente, en conjunto con el estado de necesidad.

En vías de realizar el ejercicio de ponderación, será útil tomar en consideración si han resultado lesionados intereses que cuenten con reconocimiento jurídico. Así, en la comparación de intereses, en el supuesto que exista equivalencia, es necesario verificar si ha tenido lugar una afectación o no por el peligro que ha acontecido.

No obstante, la ponderación no siempre es posible, en atención a la concurrencia de bienes que resulten heterogéneos. Así, se cita el caso de la persona quien adelanta una falsificación de una receta, en vías de comprar algún medicamento para aliviar alguna dolencia que lo aqueja. En este supuesto, no cabría realizar una valoración rigurosa de los males que coliden, pues la cuestión pasa más bien por una relación de adecuación. En el caso planteado la cuestión tendría matices justificantes si es que el mecanismo utilizado resulta el correcto para eludir el peligro, y en sentido diferente se estará ante una eximente incompleta⁵²⁴.

La comparación debe comprender reflexiones integrales tales como: 1) la gravedad que implican ataques dirigidos a bienes jurídicos, o que el mal ocasionado posea desvaloración desde el punto de vista ético o social; 2) es de recibo estimar que existen bienes jurídicos que debido a su heterogeneidad, resultan incomparables; 3) también habría que considerar que existen bienes jurídicos que por su condición de personales no pueden ser ponderados, en atención a que no pueden ser objeto de instrumentalización. En este último supuesto, en todo caso podría acudir al miedo insuperable⁵²⁵.

La valoración que se precisa en el estado de necesidad también requiere verificar aspectos como la adecuación social, por eso el medio empleado para hacer frente a la situación de necesidad debe tener saldo positivo desde la perspectiva expuesta; por tanto, la extracción de un órgano sin el consentimiento de la persona, para salvar a otro

⁵²⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 331. Una situación similar al ejemplo planteado ocurre al tiempo que coliden aspectos como el honor frente a la libertad de expresión, de manera que estos autores manifiestan reflexiones similares.

⁵²⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 377.

no puede considerarse correcto⁵²⁶.

En cuanto a la situación de necesidad importa tener en mente que en el estado de necesidad se requiere de la ponderación de los intereses que coliden y esto conlleva como se puntualiza un análisis integral de la situación. Esto implicaría considerar la naturaleza y dimensiones de la lesión, así como las posibilidades de reparar o no el daño causado. En este sentido, también conlleva verificar el grado de peligro que se pretende eludir, así como el desvalor de la acción necesaria y, de igual forma, la acción derivada de la amenaza que se desprende del mal, o si se coloca en peligro otro bien jurídico⁵²⁷.

En el orden de ideas expuesto en el párrafo que antecede también será oportuno verificar la condición económica de los sujetos que se encuentran involucrados en la situación de necesidad, en el evento que los bienes que colidan sean de naturaleza patrimonial. De igual manera, será oportuno atender a cuestiones éticas y sociales, así como los principios que informan el ordenamiento jurídico⁵²⁸.

El ejercicio de ponderación resulta de no poca complicación en el evento que los intereses colidan sean individuales frente a supraindividuales, debido a que resulta difícil establecer la primacía entre uno y otro. Para CEREZO MIR en el supuesto que no se logre establecer la supremacía de unos u otros habrá que concluir que son equivalentes y, en consecuencia, se estará ante una causa de exculpación, lo cual implica exclusión o disminución de obrar según la norma⁵²⁹.

Así las cosas, se precisa de reflexiones cualitativas, pero en situaciones menos relevantes se puede atender a cuestiones cuantitativas. En torno a las primeras habrá que verificar la manera y condiciones del ataque, puesto que conllevarían una agresión al ordenamiento jurídico. En otro contexto, el ataque a la dignidad del sujeto como aspecto cualitativo, e incluso la condición pecuniaria, si es que se ventila un delito contra el

⁵²⁶ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho...*, cit., pp. 153.

⁵²⁷ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 276.

⁵²⁸ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 277.

⁵²⁹ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 277 y ss. Para este autor es posible que tenga lugar el hurto famélico, desde la perspectiva expuesta, pero para ello será necesario que el peligro se haya prolongado por un periodo de tiempo considerable para la vida o en el caso que la situación no pueda superarse de otra forma.

patrimonio⁵³⁰.

Importa tener en mente que la eximente de estado de necesidad tiene connotaciones de carácter subsidiarias, en consecuencia, en el supuesto que el sujeto se encuentre en posición, por ejemplo, de huir podría hacerlo. Esto implica que se exige un tanto más de atención, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa que no participa de tales consideraciones en la misma intensidad.

Siguiendo con lo expuesto en el párrafo superior y en vista de la condición subsidiaria del estado de necesidad, se observa que es necesario que no existan otros mecanismos que permitan salvar el bien, es decir, no concurren circunstancias menos lesivas y exigibles, de tal modo que es atendible recurrir a auxilio por parte del Estado. Así las cosas, acontece exceso intensivo en el caso que el medio empleado resulte innecesario, sin embargo, en todo caso es posible reconocer eximente incompleta, debido a la disminución del injusto⁵³¹.

En el estado de necesidad se precisa de verificar la cuestión en cada caso en particular, es decir, desde una perspectiva *ex ante* y según lo haría un hombre promedio, puesto que el peligro puede extenderse y ello dé ocasión a que no haya necesidad de una reacción inmediata⁵³².

ROXIN establece un inventario de condiciones que deben considerarse al tiempo de realizar el ejercicio de ponderación. Así, estima que es oportuno comparar los tramos penales para los delitos, puesto que según el bien jurídico tutelado se fijan las conminaciones, no obstante, tal ejercicio no debería tener un alcance relevante, puesto que puede ser que en algunos casos no se consideren aspectos relevantes, como por ejemplo la personalidad, la cual no aparece tutelada penalmente de manera general⁵³³.

También es importante considerar la diferencia de valor de los bienes jurídicos. Esto implica adelantar un examen de proporcionalidad. Así, en casos de asuntos generales se debe ceder ante lesiones concretas. En adición, la tutela de la personalidad

⁵³⁰ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLAZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 344.

⁵³¹ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 629.

⁵³² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 478.

⁵³³ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 683.

está por encima de los patrimoniales. Además, tanto la vida como la integridad se encuentran por encima de otros, incluso de aspectos relacionados con la personalidad o de orden supraindividual. Desde luego que tales parámetros deben ser analizados según el caso que se presente⁵³⁴.

Es motivo de consideración, dentro del marco de ponderación, la intensidad de la lesión dirigida hacia el bien jurídico. Esto implica verificar el grado del daño que se cierne sobre el bien, en atención al conflicto que se advierte, tal cual podría acontecer, al decir de ROXIN, frente a una privación material de relevancia ante la libertad de la persona⁵³⁵.

Si bien no deben ser admitidas las ponderaciones que impliquen colisión de vida contra vida, en vista de lo incuantificable de aquella. No obstante, alguna excepción puede derivarse de la comunidad de peligro, por cuanto se defiende la justificación ante tal figura. Sin embargo, esto equivale aceptar que se le quite la vida a alguien que no tendría posibilidad de salvación, empero ROXIN se opone dado que estima la conducta es antijurídica, pues admitir lo contrario implicaría una cuestión arbitraria hacia el potencial sentenciado que todavía es protegido por el ordenamiento y la concepción que dice la muerte ocurriría es una situación que no pasa de especulación⁵³⁶.

Otro criterio a considerar es la actuación de parte del injusto. Conforme a esta posición en el caso que el sujeto se coloque del lado del injusto, por ejemplo, en el delito de falso testimonio, en el cual procede motivado por alguna amenaza contra su vida. Esto podría dar lugar a la eximente de estado de necesidad, dado que su vida pesa más que la administración de justicia. Aquí también habría que estimar que si acontecen ilícitos de poca relevancia es dable atender a los intereses del coaccionado, en cambio si la situación es más relevante entonces corresponde atender a la preservación del orden⁵³⁷.

3.4. Naturaleza

⁵³⁴ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 684.

⁵³⁵ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 685.

⁵³⁶ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 687 y ss.

⁵³⁷ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 702.

La determinación de la naturaleza jurídica de la eximente de estado de necesidad ha alcanzado importantes dimensiones en España, en atención a que el estatuto punitivo de ese país, como se ha mencionado en otros tramos, no ofrece una distinción entre causas de justificación y exculpación. Esta situación ha generado importantes debates en el seno de la doctrina española dirigidos a establecer el sentido y alcance del estado de necesidad. Así, se ha estimado que en el caso que colisionen intereses idénticos se estará ante una causa de exculpación, en cambio si la cuestión se trata de intereses que no son iguales, entonces el asunto debe resolverse mediante las reglas que proporciona la justificación.

Las consecuencias que se desprenden de la consideración que se le asigne al estado de necesidad acarrearán repercusiones de considerable entidad y que, en vista de ello, merecen la pena considerar para luego de ello posicionarse en cuanto a la situación que nos ocupa. Particularmente, en cuanto al tema del error, pero también por otras incidencias como por ejemplo en la participación criminal o en vías de oponer alguna otra eximente frente a quien actúa bajo el estado de necesidad.

En esta investigación se utiliza como base el ordenamiento jurídico español, por tanto, las referencias consultadas, en su gran mayoría, provienen de la ley y doctrina de ese país que, al fin y al cabo, constituye el punto de apoyo de este trabajo. Además, como se expresó el debate sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad alcanza en España proporciones relevantes, de manera que ello también justifica el examen de la cuestión en el ordenamiento español.

Por el contrario, el legislador alemán se ha ocupado de realizar una distinción clara en torno al estado de necesidad, por ende, el StGB prevé la figura del estado de necesidad justificante y exculpante de manera definida. Como viene expuesto, la situación de la naturaleza jurídica no tiene en Alemania las dimensiones que acontecen en España, en vista de ello las referencias a la condición alemana ocuparán un menor espacio, sin que esto implique, desde luego, falta de reconocimiento a los relevantes aportes que ha proporcionado la legislación y doctrina alemana para la disciplina que nos interesa.

Consideraciones aparte se adelantarán en cuanto a la legislación panameña. Esto

en aras de desarrollar de modo particular la regulación que ha dispensado el legislador al tema que nos ocupa y también el comportamiento de la jurisprudencia y la doctrina. Además, en esta dirección se realizarán algunas menciones del derogado código panameño de 1982 que estuvo vigente hasta mayo de 2008 y que todavía resulta aplicable en algunas causas, por razones de favorabilidad en lo que respecta a la ley penal en el tiempo.

3.4.1. Las teorías de la adecuación y del conflicto

Con lo expuesto en mente corresponde analizar las teorías que se encargan de dotar de contenido y alcance a la eximente que nos atañe. De entrada, importa destacar que, en alguna medida, las teorías de la unificación y de la diferenciación encuentran puntos de apoyo en los trabajos que en su día formularon KANT y HEGEL, puesto que ambos realizaron algunos planteamientos de suma relevancia, tal cual se pone de manifiesto a continuación.

KANT desarrolló la teoría de la adecuación (*adäquitätstheorie*). Según expresó KANT el comportamiento de la persona, conforme a la eximente de estado de necesidad, no puede reputarse conforme a derecho, es decir, que no encuentra adecuación al ordenamiento jurídico. Sin embargo, tal conducta no es objeto de castigo por cuestiones de equidad, dado que la persona actúa bajo coacción psicológica, por tanto, en estas condiciones no es de recibo aplicar una pena⁵³⁸.

La línea de pensamiento desarrollada por KANT, también es conocida como teoría de la equidad y puntualiza que la acción necesaria se estima inculpable, puesto que el ordenamiento no está en posición de determinar al autor en vías que proceda según la ley. Esto es así en razón que la persona se encuentra motivada por una fuerza irresistible, en consecuencia, la acción necesaria no puede ser objeto de sanción por razones de equidad⁵³⁹.

Para la teoría referida se advierte en el sujeto una coacción psicológica. Esta situación de constreñimiento psicológico no permite que el individuo sea castigado, en

⁵³⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 466.

⁵³⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 379.

atención a que su estado emocional se encuentra turbado por una cuestión de inexigibilidad⁵⁴⁰.

La versión de KANT proporciona el fundamento subjetivo a la eximente del estado de necesidad, en la medida que propone un instinto de conservación como resorte de la eximente, en vista que se advierte un actuar injusto, empero no se castiga por una cuestión de equidad, en atención a la presencia de una coacción psicológica que afecta al sujeto⁵⁴¹.

Los efectos de la teoría de la adecuación se advierten en diferentes escenarios. Así, la teoría psicológica de FEUERBACH acogió las reflexiones que formuló KANT y que tenían como base la existencia de una coacción psicológica. La posición elaborada por FEURBACH utilizó como referencia la situación psíquica del agente, la cual sostiene que tal coacción da lugar a que no pueda establecerse responsabilidad del sujeto en razón de las condiciones que presenta⁵⁴². Así las cosas, FEURBACH excluyó la imputabilidad de la persona, en atención a la presencia de coacción psicológica⁵⁴³.

Dentro de otro contexto se encuentra la teoría de la colisión, también llamada teoría del conflicto⁵⁴⁴. Esta teoría ha sido elaborada por HEGEL, quien expresa que el bien salvado, en el marco de una situación de necesidad, se estima relevante frente al que es objeto de sacrificio, de manera que la persona se encuentra justificada, es decir, su conducta resulta aprobada por el ordenamiento jurídico. En atención a estos argumentos el comportamiento no aparece exculpado, como sostiene la teoría de la adecuación. Para HEGEL la cuestión de la coacción psicológica en la cual pone su acento la teoría de la adecuación no tiene mayor relevancia⁵⁴⁵. Conforme a los planteamientos de HEGEL se observa existe un interés que está por encima de otro, lo cual da lugar a que el comportamiento se considere conforme a derecho⁵⁴⁶.

La construcción desarrollada por HEGEL permite justificar la conducta del

⁵⁴⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Comentarios al Código tomo II...*, cit., pp. 345 y 46.

⁵⁴¹ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 339.

⁵⁴² MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 355.

⁵⁴³ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 379.

⁵⁴⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 379. Esta teoría tiene como punto de partida la distinción de carácter valorativo que existe entre los bienes en conflicto.

⁵⁴⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 466.

⁵⁴⁶ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 354.

sujeto, en razón que se observa existe un valor objetivo que resulta mayor, debido a que se advierte un interés salvado que está por encima del que ha resultado lesionado, de manera que tal comportamiento resulta aprobado por el ordenamiento⁵⁴⁷.

Se observa que la teoría elaborada por HEGEL suministra un fundamento objetivo al estado de necesidad, en vista que advierte una colisión de bienes en la cual el Estado se decanta por la mayor relevancia de los intereses que son objeto de salvación⁵⁴⁸.

Con base en la argumentación de HEGEL se concluye que en el estado de necesidad justificante existen bienes que son dignos de tutela, sin embargo, esto acontece en aras de la protección de aspectos sociales. En tanto que la legítima defensa, la protección de los bienes del agresor se desvanece, en atención que su acción resulta antijurídica. En este contexto se adelanta una ponderación de intereses sobre la base del principio de interés preponderante, previsto en el párrafo 34 del StGB⁵⁴⁹.

Siguiendo con lo expuesto en el inciso superior se concluye que la justificación tiene lugar en el caso que el bien a salvar posea una valoración social mucho más relevante del bien que se sacrifica. No obstante, habría que considerar que no cabe realizar ponderaciones en las cuales intervenga la vida, en atención a la relevancia que tiene determinado bien⁵⁵⁰.

Como se mencionó las teorías referidas han tenido marcadas influencias en el desarrollo de las posturas que se ocupan de la naturaleza jurídica del estado de necesidad, más que todo en cuanto a la teoría de la diferenciación que acoge en su seno tanto la teoría de la adecuación y de la colisión, en la medida que estima que corresponde reconocer un estado de necesidad justificante y exculpante, según los intereses que se enfrenten, empero sobre tales cuestiones nos referimos en las líneas que a continuación se suceden. Por ahora valga anotar que sobre el particular COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN sostienen que en el evento que colidan intereses de diferente entidad, entonces la conducta será tolerada por el ordenamiento, mientras que en el supuesto que la

⁵⁴⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código tomo II...*, cit., pp. 346.

⁵⁴⁸ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 339.

⁵⁴⁹ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 468.

⁵⁵⁰ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 472 y 473.

colisión se produzca entre intereses de la misma categoría entonces se exime de castigo por asunto fundamentado en la justicia⁵⁵¹.

3.4.2. Teoría de la diferenciación

Esta teoría ha sido aceptada en España de manera mayoritaria⁵⁵². En atención a los fundamentos de esta teoría el artículo 20.5 del CPE permite tanto justificar como exculpar al tiempo que concurre la eximente de estado de necesidad. Claro está que para que acontezca justificación o exculpación será necesario examinar la naturaleza de los intereses que colisionan en el marco de cada situación, para así verificar la solución que corresponde.

Aquí vale puntualizar que esta teoría ha sido acogida por el TS, tal como se desprende de la sentencia 540/2012 de 16 de octubre de 2012, emitida por la Audiencia Provincial con sede en Santander que sostiene lo siguiente:

“Y es que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene señalando ya desde antiguo (STS de 21-6-1982) que la eximente de estado de necesidad –causa de exclusión del injusto cuando se trata de conflicto entre bienes o intereses de igual valor, teniendo su fundamento en el principio de protección del interés preponderante, o, causa excluyente de la culpabilidad cuando se trata de conflictos entre bienes o deberes de igual entidad o rango (principio de inexigibilidad de otra conducta)”.

⁵⁵¹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 572. Estos autores ubican entre las eximentes fundamentadas en la inexigibilidad las siguientes: miedo insuperable, estado de necesidad exculpante, obediencia debida y fuerza irresistible. Claro está que las reflexiones se realizaron dentro del marco del derogado CPE, empero sirven para formular una primera aproximación sobre el estado de la cuestión del estado de necesidad en España.

⁵⁵² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 466 y 467, a favor de la teoría de la diferenciación el TS se ha pronunciado por medio de las sentencias de 29 de septiembre de 1965, 15 de julio de 1971, 24 de septiembre de 1974, 26 de noviembre de 1975 y 13 de abril de 1987, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 204; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho, volumen II...*, cit., pp. 40; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 393; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho...*, cit., pp. 154, DIEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español., Parte general en esquemas*, 2ª. Edición, Valencia, 2009, pp. 257; SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 347; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 339; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 426; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 375; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 621; CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 260, MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 122; MIR PUIG, *Problemas del estado tomo I...*, cit., pp. 502; SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal Español*, en ADPCP tomo XXXV, fascículo III, 1982, pp. 663; MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 362 y 366 y GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 181.

En Alemania, donde la teoría de la diferenciación es ampliamente mayoritaria, fue GOLDSCHMIDT quien contribuyó a generar un debate sobre el asunto, en razón que advirtió la concurrencia de una cuestión de naturaleza diferenciadora, de tal suerte que concluyó convergían un estado de necesidad justificante y otro exculpante, según las condiciones que se presenten. Tal postura ha sido recogida por el ordenamiento alemán, como consta en los párrafos 34 y 35 del StGB⁵⁵³.

Según el ordenamiento alemán las consecuencias que se desprenden de uno y otro estado de necesidad dependen de la modalidad de la eximente. Así, en el supuesto que se esté frente a un estado de necesidad justificante entonces no habrá posibilidad de utilizar legítima defensa contra quien se encuentra amparado por estado de necesidad, no es procedente la participación punible y la conducta del sujeto que procede conforme a estado de necesidad se encuentra justificada⁵⁵⁴.

Conforme a la teoría que nos ocupa, en principio, la exculpación tendría lugar ante bienes jurídicos que sean de la misma condición. También tendría ocasión en el supuesto que ocurra una intromisión en la competencia particular de un sujeto ajeno a la controversia, siempre que el bien que se salva no sea desproporcionalmente mayor que el sacrificado⁵⁵⁵.

Ante un estado de necesidad exculpante habrá, en contraposición al estado de necesidad justificante, una disculpa por el hecho cometido, cabe legítima defensa y la participación resulta punible, siempre que el cómplice no se halle en las condiciones que presenta un estado de necesidad propio o que la persona a quien se socorre no sea un pariente o alguien cercano al partícipe, conforme al párrafo 35 del StGB⁵⁵⁶.

Se ha entendido que el fundamento para no imponer castigo en el estado de necesidad exculpante radica en la inexigibilidad de otra conducta, por tanto, en el ordenamiento alemán se ha estimado que sólo cabe recurrir en estado de necesidad exculpante frente a algunos bienes jurídicos que son de carácter individual y que

⁵⁵³ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 380.

⁵⁵⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 381.

⁵⁵⁵ STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, cit., pp. 267.

⁵⁵⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 381.

resultan próximos al autor⁵⁵⁷.

La inexigibilidad como base de la exculpación ha sido objeto de sendas críticas, puesto que se estima se trata de un principio meramente regulativo y como tal sirve para dirigir al operador del sistema en un caso concreto, de tal modo que deben ponderar todas las circunstancias concomitantes a la situación en particular. Además, se ha afirmado que no se trata de un principio lo suficientemente consistente para exculpar⁵⁵⁸.

SILVA SÁNCHEZ se ha distanciado de la posición que entiende la inexigibilidad constituye el fundamento de la exclusión de culpabilidad, de tal modo que estima las acciones resultan necesarias desde la perspectiva de la utilidad social, por tanto, no habrá responsabilidad en el caso que una conducta no sea desvalorada conforme al contexto social⁵⁵⁹.

De hecho, también se han formulado críticas a la postura que entiende la exculpación tiene como sustento la inexigibilidad. Esto es así porque es posible que la reacción de la persona quien se encuentra dentro de una situación de necesidad no sea, precisamente, la de actuar bajo la alteración motivacional o psíquica, por más que haya en juego bienes de importancia o alguna proximidad entre el agente y la persona que es auxiliada. Es más, la respuesta del sujeto puede ser de absoluta frialdad ante la cuestión. Estos argumentos se dirigen a descalificar las concepciones psicológicas del estado de necesidad⁵⁶⁰.

Una situación similar ocurre con las concepciones predominantemente normativas las cuales entienden que la inexigibilidad constituye resorte de la eximente de estado de necesidad. Sin embargo, esta posición no realiza un énfasis pronunciado en

⁵⁵⁷ STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, cit., pp. 266. Este autor plantea el caso de ataques dirigidos contra la vida prenatal, empero estima que en tal supuesto no cabría estado de necesidad, en razón que se carece de la calidad de persona. Una situación parecida ocurrirá en situaciones como ataques o lesiones en el ámbito corporal, tal cual acontece en abusos sexuales, sin embargo, reconoce que existen posturas a favor de ampliar la eximente a condiciones como las que comenta. También refiere que la libertad, a la cual alude el ordenamiento alemán, se refiere a la ambulatoria, es decir, la física, de tal modo que debe excluirse la libertad de actuar y esto obedece a que de no ser así entonces se desvanecería la condición restrictiva que conlleva la norma.

⁵⁵⁸ Así JECHHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 513, para quienes la inexigibilidad de otra conducta se trata de un principio sin contenido determinado.

⁵⁵⁹ MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal...*, cit., pp. 375.

⁵⁶⁰ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación penal...*, cit., pp. 409.

la cuestión psíquica y más bien estiman que la circunstancia que acapara nuestra atención se sustenta por el grado de exigencia del ordenamiento. No obstante, se le reprocha a esta línea de pensamiento que no sostiene en qué momento una conducta es exigible conforme a derecho, ni determina los niveles de exigencia del ordenamiento⁵⁶¹.

Frente a los argumentos expuestos, los partidarios de la concepción normativa sostienen que el parámetro utilizado para verificar la cuestión de la exigibilidad se basa en el comportamiento del hombre medio. Sin embargo, a esta postura se le reprocha que ello conllevaría a que cada operador del sistema diseñe su posición de lo que resulta exigible para cada sujeto, lo cual acarrearía no pocas dificultades⁵⁶².

Para MARTÍN LORENZO la base de la culpabilidad radica en la capacidad que tiene el sujeto de presentar una postura crítica ante la situación, lo cual implica su capacidad para evaluar los planes de acción que traza, e incluso modificarlos con base en el examen que realiza. Esta reflexión significa que el agente imputable de un comportamiento contrario a derecho puede que cuente con razones para que no se aplique una pena. Esto implica que lo relevante en sede de culpabilidad estriba en verificar la capacidad deliberativa de la persona según lo pretendido por la norma⁵⁶³.

La aludida capacidad deliberativa se desdobra en dos puntos: 1) presencia de una capacidad como razón para entender que la conducta es contraria a derecho en específico; y 2) las condiciones procedimentales para adoptar decisiones lo cual da lugar a la exclusión de la responsabilidad en el evento que acontezca alguna coacción, la cual ocasiona que no se acate la norma⁵⁶⁴.

Como viene expuesto, los resortes del estado de necesidad según la posición referida estriban en la capacidad deliberativa, lo cual implica la intervención de los sujetos, de manera libre, en los procesos que tienen lugar dentro de la sociedad⁵⁶⁵.

En la misma línea de pensamiento expuesta, BACIGALUPO ZAPATER quien

⁵⁶¹ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 411.

⁵⁶² MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 411.

⁵⁶³ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 413.

⁵⁶⁴ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 413.

⁵⁶⁵ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 414.

estima que la acción realizada en estado de necesidad debe llevarse a cabo con la utilización del medio socialmente correcto para la resolución del conflicto. Por tal razón no solo importa la ponderación de bienes, sino que es relevante adelantar un juicio sobre la adecuación social del medio empleado. Bajo estos argumentos no cabría estado de necesidad para salvar la vida de un sujeto a costa de una persona que se encuentre obligada a soportar el peligro, en atención a su función social, como ocurre en el caso de un bombero, quien no podrá salvar un bien propio antes que otro en el caso se presente alguna situación vinculada con sus servicios; o un militar quien no podrá rehuir el combate en vías de ponerse a salvo, puesto que debido a los roles que desempeñan en la colectividad se espera que ellos encaren algunas circunstancias que el sujeto promedio no estaría en posición de enfrentar, precisamente, porque no le compete cumplir con las expectativas asignadas a tales sujetos⁵⁶⁶. Ahora bien, sobre este tema se volverá en detalle al momento en que hagamos referencia a los requisitos que integran el estado de necesidad.

La exculpación, con motivo del estado de necesidad exculpante, tiene otros resortes. Así, desde una perspectiva material se ha equiparado la situación que sufre el sujeto que se encuentra en la situación de necesidad a las condiciones que tiene el incapaz, sin embargo, tal postura es objeto de censuras, puesto que en buena parte de las veces las personas con inimputabilidad logran conducirse conforme a normas jurídicas. En este sentido, se ha sostenido que la situación de necesidad enerva la capacidad de actuar del ciudadano promedio y también que existe una disminución de culpabilidad, lo cual fundamenta que se prescinda del reproche⁵⁶⁷.

En adición se ha considerado que la exculpación por vía del estado de necesidad exculpante acontece debido a una valoración de la cantidad de injusto de culpabilidad que acontece en el hecho. Así, se sostiene que la disculpa que se adelanta ante un estado de necesidad como el que ahora acapara nuestra atención se debe a que se ponderan las circunstancias en que tiene lugar el hecho y sobre la base de la discreción del legislador se emite una disculpa a favor del agente. Dentro de este contexto también se examina, desde una perspectiva preventiva general, la necesidad de pena, de tal manera que analizadas las condiciones del caso no se aplica una sanción, pese a que la

⁵⁶⁶ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho...*, cit., pp. 151.

⁵⁶⁷ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 513.

acción conserve una desvaloración ética⁵⁶⁸.

ROXIN se opone a la teoría de la doble reducción de la culpabilidad, como base para la exención de la pena, previsto en el artículo 35 del texto sancionador alemán, puesto que entiende que, en realidad, no tiene mayor relevancia lo que el sujeto logra preservar, sino la importancia que ocasiona el bien jurídico que se lesiona dentro del marco de la situación de necesidad⁵⁶⁹.

La razón de ser de la exculpación, en atención a la eximente de estado de necesidad, se deriva según ROXIN de asuntos de naturaleza política criminal. Este autor sostiene que la inexigibilidad no tiene cabida como principio fundamentador de la exculpación, pues entiende que en todo caso la limitación a la libertad de decisión que tiene lugar según la inexigibilidad podría dar pie a una disminución de la pena, no a la exención de la sanción, tal cual ocurre en otros casos en los cuales se reduce la culpabilidad⁵⁷⁰.

ROXIN defiende la exención de pena en la materia particular de estado de necesidad, debido a que los fines perseguidos por la pena no aconsejan la imposición de una sanción en situaciones preventivas generales. Así sostiene que al Estado le corresponde la tutela de algunos bienes que resultan sumamente esenciales, verbigracia: vida, integridad física y libertad. En este sentido, no se permitiría que las personas que hayan ocasionado, de manera culpable, un peligro puedan utilizar el estado de necesidad como eximente. Tampoco sería admisible sobredimensionar situaciones relacionadas con el peligro de pérdidas económicas para invocar estado de necesidad, pues en tal caso tal cuestión podría dar al traste con la tarea del ordenamiento, en el sentido de dotar de orden a la sociedad⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 513.

⁵⁶⁹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 899. Este autor también sostiene que la reducción del injusto, no se advierte dentro de la estructura del StGB, y en cualquier caso más bien tendría lugar una causa de atenuación de culpabilidad por doble disminución del injusto.

⁵⁷⁰ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 899.

⁵⁷¹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 900. ROXIN manifiesta que JAKOBS sigue la línea de pensamiento que sostiene la exención se fundamenta en el fin de la pena, empero indica que la situación prevista en el artículo 35 del StGB aplica para personas que se estiman son fieles a derecho y en situaciones normales, lo cual no precisa de injerencias preventivas de naturaleza especial, de tal modo que ante el panorama descrito se puede prescindir de la pena.

Se censura la posición de ROXIN, porque se estima que la exención de pena en los términos que plantea, no se vislumbran límites, dado que la propuesta que sugiere es sumamente amplia. Sin embargo, ROXIN estima que pueden ponderarse varios juicios en cuanto a la prevención general, pero sin soslayar las concepciones legales en torno a lo preventivamente necesario. Así, el Estado deja de aplicar una pena, no porque carezca de competencia, sino debido a una suerte de indulgencia relacionada con los fines de la pena, los cuales no aconsejan una criminalización en algunos casos en particular⁵⁷².

La base de la exculpación radica, conforme manifiestan JESCHECK/WEIGEND, en una reducción del injusto y también de la culpabilidad, porque el agente si bien vulnera una norma penal, en alguna medida procede a salvar un bien jurídico, en consecuencia, en su comportamiento se advierte una disminución dual que incide tanto en el injusto como en sede de culpabilidad⁵⁷³.

Paralelo a la cuestión que nos ocupa se ha desarrollado la teoría de la culpabilidad funcional, para la cual es necesario considerar los propósitos de la pena, desde una perspectiva preventiva, para así fundar la exención que acontece a partir del estado de necesidad. Estos argumentos han sido blanco de críticas, puesto que se ha estimado que el contenido del injusto, así como de la culpabilidad, es una cuestión que no se encuentra vinculada con la política criminal. En adición, se ha considerado que presenta una base poco concisa y vinculada a apreciaciones muy subjetivas⁵⁷⁴.

En el estado de necesidad justificante concurre el principio que se destina a la conservación del interés que es objeto de amenaza y que resulta de mayor valor. En vista de esta circunstancia importa que el agente realice las gestiones para tratar de evitar el peligro. En síntesis, la ponderación de intereses constituye, para esta modalidad de la eximente, el fundamento preceptivo que da lugar a la justificación⁵⁷⁵.

Siguiendo con lo manifestado en el inciso superior, se advierte que en el estado de necesidad justificante se advierte una colisión de intereses, de tal modo que, si el agente procede conforme a derecho, entonces la preferencia se inclina hacia el interés

⁵⁷² ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 901 y 902.

⁵⁷³ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 516.

⁵⁷⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 515.

⁵⁷⁵ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 387.

que se estima más valioso ante el que resulte de menor entidad, sobre la base de una cuestión de naturaleza socialmente provechosa⁵⁷⁶.

Como se afirmó se ha entendido que la teoría de la diferenciación ha sido introducida en el ordenamiento español, luego de la reforma que aconteció en 1944. Así, luego de tal modificación ANTÓN ÓNECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ entendieron que la reforma aludida abrió camino al reconocimiento de la teoría que nos ocupa. Previo a ello se entendía que todo estado de necesidad daba lugar a una causa de justificación⁵⁷⁷.

Al tenor de lo manifestado en el inciso que antecede se advierte que la teoría de la diferenciación asume aspectos de la teoría de la adecuación de KANT, de manera que entiende procede la exculpación del comportamiento del sujeto que procede en estado de necesidad, por cuestiones vinculadas a una coacción psicológica. No obstante, también acoge la posición que plantea HEGEL en la teoría de la colisión, en vista que entiende cabe justificar, puesto que dentro del marco de la situación de necesidad uno de los derechos, es decir, el que se es salvado tiene mayor valor que el sacrificado.

En síntesis, la teoría de la diferenciación valora el conflicto psicológico que se advierte en la situación de necesidad y con base en ello se procede a exculpar, puesto que al sujeto en estas condiciones no le es exigible actuar de otro modo, puesto no está en posición de abandonar el interés que es objeto de amenaza, por tanto, no cabe castigo, pero por una cuestión que se vincula a una disculpa, en atención a la naturaleza del estado de necesidad exculpante. Sin embargo, también utiliza como referencia el interés preponderante y debido a esta condición corresponde justificar por estado de necesidad justificante⁵⁷⁸.

En la doctrina española se alude al conflicto de bienes para dar cabida a la justificación o la exculpación. En este sentido, MIR PUIG sostiene que en el caso de colisión de bienes de igual valor se estará ante una situación exculpante, en tanto que ante la concurrencia de bienes de diferente valor la cuestión deberá resolverse bajo las

⁵⁷⁶ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 672.

⁵⁷⁷ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 519.

⁵⁷⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 466.

reglas que presenta la justificación⁵⁷⁹.

Siguiendo con la línea de pensamiento expuesta en el inciso superior se advierte que ante la colisión de bienes o derechos de diferente categoría, el sujeto a favor de quien se ha realizado el mal se obliga a resarcir el daño que se ha ocasionado. Esta conducta salvadora se entiende justificada y no cabe oposición por parte de la persona cuyos bienes se sacrifican⁵⁸⁰.

En sentido contrario a lo expuesto, se colige que en el evento que colidan bienes del mismo valor no se puede estar frente a un acto justificado, en atención a que el derecho del sacrificado es legítimo. Se entiende que el sacrificado ha adelantado un comportamiento inocente, en consecuencia, su conducta no es justificada. Se trata de conductas que no pueden considerarse como justas, ni injustas, tampoco son ilícitos ni permitidas, puesto que más bien encuentran fuera del Derecho penal⁵⁸¹.

La justificación tiene lugar, debido a que ante la colisión de intereses distintos se excluye el desvalor de la acción, pues la conducta de la persona se considera como positiva y en vista de ello se estima se trata de un comportamiento permitido⁵⁸². En razón de esto ante el conflicto entre intereses distintos se echa mano del interés prevalente o preponderante, en tanto que en el supuesto de colisión entre intereses idénticos la conducta se estima como no reprochable, por ende, es impune⁵⁸³.

Como viene expuesto, el fundamento del estado de necesidad justificante viene precedido por el requerimiento de salvar el interés de más relevancia, de manera que se afecta o sacrifica el de menor entidad, en el caso que haya circunstancias no provocadas

⁵⁷⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 467. Una regulación parecida al ordenamiento español se encuentra en el Estatuto de Roma, tal cual manifiesta AMBOS en *La Parte General del Derecho Penal Internacional, bases para una elaboración dogmática*, traducción de MALARINO, Bogotá-Colombia, 2006, pp. 453 y ss., puesto que sostiene que el mencionado instrumento jurídico se refiere a “circunstancias eximentes de responsabilidad”. Este diseño obedeció, según manifiesta AMBOS, a que no fue tarea sencilla realizar las delimitaciones entre justificación y culpabilidad, de manera que se decantaron por tal construcción en vista que resulta neutral. Añade AMBOS que el Estatuto de Roma no realiza distinción entre causa de justificación y exculpación, en sintonía con el Derecho penal internacional tradicional. Sin embargo, AMBOS reconoce que algunos autores sostienen que es relevante establecer diferencias entre situaciones en las cuales cabe excluirse la acción estatal y las que tiene ocasión la exclusión de la responsabilidad del Estado.

⁵⁸⁰ CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Barcelona, 1926, pp. 309.

⁵⁸¹ CUELLO CALÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 310 y 311.

⁵⁸² LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 622.

⁵⁸³ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 378.

por el agente⁵⁸⁴.

Se ha estimado que no cabe la justificación, en razón del estado de necesidad en el caso que se dé muerte a otro como medio para salvar otra vida, puesto que en esta situación habría que utilizar como referencia la exculpación, en atención a la relevancia de la vida⁵⁸⁵.

Se deberá reputar que el estado de necesidad constituye causa de inculpabilidad, en el evento que el mal ocasionado sea de menor entidad que el evitado. No obstante, para ello se ha estimado que es preciso que exista una infracción relevante a la dignidad de la persona humana, lo cual debería ir aparejado, de una disminución de la capacidad de comportarse según la norma, de tal suerte que ello dé lugar a que no pueda exigirse obediencia al ordenamiento jurídico⁵⁸⁶.

De la línea de argumentación expuesta en el párrafo superior se concluye que, si el estado de necesidad es exculpante, entonces los partícipes serán castigados, porque la situación eximente sólo se concentra en el sujeto que se encuentra dentro de la circunstancia, empero la cuestión puede que se extienda al partícipe si es que se aprecia en ellos una disminución de la capacidad de obrar con arreglo a la norma⁵⁸⁷.

3.4.2.1. Argumentos a favor

A favor de las consecuencias de la teoría de la diferenciación se ha pronunciado BUSTOS RAMÍREZ. Este autor sostiene que el CPE no establece ninguna circunstancia que permita excluir la concurrencia de un estado de necesidad justificante y exculpante, por tanto, son aceptables los presupuestos de la teoría en mención⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 498.

⁵⁸⁵ WELZEL, *Derecho Penal Alemán...*, cit., pp. 132.

⁵⁸⁶ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 274.

⁵⁸⁷ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 274.

⁵⁸⁸ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 246 y 247. Las reflexiones de BUSTOS RAMÍREZ se refieren, directamente, a la estructura del artículo 8 del derogado Código penal español, sin embargo, el texto actual contiene una regulación similar en este sentido, es decir, en cuanto a la determinación de las eximentes, puesto que no se realiza una distinción entre causas de justificación y exculpación, por ende, los argumentos de BUSTOS resultan aplicables para el estado actual del ordenamiento penal español.

La teoría de la diferenciación ha sido, igualmente, acogida por DIEZ RIPOLLÉS para quien en el estado de necesidad exculpante acontece un ataque, pero no es posible que se califique como agresión ilegítima. Este autor es de la opinión que no le asiste la razón a CERESO MIR, quien proclama la dignidad humana como uno de los resortes a considerar dentro de la evaluación del marco del estado de necesidad. Para DIEZ RIPOLLÉS la dignidad humana se trata de un principio que contribuye a inspirar la ponderación de intereses, por tanto, no puede estimarse como parámetro de orientación de la ponderación⁵⁸⁹.

La recepción de la teoría de la diferenciación se apoya en que la culpabilidad no implica, necesariamente, motivabilidad, sino que puede acontecer que ocurran situaciones en las cuales se adviertan contrasentidos que deben ser entendidos como situaciones de necesidad que limitan al sujeto. En adición, se ha sostenido que no resulta imprescindible utilizar los resortes de la doctrina alemana en cuanto al reconocimiento del estado de necesidad exculpante, pues basta con que se acuda como referencia la figura de la inexigibilidad para estimar que es procedente reconocer la figura del estado de necesidad exculpante. También cabría en materia de error, echar mano a las normas del yerro para las causas de justificación. De igual modo, se podría prescindir de castigo al partícipe en el evento que sobre éste acontezca una situación de inexigibilidad, de manera que estos argumentos posibilitan la acogida de la teoría de la diferenciación en el ordenamiento español⁵⁹⁰.

Las bases de la teoría de la diferenciación resultan de recibo, en la medida que estima que ante la colisión de males iguales no es posible concluir que la cuestión se resuelva mediante las reglas que ofrece la justificación, en sede de antijuricidad, pues aquella está reservada para asuntos en los cuales se lesione un bien jurídico mayor que otro, de manera que, bajo esta perspectiva, se cumple con una tarea de tutela, empero esta situación no se advierte al momento en que coliden intereses que se encuentran en paridad⁵⁹¹.

Particularmente, en el estado de necesidad exculpante lo que resulta relevante es

⁵⁸⁹ DIEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal español...*, cit., pp. 257.

⁵⁹⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código tomo II...*, cit., pp. 352.

⁵⁹¹ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp.247.

que el daño que se ocasiona no tendría que ser desproporcionalmente mayor que el infringido. En vista de este argumento la cuestión numérica, relacionada con la comparación de bienes sobre la base de un asunto meramente cuantitativo, no es un elemento relevante dentro de la eximente aludida⁵⁹².

Una última cuestión en torno a la ponderación de bienes se advierte en cuanto a aquellos que resultan personalísimos y como tales equivalentes. Frente a esta problemática no cabría el ejercicio de comparación, puesto que ello daría lugar a instrumentalizar bienes muy particulares y ligados a los sujetos que intervienen⁵⁹³.

También se ha estimado que en materia de error convendría aplicar las reglas de la figura en cuestión, es decir el artículo 14.1 del CPE, tal cual han sido diseñadas para los yerros en las causas de justificación, en el caso que sobrevenga un error relacionado con los requisitos que integran el estado de necesidad exculpante⁵⁹⁴. Sobre los presupuestos del estado de necesidad nos ocuparemos más adelante al abordar el tema de los requisitos de la eximente, en vías de proporcionar detalles en cuanto a los elementos que resultan relevantes para que tenga lugar la eximente de estado de necesidad, lo cual resulta de considerable entidad, precisamente, en aras de verificar cuestiones en materia de error.

La teoría de la diferenciación también ha tenido algún respaldo por VALLE MUÑIZ. Así, se plantea que la inexigibilidad conlleva una distorsión del proceso por el cual el agente decide, empero esto no siempre ocurre en el caso que haya una colisión entre bienes equivalentes; por tanto, propone que la inexigibilidad se pondere en supuesto de conflicto entre bienes iguales, pero solo en el caso que se demuestre es imposible proceder conforme a derecho, pues en el caso que ello no sea así, entonces deberá estimarse que ha acontecido una disminución de injusto como eximente incompleta, en atención que se observa concurrencia objetiva y subjetiva del estado de necesidad⁵⁹⁵.

⁵⁹² HIRSCH, *El estado de...*, cit., pp. 1018.

⁵⁹³ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 378.

⁵⁹⁴ SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código tomo II...*, cit., pp. 353 y ss. Este autor propone que al tiempo de analizar los conflictos que tienen ocasión dentro del marco del estado de necesidad se utilice un criterio amplio, con el afán de no perder de vista aspectos vinculados al desarrollo social que, por lo general, traen aparejados cambios en las dinámicas que acontecen en la colectividad.

⁵⁹⁵ Citado por MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 372.

3.4.2.2. Críticas

Pese a la amplia acogida que ha tenido la teoría de la diferenciación en España, existen algunos reparos dirigidos contra los partidarios de aquella y que se derivan de la regulación del estado de necesidad en el texto punitivo español. Así, se advierte que la estructura de la eximente que nos atañe en el CPE se aparta del diseño que presenta el texto punitivo alemán, puesto que en el StGB importa tener en mente la relevancia del peligro que se cierne sobre los intereses jurídicos en conflicto, igualmente se aconseja en el ordenamiento alemán que el mecanismo utilizado sea el adecuado para deslindar la situación de necesidad, empero tales cuestiones no aparecen en el CPE⁵⁹⁶.

Siguiendo el orden de ideas expuesto en el inciso superior, se observa que el CPE permite la exculpación de manera amplia al tiempo en que se reconoce la concurrencia del estado de necesidad exculpante por los partidarios de la teoría de la diferenciación. En sentido contrario, el texto alemán particulariza la cuestión en la medida que establece un catálogo de orden cualitativo en cuanto a los bienes que pueden ser objeto de estado de necesidad exculpante, de tal modo que sólo reconoce la vida, la integridad física y la libertad⁵⁹⁷.

Se ha manifestado que la regulación alemana del estado de necesidad exige que el interés objeto de protección sea de una entidad superior al que se menoscaba, pero también importa ponderar el peligro que se cierne sobre los intereses protegidos y si la conducta lesiva, en realidad, se trata del mecanismo adecuado. De igual forma, en el contexto alemán, que ha acogido claramente la teoría de la diferenciación, se precisa de valoraciones éticas y sociales en torno a la acción adelantada en estado de necesidad. De acuerdo con MIR PUIG en España la cuestión no pasa por tales situaciones, al menos en la perspectiva del estado de necesidad justificante, en consecuencia, la cuestión vista de la dimensión aludida no permite concluir que haya paralelismos entre la regulación de la eximente que nos ocupa en España y Alemania, por ende, no es posible asimilar las consecuencias del estado de necesidad que tiene la legislación alemana al contexto español⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 467 y 468.

⁵⁹⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 467 y 468.

⁵⁹⁸ MIR PUIG, *Problemas del estado...*, cit., pp. 513 y 514. Este autor opina que, en Alemania, en cuanto

También se ha sostenido que en la legislación alemana la cuestión del estado de necesidad exculpante no pasa por un asunto de colisión de bienes, sino que se trata de un tema de motivación anormal que no permite que el sujeto sea objeto de castigo, en razón de las particulares cuestiones que lo atañen. Esta situación acontece en el caso que el agente perciba que sus intereses personales o de alguien muy cercano se encuentran en peligro⁵⁹⁹.

El texto punitivo español permite el auxilio necesario de terceros de forma amplia y no establece mayores restricciones, empero el StGB en cuanto a la figura mencionada establece límites, porque quien procede así sólo podrá ser alguien que tenga algún vínculo cercano con la persona que se encuentra en una situación de necesidad⁶⁰⁰. En adición, se ha estimado que el problema motivacional que surge dentro del marco del estado de necesidad exculpante también puede acontecer en caso que se afecte un bien que resulte superior, por ende, la discusión no siempre en este sentido debe circunscribirse a sede de culpabilidad⁶⁰¹. Con todo, en materia de auxilio necesario, los seguidores de la teoría de la diferenciación opinan que importa ponderar la condición de la persona, que pasa por un conflicto individual, en atención a la particular situación que acontece⁶⁰².

Se censura la posición de la doctrina que estima en España rige la teoría de la diferenciación, en atención que el CPE no contiene una cláusula limitada en materia de auxilio necesario⁶⁰³, lo cual da lugar a que cualquier persona pueda proceder de esa forma, aun en materia de estado de necesidad exculpante. En este sentido, se argumenta que lo relevante en el caso de la aludida modalidad de estado de necesidad pasa porque

al estado de necesidad justificante se sigue el concepto de criterio del valor de los bienes en conflicto; no obstante, en el estado de necesidad exculpante se requiere de una anormal motivación del sujeto.

⁵⁹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 467 y 468.

⁶⁰⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 467 y 468.

⁶⁰¹ MIR PUIG, *Problemas del estado...*, cit., pp. 515 y 516.

⁶⁰² QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 522. Estos autores proponen que se reconozca un auxilio necesario amplio, puesto que estiman que la situación que importa para los efectos de la figura en cuestión se trata del conflicto normativo individual por el cual atraviesa el sujeto quien procede en auxilio necesario.

⁶⁰³ BACIGALUPO ZAPATER, *Teoría y práctica, tomo I...*, cit., pp. 749. Este autor opina que deberían limitarse los bienes que pueden ser rescatados por estado de necesidad exculpante, tal como ocurre en Alemania y también el Código penal portugués. También sostiene que en el estado de necesidad exculpante lo que realmente importa es que la ilicitud tiene una intensidad reducida, debido a que en todo caso se salva un bien jurídico de igual o de mayor valor que el sacrificado. En vista de ello se está frente a una ilicitud que es escasa, dado que se encuentran satisfechas las condiciones que demanda el principio de proporcionalidad que se lleva a cabo entre los presupuestos que exige la pena y la acción que se realiza bajo el amparo de la eximente de estado de necesidad.

exista una anormalidad motivacional que dé ocasión a que la conducta del individuo no sea exigible, pues precisamente la situación que atraviesa no le permite proceder de otra forma⁶⁰⁴, empero en Alemania la cuestión se restringe a personas allegadas.

Siguiendo el orden de ideas expuesto en el inciso superior se advierte que se censura a los partidarios de la teoría de la diferenciación en España, pues coloca el acento en la afectación de bienes personalísimos. Sin embargo, se critica tal postura en vista que se estima tales consideraciones no son de recibo, sino que debe atenderse al objeto afectado, en vías de verificar si procede o no el estado de necesidad exculpante⁶⁰⁵.

En contraposición a los planteamientos de los defensores de la teoría de la dualidad, se advierte que hay quienes consideran que el auxilio necesario no es una condición que deba reservarse a personas que posean un vínculo cercano, dado que en todo caso lo que corresponde es examinar la situación particular de quien actúa como auxiliador, a fin de verificar si se advierte un conflicto individual que incida en esta persona⁶⁰⁶.

Con base en los argumentos señalados se ha considerado que la regulación del estado de necesidad que se advierte en el CPE no cuenta con las mismas condiciones que su par alemán, por tanto, no es posible llegar a la conclusión que el código español admite tanto el estado de necesidad justificante como exculpante, tal cual ocurre en el ordenamiento jurídico alemán. Con relación a este punto BLANCO LOZANO manifiesta que en el CPE no se menciona, al menos de manera expresa, al estado de necesidad exculpante y que en todo caso las referencias sobre la mencionada eximente provienen de la legislación alemana⁶⁰⁷.

En razón de la estructura del ordenamiento jurídico español, en cuanto a las circunstancias eximentes, lo correcto estribaría, desde la perspectiva de MIR PUIG en

⁶⁰⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp.468. La crítica también se sustenta en que el ordenamiento alemán, en el cual en efecto rige la teoría de la diferenciación si existe una cláusula que limita la intervención en auxilio necesario, de tal modo que se restringe la participación de terceros en vías de procurar ayuda a quien se haya afectado por una situación de necesidad.

⁶⁰⁵ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 522.

⁶⁰⁶ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 522.

⁶⁰⁷ BLANCO LOZANO, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 2003, pp. 1051

concluir que tal teoría no es aplicable en España, al menos como ha sido planteado por la doctrina mayoritaria. Este autor propone que el estado de necesidad justificante sea entendido con mayores restricciones y que las circunstancias que se relacionan con el estado de necesidad exculpante sean, en todo caso, reconducidas, a la eximente del miedo insuperable, salvo que la cuestión resulte de escasa entidad, puesto que ante tal perspectiva deberá acudir a eximentes analógicas⁶⁰⁸.

Para MIR PUIG en el caso de colisión de males iguales importa recurrir al miedo insuperable, puesto que tal eximente está fundamentada en una cuestión de inexigibilidad que es la situación que se discute al tiempo en que se enfrentan intereses de la misma naturaleza. Además, en la eximente del miedo insuperable cabe examinar la situación del hombre medio en la posición del agente⁶⁰⁹.

Se ha reconocido la posibilidad de echar mano de un estado de necesidad supralegal exculpante, en situaciones que no puede utilizarse el miedo insuperable. En el evento que no se admita tal premisa se ha entendido que se estaría frente a una analogía *in malam partem*, que es contraria a los presupuestos que gobiernan el Derecho penal⁶¹⁰.

En contra de la propuesta de MIR PUIG se han pronunciado BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, quienes sostienen que existen diferencias sustanciales entre las eximentes del estado de necesidad y el miedo insuperable, en consecuencia, no es dable reconducir al miedo insuperable las cuestiones vinculadas con el estado de necesidad. Además, explican que en el estado de necesidad exculpante no se precisa del miedo como requisito, por tanto, mal podría aceptarse la propuesta que formula MIR PUIG⁶¹¹.

Se ha cuestionado el respaldo que se le ha conferido a la teoría de la

⁶⁰⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 469. Así también SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 664, quien se refiere a la posición de MIR PUIG y expresa que lo relevante estriba en la comparación de males, puesto que la fórmula legal lo dispone de esa manera. También aduce que se precisa que exista un agregado, en este caso un plus de perturbación al orden jurídico para que acontezca el estado de necesidad si es que la colisión se ocasiona entre intereses que tienen la misma consideración.

⁶⁰⁹ MIR PUIG, *Problemas del estado tomo I...*, cit., pp. 507.

⁶¹⁰ MIR PUIG, *Problemas del estado tomo I...*, cit., pp. 509.

⁶¹¹ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 142 a 143.

diferenciación para el caso que nos atañe, puesto que se sostiene no resulta de recibo que dos instituciones distintas; es decir, el estado de necesidad justificante y exculpante se encuentren previstas dentro una misma norma jurídica, sin que se realicen las diferenciaciones del caso⁶¹².

En atención a lo expuesto, para MIR PUIG la circunstancia prevista en el artículo 20.5 del CPE se trata, en todo caso, de una causa de justificación, lo que implica el estado de necesidad exculpante no está previsto dentro de la citada norma. También SILVA SÁNCHEZ se ha pronunciado sobre la particular acogida de un estado de necesidad justificante y otro exculpante dentro de una misma cláusula legal, lo cual, a su modo de ver las cosas, resulta paradójico por las diferencias entre ambas⁶¹³.

En la misma línea de argumentación CEREZO MIR, para quien debería procurarse una reforma que tenga previsto el estado de necesidad como causa de justificación y otra regulación para el estado de necesidad como causa de exculpación. A partir de este esquema el auxilio necesario en el caso de la eximente justificante tendría amplias aplicaciones, en tanto que en la exculpación tendría dimensiones más restringidas, para supuestos en que se afecte a alguien cercano⁶¹⁴.

La acogida de la teoría de la diferenciación en el seno de la doctrina española ha sido, de igual modo, blanco de reproches, porque se ha entendido que la exención por estado de necesidad exculpante no obedece a la concurrencia de una situación de inexigibilidad, sino a la mera colisión de bienes que se encuentran en un plano de igualdad. Esta cuestión implica que la eximente acontece no por las razones que propician la exculpación en este tipo de casos, sino por un asunto que se ha entendido como voluntarista por parte de los seguidores de la teoría que acapara nuestra atención⁶¹⁵.

También QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, siguiendo a VALLE MUÑIZ, entienden que los partidarios de la teoría dualista incurren en una valoración voluntarista, en vista que la inexigibilidad no tiene lugar sólo porque

⁶¹² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 469.

⁶¹³ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 664.

⁶¹⁴ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 274.

⁶¹⁵ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho ...*, cit., pp. 520.

el conflicto entre intereses se verifique en iguales términos, de manera que tal aserto permite que la inexigibilidad extienda su marco de aplicación más allá de la categoría de la culpabilidad, como pretenden los defensores de la teoría dualista⁶¹⁶.

Frente a las críticas anotadas en el inciso superior, se observa que los partidarios de la teoría de la diferenciación han sostenido que ha sido el propio legislador quien ha introducido una cláusula de inexigibilidad, en vista que ante la colisión de males de la misma entidad corresponde la aplicación del estado de necesidad exculpante⁶¹⁷.

Siguiendo el concepto expuesto en el párrafo superior, se estima que los detractores de la teoría de la diferenciación, han perdido de vista el sentido de la inexigibilidad, en razón que entienden que sólo cabe estado de necesidad exculpante en el evento que concurren bienes personalísimos, sin embargo, los defensores de la teoría que nos atañe manifiestan que, en todo caso, lo correcto estima en verificar si el objeto resulta suficiente para determinar si es dable acoger la exención⁶¹⁸.

En contra de la teoría de la diferenciación en el CPE se ha argumentado que en el ordenamiento español no existen reglas para el evento que concorra un error sobre el estado de necesidad exculpante. En todo caso, según QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT estiman que habría que utilizar las pautas del error señaladas en el artículo 14 del CPE, empero esta norma no contiene reglas del error sobre la exculpación⁶¹⁹. Así, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT sostienen que en el caso que se acojan los postulados que propone la teoría de la diferenciación, no habría fórmula para resolver la situación en el evento que se presente algún problema de error, puesto que no existe en el ordenamiento jurídico español reglas en torno al error sobre las causas de exculpación, a menos que se adelante una interpretación extensiva del artículo 14.2 del CPE. Sobre tal situación volveremos al tiempo que nos ocupemos de la figura del error⁶²⁰.

En sintonía con lo expuesto en el inciso superior, OCTAVIO DE

⁶¹⁶ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 520.

⁶¹⁷ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho ...*, cit., pp. 520.

⁶¹⁸ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho ...*, cit., pp. 520.

⁶¹⁹ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp.523.

⁶²⁰ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 523.

TOLEDO/HUERTA TOCILDO, expresan que los seguidores de la teoría de la diferenciación asumen que en el evento que tenga lugar un error sobre las causas de exculpación, se aborda tal cuestión como si fuera un error sobre los presupuestos de una causa de justificación, dado que se aplican las mismas reglas para ambos supuestos, lo cual a criterio de los mencionados autores se trata de una incoherencia⁶²¹.

Así, en el caso que acontezca un error sobre el estado de necesidad exculpante, el problema se resuelve sobre las mismas premisas del error sobre las causas de justificación y no como un error relacionado con causas de inculpabilidad. Tal situación se trata de una inconsistencia dentro de la línea de argumentación que participa la teoría de la diferenciación⁶²².

También se ha esgrimido en contra de la teoría de la diferenciación que la simple colisión entre bienes de igual condición no debe conducir, inexorablemente, a la exculpación. Esto es así porque al enfrentarse bienes en las condiciones expuestas no se genera una ponderación positiva, sin embargo, esto no significa que no pueda estimarse tal conducta como conforme al ordenamiento, siempre que no haya contraposición entre el comportamiento disvalioso y la conformidad con el derecho⁶²³.

Se ha entendido que el estado de necesidad, según la regulación que aparece en el texto español, se trata de una causa de justificación que se fundamenta en el principio de ponderación de bienes, en consecuencia, aunque se trate de condiciones de igual valor será causa de justificación, debido a que no se trata de ponderar bienes. Lo relevante estriba en verificar si el sacrificio realizado constituía el único camino dentro de los parámetros de la exigibilidad en el contexto ordinario de la vida. En esta línea argumentativa se ha estimado, igualmente, que el estado de necesidad es causa de justificación porque el CPE prevé una amplia consideración al auxilio necesario⁶²⁴.

Al margen de lo expuesto, también se ha propuesto el reconocimiento del estado de necesidad no prohibido. En esta modalidad el ordenamiento no interviene, de manera que deja un espacio libre de acción para el ciudadano, en atención a las particulares

⁶²¹ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 205.

⁶²² OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 205.

⁶²³ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 207.

⁶²⁴ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 167 y 168.

situaciones que acontecen dentro del marco de esta figura. Como ejemplo de este estado de necesidad no prohibido se encuentra el caso del alpinista que corta la cuerda que sujeta a otro, puesto que esta es la única forma de salvar su vida⁶²⁵.

QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT sostienen que la situación del partícipe frente a la concurrencia de estado de necesidad debe dar lugar a la imposición de una pena, empero la situación del auxiliador no pasa, necesariamente, por la misma condición. Aunque reconocen, los mencionados autores, que existen posiciones que sostienen que debe operar la exculpación del partícipe⁶²⁶.

A pesar de la acogida amplia que ha tenido la teoría diferenciadora en la doctrina española, la cual ha llevado a estimar la concurrencia del estado de necesidad justificante y exculpante en el artículo 20.5 del CPE, se advierte que HIRSCH estima que en el ordenamiento español sólo es posible admitir el estado de necesidad agresivo, debido que en el texto punitivo español se hace referencia a la valoración de males, lo cual no se relaciona con la ponderación de intereses. Este autor sostiene que el CPE no contiene una referencia clara a la cláusula que se relaciona con la obligación de sacrificio, debido al cargo u oficio, por ende, desde esta perspectiva sólo es atendible el estado de necesidad agresivo⁶²⁷.

3.4.3. Teoría de la unificación

⁶²⁵ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 140. Con todo el propio BUSTOS RAMÍREZ, en *Manual de Derecho...*, cit., pp. 245, reconoce que tal modalidad de estado de necesidad resulta criticable, puesto que se prescinde, en alguna medida, de tutela de bienes jurídicos que son objeto de protección por parte del ordenamiento. En este sentido, REQUEJO CONDE, *La legítima defensa...*, cit., pp. 409 y 410 advierte que existen casos en los cuales se vislumbra una doble justificación, por cuanto no solo el defensor se encuentra frente a una situación límite, pues también la otra persona y esto es lo que se denomina espacio libre del derecho. Esta cuestión ameritaría considerar una categoría intermedia entre justificación y exculpación para resolver la problemática, de modo que el comportamiento no estaría prohibido, pues se trataría de una contradefensa que no acarrea consecuencias.

⁶²⁶ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 522 y 523.

⁶²⁷ HIRSCH, *El estado de...*, cit., pp. 1008 y ss. Para este autor el estado de necesidad disculpante permite que se incurra en un homicidio doloso, en el evento que exista una amenaza derivada de un peligro que se origina de otro, de manera que no cabe excluir la posibilidad que el autor reaccione quitándole la vida al agresor, en el evento que la acción de salvamento se dirija en ese sentido. Para ejemplificar su posición cita los casos de contracciones involuntarias, ataques epilépticos. HIRSCH sostiene que en estos supuestos no hay acción y la persona actúa como un instrumento para la alteración de bienes jurídicos. También cita el caso de la perforación que ocurre para matar al niño durante el parto, en vías de salvar a la madre del peligro de muerte, pero siempre que éste no sea evitable de otra forma. Aquí debe ponderarse la vida de la madre y, desde luego, también la del niño, empero se debe verificar si el peligro deriva del niño y que haya una indicación médica al respecto.

La teoría que acapara nuestra atención cuenta con pocos seguidores dentro de la doctrina penal española, que como hemos señalado se ha decantado por la teoría de la diferenciación. En Alemania, debido a que el Código penal contiene un estado de necesidad justificante y otro exculpante, la ciencia penal no ha seguido la teoría en cuestión.

Según esta postura todo estado de necesidad será siempre causa de justificación, sin que sea relevante que los intereses en conflicto sean iguales o no. En consecuencia, para los partidarios de esta teoría realizan la unificación en sede de antijuricidad.

En España ha sido GIMBERNAT ORDEIG, quien ha defendido con mayor intensidad los presupuestos de la teoría de la unificación, también conocida como teoría de la unidad; por tanto, nos ocupamos de desarrollar el pensamiento de este autor en primer término.

Nos parece que el punto de partida dentro de la tesis que defiende GIMBERNAT ORDEIG se trata de la diferencia entre antijuricidad y culpabilidad. GIMBERNAT elabora una serie de construcciones en vías de dotar de contenido tanto a la antijuricidad y la culpabilidad, de manera abordamos tal cuestión seguidamente

GIMBERNAT ORDEIG sostiene que importa tener presente aquello que se quiere prohibir frente a toda la colectividad. Esta situación da lugar a la antijuricidad e involucra una incidencia sobre lo que se quiere por el legislador. Así, sostiene el penalista español que el Derecho penal no quiere, pero bien podría, castigar a quien procede amparado en legítima defensa para defender, por ejemplo, su honor. No obstante, el Derecho penal no quiere proceder contra tal persona y se prescinde de la sanción, puesto que no se tiene interés en combatir la acción que lleva a cabo el agente⁶²⁸.

Dentro de otro contexto, GIMBERNAT ORDEIG sostiene que existen personas que presentan, desde un punto de vista sociológico, motivación a la pena. No obstante, hay otras que son inaccesibles a tal motivación, bien porque son inimputables o debido

⁶²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de necesidad: un problema de antijuricidad”, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990 cit., pp. 224.

a que no tienen noticia de la prohibición. Ante estas circunstancias el Derecho penal no está en posición de proceder en contra de tales comportamientos, en razón que la pena no resulta eficaz. En este contexto sólo es posible actuar mediante medidas de seguridad. En este orden de ideas se está en el terreno de la culpabilidad⁶²⁹.

Tal como se expuso la concurrencia de intereses idénticos no propicia la exculpación, al menos para los defensores de la teoría de la unidad. Así lo manifiesta GIMBERNAT ORDEIG, sin embargo, reconoce que existen situaciones límite, como por ejemplo el caso de la tabla de Carnéades o de trastorno mental transitorio⁶³⁰. En esta dirección, la teoría de la neutralidad que sostiene que, ante este tipo de situación, (estado de necesidad por colisión de bienes de la misma categoría), no cabe considerar el hecho como positivo, ni negativo, de tal manera que el ordenamiento prescinde de realizar ponderaciones sobre tales conductas. Se opone a esta posición GIMBERNAT ORDEIG, puesto que sostiene el comportamiento no puede estimarse como “no prohibido”, en razón que la ley no debe prohijar la abstracción que se reclama por la teoría de la neutralidad⁶³¹.

GIMBERNAT ORDEIG opina que las consecuencias derivadas de considerar al estado de necesidad como causa de justificación en todo caso, superan a los postulados de la teoría de la diferenciación. Este autor establece tres puntos que tienen ocasión en razón de la estimación del estado de necesidad como causa de justificación.

Siguiendo con lo expuesto en el inciso superior, se advierte que este autor entiende que la participación no será punible, en el evento que se considere al estado de necesidad como causa de justificación⁶³². Para GIMBERNAT ORDEIG la teoría de la diferenciación incurre en importantes contradicciones, en la medida que le asigna responsabilidad al partícipe al tiempo que estima que ante una causa de exculpación se exime de responsabilidad al autor, pero no al partícipe. El argumento de GIMBERNAT ORDEIG se basa en que la teoría de la diferenciación se decanta por exonerar a quien hace lo más grave, es decir, al autor, en tanto que castiga al que lleva a cabo la acción de

⁶²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de...”, *Estudios de Derecho*, cit., pp. 224.

⁶³⁰ GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de...”, *Estudios de Derecho*, cit., pp. 225.

⁶³¹ GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de...”, *Estudios de Derecho*, cit., pp. 227 y 228.

⁶³² GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de...”, *Estudios de Derecho*, cit., pp. 226.

menor intensidad, esto es al partícipe⁶³³.

Por otro lado, es necesario tomar en consideración que la doctrina dominante entiende que el error sobre la imputabilidad es irrelevante, debido a que la persona se sabe imputable y pese a ello comete el delito, lo cual realiza con pleno conocimiento. Bajo esta premisa, GIMBERNAT ORDEIG estima que si se considera que el estado de necesidad constituye causa de exculpación, entonces el error derivado de éste viene a ser irrelevante, sin embargo, la teoría de la diferenciación considera que el error tiene incidencia.

Para este autor, en el caso que se considere al estado de necesidad como causa de justificación da ocasión a que se reconozca el error, de manera que la posición por él defendida ofrece mejores resultados prácticos desde esta perspectiva. En torno al tema planteado en el inciso que antecede, GIMBERNAT ORDEIG sostiene que los defensores de la teoría de la diferenciación tratan al error sobre los presupuestos de una causa de exculpación en los mismos términos que el error sobre una causa de exculpación, lo cual implica que, en realidad, se trata de una causa de justificación⁶³⁴.

El último punto desarrollado por GIMBERNAT ORDEIG dice relación con la posibilidad de reaccionar en legítima defensa ante un estado de necesidad. Para este autor en el evento que se considere que la eximente de estado de necesidad constituye siempre causa de justificación, entonces no podría oponerse legítima defensa, debido a que el comportamiento de la persona se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico, en razón que se estima se trata de una causa de justificación. Sin embargo, tal reparo encuentra salida, puesto que opina que cabría reaccionar en estado de necesidad, es decir, que valdría estado de necesidad contra estado de necesidad⁶³⁵.

La posición anterior genera mejores dividendos, puesto que al reaccionar en estado de necesidad deben respetarse los límites que provee tal figura, que vienen demarcados por la proporcionalidad, en tanto que en la legítima defensa la cuestión no

⁶³³ GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de...”, *Estudios de Derecho*, cit. pp. 222

⁶³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de ...”, *Estudios de Derecho*, cit., pp. 223.

⁶³⁵ GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de ...”, *Estudios de Derecho*, cit., pp. 229.

pasa por los mismos términos⁶³⁶.

En síntesis, concluye GIMBERNAT ORDEIG que el estado de necesidad por colisión de bienes iguales se trata de una causa de justificación, en razón que el ordenamiento renuncia a aplicar una pena, pero no porque aquella no sea idónea para enfrentar el hecho, sino en razón que no desea combatir el hecho⁶³⁷.

Con todo, la posición de GIMBERNAT ORDEIG ha sido censurada, entre otros por KÜPER, quien sostiene que en el estado de necesidad no se impone una pena porque los comportamientos que se realizan al amparo de tal eximente no pueden ser objetados y son razonables, por ende, no ameritan la imposición de una pena. Al decir de GIMBERNAT ORDEIG, KÜPER introduce un criterio distinto a los planteados por él, pues la tesis del penalista español estriba en verificar aquello que el legislador debe y no debe prohibir, lo cual no encuentra relación con los planteamientos de KÜPER⁶³⁸.

Como se expuso GIMBERNAT ORDEIG entiende que la culpabilidad se trata de lo que el legislador no puede combatir porque la pena resulta ineficaz, en tanto que la antijuricidad es aquello que el legislador no quiere, pero bien podría inhibir con una pena. A criterio de GIMBERNAT ORDEIG, KÜPER incurre en una confusión, dado que combina el poder con el deber, empero GIMBERNAT ORDEIG estima que KÜPER sostiene que el legislador está en posición de prohibir comportamientos abusando de la potestad sancionadora que le ha sido conferida, lo cual implica la prohibición de comportamientos que se estiman razonables⁶³⁹.

KÜPER también sostiene que en el esquema de GIMBERNAT ORDEIG no se distingue entre causas de justificación y causas personales de exclusión de pena, así como tampoco condiciones objetivas de punibilidad. En este sentido, se considera que existen conductas que no son sancionadas, pero no implica que se encuentren permitidas. Esto sólo significa que se prescinde del castigo, sin embargo, la conducta sigue reputándose como típica y prohibida⁶⁴⁰.

⁶³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de...”, *Estudios de Derecho*, cit., pp. 229.

⁶³⁷ GIMBERNAT ORDEIG, “El estado de...”, *Estudios de Derecho*, cit., pp. 230.

⁶³⁸ CUERDA RIEZU, “Sobre el concurso...”, *ADPCP*, 1990, pp. 232.

⁶³⁹ CUERDA RIEZU, “Sobre el concurso...”, *ADPCP*, 1990, pp. 232.

⁶⁴⁰ CUERDA RIEZU, “Sobre el concurso...”, *ADPCP*, 1990, pp. 233.

Ante las censuras dirigidas por KÜPER, ha sostenido GIMBERNAT ORDEIG que en el ordenamiento jurídico penal existen figuras como las condiciones objetivas de punibilidad, las causas personales de exclusión de la pena, así como los presupuestos de procedibilidad que pueden dar ocasión a la impunidad. En estas figuras el legislador renuncia a la pena, debido a que entiende que no sería posible la aplicación de aquella, tal cual ocurre en la propuesta que plantea al tiempo que realiza una distinción entre justificación y exculpación, puesto que expone que en la justificación se advierten parámetros generales que dan lugar a excluir la aplicación de una pena, pero en los otros casos que se plantean por GIMBERNAT ORDEIG se trata de cuestiones bien particulares por tratarse de temas personales que inciden en la motivación. Así en las causas de justificación se está frente a un comportamiento valioso, sin embargo, en los otros supuestos la cuestión no puede reputarse en los mismos términos⁶⁴¹.

KÜPER entiende que el planteamiento de GIMBERNAT ORDEIG simplifica las distinciones entre causas de exculpación y comportamientos antijurídicos, puesto que entiende que la conducta del agente resulta motivable por la pena, por tanto, ha sido capaz de actuar de otra manera⁶⁴².

Frente los argumentos mencionados en el inciso que antecede GIMBERNAT ORDEIG recalca que ante la colisión de bienes idénticos tiene lugar una causa de justificación, puesto que al legislador no le interesa reprimir a pesar que bien podría hacerlo. GIMBERNAT ORDEIG entiende que no se trata de ausencia de culpabilidad, como propone la teoría de la diferenciación, (la cual utiliza la motivabilidad o reprochabilidad para ubicar el conflicto entre bienes iguales como causa de exculpación), sino que más bien se trata de un asunto en el cual debe existir un desplazamiento de la cuestión a sede de antijuricidad, en la cual se configura una eximente para las personas que en realidad son motivables⁶⁴³.

Contrario a lo planteado por GIMBERNAT ORDEIG, se advierte que KÜPER estima que cabe reconocer error ante la concurrencia de una causa de exculpación; es

⁶⁴¹ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp. 233

⁶⁴² CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp.235.

⁶⁴³ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp.235.

decir, ante la materialización de un estado de necesidad por colisión de bienes idénticos, puesto que es de la opinión que se encuentra disminuida la culpabilidad del agente, en atención a circunstancias relacionadas con la capacidad de motivación⁶⁴⁴.

Para KÜPER es dable reconocer la relevancia del error en el supuesto de estado de necesidad, pese a que colidan bienes iguales, porque la culpabilidad del individuo se encuentra limitada, en atención a que se disminuye su capacidad de motivación. No obstante, GIMBERNAT ORDEIG expresa que en el caso que no se anule la motivación del agente se estará ante una causa de justificación. Bajo este argumento considera que, si sobreviene error, ya sea vencible o invencible, entonces no podrá haber responsabilidad, pero esto es así porque se advierte una cuestión de naturaleza psíquica de necesidad⁶⁴⁵.

KÜPER también se opone a la posición de GIMBERNAT ORDEIG que entiende se puede oponer un estado de necesidad frente a otro estado de necesidad, debido que no cabría reconocer la aplicación de legítima defensa ante estado de necesidad. Para KÜPER, en todo caso, cabría un estado de necesidad defensivo, en atención a que le parece se produce un ataque con matices antijurídicos⁶⁴⁶. Frente a tales premisas GIMBERNAT ORDEIG es de la opinión que la cuestión debe reconducirse al estado de necesidad, en razón que permite que la situación se examine con las particularidades que proporciona el principio de proporcionalidad, el cual informa al estado de necesidad.

Desde otra perspectiva, basada en el principio de inexigibilidad de otra conducta, se entiende que el estado de necesidad frente a la colisión de bienes de la misma condición se está frente a una causa de justificación. Esta posición es defendida por AGUADO CORREA, tal como se expone seguidamente.

AGUADO CORREA sostiene que el principio de inexigibilidad cumple junto con otros principios un rol cofundamentador en el supuesto de colisión de bienes iguales. La argumentación de AGUADO CORREA se concentra en la situación que

⁶⁴⁴ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp. 237

⁶⁴⁵ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp. 237.

⁶⁴⁶ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp.237.

acontece en la colisión de bienes, puesto que estima en materia de colisión de deberes concurren principios diferentes, en concreto la libertad de elección, pero que se complementa con el principio de inexigibilidad. Añade que en la colisión de deberes rige la no subsidiariedad, en tanto que en la colisión de bienes opera la subsidiariedad⁶⁴⁷.

La opinión mayoritaria estima que el principio de inexigibilidad sólo informa las causas de exculpación, por vía de la falta de motivación del sujeto, lo cual implica que tal principio no tiene mayor incidencia fuera de la culpabilidad, sin embargo, AGUADO CORREA manifiesta que los defensores de la teoría unitaria reconocen que el principio de inexigibilidad opera como cofundamentador en conjunto con el de ponderación de intereses, por ende, es posible justificar, incluso echando mano a la inexigibilidad. De igual forma, el principio en mención es soporte de la exculpación⁶⁴⁸.

Para AGUADO CORREA el principio de interés preponderante no es suficiente para adelantar la exculpación que se pretende en caso de colisión de bienes equivalentes y por esa razón los partidarios de la teoría de la diferenciación acuden al principio de inexigibilidad, dado que entienden se está en presencia de un proceso de motivación palmariamente anormal, de tal suerte que el sujeto no está en posición para actuar de otra manera, e incluso sostiene que cualquier persona en las mismas condiciones se habría comportado de la misma forma que el agente que se encuentra, por ejemplo, en una situación de necesidad⁶⁴⁹.

La propuesta de la teoría de la diferenciación, no convence a AGUADO CORREA, en vista que estima sus consecuencias resultan inaceptables desde el punto de vista práctico, particularmente, en materia de error, participación y la utilización de legítima defensa. Además, asegura que la versión alemana del estado de necesidad no se compagina con la regulación que aparece en el ordenamiento jurídico penal español, por tanto, las premisas de aquella no pueden ser aplicables al contexto español⁶⁵⁰.

En cuanto a la versión alemana del estado de necesidad, manifiesta AGUADO

⁶⁴⁷ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 91.

⁶⁴⁸ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 92.

⁶⁴⁹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 93.

⁶⁵⁰ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 94.

CORREA, que la cuestión se resuelve sobre la base de factores objetivos, lo cual implica que no se trata de una cuestión anímica que gobierna al sujeto, de tal modo que éste no puede responder a la situación de manera normal, por tanto, la consideración del estado de necesidad con naturaleza exculpante en el ordenamiento español, por colisión de bienes iguales resulta dudosa, desde la postura planteada, porque no sigue la misma línea que en Alemania⁶⁵¹.

En torno a la regulación del estado de necesidad exculpante en el StGB AGUADO CORREA expresa que no resulta comprensible que la limitación de libertad en algunos supuestos dé ocasión a exculpar, tal como acontece en el estado de necesidad por colisión de bienes iguales, empero en otros casos sólo se permita una disminución de la pena⁶⁵².

Siguiendo el hilo argumentativo aludido, AGUADO CORREA se refiere al problema de la limitación de bienes sostiene que tiene lugar en el ordenamiento alemán, puesto que en otros casos fuera de los previstos en la ley es posible que haya una presión en el sujeto, según la naturaleza de los bienes que se encuentren en juego, puesto que pueden ser de suma relevancia para el individuo⁶⁵³.

AGUADO CORREA tampoco encuentra explicación en cuanto a las consideraciones de exigibilidad especial que aparecen en el texto penal alemán, particularmente en casos de posición jurídica particular o el hecho de haber causado la situación de necesidad⁶⁵⁴.

De igual forma, censura AGUADO CORREA la fundamentación del estado de necesidad sobre la base de la reducción del injusto y la culpabilidad, porque si bien puede acontecer la salvación de un bien jurídico, pueden presentarse diferentes situaciones que den lugar a que ello no ocurra, lo cual implica que este fundamento se desvanecería⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 95.

⁶⁵² AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 95.

⁶⁵³ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 95.

⁶⁵⁴ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 95.

⁶⁵⁵ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 96. Esta posición de la doble reducción del injusto y de la culpabilidad ha tenido poca acogida en España. Entre los defensores de tal teoría se encuentra CERZO MIR quien entiende que el injusto es reducido en este tipo de cuestión.

Como se mencionó AGUADO CORREA es de la opinión que el principio de inexigibilidad no sólo tiene incidencia en sede de culpabilidad, en razón que se trata de un principio jurídico de carácter general. En este sentido, menciona que LUZÓN PEÑA expresa que el principio mencionado en conjunto con el de ponderación de intereses y también con la finalidad del Derecho penal dirigida a la tutela de bienes jurídicos, operan en el estado de necesidad, en la medida que se trata de una situación en la cual no se puede resolver el conflicto de otra forma y en vista de que no tutelan intereses de menor jerarquía frente a los de mayor relevancia⁶⁵⁶.

La inexigibilidad ocupa un rol de considerable entidad dentro del marco de la exculpación. Así, en el evento que se trate de colisión entre intereses de la misma condición se advierte una indiferencia por el resultado, por tanto, la sanción no resulta el mecanismo correcto para solucionar el asunto. Esto es así en atención a las particularidades que sobrevienen en el contexto que nos ocupa debe existir un margen importante de libertad para el sujeto, en consecuencia, no se le puede exigir al ciudadano que se abstenga de adelantar algún comportamiento dirigido a una acción de salvamento⁶⁵⁷.

En atención a lo planteado en el inciso que antecede el principio de inexigibilidad daría lugar que no se aplique una pena a la persona que ha lesionado un bien jurídico para dar pie a salvar otro, sin que sea relevante que sea de igual o mayor valor. Este argumento permite considerar que la falta de pena viene dada en razón que el comportamiento no es reprobado por el ordenamiento y no simplemente porque el autor no puede ser reputado culpable⁶⁵⁸.

Así las cosas, AGUADO CORREA es de la opinión que el principio de inexigibilidad permite justificar la conducta en estado de necesidad, pese a que se trate de bienes iguales, dado que contribuye a tales efectos junto con el principio de interés preponderante, el cual en ocasiones puede resultar insuficiente para servir de resorte a la

⁶⁵⁶ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 99.

⁶⁵⁷ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 99.

⁶⁵⁸ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp.100.

justificación⁶⁵⁹.

También respaldan la teoría de la unificación en el marco de la legislación española LUZÓN PEÑA, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, GÓMEZ BENÍTEZ y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, tal como se detalla en las siguientes líneas.

La regulación del estado de necesidad en el ordenamiento jurídico español es considerablemente amplia, pues posibilita que la eximente en cuestión se proyecte en diferentes perspectivas. Así se advierte que en un mismo texto está previsto el estado de necesidad propio y el ajeno, en el supuesto que sobrevengan peligros para intereses de terceras personas, o incluso para la comunidad. Cabe también dentro del contexto jurídico español la colisión de deberes⁶⁶⁰.

LUZON PEÑA asegura que en España se ha impuesto la teoría diferenciadora en cuanto al estado de necesidad. Para LUZÓN PEÑA el ordenamiento español tiene una regulación unitaria y da lugar a que se eviten males iguales, así como bienes vitales y secundarios. Siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG, se advierte que LUZÓN PEÑA estima que el estado de necesidad se trata de una causa de justificación, en razón que en sede de justificación la ley está en posición de motivar al individuo, empero prefiere no hacerlo por razones de inexigibilidad general⁶⁶¹.

Sin embargo, sostiene que la legislación española es unitaria. Este autor es de la opinión que el ordenamiento español posibilita que se eviten males iguales dirigidos contra bienes vitales, al igual que secundarios. Para LUZON PEÑA al legislador penal no le interesa prohibir la conducta salvadora, pues pese a que la ley está en posición de motivar al agente opta por no hacerlo, en el evento que la persona se encuentra en una situación de inexigibilidad, lo cual acontece en el supuesto que haya alguna colisión de intereses equivalentes⁶⁶².

LUZON PEÑA destaca los beneficios que acarrea la acogida de la teoría

⁶⁵⁹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 102.

⁶⁶⁰ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 621.

⁶⁶¹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 621.

⁶⁶² LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 622.

unitaria. Así, sostiene que tal construcción no permite el castigo de los partícipes, puesto que el estado de necesidad es entendido, en todo caso, como causa de justificación, de manera que, si la conducta se encuentra justificada para los seguidores de la teoría unitaria, entonces tal justificación da lugar a que no se castigue al autor, pero tampoco al partícipe. Sostiene que la teoría unitaria permite que el error sobre el estado de necesidad y se resuelve con las reglas del error que se encuentran presentes en el CPE y que aplican para causas de justificación. También sostiene que no cabe responsabilidad civil por parte del agente, sino que ello recae en la persona que se beneficia de la acción emprendida⁶⁶³.

Las consecuencias mencionadas en el inciso superior no son aplicables en el supuesto que se entienda el estado de necesidad constituye causa de exculpación, en el caso que haya colisión de intereses iguales, por tanto, LUZON PEÑA aboga por el reconocimiento de la teoría unitaria dentro del marco del CPE⁶⁶⁴.

Según LUZON PEÑA la justificación, en el caso de estado de necesidad, tiene dos resortes: la ponderación de intereses y la inexigibilidad general. Los planteamientos que formula este autor en este tópico son objeto de atención en los párrafos subsiguientes.

De entrada, es necesario puntualizar que en el estado de necesidad se advierte la convergencia entre la misión del ordenamiento dirigida a tutelar bienes jurídicos y una situación de peligro que origina conflicto entre intereses, a tal punto que no todos pueden ser salvados. Esta cuestión conlleva que haya una ponderación de intereses, la cual condiciona que no se protejan intereses de menor entidad, frente a aquellos que resultan más valiosos, por ende, la acción en este sentido debe contar con aprobación del ordenamiento⁶⁶⁵.

En el supuesto que exista una colisión entre intereses equivalentes, entonces el ordenamiento no está interesado en prohibir a la persona que se abstenga de adelantar el comportamiento. En este contexto, importa valorar la inexigibilidad general que le

⁶⁶³ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 622.

⁶⁶⁴ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 622.

⁶⁶⁵ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 623.

atañe al sujeto que se encuentra en una situación de necesidad⁶⁶⁶.

LUZÓN PEÑA expresa que en el estado de necesidad en el cual colisionan intereses iguales no se castigaría la participación de terceros, en el caso que se estime la eximente en cuestión se trata de una causa de justificación. Además, aduce que no tendría razón la reparación civil en el supuesto que el estado de necesidad se considere causa de justificación. Además, la consideración del estado de necesidad como justificante propiciaría el reconocimiento del error, lo cual no acontece en el evento que se acojan los postulados de la teoría diferenciadora⁶⁶⁷.

Por su parte, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN afirman que se ha entendido el estado de necesidad permite que tenga lugar bien una causa de justificación o bien de exculpación. En el primer caso colisionan intereses diferentes y la cuestión pasa por una ponderación de intereses. En tanto que en el segundo supuesto acontece un conflicto entre intereses iguales, de manera que la exclusión de pena se fundamenta en el principio de inexigibilidad. Sin embargo, estos autores sostienen que en el ordenamiento jurídico español no aplica tal distinción, puesto la regulación es unitaria, como se vislumbra en el artículo 20.5 del CPE, en consecuencia, el tratamiento del estado de necesidad en España pasa por causa de justificación. Además, para abonar su posición sostienen que la ley prevé los mismos requisitos, de tal manera que esto da ocasión a estimar que no se está frente a una regulación dual, debido a que no resulta e recibo considerar la concurrencia de ambas figuras⁶⁶⁸.

Dentro del contexto que nos ocupa, también resultan atendibles los planteamientos de MIR PUIG. Para este autor si bien en la doctrina española se han recibido, de manera amplia, los postulados de la teoría de la diferenciación, se advierte que aquellos acarrear consecuencias que no resultan admisibles. Como punto de partida, MIR PUIG asegura que la regulación del estado de necesidad en Alemania difiere de la posición que ha asumido el legislador español, por tanto, no resulta adecuado que se estime que el CPE contiene la figura del estado de necesidad

⁶⁶⁶ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 623.

⁶⁶⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 622.

⁶⁶⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 329.

justificante o exculpante, según los bienes que entren en conflicto⁶⁶⁹.

MIR PUIG estima que la acogida de la teoría de la diferenciación en España merece algunas críticas. Así, sostiene que no en todo caso que haya colisión de bienes desiguales debe procederse a justificar el comportamiento o a eximirlo. En este sentido, expresa que puede existir una diferencia mínima entre los bienes que coliden, por tanto, a su modo de ver las cosas no resulta correcto, desde una perspectiva políticocriminal, que el Estado proporcione aprobación a la vulneración del ordenamiento jurídico que ha acontecido, ni tampoco que se excluya la culpabilidad, dado que puede ser que el bien afectado no sea de carácter personal ni que se advierta anormalidad motivacional⁶⁷⁰.

También estima este autor que el estado de necesidad en el ordenamiento jurídico español es demasiado amplio y ello permite que haya auxilio de terceros, pese a que no exista un vínculo estrecho entre quienes intervienen, puesto que el CPE no señala que debe tratarse de un pariente o persona cercana, de tal suerte que pueda tener en común la presión psicológica que deriva de la situación de necesidad. Tampoco hay mención expresa a bienes personales dentro de la estructura del estado de necesidad que presenta el CPE, como ocurre en Alemania. Aquí MIR PUIG entiende que puede ocurrir un desajuste motivacional en el caso de bienes que sean desiguales y que en vista de ello no siempre tal cuestión acontece dentro del marco de bienes de igual consideración⁶⁷¹.

Con base en las censuras mencionadas MIR PUIG estima que en el ordenamiento español se tutela sólo el estado de necesidad justificante. Además, de las razones expuestas esto es así, porque no concibe que en una sola norma se prevean dos figuras que tienen sus particulares condiciones, de tal suerte que no cabría estimar la concurrencia de ambas en el 20.5 del CPE⁶⁷².

Dentro de otro contexto, MIR PUIG sostiene que no toda lesión a un bien jurídico de distinta consideración debe justificar, puesto que en el CPE se mencionan

⁶⁶⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 513 y 514.

⁶⁷⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 514.

⁶⁷¹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 619. Este autor sostiene que la presión motivacional es una cuestión de naturaleza personalísima, por tanto, la exención de pena sólo debería acontecer en el evento que haya bienes muy ligados al sujeto y que exista una relación muy particular entre las personas que convergen en la situación de necesidad.

⁶⁷² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 469.

intereses y no bienes, en consecuencia, sólo tiene lugar la justificación en el evento que el bien que se salva cuente con un valor muy superior al que se sacrifica⁶⁷³.

Para este autor cabe reconocer la concurrencia del miedo insuperable o de una exigente analógica, en el evento que haya una colisión entre intereses de igual condición. Esto es así porque en el miedo insuperable se advierte inexigibilidad por parte del sujeto y esto obedece a la concurrencia de un mal que se cierne sobre el individuo, es decir, una condición externa de amenaza. En la exigente de miedo insuperable se personaliza la condición del sujeto, lo cual permite que el conflicto entre intereses iguales se resuelva a través del miedo insuperable.⁶⁷⁴

También opina el referido penalista que es posible atender a un estado de necesidad suprallegal y que dé lugar a la exculpación en el evento que no concurren los elementos para que pueda ser aplicado el miedo insuperable. Para este autor este planteamiento no es contrario a la prohibición de analogía, porque ello acontece siempre tomando en consideración que no sea *in malam partem*, empero en este supuesto no es así, porque se le reconoce al agente una condición favorable⁶⁷⁵.

Para OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO el estado de necesidad ante la colisión de bienes equivalentes resulta causa de justificación, en consecuencia, estos autores defienden los postulados de la teoría de la unidad. Pese a ello sostienen que en todo caso puede estimarse justificada una conducta en el caso que se produzca una colisión entre bienes que no resulten equivalentes, pues para llegar a tal conclusión habrá que realizar una ponderación particular de cada caso⁶⁷⁶.

Se ha sostenido que el mal ocasionado da ocasión a un comportamiento típico, en tanto que el mal a evitar no siempre se trata de un comportamiento que encuentre

⁶⁷³ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp.470.

⁶⁷⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 469.

⁶⁷⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 482.

⁶⁷⁶ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 208 y209. Así, sostienen que en el supuesto que se le cause la muerte, de manera dolosa, a un enfermo que padece de una enfermedad terminal, en vías de extraerle un órgano a fin de realizar un trasplante que, efectivamente, se lleva a cabo para salvar la vida de otro, en realidad se ocasiona un mal mayor que el evitado, pues la muerte implica mayor lesión al orden jurídico, por tanto, no puede estimar como justificado el comportamiento. Una situación similar ocurre en el supuesto que se advierta un bien superior a otro, en vista que en tal condición no siempre habrá justificación, sino que será necesario verificar si existe una relación de desproporción muy amplia entre los intereses que coliden.

acomodo en el ordenamiento sustantivo penal. Sin embargo, en el caso que el mal a evitar no se trate de una conducta típica, entonces, la colisión se debe solucionar en beneficio del mal a evitar, puesto que el mal causado, (y que es típico), debe considerarse de más relevancia que el que se pretende evitar. Así, en casos como la tabla de Carneádes, se ha estimado la conducta se encuentra justificada, porque el mal que se ha causado es igual al evitado y en vista que la persona tiene la posibilidad de proceder conforme a un estado de necesidad justificante⁶⁷⁷.

En fin, para OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO el mal que es tipificado y que se ocasiona en razón del estado de necesidad se encuentra justificado, pese a que sea mayor o igual que el evitado, con lo que se postulan, claramente, como seguidores de la teoría unitaria. Además, consideran que existe una auténtica equivalencia de males, en el caso que ante el mal típico que se ocasiona se encuentre un mal que también sea típico, no obstante, esto no ocurre en el caso que el último no pueda considerarse típico⁶⁷⁸.

Con todo, los mencionados autores opinan que la teoría de la diferenciación presenta alguna ventaja, puesto que bajo el amparo de aquel cabe legítima defensa frente al estado de necesidad, lo cual resulta admisible en atención a los postulados que gobiernan a la teoría de la unidad⁶⁷⁹.

GÓMEZ BENÍTEZ pone de manifiesto las inconsistencias de la teoría diferenciadora y sostiene que los postulados de aquella no se acomodan a la regulación española. Si bien las reflexiones del mencionado autor se advierten en un texto previo a la entrada en vigencia del CPE de 1995, nos parece que sus planteamientos conservan vigencia, por cuanto la estructura de la eximente de estado de necesidad conserva, en esencia, los lineamientos que en su día analizó GÓMEZ BENÍTEZ.

Siguiendo el orden de ideas expuesto en el inciso superior, se advierte que GÓMEZ BENÍTEZ manifiesta que la inexigibilidad como fundamento del estado de necesidad exculpante sólo aplica para casos de bienes personalísimos, como la vida o la

⁶⁷⁷ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 209.

⁶⁷⁸ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 209 y 210.

⁶⁷⁹ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 206 y 207.

integridad, empero el ordenamiento español contiene una regulación amplia y no particulariza bienes, tal cual ocurre en el estatuto punitivo alemán⁶⁸⁰.

Según GÓMEZ BENÍTEZ en el supuesto que colisionen bienes jurídicos equivalentes o personalísimos el auxilio necesario sólo debería extenderse a parientes a personas con algún grado de proximidad con la persona quien recibe el auxilio, no obstante, el CPE no tiene una regulación en esa dirección, en vista de ello entiende que el estado de necesidad en caso que colidan intereses iguales debe considerarse como causa de justificación⁶⁸¹.

Para potenciar el aserto que el estado de necesidad por colisión de bienes iguales debe entenderse como causa de justificación se echa mano a argumentos relacionados con la falta de interés preventivo general, en atención a que no se observa ningún afán políticocriminal dirigido a castigar un comportamiento por típico y antijurídico, en el caso que se haya causado un mal mayor que el evitado⁶⁸².

En abono a lo expuesto en el inciso superior se advierte que GÓMEZ BENÍTEZ afirma que el estado de necesidad justifica, por cuanto soluciona una diferencia que resulta favorable conforme al interés preponderante, sin embargo, ello resulta complicado de aplicar en el caso de colisión de bienes iguales, puesto que estima en tales casos lo que se vislumbra es indiferencia desde perspectivas sociales y jurídicas⁶⁸³.

3.4.4. Otras teorías en torno a la naturaleza del estado de necesidad

En vías de verificar la naturaleza de la eximente estudiada, también es dable considerar la teoría de la irrelevancia jurídica, la cual entiende que en ocasiones la coexistencia no resulta posible ante la concurrencia de alguna colisión de intereses, por lo que ante tal situación el derecho cede sus espacios, por ende, la situación queda fuera de la órbita del derecho⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 379.

⁶⁸¹ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 380.

⁶⁸² GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 380.

⁶⁸³ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 381.

⁶⁸⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 578.

De igual forma, habría que atender a fin de delimitar los efectos del estado de necesidad se han elaborado las teorías objetivas. Conforme a éstas en la exigente que nos ocupa acontece una colisión de derechos, de oficios o bienes. Así, en el supuesto que colidan intereses de la misma jerarquía sólo puede reconocerse una excusa, en tanto que en el supuesto de colisión de intereses de distinta condición se debe elegir el de mayor entidad⁶⁸⁵.

También debemos considerar que se han elaborado teorías heterodoxas que han pretendido establecer algunas pautas para fundamentar el estado de necesidad. Así se cuenta con la teoría del ámbito libre del derecho formulada por ARTHUR KAUFMAN. Según este autor en ocasiones el sujeto se encuentra en circunstancias que limitan su capacidad y debido a ello el ordenamiento no tiene aplicación. En este tipo de situación procede exculpación⁶⁸⁶.

Por otro lado, también se cuenta con la teoría de la responsabilidad por el hecho. La referida teoría considera que existe otra categoría del delito, la cual tiene su sede entre la antijuricidad y la culpabilidad. La responsabilidad por el hecho es una fase previa a la culpabilidad, empero esta posición no ha logrado imponerse en la doctrina, no obstante, sus conclusiones merecen atención. En este espacio de la responsabilidad por el hecho se debe incluir el estado de necesidad exculpante, así como también el miedo insuperable y el exceso en las causas de justificación⁶⁸⁷.

Según los partidarios de la mencionada teoría el estado de necesidad exculpante excluye la responsabilidad por el hecho, pues ante la colisión de condiciones idénticas debe acudir a una cláusula de exclusión de la culpabilidad, pero de orden supralegal o una causa de exclusión por vía de la inexigibilidad de otra conducta. También se sostiene que el estado de necesidad exculpante se extiende a todos los supuestos en que exista una distinción de carácter valorativo entre los intereses que colisionan siempre que resulte relevante⁶⁸⁸.

Dentro del marco de la teoría de la responsabilidad por el hecho el estado de

⁶⁸⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 578.

⁶⁸⁶ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 359.

⁶⁸⁷ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho...*, cit., pp. 166.

⁶⁸⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho...*, cit., pp.167.

necesidad disculpante constituye una causa que excluye el injusto, sin embargo, no es propiamente una situación justificante. Tampoco implica una ponderación neutral de la conducta, es decir que no se estima que el comportamiento no está prohibido ni permitido, sino que la problemática se ubica en una categoría (responsabilidad por el hecho), que está entre la antijuricidad y la culpabilidad⁶⁸⁹.

Conforme a esta teoría de la responsabilidad por el hecho no se aplica una pena en el supuesto que acontezca un estado de necesidad exculpante, debido a una doble disminución del injusto y de la culpabilidad. Esto ocurre en razón que se advierte una ilicitud poco significativa⁶⁹⁰.

Para la teoría de la responsabilidad por el hecho el estado de necesidad exculpante no puede ser ubicado en la culpabilidad, pero tampoco pueden estimarse como causa de justificación, en atención a que se estima los actos en que incurre el agente no son conformes a derecho, por ende, se precisa de una categoría intermedia, donde debe examinarse la relevancia del merecimiento de pena, el cual no tiene ocasión en el supuesto que el injusto no cuente con la suficiente entidad para determinar la fijación de una sanción⁶⁹¹.

En cuanto a la participación dentro del marco de la teoría de la responsabilidad por el hecho, importa tomar en consideración que la ausencia de pena, implica que se advierte una imposibilidad de trasladar al agente el juicio en torno al hecho⁶⁹².

Particularmente en la eximente que nos ocupa se advierte que la situación de necesidad no da lugar a que se desvanezca el reproche que se dirige al autor. La cuestión que acontece es que se estima, desde la perspectiva de un juicio generalizador, que el agente no se ha conducido tal cual lo realizaría el sujeto promedio, y en vista de ello se excluye la responsabilidad por el hecho⁶⁹³.

En materia de estado de necesidad dentro de la responsabilidad por el hecho lo

⁶⁸⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 622.

⁶⁹⁰ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 373.

⁶⁹¹ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 373.

⁶⁹² MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., 551.

⁶⁹³ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., 552.

relevante estriba en verificar las condiciones que resultan soportables para el sujeto. En vista de este argumento MAURACH/ZIPF se oponen a la consideración de la inexigibilidad como fundamentadora del estado de necesidad, porque de ser así habría que considerar que en todos casos que no se pudiera exigirse un comportamiento adecuado a la norma no cabría castigo⁶⁹⁴.

Por otro lado, para la teoría de la exención ante la situación de necesidad retrocedían los mandatos y prohibiciones que establece el ordenamiento, de tal manera que la cuestión quedaba sometida a la resolución de conciencia por parte del individuo⁶⁹⁵.

Se plantea otra posición en cuanto a la esencia del estado de necesidad y que estima se trata de una causa que excluye el injusto, de tal modo que no se trata de una eximente ni justificante ni disculpante. Esta posición se trata de una tesis intermedia que acontece en algunos supuestos: colisión de deberes, indicaciones del aborto, estado de necesidad coactivo⁶⁹⁶. Aquí LUZÓN PEÑA sostiene que en el supuesto que tenga ocasión la modalidad disculpante se estará frente a una causa de exclusión del injusto, sin embargo, no se trata de una justificación *per se* y en todo caso es una conducta neutra, lo cual implica no está prohibida ni tampoco permitida. Esta argumentación es defendida por los partidarios de la responsabilidad del hecho⁶⁹⁷.

También habría que considerar el espacio libre del derecho se ha manifestado que, en todo caso, se trata de cuestiones de naturaleza límite, en las cuales el ordenamiento no se encuentre en condiciones de establecer una medida entre lo que resulta justo e injusto. Esta postura ha sido rechazada por HIRSCH, por cuanto entiende que, si un bien se encuentra reconocido por el ordenamiento, entonces está dentro del contexto jurídico, por ende, se advierte una situación que debe ser resuelta según los lineamientos que el ordenamiento dispensa. Según HIRSCH la acogida de la doctrina del espacio jurídicamente libre daría ocasión a solucionar el asunto con base en

⁶⁹⁴ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., 556 y ss.

⁶⁹⁵ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 379.

⁶⁹⁶ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 622. Conforme expone LUZÓN PEÑA esta posición es defendida por GUNTHER.

⁶⁹⁷ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 621.

la posición del sujeto más fuerte⁶⁹⁸.

3.5. Toma de posición

Después de haber examinado los argumentos de las teorías de la diferenciación y de la unidad, en vías de establecer la naturaleza jurídica del estado de necesidad, corresponde tomar partido por alguna de las posiciones. Para tales efectos, se verifica la situación de la eximente mencionada dentro del marco del ordenamiento jurídico penal español. Posteriormente, se realizarán las consideraciones pertinentes en torno al Derecho penal panameño.

Nos parece que les asiste la razón a los autores que estiman la regulación alemana del estado de necesidad no se compagina con la situación de la eximente en cuestión en el ordenamiento español. A partir de este aserto somos de la opinión que no es posible acoger los lineamientos que propone la teoría de la diferenciación en España, puesto que en Alemania el estado de necesidad se encuentra en sintonía con la citada teoría, dado que la legislación se encuentra informada por los postulados de la posición dual o diferenciadora.

El problema medular del asunto que acapara nuestra atención se trata, entonces, de la regulación del estado de necesidad en España. Y es que el legislador diseña las figuras jurídicas y para tales efectos realiza, o debe efectuar, un proceso de reflexión en vías de informar a las instituciones que aparecerán previstas en la ley. En este orden de ideas, sea advierte que la regulación alemana participa, claramente, de los resortes sobre los cuales se asienta la teoría de la diferenciación, por tanto, es entendible que en Alemania se acepte, de manera amplia, que la teoría citada tiene asidero en la ley.

Sin embargo, la situación planteada en el inciso superior no aparece prevista en el ordenamiento español, por eso no nos resulta correcto sostener que la teoría de la diferenciación informa a la eximente del estado de necesidad en el ordenamiento español. En este sentido, consideramos que se ha pretendido trasladar a la legislación española los efectos con los que cuenta el estado de necesidad en Alemania, quizás por

⁶⁹⁸ HIRSCH, *El estado de...*, cit., pp. 1017.

vía de la influencia de las contribuciones que ha realizado la doctrina alemana a la ciencia del Derecho penal, así como del Código penal alemán, del cual somos tributarios.

Las diferencias entre los ordenamientos de España y Alemania hacen insostenible la aceptación de la teoría de la diferenciación en la regulación española, como ya se ha expuesto en los puntos que dicen relación con las teorías de la diferenciación y de la unidad. Sobre tales diferencias nos ocupamos en las siguientes líneas, en vías de potenciar el aserto desde nuestra perspectiva.

El estado de necesidad, según los partidarios de la teoría de la diferenciación, implica una modalidad justificante o exculpante, en atención a los intereses en conflicto. Así, en el evento que colisionen intereses equivalentes se atenderá al estado de necesidad exculpante, empero en sentido contrario, es decir, en el caso que se adviertan intereses dispares habrá estado de necesidad justificante.

El StGB se ocupa de ambos estados de necesidad. En este sentido, en el §34 se refiere, claramente, al estado de necesidad legitimante y en el §35 se refiere al estado de necesidad eximente. La distinción resulta relevante, en la medida que la estructura del artículo 34 sostiene que la persona quien incurra en tal eximente no procede de forma antijurídica, con lo cual se colige la conducta de la persona no se contrapone al ordenamiento jurídico, por tanto, se trata de una causa de justificación. En sentido contrario, la persona cuya conducta se acomode a la eximente contemplada en el § 35 procede sin culpa, es decir, no resulta culpable.

Como viene expuesto, el legislador alemán ha previsto, de forma diáfana, dos modalidades de estado de necesidad y, desde luego, con consecuencias jurídicas distintas. Esta línea de regulación posiciona al legislador alemán, de manera clara, al amparo de la teoría de la diferenciación.

La medida por la cual se ha decantado el legislador español no pasa por la situación que ha adelantado su par alemán, debido a que el CPE no se realiza ninguna referencia a las modalidades del estado de necesidad, como se ha efectuado en Alemania. Además, en el ordenamiento jurídico español no se hace mención a las

consecuencias que pueden derivarse de la concurrencia del estado de necesidad. En esta dirección, se observa que el estatuto español ha resuelto incluir en un solo artículo “*de las causas que eximen de la responsabilidad criminal*”, de manera que no hace ninguna referencia a circunstancias justificantes y exculpantes de forma diáfana.

Con base en lo expuesto en el inciso superior somos de la opinión que no es posible concluir que el ordenamiento español se encuentre informado por la teoría de la diferenciación, puesto que el propio legislador no ha hecho mención específica de la distinción que prevé la teoría referida y que es básica para sostener que existe un estado de necesidad justificante y otro exculpante.

Dentro de otro contexto, se advierte que el StGB contiene requisitos bien puntuales al tiempo que desarrolla el estado de necesidad exculpante. En este sentido, se advierte que el legislador alemán ha estimado que la eximente en cuestión sólo aplica frente a bienes que resultan personalísimos. Así, se ha restringido al estado de necesidad para los siguientes bienes: vida, cuerpo (integridad) o la libertad.

La previsión mencionada no aparece prevista en el artículo 20.5 del CPE que regula la figura del estado de necesidad. Esta diferencia es importante, porque la referencia a bienes particulares es uno de los resortes sobre los cuales se asienta la teoría de la diferenciación, en el entendido que tal postura entiende que la exculpación por vía del estado de necesidad exculpante viene dada por la concurrencia de una circunstancia de anormalidad motivacional; es decir, inexigibilidad que se presenta ante la posible afectación de intereses que inciden de manera muy decidida sobre el agente, en consecuencia, si el legislador español no ha contemplado tal condición, mal podría realizarse una interpretación dirigida a considerar que la regulación española se encuentra informada por la teoría de la diferenciación.

El StGB sostiene, en cuanto al auxilio necesario, en el estado de necesidad que éste tendrá ocasión en el caso que haya una relación de proximidad o de familiaridad entre el auxiliado y quien suministra rescate. Esta medida obedece a que se entiende que sólo bajo tales perspectivas puede el auxiliador percibir la situación por la cual atraviesa la persona a la cual se le presta socorro. La previsión responde, tal cual acontece en los bienes para los cuales se reserva el estado de necesidad exculpante, a

una situación de anormalidad motivacional que sólo se advierte entre personas cercanas, de manera que responde a uno de los lineamientos en los cuales se apoya la teoría de la diferenciación.

La regulación que le dispensa el legislador español al estado de necesidad no se ocupa de las previsiones que efectúa el StGB al hacer mención del auxilio necesario. Eso es así, porque el ordenamiento español hace una referencia amplia a la figura aludida, en consecuencia, la estructura que sigue la normativa española no se acomoda a los postulados que sigue la teoría de la diferenciación y que están desarrollados en el estatuto alemán.

En atención a los argumentos desarrollados somos del criterio que la legislación española no participa de los postulados preceptivos sobre los cuales descansa la teoría de la diferenciación, y que, si aparecen, claramente, señalados en el ordenamiento alemán, en consecuencia, desde estas perspectivas no nos resulta dable admitir que el CPE sigue la teoría de la diferenciación.

Ciertamente, uno de los requisitos que gobiernan al estado de necesidad en el CPE pasa porque “*el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*”. A partir de tal consideración se ha concluido que el ordenamiento español sigue la teoría de la diferenciación, por cuanto la construcción aludida permite que concurra estado de necesidad tanto si colisionan intereses equivalentes o no. Sin embargo, tal requisito debe ser entendido de manera contextual, lo cual implica que también es necesario observar si convergen o no otros requisitos que se exigen dentro del marco de la teoría de la diferenciación, para estimar que, en efecto, tiene lugar el estado de necesidad exculpante, pues consideramos que sólo a partir de tal premisa resulta dable llegar a la conclusión que tiene vigencia en derecho español la teoría de la diferenciación que si rige en Alemania.

A partir de lo expuesto en el inciso superior, se advierte que el legislador alemán ha previsto una regulación particular para el caso que sobrevenga un error en materia de estado de necesidad exculpante. Así se encuentra señalado en el inciso dos del § 35 del StGB, empero el legislador español no se ha ocupado de la materia, por cuanto no existe una norma particular a la cual atender en el supuesto que tenga lugar un error sobre el

estado de necesidad, al menos en el caso que se le estime como exculpante.

Los autores que siguen la teoría de la diferenciación sostienen que en el caso de presentarse algún error relacionado con el estado de necesidad exculpante es necesario atender a la regulación que está reservada en el CPE para el error sobre las causas de justificación, lo cual permite establecer que, en realidad, nos encontramos frente a una circunstancia que justifica. Esta premisa permite acoger las formulaciones de la teoría de la unidad, por cuanto el CPE si tiene respaldo para circunstancias en las cuales sobrevenga un error sobre las causas de justificación.

En vista de lo manifestado advertimos que la sola referencia a la posibilidad que acontezca estado de necesidad por colisión de intereses equivalentes no es suficiente para llegar a la conclusión que el CPE está informado por la teoría de la diferenciación, pues para tales efectos es preceptivo realizar una revisión integral, la cual para los efectos que nos parece culmina con saldo negativo para quienes estiman que la legislación española prevé el estado de necesidad exculpante.

Con todo somos de la opinión que la regulación amplia que dispensa el estatuto español a las eximentes, en el sentido que no establece causas de justificación o exculpación, resulta correcta, por cuanto ello permite que se reconduzca el sentido de una circunstancia sin que ello deba dar lugar a realizar alguna modificación a la ley. En este orden de ideas, es necesario tener presente que la evolución de la ciencia penal puede dar lugar a que se realicen enfoques distintos sobre determinadas figuras, de manera que la estructura del estatuto español, debido a su diseño, podría acoger las eventuales modificaciones sin variar el texto.

Al margen de la regulación del estado de necesidad en España y Alemania, observamos que la teoría de la diferenciación se decanta por reservar el comportamiento del agente ante la concurrencia de bienes que resulten personalísimos. De ahí que la legislación alemana se ocupe de la vida, la integridad y la libertad. No obstante, tal restricción nos parece incorrecta, puesto que la anormalidad motivacional que informa al sujeto bien puede ocurrir porque haya alguna afectación a bienes distintos a los que se encuentran previstos en el código alemán, de tal modo que la limitación que formula la teoría de la diferenciación no resulta de recibo.

Una situación similar ocurre en el supuesto del auxilio necesario, pues se limita tal figura a casos en los cuales quien presta ayuda posea algún vínculo que lo identifique con la persona que recibe el auxilio. No obstante, entendemos que debe examinarse cada caso por separado en vías de verificar si, debido a la particular situación, la conducta del sujeto quien auxilia puede encuadrarse dentro del estado de necesidad. Esto es así, porque la limitación que se formula, a partir de la teoría de la diferenciación, puede excluir a personas, que, por una u otra razón, se encuentren en posición de prestar un auxilio.

Tampoco, como afirma GIMBERNAT ORDEIG, nos parecen de recibo las conclusiones a las cuales llega la teoría de la diferenciación en torno a la exención a favor del autor, empero se castiga al partícipe. El argumento que se utiliza por los partidarios de la teoría de la diferenciación estriba en que la persona quien se encuentra vinculado por la situación de inexigibilidad es, precisamente, el autor, pero no el partícipe. Pese a lo expuesto, nos parece, siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG, que no resulta correcto eximir a quien adelanta la conducta más importante, (sin duda el autor), empero se castigue a quien realiza un aporte de menor entidad, es decir, al partícipe, en consecuencia, desde esta perspectiva no resultan atendibles las conclusiones que formula la teoría mencionada.

Ciertamente, los postulados de la teoría de la diferenciación permiten oponer legítima defensa contra quien actué en estado de necesidad exculpante, puesto que el comportamiento de la persona que procede amparada por tal estado de necesidad no es conforme al ordenamiento, por tanto, su conducta no está justificada, sino exculpada, por ende, cabría recurrir contra aquella en legítima defensa.

La alternativa mencionada en el inciso superior no sería atendible si siguen los lineamientos de la teoría de la unidad, por cuanto esta estima que todo estado de necesidad es causa de justificación, entonces no podría acudir a la legítima defensa contra el estado de necesidad, dado que la persona quien actúa bajo el amparo de esta última eximente lo hace de manera justificada, en consecuencia, no tendría lugar recurrir a la legítima defensa, en el entendido que ésta es una causa de justificación.

Frente a la situación planteada, con GIMBERNAT ORDEIG nos parece que cabría oponer estado de necesidad frente a estado de necesidad. Tal salida permitiría utilizar una eximente que tiene entre sus componentes la proporcionalidad y subsidiariedad, en gran medida, lo cual daría ocasión a soluciones más justas, frente a la legítima defensa que permite un marco de acción mucho más amplio.

Los partidarios de la teoría de la diferenciación sostienen que el estado de necesidad exculpante se encuentra informado por el principio de inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho, en tanto que el estado de necesidad justificante encuentra sustento en el principio de ponderación de intereses.

Ante lo expresado en el inciso que antecede nos parece que lleva la razón AGUADO CORREA, al tiempo que sostiene el principio de inexigibilidad de otra conducta incide en todas las categorías del delito, de manera que el rol de éste dentro de la teoría del delito no se circunscribe a sede de culpabilidad, como pretenden los partidarios de la teoría de la diferenciación. Y es que el principio en mención ejerce influencia en sede de antijuricidad a la par de la ponderación de intereses, lo cual significa que el principio en cuestión viene a ser cofundamentador de las causas de justificación junto con ponderación de intereses.

El aserto mencionado obedece a que el principio de inexigibilidad también debe observarse al tiempo en que el sujeto adelanta un comportamiento amparado por alguna circunstancia que lo justifique, en vías de verificar si el agente se encontraba en una situación que no le permitía comportarse de otra manera, de tal suerte que ante la presencia de una circunstancia particular no podía proceder de otro modo.

La situación descrita en el inciso superior acontece, por ejemplo, en materia de exceso en la legítima defensa, puesto que la persona, debido a condiciones bien particulares y que deben analizarse de manera casuística, no está en posición de llevar a cabo un comportamiento diferente al que realiza.

Sobre la base de lo expuesto se colige que, en efecto, el principio de inexigibilidad también fundamenta la justificación; por ende, no es necesario acudir a sede de culpabilidad, por vía de estado de necesidad exculpante, para eximir a la

persona quien ha procedido amparado por la eximente aludida. Además, es posible concluir que el principio que nos ocupa no debe circunscribirse, exclusivamente, a la culpabilidad.

Así las cosas, estimamos que la regulación española no participa de la naturaleza de la teoría de la diferenciación, por cuanto se aparta de los lineamientos que aquella exige para que tenga ocasión un estado de necesidad justificante y otro exculpante, lo cual si ocurre en la legislación alemana.

Nos parece que las consecuencias a las cuales llega la teoría de la diferenciación son insuficientes, por tanto, es necesario acoger los parámetros que establece la teoría de la unidad. En este sentido, en materia de participación, error y la posibilidad de oponer estado de necesidad frente a otro estado de necesidad son referentes que permiten potenciar a la teoría de la unidad.

Somos de la opinión que la ubicación del principio de inexigibilidad de otra conducta no se limita, exclusivamente, a sede de culpabilidad, sino que informa todas las categorías del delito, por ende, bien puede justificar en conjunto con el principio de ponderación de intereses.

Con base en lo mencionado somos del criterio que la teoría de la unidad presenta mejores alternativas para resolver las cuestiones relativas al estado de necesidad y debido a las características de la legislación española la teoría en mención se ajusta más al ordenamiento español, puesto que no se vislumbran los postulados que exige la teoría de la diferenciación.

3.6. Requisitos

A continuación, nos ocupamos de los elementos que deben observarse para que tenga lugar la circunstancia eximente del estado de necesidad. Para tales efectos hemos seguido de cerca los requisitos que exige el ordenamiento español, pues trata de la norma que hemos utilizado con mayor atención. Oportunamente, nos referiremos a los aspectos que deben atenderse en el Código penal de Panamá para que pueda reconocerse el estado de necesidad.

3.6.1. La situación de necesidad

Este requisito ha sido considerado preceptivo, por tanto, en el supuesto que no se advierta no podrá haber eximente, ni siquiera de forma incompleta. Este requisito en el CPE aparece descrito como estado de necesidad, tal cual se titula eximente que ahora acapara nuestra atención.

Si bien la ley no ha definido de qué se trata la situación de necesidad, se ha entendido que, en proporciones guardadas, se trata de una cuestión similar a la que ocurre en la legítima defensa, es decir, la existencia de una agresión con connotaciones ilegítimas, por tanto, sin la concurrencia de la aludida situación no es posible atender a la existencia de un estado de necesidad completo o incompleto⁶⁹⁹.

Tal cual se expone en el inciso que antecede la ley no contiene una noción de la situación de necesidad, por tanto, la doctrina se ha encargado de dotar de contenido al preceptivo requisito que ahora nos ocupa. En esta dirección, se advierte que también se ha referido la situación en cuestión como aquella en la cual se cierne un peligro para determinado bien, el cual puede ser propio o ajeno, el cual debe ser inminente para la realización de lesiones a bienes jurídicos de otra persona o incluso para la infracción de un deber⁷⁰⁰.

El TS se refiere a la situación de necesidad en los siguientes términos:

⁶⁹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 4710. En este sentido, también CEREZO MIR en *Curso de Derecho...*, cit., pp. 247 quien sostiene que la situación de estado de necesidad es el elemento básico que se advierte en la eximente que acapara nuestra atención, empero el CPE no se ocupa de definir aquella. Este autor entiende que la situación de necesidad pasa por un peligro que debe ser actual para un bien jurídico que sea propio o ajeno. También BUSTOS RAMÍREZ, en *Manual de Derecho...*, cit., pp. 247 sostiene que tal condición de peligro debe ser inminente y real, de tal modo que afecten bienes jurídicos. También BACIGALUPO ZAPATER sostiene que el peligro que se cierne sobre los bienes tiene que tener la connotación de inminente, es decir, que se pueda estimar que existe alta probabilidad de afectación a un bien jurídico. Este autor también entiende que la fuente del peligro puede ser amplia. RODRÍGUEZ DEVESA en *Derecho Penal...*, cit., pp. 568 y 569 sostiene que el CPE de 1928 se refería, exclusivamente, a la propiedad ajena en cuanto a la situación de necesidad, luego fue ampliado e incluyó tanto el auxilio necesario como de otros. También sostiene que en el estatuto de 1932 se agregó la colisión de deberes. Para este autor la falta de regulación legal de la situación de necesidad debe llevar a considerar que ésta se trata de una condición que no permite otra alternativa que no sea la de lesionar un bien jurídico de otra persona, o que desatención de un deber.

⁷⁰⁰ DIEZ RIPOLLES, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 251.

“Situación objetiva de necesidad que está integrada por tres elementos básicos: a) que el sujeto esté amenazado por el peligro actual o inminente de sufrir un mal propio o ajeno; b) que la acción realizada, lesionando un bien jurídico ajeno o infringiendo un deber sea el único modo -o el menos lesivo- de evitar el mal que amenaza; y c) que el sujeto actúe "en" estado de necesidad, o lo que es igual, motivado por el conflicto derivado de dicha situación” (STS de 24-9-1996).

La situación de necesidad ha sido entendida como la colisión que ocurre entre dos bienes jurídicos, de tal modo que para preservar uno se precisa que otro sea sacrificado. El fundamento de la cuestión radica en la realización de un mal potencial, el cual sólo puede evitarse mediante la producción de otro mal.

El ordenamiento español no se refiere a la actualidad del peligro, no obstante, se estima que tal cuestión es imprescindible para que concurra la eximente que nos ocupa, pues de lo contrario no se estará ante una situación de necesidad y, en consecuencia, frente a la eximente que nos ocupa, en el entendido que la mencionada condición es el fundamento del estado de necesidad⁷⁰¹.

En vista que las circunstancias que se presentan dan lugar a la exención de pena, se precisa de la concurrencia de un auténtico y total conflicto de intereses. Esto significa que debe existir una situación de peligro que afecte a bienes jurídicos propios o ajenos. El peligro debe vincularse con un mal que se cierne sobre algún bien jurídico⁷⁰².

La situación de necesidad también pasa por un conflicto que debe ser apremiante, verdadero y efectivo, así como también de considerable entidad y actual, en vista que tales condiciones son las que dan lugar, de manera inequívoca, a realizar acciones para evitar un mal que se cierne, irremediabilmente, sobre la persona necesitada⁷⁰³.

De igual forma, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN entienden que la situación de necesidad se trata de algún conflicto que acontece entre dos bienes jurídicos, de

⁷⁰¹ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 210 y 211.

⁷⁰² SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 357.

⁷⁰³ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 367 y 368.

modo que la salvación de uno de ellos da ocasión a que otro resulte sacrificado. En adición, estiman que se debe cernir un peligro inminente sobre el bien jurídico que se va a salvar mediante la eximente de estado de necesidad. El peligro, consideran, debe ser, igualmente, real y efectivo⁷⁰⁴.

La situación de necesidad involucraría que con la acción salvadora se causarían lesiones de bienes jurídicos que le pertenecen a otro; es decir, se adelanta un comportamiento típico, en vías de atender intereses que se encuentran en peligro. Así, se da ocasión a sacrificar intereses que bien pueden ser: la libertad de movimiento o de comportamiento, la dignidad o el honor⁷⁰⁵.

Es, precisamente, la concurrencia de la situación de necesidad lo que permite la lesión de un bien jurídico ajeno o la infracción de un deber, de manera que para la concurrencia de la eximente que nos ocupa es de superlativa importancia que se advierta la situación de necesidad⁷⁰⁶.

La acción salvadora involucra que los bienes salvados pueden ser propios o ajenos; sin embargo, una cuestión diferente debe ponderarse en caso de bienes comunitarios, porque en ese caso la idoneidad de la eximente es discutible, por cuanto no resulta dable concluir con propiedad que concurre una auténtica situación de necesidad⁷⁰⁷.

En cuanto a la acción de defensa importa verificar los contornos sobre los cuales aquella debe transitar. Así, se ha entendido que esta precisa de ser subsidiaria, lo cual involucra que se trata de una acción suplementaria; es decir, que no debe existir otro mecanismo para hacer frente al peligro; también requiere de proporcionalidad, de manera que ante un bien como la vida no será posible adelantar algún juicio de valoración, en atención a su relevancia. De igual forma, habría que atender a cuestiones de naturaleza social, puesto que los bienes que pertenezcan a una persona de extracto humilde, no podrán ponderarse en los mismos términos que aquellos relacionados con

⁷⁰⁴ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 329.

⁷⁰⁵ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 624.

⁷⁰⁶ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 341.

⁷⁰⁷ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 625.

alguna persona que se encuentre en una situación de abundancia material⁷⁰⁸.

Siguiendo con lo expuesto en el párrafo superior, se estima que resulta relevante, de igual manera, verificar los intereses de la persona que es propietaria del bien que será sacrificado, en atención a la situación de necesidad. Esto es así, porque el sujeto puede estar interesado con mayor atención en un bien que en otro, tal cual ocurre en el supuesto que el propietario de dos lanchas decida que se utilice una nueva ante otra antigua, porque esta última le parece de mayor valor. Sin embargo, este tipo de valoraciones no caben ante bienes como la vida y la integridad corporal, dado que se trata de bienes de superlativa importancia que no están sujetos a ponderaciones de naturaleza individual⁷⁰⁹.

La cuestión planteada viene dada porque tal situación de necesidad debe dar lugar a la existencia del peligro de un mal propio o ajeno, de manera que esta condición es la que permite asemejar la situación del estado de necesidad a la agresión que tiene ocasión en la legítima defensa. En vista de la relevancia que tiene para el entendimiento de la eximente que nos atañe, nos ocupamos a continuación del peligro.

El peligro se vincula con un mal jurídico, según la posición de LUZÓN PEÑA. Y la concurrencia de este significa la probabilidad de una afectación a un bien jurídico o interés. Este autor opina que no es mandatorio que el mal sea inminente, pues un peligro futuro basta para que pueda admitirse la intervención. También es de la opinión que la situación bien puede ser permanente, tal cual ocurre en la dignidad o salud. En cuanto a la lesividad del peligro expresa que este debe dar lugar a una inseguridad de alguna relevancia, en vías que dirija al sujeto a proceder. Además, sostiene que el peligro requiere ser real, en atención a que de no ser así se da ocasión al error⁷¹⁰.

En cuanto al peligro, se advierte que la concurrencia de éste está por encima de

⁷⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 248.

⁷⁰⁹ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 249 y 250. Para este autor resulta antijurídico que se realice un trasplante de órganos sin el consentimiento de la persona, aunque esto implique que se beneficiará a otra, porque hace falta un elemento de superlativa importancia, es decir, la voluntad de adelantar el trasplante. También estima que, si bien existe un sacrificio de un bien jurídico frente a otro, esto no da ocasión a una conmoción del ordenamiento jurídico, como asegura MIR PUIG, pues en todo caso tal cuestión se salda mediante la acción salvadora de uno de los bienes.

⁷¹⁰ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 623.

las posibilidades, pues debe tratarse de una probabilidad inminente⁷¹¹. En vista de este aserto se colige que el peligro tiene que participar de actualidad y para tales efectos debe adelantarse un examen de carácter *ex ante* lo cual implica un ejercicio de observación que conlleva el análisis de las circunstancias conforme al hombre promedio⁷¹².

Se colige que la situación de necesidad conlleva un peligro para bienes jurídicos, tanto de una persona física, como de una jurídica o bien colectivos. Tal peligro involucra la amenaza de concurrencia de un mal y tal situación acarrea una situación de necesidad que precisa de una acción salvadora la cual dé ocasión a un sacrificio de intereses⁷¹³.

El peligro implica la concurrencia de alguna probabilidad que acontezca el mal, lo cual implica la convergencia de alguna lesión. Tal peligro, y sus condiciones, deben analizarse sobre la base del sujeto promedio, en el lugar del agente con los conocimientos de este⁷¹⁴.

También el peligro debe ser real y objetivo, en razón de las consideraciones que implica la exención. En caso que ello no sea así se estará ante un error o eximente incompleta, es decir, en el supuesto que el peligro sea putativo⁷¹⁵.

Las salidas que se presentan en el supuesto que no haya actualidad en el peligro pasan bien por estimar que concurre la eximente incompleta, o bien que no acontece el estado de necesidad, precisamente, por la carencia de uno de los requisitos preceptivos que caracterizan el estado de necesidad⁷¹⁶.

Interesa en el contexto de la eximente que nos ocupa verificar si el peligro debe ser de considerable entidad, para que pueda acontecer el estado de necesidad. En este orden de ideas, algún autor ha considerado que no se precisa de tal condición, dado que

⁷¹¹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 471 y 472.

⁷¹² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 471 y 472.

⁷¹³ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 623.

⁷¹⁴ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 417.

⁷¹⁵ SÁINZ –CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 359. En cuanto al error este autor manifiesta que la opinión mayoritaria sostiene se trata de un error de prohibición, pero sobre este tema volveremos al tratar el tema del error en la segunda parte de este trabajo.

⁷¹⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 471.

no aparece de forma clara en la ley⁷¹⁷.

En todo caso el peligro se estima debe ser inminente⁷¹⁸, empero no participa de la naturaleza permanente, porque ello vaciaría de contenido la urgencia que se precisa en torno al peligro. También debe ser el peligro total, lo cual conlleva que haya una amenaza relevante para el bien jurídico, pues este puede desvanecerse. De igual forma, el peligro tiene connotaciones subsidiarias, puesto que no es posible hacerle frente por medios diferentes⁷¹⁹.

Es determinante para determinar que, en realidad, nos encontramos frente a un mal verificar si existe una necesidad apremiante para concretar el comportamiento típico; pero también es relevante tener en mente que la ley constituye la frontera para la aplicación del estado de necesidad, puesto que importa observar los requisitos que se prevén para que acontezca⁷²⁰.

Siguiendo con el concepto del peligro se precisa que sea actual, sin embargo, ello no significa que sea cronológico, sino más bien que es necesario que haya una situación que ocasione una colisión de intereses, de la cual sólo pueda salirse mediante una acción salvadora. Se considera que cabe oponer estado de necesidad ante peligros permanentes, tal como ocurre en el maltrato reiterado o el que se deriva de un embarazo riesgoso para la salud de la madre⁷²¹.

La concurrencia del peligro da ocasión a que se lesione un bien jurídico, lo cual implica que surge una cuestión de necesidad que debe atenderse. Esta necesidad se verifica en dos dimensiones. La absoluta que significa que no se vislumbraba ninguna otra forma de eludir el peligro y la necesidad concreta que implica la acción que se vaya a emprender se supedita a la condición de la acción salvadora y la lesividad⁷²².

⁷¹⁷ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 211. Para estos autores tampoco se precisa que el peligro que sobreviene en cuanto a los bienes jurídicos pueda ser enfrentado de otra forma.

⁷¹⁸ Así BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., 247.

⁷¹⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 368.

⁷²⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 357.

⁷²¹ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 420.

⁷²² MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 420.

La fuente del peligro ha sido entendida por algún sector como amplia⁷²³. Así, se considera que este puede derivarse de las fuerzas de la naturaleza, o de un animal, incluso de movimientos realizados por el cuerpo de una persona que no den ocasión a una acción humana lícita. También puede derivarse el peligro de una acción ilícita que no dé lugar a una agresión con características ilegítimas, pues de lo contrario procede legítima defensa. En este último sentido, se ha considerado que el estado de necesidad es indiferente a la defensa del ordenamiento jurídico o al argumento medular de la legítima defensa que sostiene no debe cederse ante el injusto, pues lo relevante en esta eximente estriba en la tutela de bienes jurídicos⁷²⁴.

En otro orden de ideas, importa atender el concepto de mal, porque la idea del peligro se encuentra aparejada con su existencia, pero en sintonía con la concurrencia de un mal. En vista de ello importa verificar las condiciones que distinguen al mal que aparece en el estado de necesidad, máxime porque el concepto de mal ha sido objeto de varias lecturas, tal cual se explica en las siguientes líneas.

La consideración del mal es un elemento que tiene contenidos valorativos y que debe ser resuelto sobre la base de aspectos normativos y sociales. Según la mayoría de la doctrina no precisa de ser típico⁷²⁵.

Para CEREZO MIR el mal debe ser inminente, a menos que luego de transcurrido el tiempo no sea posible hallar alguna salida al conflicto que se le presenta al agente, tal como puede ocurrir en casos como el aborto terapéutico. En este sentido, es de la opinión que el mal precisa de ser grave, lo cual implica que los bienes deben ser de considerable entidad. Además, el mal debe tener la particularidad que no precisa ser evitable de otra forma o por otro medio que sea menos relevante⁷²⁶.

⁷²³ DIEZ RIPOLLES, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 252. Este autor sostiene el origen puede encontrarse en fenómenos de la naturaleza, tales como inundaciones, e incluso provenientes del mundo animal. De igual forma, la causa puede estar en actos imprudentes, así como acciones ilícitas que no constituyan agresión ilegítima.

⁷²⁴ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 249. Para este autor los titulares de los bienes que convergen en el estado de necesidad son amplios, de tal modo que pueden ser la sociedad o bien el Estado. También de este parecer DIEZ RIPOLLES en *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 252, para quien debe realizarse una interpretación amplia de los bienes que pueden ser objeto de afectación en la eximente que nos reúne, por ende, cabe reconocer bienes pertenecientes a personas naturales o jurídicas, dentro de las cuales debe incluirse al Estado.

⁷²⁵ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., 418.

⁷²⁶ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 248 y 249. En atención a las consideraciones que realiza

En vista que en el estado de necesidad se afectan bienes jurídicos, por medio de la acción salvadora se ha estimado que el mal debe tener la particularidad de ser grave. Esto también es así, en atención a que en la eximente que nos atañe coliden intereses que dan ocasión a una amenaza para un bien y la afectación de otro, precisamente, por la amenaza que se cierne⁷²⁷.

En razón de las características de la acción salvadora, se advierte un deber de tolerancia por parte del agente. Esto ocurre en casos como las intervenciones de la autoridad apegadas al ordenamiento, tal cual acontece en vacunaciones de carácter obligatorias, o en la detención preventiva de una persona sospechosa, pese a que sea inocente. En estos supuestos se observa un componente de interés público que da lugar que deba soportarse la injerencia que se adelanta⁷²⁸.

En sentido contrario, si resulta que la acción no era necesaria para la salvación de los bienes jurídicos, entonces el peligro pudo haberse evitado de otra forma, por ende, no se está ante una acción salvadora, dentro del marco del estado de necesidad. En este sentido, algún autor ha considerado que la acción necesaria debe ir encaminada a salvar un bien que sea de mayor entidad que el sacrificado, puesto que de lo contrario no se estará ante una acción con consecuencias justificantes⁷²⁹.

Para la calificación del mal se requiere de una ponderación de carácter social, el cual puede o no coincidir con el agente. Si bien se entiende que el mal no debe ser típico, si se considera que el mal ocasionado debe tener la condición de típico⁷³⁰.

El mal que es amenazado debe tener la condición de objetivo, dado que para LUZON PEÑA se trata de una cuestión justificante. Sin embargo, entiende este autor que debe tratarse de un mal en sentido jurídico, de manera que no concurre el mal si se

este autor la situación de necesidad pasa por una condición de peligro que se cierne para un bien jurídico que puede ser propio o ajeno, en la cual tal peligro se entiende como inminente para la realización de un mal que debe ser grave, de tal modo que se produce una lesión de menor entidad para bienes jurídicos de otro o que no dé lugar a quebrantar un deber.

⁷²⁷ DIEZ RIPOLLES, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 252.

⁷²⁸ ZULGADÍA ESPINAR, *Derecho Penal...*, cit., pp. 666.

⁷²⁹ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho ...*, cit., pp. 151.

⁷³⁰ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLAZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 341. Para estos autores el mal debe ser de alguna relevancia, puesto que de lo contrario debe soportarse para propender por la convivencia humana.

trata de una cuestión que carece de relevancia jurídica o si el comportamiento aparece amparado por el derecho o por otra causa de justificación⁷³¹.

RODRÍGUEZ DEVESA también comparte la posición que entiende el mal precisa de estar tipificado en el texto punitivo, dado que en el caso contrario no tiene sentido sostener la eximente. Esto es sí, debido a la relevancia que tienen los bienes que aparecen tipificados en el Código penal⁷³².

Se considera que el mal causado constituye la única alternativa para alcanzar el objetivo que se pretende a través de la acción salvadora; por ende, participa de ser necesario, lo cual implica que este sólo puede materializarse a través de la realización de otro mal. Tal necesidad precisa de un examen con connotaciones objetivas, empero ello nunca debe perder de vista las condiciones que tenía el agente al tiempo en el cual acontecía el incidente⁷³³.

Una primera referencia nos dirá que por mal deberá entenderse de manera amplia, por tanto, será mal todo lo que produce un daño, pese a que la conducta resulte valorada por la colectividad⁷³⁴.

La concepción anterior ha sido objeto de críticas por parte de MIR PUIG, quien asegura que la connotación tiene un matiz naturalístico, el cual no se aproxima al propósito que perseguía el legislador al incluir el concepto de mal. En la perspectiva de MIR PUIG la idea del mal pasa por una cuestión de corte valorativa, que se tropieza con la noción que se describe en el inciso superior. Siguiendo a MIR PUIG el mal es un asunto de índole valorativo, de tal suerte que el alcance del mal se determina por ponderaciones sociales.

⁷³¹LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 624. Para este autor no cabe recurrir al estado de necesidad en el supuesto de detenciones, lesiones ocasionadas por la transfusión de sangre o intervenciones quirúrgicas a personas capaces y adultas, salvo que no se haya presentado el consentimiento debido para tales efectos. Si procedería la eximente en el supuesto de personas que se encuentran en huelga y han anunciado quitarse la vida, puesto que aquí se está ante un mal jurídico frente al cual puede procederse amparado por la eximente que nos atañe.

⁷³²RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 569.

⁷³³MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 330. Así también DIEZ RIPOLLES, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 252.

⁷³⁴MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 471.

La noción de mal que sostiene MIR PUIG presenta algún inconveniente, derivado de la persona quien realiza la ponderación del mal. Así, tal valoración podría recaer en cabeza de la persona afectada o sería necesario atender a las consideraciones sociales que son mayoría en la colectividad, o incluso verificar la concurrencia de una valoración de corte jurídica, atendiendo a instrumentos jurídicos.

En torno a la situación planteada se ha concluido que no resulta de recibo atender a las ponderaciones individuales en cuanto al concepto mal, puesto que las reflexiones del agente resultan limitadas a su parecer y experiencia, de tal suerte que la cuestión no debe decidirse sobre la base de las apreciaciones particulares⁷³⁵.

En abono a la cuestión del mal se advierte que éste precisa de una ponderación de carácter normativo, por tanto, se colige que no se trata de una valoración de orden jerárquica de los bienes que aparecen enfrentados ante la situación de estado de necesidad, pues se requiere de un análisis valorativo de los males que concurren y para ello deben atenderse criterios como: gravedad de la lesión, la condición de reparable o reversible y la afectación que tiene lugar sobre los bienes jurídicos⁷³⁶.

La concurrencia del mal y del peligro que se precisan para que tenga lugar la eximente de estado de necesidad requiere del examen de las condiciones del agente al tiempo en que ocurre el hecho⁷³⁷. También en este sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARROS, para quien es preciso verificar la situación del sujeto desde una posición *ex ante*, no obstante, esto implica reflexiones objetivas, que utilizan como referencia el hombre medio con su formación, sin embargo, en la posición del sujeto quien se encuentra en la situación de necesidad⁷³⁸.

Ha sido objeto de atención la cuestión de los bienes que pueden ser afectados. Así, se colige que algún autor ha considerado que es posible afectar cualquier clase de bienes o intereses, lo cual incluye cumplimiento de deberes jurídicos bien sea propios o

⁷³⁵ MIR PUIG, “Problemas del estado...”, *Estudios jurídicos en...*, cit., pp. 510. Este autor sostiene que, en todo caso, las valoraciones en torno al concepto mal deben ser valorativas, lo cual implica que deben dejarse de lado cuestiones de índole naturalístico.

⁷³⁶ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 523.

⁷³⁷ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 249.

⁷³⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 360.

ajenos. También se da ocasión a cuestiones de carácter comunitarios⁷³⁹. Sin embargo, el peligro debe dirigirse a un objeto particular, de tal modo que se pueda concretar el potencial menoscabo al bien jurídico que se encuentra en conflicto⁷⁴⁰.

La doctrina mayoritaria entiende que el mal debe considerarse desde posiciones valorativas, empero para tales efectos se precisa realizar algunas reflexiones para dotarlo de contenido. Así, se observa que autores como CÓRDOBA RODA sostienen que debe tratarse de una amenaza social, otros como GIMBERNAT ORDEIG y LUZON PEÑA son del criterio que es una cuestión jurídico penal y otros estiman que tiene connotaciones mixtas por la concurrencia de aspectos jurídicos y sociales, tal como opina SILVA SÁNCHEZ⁷⁴¹.

Desde otra perspectiva, pero en cuanto al tema de los bienes que pueden ser afectados, se advierte que en la situación de necesidad no es posible atender a cualquier riesgo, debido a que no todas las amenazas a bienes jurídicos dan lugar a un peligro que aparte al sujeto del ordenamiento jurídico y en razón de que los resortes sobre los cuales se basa la exculpación tienen un componente social y democrático, por tanto, el sujeto no está en posición, en todo caso, de sacrificar bienes ajenos para mejorar su condición⁷⁴².

En atención a lo manifestado se precisa de una condición de gravedad, que permita dar ocasión a comprometer la capacidad de deliberación de la persona, tal cual ocurre en privación de bienes como la libertad, lo cual constituye obstáculos al desarrollo del agente. En atención a este planteamiento se ponderan bienes como la vida, la integridad física y la libertad, en atención a que la pérdida de otros bienes podría repararse en muchos casos, pero no en los casos aludidos, debido a que resultan

⁷³⁹LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 624. Comparte el concepto amplio de los bienes afectados BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 247, para quien cualquier bien jurídico puede encontrarse incurso en la situación de necesidad, de tal modo que la fuente de peligro resulta irrelevante, porque éste puede provenir de fuerzas de la naturaleza, el comportamiento humano, tanto de la persona quien se encuentra en la condición de peligro, como del sujeto que actúa, e incluso puede provenir de la conducta antijurídica de un tercero.

⁷⁴⁰SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 361.

⁷⁴¹SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 361 y ss. La relevancia de la situación se pone en evidencia, en la medida que este autor sostiene que, si el peligro y el bien son de poca entidad, entonces no cabrá reconocer estado de necesidad. En este sentido, se desvanece la necesidad en el evento que haya una forma diferente y menos grave para enfrentar la situación.

⁷⁴²MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 421.

esenciales⁷⁴³.

La comparación de males también debería realizar alguna consideración a la dignidad de la persona humana, dado que se está ante un principio general de corte constitucional sobre el cual se asienta el conjunto de valores y derechos elementales que se encuentran previstos en el texto constitucional, en concreto el artículo 10.1 de la CE. Ese precepto informa el resto de los derechos de carácter constitucionales, de tal suerte que sirve de resorte para que la persona pueda desarrollarse⁷⁴⁴.

Alguna aproximación al ejercicio de ponderación sugirió era necesaria la valoración de la jerarquía de los bienes; sin embargo, dicha posición presenta un esquema bastante limitado, por tanto, se ha estimado que en todo caso corresponde realizar un examen amplio de los intereses que confluyen en la situación correspondiente, lo cual implica realizar un ejercicio de ponderación sobre la base de intereses. Otra reflexión en torno a este tema pasa por la consideración de la totalidad del ordenamiento, de tal modo que se verifique si concurre merecimiento de tutela en una particular situación social⁷⁴⁵.

En abono a la discusión relacionada con la colisión se ha señalado que es preciso atender a cuestiones relacionadas con las condiciones del peligro que penden sobre el bien objeto de amenaza, lo cual implica, en cierta forma, reflexiones de política criminal. Estas consideraciones resultan, particularmente, útiles al tiempo que se examinan conflictos entre bienes que resultan heterogéneos, puesto que en estos casos existe una marcada dificultad al tiempo que se verifica algún ejercicio de ponderación, pues cada uno cuenta con particularidades diferentes⁷⁴⁶.

Sin embargo, la ponderación que debe realizarse en el contexto del estado de necesidad se dificulta en el caso que colidan intereses heterogéneos, particularmente, aquellos que tienen connotaciones colectivas o institucionales, como aquellas que se

⁷⁴³ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 424.

⁷⁴⁴ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 524. En este sentido, también MIR PUIG, en alguna medida, se ocupa de este asunto, en *Problemas del estado tomo I...*, cit., pp. 516, puesto que sostiene ante la colisión de integridad física y vida no es posible instrumentalizar la primera de ellas para salvar la segunda.

⁷⁴⁵ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho...*, cit., pp. 151 y 152.

⁷⁴⁶ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 215.

vinculan con la sociedad o el Estado. En vías de resolver la cuestión se ha estimado que no es dable atender a posiciones incólumes, por ende, no resulta posible concluir que el interés particular debe ceder espacio ante el colectivo⁷⁴⁷.

También importa tomar en cuenta, al tiempo de realizar la ponderación de intereses, el valor constitucional de aquellos, en el evento que se trate de bienes equivalentes. En este sentido, es oportuno atender a la significación funcional de los bienes dentro del marco del ordenamiento⁷⁴⁸.

Otros parámetros para llevar a cabo la ponderación que se precisa en el estado de necesidad son dados por DIEZ RIPOLLES, para quien es necesario examinar los siguientes aspectos: la relevancia de los bienes jurídicos que se encuentran afectados; si están expuestos realmente a peligro o si ello es una situación meramente potencial; la importancia de la lesión o la intensidad del peligro para los bienes implicados; la posibilidad de reparación y el desvalor de los comportamientos que concurren en torno al mal causado y el que se pretende evitar⁷⁴⁹.

Se ha entendido que el concepto mal debe ser un mal típico, es decir, que la situación se encuentre prevista dentro del ordenamiento jurídico, lo cual implica la concurrencia de un mal típico desde el punto de vista penal, por la afectación de un bien jurídico que encuentre tutela en la ley. Así, se observa que algún sector de la doctrina estima que la naturaleza del mal se vincula, exclusivamente, con cuestiones que aparezcan penalmente tuteladas, puesto que sólo así se justifica la injerencia en el entorno ajeno bajo estado de necesidad⁷⁵⁰.

Con relación a la afectación del mal jurídico penalmente tutelado, LUZON PEÑA es de la opinión que solo puede producirse en estado de necesidad ante la concurrencia de un mal con tales condiciones, empero una cuestión distinta ocurre en el estado de necesidad defensivo, dado que aquí es posible causar un mal mayor, de tal modo que podrá justificarse un mal típico relacionado con intereses que no sean

⁷⁴⁷ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 525. Para estos autores en el supuesto que no sea posible comparar los intereses debemos atender al estado de necesidad con efectos exculpantes.

⁷⁴⁸ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 626.

⁷⁴⁹ DIEZ RIPOLLES, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 258.

⁷⁵⁰ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 211.

penalmente tutelados⁷⁵¹.

A la anterior posición se opone la postura que indica el mal no debe poseer la condición de penalmente típico. MIR PUIG comparte la última corriente, es decir, aquella que entiende no es preciso que al mal sea penalmente típico. Particularmente, esta reflexión nos parece acertada, pues en sentido contrario se limita el ámbito de cobertura de la eximente que nos ocupa, en la medida que se reduce a los supuestos en que sobreviene un mal con condiciones típicas, empero el mal puede provenir de diferentes fuentes, incluso de las fuerzas de la naturaleza, caso en el cual, claramente, no podrá tener alcances de orden penal, dado la ausencia de tipicidad en esas situaciones⁷⁵².

GÓMEZ BENÍTEZ comparte, de igual manera, la posición que sostiene el mal no debe ser, necesariamente, típico, lo cual ocurre cuando aquello que se pretende evitar no se trata de una lesión, sino que más puede ocurrir que sobrevenga en casos como auxilio necesario, o auto auxilio o alguna diligencia encaminada para evitar dolores de considerable entidad o síndrome de abstinencia⁷⁵³.

Lo que si resulta claro es que el mal debe ser desvalorado, empero ello no implica que sea, obligatoriamente, típico. Esta reflexión implica que no se está ante bienes penalmente tutelados, sino que se precisa que sean males graves y que se esté ante bienes jurídicos que resultarán afectados, en vías de evitar la concurrencia del mal. Ahora bien, esto no significa que el mal no pueda tener la condición de típico y

⁷⁵¹ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 624.

⁷⁵² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 472. También OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 211, sostienen que cabría estado de necesidad ante males que resulten atípicos, es decir, que no presente peligro de lesión para bienes jurídicos protegidos penalmente. Para OCTAVIO TOLEDO/HUERTA TOCILDO, no resulta de recibo limitar la eximente a casos de bienes tutelados por el ordenamiento penal, puesto que esto daría lugar a vaciar de contenido al estado de necesidad, dado que la situación se reconduciría a comportamientos típicos, pero no antijurídicos, o conductas típicas y antijurídicas. DIEZ RIPOLLES, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 253 y 254, quien entiende que el mal puede ser alguno tutelado por la Constitución, como por otra parcela del ordenamiento. En este sentido, considera que cabe considerarse como mal la evitación del síndrome de abstinencia, dado que en este caso se advierte un menoscabo de la salud que padece la persona quien padece de adicción, el cual se reputa como bien jurídico. DIEZ RIPOLLES manifiesta que no puede considerarse como mal la afectación de un bien jurídico tutelado por una causa de justificación, tal cual ocurre en la privación de libertad que realiza un agente de policía. Concluye que el mal evitado y causado no precisa de ser un comportamiento típico.

⁷⁵³ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 367 y 368. También en esta dirección coincide GARRIDO MONTT, en *Derecho Penal...*, cit., pp. 183, pues estima que el mal dentro de la concepción del estado de necesidad no precisa ser típico y puede provenir de diferentes fuentes, tales como fuerzas de la naturaleza, del reino animal y la acción de terceros. Para GARRIDO MONTT, en el evento que el mal se pueda reputar como imaginario entonces cabe error.

antijurídico⁷⁵⁴.

El mal que atañe al estado de necesidad debe ponderarse forma negativa por el ordenamiento, en consecuencia, no sería dable oponer la eximente mencionada ante la concurrencia de un mal que se pondere en buenos términos; es decir, que aparezca justificado⁷⁵⁵.

Dentro del contexto del mal también importa verificar si se trata de un mal propio o ajeno. En el evento que mal no sea propio, entonces se está ante la figura del auxilio necesario⁷⁵⁶, en el cual el necesitado, debido a la concurrencia de la situación, no actúa, sino que tal comportamiento es adelantado por otro quien presta una colaboración, de tal suerte que con ello realiza una conducta que soluciona la situación en la cual se encuentra el necesitado por medio de la afectación de un bien jurídico que

⁷⁵⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 370 y ss. En relación a las consideraciones del mal este autor ha formulado algunas observaciones. Así: 1) en el supuesto que sobrevenga algún error o alguna justificación de carácter putativa, será posible oponer estado de necesidad, sin embargo, para ello es necesario observar el principio de proporcionalidad. No obstante, en el supuesto de error invencible, que no tengan la condición de culpable, procede legítima defensa. En este orden de ideas, sostiene GÓMEZ BENÍTEZ, que puede echarse mano al estado de necesidad frente al error de tipo, dado que aquí cabe un acontecimiento típico imprudente y el ataque precisa de dolo para que sobrevenga legítima defensa, excepto que el dolo sea entendido como forma de culpabilidad, tal como lo comprendían los causalistas; 2) También cabría estado de necesidad ante ataques de carácter antijurídicos y que constituyan legítima defensa; 3) En el caso que acontezcan cuestiones de justificación plena o en supuestos de estado de necesidad por conflicto entre bienes o males idénticos no es dable atender a una causa de justificación, debido a que éstas no proceden contra justificación plena, sin embargo, una tercer persona, que resulte ajena a la cuestión, puede repeler el ataque en legítima defensa si resulta atacado. Esta reflexión se sustenta en que los bienes en estos supuestos no están desvalorados, por ende, no pueden ser catalogados como mal. No obstante, GÓMEZ BENÍTEZ se opone a tales consideraciones, puesto que considera un hecho justificado no es desvalorado dado que no es lesivo de algún bien jurídico, tal desvaloración acontece, únicamente, en el supuesto que no se encuentre amparado por una causa de justificación. En adición, es de la opinión que el solo peligro que acontezca un hecho típico es de por sí un mal. También manifiesta que un resultado con connotaciones típicas siempre será un mal, dado que involucra una afectación a un bien jurídico, el cual no pierde tal condición, pese a que concurra una causa de justificación. GÓMEZ BENÍTEZ entiende que la tipicidad conlleva un ejercicio de valoración sobre las conductas que se estiman más relevantes y por ello deben integrar el texto penal, empero las causas de justificación sirven como una salida que la sociedad le encuentra a las diferencias que surgen en la colectividad sobre la base del interés preponderante, por tal situación no corresponde admitir una causa de justificación contra otra, dado que ello no contribuye a solucionar el conflicto, sino que se mantiene, en consecuencia, no corresponde admitir estado de necesidad contra otro estado de necesidad, salvo que haya colisión de bienes o males que resulten equivalentes, dado que en estos casos no se observa un interés preponderante, sino que exista una condición igualitaria.

⁷⁵⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 472. Para este autor en el caso de amenaza de un mal que constituya un hecho típico y antijurídico tendría ocasión una legítima defensa, por cuanto se trata de una agresión ilegítima, por ende, debe excluirse la eximente de estado de necesidad.

⁷⁵⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 472 y 473. La conducta dirigida a evitar que se cause un mal ajeno, puede dar lugar a que tenga ocasión la colisión de deberes, tal figura fue introducida en el ordenamiento español desde el Código penal de 1932.

resulta ajeno⁷⁵⁷.

Un caso particular de estado de necesidad se trata de la colisión de deberes. Así lo entiende la doctrina mayoritaria en España. Sin embargo, también se estima se trata del incumplimiento de un deber o incluso de una cuestión superflua. La colisión de deberes se dirige a la tutela de bienes jurídicos, de tal modo que en toda colisión de deberes se advierte, igualmente, una confrontación de bienes⁷⁵⁸.

La colisión de deberes acontece en el supuesto que para cumplir uno se requiera no acatar otro. Se considera, como se mencionó en el inciso que antecede, se trata de una cuestión que merece consideración dentro del estado de necesidad. En la colisión de deberes acontece una confrontación de intereses al punto que el sujeto debe elegir entre omitir o actuar, empero en el supuesto de colisión de deberes es relevante que la persona adopte una postura que, en alguna forma, lesione un deber⁷⁵⁹.

MIR PUIG asegura que en atención a la regulación unitaria de la eximente de estado de necesidad prevista en el artículo 20.5 del CPE, la cuestión de la colisión de deberes debe estimarse como causa de justificación⁷⁶⁰.

Con todo para MIR PUIG el concepto de colisión de deberes resulta incorrecto, puesto que la cuestión pasa porque el sujeto cumple el más importante o cualquier de dos, en el caso que la colisión acontezca en deberes idénticos, en consecuencia, no se produce en realidad tal colisión⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 473. Una de las conclusiones que se derivan de la intervención del tercero implica que el comportamiento de éste queda impune, por ende, ante tal situación este autor entiende que el estado de necesidad se trata de una causa de justificación.

⁷⁵⁸ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp. 55. Dentro del marco de la colisión de deberes se discute si tal condición puede acontecer entre deberes morales o religiosos. En este sentido, hay posiciones que respaldan la cuestión, otros entienden que se trata de un tema a discutir en sede de culpabilidad y otros autores no reconocen el asunto. Sobre el particular, CUERDA RIEZU sostiene que sólo podrá tener lugar la colisión de deberes en el supuesto que haya un reconocimiento de eficacia jurídica a un deber moral por parte del ordenamiento jurídico, debido a que para el derecho sólo tienen relevancia la confrontación de deberes jurídicos.

⁷⁵⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 464. Esto ocurre en el caso del médico quien debe atender a dos pacientes, no obstante, sólo puede ocuparse de uno. Dentro del marco de la colisión de deberes el galeno precisa de actuar u omitir.

⁷⁶⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 464.

⁷⁶¹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 465. Para este autor el mal, que debe entenderse en sentido amplio, para que encaje en la figura que nos ocupa, no se dirige a afectar a alguna persona, sino que incide sobre el orden público.

Para CUERDA RIEZU la colisión de deberes puede dar lugar a una eximente completa o incompleta, según las condiciones que se produzcan. Además, asegura que la colisión bien podría tener lugar como causa de justificación o exculpación, lo cual implica que no es dable su ubicación dentro de la figura del espacio libre del derecho, como algunos sostienen. No obstante, este autor sostiene que ante la colisión de deberes iguales la cuestión pasa por un asunto que atañe al injusto y da lugar a una causa de justificación⁷⁶².

En algunos supuestos no es posible atender a las facultades del sujeto, como puede acontecer en casos de delitos omisivos, en consecuencia, se le permite a la persona que escoja el bien que le parezca correcto, el cual puede ser aquel de menor importancia, lo cual daría lugar al rompimiento del interés preponderante⁷⁶³.

Pese a lo expuesto es posible que se examine la cuestión relacionada con infracción de un deber en sede de culpabilidad, puesto que en esa categoría se estudia la determinación del sujeto, en tanto que en el injusto se verifica la desvaloración objetiva del comportamiento⁷⁶⁴.

En torno a la posición mencionada en el inciso que antecede CUERDA RIEZU sostiene que en la antijuricidad se examina el propósito motivador de la norma, al igual que la ponderación, de manera que el asunto puede ser solucionado en sede de antijuricidad, pues ambos supuestos son evaluados en esa categoría del delito⁷⁶⁵.

En caso de colisión de deberes idénticos es válido que el sujeto adopte cualquiera de los caminos que se presenten, por ende, la decisión será siempre con arreglo al ordenamiento jurídico, debido a que en este caso no es posible determinar qué es lo prohibido, por tanto, reposa en cabeza del sujeto decidir el deber que debe cumplir⁷⁶⁶.

⁷⁶² CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp. 238.

⁷⁶³ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp. 238 y 239.

⁷⁶⁴ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp. 240.

⁷⁶⁵ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp. 240.

⁷⁶⁶ CUERDA RIEZU, "Sobre el concurso...", *ADPCP*, 1990, pp. 242. De acuerdo con este autor en este supuesto el sujeto se encuentra justificado, puesto que no es posible realizar una valoración numérica de vidas humanas, lo cual acontece en colisiones que se dirijan en este sentido. También resulta de recibo acoger tal posición desde una perspectiva polícticriminal, porque no tendría sentido la imposición de una pena en condiciones como las que nos ocupan

El asunto del mal ajeno da lugar a que se discuta ante qué circunstancias se está; ante tal consideración. Una primera aproximación dirá que por ajeno debe comprenderse el mal de otro, de tal suerte que sólo se admite la colisión de deberes en el supuesto que concurra auxilio necesario de otra persona, de modo que no acontecería ante la perturbación de orden público, en razón que se trata de un asunto impersonal⁷⁶⁷.

En abono a la discusión del concepto de mal ajeno, parece que la cuestión pasa por estimar que se trata de un mal que incida sobre otra persona, sin embargo, ello pierde de vista el mal impersonal. Lo cierto es que el mal no precisa de ser propio, para ser considerado ajeno, lo cual también es extensible a supuestos de infracción de un deber⁷⁶⁸.

Sin embargo, también es posible atender a otra interpretación con contenido más general, de tal modo que se estimarán como males ajenos todos los casos en que se intente evitar infringir un deber, puesto que aquella infracción, en todo momento, debe considerarse como un mal que no es propio⁷⁶⁹.

Pese a que la conducta aparezca justificada por la concurrencia de estado de necesidad, esto no significa que el mal ocasionado se desvanezca, por el contrario, resulta diáfano que se mantiene, puesto que el resultado que lesiona bienes jurídicos se preserva, de tal suerte que cabe proceder, igualmente, en estado de necesidad. No obstante, tal cuestión no tiene lugar en el caso que concurra estado de necesidad por colisión de intereses iguales, empero si acontece en supuestos de legítima defensa o cumplimiento de un deber⁷⁷⁰.

La cuestión descrita en el inciso anterior participa, en alguna medida, de la

⁷⁶⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 476.

⁷⁶⁸ MIR PUIG, "Problemas del estado...", *Estudios jurídicos en ...*, cit, pp. 513 y 514.

⁷⁶⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 476. En vista de las amplitudes que ofrece este concepto, para este autor debe atenderse a mal ajeno, máxime porque proporciona mejores alternativas desde una perspectiva política criminal. En este sentido, MIR PUIG asegura que los casos de colisión de deberes en los cuales no se pretenda evitar un mal que pertenece a otra persona, deberían en todo supuesto resolverse bajo las reglas que se reserva para el cumplimiento de un deber legal.

⁷⁷⁰ MIR PUIG, "Problemas del estado...", *Estudios jurídicos en...*, cit. pp. 511. Una situación parecida ocurre en casos que se enfrenten bienes que no sean equivalentes en gran medida, en cuanto al mal causado ante el que se pretende eludir, por tanto, ante este panorama no cabe oponer estado de necesidad.

necesidad de defensa que se advierte en la eximente de la legítima defensa, con la diferencia que en el estado de necesidad el mal causado no puede ser de más entidad que el evitado⁷⁷¹.

La eximente objeto de atención se encuentra informada por el principio de proporcionalidad, como ya hemos mencionado de tal modo que para estos efectos debe tratarse de la única opción para lograr la acción de salvamento⁷⁷², en la medida que la regulación dispensada sostiene que el mal causado no debe ser mayor que el evitado o se pretende eludir. En esta dirección, importa tener presente que el estatuto penal español hace referencia a males, concepto que resulta más abarcador que el término daños, de tal manera que se no solo debe considerarse el valor del bien, sino que también será mandatorio atender a la forma como se produce la lesión⁷⁷³.

Según MIR PUIG la concurrencia del mal ocasiona la perturbación del orden jurídico, en tanto que, si las connotaciones del mal inciden sólo en el plano individual del sujeto, entonces se produce una intervención anormal en el entorno del afectado, por ende, la conducta que se adelanta en estado de necesidad debe ser mayor que la lesión al bien típico que se dispone.

Debe entenderse que el mal es aquello que se intenta eludir, pero también involucra aquello que se causa en una situación de estado de necesidad. De igual forma, el mal conlleva la lesión de algún bien jurídico de otra persona, o el desconocimiento de un deber. Esto conlleva verificar la afectación del orden jurídico vinculado con el tipo penal. En el evento que exista peligro dirigido a que dé ocasión la afectación referida, entonces se cumplimentarán los presupuestos para que la acción pueda considerarse como necesaria⁷⁷⁴.

El mal precisa de una afectación para un bien jurídico, el cual debe ser merecedor de una ponderación desvalorada con contenido social, pero no requiere,

⁷⁷¹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 478.

⁷⁷² MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 123. Esto implica que la acción resulta necesaria, lo cual conlleva que para eludir el mal que se cierne sobre el bien jurídico sólo cabe realizar otro mal.

⁷⁷³ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 480 y 481.

⁷⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 666 y 667. Este autor sostuvo que el TS mantuvo un concepto restringido en torno al concepto de mal, empero tal concepción ha variado, de tal modo que la apreciación que se sigue hoy día es un tanto más amplia.

obligatoriamente, constituir un resultado típico, puesto que el concepto que debe privar es el de mal a evitar. En este orden de ideas, cabría preguntar si un mal que no es penalmente típico sólo por esa situación deja de ser un mal⁷⁷⁵. Para descartar la concurrencia de un mal típico, como relevante en estado de necesidad, se advierte que es necesario atender a consideraciones relacionadas con el entorno social, por ende, el mal no podrá concebirse como una cuestión naturalística, y precisa de un enfoque valorativo, pero tampoco con connotaciones exclusivamente jurídicas, puesto que de ser así el mal ocasionado por las amenazas que se deriven de fenómenos de la naturaleza o del reino animal serían siempre mayor, porque será típico y los acontecimientos aludidos no tienen tal condición⁷⁷⁶.

La consideración amplia del mal da lugar a que la ayuda pueda ser suministrada por la sociedad, o incluso por el Estado, si se trata de asuntos colectivos o considerados como suprapersonales. Así, se advierte que la eximente en cuestión tiene repercusiones amplias que incluso exceden los contornos de la legítima defensa, dado que en casos como la comisión por omisión no cabe recurrir a esta última eximente, debido a que no se colocan en riesgo bienes jurídicos individuales⁷⁷⁷.

En vista de la consideración amplia del mal cabe recurrir al estado de necesidad ante ataques cuya fuente sean los animales o de cosas. No obstante, habrá que realizar alguna puntualización. Así, en el supuesto que el bien amenazado sea personal, entonces la ponderación se dirige al sujeto activo, sin embargo, si no lo es el daño necesario podrá ser mayor que el que se pretende eludir, lo cual implica sería prudente tener presente la proporcionalidad, en atención a que la cosa o animal son propiedad de alguien que no ha realizado agresión⁷⁷⁸.

La causación de males también tiene incidencia al tiempo que se examina la colisión de deberes. En esta dirección, se colige en el supuesto que colidan deberes de igual entidad, entonces se concluye que el mal ocasionado por la infracción de uno de

⁷⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 668.

⁷⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 668.

⁷⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 671.

⁷⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 672. Este autor sostiene que LUZON PEÑA propone como referencia atender al ordenamiento alemán en el cual se puede prescindir de la proporcionalidad en el evento que se proceda contra la fuente de peligro necesaria para hacer frente al embate, de manera que la proporcionalidad se disipa.

los deberes es idéntico. No obstante, puede ocurrir que el quebrantamiento de algún deber genere consecuencias más relevantes que la infracción de otro, por tanto, el agente estará en posición de vulnerar el primero de los deberes para eludir la infracción del otro⁷⁷⁹.

3.6.2. La falta de provocación

La cuestión medular en este requisito estriba en que no puede reclamar el estado de necesidad quien, de manera intencional, haya causado el peligro que luego pretende conjurarse mediante la eximente que nos ocupa. Así, se advierte que tal condición precisa, para algunos, de la causación dolosa del conflicto que se provoca entre bienes jurídicos. El dolo que puede sobrevenir, en este sentido, se trata bien de un dolo directo o eventual⁷⁸⁰.

La provocación por parte del sujeto da lugar a afectar la ponderación jurídica que se realiza en el marco de la eximente, empero no incide sobre el conflicto que acontece entre los intereses que concurren al tiempo de examinar la eximente, de modo que no se desvanece la situación de necesidad, de manera que desde esta perspectiva podría tener lugar una eximente incompleta⁷⁸¹.

La cuestión pasa porque no resulta dable favorecer a una persona con la eximente, pues puede que haya procedido, de manera intencional, a cometer un delito al tiempo que causa la situación, y pese a ello espera ser favorecido con el estado de necesidad⁷⁸². En este caso no concurre la eximente, en atención a que el hecho de ocasionar la situación proviene de la falta de acatamiento objetivo y subjetivo de un deber. Esta exigibilidad de hacer frente al peligro ocurre en el caso que sobre un mismo sujeto recae una dualidad consistente en la persona que causó la situación y quien resultaría potencialmente beneficiado⁷⁸³.

⁷⁷⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 482 y 483. Para este autor ante la concurrencia de delito imprudente la comparación se verifica sobre la gravedad del hecho imprudente.

⁷⁸⁰ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 216. Así también LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 632, quien sostiene que el núcleo duro del requisito en examen estriba en que no cabría, en principio, exonerar al sujeto mediante la eximente que nos ocupa, luego que ha causado el conflicto.

⁷⁸¹ SÁINZ- CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 368 y 369.

⁷⁸² RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 571.

⁷⁸³ BLANCO LOZANO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 1060.

LUZÓN PEÑA expresa que la falta de provocación se refiere a que el sujeto persiga ocasionar el conflicto, para luego cobijarse en la eximente. Esto acontece en el caso que la provocación, desde luego, sea dolosa y aun cuando haya dolo eventual. Sin embargo, no implica que se descarte la situación imprudente, siempre que el ilícito final tenga contemplada la comisión imprudente o se admita el dolo eventual. En vista de lo expuesto, este autor es de la opinión que la cuestión en torno a la provocación debe entenderse de forma amplia⁷⁸⁴.

LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ entienden que en el caso que la persona haya dado lugar a la situación de necesidad no puede ser favorecida con la eximente que nos reúne, porque ello constituiría un fraude a la ley. En esta dirección, estima que la conducta de la persona, en atención a la naturaleza de la circunstancia que nos ocupa debe ser calificada como intencional⁷⁸⁵.

Se ha entendido que el requisito que nos atañe implica una referencia a la ponderación de intereses, debido que, si el sujeto da ocasión a la conducta, entonces se desvanece el principio aludido, de manera que no se encuentran bajo la cobertura de la eximente. No obstante, no se encuentran al margen de cobertura de la eximente los supuestos en los que tiene lugar la creación de una situación de peligro de forma intencional, en el evento que la cuestión haya sido insalvable, es decir, que no puede atenderse a otra alternativa⁷⁸⁶.

Sin embargo, importa tener en mente que la mera causación del peligro no implica que deba desconocerse la eximente. Con respecto a este punto existen algunas posturas. Así, se exige competencia del individuo en torno a la causa que ocasionó la situación de necesidad; en otro orden hay quienes consideran que se precisa una causación que sea subjetivamente contraria al deber que le corresponde al individuo y en otro sentido se ha estimado que la cuestión pasa porque se produzca objetivamente una situación contraria al deber que le correspondía al sujeto⁷⁸⁷.

Para abundar sobre lo expuesto en el inciso anterior no cabría la eximente en el

⁷⁸⁴ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 632.

⁷⁸⁵ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 344.

⁷⁸⁶ DIEZ RIPOLLES, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 258.

⁷⁸⁷ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 915.

supuesto que el sujeto se haya expuesto a una circunstancia, sin motivo suficiente, lo cual daría ocasión a un peligro que ocasionaría una situación de necesidad. Con relación a este punto, es importante realizar una distinción entre los peligros que proceden de las personas y aquellos que se derivan de la naturaleza. En el caso que el peligro sea causado por otra persona, entonces es posible recurrir a la eximente, siempre que se haya conducido socialmente de forma adecuada. En otro contexto, aquella persona que se haya expuesta a peligros naturales, pero con razones para ello, cabría allí estado de necesidad, en caso que la puesta en peligro sea identificable tanto para el agente como para otros⁷⁸⁸.

La situación de necesidad debe ser previsible, de manera que no sólo es dable dar ocasión al peligro. Esto involucra las situaciones relacionadas con la salvación, de manera que esto da lugar a verificar que la acción de salvamento sólo era posible a través de la afectación de derechos ajenos⁷⁸⁹.

En este contexto, también es necesario tener en mente que existe un deber de soportar las consecuencias que se presentan, en el caso que exista una posición de garante. Así, ocurre en el caso del marido frente a su familia, pues ocupa posición de garante⁷⁹⁰.

El requisito tiene algún parecido con la situación que acontece en legítima defensa, pues las condiciones no deben ser causadas por el agente. Una primera aproximación dirá que la situación no ha debido ser causada de modo intencional. Conforme expone MUÑOZ CONDE el Tribunal Supremo ha denegado el reconocimiento de la cuestión dentro del marco de los delitos imprudentes⁷⁹¹.

De igual forma, el requisito en cuestión se sustenta en que el sujeto no procede para salvar el interés que resulta más relevante, ni ante una real situación de conflicto, pues en vista de la provocación procede en atención a una situación de poder que ha sido causada por el mismo. La provocación que adelanta el sujeto no permite que

⁷⁸⁸ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 915 y ss.

⁷⁸⁹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 917.

⁷⁹⁰ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 920.

⁷⁹¹ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 125. Sin embargo, para RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 570 y 571, la provocación dolosa o imprudente resulta indiferente para los efectos del requisito que acapara nuestra atención, pues igual se advierte una situación de necesidad.

resulte amparado por la eximente, puesto que ello sería una extralimitación a los derechos que le corresponden⁷⁹².

Y es que la acción primaria adelantada por la persona resulta ilícita en su origen, puesto que ha sido llevada a cabo mediante provocación por parte del individuo, por ende, la persona no puede resultar favorecida con la eximente de estado de necesidad.

Cabría realizar otras formulaciones en cuanto al fundamento de este requisito. En esta dirección, importa tener en mente la manera en que las personas disponen de sus bienes jurídicos, en el evento que se estima que tal conducta pueda resultar contraria al uso social adecuado, entonces no podría recurrirse a la eximente que nos reúne. Aquí también habría que tomar en consideración la diligencia que adelanta cada persona con la libertad que tiene, puesto que si no se gerencia de manera correcta, entonces no habría que preservar los bienes del sujeto que no ha sido diligente en la salvaguarda de aquellos⁷⁹³.

Para quienes defienden la teoría de la diferenciación existen algunas cuestiones que considerar en torno al requisito que se examina. Así, la justificación acontecerá si la provocación que realizó el sujeto está permitida y ello ocurre en el evento que la calidad del mal que amenaza sea de considerable entidad. La relevancia de la provocación se determinará con base en la actuación del sujeto, por ende, es necesario estimar si ha sido dolosa o imprudente e igualmente deberá ponderarse si dio marcha a la situación de necesidad, esto implica la necesidad de afectar bienes jurídicos para eludir un peligro⁷⁹⁴.

Se han discutido las connotaciones de la acción del provocador. De entrada, se estima que podría tratarse de la provocación de la situación de necesidad, en vías de ser merecedor de una exención, o de igual forma podría considerarse que la persona no tenga la intención de quedar exento. Se ha descartado la primera opción, en razón de la ausencia del elemento subjetivo es necesario para la justificación. En tanto que si la acción provocadora resulta típica es posible la concurrencia de la eximente, de manera

⁷⁹² BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉÉ, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 147.

⁷⁹³ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 432.

⁷⁹⁴ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 434.

que el comportamiento queda exento de castigo⁷⁹⁵.

De acuerdo con GÓMEZ BENÍTEZ en el caso que se advierta la provocación por parte del individuo no es posible echar mano a la eximente que acapara nuestra atención⁷⁹⁶. Para este autor la cuestión que nos ocupa se refiere a la situación de peligro, en vías que ocurra un mal, lo cual debe ser voluntario, es decir, que el individuo tiene la intención de ocasionar un resultado típico o en, su caso, de vulnerar un deber que resulta penalmente exigible⁷⁹⁷. Así las cosas, este requisito se desvanece si el agente da ocasión a la situación de peligro que da lugar a poner en riesgo el bien jurídico.

Se ha sostenido que no es posible que el mal causado pueda ser compensado por la provocación, incluso cuando aquella ha sido dolosa. Para fundar tal aserto se acude a las siguientes razones: daría lugar a excluir conductas imprudentes como elemento de valoración; limitaría la situación, de manera que pueda dar ocasión a la provocación dolosa, de tal suerte que en este caso podría tener lugar a lo mucho una exención incompleta⁷⁹⁸.

Tampoco se materializa la situación de necesidad en el supuesto que una persona haya ocasionado un peligro, el cual no aparece enmarcado dentro de un riesgo permitido. Dado que en este supuesto surge un deber de soportar por la causación del riesgo no permitido, tal cual ocurre en el caso de la persona que da lugar a un incendio y golpee a otro a fin de huir. En el ejemplo planteado no cabe reconocer que la persona que da el golpe se encuentra amparada por la eximente examinada⁷⁹⁹.

Otro supuesto de provocación acontece en el caso que el sujeto ocasione un peligro para sus intereses. En esta dirección, habrá provocación en el evento que no haya base suficiente para el peligro causado y este pueda llevar a una situación de necesidad verificable con anticipación⁸⁰⁰.

⁷⁹⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 370 y 371.

⁷⁹⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 382.

⁷⁹⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 383. Para este autor la cuestión pasa por una "preordenación" dirigida a la situación de peligro que va dirigida a la posterior causación de un mal que resulta típico.

⁷⁹⁸ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 435.

⁷⁹⁹ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 436.

⁸⁰⁰ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 437.

También debe ser objeto de examen dentro del requisito examinado la cuestión de la adecuación social o de la utilidad social del comportamiento, puesto que puede ser que se causen riesgos sin causa justificante⁸⁰¹.

Dentro del marco de la falta de provocación por el agente también cabe recurrir a la cuestión imprudente, sin embargo, se entiende mayoritariamente que por la naturaleza de la eximente solo sería posible recurrir a la provocación dolosa⁸⁰². Así, se estima que por la construcción que aparece en el estatuto punitivo español en cuanto al estado de necesidad, en concreto al requisito de la provocación, parece que apunta a un asunto intencional; es decir, que se trata de causaciones conscientes, lo cual exoneraría la imprudencia inconsciente⁸⁰³.

Para QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, la provocación estriba en la causación de la situación de necesidad, no del peligro que se podría verificar por vía de la acción del agente, es decir, que debe atenderse a la condición de conflicto. Para estos autores la provocación debe tener connotaciones dolosas, y en el evento que pueda sobrevenir una cuestión de naturaleza imprudente el castigo debería tener lugar por vía del delito culposo⁸⁰⁴.

Con todo se ha considerado este requisito como inesencial, puesto que en cualquier situación su ausencia no da lugar a desvanecer la situación de necesidad que es la condición esencial para que tenga lugar la eximente. En esta dirección, cabría recurrir a una eximente incompleta⁸⁰⁵.

En el caso que el sujeto haya ocasionado de manera intencional la situación de necesidad caben las siguientes alternativas: en el supuesto que no se admita la posibilidad de echar mano de la eximente en cuestión, entonces se retirarían las alternativas de defensa al que ha causado la situación de necesidad para auxiliar al que está necesitado y no ha tenido intervención en la cuestión⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 438.

⁸⁰² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 483 y 484.

⁸⁰³ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 443.

⁸⁰⁴ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 527.

⁸⁰⁵ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 528.

⁸⁰⁶ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 217.

En torno a lo expuesto en el inciso superior, se ha sostenido que no resulta correcto favorecer con impunidad a la persona que haya dado lugar a la situación de necesidad que ha sido causa por él mismo⁸⁰⁷.

Se ha estimado que es de recibo reconocer que es posible atender a la imprudencia en este contexto⁸⁰⁸. Así se ha considerado por algún sector que es procedente denegar la eximente y en su lugar considerar que ha tenido ocasión responsabilidad por comportamiento imprudente. No obstante, MIR PUIG asegura que tal posición no es correcta, pues en todo caso la situación debe resolverse bajo las reglas de la *actio libera in causa*⁸⁰⁹.

También se ha concluido que la provocación precisa de ser dolosa, puesto que ello podría derivarse de la estructura del texto, empero el alcance de la norma también podría ser admisible la imprudencia. Así, se considera que el último acto resulta doloso; es decir, que la persona procede según el estado de necesidad, no obstante, la situación de necesidad no ha sido causada de manera intencional, de modo tal que la imprudencia ha sido la causa final del resultado frente al cual se está. Este planteamiento consiste en que el comportamiento doloso final está precedido por una conducta imprudente previa, de tal suerte que en vista de esta argumentación debe castigarse por imprudencia⁸¹⁰.

Siguiendo con el asunto imprudente dentro del marco de este requisito MIR PUIG considera que la imprudencia dentro del requisito que acapara nuestra atención procede bajo el amparo por vía de la *actio libera in causa*, puesto que la imprudencia se constituiría en causa última del acontecer final. Así, se advierte que se trata de una condición *sine qua non* en la cual existe una cuestión imprudente como punto de partida por parte del agente, la cual da ocasión a una situación de necesidad y frente a ésta puede reaccionarse en estado de necesidad, en la medida que existe una cuestión atendible ante a la cual reaccionar, tal cual ocurre en la *actio libera in causa* y se produce un resultado lesivo⁸¹¹.

⁸⁰⁷ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 218.

⁸⁰⁸ De este parecer MIR PUIG, "Problemas del estado...", *Estudios jurídicos en...*, cit. pp. 519, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 253, SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 685.

⁸⁰⁹ MIR PUIG, "Problemas del estado...", *Estudios jurídicos en...*, cit., pp. 518.

⁸¹⁰ MIR PUIG, "Problemas del estado...", *Estudios jurídicos en...*, cit., pp. 519.

⁸¹¹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 483 y 484.

Con relación a la provocación ocasionada por imprudencia CERESO MIR sostiene que el Tribunal Supremo ha estimado que no cabe la eximente en el evento que la provocación no sea intencionada y que se califique como imprudente, no obstante, es de la opinión que ello no se compagina con el ordenamiento jurídico⁸¹².

Una posición diferente es defendida por COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, para quienes no es admisible la imprudencia, puesto que la estructura del texto apunta a una voluntad directa o de carácter eventual. También sostienen que el hecho de no admitir la imprudencia dentro del marco del requisito que ahora nos atañe acarrea sendos problemas desde una perspectiva política criminal, puesto que la persona no respondería por dolo ni por imprudencia⁸¹³.

Para SILVA SÁNCHEZ cabría reconocer la concurrencia de una conducta imprudente dentro del marco del estado de necesidad. Así refiere un caso en el cual un sujeto de manera imprudente conduce a la izquierda y con ello da ocasión a un accidente. En esta dirección, en el acto primero, la imprudencia daría lugar a la situación de necesidad, la cual provoca seguidamente un comportamiento doloso, que se ampara bajo la eximente de estado de necesidad y desencadena a la conclusión consistente en la imputación de la conducta final, originada por la imprudencia de la cual partió la cuestión⁸¹⁴.

Conforme manifiesta CERESO MIR la doctrina española considera que si la situación de necesidad ha sido ocasionada por imprudencia, entonces el sujeto no debe ser castigado, no obstante, ello no ha dado lugar a la exención, en atención a que la acción realizada ha ocasionado la situación de necesidad y el resultado ocasionado, debido a la acción necesaria, como tiene lugar en la *actio libera in causa*, de manera que en este sentido coincide con MIR PUIG, quien se ocupa de la situación en similares términos⁸¹⁵.

Se ha estimado que las dificultades de este requisito acontecen en el marco del auxilio necesario. Esto es así porque precisa verificar si el sujeto se trata del auxiliado o

⁸¹² CERESO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 284.

⁸¹³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 434.

⁸¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 688.

⁸¹⁵ CERESO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 285.

auxiliador. Según sostiene MIR PUIG la doctrina española se ha inclinado por estimar que la cuestión radica en el auxiliador y no se refiere al necesitado, quien no debe haber dado lugar, de manera intencional, a la situación de necesidad, al margen si el auxiliador la ocasionó⁸¹⁶.

BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE opinan que en el supuesto que la persona auxiliada ha ocasionado la situación de necesidad, resulta dable estimar que concurre estado de necesidad, pese a que haya conocimiento de tal situación, sin embargo, sostienen que ello implica una contradicción, en atención a que se tiene noticia de la condición de provocación que ha acontecido⁸¹⁷.

En la misma línea de pensamiento expuesta, se advierte que en el auxilio necesario la provocación se puede derivar bien del agente o del necesitado. El problema estriba en verificar si en ambos puede haber exculpación. En torno a este punto MARTÍN LORENZO es de la opinión que es de recibo reconocer estado de necesidad a pesar de la provocación del individuo necesitado, en atención a vínculos de solidaridad que pueden acontecer en contextos familiares o de amistad⁸¹⁸.

Dentro del contexto que revisamos se advierte que el necesitado se trata de la persona quien es titular del bien jurídico que resulta amenazado. En sentido contrario, el agente es sujeto que procede de manera típica. Esta distinción es importante, porque se estima la ley al tiempo en que se refiere al sujeto se vincula con el agente, lo cual parte del Código penal español de 1944, en consecuencia, se entiende que el agente es quien no debe haber ocasionado la situación de necesidad⁸¹⁹.

Según OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO previo al estatuto de 1944 tanto el agente como el necesitado confluían en la misma persona. Sostienen que tampoco hacía mención, el texto punitivo aludido, a la persona necesitada de auxilio necesario. Luego hubo una variación dirigida a evitar que resultara impune el comportamiento de la persona quien ha provocado la situación de necesidad para sus

⁸¹⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 485.

⁸¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 148.

⁸¹⁸ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 441.

⁸¹⁹ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 218.

propios bienes, esto en el supuesto que converjan el necesitado y el agente⁸²⁰. En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA se refiere a la persona quien se coloca en una posición de necesidad, empero ello acontece sin la finalidad de cometer un delito y expone que el estatuto español derogado se refería, exclusivamente a la situación de necesidad, de modo que no hacía alusión al acto que se derivaba de aquella⁸²¹.

La eximente no se aplica en el evento que el sujeto quien ha provocado la situación y el necesitado resultan ser la misma persona. En este sentido, tampoco concurre la eximente en el caso de auxilio necesario en el supuesto que el individuo quien actúa ha sido quien ha causado la situación de necesidad⁸²².

Para MARTÍN LORENZO, en atención a la amplia regulación que dispensa el artículo 20.5 del CPE al estado de necesidad es posible inferir, sin demasiados tropiezos, que se observa una dualidad entre el agente y el necesitado. Esto en vías de definir al sujeto quien provoca la situación y esta cuestión da lugar a que no haya exención⁸²³.

A la mencionada posición se opone MIR PUIG, debido a que entiende que la provocación del sujeto no necesitado no debe dar ocasión a limitar la acción salvadora. Para este autor el provocador merece castigo, en razón que dio lugar la situación de necesidad de manera dolosa y no porque auxilia⁸²⁴.

Con relación a la provocación se estima que no puede haber acción encaminada a la tutela de un bien jurídico en el evento que la persona adelante alguna gestión dirigida a provocar la situación de necesidad, es decir, intencionalmente, en consecuencia, no existe interés preponderante que atender. No obstante, en el caso que el hecho haya sido ocasionado por la persona a quien se salva, aunque exista conocimiento de tal condición por quien gestiona en ayuda, entonces podría entenderse que cabe la eximente de estado de necesidad⁸²⁵.

⁸²⁰ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 218.

⁸²¹ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 571.

⁸²² SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 372.

⁸²³ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 442.

⁸²⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 485.

⁸²⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 250.

Es posible que se le proporcione cobertura al tercero que ha ocasionado la propia situación de necesidad que lo aqueja, debido que no resulta dable retirar la protección que proporciona el estado de necesidad, pese a que haya tenido lugar una situación como la que se describe.

Otra posición en torno a la causación del mal es desarrollada por MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, para quienes, en todo caso, se precisa de una provocación intencionada por parte del agente. Para tales autores la cuestión a la cual se refiere este requisito dice relación con la situación de necesidad. Para estos efectos, podría materializarse un asunto diferente a la provocación intencional en el supuesto de un conductor que guie su vehículo a una velocidad considerable y en razón de ello atropelle a un ciclista; no obstante, tal posibilidad ha sido denegada por el Tribunal Supremo, en vista que ha entendido la provocación requiere de ser intencionada⁸²⁶.

Con respecto al planteamiento expuesto, SILVA SÁNCHEZ estima que, si bien existe una provocación inicial imprudente, puede ser que el resultado final no pueda ser previsible por el sujeto, de manera objetiva, o también puede ocurrir que tal resultado no sea de aquellos que se encuentren cubiertos dentro del ámbito de protección de la norma. Además, sostiene que existen casos en que el tipo subjetivo del delito no tiene registrada la modalidad imprudente, en consecuencia, no procede realizar la imputación en esos términos⁸²⁷.

En torno al asunto de la presencia del dolo o imprudencia en la eximente en cuestión se colige que GIMBERNAT ORDEIG sostiene en el caso que la provocación haya sido dolosa, es posible la aplicación de una eximente incompleta. Sin embargo, en el evento que haya tenido lugar la imprudencia existen varias alternativas para resolver la situación. En este último sentido, se colige que se puede estimar existe un estado de necesidad pleno, o también cabría aplicar una sentencia de condena por haber tenido ocasión un delito imprudente; de igual manera sería viable atender a una eximente incompleta, e incluso plantea este autor que el tercero aparece exento de responsabilidad en el caso que la persona quien se encuentra en la situación de peligro haya dado lugar a

⁸²⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 331.

⁸²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 685.

la situación de necesidad⁸²⁸.

El ordenamiento español se refiere a la persona quien actúa en estado de necesidad para eludir el mal que puede ser propio o ajeno, por tanto, no debe entenderse que se hace mención al necesitado. Aquí también importa sostener que es posible atender al auxilio necesario, pese a que la persona necesitada haya causado la situación de modo intencional, sin embargo, no puede echarse mano a la eximente en el evento que se provoque la situación y después el sujeto motivado por arrepentimiento pretenda evitar el mal ajeno⁸²⁹.

Se ha estimado, de manera amplia, que el requisito que ahora acapara nuestra atención se relaciona con el necesitado, o del tercero auxiliador necesario, quien podría estar justificado en el caso que salve, por ejemplo, la vida de otro, sin que tenga conocimiento que éste ha provocado la situación de necesidad de manera intencional⁸³⁰.

En otro sentido, se entiende que la persona quien no debe haber causado la situación de necesidad se trata del necesitado, por cuanto es esta persona la que en realidad se encuentra involucrado en un contexto que precisa de una salida que en este caso se materializa por medio de la eximente objeto de atención⁸³¹. Así, se reitera que la ley se refiere al necesitado como la persona que no debe haber provocado la situación de necesidad; por tanto, no tiene lugar la eximente en el supuesto que el necesitado y la persona quien ha provocado el estado de necesidad coincidan⁸³².

También se ha concluido que el CPE se refiere a la persona quien procede en estado de necesidad y no hace referencia al sujeto necesitado, en consecuencia, debe estimarse que se encuentra cubierto por la eximente que nos reúne la persona que realiza alguna gestión dirigida a evitar un mal ajeno, a pesar de haberlo provocado el individuo necesitado y de manera intencionada⁸³³.

Se discute la cuestión que acontece en el auxilio necesario, en vías de verificar si

⁸²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la...*, cit., pp. 64.

⁸²⁹ CERESO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 285 y 286.

⁸³⁰ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 331.

⁸³¹ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 344.

⁸³² COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, cit., pp. 435.

⁸³³ DIEZ RIPOLLES, *Derecho Penal Español* cit., pp. 260.

el sujeto que propicia la situación de necesidad se trata del auxiliado o auxiliador. Para la doctrina mayoritaria se trata del auxiliador quien no debe haber causado la situación, al margen si el auxiliado la causó o no⁸³⁴.

Si bien es cierto el fundamento del requisito que ahora examinamos estriba en que no sea favorecido el sujeto quien, de manera intencional, ha causado la situación de necesidad no es posible desatender el supuesto que la provocación no causada por una persona no necesitada deba afectar negativamente a quien si resulta necesitado. En esta dirección, se ha considerado que, si el mal que se cierne sobre el necesitado resulta mayor, conforme al ordenamiento, esta cuestión no es óbice para que haya auxilio, si es que la provocación se origina en la persona no necesitada⁸³⁵.

La base del aserto mencionado en el inciso superior estriba en que no es de recibo que quien causó la situación resulte impune, empero tampoco lo es que la persona quien precisa de auxilio no pueda ser favorecida, máxime en el caso que no tenga mayor responsabilidad de la situación creada. Esta reflexión permite concluir que no se prohíbe auxiliar en las condiciones expuestas, puesto que lo censurable estriba en que se cause la situación de necesidad, en razón que esta persona resulta como garante, en atención a que dado lugar al conflicto y en vista de ello debe salvar el bien que resulta de mayor relevancia⁸³⁶.

También es objeto de reflexión dentro de esta eximente la cuestión de lo que debe causar el sujeto. En este sentido, una primera reflexión sostiene que la situación pasa por causar la situación de peligro para un bien jurídico, en tanto que otra alternativa sostiene que lo causado debe ser la situación de necesidad. De acuerdo con SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS la doctrina española mayoritaria se ha inclinado por considerar que se trata de la situación de necesidad⁸³⁷.

La cuestión planteada implica que no se excluye la eximente si se ha ocasionado la situación de peligro para determinado bien jurídico, al menos en ciertos supuestos, no

⁸³⁴ MIR PUIG, "Problemas del estado...", *Estudios jurídicos en...*, cit., pp. 519.

⁸³⁵ MIR PUIG, "Problemas del estado...", *Estudios jurídicos en...*, cit., pp. 520.

⁸³⁶ MIR PUIG, "Problemas del estado...", *Estudios jurídicos en...*, cit., pp. 520. Así también MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 125.

⁸³⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 369.

obstante, la jurisprudencia del TS, según sostiene SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS ha adoptado una posición contraria. En todo caso, la provocación significa dolo, el cual puede ser directo o eventual, empero ello no dejaría de lado la imprudencia, sin embargo, esto no ha sido entendido así por el TS, lo cual es contrario al diseño amplio de la eximente, de manera que tal posición restringe el estado de necesidad, en atención a un criterio que no encuentra amparo suficiente en la ley⁸³⁸.

3.6.3. Obligación de sacrificio

Este requisito dice relación con profesiones, oficios o cargos que se adelantan y que se vinculan con el hecho en el cual se encuentra involucrado. La cuestión se centra en la existencia de normas jurídicas que hagan mención al deber de sacrificio, es decir, que no se trata de un asunto de naturaleza amplia o genérica⁸³⁹.

También siguen la misma posición en cuanto a la relevancia de la norma jurídica como fundamento de la obligación de sacrificio QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, para quienes el deber pasa por un asunto con contenido jurídico que se desprende de cargos o profesiones que tienen algunas particularidades que comprometen al sujeto⁸⁴⁰. En torno a la relevancia del ordenamiento jurídico, COBO ROSAL/VIVES ANTÓN sostienen que la ley ha realizado una valoración de bienes, de modo que no se está frente a una excepción al principio de ponderación de intereses, puesto que el propio ordenamiento se ha ocupado de tal asunto⁸⁴¹.

El requisito que acapara nuestra atención implica que, si la situación resulta normal, es decir, que se encuentra dentro del radio de responsabilidades del sujeto, entonces este debe atender la obligación que le corresponde, en vista de las expectativas sociales que se ciernen sobre el individuo⁸⁴². El requisito no se aplica para quien lleva a

⁸³⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 370.

⁸³⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 485.

⁸⁴⁰ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp.528. Se trata de una cuestión social, es decir, del cumplimiento de un rol por parte de alguna persona, de tal suerte que la colectividad fija sus expectativas sobre algunos sujetos que ocupan cargos o ejercen profesiones con algún riesgo, tal cual informan BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho...*, cit., pp. 153 y BLANCO LOZANO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 1060.

⁸⁴¹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, cit., pp. 435. En este sentido, también coincide SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 381.

⁸⁴² MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 333.

cabo la acción que se estima necesaria, pues se refiere al necesitado, empero pueden coincidir en el estado de necesidad propio⁸⁴³.

El sustento de la eximente estaría en la inexigibilidad, desde el punto de vista objetivo, debido a que fundamenta la obligación de sacrificio, o de la conformación del comportamiento a derecho o a la valoración de intereses⁸⁴⁴. Para este requisito se advierte que la obligación del sujeto es previa al surgimiento del riesgo, lo cual marca una diferencia con la provocación que se dirige por contornos distintos⁸⁴⁵.

Desde la perspectiva de la teoría diferenciadora cabría estimar exculpado al sujeto obligado a sacrificarse, en caso que haya un peligro en ciernes para una persona próxima y éste se dirige a atenderlos, pese a que para tales efectos no atiende las obligaciones que le corresponden⁸⁴⁶.

Se observa que este requisito no se vincula con deberes morales o altruistas, más bien el asunto gira en torno a normas que se ocupan de cargos u oficios, puesto que la moral tiene un margen de aplicación muy amplio⁸⁴⁷. Es, precisamente, ese deber de carácter jurídico que da lugar a que el sujeto se convierta en garante de los bienes jurídicos que se coliden⁸⁴⁸. El tema radica en tareas que han sido escogidas, de forma voluntaria, por los sujetos, por tanto, aparecen vinculados a las responsabilidades que derivan de sus cargos u oficios⁸⁴⁹.

El requisito en cuestión puede vincularse con una cláusula de exigibilidad, empero es necesario tener presente que se trata de un asunto que está por encima del

⁸⁴³ CERREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 286.

⁸⁴⁴ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 528.

⁸⁴⁵ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 446.

⁸⁴⁶ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 447 y ss. Sin embargo, este aserto debe ser analizado según cada caso en particular. Así, en el caso del médico que decide atender a su compañera sentimental y descuidar sus obligaciones como facultativo no cabría la exculpación, dado que se vulneraría el deber de sacrificio al cual está llamado. También habría que considerar el caso de la persona quien colabora con el sujeto obligado que está próximo a cumplir con el rol que le corresponde, tal cual ocurre con la compañera del juez quien ha recibido amenazas por parte del investigado y, en consecuencia, la mujer presta un falso testimonio. Ante este caso podría aplicarse una eximente incompleta.

⁸⁴⁷ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 250.

⁸⁴⁸ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 220.

⁸⁴⁹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 632. Con todo, habría que estimar que el principio de proporcionalidad colabora a establecer los límites del deber de sacrificio que le corresponden al sujeto obligado, tal cual informa MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 125.

promedio, debido a que el sujeto tiene un deber particular derivado de su formación en determinada disciplina o por las tareas que realiza en algún sector⁸⁵⁰.

También puede considerarse que se está ante una cláusula de adecuación, tal cual acontece en el ordenamiento alemán en el § 34 del StGB. Para SILVA SÁNCHEZ la cuestión se trata de una adecuación objetiva del comportamiento a derecho. Esto implica es una obligación jurídica que viene marcada por ciertas condiciones de las personas, pese a que la conducta de la persona conlleve algunos riesgos. En razón de lo manifestado, se colige que el individuo está en posición de asumir algunos peligros, que se derivan de las tareas que realiza⁸⁵¹.

En cuanto a la mencionada cláusula presente en el ordenamiento alemán se colige que se contemplan dos supuestos. Así, si el sujeto ha ocasionado las circunstancias que han creado el conflicto a través de la desatención de su deber, entonces la disminución del injusto de acción y de la culpabilidad no resulta de considerable entidad, de tal modo que no es dable renunciar al castigo⁸⁵².

En el orden expuesto en el párrafo que antecede se advierte que resulta exigible la cláusula en el caso que el sujeto se encuentre vinculado a una condición jurídica particular, es decir, frente a deberes que lo conminan a soportar el estado de necesidad⁸⁵³.

De igual forma, es posible que la conducta no resulte justificada. Para tales efectos, importa tomar en cuenta las siguientes condiciones: 1) en el evento que exista una diferencia de poca entidad entre los bienes, lo cual daría ocasión a que no se aplicará la exigente completa ni incompleta; 2) en el supuesto que se salve el bien de más valor por la acción necesaria frente al de menos relevancia, ante lo cual retrocede la

⁸⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 686. También en torno a la exigibilidad, AMBOS en *La Parte General...*, cit., pp. 485 y ss., opina que en determinados casos en los cuales existe una posición especial por parte del sujeto, entonces se estará ante cuestiones de exigibilidad, lo cual se evidencia, por ejemplo, en caso del soldado que tendrá una obligación de soportar el peligro con mayor grado. El sujeto se encuentra liberado del cumplimiento del deber en el supuesto que precise realizar tareas fuera del ámbito de sus responsabilidades o en el caso que haya sido forzado a adelantar algún comportamiento, lo cual implica, según AMBOS, que estas cuestiones debieran discutirse en sede de culpabilidad.

⁸⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 686 y ss.

⁸⁵² JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 521.

⁸⁵³ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 523.

obligación de sacrificio, pues se trata de una desproporción de considerable entidad, debido a que la normativa no prevé estas situaciones y más bien la obligación de sacrificio no se requiere en el contexto que se desvanezca el requisito señalado en la ley ; y 3) en el caso que exista una desigualdad relativa, de tal modo que el mal ocasionado sea menor o igual de aquel que se pretendía evitar entonces, podría tener ocasión eximente incompleta, en razón que se precisa de una adecuación al ordenamiento en torno a la actuación del individuo⁸⁵⁴.

Las tareas bien pueden ser públicas o privadas, sin embargo, en todo caso debe tratarse de un asunto relacionado con obligaciones jurídicas que se desprendan del cargo. Sin embargo, no se trata de un asunto sin excepciones, debido a que no resulta dable, por ejemplo, que se le exija a un bombero que ponga en grave peligro su vida para salvar bienes patrimoniales⁸⁵⁵. Con relación a este último supuesto, SILVA SÁNCHEZ expresa que cede el deber de sacrificio en el evento que exista una desproporción de relevancia en torno a la gravedad de la acción que se realiza⁸⁵⁶.

En abono a lo expuesto en el inciso que antecede se colige que no tiene ocasión el requisito en el caso que haya una marcada desproporción en el deber de sacrificio o en el evento que la obligación de sacrificio, derivada del oficio o cargo, sea inútil⁸⁵⁷. En adición, se ha considerado no se trata de un requisito preceptivo, de tal modo que ante la ausencia de este podría caber eximente incompleta⁸⁵⁸. Y es que la tarea que marca los destinos del sujeto debe entenderse de manera comparativa, lo cual implica que es necesario considerar la entidad del mal ajeno que se examina, e incluso los bienes que entran en juego⁸⁵⁹.

Este deber de sacrificio dimana de la ley o algún contrato, es decir, se precisa de

⁸⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 688 y 689.

⁸⁵⁵ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 288.

⁸⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado...*, cit., pp. 691.

⁸⁵⁷ SÁINZ –CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código ...*, cit., pp. 381.

⁸⁵⁸ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 528 y 529. De igual forma, estima no se trata de un requisito indispensable OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 223. También en esta dirección, DIEZ RIPOLLES, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 261 sostiene que las fronteras del requisito en cuestión pasan por verificar si el sacrificio que debería adelantar el sujeto es inútil o si existe una desproporción en cuanto a los intereses que colisionan. En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 250 sostiene que el deber de sacrificio es de carácter relativo, porque no puede considerarse que el sujeto sea héroe o santo, en vías de cumplir, en todo caso, las tareas que le corresponden.

⁸⁵⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 385.

un instrumento jurídico que fije las tareas que tiene el sujeto, para que pueda estimarse que tiene ocasión del deber de sacrificarse. En ese mismo sentido, la existencia de la plataforma jurídica debe dar ocasión a establecer los límites del deber de sacrificio que le corresponde a la persona⁸⁶⁰.

Así, se advierten límites al deber de sacrificio sobre la base de normas jurídicas y aquello que pueda ser exigible al caso en examen. Estos límites deberían tener coincidencia entre aspectos legales o sociales que rigen el ejercicio de la profesión u oficio⁸⁶¹.

A partir de la naturaleza del requisito que nos ocupa, importa establecer quien sería la persona necesitada. LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ entienden que se trata de la persona quien se encuentra en la situación de necesidad, por tanto, no debe entenderse que es el auxiliador necesario, en consecuencia, el ciudadano promedio no está en posición de sacrificarse para atender, por ejemplo, al bombero, lo cual implica que todo lo que debe ocurrir es lo contrario⁸⁶². Con relación a este punto, de igual forma, se ha estimado que la eximente se desvanece sólo en el evento que el necesitado sea la persona quien posea el deber de sacrificio⁸⁶³.

Siguiendo el mismo orden expuesto en el inciso superior, se ha considerado que el deber de sacrificio no resulta extensible, por cuanto no se dirige a otra persona fuera del obligado, de tal suerte que no será exigible para el auxiliador necesario⁸⁶⁴.

Claramente el deber de soportar tampoco involucra asumir riesgos dirigidos a perder la vida, pese a las expectativas sociales que puedan cernirse sobre algunas personas. En esta dirección, se ha entendido que el deber de soportar también es extensible a amenazas que se dirijan a parientes o personas allegadas al sujeto que tiene la obligación de sacrificio⁸⁶⁵.

⁸⁶⁰ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 345.

⁸⁶¹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 333.

⁸⁶² LANDECHO VELASCO/MOLINA BLAZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 345.

⁸⁶³ SÁINZ-CANTERO CAPARROS, *Comentarios al Código...*, cit., pp. 383.

⁸⁶⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 572.

⁸⁶⁵ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 913.

3.7. El principio de inexigibilidad como base de los elementos del estado de necesidad

El principio de inexigibilidad de otra conducta tiene incidencia en todas las categorías del delito y en vista de ello informa las eximentes que enervan cada uno de los elementos que componen el delito, lo cual implica, desde luego, al estado de necesidad⁸⁶⁶.

En este apartado realizamos algunas consideraciones en torno a la relevancia que tiene el principio de inexigibilidad de otra conducta en los elementos que integran la eximente de estado de necesidad. Esto en vista que son, claramente, los elementos de la eximente que nos atañe aquellos en los cuales puede acontecer el error. Además, porque no es posible pasar por alto la relevancia que tiene el principio que ahora nos ocupa en la teoría del delito, particularmente, en las categorías que lo integran.

De hecho, la monolítica tesis que considera que las causas de justificación tienen sustento exclusivo en el principio de interés preponderante ha sido objeto de censuras, en atención a que se estima a que ello motiva un utilitarismo de gran relevancia y que ocasiona un formalismo extremo⁸⁶⁷.

Una primera aproximación al asunto sostiene que el requisito consistente en que no se haya provocado la situación de necesidad por el agente, tendría como sustento el principio mencionado en este epígrafe. Sin embargo, existen reparos a este aserto, puesto que también se ha entendido que el principio sólo tiene su ámbito de influencia en el supuesto que se trate de estado de necesidad en su modalidad exculpante, pues en este caso habrá que atender a la ponderación de intereses como fundamentador exclusivo de antijuricidad⁸⁶⁸.

En abono a lo expuesto en el inciso superior se estima que el requisito aludido se

⁸⁶⁶ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 112.

⁸⁶⁷ WILENMANN VON BERNATH, "El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal", en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2014, pp. 3. En torno a este tema este autor sostiene que en la dogmática alemana se ha diseñado el sistema de necesidad y defensa en lugar del sistema de causas de justificación. Así, se precisa de considerar relaciones que acontecen entre los sujetos que implicaría, por un lado, un deber de abstención que tiene su base en el derecho legítimo de respeto, en tanto que el permiso de acción de necesidad conlleva la fundamentación del deber de tolerancia.

⁸⁶⁸ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 112 y 113.

refiere a una cláusula de adecuación, la cual se desvanece al tiempo en que la persona no ajusta su comportamiento al ordenamiento. Particularmente, la adecuación se disipa en el caso que la persona haya procedido a causar, intencionalmente, la situación de necesidad. No obstante, AGUADO CORREA explica que tal cuestión aplica para el ordenamiento alemán, en el cual existe una cláusula en los términos mencionados, empero ello no aparece en el CPE, de modo que el principio de inexigibilidad cobra valor en este sentido⁸⁶⁹.

En la misma línea de pensamiento, expuesta en el párrafo que antecede se advierte que la cláusula de adecuación no encaja dentro de la cuestión que nos ocupa, en la medida que no se trata de un asunto relacionado con la exigibilidad general, sino que es una cuestión especial en el entendido que solo incide sobre algunos sujetos que se encuentran en algunas categorías que aparecen en la norma⁸⁷⁰.

El requisito segundo que plantea el artículo 20. 5 del CPE se trata de un asunto de inexigibilidad especial, puesto que el sujeto ha dado ocasión a una situación de necesidad de manera intencional, lo cual implica que esto da lugar a una valoración de intereses anormales, en consecuencia, al individuo se le reclama que sacrifique sus intereses, por tanto, no concurre inexigibilidad⁸⁷¹.

El principio de inexigibilidad también tendría alguna relevancia en el requisito consistente en que el sujeto necesitado no deba, por su oficio o profesión, realizar alguna suerte de sacrificio. Esta condición estaría informada por el principio de exigibilidad, empero por encima de los límites del sujeto medio⁸⁷².

Pese a lo expuesto, también se ha estimado que, en realidad, en este caso acontece una ponderación que ha adelantado el ordenamiento, puesto que el legislador ha fijado la obligación de sacrificio en la medida que se hace mención a intereses de considerable entidad que devienen de algunos oficios o profesiones que resultan de superlativa importancia en la sociedad⁸⁷³.

⁸⁶⁹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 113.

⁸⁷⁰ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 115.

⁸⁷¹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 113.

⁸⁷² AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 114.

⁸⁷³ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 114.

Para los seguidores de la teoría diferenciadora en el evento que ocurra un estado de necesidad justificante, entonces el requisito que nos ocupa estaría informado por la ponderación de intereses, en tanto que en el supuesto de estado de necesidad exculpante entonces la cuestión por una situación de exigibilidad, de tal modo que debía seguir el derecho en el caso que su oficio demande la obligación de sacrificio⁸⁷⁴.

La exigibilidad constituye un resorte del requisito en cuestión en la medida que delimita los alcances del deber de sacrificio. Esto es así, puesto que el deber de sacrificio no se extiende a poner en riesgo la propia vida al punto de la cercanía de la muerte para rescatar, por ejemplo, el patrimonio⁸⁷⁵.

3.8. El elemento subjetivo

Dentro del marco del estado de necesidad se discute si es preciso tomar en cuenta la concurrencia de un elemento subjetivo. El CPE que regía previo al estatuto de 1995 preveía que el sujeto debía proceder impulsado por estado de necesidad, sin embargo, el código vigente en España no contiene una regulación en ese sentido, en consecuencia, se estima que no corresponde atender al elemento subjetivo, al menos no en los términos que preveía el anterior texto punitivo español⁸⁷⁶.

En otro sentido, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, quienes sostienen que si bien el CPE actual no contiene el requisito de impulsado que aparecía en el estatuto anterior, es necesario interpretar la cuestión de lo subjetivo con criterios objetivos, lo cual implica que el sujeto tiene que conocer los elementos de la situación en la cual se encuentra⁸⁷⁷.

En el marco de la discusión relacionada con el elemento subjetivo se advierte que se considera que es necesario atender a esa situación, empero tal cuestión debe

⁸⁷⁴ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 114.

⁸⁷⁵ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 115.

⁸⁷⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 478 y 479. Ante este panorama este autor es de la opinión que el sujeto podría encontrarse amparado por estado de necesidad, pese a que tenga otras motivaciones que se aparten de los contornos de la eximente, incluso de naturaleza ilegítima.

⁸⁷⁷ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 526. Sostienen estos autores que existe una posición que considera el requisito subjetivo debe informar al estado de necesidad, es decir, que se precisa un requisito adicional que implica el ánimo de evitar un mal ya sea propio o ajeno.

reputarse como un elemento inesencial, puesto que, si bien se observa un desvalor subjetivo de la acción, a su vez ésta tiene cualidades salvadoras las cuales dan lugar a que la connotación objetiva de la acción o desvalor del hecho se desvanece⁸⁷⁸.

Para Cerezo Mir la concurrencia del elemento subjetivo si es relevante, es decir, que se precisa proceder con el fin de evitar la realización de un mal propio o ajeno. Ahora bien, sostiene que tal ánimo de salvación encuentra compatibilidad con motivaciones que también se vislumbran en causas de justificación o inculpabilidad⁸⁷⁹.

Con relación al aspecto subjetivo se considera que en el evento que no concurra el referido ánimo, empero la acción resulte imprudente el comportamiento es impune, dado que desaparece el desvalor del resultado. En el supuesto que haga falta el ánimo de salvación en la acción dolosa concurre desvalor subjetivo de la acción dolosa, en consecuencia, existe tentativa o es posible aplicar eximente incompleta⁸⁸⁰.

Si bien para que tenga lugar el estado de necesidad se precisa de requisitos objetivos, esto no significa que no pueda tener lugar la eximente en casos de delitos imprudentes, al menos según la opinión de CEREZO MIR. Esto es así, porque el estado de necesidad no conlleva que la causación de daño o la afectación a bien jurídico tenga la condición de ser voluntaria, de tal modo que bien puede ser imprudente, lo que implica que no se advierta el cuidado debido que debe observarse para eludir la lesión. Así, es posible que sobrevenga estado de necesidad ante la inobservancia del cuidado objetivo que se requiere en algunos supuestos.

LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ estiman que el elemento subjetivo es relevante, empero ello no debe dar lugar a considerar que pueden concurrir otras motivaciones en el agente, puesto que todo acontecer dirigido por el ser humano conlleva perspectivas complejas. No obstante, aclaran que no es dable verificar la concurrencia de un conflicto emocional en la persona.

La presencia del elemento subjetivo era innegable en el anterior estatuto

⁸⁷⁸ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 628.

⁸⁷⁹ CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 275.

⁸⁸⁰ LUZON PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 629.

punitivo español, por cuanto el artículo 8.7 del CPE preveía que la persona debía proceder impulsada por una situación de necesidad. Esto involucraba una cuestión psicológica ocasionada por factores externos que determinaban los procesos internos de la persona, al punto que daban ocasión a dirigir la voluntad del sujeto. Esta condición propiciaba una motivación anormal, debido a que la persona no estaba en posición de serle exigida que actuará conforme al deber que se precisa.

Siguiendo con la cuestión del elemento subjetivo se estima que no se excluye en casos de delito culposo, dado que en la culpa consciente el grado de imprudencia en todo caso está cerca del dolo, pese a que se aguarde que no se produzca el resultado. Esto ocurre, por ejemplo, en el supuesto del chofer que dirige su auto de manera descuidada para salvar a otro.

Se ha estimado que la concurrencia del elemento subjetivo es fundamental para que tenga ocasión la eximente. Así, se requiere de conciencia y voluntad para eludir el mal, en consecuencia, se precisa que el sujeto pretenda proceder en vías de que se realicen los elementos objetivos que integran el estado de necesidad.

En el mismo orden de ideas expuesto, se manifiesta BUSTOS RAMÍREZ, para quien la ausencia del elemento subjetivo no permite la apreciación de la circunstancia justificante del estado de necesidad. Este autor sostiene que la exigencia de la condición subjetiva aplica para la acción defensiva, empero no para la lesiva, debido a que para el derecho resulta de importancia que se pueda salvar un bien de entidad. En vista de este razonamiento no resulta atendible considerar si cabe estado de necesidad, aun en casos de imprudencia, por hechos dolosos o imprudentes, puesto que en este último caso bien puede advertirse estado de necesidad, tal cual ocurre en el supuesto del médico que traslada a un herido a un centro médico y para ello guía su vehículo de manera desordenada.

Ha sido objeto de discusión los puntos que deben considerarse que se encuentran inmersos dentro del elemento subjetivo. Así se ha argumentado que podría dotarse al referido elemento de la conciencia de la condición de peligro o la voluntad dirigida a defenderse. Con relación a estos puntos se ha considerado que, si la persona posee una de estas condiciones, igualmente tendrá la otra, empero en el caso que no sobrevenga

una, tampoco acontecerá la otra de las situaciones aludidas.

Pese a los argumentos de quienes sostiene la necesidad de la concurrencia del elemento subjetivo dentro del marco de la eximente de estado de necesidad, debemos coincidir con ROXIN, al tiempo en que sostiene que no se precisa de una voluntad salvadora y que se requiere, en todo caso, de la noción de la situación que acontece y la conciencia de salvación⁸⁸¹.

3.9. Estado de necesidad en casos límite

Existen situaciones que comprometen la integridad, e incluso la vida de las personas de manera superlativa. Tales condiciones representan, en algunos casos, amenazas que se ciernen sobre un grupo considerable de personas. En ciertos supuestos estos incidentes son causados por grupos organizados y que actúan al margen de la ley, en algunas oportunidades en vías de promover terror.

Para los efectos que importan a esta investigación importa examinar, aunque sea de manera breve, las posibilidades de reacción que se presentan ante las amenazas que se ciernen. Desde luego que tales posibilidades se encuentran determinadas por el perfil del ordenamiento de cada país.

También resulta relevante el tema, por las probabilidades que acontezca algún error, en atención a las dificultades surgidas del contexto. La presencia del error adquiere mayor relevancia en este tipo de situaciones debido a las complejidades que pudieran surgir en estos casos, donde se observan situaciones de tensión y la concurrencia de un número estimable de personas, de manera que conviene realizar algunas reflexiones en vías de establecer las consideraciones que prevé el estado de necesidad para casos límite.

Los acontecimientos ocurridos a partir del atentado contra las torres gemelas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, así como algunos incidentes similares como el que tuvo lugar en la estación de Atocha en Madrid, dio ocasión a retomar discusiones

⁸⁸¹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 720.

relacionadas con las posibilidades de oponer alguna eximente, es decir, de presentar alguna defensa contra el peligro que se cierne sobre los bienes amenazados con la acción de quien guiaba los aparatos.

En atención a las condiciones expuestas y por los riesgos que se derivan de la cuestión, en el ordenamiento alemán se dictó la ley de derribo de aviones, con el fin de hacer frente a la situación de necesidad para los bienes que podían ser potencialmente atacados; sin embargo, tal instrumento fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional de Alemania.

La doctrina, desde luego, también se ha ocupado del tema, en aras de encontrar una salida a la problemática que se origina a partir del peligro creado por quien guía el avión o el aparato. Al decir de ROBLES PLANAS tal discusión trajo a colación la discusión adelantada por WELZEL en su día, en torno al guardagujas que decide variar el destino del tren que conduce a fin de eludir el impacto contra personas que serían blanco del aparato y en su lugar elige una consecuencia menos grave⁸⁸².

En cuanto a este tema SÁNCHEZ DAFAUCE se refiere como estado de necesidad existencial, para hacer mención a casos en los cuales haya circunstancias de conflicto entre bienes jurídicos muy personales. A criterio de este autor, la situación pasa por la carencia de desaprobación, en atención a la concurrencia de una divergencia de orden existencial, de tal modo que la cuestión se resuelve por vía de la justificación. En adición, se recurre a la inexigibilidad, puesto que el hecho no resulta prohibido, puesto que no resulta dable prohibir aquello que no es posible exigir⁸⁸³.

Lo cierto es que varias son las respuestas que se han consignado para hacer frente a la cuestión aludida. Una de ellas se concentra en el número de vidas. Así, se entiende que en vista de la mayor cantidad de vidas que serán potencialmente afectadas es posible emprender alguna acción que resulte sin castigo contra aquellos que dirigen el aparato contra inocentes⁸⁸⁴.

⁸⁸² ROBLES PLANAS, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, Libro de Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 446.

⁸⁸³ SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Valencia, 2016, cit., pp. 31 y 39.

⁸⁸⁴ ROBLES PLANAS, “En los límites...”, *Derecho Penal del...*, cit., pp. 450.

Sin embargo, la anterior posición no ha sido compartida, en la medida que se entiende que, si bien la vida es ponderable, porque puede ocurrir que, ante determinada situación, haya bienes que resulten más importantes que la vida, no obstante, esta no puede ser objeto cuantificación por la cantidad de las personas que intervienen en la situación⁸⁸⁵.

También se ha esgrimido contra la posición que aboga por la cuantificación de las vidas que ello involucraría instrumentalizar la vida, es decir, utilizar a los individuos para salvar a otros. Además, se ha considerado que, en alguna manera, la tesis de la cuantificación daría lugar a jugar a Dios, puesto que no es posible verificar el resultado final y la posición en cuestión equivale a establecer que vidas se salvarían y cuáles no⁸⁸⁶.

En abono a lo expuesto, importa verificar la eximente que podría utilizarse contra las personas que dirigen la agresión. Una primera referencia a la cuestión dirá que cabe echar mano de la legítima defensa, pero que esta se podría utilizar contra los terroristas, empero esta reflexión no aplica para los pasajeros que se encuentran en el avión. En todo caso contra los pasajeros podría utilizarse la eximente de estado de necesidad⁸⁸⁷.

La cuestión del derribo de aviones se podría saldar sobre la base de la comunidad de peligro, en su modalidad asimétrica. En este sentido, cabría aceptar el derribo de aviones en el caso que fuera el único mecanismo para eludir el peligro, de tal suerte que la pérdida de la vida de algunos estaría justificada. Esta posición es defendida por MARTÍNEZ CANTÓN⁸⁸⁸.

Con todo, la comunidad de peligro presenta alguna consideración paradójica, puesto que engendra una suerte de contraposición de orden valorativo. Esto es así, porque según esta posición resulta igual que se salvan vidas amenazadas a que se salven

⁸⁸⁵ ROBLES PLANAS, “En los límites...”, *Derecho Penal del...*, cit. pp. 450 y 451.

⁸⁸⁶ ROBLES PLANAS, “En los límites...”, *Derecho Penal del...*, cit., pp. 450 y 451.

⁸⁸⁷ ROBLES PLANAS, “En los límites...”, *Derecho Penal del...*, cit., pp., 446.

⁸⁸⁸ MARTÍNEZ CANTÓN, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad”, en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, Libro de Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 421 y ss.

las vidas que se encuentran en el conflicto, es decir, que no resulta relevante cuáles vidas deben ser salvadas las que se encuentran en el avión o las de las personas que están en tierras. Además, el problema estriba en determinar qué vidas deben ser salvadas⁸⁸⁹.

Para los efectos expuestos es necesario atender a la comunidad de peligro simétrica y asimétrica. De la primera alternativa nos hemos referido ya. En torno a la otra alternativa nos ocupamos en los siguientes párrafos.

Las posibilidades de salvación serán consideradas asimétricas, en el evento que dos personas se encuentren en una situación de peligro; no obstante, solo una de ellas está en posición de salvarse, lo cual implica que la otra perderá la vida. En tanto que la cuestión simétrica implica que las personas que se hallan en una situación de peligro tienen perspectivas de salvarse, sin embargo, no se podrán salvar las dos⁸⁹⁰.

Conforme afirma ROBLES PLANAS, para NEWMAN, existe justificación en el caso que concurra asimetría y esto aplica para la persona quien tiene posibilidades de salvación, de tal modo que se ocasiona el sacrificio de la vida de quien no está posición de salvarse. Esto es así, con base en el principio de solidaridad, porque se desconocería tal principio en caso que no se le permita la salvación a quien está en condiciones de hacerlo⁸⁹¹.

Por el contrario, la cuestión simétrica es distinta, puesto que se encuentran personas con las mismas posibilidades de salvación, de tal modo que no se advierte un interés preponderante; por tanto, no habrá justificación para salvar una vida u otra. Esto es así porque al tiempo de realizar la ponderación no se observa una persona con el calificativo de víctima y otra con la condición de ser salvable, de manera que corresponde decidir sobre tal situación⁸⁹².

En vías de resolver la cuestión también se ha ensayado una salida vinculada con el deber de tolerancia. En esta dirección, se entiende que sólo cabe la justificación en el

⁸⁸⁹ MARTÍNEZ CANTON, "Nuevas consideraciones sobre...", *Derecho Penal del...*, cit., pp. 423.

⁸⁹⁰ ROBLES PLANAS, "En los límites...", *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 452.

⁸⁹¹ ROBLES PLANAS, "En los límites...", *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 452.

⁸⁹² ROBLES PLANAS, "En los límites...", *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 453.

evento que la solución que se adopte resulte aceptable para todas las personas quienes intervienen en el asunto, de tal suerte que la cuestión plantee idénticas posibilidades de salvación para todas las personas quienes están en peligro. Así, para que haya justificación debe acontecer una aceptación de la norma que dé lugar al sacrificio por parte de quienes resultan afectados⁸⁹³.

Es dable atender a una salida de carácter contractualista. En este sentido, se debería observar un trámite aleatorio. Esto implica una división de los bienes en juego. Así, por un lado, se considera la vida que tiene perspectivas de perderse frente a la situación de la otra, de manera que la cuestión se resuelve por una cuestión aleatoria. En alguna medida tal posición deja en manos de la fortuna la decisión de la cuestión, puesto que no se puede saber con propiedad los resultados de la gestión⁸⁹⁴.

De igual forma, se prevé recurrir a la posición de garante en vías de encontrar una salida a la cuestión que nos ocupa. En este sentido, HOBBS sostenía que en el evento que el Estado no proporcione la tutela al ciudadano se quiebra el contrato social, de tal suerte que los vínculos se dirigen hacia el estado primario de la naturaleza⁸⁹⁵.

Siguiendo con lo expuesto en el inciso que antecede, también ROUSSEAU afirmó que era atendible un procedimiento aleatorio, en concordancia con PAWLIK, para quien en el caso que exista una amenaza para la comunidad, es dable que el sujeto acepte que su vida debería ser sacrificada para beneficiar a la colectividad. Tal situación ocurre, por ejemplo, en el derecho de resistencia, así como en el servicio militar en el cual se demanda a la población civil, de tal modo que se precisa del sacrificio de sus vidas a cambio de la marcha del Estado⁸⁹⁶.

También resulta de recibo tomar en cuenta los deberes de tolerancia. En esta dirección, se advierte que en el caso de una conducta justificada existe un deber de tolerancia por parte del afectado, de tal suerte que se observa legitimación tanto de pérdidas como de injerencias⁸⁹⁷.

⁸⁹³ ROBLES PLANAS, "En los límites...", *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 455.

⁸⁹⁴ ROBLES PLANAS, "En los límites...", *Derecho Penal del...*, cit...pp. 455 y 456.

⁸⁹⁵ ROBLES PLANAS, "En los límites...", *Derecho Penal del...*, cit... pp. 457.

⁸⁹⁶ ROBLES PLANAS, "En los límites...", *Derecho Penal del...*, cit...,pp. 457 y ss.

⁸⁹⁷ ROBLES PLANAS, "En los límites...", *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 460 y 461.

La cuestión expuesta en el inciso superior tiene, desde luego, relevancia en materia de estado de necesidad. Así en el deber de tolerancia concurren dos resortes: la responsabilidad por la necesidad y la solidaridad. El deber de tolerancia da ocasión a legitimar la injerencia sobre el ámbito que le corresponde a la persona afectada y establece los contornos de la intromisión. Aquí habría que considerar, igualmente, que la situación de necesidad daría ocasión a justificar una intervención importante sobre la persona afectada, empero el deber de solidaridad da lugar a justificar alguna injerencia de poca monta⁸⁹⁸.

También debe examinarse la situación del tercero. Así, en el caso del ejemplo de los alpinistas y del derribo de aviones se entiende que la gestión salvadora del tercero no da ocasión a un injusto, en el evento que se decante por alguna de las partes involucradas. Sin embargo, tal conclusión no puede ser aplicable para la situación que ocurrió con los facultativos en el marco de la Segunda Guerra Mundial, en concreto durante el nacionalsocialismo, pues se puede objetar su inclinación hacia una u otra parte, dado que la decisión no estaba condicionada por el destino, sino que la elección reposa en cabeza del tercero interviniente⁸⁹⁹.

En torno a la situación de los médicos podría reconocerse al menos que cualquier que sea la decisión por lo menos se salva a alguna persona; puesto que sería lesivo que no se salvará a nadie, incluso podría verificarse que los facultativos, para este caso, podrían actuar dentro del espacio libre del derecho al decidirse por una vida o por otra, aunque no podría dejarse de considerar la dignidad de las personas que resultan necesitadas y salvables⁹⁰⁰.

Otra alternativa para solucionar la cuestión radica en el consentimiento. Para tales efectos se precisa que los pasajeros presenten su voluntad para que se lleve a cabo su sacrificio a cambio de la vida de otros. Sin embargo, este argumento se tropieza con las dificultades que tendrían ocasión para que los pasajeros puedan prestar consentimiento para el sacrificio, lo cual implica que todos asintieran. De igual forma,

⁸⁹⁸ ROBLES PLANAS, “En los límites...”, *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 461.

⁸⁹⁹ ROBLES PLANAS, “En los límites...”, *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 471 y 472.

⁹⁰⁰ ROBLES PLANAS, “En los límites...”, *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 472.

sería complicado que todos los tripulantes externaran su voluntad de sacrificio⁹⁰¹.

Se plantea la posibilidad que haya deber de autosacrificio por los tripulantes del avión. Así, se considera que por cuestiones de justicia los pasajeros de la aeronave deben ofrecer sus vidas. En vías de dotar de contenido a esta posición se ha sostenido que se precisa observar los siguientes puntos: a) solo procede el sacrificio, en el evento que exista una amenaza contra la comunidad jurídica; b) se debe ponderar que la vida de la persona que será potencialmente sacrificada no tiene salvación; c) se debe procurar alguna indemnización para las vidas de las personas inocentes⁹⁰².

De igual forma, es importante considerar la incertidumbre, puesto que es posible que el avión no sea utilizado para los fines de destrucción de otros bienes como arma. En este sentido, también puede ocurrir que los pasajeros logren inhibir los intentos terroristas, de manera que el avión no se utilice para los fines perseguidos por estos⁹⁰³.

Se debería estimar, igualmente, la dignidad de la persona humana. En esta dirección, se ha discutido que la persona es objeto de cosificación, en vías de eludir el atentado terrorista, de manera que esto retira la dignidad de los ocupantes del avión. MARTÍNEZ CANTÓN sostiene que esta posición confunde la dignidad de la persona con la vida. Además, en todo caso habría que considerar la dignidad de quienes se encuentran próximos a ser víctimas del ataque. En adición, se estima que los tripulantes no han perdido su dignidad, en razón del atentado terrorista, sin embargo, ante la situación que se advierte el Estado no podrá hacer mayor diligencia para la tutela de aquellos⁹⁰⁴.

A considerarse dentro del tema que nos ocupa se trata del surgimiento de un nuevo valor digno de tutela. En este caso se trata de la seguridad. Aquí importa destacar que la tarea primaria del Estado se trata de la obligación de cuidar de la dignidad de las personas. Tal dignidad ha sido lesionada por otras personas en el caso del potencial uso de aviones para destruir bienes jurídicos, de manera que el Estado debe dirigir sus

⁹⁰¹ MARTÍNEZ CANTÓN, “Nuevas consideraciones sobre...”, *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 423.

⁹⁰² MARTÍNEZ CANTÓN, “Nuevas consideraciones sobre...”, *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 426.

⁹⁰³ MARTÍNEZ CANTÓN, “Nuevas consideraciones sobre...”, *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 427.

⁹⁰⁴ MARTÍNEZ CANTÓN, “Nuevas consideraciones sobre...”, *Derecho Penal del...*, cit..., pp. 433.

esfuerzos a acabar con esa amenaza⁹⁰⁵.

Es posible que los pasajeros puedan emprender alguna suerte de reacción en contra de los terroristas. Tal acción de los tripulantes contra los terroristas podría estar amparada por la legítima defensa, debido a que la acción que se dirige contra ellos es antijurídica.

Una vez expuestas algunas de las posiciones que se refieren al problema en cuestión, se advierte que MARTÍNEZ CANTÓN sostiene que no es contrario al ordenamiento jurídico el derribo del avión, de tal modo que ello resultaría lícito. No obstante, tal aserto no se concentra en una cuestión numérica, por el contrario, el derribo no podría ser contrario a derecho porque emana de la institución competente para llevar a cabo tal tarea y en razón que propende la salvación de vidas, lo cual aportaría la legitimidad que se precisa para estimarlo justificado.

4. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO

4.1. Naturaleza jurídica

La circunstancia establecida en el artículo 20.7 del CPE plantea dos cuestiones por medio de las cuales se exime de castigo a la persona quien se encuentre amparado por alguna de ellas, como se sostiene más adelante⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ MARTÍNEZ CANTÓN, “Nuevas consideraciones sobre...”, *Derecho Penal del...*, cit..., 433 y ss.

⁹⁰⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 507 y ss. Aquí conviene tener presente que el estatuto español derogado en el artículo 8.12 preveía la exigencia de la obediencia debida, empero fue eliminada del actual CPE, en atención a que se entendía entraba en colisión con el cumplimiento de un deber procedente de un cargo, la cual ha conservado el vigente texto punitivo español. Con todo, para que acontezca una situación relacionada con obediencia importa verificar dos posiciones sobre la forma. Así se examina la competencia concreta, la cual sostiene el ordenamiento no le atribuye a ninguna persona atribución para emitir una orden contraria a derecho, en tanto que la competencia abstracta afirma que sólo es necesario que el acto que se ordena sea del linaje de aquellos que emite el funcionario correspondiente para que tenga validez. En cuanto al fondo se advierte se ha desarrollado la teoría de la apariencia que sostiene es suficiente la orden no sea antijurídica y la teoría de la nulidad que afirma la orden no debe ser nula de pleno derecho. La teoría de la apariencia se ha impuesto sobre la teoría de la nulidad, puesto que ésta última daría lugar a, en cierta forma, entorpecer las tareas de la administración pública, debido a que conlleva la revisión detallada de la orden. Tal examen debe realizarse valorando la condición del servidor público medio en las circunstancias del funcionario que lleva a cabo el acto, tal como lo menciona MUÑOZ CONDE en *Teoría General del...*, cit., pp. 132. En cuanto a la obediencia jerárquica se estima que es preciso reúna los siguientes requisitos, tal cual expone CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 898 y ss., que la orden se encuentre en el marco de atribuciones de quien la dicta; que el

La ausencia de sanción obedece a que no resulta de recibo imponer una pena a alguien que ha cumplido una obligación que el propio ordenamiento ha fijado o que adelante algún derecho que la ley le ha conferido, en razón de ello se considera se está frente a una causa de justificación. Aquí también hay que considerar la unidad del ordenamiento como resorte para la falta de castigo, debido a que no resulta atendible que se sancione un comportamiento que aparece aprobado por otra parcela de la ley, empero debe estimarse, de igual forma, que la intervención del Derecho penal es la última alternativa a considerar⁹⁰⁷.

Esta eximente constituye una cláusula amplia de justificación, por cuanto corresponde acudir al ordenamiento de manera genérica para verificar si la conducta de la persona aparece amparada por la ley. En razón de este aserto importa tomar en cuenta los instrumentos normativos aplicables al caso controvertido, pero también habría que validar otras fuentes de derecho, como por ejemplo la costumbre o principios generales⁹⁰⁸. La naturaleza justificante de la eximente se potencia, habida cuenta que se precisa de la revisión del ordenamiento en su conjunto y en razón que las causas de justificación no implican un número cerrado de posibilidades⁹⁰⁹.

La circunstancia que se examina conlleva parámetros generales para eximir de castigo, e incluso se ha estimado que, en vista de la consideración realizada por la ley

funcionario quien la ejecuta se haya formado una panorámica de los hechos que justificarían la orden proferida; que no conlleve una evidente vulneración al ordenamiento. CUELLO CONTRERAS destacó que se estimó que la obediencia constituía una causa de exculpación, debido a que el sujeto se encontraba constreñido y también por la disminución de libertad del subordinado frente a las órdenes impartidas por el superior. En cuanto a la obediencia para BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho... volumen II...*, cit., pp. 159 sostiene que se trataba de una causa de justificación, porque en realidad la persona cumple un deber, aunque para algunos era una causa de exculpación en la medida que persona actuaba con inexigibilidad.

⁹⁰⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp., 491. También en este sentido, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ en *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 326 para quienes se advierte ausencia de interés o interés preponderante.

⁹⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 155. Estos autores sostienen que en algunos supuestos en realidad se está frente a causas de atipicidad, puesto que se advierte una obligación específica para el sujeto, de tal suerte que no puede concluirse que se advierte justificación, porque si el individuo no cumple con su deber entonces su falta de acción podría dar lugar a una conducta típica, tal cual ocurre en el caso del policía que detiene a una persona que ha cometido un delito, porque en el caso de no hacerlo entonces incurriría en un comportamiento típico.

⁹⁰⁹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 393. También en este sentido, MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 127, para quien esta eximente es la causa de justificación por excelencia. En este sentido, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ en *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 326 quienes sostienen que el ejercicio que se realiza debe ser legítimo, lo cual implica debe estar amparado por el ordenamiento, empero en algunos casos es dable recurrir a la costumbre, tal cual acontece en el derecho de corrección.

hacia el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, se está más bien ante la exclusión de tipicidad⁹¹⁰.

En abono a la consideración de la eximente como causa de justificación importa tomar en cuenta que, de igual forma, acontece un conflicto entre el bien jurídico y la necesidad que funcione la administración, habida cuenta que en buena parte de las veces las gestiones vinculadas dentro del marco de esta eximente son adelantadas por algún servidor público. Tal divergencia se resuelve con balance positivo para la administración. En esta dirección, se advierte que no se disculpa la actuación, sino que se permite la conducta, puesto que se estima como valiosa⁹¹¹.

A pesar de lo expresado, se considera que en realidad no acontece ninguna ponderación, puesto que el ordenamiento ha tomado partido de antemano, de tal suerte que cobija a la persona quien cumple un deber o ejerce un derecho, en consecuencia, no existe ninguna gestión dirigida a ponderar bienes⁹¹².

Se ha estimado que se trata de una eximente superflua, pues la persona claramente incurre en una causa de justificación, dado que no podría en ningún caso realizar un tipo penal quien aparece amparado por el ordenamiento, bien porque ejerce un derecho o realiza un deber. Frente a este argumento se ha sostenido que esta eximente conlleva en sí una causa justificativa y, de igual forma, se ha considerado que proporciona unidad al ordenamiento, pues debe atenderse a la ley en su conjunto, porque es fuente de todos los derechos y deberes⁹¹³.

Lo cierto es que las cuestiones que ampara la eximente que ahora acapara nuestra atención son de diversa índole, porque se refieren a asuntos de Derecho Público, como por ejemplo en actuaciones de servidores públicos o de Derecho Privado, como acontece en el plano de las relaciones de padres e hijos⁹¹⁴.

⁹¹⁰ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 884 y 885.

⁹¹¹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 514.

⁹¹² CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 886.

⁹¹³ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 482 y 483.

⁹¹⁴ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 885 y ss. Así se advierten gestiones adelantadas dentro del marco de la función pública, que pueden dar ocasión a medios coactivos de derechos fundamentales; gestiones privadas para cooperar con poderes públicos, por ejemplo al tiempo en que se retiene a alguna persona que ha cometido algún delito por un particular; las tareas que adelanta un

Para mayor claridad se examinarán las eximentes previstas en el artículo 20.7 del CPE, de manera separada, tal como se desarrolla en las líneas que a continuación se suceden.

4.2. Cumplimiento de un deber

Como punto de partida importa estimar que el ordenamiento debe tener previsto el deber que se pretende hacer valer para que tenga lugar la justificación de la conducta⁹¹⁵. Esto es así, porque el ordenamiento penal no pretende enervar los deberes que el ordenamiento le impone a determinada persona. Al hilo de este argumento hay que sostener se observa un conflicto, el cual se resuelve a favor de la norma que no tiene naturaleza penal, pero que fija un deber en la medida que no se aplica una sanción⁹¹⁶.

El cumplimiento de un deber legal, en consecuencia, se estima causa de justificación en la medida que, en efecto, se materializa un ataque a un bien jurídico, el cual no se disipa, empero es permitido en atención a los intereses que se consideran prevalentes⁹¹⁷.

Para que se estime se cumple con el deber es relevante considerar que haya competencia material, es decir, la actuación debe ser parte del ámbito de funciones que ejerce el funcionario, de tal modo que un fiscal no estará en posición de decretar detención preventiva; también importa tener en mente algunas cuestiones formales, como por ejemplo la ejecutoria de la sentencia para su ulterior materialización⁹¹⁸.

Se considera que los deberes en cuestión en buena parte de las veces se derivan del ejercicio de cargos públicos. Con relación a este punto vale considerar la posibilidad

periodista que debe decidir entre ocultar una noticia que no ha sido lo suficientemente analizada, pero que tiene un marcado interés público o publicarla pese a las deficiencias anotadas; y el derecho de corrección de padres a hijos, el cual se extiende a tutores.

⁹¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 155. Este argumento implica que no se trata de un deber de carácter moral.

⁹¹⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 492.

⁹¹⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 492. Este autor sostiene que en el ordenamiento alemán no existe una disposición semejante a la prevista en el texto punitivo español, sin embargo, se estima existe una derogación por la ley especial ante aquella de carácter general.

⁹¹⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 420.

de la utilización de la fuerza según las circunstancias. Para tales efectos resulta de recibo atender a los siguientes elementos: 1) subjetivo- que implica la persona se encuentre ejerciendo el cargo al tiempo en que ocurre el incidente; y 2) necesidad y proporcionalidad que conlleva que la gestión debe de precisarse para poder cumplir las tareas que le corresponden al funcionario, en tanto que la proporcionalidad implica considerar la gravedad de la situación, para así verificar si corresponde el uso de la fuerza, e incluso en el caso que haya utilización de violencia debe considerarse la proporcionalidad dentro de ese contexto⁹¹⁹.

En torno al uso de la violencia para algunos se precisa que haya una agresión ilegítima, no obstante, esto ha sido descartado por cuanto el funcionario puede proceder pese a que no haya tal agresión. En todo caso si acontece una agresión ilegítima la cuestión pasaría por la eximente de la legítima defensa⁹²⁰.

Con respecto al uso de la violencia por parte del servidor público se ha planteado que el ciudadano debe soportar la injerencia que se realiza sobre él. Para sustentar este aserto se ha puntualizado que el deber de soportar se basa en que de lo contrario el ejercicio de la autoridad se vería diezmado y esto ocasionaría un caos. Sin embargo, a esta posición se le opone quienes sostienen que puede existir una negligencia considerable de parte del funcionario, empero esto pierde de vista aspectos objetivos. En todo caso se plantea que al ciudadano no le corresponde legítima defensa, puesto que el servidor público procede cobijado por la ley, no obstante, le podría aplicar estado de necesidad exculpante⁹²¹.

Siguiendo con el tema del uso de la fuerza es posible acontezca algún error por parte de la persona. Así las cosas, si el error incide sobre la necesidad de fuerza se está ante un aspecto preceptivo de la eximente, de tal suerte que si falta aquella no corresponde considerar la eximente. En el supuesto que haga falta proporcionalidad, podría tener lugar una atenuación por eximente incompleta, dado que se evidencia la

⁹¹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 497 y 498. Con relación a este punto BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 158 sostienen que el ejercicio de la violencia debe tener como base la menor lesividad, de manera que se oponen a estimar la racionalidad y proporcionalidad como elementos atendibles a la legítima defensa y estado de necesidad.

⁹²⁰ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 128.

⁹²¹ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 895 y ss.

necesidad de violencia, al menos básicamente⁹²².

Para que acontezca la eximente no es preciso que haya un vínculo personalizado entre el funcionario que ejecuta la orden y quien la emite, pues solo se precisa que la persona esté en posición de cumplir la diligencia que se le atribuye, es decir, que existe un deber jurídico que bien puede tener su sustento en la ley o algún contrato⁹²³.

La cuestión no sólo acontece entre funcionarios, sino que también puede tener lugar en el caso de particulares que se encuentren sujetos a algún deber contractual o legal, de tal modo que estén en posición de actuar y afectar bienes jurídicos por medio de su gestión⁹²⁴.

4.3. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

Dentro de la eximente en cuestión se advierten diferentes situaciones a considerar y de ellas nos ocupamos seguidamente.

Las primeras reflexiones apuntan hacia las vías de hecho que, en términos generales, consisten en la materialización de un derecho, pero en contra de la voluntad de alguna persona. Tal situación puede acontecer en el caso que el propietario de la cosa la retire del poder del tenedor, de manera subrepticia⁹²⁵. Se entiende que tales vías son actos adelantados a fin de colaborar con la autoridad, siempre que se proceda con algún amparo legal para tales efectos⁹²⁶.

También debe ser objeto de examen el derecho de corrección que tienen los padres, en atención a la patria potestad y que es extendible a tutores. Aquí también importa observar necesidad y proporcionalidad, las cuales aparecen delimitadas por la finalidad educativa⁹²⁷ y el bienestar del menor. Es de recibo considerar que la conducta

⁹²² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 498 y 499.

⁹²³ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 486.

⁹²⁴ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 486.

⁹²⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 499 y 500. Para este autor en todo caso se podría advertir una falta de tipicidad, empero sostiene que los derechos deben ejercerse en el marco de la ley, por ende, cabe atender a la situación como ejercicio legítimo de un derecho.

⁹²⁶ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 130. Tales gestiones deben tomar en cuenta la proporcionalidad, tal como lo destacan JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 426.

⁹²⁷ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 905.

correctiva debe estar amparada por la moderación y valorar para su concurrencia aspectos culturales y el contexto social en el cual acontece⁹²⁸.

En otros supuestos hay que atender al consentimiento de la víctima como medio de exclusión de castigo, tal cual acontece en lesiones deportivas⁹²⁹, para las cuales también habría que considerar la adecuación social y en ocasiones la falta de significancia⁹³⁰.

En cuanto a las lesiones deportivas el efecto justificante acontecería en el caso que concurren los siguientes elementos: 1) la intervención voluntaria de los participantes; 2) que se acaten las reglas establecidas para la disciplina; y 3) que las consecuencias no estén por encima de las fronteras establecidas para la actividad correspondiente⁹³¹.

De igual forma, en cuanto al consentimiento también resulta relevante en tratamientos médicos, empero se precisa considerar que la salud del paciente se potencia con la intervención, por lo cual se puede advertir una disminución del riesgo⁹³². En este orden de ideas también importa puntualizar que en el evento que no resulte el tratamiento, la conducta será atípica si es que la cuestión encaja dentro del riesgo normal para este tipo de casos, pues no se advierte un acto desvalorado⁹³³.

⁹²⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 502. La finalidad educativa es un requisito preceptivo para que tenga lugar la eximente, por tanto, en el caso que no concorra no cabe ni en su modalidad completa ni incompleta. También cabría aceptar la corrección de menores ajenos en el supuesto que se respete la proporcionalidad y necesidad, al margen si se ha materializado alguna delegación. La ausencia de castigo en este caso tiene como resorte la adecuación social, empero la poca entidad del comportamiento puede dar ocasión a la exclusión del tipo.

⁹²⁹ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 492 en el caso del boxeo la eximente no tiene lugar porque haya consentimiento, sino porque los intervinientes tienen conocimiento del riesgo que conlleva la práctica de tal disciplina. También en este sentido, se sostiene por parte de LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 328 que existe una causa de justificación por interés preponderante, puesto que incluso el Estado promueve la realización de tales actividades deportivas

⁹³⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 493. Así también CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 890.

⁹³¹ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 206.

⁹³² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 503. Con todo este autor sostiene que puede concurrir estado de necesidad si es que se advierte una situación de emergencia o gravedad. En torno a este tema LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 328 y 329 afirman que también resultan de interés los tratamientos médicos coactivos en los cuales se evidencia el cumplimiento del deber legal del médico. También son de recibo los tratamientos curativos, puesto que en todo caso se persigue alcanzar una finalidad con balance positivo a costa de un mal

⁹³³ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 157.

También es de recibo reconocer el ejercicio legítimo de un oficio o cargo, pues de la ejecución de las tareas que adelanta alguna persona derivan algunas concesiones. Esta modalidad se diferencia del ejercicio del derecho en general, en razón que algunas prerrogativas se desprenden de la condición profesional de la persona⁹³⁴

Vale tener en mente que dentro del marco de esta eximente solo tienen aplicación el ejercicio de derechos que se estimen legítimos, por tanto, no cabe admitir cuestiones como por ejemplo el débito sexual, que le permitiría al marido sostener relaciones sexuales con la mujer contra su voluntad⁹³⁵.

5. EL MIEDO INSUPERABLE

5.1. Generalidades

En ocasiones se presentan circunstancias que doblegan la voluntad de la persona, en consecuencia, el sujeto se comporta de manera anormal. Entre las diversas causas que pueden dar lugar a tal conducta se encuentra el temor que incide sobre el individuo. Ante un escenario como éste se advierte que el ordenamiento no está en posición de exigirle al ciudadano que haga frente ante la presión que se deriva de la situación que encara, pues el hombre promedio, seguramente, también habría sido vencido frente a un panorama similar⁹³⁶.

Siguiendo la línea de pensamiento establecida en el inciso superior, se observa que la situación planteada ejerce influencia sobre el sujeto, de tal manera que no se trata de una presión relacionada con componentes inherentes a la persona. En esta dirección, lo que ocurre es que la normalidad necesaria para decretar la culpabilidad de una

⁹³⁴ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 490 y 491.

⁹³⁵ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 487.

⁹³⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 618. Para CURY URZÚA, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 86 en el miedo insuperable acontece una afectación en el ánimo del sujeto, en razón del temor de ser víctima de algún perjuicio o que otro lo sea. Para que tenga lugar la exculpación se precisa que el miedo no pueda ser enfrentado por el hombre promedio. Estas reflexiones implican es necesario efectuar un examen particular de cada situación, pues no todos los individuos proceden en las mismas condiciones. De igual forma, conviene tener en mente que existen personas que por sus ocupaciones están llamadas a tolerar algunas situaciones, tal como acontece en el caso de: marinos, médicos, personal de fuerzas armadas, de tal modo que no podrían alegar miedo en el ejercicio de funciones, no obstante, resulta de recibo verificar cada situación en concreto, puesto que pese a las tareas de estas personas tampoco pueden ser sometidas a situaciones que comprometan su integridad más allá de los límites que se les pueden exigir.

persona no acontece⁹³⁷. En el supuesto que tenga lugar la situación descrita se estará ante la eximente prevista en el artículo 20.6 del CPE; es decir, el miedo insuperable.

A partir de la entrada en vigencia del estatuto punitivo de 1995 el miedo insuperable aparece dotado de una estructura diferente, pues la normativa que regula la materia no exige, al menos con claridad meridiana, que deba existir una ponderación de males, tal cual acontecía en el Código penal derogado. Esta cuestión ha planteado una nueva forma de entender la eximente que acapara nuestra atención, tal como se examinará al tiempo en que se verifiquen los requisitos que se precisan para que tenga ocasión el miedo insuperable, al igual que la naturaleza de la eximente en estudio.

La modificación realizada ha tenido por propósito matizar la objetivización que se cernía sobre la eximente del miedo insuperable, pues en atención a las condiciones de éste se observan aspectos de índole subjetiva. Ahora bien, esto no implica que la eximente sólo deba ser considerada desde el punto de vista subjetivo, pues es de recibo realizar algunas observaciones de naturaleza objetiva, en vías de poder limitar el concepto de insuperable que distingue al miedo⁹³⁸.

Aquí, igualmente, debe ponderarse que la nueva regulación podría dar lugar a causar un mal superior al que se produjo originalmente, cuestión que no se encontraba prevista amparada por el estatuto anterior al Código penal de 1995, lo cual sin duda representa un asunto de considerable entidad⁹³⁹.

La estructura de la eximente a partir del código de 1995 también permite que el miedo insuperable tenga funciones de “recogida”, en atención a que pudiera recurrirse a ésta en el supuesto que acontezcan situaciones no amparadas por la legítima defensa, particularmente por excesos y por estados de necesidad, en el caso que se causen males superiores a los que se pretendía evitar⁹⁴⁰.

⁹³⁷ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 622.

⁹³⁸ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 564.

⁹³⁹ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 565. Para LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 412, la modificación no era necesaria, pues les resultaba relevante el ejercicio de ponderación que se adelantaba. Además, afirman que no había acuerdo en la doctrina y tampoco en la jurisprudencia en vías que se efectuará una reforma en ese sentido.

⁹⁴⁰ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 565 y 566. En este sentido también, REQUEJO CONDE, *La legítima defensa...*, cit., pp. 459, quien opina que

Con todo, la nueva regulación ha sido objeto de censuras, debido a que se estima presenta una estructura sumamente amplia, en atención a que no presenta límites objetivos que den cuenta de su aplicación, de modo que pueden cobijarse conductas que infrinjan intereses que se encuentren por encima de los que resulten tutelados⁹⁴¹.

En atención a la situación planteada se advierte que no es posible concluir que se está ante una modalidad de estado de necesidad, como consideran algunos autores entre ellos BACIGALUPO ZAPATER, puesto que, al analizar la eximente en cuestión, no debe realizarse un ejercicio destinado a la ponderación de males. En el miedo insuperable se examina una situación de orden motivacional, no obstante, esto no interesa al estado de necesidad⁹⁴².

El miedo insuperable conlleva observar aspectos de orden objetivos y subjetivos. Esto es así, porque por un lado se precisa que concurra miedo, es decir, una condición emocional que se desprende de la existencia de temor que incide sobre el sujeto⁹⁴³, no obstante, es preciso considerar que la eximente también comporta elementos objetivos en la medida que el miedo debe ser insuperable.

En razón de lo expuesto no corresponde examinar la eximente con matices absolutamente psicológicos, es decir, como una cuestión relacionada con un estado emocional que incide sobre el sujeto, en razón que la estructura del miedo insuperable

cabe miedo insuperable, en el evento que haya un exceso, si las circunstancias resultan razonables.

⁹⁴¹ MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 491. Para esta autora la eximente se encuentra infrautilizada, puesto que los requisitos legales no han sido examinados de manera ordenada.

⁹⁴² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 623. Para este autor la modificación realizada resulta positiva, porque posibilita diferenciar entre las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable, cuestión que según la normativa previa al CPE de 1995 era complicada de efectuar. Ciertamente, lleva la razón MIR PUIG en esta dirección, pues la necesidad de examinar la necesidad de adelantar un ejercicio de ponderación de males en el miedo insuperable, provocaba que la eximente en estudio se acercara en demasía a los elementos que integraban el estado de necesidad. Con respecto a este tema, MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada, 2002, cit., pp. 400 sostiene que la inexigibilidad debe entenderse como un concepto que está por encima del estado de necesidad y algunas cuestiones de necesidad que no dicen relación con la determinación que se encuentra presente en la voluntad, las cuales deberían examinarse en sede de miedo insuperable

⁹⁴³ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 316. LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ en *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 411, sostienen que con referencia a los aspectos de orden subjetivo se ha establecido incluso que existen grados de miedo: temor, terror, horror y pánico. Estos autores también detallan que en este caso se está ante una *vis compulsiva*, que se diferencia de la *vis physica* que se advierte en la fuerza irresistible. En torno a la presencia de elementos subjetivos en la eximente en cuestión se advierten algunos pronunciamientos por parte del TS. En este orden de ideas son consultables las SSTS 29-06-2006; 16-02-2006; 16-7-2001 y 13-12-2003.

tiene otros lineamientos⁹⁴⁴.

Con todo, se ha considerado el examen relacionado con la preponderancia de elementos objetivos y subjetivos es intrascendente, puesto que en el caso de colocar el acento en los primeros daría lugar a una repetición de aspectos relacionados con el estado de necesidad exculpante, puesto que en este caso se pone el énfasis en la realidad del mal; en tanto que en el caso de enfocar la cuestión en asuntos subjetivos daría ocasión a que el autor pudiera cometer error sobre supuestos fácticos que, en todo caso, se vinculan con el estado de necesidad exculpante. Así, las cosas se ha estimado que el miedo insuperable es una eximente superflua y como tal debería ser proscrita del ordenamiento⁹⁴⁵.

La autonomía de la eximente ha sido cuestionada, pues en todo caso se está ante una modalidad de estado de necesidad en el cual se excluye el castigo por responsabilidad por el hecho. En esta dirección, el miedo que se presenta es una derivación de la situación de necesidad que enfrenta la persona, dado que debe elegir entre soportar un mal o provocarlo, de tal modo que coliden el bien sujeto a amenaza y el que debe ser necesario lesionar para eludir la amenaza⁹⁴⁶.

En sentido contrario, se estima el miedo insuperable alberga algunos casos de estado de necesidad defensivo que excluye la culpabilidad, el exceso de la legítima defensa, lo cual implica que la eximente no resulta vana, debido a que no repite las

⁹⁴⁴ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, cit., pp. 578. En esta dirección, AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 135. Sostiene que el TS se ha apartado de la postura que sostenía que la eximente en cuestión debía ponderar sólo aspectos subjetivos por vía de la concurrencia de elementos psicológicos, de tal modo que ha estimado que también se precisa de aspectos objetivos. En este sentido, son consultables las SSTs de 13 de diciembre de 2002, 12 de mayo de 2003 y 16 de julio de 2001.

⁹⁴⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho Penal...*, cit., pp. 670. Sobre este punto este autor afirma que en los asuntos subjetivos no tiene relevancia la realidad del mal, pues en todo caso precisa observar las circunstancias por las cuales pasa el agente, mientras que los partidarios de la solución objetiva entienden que el mal debe ser real. Para BACIGALUPO ZAPATER en *Principios de derecho...*, cit., pp. 168 y 169 la eximente resulta superflua puesto que se trata de un caso de estado de necesidad, al cual se le ha agregado que el autor debe adelantar la conducta con miedo. También manifiesta que esta eximente permite la exención de pena con menos condiciones de las que se exigen en el estado de necesidad. En adición, sostiene que la preponderancia de elementos subjetivos daría lugar a que el miedo insuperable se aproxime al trastorno mental transitorio, empero en el otro extremo, es decir, que se considere que el mal debe ser real, entonces se potencia el aspecto objetivo, de tal modo que sobre la base de los argumentos ensayados concluye que la eximente que nos atañe resulta innecesaria y por ello no debería contarse con ella en el ordenamiento.

⁹⁴⁶ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho...*, cit., pp. 168. En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR en *Derecho Penal...*, cit., pp. 670, quien opina que la eximente carece de sentido.

condiciones del estado de necesidad justificante ni tampoco se trata de una causa similar a la inimputabilidad, en atención a enajenación mental, de modo que es una causa autónoma basada en la inexigibilidad que se deriva de particulares situaciones que inciden sobre el agente⁹⁴⁷.

La insuperabilidad del miedo pasa por una cuestión de inexigibilidad, en la medida que el miedo debe ser de tal dimensión que el hombre promedio colocado en la situación del autor no hubiese podido vencer, tal como se verá al tiempo de verificar los requisitos⁹⁴⁸.

5.2. Naturaleza jurídica

En torno al estado de la cuestión en la doctrina del TS, CUERDA ARNAU sostiene que el tema no ha sido abordado con la seriedad debida por el alto tribunal español. En esta dirección, afirma que se advierten resoluciones en las cuales se sostiene se está ante inimputabilidad o bien frente a inexigibilidad. Los argumentos que se utilizan para defender una u otra posición, pasan por postular que existe un efecto psicológico en el sujeto, en atención al miedo que experimenta, por ende, tiene lugar la inimputabilidad; en tanto que la inexigibilidad acontece en razón que no es posible esperar que la persona acate las disposiciones del ordenamiento ante algunas circunstancias que ni siquiera el hombre medio hubiera podido superar⁹⁴⁹. Para ejemplificar este asunto nos permitimos citar un extracto de la Sentencia 727/2011 de 6 julio emitida por el TS.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina, ubican la eximente de miedo de forma predominante en sede de culpabilidad (si bien en otras ocasiones como causa de

⁹⁴⁷COUSO SALAS, *Fundamentos de Derecho de Culpabilidad. Historia, Teoría y Metodología*, Valencia, 2006, cit., pp.528. De igual forma, MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp.481, quien sostiene el miedo insuperable es una cláusula residual dirigida a supuestos que no tengan cobertura en otras eximentes, como por ejemplo en el exceso intensivo en la legítima defensa o la divergencia de intereses que no se pueden ubicar en la subsidiariedad y ponderación que deben observarse en el estado de necesidad

⁹⁴⁸ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, cit., pp. 579.

⁹⁴⁹ CUERDA ARNAU, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 68 y ss. En este sentido, han respaldado la posición que se está ante una situación relacionada con inimputabilidad los siguientes fallos SSTS 26-4-1999, 24-2-2000 y 30-09-2009, entre otros. En torno a este asunto AGUADO CORREA *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 130 afirma que el TS ha abordado la naturaleza de la eximente desde diferentes perspectivas, puesto ha considerado se evidencia falta de acción, causa de justificación, inimputabilidad, causa de exculpación con base en la inexigibilidad de otra conducta.

justificación) y, dentro de ella, como un supuesto de inexigibilidad. No obstante, algunas resoluciones judiciales la conceptúan como un supuesto de inimputabilidad y algunos autores la consideran una causa de justificación.

En abono a lo expuesto, Sentencia N°: 35/2015 de 29 de enero sostiene que:

“La STS de 16-2-2006, n° 180/2006 (RJ 2006, 2150), viene a exponer que “la doctrina jurisprudencia sobre la circunstancia eximente de miedo insuperable, (por todas STS 340/2005 de 8 de marzo (RJ 2005, 2728), parte de la consideración de que la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo”.

La regulación que el legislador le ha dispensado al miedo insuperable no resulta puntual, por tanto, es posible ensayar varias alternativas de interpretación en torno a la condición de la eximente⁹⁵⁰. Así, existen posiciones que estiman se está ante una causa de justificación, o bien frente a una eximente relacionada con la culpabilidad, empero desde diferentes perspectivas, puesto que se ha considerado se trata de una exención vinculada con inimputabilidad o que es una conducta inexigible⁹⁵¹.

En torno al miedo insuperable la Audiencia Provincial de Barcelona ha

⁹⁵⁰ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable: Una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, 2000, pp.68.

⁹⁵¹ La discusión sobre la naturaleza jurídica de la eximente no siempre ha sido considerada como relevante, puesto que GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 317 estima que lo importante estriba en la intensidad del miedo y que el debate sobre la naturaleza es intrascendente.

expresado que la ubicación de esta eximente no ha sido tarea sencilla; sin embargo, se decanta por estimar se trata causa de exculpación, tal como viene expuesto en fallo No. 119/2015 de 2 de junio de 2015, en el cual sostuvo lo siguiente:

“...la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón de la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado”. En cuanto a este asunto el mencionado tribunal ha sostenido que el TS se pronunciado en estos términos mediante SS 783/2006 de 29.6; 180/2006 de 16.2; y 340/2005 de 8.3.

Con todo, la consideración del miedo insuperable como causa de justificación o de exculpación no es un asunto de poca entidad, pues las reflexiones que se derivan de una u otra posición dan lugar a consecuencias que inciden, de manera relevante, en el sujeto. En las siguientes líneas se examinan las posiciones en torno a la naturaleza del miedo insuperable.

Se ha llegado a estimar que en atención al componente psicológico que subyace en la eximente se consideró que no había acción por parte del agente, puesto que éste se paralizaba ante la situación que provocaba el miedo. Sin embargo, se ha estimado que pese a la concurrencia del miedo es posible que el sujeto reaccione o que cuente con alguna otra opción⁹⁵².

5.2.1. El miedo insuperable como causa de justificación

Para GIMBERNAT ORDEIG el miedo insuperable es una causa de justificación. Los resortes que sirven como fundamento para este aserto consisten en que la culpabilidad se desvanece en el caso que no se advierta motivación por parte del sujeto

⁹⁵² MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 169. El miedo, en todo caso, da lugar a que la eximente se examine en sede de culpabilidad, en la medida que se trata de un tema de orden subjetivo que conviene verificar en la referida categoría del delito.

hacia la norma, sin embargo, esto no ocurre en la eximente que nos reúne, en consecuencia, se trata de una causa de justificación. Este autor también sostiene que en el caso que haga falta la culpabilidad, el legislador no está en posición de castigar, en atención a que el sujeto no puede acceder a la motivación que se precisa, no obstante, ello no se materializa en el miedo, puesto que el sujeto es motivable⁹⁵³.

Frente a los argumentos de GIMBERNAT ORDEIG se observa que MIR PUIG expresa que la cuestión no pasa porque el legislador no quiera castigar, sino que el individuo no puede tomar una determinación frente a la norma, puesto que no tiene lugar una motivación normal, en atención a las circunstancias que se presentan⁹⁵⁴.

Por su parte, VARONA GÓMEZ afirma que la motivación no es un factor relevante para establecer si se está ante una causa de justificación o exculpación, puesto que lo determinante estriba en considerar la estructura normativa de cada eximente, para examinar si existe disvalor de la conducta. Así, sostiene que existen supuestos en los cuales se prescinde del castigo, sin que se esté frente a personas inmotivables, pero por cuestiones normativas nos encontramos ante una falta de culpabilidad⁹⁵⁵.

La postura de GIMBERNAT ORDEIG también ha sido blanco de críticas, puesto que se sostiene el Estado si está en disposición de castigar, es decir, si quiere imponer una pena, en el evento que se cumplan los trámites legales para tales efectos. Sin embargo, la sanción no se aplica porque en casos como los que nos ocupan se han excedido las expectativas de prevención del Estado, en la medida que la persona procede sin culpabilidad, lo cual implica que pese a que se quiera y pueda prohibir el hecho esto no acontece por razones de inexigibilidad⁹⁵⁶.

De igual forma, se le ha reprochado al criterio de GIMBERNAT ORDEIG que el miedo insuperable no puede ser considerado causa de justificación, debido a que no se advierte un interés preponderante, tal cual acontece en situaciones justificantes⁹⁵⁷.

⁹⁵³ GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la...*, cit., pp. 66.

⁹⁵⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 623.

⁹⁵⁵ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 73 y 74.

⁹⁵⁶ COUSO SALAS, *Fundamentos de Derecho...* cit., pp. 525.

⁹⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., 381 y 382. Para estos autores el problema que subyace en el miedo insuperable se trata de un tema del sujeto responsable, lo cual pertenece a la categoría de la culpabilidad, en consecuencia, se aparta de la teoría de

A GÓMEZ BENÍTEZ le parece que el miedo insuperable constituye causa de justificación, no obstante, las razones en que se basa dicen relación con la política criminal, tal como se expone en las líneas que a continuación se suceden.

Según este autor en el supuesto que se considere al miedo insuperable como causa de exculpación, entonces cabría oponer legítima defensa, en razón que existe una acción típica y antijurídica. También cabría la posibilidad de castigar a los partícipes, mientras que el autor no lo sería, dado que la eximente alcanza sólo al autor, lo cual termina siendo una incongruencia, puesto que se castiga a los cómplices, pero no al sujeto principal. De acuerdo con GÓMEZ BENÍTEZ cabría echar mano al estado de necesidad y no a la legítima defensa, en el caso que se pretenda reaccionar contra la persona quien actúa amparado por miedo insuperable. En adición, refiere que no tendría lugar la participación punible, tal cual acontece en el caso de estimar como causa de exculpación a la eximente que acapara nuestra atención y en todo caso podría tener lugar una autoría mediata. Para este autor el hecho de considerar al miedo insuperable como causa de justificación permite que se reconozca el error, el cual podría ser relevante, según la situación que se examine⁹⁵⁸.

Siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG, se advierte que GÓMEZ BENÍTEZ sostiene que los sujetos quienes no resultan motivables por el ordenamiento penal proceden sin culpabilidad. En vista de tal reflexión el miedo insuperable no puede ser considerado como causa de exculpación, sino que debe ser entendido como una eximente con naturaleza justificante⁹⁵⁹.

Finalmente, GÓMEZ BENÍTEZ entiende que la consideración del miedo insuperable como causa de exculpación, participa de la naturaleza de la teoría causalista, en vista que se sostiene las facultades volitivas de la persona se atenúan, por ende, a la persona no se puede exigir otra conducta, de tal manera que el ordenamiento no le reprocha al autor el hecho. Este argumento da lugar a que se advierta una distinción

la justificación.

⁹⁵⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica de...*, cit., pp. 436. Para este autor las consecuencias aludidas derivan de la consideración del miedo insuperable como causa de exculpación y, a su criterio, resultan inadmisibles, en vista que contrarían los postulados de la política criminal, en razón que conllevan resultados insatisfactorios.

⁹⁵⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica de...*, cit., pp. 437.

entre un aspecto objetivo y el correspondiente disvalor, (tipicidad y antijuricidad); y otro subjetivo y su consecuente disvalor, es decir, la culpabilidad⁹⁶⁰.

Para CUERDA RIEZU el miedo insuperable constituye causa de justificación. Así, sostiene que el estado de necesidad es una situación justificante general, mientras tanto la eximente que nos ocupa se trata de una cuestión especial que se distingue por la presencia del miedo, pero igualmente justificante⁹⁶¹.

5.2.2. El miedo insuperable como causa de exculpación

La doctrina mayoritaria ha considerado ampliamente que la eximente que nos ocupa se encuentra relacionada con la culpabilidad⁹⁶². En este sentido, se ha estimado se trata de causa de exclusión de la culpabilidad⁹⁶³.

Como viene expuesto se ha considerado, incluso por el TS que el miedo insuperable se trata de una eximente que tiene como base la inimputabilidad; por tanto, nos referiremos a este punto en las líneas que a continuación se suceden⁹⁶⁴.

Se ha estimado que el miedo insuperable dice relación con la inimputabilidad, en atención a que la persona presenta una suerte de trastorno mental, debido a la particular situación que atraviesa. Esta posición fue defendida en el seno de la doctrina española por SÁNCHEZ TIJERINO y CASTREJÓN, sin embargo, ha sido superada⁹⁶⁵.

⁹⁶⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 435 y 436.

⁹⁶¹ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 127. Sin embargo, la reflexión de CUERDA RIEZU se tropieza con la modificación realizada al estatuto español en el cual ya no se requiere un ejercicio destinado a realizar una ponderación de males, al tiempo de examinar el miedo insuperable, en vista que tal requerimiento ya no se encuentra dentro de la estructura de la eximente que nos ocupa.

⁹⁶² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 622; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 406; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 429; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 381; BLANCO LOZANO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 1063; AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 125; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 395; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/ PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 567; LANDECHO VELASCO, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 412; MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 168 a 169; SAINZ CANTERO, *Las causas de...*, cit., pp. 15; CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, 1997, cit., pp. 68; VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 74.

⁹⁶³ BLANCO LOZANO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 1063 afirma que se le ha concedido una naturaleza diversa a la eximente, como causa de exculpación, e incluso excusa absoluta.

⁹⁶⁴ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 566. No obstante, estos autores sostienen que la eximente si bien plantea una alteración de carácter individual, la cuestión es de orden normativa.

⁹⁶⁵ CUERDA ARNAU, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 73, al igual que HIGUERA GIMERA, *La*

En el evento que se considere que el miedo insuperable participa del linaje de la inimputabilidad, entonces la eximente se tornaría en superflua, porque se tropezaría con la falta de capacidad de culpabilidad, en atención a que sería una suerte de trastorno mental transitorio o de estado de necesidad⁹⁶⁶.

Se ha argumentado que en todo caso se observa una inimputabilidad transitoria, en razón de los efectos que se derivan del miedo. En este sentido, las consideraciones del TS han dado lugar a una ínfima aplicación de la eximente, en la medida que se ha requerido que tenga presencia una importante dosis de afectación psicológica, no obstante, tales cuestiones se acercan más al trastorno mental momentáneo o a la enajenación mental⁹⁶⁷.

Por otro lado, se ha estimado que la eximente estudiada tiene naturaleza mixta, pues alberga bien cuestiones de inexigibilidad, como también de inimputabilidad. Esta posición ha sido objeto de censuras en la medida que significa el miedo insuperable pasaría por una suerte de estado de necesidad o trastorno mental transitorio, de tal modo que la exigibilidad vendría a constituirse en un asunto superfluo⁹⁶⁸.

Los argumentos dirigidos a atribuirle la naturaleza de inimputabilidad al miedo insuperable deben ser rechazados, en vista que la persona no carece de facultades volitivas, pese a la alteración que pueda acontecerle. Por el contrario, en la inimputabilidad si se advierte una situación en la cual el sujeto se encuentra desprovisto de sus capacidades, pero por factores internos, a diferencia de lo que ocurre en el miedo que dice relación con circunstancias externas.

eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal común y militar español, Barcelona, 1991, cit., pp.76. La doctrina se decantó por estimar que la eximente tenía naturaleza relacionada con la inimputabilidad, en atención a que el trasfondo de la cuestión decía relación con una afectación psicológica que padecía el sujeto, tal como lo sostiene AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 129, pero BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 382, afirman que no es posible estimar se trata de una cuestión de inimputabilidad, en razón que no se advierten alteraciones psíquicas que tienen ocasión en el caso que se examine la capacidad de culpabilidad.

⁹⁶⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 577. También en este sentido, AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 134 a 135.

⁹⁶⁷ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 75 y 76. En este sentido, se cita como referencia el ATS de 6 de marzo de 1996 que acerca la eximente a la inimputabilidad, empero también menciona la necesidad de examinar aspectos normativos.

⁹⁶⁸ CUERDA ARNAU, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 75.

Ciertamente, se advierten en la eximente que nos reúne una situación emocional que incide sobre la persona, sin embargo, esto no implica la disminución de las facultades del individuo, tal cual acontece en la inimputabilidad, e incluso pese a la concurrencia del miedo las condiciones del agente puede que no resulten alteradas⁹⁶⁹.

En la misma línea de pensamiento desarrollada en el inciso que antecede se colige que en el miedo insuperable no tiene lugar una pérdida de las condiciones mentales del individuo, sino que el núcleo duro de la cuestión pasa porque el sujeto enfrenta miedo, el cual debe ser insuperable; es decir, que no puede ser vencido por el hombre medio⁹⁷⁰.

En razón de las características que distinguen al miedo insuperable es de recibo estimar que no cabe realizar una excesiva consideración del elemento subjetivo que valora con suma atención: el aspecto psicológico⁹⁷¹. En todo caso la presencia de elementos normativos da lugar a realizar una consideración más integral de la eximente.

Dentro de otro orden de ideas, se advierte que la mayoría de la doctrina⁹⁷² estima que el miedo insuperable es una causa de exculpación basada en la inexigibilidad de otra conducta. Esta posición se ha incardinado, luego de la promulgación del CPE de 1995 que suprimió la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación de males.⁹⁷³

Es necesario tener en mente que la exigibilidad estriba en que la motivación del autor resulta anormal, e igualmente racional, de tal modo que estas circunstancias posibilitan que el sujeto pueda considerarse como autor de la conducta. La anormalidad de las circunstancias se debe a situaciones de necesidad que dan ocasión a excluir la responsabilidad y a cuestiones de miedo, tal cual acontece en el exceso de la legítima defensa⁹⁷⁴.

⁹⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 406.

⁹⁷⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 624. Esto implica que las graduaciones del miedo no son atendibles, es decir, que no es de recibo hacer referencia a situaciones como por ejemplo el terror, sino que lo fundamental estriba en que la situación que enfrenta la persona resulte insuperable.

⁹⁷¹ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica de...*, cit., pp. 430.

⁹⁷² BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 381. En sentido similar, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp.567.

⁹⁷³ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 125.

⁹⁷⁴ COUSO SALAS, *Fundamentos de Derecho...*, cit., pp. 521.

La inexigibilidad sirve de resorte al miedo insuperable en la medida que cualquier sujeto en la condición del agente habría procedido en los mismos términos. En este sentido, se estima que no puede haber culpabilidad, puesto que la motivación de la persona resulta anormal, en atención a la particular situación que atraviesa el agente, de modo que ni el hombre promedio hubiera podido superar⁹⁷⁵. En sentido, también es de recibo tener en mente que ante determinadas circunstancias se disipa la capacidad que al Derecho penal le atañe. Tal capacidad se trata de la posibilidad que posee el agente de percibir y ponderar los elementos de su contexto, en vías de inferir las prohibiciones que contiene el ordenamiento penal, de tal modo que la conducta contraria a derecho en sede punitiva sólo se reprocha a quien está en posición de serle exigido un comportamiento conforme a la norma⁹⁷⁶.

En otro contexto, importa tener en mente que la culpabilidad se desvanece en el caso que la persona proceda en una situación anormal, de tal modo que se vicie su motivación. En este sentido, no existe responsabilidad porque el ordenamiento no puede exigir que las personas actúen frente a presiones que ni siquiera el sujeto medio estaría en posición de superar. No obstante; conviene precisar que no se trata de una anormalidad que se relaciona con el sujeto, sino que la cuestión pasa por un tema externo que influye sobre la persona, de tal modo que limita su capacidad de motivación frente a la norma. En el evento que la ley reconozca consecuencias eximentes a circunstancias no exigibles se hace mención a causas de exculpación o de disculpa, tal cual acontece con el miedo insuperable⁹⁷⁷.

El concepto insuperable permite que el ordenamiento deba tolerar el comportamiento del sujeto, debido que tal condición da lugar que la conducta no sea exigible, es decir, que el individuo no estuvo en posición proceder de una forma distinta,

⁹⁷⁵ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 130.

⁹⁷⁶ MEINI, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, Lima, 2014, pp. 122 y ss. Según este autor la capacidad penal estriba en la facultad para comprender el injusto, e igualmente implica la posibilidad que la persona se conduzca con base en esa comprensión, por tanto, la capacidad penal es en palabras de MEINI un presupuesto del delito y no elemento de la culpabilidad.

⁹⁷⁷ MUIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 598 y 599. Según este autor el derecho se ajusta o dirige a la mayoría de las personas, sin embargo, existen circunstancias que inciden sobre la actuación del sujeto, de tal modo que limitan el ejercicio de su voluntad. En este caso se está frente a la no exigibilidad, que es un concepto cuyo reconocimiento se ha extendido, puesto que cuenta con “fuerza plástica”, dado que lo no exigible no puede ser reclamado por el ordenamiento.

entonces la salida al conflicto que adopta el sujeto no da ocasión a imponer una pena⁹⁷⁸. Lo insuperable se debe calificar en atención al hombre promedio, quien no está en posición de soportar las situaciones que se derivan del miedo que enfrenta⁹⁷⁹.

Para SAINZ CANTERO el fundamento del miedo insuperable radica en la inexigibilidad de otra conducta, empero para que acontezca es preciso que el sujeto se encuentre en posición de ejercer su voluntad, debido a que lo relevante es que tenga lugar una motivación anormal lo cual debe acontecer por motivos externos al agente, pues de lo contrario se estaría ante inimputabilidad, la cual consiste en la existencia de una alteración interna en la persona por vía de un trastorno mental o alguna enajenación⁹⁸⁰.

Desde otra perspectiva, se estima que el miedo insuperable tiene como base la inexigibilidad y que no tiene lugar la aplicación de una pena por razones de política criminal. Así, se sostiene que la persona es libre, pese a las circunstancias que se derivan del miedo, sin embargo, existe una notable disminución de la voluntad, de tal suerte que el legislador disculpa el comportamiento en atención a las peculiaridades que tienen ocasión en razón del miedo que enfrenta la persona⁹⁸¹.

La consideración del miedo insuperable como causa de exculpación viene dada, en consecuencia, por las complicaciones que se le presentan a la persona, lo cual apunta hacia la culpabilidad y también por la relevancia del principio de inexigibilidad de otra conducta.

Sin embargo, el planteamiento expuesto en el inciso que antecede no resulta del todo de recibo, en atención a que no es dable atender, exclusivamente, a cuestiones emocionales o psíquicas relacionadas con la situación por la cual atraviesa el agente, puesto que corresponde verificar consideraciones normativas los cuales se encuentran presentes en la razonabilidad o exigibilidad, de tal suerte que los aspectos psíquicos de los cuales echa mano la argumentación tradicional que le atribuye sentido exculpante a

⁹⁷⁸ CUERDA ARNAU, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 81.

⁹⁷⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 395.

⁹⁸⁰ SAINZ CANTERO, *Las causas de...*, cit., pp. 19. En esta línea de pensamiento, también MEINI en *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 361, quien sostiene que la condición de insuperable se determina por lo que se le exige percibir al sujeto.

⁹⁸¹ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 412.

la eximente que nos reúne no resultan suficientes⁹⁸².

La inexigibilidad que interesa para nuestros efectos será la individual, pues se vincula con la culpabilidad, a diferencia de la inexigibilidad general la cual tiene su ámbito de aplicación en el injusto. En la inexigibilidad general es necesario atender a factores objetivos o generales, tal cual acontece en el juicio de antijuricidad que debe utilizar como fundamento al hombre medio; en tanto que en la inexigibilidad individual es pertinente realizar alguna valoración sobre las condiciones particulares de la persona, lo cual implica un juicio de culpabilidad⁹⁸³.

Según VARONA GÓMEZ la doctrina utiliza como referencia la doctrina del hombre medio en sede de inexigibilidad individual, lo cual a su modo de ver las cosas se trata de un error, por cuanto tal aserto corresponde a la inexigibilidad general. Esta reflexión podría dar pie a considerar que el miedo insuperable constituye causa de justificación, en vista que se examina la eximente con base en un aspecto que tiene matiz justificante. No obstante, sostiene que no puede ser considerado causa de justificación, debido a que no se advierte un interés preponderante, en atención a que la fórmula de la eximente que nos atañe permite incluso la lesión de un valor jurídico mayor al que se salva, e incluso el comportamiento que se realiza dentro del marco del miedo insuperable resulta desvalorado, por ende, no es posible que se considere como causa de justificación. Ahora bien, en razón de las condiciones que distinguen a la eximente en cuestión es relevante tener presente la particular situación del sujeto y, precisamente, esto da lugar a que no puede estimarse como causa de justificación porque de lo contrario privaría el ordenamiento sobre las circunstancias que enfrenta el agente. Esta reflexión permite estimar que la función de la inexigibilidad en este caso es de fundamentación, a diferencia de lo que acontece en las causas justificantes en las cuales las tareas del principio aludido pasan por efectos supletorios⁹⁸⁴.

Dentro de otro contexto CUELLO CONTRERAS afirma que la persona quien lleva a cabo el injusto, empero está en posición de evitarlo ha procedido de manera culpable. Sin embargo, a pesar que la culpabilidad se encuentre demostrada, es posible

⁹⁸² VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 78.

⁹⁸³ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 82 y ss.

⁹⁸⁴ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 123 y ss.

que el reproche se desvanezca en el evento que concurran circunstancias que el Derecho penal debe tener presente en vías de establecer el castigo, debido a que la conducta pese a ser culpable puede no ser reprochable. En este sentido, la reprochabilidad se trata de un elemento adicional al examen de culpabilidad, además de la capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la condición antijurídica del comportamiento, pues el sujeto si bien puede estar en posición de motivarse por la norma, es posible que se encuentre en circunstancias complicadas, de tal modo que el ordenamiento no puede exigir otra forma de conducirse⁹⁸⁵.

En el mismo orden de ideas desarrollado en el párrafo que antecede se advierte que se considera la culpabilidad implica un concepto reducido, puesto que con su único fundamento habría que establecer los límites de la exigibilidad y las condiciones necesarias para la pena. En atención a esta argumentación se colige que el miedo insuperable es una causa de ausencia de reprochabilidad, lo cual permite diferenciar la eximente bajo estudio del estado de necesidad y el trastorno mental transitorio.

5.3. Requisitos

Es necesario ahora ocuparnos de los elementos que integran el miedo insuperable. Tal tarea es fundamental, puesto que el núcleo duro de esta investigación recae sobre el error y éste puede sobrevenir por alguno de los requisitos de la eximente.

5.3.1. El miedo

El miedo es, sin duda, el punto de partida de la eximente que acapara nuestra atención. Se trata de una situación que afecta al sujeto, debido a la posible concurrencia de un mal, no obstante, el miedo no significa que las facultades de la persona se encuentren turbadas en razón del advenimiento del temor⁹⁸⁶. En atención a sus

⁹⁸⁵ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 1125.

⁹⁸⁶ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 383. En sentido similar, COUSO SALAS, *Fundamentos de Derecho...*, cit., pp. 529 sostiene que el miedo no involucra la presencia de procesos paranoides en el sujeto, de tal modo que el miedo no guarda relación con la inimputabilidad. MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 512 afirma que el miedo es relevante, porque está vinculado con la supervivencia. Sin embargo, sostiene que la regulación en el CPE es deficiente, puesto que no permite diferenciarla del resto de las eximentes. En adición, estima que la jurisprudencia ha motivado que la eximente se formule como una “cuestión de hecho”, en razón de la falta de medida en su análisis.

características se considera por algunos que el miedo no puede ser apreciado en su modalidad incompleta de eximente, pues en todo caso el miedo turba a la persona, pese a que el temor no sea real⁹⁸⁷.

La Audiencia Provincial de Valladolid ha sostenido que el miedo debe ser real. Así, en la sentencia No. 120/2015 de 8 de mayo se ocupa de todos los requisitos de la eximente y sostiene lo siguiente:

“El Tribunal Supremo ha requerido para la aplicación de dicha eximente: a) La presencia de un hecho que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del mismo; b) que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; c) que ese temor anuncie un mal igual o mayor que el causado por el sujeto con su conducta; d) que el miedo ha de ser insuperable, esto es invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas siguiendo las pautas generales de los hombres; e) que el miedo ha de ser el único móvil de la acción”.

La presencia del miedo da lugar a que la eximente deba ser examinada en sede de culpabilidad, debido a que en esta categoría del delito cobran vigor, con mayor intensidad, aspectos subjetivos relacionados con las motivaciones del autor. Es, precisamente, la concurrencia de ese elemento subjetivo lo que da lugar a diferenciar esta eximente del estado de necesidad, porque en esta última se examina la cuestión con matices más objetivos⁹⁸⁸.

VARONA GÓMEZ asegura que la psicología no cuenta con información clara en torno a lo que ocurre de manera previa y luego de las circunstancias de peligro que rodean al miedo, de tal modo que la cuestión no se puede medir. Esta situación podría dar lugar a la falta de aplicación de la eximente, en atención a la cuota de arbitrariedad

⁹⁸⁷ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 567 y ss. Según estos autores la voluntad del sujeto aparece mediatizada, en atención a la proximidad de un mal. Este mal no precisa ser típico. También sostienen que el TS ha postulado la idea que el mal debe ser real, en caso contrario la cuestión pasaría por una eximente incompleta. En torno al mal afirman que no es necesario, como se pretende por algún sector, que los bienes afectados sean exclusivamente personalísimos, pues la estructura de la eximente no se dirige en esta dirección. Tampoco se requiere la inminencia del mal, puesto que de lo contrario la eximente se tropezaría con los requisitos de la legítima defensa, lo cual no resulta correcto, dado que los resortes sobre los que se asientan ambas eximentes son distintos.

⁹⁸⁸ MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 169.

que podría conllevar⁹⁸⁹.

Resulta claro que el miedo cuenta con alta dosis de subjetivismo, en la medida que se trata de alguna alteración que incide sobre el ánimo de la persona. Tal afectación, podría ser profunda o no, pero en todo caso es provocada por la posibilidad que acontezca un mal. Esto implica que al examinar el miedo resulta imperativo verificar la situación de cada sujeto en particular, pues no todas las personas presentan la misma reacción ante algún fenómeno que lo perturbe⁹⁹⁰.

En torno al miedo se discute la posibilidad de recurrir a otro medio, es decir, a alguna otra alternativa a la cual pueda hacer frente la persona que encara el temor, no obstante, se censura tal posición en razón que debido al particular estado en el cual se encuentra la persona afectada, de seguro no estará en posición de prever otras opciones distintas a aquellas que tiene a su disposición al tiempo en que acontece el incidente⁹⁹¹.

Con relación a la violencia moral, derivada del miedo, se discute si el origen de esta responde, necesariamente, a la intervención de otra persona, sin embargo, se ha estimado que tal posición implica un sesgo de considerable entidad, en la medida que el miedo puede derivarse de sucesos naturales que afecten la voluntad del agente⁹⁹².

Se considera que el miedo tiene una marcada connotación subjetiva, en la medida que se distingue entre el temor simple o la inquietud, de tal modo que en este sentido no se estaría ante la particular situación que afecta a la persona al tiempo en que

⁹⁸⁹ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 146 y ss. La eximente no se materializa si es que la conducta del sujeto no estuvo motivada por el miedo. Aquí cabe hacer mención a algunas circunstancias que resultan relevantes para determinar si ha acontecido el miedo. Así, se advierte que se desestima el miedo si es que acontece una acción reflexiva de la persona amenazada, debido a que en tal caso la reacción no es congruente con la existencia del miedo, no obstante, VARONA GÓMEZ es de la opinión que, si cabe la eximente, en atención a que se observa un trastorno que limita la voluntad del agente. En adición, se aduce que el paso del tiempo elimina la posibilidad que se eche mano al miedo, puesto que el lapso transcurrido desestima el miedo, empero ello no siempre resulta de esta forma, porque igual puede tener lugar el miedo. También se ha hecho referencia a otros motivos que guíen el comportamiento del sujeto, por ejemplo, el afán de lucro, si la cuestión es así entonces no tendría ocasión el miedo, empero si éste acontece junto con algún otro móvil es posible el recurso al miedo. Con todo podría acontecer una eximente incompleta, en el caso que se presenten situaciones dudosas.

⁹⁹⁰ CURY URZÚA, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 86. En atención a la naturaleza de la eximente, este autor entiende que no resulta relevante si el miedo es real o no, puesto que al margen de esa consideración se producirá, igualmente, una visualización errada por parte del agente, por tanto, en todo caso la culpabilidad se atenuará.

⁹⁹¹ CURY URZÚA, *Derecho Penal Tomo I...*, cit., pp. 87.

⁹⁹² COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, cit., pp. 576.

se enfrenta al miedo, puesto que implica una condición que incide sobre el espíritu y limita el entendimiento del agente, de tal forma que su voluntad se doblega⁹⁹³. Esta cuestión debe ser objeto de estudio al tiempo en que se examina la invencibilidad del miedo.

En torno a la condición subjetiva que gobierna al miedo, se advierte que este requisito es calificado por una alteración absoluta de la voluntad, en atención a la situación que sobreviene sobre el sujeto. Este pánico precisa de ser grave, de tal modo que limite la capacidad de raciocinio del agente en todas sus condiciones⁹⁹⁴.

5.3.2. La condición de insuperable

Una primera referencia al asunto pasa por examinar la cuestión desde la imposibilidad psíquica que le sobreviene al agente, de tal modo que no estaría en posición de presentar resistencia a la situación que se le presenta. En esta dirección, se advierte una importante consideración al estado emotivo del agente, el cual impide que pueda proceder de otra manera⁹⁹⁵.

El miedo que sobreviene sobre el agente ha de ser insuperable, pues así lo dispone la estructura del CPE, lo cual implica que al sujeto no le cabe otra alternativa de acción. El test de insuperabilidad debe efectuarse mediante un juicio *ex ante*⁹⁹⁶. Es,

⁹⁹³ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 316. Para este autor el miedo debe ser grave e inminente, lo cual implica la calificación de éste con criterios objetivos y que pertenecen a otras eximentes. Nos parece que las argumentaciones de GARRIDO MONTT en torno a las condiciones del miedo no pertenecen a este primer requisito, sino que deben ser analizadas al tiempo en que se examina la otra condición que precisa esta eximente, es decir, la insuperabilidad del miedo. Desde luego, que ello también puede ser objeto de discusión, puesto que los calificativos de grave e inminente como se manifestó son propias de otras eximentes y no aparecen previstas en el texto de la ley, al menos para el Derecho penal español. En esta dirección, CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable...*, cit., pp. 83 a 84 afirma que no resulta dable atender a criterios relacionados con la intensidad del miedo, pues ello aproxima la eximente a la inimputabilidad, de tal modo que se torna en superflua. También AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 139 quien sostiene que están excluidas de la eximente las consideraciones relacionadas con la intensidad del miedo: 1) temor (que elimina la capacidad de acción), 2) pánico (temor patológico que incide sobre la imputabilidad).

⁹⁹⁴ BLANCO LOZANO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 1065. En contra BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 406 quien sostiene no es necesario se perturben las condiciones del agente, pues puede que aquellas permanezcan incólumes y sostiene, en todo caso, tal alteración acontece al tiempo que tiene lugar la inimputabilidad. También en esta última dirección, GÓMEZ BENÍTEZ en *Teoría Jurídica de...*, cit., pp. 431 afirma que el miedo responde a cuestiones que no son patológicas, por ende, se trata de una eximente distinta a la inimputabilidad.

⁹⁹⁵ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable...*, cit., pp. 93.

⁹⁹⁶ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp.

precisamente, tal condición la que da lugar a considerar que el fundamento de la eximente es de carácter normativo, pues hace falta atender a algunos criterios objetivos para verificar el alcance del miedo. Generalmente, lo insuperable se mide sobre la base de la teoría del hombre medio, es decir, el sujeto promedio ubicado en lugar del autor⁹⁹⁷.

Si la culpabilidad es entendida en términos normativos, entonces la eximente de miedo insuperable que se encuentra en la referida categoría delito, precisa de connotaciones normativas. De ahí que la referencia del hombre medio resulte de recibo en vías de determinar la condición de insuperable del miedo⁹⁹⁸.

El concepto del hombre medio constituye un mecanismo para delimitar la aplicación del principio de inexigibilidad, a través de contenidos objetivos que son propios de la figura del hombre promedio, puesto que se examina de manera contextual la situación del ciudadano medio; sin embargo, el ejercicio no puede perder de vista las particulares situaciones del agente⁹⁹⁹. En torno al hombre medio en Sentencia N°: 35/2015 de 29 de enero se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Cuando acudimos al hombre medio como criterio de valoración de la situación, no queremos decir que haya de indagarse en una especie de fantasma un comportamiento esperado. Ello sería injusto y además sólo serviría para

406. Esto implica que el agente haya tenido la opción de proceder según el común de las personas en una situación similar.

⁹⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 383. Así, también CURY URZÚA, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 86. Según MUÑOZ CONDE, *Teoría General del...*, cit., pp. 169 lo insuperable se refiere a lo que está por encima del sujeto medio, de tal suerte que se trata de un elemento objetivo. En torno a la condición del sujeto promedio, SAINZ CANTERO en *Las causas de...*, cit., pp. 15 sostiene que tal condición se encontraba previsto en el CPE de 1822. También en esta dirección, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 579.

⁹⁹⁸ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 1135 y ss. La connotación normativa significa que la persona está en posición de defender bienes que le pertenecen y que se encuentran amenazados por un mal que es inminente y que no puede ser repelido de otra forma. De acuerdo con este autor se precisa de la racionalidad al tiempo de valorar el medio utilizado para enfrentar la situación. Según CUELLO CONTRERAS se observa una cláusula tácita de proporcionalidad, de tal modo que no cabrá disculpa en el supuesto que el bien protegido sea de poca entidad frente al que resulta lesionado, puesto que la presión sobre el sujeto se atenúa, lo cual implica que el ordenamiento no puede disculparlo. Sin embargo, la norma que regula materia no cuenta con esa connotación y, precisamente, la eliminación del ejercicio de ponderación que debe realizarse en esta eximente es la que ha dado lugar a su consideración de causa de exculpación, tal cual lo sostiene AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 138, y lo que ha posibilitado que esta eximente sea supletoria en casos de exceso de legítima defensa. Coincide en este sentido, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 569 quienes sostienen que se trata de un concepto normativo, vinculado con la inexigibilidad de otra conducta conforme a la norma.

⁹⁹⁹ VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable...*, cit., pp. 159.

transferir a un ser no real comportamientos de seres humanos, en su situación concreta. Se trata de indagar si la persona que ha actuado, en su concreta situación anímica y social, tuvo posibilidad de actuar conforme prescribe el ordenamiento jurídico. Es decir, se utiliza el recurso el hombre medio sin olvidar las concretas circunstancias concurrentes".

Por otro lado, en la Sentencia 119/2015 de 2 de junio la Audiencia Provincial de Barcelona se valida la teoría del hombre medio, pues ha sostenido lo siguiente:

“Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base la referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio”. Tal asunto también ha sido acuerpado por el TS mediante o. 16-07-2001, número 1095/2001.

Con todo, la teoría del hombre medio ha sido objeto de sendas censuras, en atención que se estima es impreciso, de tal modo que no es suficiente para delimitar el alcance de lo insuperable. El concepto de hombre medio también es generalizador, lo cual no resulta conveniente dado que en sede de culpabilidad es necesario examinar aspectos particulares del sujeto quien se estima responsable¹⁰⁰⁰.

En sintonía con lo expuesto en el inciso que antecede, se advierte que el concepto del sujeto medio si bien contiene una cuota de subjetividad, se trata de una cuestión despersonalizada y que se ha diseñado para alejar la eximente que nos ocupa del trastorno mental transitorio con el cual se ha involucrado el miedo insuperable en no pocas ocasiones, dado que la inimputabilidad se verifica sobre las características del sujeto. Sin embargo, el hombre medio es una construcción que se refiere a la generalidad. Con todo importa destacar que lo insuperable no se vincula a una situación que el sujeto no puede vencer, sino una cuestión relacionada con el individuo promedio¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰⁰ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 384.

¹⁰⁰¹ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica de...*, cit., pp. 432 y 434.

En contra de la teoría del hombre medio se ha postulado que la conducta del sujeto particular se transforma en la del sujeto medio, puesto se utilizan las características del individuo en particular. Esta reflexión significa que la condición no sería de carácter objetivo-normativa, sino que el asunto se resuelve de forma subjetiva-normativa, en vista que se provee al hombre medio de las cualidades del sujeto, de tal modo que dejaría de ser sujeto medio para dar paso al individuo autor¹⁰⁰².

Siguiendo con las censuras al contenido del hombre medio se afirma que no es posible dotar de contenido a tal figura, puesto que no se tienen noticias del modelo de hombre medio, ni tampoco lo que debe entenderse por la posición del agente, que se usa para delimitar la condición de insuperable. En todo caso habría que poner énfasis en las consideraciones normativas relacionadas con la condición insuperable del miedo, lo cual significa valorar exigencias del mal que amenaza y aspectos vinculados a la conducta salvadora que se adelanta¹⁰⁰³.

El concepto de hombre medio implica tomar en cuenta aspectos esenciales del sujeto. Esto significa que cabe observar elementos como la edad, el género, asuntos culturales, experiencias, entre otras cosas. Sin embargo, el asunto no pasa por examinar cuestiones patológicas, porque no se está frente a miedo basado en padecimientos que aquejen al agente¹⁰⁰⁴.

En atención a las censuras dirigidas a la teoría del hombre medio importa observar los siguientes aspectos: 1) se requiere de un mal inminente que amenace al autor; 2) el agente debe creer que el mal es real y serio; 3) el mal no debe ser ocasionado por el individuo; 4) el mal necesita de ser importante; y 5) el sujeto debe actuar en vías de tutelar un mal propio o a una persona ligada al agente¹⁰⁰⁵.

Los requisitos planteados dan lugar a que la eximente de miedo insuperable se acerque, de manera considerable, a los elementos que se precisan en el estado de

¹⁰⁰² VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 160 y ss.

¹⁰⁰³ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 166 y ss.

¹⁰⁰⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 626. En este sentido, también BLANCO LOZANO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 1065 y 1066.

¹⁰⁰⁵ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 384. Para estos autores también se precisa de examinar la relación de proporcionalidad que acontece en cada caso, puesto que el interés lesionado no puede ser más relevante.

necesidad, por ende, estimamos que en el evento que se considere que tales aspectos deben observarse en el miedo insuperable, entonces la eximente se tropezará con la circunstancia señalada en el artículo 20.6 del CPE. Además, debemos tomar en cuenta que la estructura del miedo insuperable no presenta los requisitos anotados en el párrafo superior. De hecho, el CPE que rige hoy día prescindió de aspectos vinculados con la ponderación de intereses, de modo tal que nos parece no corresponde echar mano a los elementos mencionados.

Lo cierto es que el asunto de la insuperabilidad no dice relación con la forma de asumir el conflicto por parte del sujeto, en consecuencia, las ponderaciones no se efectúan sobre la base de componentes psicológicos, de manera que el recurso del hombre medio elude la excesiva subjetivización de la eximente¹⁰⁰⁶.

En cuanto a la realidad del mal se ha postulado que el mal debe ser inminente, serio y cierto, de tal modo que se excluye el miedo que no es real. Con todo, aunque el miedo sea imaginario se ocasionan las mismas consecuencias que podrían tener lugar en el miedo real, de manera que la cuestión no resulta relevante¹⁰⁰⁷.

Siguiendo con la teoría del hombre medio se infiere que se trata de alguna condición que sobreviene sobre el agente y que no permite que la persona proceda de una manera diferente, es decir, que se presentan circunstancias que el sujeto no puede vencer. En esta dirección, se ha sostenido que no importa que sea real, dado que en todo caso el individuo se percibe por las circunstancias que se le presentan¹⁰⁰⁸.

La gravedad del mal ha sido considerada como uno de los parámetros a tomar en cuenta para examinar la condición de insuperable del miedo, en la medida que se entiende que a partir de éste podría verificarse el peligro al cual ha de enfrentarse el hombre medio, lo cual permite establecer si la situación en realidad era exigible o podría superarse, sin embargo, el examen precisa de ser contextual, lo cual implica la revisión de todos los aspectos que influyen en las circunstancias que se examinan¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁶ AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra...*, cit., pp. 140 y 141.

¹⁰⁰⁷ LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 413.

¹⁰⁰⁸ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 317.

¹⁰⁰⁹ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable...*, cit., pp. 110 y ss.

En vías de determinar la gravedad del mal se han trazado algunos criterios. El primero de ellos es de carácter subjetivo, en la medida que la calificación del mal se lleva a cabo considerando al autor y sus particulares situaciones al momento en que tiene ocasión el hecho. Otro factor a tomar en cuenta es de orden objetivo, de tal modo que se pondere la relevancia del mal, en atención a criterios derivados del ordenamiento, lo cual da ocasión a que la eximente no sea utilizada de manera desmesurada. También se emplea un concepto mixto, es decir, objetivo-subjetivo¹⁰¹⁰.

A fin de verificar la gravedad del mal, igualmente, deben atenderse a los principios de recuperabilidad y de adecuación. El principio de recuperación implica que serán relevantes los peligros que afecten bienes que sean difíciles de recuperar. En este sentido, si el proceso es sencillo, entonces cabe la posibilidad de recuperación, sin embargo, si ello no es así entonces el mal no es de considerable entidad. En torno al principio de adecuación se sostiene que la lesión no debe estar exenta de proporción en relación al peligro que amenaza al agente. En esta dirección, los límites deben fijarse en el caso que el mal causado posea una amplia desproporción¹⁰¹¹.

En torno a la gravedad del mal se advierte que QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, sostienen que tal condición no debe ser atendida, pues la redacción de la eximente de miedo insuperable, tiene una estructura normativa, de tal modo que atender a la relevancia del mal da lugar a distorsionar el sentido y alcance de la eximente. En adición, postulan que la consideración de la gravedad del mal daría lugar a observar otro criterio para establecer la condición de insuperable del miedo, puesto que habría que calificar los males. En todo caso lo insuperable es un asunto de naturaleza objetiva y no precisa del recurso a otros elementos¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable...*, cit., pp. 144 y ss.

¹⁰¹¹ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 245 y ss.

¹⁰¹² QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 570 y 571. Con todo la consideración de la gravedad es uno de los criterios que se utilizan para establecer la relevancia del miedo, tal como informa MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 493 y 494, quien afirma que también son atendibles aspectos como: el origen del mal; la inminencia, empero no tiene fundamento jurídico, pese a que el TS lo exige; la connotación jurídica del mal, lo cual implica que no pueden ser entendidos como males situaciones que provienen del ejercicio legítimo de un derecho o provenientes de un mal que se encuentre justificado; la consideración del destinatario de los bienes afectados, puesto que algunos estiman sólo pueden ser cuestiones propias de quien enfrenta el miedo o de sus allegados, sin embargo, este requisito no aparece previsto en el texto legal, por tanto, no cabe atender a aquel; la realidad del mal, en este sentido se estima que aunque el mal no sea auténtico es posible

Los males inferiores no son atendibles para medir la gravedad del mal, en la medida que por esa condición se entiende que resultan superables. En el evento que se utilicen males inferiores como referencia para determinar la relevancia se podría concluir que el CPE concede al miedo insuperable un alcance que supera los límites de la exculpación¹⁰¹³.

También se ha postulado que el mal debe tener connotaciones ilícitas¹⁰¹⁴, esto es que sea antijurídico, e incluso se sostiene que no es posible que haya provocación, puesto que de lo contrario no tendría lugar la eximente¹⁰¹⁵. No obstante, en el caso que se atienda a esta postura, entonces se desconocerían miedos provenientes del ataque de animales o por fuerzas de la naturaleza. Aquí lo importante es que el mal que se cierne sobre el agente no deba tolerarse legalmente por quien enfrenta la situación¹⁰¹⁶.

De igual forma, importa hacer mención que para algunos se requiere que el mal provenga de otra persona, empero tal aserto se aparta del tenor de la ley y parece que proviene de la legítima defensa, puesto que en aquella eximente se precisa que el mal sea real y derivado de una agresión que causa otra persona¹⁰¹⁷.

Si bien es cierto la no causación responsable del peligro, no está prevista en el texto normativo, se estima debería considerarse al examinar el miedo insuperable, en atención a los fundamentos sobre los que se asienta la eximente, puesto que no podría expandirse el alcance del miedo insuperable en atención a la maximización de la libertad, puesto que no es dable usarla en detrimento de los demás¹⁰¹⁸.

aplicar la eximente, pero también el asunto se podría resolver bajo la *actio libera in causa* o el error.

¹⁰¹³ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable...*, cit., pp. 112.

¹⁰¹⁴ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable...*, cit., pp. 114. En esta dirección, el miedo no puede provenir de un comportamiento que la ley valora como positivo, de tal modo que ante esta condición el miedo resulta superable.

¹⁰¹⁵ BLANCO LOZANO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 1071.

¹⁰¹⁶ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 199 y 200. Este autor sostiene que existen males que corresponde tolerar y ante los cuales no podría el sujeto actuar amparado por miedo insuperable, tal cual acontece en caso del arresto del agente o de otras gestiones del Estado, puesto que de lo contrario no podría llevar a cabo las funciones que le son propias.

¹⁰¹⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica de...*, cit., pp. 435.

¹⁰¹⁸ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 211.

5.4. Toma de posición

El miedo insuperable conlleva la revisión de aspectos objetivos y subjetivos. Esto es así, en razón que la condición de insuperable implica observar elementos relacionados con el hombre promedio, de modo que existe una importante referencia a cuestiones objetivas, en atención a que se examina la eventual reacción que tendría el ciudadano general ante la particular situación que atraviesa el agente. En cuanto a lo subjetivo importa su consideración, dado que es necesario vislumbrar, en alguna medida, las características que distinguen al individuo, sin que eso deba acarrear una revisión de condiciones patológicas de la persona, pues esto pertenece al ámbito de análisis que es propio de la inimputabilidad.

En vías de delimitar la condición de insuperable que distingue al miedo, es necesario recurrir a la teoría del hombre medio, en razón que permite, en alguna manera, contextualizar la situación del sujeto que incurre en la conducta, debido a que se examina la situación del ciudadano medio, para de esa manera establecer la posible reacción del individuo. Si bien la teoría del hombre medio ha sido blanco de censuras, en atención a que se considera que realiza un ejercicio generalizador, no es posible perder de vista que el análisis que se verifica dentro del contexto del hombre medio siempre involucra una reflexión sobre la condición particular en la cual se encontraba el agente, lo cual implica que el examen adelantado por esta teoría es integral, en consecuencia, nos parece es la herramienta adecuada para fijar el baremo de insuperable.

En abono a lo expuesto en el inciso superior, se colige que la ley no debe atribuir culpabilidad a la persona quien se encuentra en una situación en la cual le es imposible motivarse a cumplir con lo dispuesto en el ordenamiento, puesto que ni siquiera el ciudadano promedio estaría en posición de acatar lo dispuesto en los preceptos en razón de la particular circunstancia en que se encuentra el agente.

En el miedo insuperable se advierten circunstancias que impiden que el sujeto se motive al cumplimiento de la norma. Tal anormalidad es externa, es decir, que se vincula con las situaciones que le acontecen a la persona, de tal suerte que no se relaciona con padecimientos que limitan su nivel de comprensión de la norma, por ende,

la eximente que nos ocupa no participa de la naturaleza de la inimputabilidad, en atención a que aquella conlleva el análisis de las cuestiones patológicas del agente. Es, precisamente, este argumento el que nos lleva a considerar que el miedo insuperable, constituye causa de exculpación, en vista que esta figura se encuentra asentada en la inexigibilidad de otra conducta, la cual tiene una presencia de considerable entidad en el plano de la culpabilidad.

El miedo insuperable cumple funciones de recogida en el ordenamiento español, en la medida que permite que el exceso en la legítima defensa, que no tiene una regulación particular en el CPE, se resuelva mediante las reglas que gobiernan a la eximente que nos ocupa. Esta reflexión implica que el miedo insuperable no puede ser considerada superflua, debido a que cuenta con amplio margen de aplicación, en razón que comprende los casos que se vinculen directamente con esta eximente, así como también circunstancias relacionadas con el exceso en la legítima defensa, es decir, que tiene incidencia en una causa de justificación.

CAPÍTULO V. LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE PANAMÁ

1. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DEL CÓDIGO PENAL DE 2007

El estatuto panameño que rige en nuestro medio data de 2007. El texto punitivo fue aprobado a la par del Código procesal penal. Ambos instrumentos jurídicos fueron dictados en razón de críticas que se formularon en contra de la administración de justicia penal, la cual ha sido considerada sin transparencia e ineficiente¹⁰¹⁹. Ambos textos legales fueron elaborados en atención a iniciativa de comisiones codificadoras designadas por el expresidente Martín Torrijos Espino, dentro del Pacto de Estado por la Justicia, y perseguían establecer una plataforma jurídica moderna para encarar el fenómeno delictivo.

El Código penal entró a regir en mayo de 2008, de tal modo que se trata de un

¹⁰¹⁹ http://www.concertacion.org.pa/pdf_doc/pacto_de_estado_por_la_justicia.pdf.

instrumento jurídico relativamente reciente. En razón de esta circunstancia hemos considerado adelantar algunas observaciones en torno a la orientación del Código penal, en concreto, a la teoría del delito, pues ello nos permitirá tener presente, en alguna medida, los aspectos esenciales de la estructura del CPP. De igual forma, nos parece oportuno realizar una revisión de las circunstancias exculpantes previstas en el texto punitivo de 1982, para luego ocuparnos de la temática en el estatuto de 2007, pues nos permite tener en mente los lineamientos de uno y otro código, incluso todavía existen procesos que se han reactivan, luego de levantadas las rebeldías de los reos, y que siguen las reglas del código de 1982. Sin embargo, el énfasis se realizará sobre la normativa del CCP vigente.

En este tramo nos ocupamos, de manera breve, de la estructura que presenta el estatuto panameño. Seguidamente, se realizan algunas reflexiones muy sucintas de las principales innovaciones del Código penal y también se examinan los parámetros de la teoría del delito. Estas cuestiones son abordadas, en vías de ofrecer algún panorama sobre los fundamentos del código, lo cual resulta útil para un mejor entendimiento de los problemas que planteamos en esta investigación.

El texto penal de 2007 contiene una parte general que contempla: postulados básicos, garantías penales, lineamientos para la aplicación de la ley penal en el tiempo y espacio, así como a las personas; teoría del delito (acción, dolo y culpa, causas de justificación, imputabilidad y eximentes de culpabilidad); autoría y participación; tentativa, desistimiento, aspectos relacionados con las penas; unidad y pluralidad de hechos punibles; circunstancias agravantes y atenuantes; medidas de seguridad; y responsabilidad civil.

En el estatuto punitivo que rige hoy día se advierte que el dolo y la culpa están previstos entre la acción y las causas de justificación, de tal manera que esto ha permitido considerar que dolo y la culpa pertenecen al tipo. Este es uno de los avances del código, puesto que el texto derogado contemplaba el dolo y la culpa en la culpabilidad, de tal manera que esto vinculó el texto legal de 1982 con la posición neoclásica.

La mencionada innovación ha dado lugar a que entre nosotros se considere que

rige la teoría finalista, debido a que el dolo y la culpa integran el tipo¹⁰²⁰. Esto es en parte es cierto, no obstante, resulta de recibo revisar algunos otros aspectos.

El finalismo conlleva otras implicaciones más allá de la inclusión del dolo y la imprudencia en el tipo. De manera que esta única cuestión no debería llevarnos a concluir que el código se adscribe a la teoría finalista de la acción. Aquí también conviene destacar que el finalismo no ha podido presentar suficientes argumentos frente a las censuras que se le formularon, en temas puntuales como la imprudencia y la tentativa¹⁰²¹.

Por otro lado, el hecho que el dolo y la imprudencia integren el tipo no implica que se acojan todos los argumentos de la teoría de la acción final. En esta dirección, se advierte que autores como ROXIN, JAKOBS o MIR PUIG, por mencionar algunos, en sus manuales incluyen al dolo y a la imprudencia en el tipo, sin embargo, esto no significa que se vinculen con la teoría que en su día esquematizó WELZEL.

Dentro de otro contexto, también habría que considerar que el estatuto punitivo ha dado cabida a la teoría de la imputación objetiva, la cual ha sido desarrollada, en gran medida, dentro del contexto del funcionalismo y no del finalismo. Así el artículo 26 dice como sigue:

Para que una conducta sea considerada delito debe ser realizada con dolo, salvo los casos de culpa previstos por este Código. La causalidad, por sí sola, no basta para la imputación jurídica del resultado.

¹⁰²⁰ Así, MUÑOZ POPE, en *Estudios Jurídicos*, Panamá, 2008, cit., pp. 93, quien sostiene lo siguiente: “En efecto, si dolo y culpa no están en la culpabilidad, pues ahora aparecen en un capítulo independiente entre la acción y las causas de justificación, podemos afirmar que tales aspectos pertenecen a la tipicidad y forman parte integrante del tipo, lo que implica aceptar las principales consecuencias sistemáticas de los postulados fundamentales de la teoría de la acción final o finalismo”. En un sentido similar, ACEVEDO en *Derecho Penal General y Especial Panameño. Comentarios al Código Penal*, Panamá, 2008, pp. 65 y DE CASTRO DÍAZ, *Código Penal. Comentarios sobre el nuevo Código penal*, Panamá, 2009, cit., pág. XX. De igual forma, MUÑOZ ARANGO, *Algunas observaciones sobre los sistemas de la teoría del delito y los códigos penales de 1982 y 2007*, Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 2012, cit., pp. 300. En fin, en nuestro medio la doctrina ha estimado que el código actual tiene orientaciones de orden finalista.

¹⁰²¹ Así, CURY URZÚA, *Derecho Penal tomo I*, cit., pp. 254, sostiene que el finalismo potencia lo subjetivo, al punto que esto puede dar lugar a lo que el connotado autor chileno denomina “derecho penal del ánimo”. En este sentido, se le reprocha a la teoría en cuestión que existen conductas sin mayor importancia, como podría ocurrir en el hecho de pasear, no obstante, ante el esquema de esta teoría parece que no es posible excluirlos de la actividad final, tal como explica JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 166.

Como viene expuesto, el estatuto punitivo se nutre de posiciones relacionadas con la filosofía causal, neoclásica, (debido a la presencia de eximentes basadas en el principio de inexigibilidad de otra conducta, como acontece en el miedo insuperable) el finalismo, (por la presencia del dolo y la culpa en el tipo) y el funcionalismo (en atención a que se contempla la imputación objetiva), de tal manera que a nuestro modo de ver las cosas asistimos, a una concurrencia de posiciones, sin que resulte correcto adscribir al código sólo a alguna de ellas y en particular por un solo punto. Nos parece que esta pluralidad de métodos es positiva, puesto que permite un abordaje integral de las cuestiones penales.

Conviene destacar que el legislador panameño ha sido enfático al establecer qué supuestos deben ser considerados como causas de justificación y en cuales casos se está ante eximentes de culpabilidad, tal como se verá en los párrafos que a continuación se suceden.

Es cierto que el método mencionado permite tener más claridad sobre la naturaleza de las eximentes. No obstante, nos parece que no es flexible y esto limita la interpretación que deba realizarse sobre las eximentes, de tal modo que el juzgador no estará en posición de concederle un sentido distinto a la eximente, a pesar que, por ejemplo, desde la doctrina se reclame alguna otra naturaleza diferente a la que se prevé en la ley, en consecuencia, consideramos que el camino más adecuado consistiría en fijar las circunstancias sin establecer si justifican o exculpan, pues esto permitirá una interpretación más amplia de la cuestión.

El texto punitivo también ha introducido la figura del error de prohibición, lo cual constituye un avance significativo, pues esto resulta cónsono con las exigencias necesarias para que haya culpabilidad. Por el contrario, el Código penal de 1982 establecía, expresamente, en su artículo 4 que la ignorancia de la ley no eximía de su cumplimiento.

En torno a la culpabilidad se advierte que, originalmente, el texto penal no preveía la figura de la reincidencia, no obstante, mediante Ley No. 68 de 2009 reformó el texto penal, de tal suerte que la reincidencia se contempla como circunstancia agravante y su concurrencia da lugar a un incremento de la pena correspondiente hasta

una cuarta parte, tal como está previsto en los artículos 88 y 89.

También vale destacar, en cuanto a las causas de exculpación, que según ACEVEDO la comisión codificadora sugirió que el título de esta sección debía responder a: “De las causas de no exigibilidad de una conducta distinta”, sin embargo, la propuesta no fue acogida, porque a criterio de este autor, el legislador no entendió la filosofía que se le planteó, de tal manera que se preservó el término eximentes, la cual es genérica y tiene aplicación para causas de justificación o exculpación¹⁰²².

El texto penal que rige hoy sigue el mismo esquema que el estatuto derogado, es decir, que tiene previstas las causas de exculpación en un apartado distinto de las causas de justificación, de tal forma que el modelo no da lugar a realizar interpretaciones sobre la naturaleza jurídica de las eximentes, puesto que el legislador ha sido enfático en este sentido. Sin embargo, nos parece que la cuestión merece algunas consideraciones en el caso del estado de necesidad, en atención a la posición que hemos asumido en este trabajo, que se ha inclinado por la teoría de la unidad, de tal ejercicio nos ocupamos en este epígrafe al momento de hacer referencia al estado de necesidad en derecho penal panameño.

A diferencia del estatuto de 1982 el código actual se ha decantado por la acumulación aritmética al tiempo que tiene lugar el concurso material, tal como se desprende de lo regulado en los artículos 86 y 87. El texto derogado tenía prevista la figura de la acumulación jurídica, en vías de resolver la situación derivada de pluralidad de delitos.

Otra variación significativa que se observa en el código vigente dice relación con la introducción de la figura del autor mediato, en el artículo 43 que sostiene: *Es autor quien realiza, por sí mismo o por interpuesta persona, la conducta descrita en el tipo penal*”.

Por otro lado, el estatuto panameño tiene una parte especial la cual contempla quince títulos en los cuales se advierten los siguientes delitos: contra la vida y la integridad personal, contra la libertad, contra la libertad e integridad sexual, contra el

¹⁰²² ACEVEDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 84.

honor de la persona natural, contra el orden jurídico familiar y el estado civil; contra el patrimonio económico; contra el orden económico; contra la seguridad jurídica de los medios electrónicos; contra la seguridad colectiva; contra la administración pública; contra la fe pública; contra la administración de justicia; contra el ambiente y el ordenamiento territorial; contra la personalidad jurídica del Estado y contra la humanidad.

El CPP ha incluido dentro de su catálogo algunos delitos nuevos. Así, se advierten los siguientes: reproducción y manipulación genética; seguimiento, persecución y vigilancia; fraude de energía eléctrica, agua y elementos de telecomunicación; cooperación en el fraude de energía eléctrica, agua y elementos de telecomunicación; manipulación de programas, base de datos, redes o sistemas informáticos; delitos contra el patrimonio histórico de la nación; contra la libre competencia de los derechos de los consumidores y usuarios; omisión culposa de controles por parte de los servidores públicos supervisores de las entidades bancarias, financieras y de valores; corrupción en el sector privado; delitos contra los derechos colectivos de los pueblos indígenas y sus conocimientos tradicionales; revelación de secretos empresariales; delitos contra la seguridad jurídica de los medios electrónicos; terrorismo cibernético; delitos contra los medios de transporte; apropiación y sustracción violenta de material ilícito; delito de ocupación de cargo público y recibo de remuneración sin prestar servicio; delitos contra los animales domésticos y delitos contra la humanidad¹⁰²³.

2. LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PANAMEÑO DE 1982 Y EN EL ESTATUTO DE 2007

El estatuto derogado de 1982 se ocupaba de la culpabilidad en el libro I, título II, capítulo IV. En atención a la estructura del estatuto se advierte que preveía como eximente el error de tipo en sede de culpabilidad, sin embargo, de esto nos ocuparemos en la segunda parte de esta investigación al tiempo de hacer referencia al error en la legislación panameña.

¹⁰²³ DE CASTRO DÍAZ, *Código Penal...*, cit., pp. XXVII y XXXI.

Se advierte que el texto de 1982 tenía previstas las circunstancias eximentes dentro del epígrafe relativo a la culpabilidad, lo cual implica que se consideraban, claramente, como excluyentes de culpabilidad. Una situación similar ocurría con las causas de justificación, por ende, el propio legislador de antemano fijó las circunstancias que justificaban o exculpaban las conductas.

El texto tenía registradas las siguientes eximentes: obediencia debida, el estado de necesidad exculpante y la coacción o amenaza. De tales circunstancias nos ocupamos en las siguientes líneas, e igualmente abordamos las eximentes que prevé el código actual, en aras de realizar alguna comparación.

2.1. OBEDIENCIA DEBIDA

2.1.1. Obediencia debida en el CPP de 1982

El estatuto de 1982 regulaba la mencionada eximente en el artículo 35 en los siguientes términos:

No es culpable quien obra en virtud de obediencia debida, siempre que la orden emane de una autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formalidades legales, que el agente esté obligado a cumplirla y que no tenga el carácter de una evidente infracción punible. Se exceptúan los miembros de la Fuerza Pública cuando estén en servicio, en cuyo caso la responsabilidad recae únicamente sobre el superior jerárquico que imparta la orden.

El Código penal de 1922 tenía señalada esta eximente dentro de las causas de justificación, de manera que la introducción como causa de exculpación en el estatuto de 1982 representó una innovación en nuestro medio¹⁰²⁴.

La circunstancia eximente involucra la existencia de un vínculo de subordinación. Esto implica que su ámbito de aplicación se concentra en las tareas públicas que corresponden a funcionarios. En vista de estas condiciones no se extienden

¹⁰²⁴ GUERRA DE VILLALAZ, *Código Penal Comentado*, Panamá, 2001, cit., pp. 41 y 42.

a relaciones de orden marital o familiar en las cuales puede advertirse alguna obediencia. La base que sustenta esta eximente se encuentra en la inexigibilidad de otra conducta, en la medida que se entiende la persona se encuentra en una situación que no le permite otra opción¹⁰²⁵.

Para que tuviera lugar la obediencia debida, se precisaba que existiera una orden derivada de una autoridad con competencia para tales efectos. Se trataba de una cuestión de hacer o bien de no hacer. En atención a la fuente de la orden no era dable que hubiese una discusión o ponderación por parte del subordinado, de tal modo que se advertía una dependencia que tenía como sustento el ordenamiento¹⁰²⁶.

Pese a lo expuesto, algunos consideraban la orden debía tener las condiciones legales para hacerla válida. Esto fue objeto de censuras, en vista que colocaba al sujeto en la obligación de realizar algunas reflexiones no poco complicadas en torno a las formalidades legales que debía revestir la orden¹⁰²⁷.

Otro requisito consistía en que el sujeto tuviera la obligación de acatar la orden. En vías de precisar esta exigencia se requería que la orden no fuera una cuestión de carácter excepcional o poco usual, sino que integrará el giro normal de actividades¹⁰²⁸.

Con todo, la orden no debería dar lugar a una palmaria infracción penal o que se trate de un asunto cuyo cumplimiento resulte sumamente complicado de ejecutar, por lo que se advierte el asunto no da ocasión a que el sujeto acate cualquier orden¹⁰²⁹.

2.1.2. Obediencia debida en el CPP de 2007

Se advierten diferentes modalidades de obediencia debida. Así, se colige que existe una obediencia absoluta, en la cual el agente está en la obligación de cumplir la orden sin oponer mayor resistencia. Se cuenta con la obediencia relativa, en la cual el subordinado no está llamado a cumplir la orden en el supuesto que advierta es ilegal y

¹⁰²⁵ GILL, *Derecho Penal (Parte General)*, Panamá, 2004, pp. 250.

¹⁰²⁶ GILL, *Derecho Penal...*, cit., pp. 251.

¹⁰²⁷ GILL, *Derecho Penal...*, cit., pp. 251.

¹⁰²⁸ GILL, *Derecho Penal...*, cit., pp. 251.

¹⁰²⁹ GILL, *Derecho Penal...*, cit., pp. 251.

por último se cuenta con la obediencia reflexiva en la cual el agente tiene la obligación de comunicar al superior la ilegalidad de la orden y en caso que se le reitera debe acatarse, empero salva su responsabilidad en razón de la advertencia formulada¹⁰³⁰.

Esta circunstancia eximente se encuentra prevista en el artículo 40 del Código penal en los siguientes términos:

No es culpable quien actúa en virtud de orden emanada de una autoridad competente para expedirla, revestida de las formalidades legales correspondientes, que el agente esté obligado a cumplirla y que no tenga carácter de una evidente infracción punible.

Se exceptúan los miembros de la Fuerza Pública, cuando estén en servicio, en cuyo caso la responsabilidad recae únicamente sobre el superior jerárquico que imparta la orden. Esta excepción no es aplicable cuando se trate de delitos contra la Humanidad, o del delito de desaparición forzada de personas.

La redacción de la eximente es muy similar a la que se advertía en el código derogado, salvo que se ha agregado que no es aplicable esta causa de exculpación en supuestos de delitos contra la humanidad o desaparición forzada de personas. En razón de la estructura de la eximente nos parece que nuestra legislación contempla una obediencia debida relativa, en vista que estimamos el inferior no debe acatar ciegamente la orden, sino que es necesario adelantar alguna revisión, aunque sea somera, de la cuestión que se le plantea.

Tal cual ha sido expuesto en nuestro medio se ha considerado se trata de una causa de exculpación, en razón de la estructura del CPP. En este orden de ideas, ARANGO DURLING sostiene que el fundamento de la eximente se deriva del error de derecho, es decir, de un error de prohibición en la medida que el sujeto estima que su conducta se ajusta a derecho, empero no es así. También argumenta que los resortes de la obediencia debida se hallan en la coacción que podría ejercerse sobre el subordinado, en vías que le dé cumplimiento a la orden emitida. Esto implica que el sustrato de la eximente se encuentra en la inexigibilidad, puesto que la determinación del agente se encuentra diezmada, en atención a las particulares situaciones que lo aquejan¹⁰³¹.

¹⁰³⁰ ARANGO DURLING, *Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Panamá, 2014, cit., pp. 353.

¹⁰³¹ ARANGO DURLING, *Derecho Penal...*, cit., pp. 354.

Según ACEVEDO esta circunstancia eximente fue considerada como causa de justificación, en la medida que se lesionaba la antijuricidad clásica o neoclásica, sin embargo, con el avènement del finalismo se ha estimado se trata de una causa de exculpación, en la medida que se advierte tiene como fundamento que la conducta resulta inexigible al sujeto¹⁰³².

El fundamento de la eximente radica en el artículo 34 de la Constitución Política que establece lo siguiente:

En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional o legal, en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Se exceptúan los miembros de la Fuerza Pública cuando estén en servicio, en cuyo caso la responsabilidad recae únicamente sobre el superior que imparta la orden.

Una vez revisados los aspectos esenciales de la eximente, nos detenemos en los requisitos que tiene previsto la obediencia debida, en razón que sobre ellos puede recaer el error.

Para que se materialice la eximente es necesario que conste, desde luego, una orden de autoridad competente, lo cual implica una relación de subordinación¹⁰³³. Es, precisamente, este requisito el que ha lleva a ARANGO DURLING a considerar que nuestra legislación tiene prevista la figura de la obediencia jerárquica y no debida, como usualmente se le conoce¹⁰³⁴.

De igual manera, se precisa que la orden posea las formalidades legales necesarias¹⁰³⁵ para que pueda acatarse lo dispuesto en ella. Esto no implica que la orden

¹⁰³² ACEVEDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 85.

¹⁰³³ MEINI, *Teoría Jurídica del delito en el Sistema Penal Acusatorio*, Panamá, 2012, cit., pp. 111.

¹⁰³⁴ ARANGO DURLING, *Las eximentes de responsabilidad penal. Especial consideración al Código Penal de 2007*. Panamá, 2007, pp. 8. Así, sostiene que esta eximente aplica para servidores públicos, pues en atención a su cargo se advierte subordinación, lo cual conlleva la necesidad de obedecer las disposiciones que emite su superior. Tales consideraciones excluyen la aplicación de la eximente dentro de relaciones domésticas, pues éstas no reúnen las características que precisa la figura que acapara nuestra atención.

¹⁰³⁵ En vías de determinar, las formalidades de la orden, siguiendo a ARANGO DURLING, en *Derecho*

sea en el fondo lícita, sino que cuente con los elementos necesarios para validarla, desde el punto de vista formal¹⁰³⁶.

En adición, es necesario que el sujeto se encuentre obligado a acatar la orden emitida. En esta dirección, tal orden debe ser ilícita, puesto que si lo dispuesto es legítimo no se está ante la eximente que nos ocupa, sino que la situación debía migrar hacia la causa de justificación de cumplimiento de un deber legal señalada en el artículo 31 del Código penal¹⁰³⁷.

El último de los requisitos dice relación con la naturaleza de la orden, dado que no debe contener una palmaria infracción penal. Esta cuestión potencia la exigencia abordada en el inciso que antecede, puesto que la orden, en el fondo, debe ser ilegítima¹⁰³⁸.

Pese a que la eximente que nos atañe ha estado contemplada en nuestra legislación desde ya varios años, nos parece que su presencia en el ordenamiento resulta superflua, puesto que la situación del agente podría bien subsumirse en alguna otra de las eximentes que ya se encuentran reguladas en el texto punitivo.

Siguiendo el orden de ideas establecido en el inciso que antecede, la cuestión podría pasar por un error de prohibición, en el evento que se considere el sujeto ha considerado que su conducta se acomoda al ordenamiento, pese a que en realidad esto no es así. También podría ensayarse el recurso a la eximente de miedo insuperable, si se considera que el sujeto ha procedido motivado por temor, de tal modo que su determinación se vio diezmada. E incluso sería dable utilizar la figura del estado de necesidad, puesto que el sujeto podría sacrificar un interés en vías de cumplimentar las tareas que le corresponden como servidor público. Lo cierto es que el estatuto cuenta con otros respaldos para hacer frente a la cuestión, de modo que reiteramos la eximente no resulta necesaria.

Penal..., cit., pp. 358, se advierte que es preciso haya competencia del superior para emitir la orden; competencia del subordinado, en vías de darle cumplimiento; y la condición escrita de la orden, salvo que por cuestiones de orden fáctico esto no pueda materializarse.

¹⁰³⁶ MEINI, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 112.

¹⁰³⁷ MEINI, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 112. Este autor sostiene que resulta inconcebible que se constriña a la persona a que deba darle curso a una orden ilegítima, puesto que esto no se compagina con un estado de derecho.

¹⁰³⁸ MEINI, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 112.

En cuanto a la aplicación la eximente entre 1968 a 1989 Panamá vivió uno de los episodios más lesivos de su historia, en atención a la dictadura militar que gobernó el país. Después de la invasión de Estados a Panamá en diciembre de 1989 el régimen militar fue desmantelado y luego se iniciaron sendas causas penales contra miembros del estado mayor, en razón de delitos ocurridos durante los más de veinte años de gobierno. Esto dio paso a que varios militares fueran enjuiciados por homicidios que tuvieron lugar durante el aludido período. En no pocas oportunidades, los abogados defensores invocaron la eximente de la obediencia debida, sin embargo, las peticiones no fueron acogidas. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia postuló para tales efectos que le competía al militar que recibía la orden realizar una revisión del mandato que se le dirigía. Así, en fallo de 3 de enero de 1995 el alto tribunal razonó así:

“En cuanto a la obediencia debida alegada en virtud de la subordinación jerárquica que contemplan el artículo 34 de la Constitución Nacional y el 35 del Código Penal, la doctrina y nuestra jurisprudencia han sostenido que sólo puede ser eximente de responsabilidad cuando la orden concierne las relaciones habituales existentes entre el que manda y el que obedece, por razón de los deberes funcionales. En el entendimiento de que la ilicitud de la orden resulte manifiesta, asume la doctrina que, "Teniendo el inferior el deber de controlar o revisar la orden, éste es parte del deber de cumplimiento, de modo que, si la cumple sin controlarla no está cumpliendo con su deber. En caso contrario, el cumplimiento de la orden es cumplimiento de un deber jurídico. En cualquiera de ambos casos, el deber jurídico cesa si la orden es manifiestamente ilegal en cuanto a su contenido". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo IV. Pág.282). De allí que en los casos de militares en servicio activo, no sea posible admitir que el hecho de la relación de dependencia jerárquica o funcional baste para excluir de modo absoluto la responsabilidad de quien obedece una orden que es manifiestamente ilegal y, como en este caso, francamente violatoria de las más elementales reglas de respeto a la integridad individual y a la convivencia civilizada”.

Otro precedente de 31 de agosto de 1976 se manifestó en los mismos términos, tal como se advierte seguidamente:

"O sea que la justificante no sólo requiere que el ejecutor del acto obre convencido de que la orden es impartida por quien tiene facultad legal para darla, sino que además es indispensable que lo haga convencido de que el acto está comprendido entre sus deberes de subordinación. Si se cumple estos dos presupuestos, queda al (sic) subordinado exento de responsabilidad debiendo recaer ésta en el superior que impartió la orden delictuosa. ...Así que si la orden se presenta evidentemente delictuosa el subordinado no está obligado a cumplirla y si, a pesar de ello, la ejecuta, el mandato del superior no le sirve de justificación."

2.2. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

2.2.1. Estado de necesidad exculpante en el CPP de 1982¹⁰³⁹

El Código penal de 1982 tenía registrada esta figura en el artículo 36 en los siguientes términos:

No es culpable quien realiza un hecho no justificado para impedir un mal actual e inminente y no evitable de otro modo, a menos que aquel razonablemente se estime excesivo en relación con éste.

Esta eximente fue incorporada a nuestra legislación en el estatuto de 1982. La base fundamental consistía en la colisión de bienes de igual valor¹⁰⁴⁰. En este caso, se trata de una conducta que es delictiva, por ser antijurídica, sin embargo, no es culpable, de modo que su concurrencia favorece al autor y no a los partícipes¹⁰⁴¹.

El estado de necesidad descrito se trataba de una causa de exculpación, en vista que el mal no debía ser "evitable de otro modo". Esta construcción encuentra sustento

¹⁰³⁹ En la doctrina panameña se ha utilizado el término inculpante, para referirse al estado de necesidad que excluye la culpabilidad. Sin embargo, no ha sido reproducido en este trabajo, en atención a que el concepto correcto y, en consecuencia, empleado a lo largo de esta investigación es exculpante, pues éste da lugar a inferir, claramente, que existen causas que enervan la culpabilidad. En adición, el vocablo exculpante goza de aceptación en la doctrina.

¹⁰⁴⁰ GILL, *Derecho Penal...*, cit., pp. 252.

¹⁰⁴¹ GUERRA DE VILLALAZ, *Código Penal...*, cit., pp. 42.

en la figura de la inexigibilidad que sirve, esencialmente, de resorte a las eximentes de culpabilidad. Además, aparecía dentro de la normativa referente a la culpabilidad.

La redacción del texto no realizaba ninguna referencia a los bienes que podían ser afectados dentro del marco de la eximente que nos atañe, tal cual acontece en la legislación alemana en la cual el ejercicio excluyente se vincula con bienes muy personales. Tampoco mencionaba la posibilidad de auxilio a terceros ni aludía a la colisión de deberes.

En fin, la regulación del estado de necesidad en el CCP de 1982 nos parece era demasiado abierta y sin parámetros claros para su entendimiento. En adición, vale sostener que, en el caso de exceso razonable, se sugiere que la conducta debía ser culpable, lo cual da lugar a restar ineficacia al exceso, el cual bien puede ocasionar la aplicación de una rebaja, como ocurre en el código vigente o alguna otra circunstancia, por ejemplo, la aplicación de las reglas del error.

2.2.2. Estado de necesidad exculpante en el CPP de 2007

El artículo 41 contempla la figura del estado de necesidad, en su modalidad exculpante. Habida cuenta que el ordenamiento panameño sigue la teoría de la diferenciación y en vista de ello tiene previsto, el estado de necesidad justificante, del cual no nos ocuparemos en razón que se trata de una causa de justificación y no es el caso examinado. La norma que contiene el estado de necesidad exculpante está redactada como sigue:

No es culpable quien realiza un hecho punible no provocado por el agente, para impedir un mal actual e inminente de un bien jurídico propio o ajeno, no evitable de otro modo, siempre que este sea igual o superior al bien jurídico lesionado.

La norma plantea la concurrencia de circunstancias de conflicto y que no pueden ser superadas por el sujeto de ninguna manera, lo cual da lugar a concluir se trata de una causa de exculpación, en vista que el individuo no puede proceder de ninguna otra manera. El estatuto establece como parámetros de comparación la concurrencia de

males, sin embargo, en este sentido habría que estimar la gravedad del peligro, como uno de los factores a considerar¹⁰⁴².

El núcleo duro de la cuestión gira en torno a la colisión entre bienes que sean equivalentes o en el caso que se afecte un bien de mayor entidad. Las condiciones necesarias para que tenga lugar esta modalidad de estado de necesidad son: 1) la concurrencia de un mal inminente, de manera que se entiende debe ser real; 2) el bien jurídico que se lesiona puede ser propio o ajeno; 3) inevitabilidad del mal, es decir, que el sujeto no cuente con una opción; 4) los bienes enfrentados deben ser iguales; y 5) falta de provocación del peligro¹⁰⁴³.

Vale mencionar que el estatuto derogado no tenía referencias en torno a la posibilidad de reaccionar frente a un mal ajeno¹⁰⁴⁴, empero como viene expuesto esta alternativa si acontece en el texto punitivo que rige hoy día, lo cual implica un avance importante dentro de la estructura de la figura que acapara nuestra atención.

En el evento que la persona dé ocasión al riesgo se entiende que lo asume para sí, por tanto, no es posible invocar la eximente en el evento que tal situación acontezca, tal cual lo establece el texto legal. En este orden de ideas, se colige que, si el agente da lugar al riesgo, entonces se convierte en garante, lo cual implica se realiza el tipo subjetivo, de tal modo que bien acontecer el dolo o la imprudencia¹⁰⁴⁵.

La estructura del estado de necesidad exculpante en el ordenamiento panameño nos parece cuenta con un amplio marco de aplicación, en la medida que se le permite al agente realizar acciones encaminadas a lesionar cualquier bien jurídico. Esto es así, puesto que la regulación no tiene límites en este sentido, lo cual posibilita que la eximente se materialice sin tener como requisito la afectación de bienes personalísimos, tal cual ocurre en la legislación alemana. Con todo, nos parece que el camino seguido por el legislador patrio es el correcto, puesto que en atención a la diversidad de circunstancias que pueden presentarse es bastante complicado fijar de antemano los

¹⁰⁴² MEINI, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 113.

¹⁰⁴³ GUERRA DE VILLALAZ/VILLALAZ DE ALLEN, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 135 y ss.

¹⁰⁴⁴ ARANGO DURLING, *Derecho Penal...*, cit., pp. 347.

¹⁰⁴⁵ MEINI, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 114 y 115. Ahora bien, en el caso que la persona tenga el deber legal de encarar algunos peligros, entonces estará en posición de arriesgarse en ciertas oportunidades, tal como ocurre en caso de bomberos, empero ello no implica la obligación de sacrificarse.

bienes sobre los cuales es posible recibir amparo por vía del estado de necesidad exculpante.

Se advierte que el legislador ha hecho mención a la afectación de bienes jurídicos. Así aparece, expresamente, en el texto citado. En esta dirección, estimamos que la regulación debió adoptar algún término con mayor elasticidad, que pudiera estar sujeto a interpretaciones más amplias, de tal modo que el concepto al cual se ha recurrido nos parece errado. La cuestión podría estar mejor diseñada si en lugar de bienes se aludiera a males.

A diferencia de la regulación alemana el legislador panameño ha optado por permitir que acontezca la eximente, pese a que no exista algún vínculo estrecho entre las personas que intervienen en la situación de necesidad. Este aspecto puede resultar censurable, debido a que en la exculpación se advierte una afectación que alude a la persona contra la cual se reclama culpabilidad, es decir, se trata de una cuestión de orden personal, por ende, cabe alguna observación al estado de necesidad exculpante.

Es cierto que no se advierte alguna reglamentación de la colisión de deberes ni en el estado de necesidad justificante, ni tampoco en el exculpante, no obstante, nos parece que pese a la ausencia de esta cuestión ello podría solucionarse si atendemos a que, en todo caso, en la colisión de deberes se observa una situación de necesidad, por ende, desde esta perspectiva puede remediarse la situación, dado que se ubican en el estado de necesidad.

En vías de sintetizar lo expuesto hasta aquí, importa considerar que la regulación panameña, en torno al estado de necesidad exculpante, presenta una amplia posibilidad de incidencia sobre los bienes jurídicos que colisionan, dado que no establece ninguna delimitación. Esta estructura nos resulta correcta, puesto que circunscribir los bienes sobre los cuales recae el estado de necesidad, podría acarrear dificultades en cuanto al ámbito de aplicación de la eximente, en atención que sólo sería viable atender a los bienes determinados por la ley para que acontezca el estado de necesidad.

Vale mencionar que la legislación panameña utiliza el término bienes al tiempo que desarrolla la eximente que nos ocupa, por tanto, siguiendo el ordenamiento se ha

empleado este concepto. No obstante, nos parece que éste resulta insuficiente, en la medida que puede dar lugar a interpretaciones muy restrictivas en torno a la aplicación del estado de necesidad, puesto que puede dar ocasión a estimar se trata sólo de cuestiones con reconocimiento expreso en la ley, en consecuencia, somos de la opinión que debería emplearse un concepto más amplio. En este orden de ideas, nos resulta más abarcador y, por ende, completo el término *males*, para realizar el ejercicio de validación de la eximente.

Otra reflexión, en aras de recapitular el estado de la cuestión en la legislación panameña, nos permite inferir que en el CPP es posible que se pueda auxiliar a cualquier persona en materia de estado de necesidad exculpante. Consideramos que esta regulación no resulta correcta, en la medida que la exculpación, por sus particulares condiciones, exige la presencia de algún vínculo entre la persona que presta el auxilio y quien lo recibe, en razón que la culpabilidad es un asunto de orden personal.

También es de recibo expresar que no nos parece correcta la acogida de la teoría dualista, por la cual ha se ha decantado la legislación panameña. Esto es así, en atención a que en nuestro medio no existe una reglamentación particular para el error sobre causas de exculpación, de manera que en el evento de materializarse algún yerro no habría norma a la cual acudir, máxime porque no se cuenta con la figura de la eximente incompleta. En todo caso, podría reconducirse la situación a la situación atenuante analógica prevista en el artículo 90. 7 del texto punitivo que a la letra sostiene:

Cualquier otra circunstancia no preestablecida por la ley que, a juicio del tribunal, deba ser apreciada.

Con todo, consideramos que el recurso a la circunstancia atenuante aludida resulta insuficiente para encarar la potenciar concurrencia de un error invencible, en el cual no habría lugar a la culpabilidad. En este tramo, conviene tener en mente que en nuestra legislación no contempla el error de prohibición invencible, empero de esto nos ocupamos con mayor detalle al tiempo de desarrollar la figura del error en la legislación panameña en la segunda parte de esta investigación.

En este orden de ideas, también habría que considerar que, en todo caso, las consecuencias del error favorecen al autor, en atención a que la cuestión a examinar se trata de la culpabilidad que es de carácter personal, lo cual daría lugar a establecer responsabilidad sobre los partícipes, debido a la estructura de la ley. Esta situación no resulta conforme al sentido común, puesto que la persona que adelanta diligencias más importantes, termina exculpada y el resto recibe castigo.

En sentencia de 10 de abril de 2007 la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se ocupó de los requisitos que se exigen en el estado de necesidad exculpante, tal como sigue a continuación:

“La mencionada excluyente de culpabilidad, está caracterizada por los siguientes elementos:

- a. Existencia de una situación de peligro actual, grave o inminente,*
- b. Que el peligro no puede evitarse de otra manera,*
- c. Que el mal causado resulta igual que el que se trata de evitar.*

De las piezas procesales arriba citadas se advierte que tampoco se configura esta excluyente de culpabilidad, en ninguna de sus dos modalidades (completa o incompleta) porque si bien el sindicato actuó en virtud de la disputa que sostenía su padre con su amigo no podemos perder de vista que el sujeto activo estuvo en la posibilidad de evitar tal confrontación que empezó con insultos pudiendo haber empleado otro método para separar al occiso de su padre sin necesidad de propinarle dos heridas, una de las cuales la dirigió al área del corazón.

En consecuencia, no se configura ninguna de las aducidas circunstancias atenuantes comunes que modifican la responsabilidad penal, por cuanto corresponde confirmar la sentencia”.

2.3. COACCIÓN MORAL O PSICOLÓGICA

2.3.1. Coacción moral o psicológica en el CPP de 1982

En este caso se trata de una fuerza moral que incide en el comportamiento de la persona, de tal modo que si bien actúa de manera antijurídica no es posible estimar que

ha sido culpable la conducta.

En términos generales, contaba con los mismos requisitos del estado de necesidad exculpante¹⁰⁴⁶. Las exigencias que se precisaban para que tuviera lugar la eximente estribaban en: la concurrencia de fuerza moral, peligro de daño actual o inminente. Además, el origen del mal podía provenir de un tercero o de cuestiones derivadas de la naturaleza¹⁰⁴⁷.

En esta eximente se incide en la libertad de elección de la persona, en la medida que se advierte alguna circunstancia que afecta sobre la decisión del agente. En el caso que no hubiese concurrido tal situación, entonces la persona habría procedido de otra manera, lo cual da lugar a que sea una causa de exculpación¹⁰⁴⁸.

2.3.2. Coacción moral o psicológica en el CPP de 2007

En el artículo 42 del Código penal panameño se advierten tres circunstancias eximentes de culpabilidad. En este epígrafe nos ocupamos de la coacción que se regula en la norma citada de la siguiente manera:

No es culpable quien actúa bajo una de las siguientes circunstancias:

Por coacción o amenaza grave, insuperable, actual o inminente ejercida por un tercero

En esta circunstancia el sujeto está en posición de prestar resistencia, lo cual implica existe alguna posibilidad para decidir. Esta cuestión da lugar a establecer diferencias con el uso de la fuerza física, la cual no encuentra cabida aquí, debido a la redacción de la norma. En esta dirección, cabe que la persona resista en el caso que la entidad de la amenaza no sea relevante.

En razón de la situación que padece el coaccionado, se advierte que su voluntad se encuentra diezmada, por ende, el conocimiento de la antijuricidad se atenúa, en atención a ello, según ACEVEDO, se trata de una causa de exculpación. Según este

¹⁰⁴⁶ GILL, *Derecho Penal...*, cit., pp. 253.

¹⁰⁴⁷ GILL, *Derecho Penal...*, cit., pp. 253.

¹⁰⁴⁸ GUERRA DE VILLALAZ, *Código Penal...*, cit., pp. 43.

autor el asunto debe ser real y actual para que tenga lugar¹⁰⁴⁹.

La coacción debe provenir de un tercero, debido a que se deriva del comportamiento de una persona, pero no corresponde que sea provocada por el agente. La coacción puede acontecer en el evento que se afecten bienes jurídicos propios o que le correspondan a un tercero.

La eximente objeto de atención nos parece superflua, en la medida que los requisitos que plantea se ajustan a aquellos que tiene previsto el estado de necesidad exculpante, en la medida que exige gravedad, actualidad e insuperabilidad; decir, las mismas condiciones que se precisan para que acontezca el estado de necesidad que excluye la culpabilidad.

En sintonía con lo expuesto en el inciso superior, se advierte que la situación de coacción o amenaza grave que tiene prevista la eximente, tiene cabida dentro del estado de necesidad. Además, tales condiciones en alguna medida aparecen registradas en la nueva eximente del miedo insuperable que ha sido incluida en el CPP y de la cual nos ocupamos en el punto que sigue, por eso es superflua.

En el mismo orden de ideas expuesto, es de recibo reproducir un extracto del fallo de 9 de agosto de 2010 emitido por la Corte Suprema de Costa Rica, en vista que permite concluir que la eximente que analizamos se vincula con el estado de necesidad exculpante. De hecho, esta circunstancia de coacción hizo las veces de estado de necesidad, tal como se desprende de la sentencia aludida. En este sentido, la sentencia sostiene lo siguiente:

El numeral 38 del Código Penal regula el estado de necesidad exculpante de la siguiente manera: “No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa”. Doctrinalmente se distingue entre el estado de necesidad exculpante por coacción y el estado de necesidad exculpante por la existencia de un peligro o

¹⁰⁴⁹ ACEVEDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 87.

amenaza de un mal grave. Para lo que acá interesa, sin embargo, debe indicarse que ambas formas del estado de necesidad exculpante no existen solamente si quien actúa de manera típica y antijurídica es quien está sometido directamente a coacción o a un peligro o amenaza de un mal grave. También puede existir un estado de necesidad exculpante si quien actúa típica y antijurídicamente lo hace debido a que quien sufre una coacción, amenaza o peligro de un mal grave es un pariente o un allegado cercano. De la misma manera en que se contempla la legítima defensa de un tercero, debe entenderse que también se prevé el estado de necesidad exculpante para quien actúa típica y antijurídicamente debido a las coacciones o amenazas de un mal grave sufridas por un pariente o un allegado cercano, cuando esa situación extrema es la que lo motiva a apartarse de lo preceptuado por las normas penales.

En atención a lo que expone el fallo citado se advierte que en todo caso se advierten dos modalidades de estado de necesidad, bien por coacción o por la concurrencia de un peligro. Esta reflexión es importante, porque nos permite potenciar el aserto que sostiene existe una duplicidad de estado de necesidad en el CPP, dada la concurrencia de la coacción y del estado de necesidad, lo cual resulta inaceptable, porque las cuestiones bien podrían resolverse con una sola eximente. Además, la situación actual da lugar a un casuismo legal que nos parece inaceptable.

En fallo de 19 de mayo de 2006 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá se pronunció en torno a la coacción. En aquella oportunidad, se sostuvo que la coacción equivalía al miedo insuperable. Al tiempo en que se emitió el fallo aludido no estaba regulada la eximente de miedo insuperable, sin embargo, hoy día si lo está, de tal modo que esto podría representar un problema interpretativo, puesto que puede estimarse existe una duplicidad de eximentes. Esto se agrava si se toma en cuenta que no contamos con precedentes sobre el miedo, en vías de delimitarlo de la coacción. La Corte se manifestó así:

En cuanto al miedo insuperable alegado por la defensa, esta Corte ha señalado que: "...el miedo insuperable viene a constituir una eximente completa, es decir, como una que posee la virtualidad de eximir de responsabilidad penal al autor del hecho delictivo, también conocida como coacción por nuestro

derecho punitivo, recogida en el artículo 37 del Código Penal, no siéndole dable al defensor aducir el miedo insuperable como una eximente incompleta.

Siguiendo la misma línea de pensamiento desarrollada, en torno a la condición de superflua de la eximente que nos atañe, se advierte que MEINI afirma que la coacción encuentra importantes similitudes con el miedo insuperable, dado que el sujeto en ambas circunstancias procede guiado por el temor, de tal modo que no es posible exigirle que encare las circunstancias como lo haría el ciudadano promedio¹⁰⁵⁰. Este aserto permite corroborar que nos encontramos frente a una eximente que no resulta necesaria dentro del ordenamiento panameño, pues bien puede recurrirse a alguna otra figura para exculpar al agente.

2.4. MIEDO INSUPERABLE

La regulación del miedo insuperable aparece en el artículo 42.2 en los siguientes términos:

Impulsado por miedo insuperable, serio, real e inminente de un mal mayor o igual que el causado.

Esta eximente no tiene referencia en el CPP de 1982, pues fue incluida en el texto punitivo de 2007. Según MEINI la eximente en cuestión tiene similitud con la coacción, pues el sujeto procede con miedo, en vías de eludir un peligro real que lo afecta. Para su verificación es necesario atender a parámetros objetivos, los cuales no se encuentran en los sentimientos de las personas¹⁰⁵¹, sino en la condición de insuperable del miedo.

En el evento que el miedo sea imaginario la única salida que habría en nuestra legislación será la posibilidad de recurrir a la atenuante analógica a la cual hemos hecho referencia, puesto que en nuestro medio no consta eximente incompleta.

La eximente es una novedad dentro del catálogo de circunstancias exculpantes

¹⁰⁵⁰ MEINI, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 361 y 362. Con todo este autor afirma que la diferencia entre el miedo y la coacción radica en que la segunda es ocasionada por un tercero, en tanto que el miedo proviene de la naturaleza o de un hecho fortuito.

¹⁰⁵¹ MEINI, *Teoría Jurídica del...*, cit., pp. 117.

en el CPP. En realidad, nos parece que se trata de la única circunstancia que tiene atributos exculpantes, puesto que acontece una circunstancia que incide sobre la capacidad de la persona de decidir, en razón que tiene como fundamento la inexigibilidad. En vista de esta consideración, el error sobre causas de exculpación en la legislación panameña debería aplicar solo sobre el miedo insuperable.

Pese a la innovación que presenta la inclusión del miedo insuperable en nuestra legislación, se advierte que la regulación de la figura se tropieza con el estado de necesidad. Esto es así, puesto que se exige que el miedo sea serio, real e inminente, e incluso que el mal sea mayor o igual que el ocasionado. Estos requisitos, prácticamente, reproducen las condiciones necesarias para que tenga lugar el estado de necesidad exculpante, con lo cual se hace difícil establecer distinciones entre ambas figuras.

Siguiendo la línea de pensamiento expuesta en el inciso superior, se advierte que tales exigencias del miedo insuperable fueron eliminadas del CPE, debido a que los requisitos lo acercaban al estado de necesidad. En vista de lo expuesto, nos parece que los elementos necesarios para que tenga ocasión el miedo insuperable en el CPP relativos a la seriedad, realidad e inminencia del mal deben ser descartados, lo cual también aplicaría para la gravedad del mal.

No se advierten pronunciamientos emitidos por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno a la eximente del miedo insuperable, salvo alguno relacionado con los requisitos, los cuales como hemos indicado se tropiezan, en gran medida, con las exigencias necesarias para que se materialice el estado de necesidad. En este sentido, en fallo de 8 de enero de 2015 el alto tribunal razonó así:

También, sostiene el recurrente que Karina Carrión Warren actuó motivada por una amenaza actual, grave e insuperable ejercida por un tercero y frente a un miedo insuperable, serio, real e inminente de un mal mayor o igual al causado. Supuestos que no se configuran en el caso que nos ocupa, pues tal como se explicó en párrafos precedentes una vez Karina Carrión Warren logra quitarle el cuchillo que Gwendolyn había buscado en la cocina no era necesario que la lesionara con el mismo. No hubo amenaza grave e insuperable y tampoco se

probó el miedo insuperable, que haya motivado esa reacción hacia Gwendolyn.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I. ASPECTOS ESENCIALES EN TORNO AL ERROR

1. CONCEPTO DE ERROR

De entrada, importa considerar algunos puntos generales en torno a la teoría del error, en atención a que esto nos permitirá tener en mente los resortes sobre los cuales se asienta la figura que acapara nuestra atención. En este sentido, se examinarán, de manera sucinta, cuestiones como la noción de error, desde diferentes dimensiones, antecedentes, así como las teorías que dotan de contenido a la institución objeto de estudio.

La palabra error se refiere a la equivocada representación de determinado hecho. El Diccionario de la Lengua Española lo define como: “Concepto equivocado o juicio falso. Acción desacertada o equivocada. Cosa hecha erradamente”¹⁰⁵². En este orden de ideas, importa tener presente que el error se ha examinado de manera conjunta con la ignorancia, de tal modo que se entiende en el primero el sujeto tiene conocimiento de un hecho, empero es equivocado, en tanto que la ignorancia implica falta de conocimiento en torno a determinado asunto¹⁰⁵³. Con todo, también se ha estimado la ignorancia y el error son equivalentes, puesto que la persona se encuentra en la misma condición, ya sea que ignore o yerre sobre algún aspecto con relevancia para el Derecho penal¹⁰⁵⁴.

En el plano de las ciencias jurídicas, el error dice relación con una percepción desatinada, la cual acarrea como consecuencia la anulación de determinado acto jurídico¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵² Diccionario de la Lengua Española, tomo I, vigésima primera edición, Madrid, 1992, pp. 866. Este diccionario también sostiene que el término error se deriva del latín error-oris.

¹⁰⁵³ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal...*, cit., pp. 118.

¹⁰⁵⁴ MEINI, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 289.

¹⁰⁵⁵ CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Jurídico Elemental*, 14ª edición, Argentina, 2000, pp. 149 expresa que el error anula determinado acto jurídico, si se relacionada con su objeto. Añade este autor que el error se origina de un vicio del consentimiento de una de las partes, el cual se desprende de una percepción equivocada. CABANELLAS DE TORRES se refiere al error de derecho y al error de hecho. En cuanto al error de derecho manifiesta que se trata de la falta de conocimiento de la ley o la costumbre que se considera obligatoria, de tal suerte que se incurre en esta modalidad de error cuando existe desconoci-

También la palabra error se relaciona con la concepción equivocada de la realidad, o de su falta de conocimiento. En adición, se aborda el error desde una perspectiva positiva y negativa. Así, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO hace alusión al error positivo y al negativo. Este autor expresa que el error se produce en el caso que no exista conformidad entre el conocimiento que tiene la persona y la realidad. Sostiene que el error acontece en el evento que el sujeto no tenga ninguna representación de la realidad, lo cual produce un error negativo. Dentro de otro contexto, el error tiene lugar en el evento que el individuo posea una percepción alterada de la realidad, de tal modo que frente a esta perspectiva se estará ante un error positivo o de equivocación¹⁰⁵⁶.

En cuanto a la concepción del error dentro del campo del Derecho penal, se advierte que MUÑOZ CONDE establece que el error se verifica sobre algún elemento del tipo o de la prohibición que contiene la ley. En esta dirección, la construcción del error en materia penal se relaciona, por una parte, con alguno de los elementos que configuran la conducta delictiva, o en torno a la prohibición del comportamiento por parte de la ley¹⁰⁵⁷. Aquí vale tener mente que el error debe ser probado por quien lo aduce y que no cabe en casos evidentes, así como tampoco debe ser reconocido si la persona tiene conciencia de la antijuricidad, como lo ha puntualizado el TS en num. 571/2016 de 29 junio que dice así:

“No obstante para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (SS. 20.2.98 (RJ 1998, 1742) y 22.3.2001 (RJ 2001, 1357), y como decíamos en las STS. 1171/97 de 29.9 (RJ 1997, 6830) y 302/2003 de 27.2 (RJ 2003, 2520):

a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuricidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho Sentencia de 29 noviembre 1994 (RJ 1994, 9151), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994 (RJ 1994, 2319), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad no la seguridad absoluta del

miento de la ley, de un principio de orden legal o de carácter consuetudinario. En tanto que el error de hecho es un conocimiento parcializado en cuanto a las personas o cosas, o sobre un suceso.

¹⁰⁵⁶ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, 2008, pp. 140.

¹⁰⁵⁷ MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, Argentina, 2003, pp. 13.

proceder incorrecto; y

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS. 11.3.96 (RJ 1996, 1906), afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues sus ilicitudes notoriamente evidentes”.

2. ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

En torno a la teoría del error en el Derecho penal, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREÉ sostienen que se utilizó como punto de referencia, la distinción que sobre el particular se formuló en el Derecho civil, basada en el error de hecho y derecho¹⁰⁵⁸.

En cuanto a la distinción entre error de hecho y error de derecho debemos puntualizar que la fuente del error era la base para realizar tal división. En esta

¹⁰⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Lecciones de Derecho, volumen II...*, cit., pp. 243. Afirman que en materia penal se impuso durante un período extenso la distinción entre error de hecho y error de derecho, que es propia del Derecho civil. También FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal General*, tomo II, Buenos Aires, 1970, pp. 311, manifiesta que la distinción entre error de hecho y de derecho proviene del Derecho romano, de manera que tiene una base civilista. En este mismo sentido, SCHWEITZER, en *El error de derecho en materia penal*, Santiago, 1961, pp. 35, expresa que el origen de la división error de hecho-error derecho se elaboró en el Derecho Romano. Añade que se estimó que si el error tiene incidencia en los presupuestos que se exigen en el hecho, entonces, se entendía como relevante, sin embargo, si la equivocación estaba relacionada con una regla de derecho no tenía repercusión. BINDING en *La Culpabilidad en Derecho Penal*, traducción de CANCIO MELIÁ, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 76, afirma que se desestimó el error de derecho, debido a que se consideró la ley era más fácil de conocer, en tanto, que los hechos (factum), están expuestos a artificios relacionados con el objeto. En adición, TRAPERO BARREALES en *El error en las causas de justificación*, Valencia, 2004, pp. 48 y 50 informa que se entendía que el sujeto aparecía vinculado al Derecho natural, por tanto, se consideraba existía una presunción dirigida a conocer la ley por parte del individuo, por ende, el error de derecho no podía beneficiar a la persona. También ZAFFARONI en *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Argentina, 2006, pp. 411 sostiene que desde la Edad Media se excluía el error de derecho y sólo el error de hecho tenía la virtualidad de relevar la culpabilidad. En esta dirección, cita Las Partidas, ley 20, título I, parte. 1ª como instrumento jurídico que no reconocía importancia al error de derecho. El mencionado autor argentino explica que dicha postura se radicalizó en la jurisprudencia durante el estado bonapartista. Las consecuencias que se derivaban de la clasificación error de hecho y error derecho tuvieron repercusión en algunos textos legales. Así FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal...*, cit., pp. 311, asegura que en el Código penal argentino se acogieron los efectos que se generaban a partir del error de hecho, no obstante, se dejaron de lado las consecuencias del error de derecho, las cuales se estimaron carentes de relevancia. De igual forma, en el Código penal panameño de 1982 se disponía que el desconocimiento de la ley no eximía su cumplimiento. Aquí también hay que puntualizar que en la legislación española, se le reconoció relevancia al error en cuanto al conocimiento del derecho no hace tanto tiempo, sino hasta la Ley O.8/1983 que reformó el Código penal español, como apunta LUZÓN CUESTA, en *Compendio de Derecho...*, cit., pp. 94. En Panamá, el Código penal de 2007 reconoció la figura del error de prohibición.

dirección, se advierte que, si el origen del error tenía como base un aspecto fáctico, se trataba de un error de hecho. No obstante, si el punto de partida era un tema jurídico, se consideraba se estaba frente a un error de derecho¹⁰⁵⁹.

Ahora bien, cabe puntualizar que la exclusión del error de derecho fue matizada, en atención a que se reconoció el error de derecho extrapenal. En ese sentido, si el error se relacionaba con normas que no eran penales, verbigracia civiles, mercantiles, por mencionar algunas, se trata de un error extrapenal que podía ser reconocido, claro está, según las circunstancias del caso¹⁰⁶⁰.

La diferencia entre error de hecho y de derecho ha sido superada por la doctrina, debido a su falta de precisión. En este sentido, ZAFFARONI explica que la distinción aludida no resulta clara, debido a que, en alguna medida, cada error conlleva un error de hecho, puesto que el error de derecho se refiere a un hecho que la ley ha prohibido. Por otra parte, destaca que la clasificación entre error de hecho y de derecho, bien podría dar lugar a una desproporción de naturaleza jurídica, dado que todos los hechos vinculados con el derecho adquieren connotaciones legales, lo cual implicaría que los errores siempre serían errores de derecho¹⁰⁶¹.

La doctrina y la legislación, al menos en Alemania y España, han dejado atrás la tradicional diferencia entre error de hecho y error de derecho. Tales conceptos han sido reemplazados por el error de tipo y el error de prohibición. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO explica que la razón de tal cambio se debió a que la teoría del error de hecho y error de derecho no tenía elementos suficientes para encarar el asunto de los elementos normativos del tipo¹⁰⁶², puesto que estos si bien tienen una fuente de derecho,

¹⁰⁵⁹ COBO DEL ROSAL/VIVES, *Derecho Penal...*, cit., pp. 507.

¹⁰⁶⁰ SCHWEITZER, *El error de...*, cit., pp. 36 y 38. Este autor sostiene la posición que reconoce relevancia al error de derecho extrapenal ha sido censurada, debido a que el sistema jurídico debe entenderse de manera unitaria, sin que sea necesario realizar distinciones entre el ordenamiento penal y extrapenal. Además, ocasionaría serias discrepancias e inseguridad jurídica, pues las interpretaciones podrían variar en grado superlativo, pues en algunos casos se podría entender que determinado asunto corresponde a un error de derecho extrapenal y en otros supuestos no.

¹⁰⁶¹ ZAFFARONI, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 411.

¹⁰⁶² Una referencia a los elementos descriptivos y normativos del tipo la expone MIR PUIG en *Derecho Penal, ...*, cit., pp. 240 y 243. Así, manifiesta en torno a los primeros que comunican una realidad de orden natural que es posible percibir por medio de los sentidos, como por ejemplo en el delito de homicidio en el Código penal español en el que “matar” y “otro” constituyen elementos descriptivos. Mientras que los elementos normativos son aquellos que se refieren a un contexto motivado por una norma jurídica o de carácter social. Conforme a la noción de MIR PUIG cabe distinguir entre elementos normativos jurídicos

constituyen un error de tipo, dado que se relacionan con aspectos contenidos en la tipicidad¹⁰⁶³.

Se estima que fue M. E. MAYER quien elaboró la teoría de los elementos normativos del tipo. FAKHOURI GÓMEZ sintetiza la concepción de MAYER como sigue: “Este autor introduce dentro de esta categoría la referencia al carácter “ajeno” de la cosa, en los delitos contra la propiedad; a la “falsedad” en relación con el delito de falsa acusación o de perjurio, entre otros; a la “pureza” de la muchacha, al “maltrato” o a la “peligrosidad” del resultado”¹⁰⁶⁴.

3. LAS TEORÍAS DEL DOLO Y LA CULPABILIDAD

Tanto la teoría clásica, como el finalismo formularon importantes aportes a la doctrina del error, debido a que esquematizaron las teorías de las cuales nos ocupamos en este epígrafe. En cuanto a este asunto, el TS ha postulado lo siguiente, mediante fallo de 571/2016 de 9 de junio:

“En relación con esta inevitabilidad el legislador ha tenido que optar entre dos principios: el principio del "conocimiento", que derivaría de la teoría del dolo, es decir del conocimiento de la antijuricidad; y el principio de la "responsabilidad", o de la posibilidad de ese conocimiento, "es decir de la teoría de la culpabilidad". Así, conforme al principio de la responsabilidad las personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad ético- social. De esta manera la punibilidad del error evitable tiene lugar porque el autor pudo haber tenido la conciencia de la antijuricidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir

y elementos normativos sociales. En torno a este tema FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas un caso problemático*, Navarra, 2009, pp. 56 y 57, sostiene que la doctrina considera que M.E. MAYER fue quien “descubrió” los elementos normativos, sin embargo, expone que el término elemento normativo se ubica en la obra de KOHLRAUSCH. Los elementos normativos se distinguían por los siguientes aspectos: 1) no son perceptibles a través de los sentidos; 2) son elementos de la antijuricidad; y 3) estaban sujetos a valoraciones no descriptivas.

¹⁰⁶³ BACIGALUPO ZAPATER, en *Teoría y Práctica...*, cit., pp. 691 y 695. Este autor manifiesta que los elementos normativos se relacionan con un error de derecho, empero se encuentran sometidos a la regulación de las circunstancias que componen el tipo penal. Este autor agrega que se determinó la distinción entre errores de hecho y de derecho era inadecuada, pues los elementos normativos se estimaron como parte del tipo penal. De esta forma, destaca BACIGALUPO ZAPATER que dentro del tipo se hallan aspectos fácticos y normativos, por ende, el conocimiento del dolo no sólo estriba en elementos de orden fáctico o de hecho, sino también en temas normativos.

¹⁰⁶⁴ FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre...*, cit., pp. 56.

porque pudo obrar de otra manera”.

La teoría del dolo gozó de gran aceptación en Alemania entre los años veinte y treinta. También fue seguida por la doctrina y la jurisprudencia española, si bien en el presente, la teoría de la culpabilidad se ha impuesto tanto en España como en Alemania¹⁰⁶⁵. Seguidamente, nos ocuparemos de las teorías del dolo de raigambre causalista.

De entrada, debemos señalar que la teoría del dolo presenta una visión uniforme en torno a las consecuencias del error, por tanto, también se le conoce como teoría unificadora, dado que no establecía distinciones entre la naturaleza del yerro. Así, SANCINETTI sostiene que para la teoría del dolo cualquier error tiene como consecuencia la exclusión del dolo y permite la sanción por culpa, desde luego, si está prevista esa modalidad en el tipo subjetivo del delito. A juicio de este autor, esta situación da lugar a una regulación de carácter unitaria¹⁰⁶⁶.

Para la teoría del dolo, es preceptivo que el agente cuente con conocimiento de la condición antijurídica del hecho. El dolo se analiza en la culpabilidad y se entiende como *dolus malus*, debido a que se demandaba el conocimiento de la antijuricidad desde el inicio¹⁰⁶⁷.

Dentro de la teoría del dolo encontramos la concepción estricta del dolo y la teoría limitada del dolo, las cuales pasamos a revisar en las siguientes líneas.

La teoría estricta del dolo postulaba que el conocimiento de la antijuricidad por parte del sujeto debía ser actual, es decir, al momento en que tenía lugar el hecho. De acuerdo con MUÑOZ CONDE, la falta de conocimiento de la antijuricidad daba lugar a considerar que no había tenido ocasión el dolo y en vista de ello no era dable castigar. Según este autor si la falta de conocimiento es producto de un error vencible, entonces es posible el castigo por imprudencia si es que el tipo penal tiene prevista esa

¹⁰⁶⁵ FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre...*, cit., pp. 186.

¹⁰⁶⁶ SANCINETTI, *Casos de Derecho Penal*, 2ª edición, Buenos Aires, 1991, pp. 162.

¹⁰⁶⁷ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., pp. 25 y 26. Este autor sostiene que para los partidarios de la teoría del dolo el conocimiento de la antijuricidad debe tener la misma importancia que la noción de cualquier otro elemento que integre el tipo delictivo, es decir, es un elemento descriptivo o normativo.

modalidad¹⁰⁶⁸.

Se considera que la teoría estricta del dolo tuvo la virtud de demostrar la necesidad de conocer la antijuricidad, como presupuesto para el castigo¹⁰⁶⁹, empero ha sido objeto de críticas, en atención al examen unitario que efectuaba en torno a la tipicidad y la antijuricidad, que son dos categorías distintas con sus connotaciones. En adición, se le ha reprochado por el conocimiento actual de la antijuricidad que exige.

En cuanto a las críticas dirigidas contra la teoría estricta del dolo, OLAIZOLA NOGALES, citando a WELZEL, expone las principales censuras que este autor dirige contra la mencionada teoría, las cuales se detallan a continuación: 1) La teoría en cuestión pierde de vista que el dolo es objeto de reproche de la culpabilidad, por ende, no es parte de ésta. Además, afirma que la conciencia de la antijuricidad sólo constituye un elemento de reprochabilidad. 2) El dolo requiere del conocimiento de los elementos del tipo al tiempo en que ocurre el hecho. Sin embargo, la teoría estricta del dolo también precisa de ese conocimiento para los efectos de la antijuricidad, lo cual da lugar a concluir que los delitos dolosos, bajo esta concepción, serían muy pocos. Así, se destaca que el dolo y el conocimiento del injusto necesitan de dos formas diferentes de conciencia, el dolo requiere de un conocimiento actual al tiempo del hecho, en tanto, que para el segundo supuesto basta una noción inactual. 3) Se considera que la sanción por imprudencia que tiene ocasión conforme a la teoría objeto de atención da pie a la transformación de una conducta dolosa en una culposa¹⁰⁷⁰.

La teoría estricta del dolo también ha sido censurada, en razón de la noción que presenta en cuanto al conocimiento de la antijuricidad. Así, MUÑOZ CONDE sostiene que la tipicidad y la antijuricidad son elementos del delito, sin embargo, tienen sus particularidades que los hacen distintos unos de otros, por tanto, no es posible atender a un criterio unitario de ponderación para el conocimiento. Explica que el dolo se encuentra vinculado, esencialmente, con la tipicidad y no se relaciona con la noción de antijuricidad. En este sentido, cita el caso de un sujeto que sale de caza y dispara contra una persona, pues la confunde con una pieza de caza y la situación de un integrante de

¹⁰⁶⁸ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., pp. 25 y 26.

¹⁰⁶⁹ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., pp. 26.

¹⁰⁷⁰ OLAIZOLA NOGALES, *El Error de Prohibición-especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, Madrid, 2007, pp. 36.

la policía que dispara contra una protesta pacífica, debido a que estima que cumple con su deber¹⁰⁷¹.

Considera MUÑOZ CONDE que las situaciones mencionadas en el inciso que antecede, son modalidades distintas de error, en consecuencia, no es posible entenderlos de forma unitaria, como sostiene la teoría estricta del dolo. En el primer supuesto, se estará frente a un error sobre un aspecto que conforma el tipo, esto es matar a un hombre, en tanto, que en el segundo caso el sujeto sabe que dispara contra una persona, pero erróneamente estima está legitimado para ello. Así, en el primer ejemplo la persona no procede con dolo, sino que actúa de manera imprudente, sin embargo, en el segundo si se observa dolo, en consecuencia, debido a las particularidades de cada supuesto no es dable abordarlos bajo el mismo prisma¹⁰⁷².

En relación con el conocimiento que exige la teoría estricta del dolo, en torno a la tipicidad y la antijuricidad, igualmente, se advierten reproches. En este sentido, MUÑOZ CONDE sostiene que la noción de los elementos que integran la tipicidad necesita de una formulación visual, en el caso de los elementos descriptivos del tipo; o de una percepción social o jurídica para los elementos normativos. No obstante, para el conocimiento de la antijuricidad se precisa de connotaciones más acabadas, pues es necesario asimilar las normas de conducta que forman parte de la sociedad, de ahí que no sea correcto exigir valoraciones idénticas para ambas categorías del delito. En esta línea de pensamiento, se ha sostenido que acreditar el conocimiento exigido por la teoría del dolo resultaba complicado dentro del plano probatorio¹⁰⁷³.

También ha sido cuestionada la teoría estricta del dolo, en razón de cuestiones de orden políticocriminal, puesto que, debido a la formulación de la misma, en la mayoría de los casos habría que sancionar por delito imprudente, o incluso no aplicar castigo si el error es invencible. Esto da lugar a lo que la doctrina denomina “lagunas de punibilidad”, puesto que los delitos imprudentes, a los cuales habría que acudir en caso del error vencible son pocos¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷¹ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., pp 26 y 30.

¹⁰⁷² MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., pp.26 y 30.

¹⁰⁷³ SABORIT, *Error Iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código penal*, Barcelona, 2000, pp. 36.

¹⁰⁷⁴ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., pp. 26 y 30. En este sentido, SABORIT, *Error Iuris...*, cit., pp.

En razón de las censuras formuladas a la teoría estricta del dolo, se diseñó la teoría limitada que matizó algunos conceptos desarrollados en su momento por su antecesora. Así, se observa que esta teoría no exigía un conocimiento actual de la antijuricidad, sino potencial.

EDMUND MEZGER, partidario de la teoría limitada del dolo, elaboró el concepto de “enemistad o ceguera jurídica”, el cual consistía en que era posible castigar al sujeto, pese a que no tuviera conciencia de la antijuricidad, no obstante, evidenciará una desvaloración de considerable entidad hacia la ley. El concepto elaborado por MEZGER fue censurado por su imprecisión, debido a que no puede delimitarse la construcción de “ceguera jurídica”. Por lo demás, conforme sostiene MUÑOZ CONDE, la teoría limitada del dolo recibió críticas similares a la teoría estricta del dolo, dado que mantuvo los lineamientos desarrollados por aquella¹⁰⁷⁵.

En contraposición a lo expuesto por la teoría del dolo, la teoría de la culpabilidad consideraba que el dolo, (“dolo natural”), no forma parte de la antijuricidad. Para los seguidores de esta teoría el dolo es entendido como la intención de realizar los elementos que conforman el tipo¹⁰⁷⁶. De acuerdo con esta teoría la tipicidad no resulta afectada, debido a la falta de conocimiento en torno a la antijuricidad. Esta postura tiene su base en la teoría finalista¹⁰⁷⁷.

La teoría de la culpabilidad, desde una perspectiva políticocriminal, ha sido objeto de aprobación, puesto que permite castigo en el supuesto del error vencible, aunque la pena se atenuaría, empero ello va a depender de la plataforma jurídica¹⁰⁷⁸. Sin embargo, la teoría del dolo en el caso del error vencible sólo admite castigo si el delito tiene prevista la modalidad imprudente, lo cual implica que buena parte de los casos

36, afirma que para superar la problemática de la impunidad se planteó la elaboración de cláusulas abiertas que permitieran el castigo de la imprudencia.

¹⁰⁷⁵ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., pp. 32.

¹⁰⁷⁶ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., pp. 33.

¹⁰⁷⁷ La elaboración de esta teoría se le atribuye a HANS WELZEL, quien en su obra *El Nuevo Sistema...*, cit., pp. 173 y 174, manifiesta que el reproche de la culpabilidad lo constituye la motivación de voluntad antijurídica. Esto es así, porque el agente pudo tener conciencia de la antijuricidad de su conducta y en razón de ello abstenerse de adelantar el comportamiento. Este autor sostiene que tiene lugar la antijuricidad, sin que sea determinante la conciencia de tal condición al tiempo en que ocurre el hecho.

¹⁰⁷⁸ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., pp. 34 y 36.

quedarán impunes, debido al reducido número de delitos culposos.

El conocimiento de la antijuricidad para la teoría de la culpabilidad es potencial y no actual como exigía la teoría del dolo. Con base en esta posición se permite el castigo en el caso que acontezca error vencible sobre la prohibición, empero ello se materializa de manera atenuada, porque el sujeto estuvo en posición de conocer la condición prohibida de la conducta.

Se advierte que la teoría de la culpabilidad se subdivide en: teoría estricta y teoría restringida de la culpabilidad, de las cuales nos ocupamos seguidamente.

De acuerdo con la teoría de la estricta culpabilidad, el conocimiento del dolo no es un elemento actual, como postula la teoría del dolo, en consecuencia, sólo se precisa de una formación potencial, es decir, basta que el individuo haya contado con la posibilidad de tener alguna noción en torno a las condiciones de su comportamiento.

Para la teoría objeto de examen si el error es invencible no hay castigo. En cambio, si el agente no conoce la prohibición, pero estuvo en posición de tener conocimiento de ello, es decir, que le fue evitable, puede ser castigado, sin embargo, de manera atenuada. No obstante, esto no aplica en el caso del error burdo. Esta figura fue diseñada por WELZEL y no acarrea ningún efecto, ni excluye ni disminuye la responsabilidad. Con relación al error burdo, MIR PUIG afirma que se trata de aquél inexcusable en todo sentido, debido a que ni siquiera es viable la atenuación. Así, cita el caso de la persona que expresa que no creía que robar estaba prohibido¹⁰⁷⁹.

La teoría estricta de la culpabilidad estima que todo yerro relacionado con las causas de justificación, bien en la existencia o en los presupuestos, ocasiona errores de prohibición, ya sea vencible o invencible, según las particularidades de cada caso¹⁰⁸⁰.

Dentro de otro contexto, la teoría restringida de la culpabilidad considera el yerro vinculado con los presupuestos de las causas de justificación se trata de un error

¹⁰⁷⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal ...*, cit., pp. 566.

¹⁰⁸⁰ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., pp. 40.

de tipo¹⁰⁸¹. Esta posición tiene relevantes repercusiones, puesto que en caso que se considere vencible el error, habría posibilidad de castigar, sólo si la ley tiene registrada la modalidad imprudente del tipo penal.

Conviene, dentro del contexto examinado, tener en mente la teoría de los elementos negativos del tipo, pues se encuentra estrechamente vinculada con la materia estudiada. Según esta teoría las causas de justificación constituyen la parte negativa del tipo, de modo que al tiempo que acontecen aquéllas se está ante un error de tipo¹⁰⁸².

Se colige que la teoría de la culpabilidad ha sido objeto de varias censuras. En España, OLAIZOLA NOGALES, estima que las críticas más acabadas han sido formuladas por TORÍO LÓPEZ. Así, esta autora cita a TORÍO LÓPEZ quien que afirma la teoría de la culpabilidad castiga con pena atenuada el error evitable de prohibición. En este sentido, sostiene que los seguidores de la teoría de la culpabilidad estiman que existe dolo en el sujeto, no obstante, se sanciona en las mismas condiciones motivaciones conscientes e inconscientes.

Se afirma que la teoría mencionada, en cierta medida, insta al ciudadano a estar pendiente de la regulación en materia penal, en vías de verificar si su conducta es contraria a la ley. Agrega que, en caso de producirse un descuido, igual se aplica una

¹⁰⁸¹ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., pp. 41.

¹⁰⁸² Sobre la teoría de los elementos negativos del tipo ROXIN en *Derecho Penal...*, cit., pp. 284, expresa que las causas de justificación dan lugar a que los elementos del tipo adquieran una condición negativa. Agrega que las descripciones de los tipos previstos en la parte especial deben corroborarse de forma positiva con el fin que tenga ocasión el tipo. Sin embargo, en el supuesto de las causas justificantes ocurre una cuestión inversa, pues que frente a la convergencia de éstas se anula el tipo. ROXIN afirma que la teoría que acapara nuestra atención, arriba a la conclusión que las causas de justificación dejan sin efecto, no sólo la antijuricidad, sino también el tipo. En este sentido, tipicidad y antijuricidad confluyen en un tipo conjunto de injusto. Se advierte que la teoría de los elementos negativos del tipo implica un sistema binario del delito, de tal modo que en el supuesto que acontezca la acción, sólo se precisa de la concurrencia de injusto típico y la culpabilidad. Según esta teoría los errores relacionados con las causas de justificación constituyen yerros de tipo, en atención a la concepción del delito que se plantea. En efecto, la teoría de los elementos negativos del delito, como anota AGUDELO BETANCUR en *Curso de Derecho Penal*, Santafé de Bogotá-Colombia, 2002, pp. 81 y 82, dio lugar a una concepción bimembre del delito. En la medida que la tipicidad y la antijuricidad formaban, para esta teoría, un solo elemento del delito, mientras que la culpabilidad se encontraba en el otro extremo. En torno a la teoría de los elementos negativos, nos parece que la solución que propone en cuanto a los presupuestos de las causas de justificación, a los que considera como errores de tipo es correcta, como oportunamente expondremos al tiempo de analizar la figura del error de tipo. No obstante, debemos expresar que la estructura del delito que formuló tal teoría no toma en cuenta las condiciones particulares que existen en los elementos del injusto, esto es la tipicidad y la antijuricidad, los cuales no aconsejan ubicarlas dentro de un mismo contexto las particularidades de cada cual, de modo que, desde esta perspectiva, estimamos que no se trata de una postura adecuada.

sanción, pero atenuada. En esta dirección, se ha expresado que el Estado, en algunas ocasiones, lleva a cabo una política legislativa deficiente, por la cual debe pagar el agente, en atención a lo que establece la teoría de la culpabilidad. TORÍO LÓPEZ, conforme manifiesta OLAIZOLA NOGALES, sigue la teoría del dolo y considera que ésta da lugar a la libertad social de la acción, pues no fija sobre el sujeto la necesidad de estar al tanto de las regulaciones en materia penal¹⁰⁸³.

También se le reprocha a la teoría de la culpabilidad, en torno al reconocimiento del error de prohibición, porque su aplicación tiene una incidencia muy baja, de manera que desde el punto de vista cuantitativo no se trata de un asunto de considerable entidad¹⁰⁸⁴.

Se le censura a la referida teoría que no en todos los supuestos es posible distinguir, con claridad meridiana, entre tipo y antijuricidad. Esto es así, en vista que en algunos tipos la delimitación de los elementos que forman parte de aquéllos y los de la antijuricidad no es un asunto sencillo, como ocurre, por ejemplo, con los elementos normativos del tipo que precisan una valoración que se vincula a un contexto jurídico¹⁰⁸⁵, lo cual dificulta su percepción.

4. TOMA DE POSICIÓN

El error contiene importantes implicaciones que afectan la teoría y la aplicación del Derecho penal, pues en no pocas ocasiones el agente por varias circunstancias, no se encontrará en posición de conocer los elementos que forman parte del tipo, o puede que desconozca la condición ilícita de su comportamiento. Los supuestos aludidos acarrearán distintas consecuencias. En el primer caso se está ante un error sobre el tipo penal; mientras que en el segundo caso estamos frente a un error, en cuanto a la prohibición que puede incidir en la culpabilidad por vía del error de prohibición.

La teoría del dolo como la de la culpabilidad, aportan aspectos importantes y que contribuyeron al avance del Derecho penal, concretamente, dentro del ámbito de la

¹⁰⁸³ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., páginas 39 y 40.

¹⁰⁸⁴ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., página 38.

¹⁰⁸⁵ MUÑOZ CONDE, *El error en...*, cit., páginas 38 y 48.

teoría del delito.

De igual forma, la referida teoría puntualizó la necesidad de conocer la antijuricidad como requisito para el castigo. La teoría de la culpabilidad suministró elementos que al final llevaron a la formulación legal actual error de tipo-error de prohibición, en atención a que hizo distinciones entre el conocimiento del tipo y el de la antijuricidad.

Somos de la opinión que la teoría de la culpabilidad contiene un esquema superior a la teoría del dolo, debido a que por una parte presenta elementos que redundan, de una u otra forma, en beneficios políticocriminales frente a la teoría del dolo, en atención a que en esta última un número importante de conductas resultarían impunes, en razón de la ausencia de un tipo culposo al cual remitirse en el caso del error vencible. No obstante, la teoría de la culpabilidad permite el castigo, pero atenuado, en el caso que se presente un error vencible.

De otra parte, debemos señalar que no es posible, en razón a la naturaleza de la tipicidad y antijuricidad, exigir un conocimiento de ambas en las mismas condiciones, como pretende la regulación unitaria de la teoría del dolo, puesto que los componentes que integran a las referidas categorías del delito son distintos.

En torno al error en la existencia de las causas de justificación, estimamos se trata de un error de prohibición, puesto que en este caso el error del sujeto se circunscribe a una equivocada percepción de la norma, de tal modo que la persona estima que su conducta está autorizada. Sin embargo, en cuanto a los presupuestos de las causas de justificación, nos parece que frente a esta circunstancia nos encontramos ante un error de tipo, es decir, que somos partidarios de la teoría restringida de la culpabilidad, puesto que el error de la persona no atiende a un asunto vinculado con la prohibición de la conducta, sino se trata de una cuestión relacionada con los elementos de una causa de justificación.

CAPÍTULO II. CONSIDERACIONES SOBRE EL ERROR DE TIPO

1. EL ERROR DE TIPO

Dentro de la teoría del delito, la tipicidad ocupa una posición de garantía, en vista que ésta debe establecer, de forma clara, las conductas que se estiman contrarias a la ley penal. Esto es relevante para la seguridad jurídica, dado que tanto el comportamiento delictivo, como la sanción deben aparecer en la ley.

Es probable que el sujeto no conozca los elementos que integran el tipo penal, esto es, por ejemplo, las condiciones del sujeto pasivo, que en ocasiones son relevantes para que se configure el tipo penal. Esto es importante, pues las concepciones erradas de la persona pueden incidir bien en la tipicidad, ya sea por vía de la exclusión del dolo, o referirse a algún otro elemento del delito. En razón de los referidos yerros tienen lugar instituciones como el error de tipo y también el error de prohibición, del cual nos ocupamos en capítulos diferentes¹⁰⁸⁶.

La falta de conocimiento de alguno de los elementos que integran el tipo, es el punto medular en el error de tipo¹⁰⁸⁷. Esta figura tiene incidencia sobre aspectos fácticos que forman parte del tipo, tal como era concebido el error de hecho. No obstante, el error de tipo trasciende de tales parámetros, en la medida que también dice relación con los elementos normativos que conforman parte del tipo. Es, precisamente, en este punto en el cual el error de tipo se aparta del antiguo error de hecho que sólo

¹⁰⁸⁶JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 328 y 330. Estos autores afirman que en el error de tipo el agente no tiene conocimiento de uno de los componentes a los cuales se extiende el dolo. También sostienen que, en Alemania, el Pleno de la Sala de lo Penal a través de sentencia 18.3 1952 acogió la postura que reconoce tanto el error de tipo, como el error de prohibición

¹⁰⁸⁷Una descripción más precisa de la cuestión es proporcionada por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre...*, cit., pp. 149 quien manifiesta que el error de tipo consiste en la carencia de conocimiento o el errado conocimiento de los aspectos que forman parte del tipo penal.

Por otro lado, el TS mediante resolución identificada como ATS de 6 de abril de 2006 ha sostenido en cuanto al alcance de la figura en estudio lo siguiente: “*Resulta así carente de todo fundamento la invocación hecha por el recurrente de error de tipo, que se caracteriza, conforme al art. 14 de CP y tal como dice la Jurisprudencia de esta Sala por recaer en un elemento constitutivo de la infracción criminal, que conduce a que el sujeto no sepa que está realizando un tipo delictivo*”. En fallo de 13 de abril de 2016 el TS, mediante resolución número 307 sostuvo: “*Pues bien, el error sobre un elemento objetivo del tipo penal es un error de tipo y no un error de prohibición, dado que el acusado sabe que el transportar drogas o sustancias estupeficientes o psicotrópicas como la que se le intervino es una conducta penalmente ilícita, según se desprende de la forma en que la transportaba oculta en el aparato digestivo*”.

comprendía temas de orden fáctico¹⁰⁸⁸.

Se ha entendido que, si el agente no cuenta con conocimiento de los elementos que conforman el tipo penal, entonces no es posible reputar la conducta como dolosa, en consecuencia, el error de tipo da lugar a que se desvanezca el dolo¹⁰⁸⁹. Aquí conviene tener en mente que el CPE no prevé una noción en torno al comportamiento doloso. Así lo único que se exige es que la persona tenga noción de los elementos que constituyen el tipo penal, pues en sentido contrario cabe error¹⁰⁹⁰.

En el mismo orden de ideas desarrollado en el inciso que antecede, se observa que ROXIN afirma que en materia del error de tipo no se advierte el dolo típico, puesto que no concurre el elemento intelectual del dolo, esto es la comprensión de los aspectos que conforman el tipo penal. Añade este autor que para determinar que existe conocimiento de los elementos que forman parte del tipo, basta que la persona pueda representarse que su comportamiento dará ocasión a la realización del tipo penal. ROXIN entiende que habrá ausencia de conocimiento en el supuesto que el agente no haya previsto, de ninguna manera, que tendría ocasión un elemento del tipo. En este sentido, cita el caso de la persona quien no tiene en mente que el pretendido espantapájaros contra el cual le dispara es en realidad una persona, de tal modo que ante este panorama no puede concluirse que actúa con dolo¹⁰⁹¹.

En abono a lo expuesto en el inciso que antecede se advierte que el sujeto materializa los elementos de un tipo penal, sin embargo, no tiene noción de ello, pues obra con desconocimiento de tal circunstancia. Esa ausencia de conocimiento reclama falta de dolo, de tal suerte que, si acontece el error, en consecuencia, se disipa el dolo¹⁰⁹².

Con respecto al dolo es necesario que se verifique sobre todos los aspectos que conforman el tipo objetivo. Así, como referencia primera se tienen los elementos del mundo externo, debido a que son inmediatamente perceptibles. En este sentido,

¹⁰⁸⁸ BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALAREÉ, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 244.

¹⁰⁸⁹ CURY URZÚA, *Derecho Penal tomo I...*, cit., pp. 301.

¹⁰⁹⁰ ZUGALDÍA ESPINAR/RAMOS TAPIA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Valencia, 2016, pp.493 y 494.

¹⁰⁹¹ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 458.

¹⁰⁹² ZUGALDÍA ESPINAR/RAMOS TAPIA, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 513 y 514.

JESCHECK/WEIGEND mencionan a: animales, hombres, mujeres, edificios, naves, puentes, etc. En adición, el agente precisa de haber conocido y querido provocar la lesión, en el caso de los delitos contra la vida y la integridad personal. Los mencionados autores sostienen que en los ilícitos de resultado el dolo también debe comprender el curso causal. También en cuanto a los elementos descriptivos del tipo será necesario que el autor tenga presente su connotación natural, tal es el caso del concepto “dañar” señalado en el § 303 del StGB. En torno a los elementos normativos del tipo se requiere el conocimiento de su noción, es el caso de la cosa mueble ajena o servidor público, no obstante, no se precisa que la persona tenga en mente el concepto jurídico, pues basta con que se haga una idea de tales términos, esto es la ponderación paralela en la esfera de lo profano¹⁰⁹³.

El autor debe reconocer el conjunto de elementos que integran el hecho que está previsto en el tipo penal y también querer su realización. Esto implica que el criterio subjetivo de imputación necesita de conocimiento y voluntad del autor en cuanto a la realización del comportamiento previsto en el tipo¹⁰⁹⁴.

También debe tenerse presente que el error debe acreditarse por quien lo aduce, así ha sido señalado por la jurisprudencia del TS (vid., por todas ATS de 20 de noviembre de 2008)¹⁰⁹⁵.

En fin, el error de tipo conlleva falta de conocimiento por parte del sujeto en torno a los componentes del tipo. Esto significa que el error de tipo no versa sobre falta

¹⁰⁹³ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 316 y 318.

¹⁰⁹⁴ BINDER, *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, 2004, pp. 147.

¹⁰⁹⁵ En torno al tema aludido, el alto tribunal español razonó así: “(C) Como en reiteradas ocasiones lo tiene establecido esta Sala, la apreciación de error, en cualquiera de sus modalidades, requiere su acreditación. En el caso presente, no ha ocurrido así, y, aún, es más, el Tribunal de instancia ha desechado la falta de conocimiento por parte del acusado del contenido en droga de la maleta que portaba consigo conforme a razonamientos acordes con las reglas de la lógica. Fundamentalmente, a preguntas del Ministerio Fiscal, el recurrente manifestó que hacía de correo de droga para tercera persona, aunque luego, a preguntas de su defensa, afirmó que ignoraba que transportase droga y que él creía que sólo había, en el interior de la maleta, ropas para un negocio que pretendía montar”. Una situación similar se observa en la Sentencia 183 de 4 de marzo mediante la cual el TS consideró que no prosperaba el error, en atención a que el acusado tenía una estrecha relación con la menor afectada, de tal modo que esto le permitía formarse una noción de la edad de la víctima, por ende, el pretendido error no había sido acreditado por su defensa.

De lo expuesto, se concluye que se trata de un tema abordado por el referido tribunal en varias oportunidades. No en vano el extracto citado sostiene que “en reiteradas ocasiones”, se ha ocupado del asunto en los mismos términos, es decir, en el sentido que el error debe ser demostrado por quien lo invoca.

de noción en torno al carácter antijurídico del comportamiento, pues esto se trata de otra modalidad de error, concretamente, el de prohibición.

1.1. El error de tipo vencible o evitable

En cuanto al error de tipo, se advierte una primera clasificación en vencible o evitable y el invencible o inevitable. En torno al primero debemos afirmar que implica que el autor pudo superar el error, si hubiera puesto un tanto más de atención en su actuación, por tanto, ante este supuesto la responsabilidad del sujeto no se excluye, sino que es posible su castigo por culpa, si es que la modalidad imprudente aparece prevista para el tipo penal correspondiente¹⁰⁹⁶. En las siguientes líneas nos ocuparemos de realizar las precisiones en cuanto al tema¹⁰⁹⁷.

Sobre el error vencible se estima que, si bien el sujeto incurre en una percepción errada, se encontró en posición de evitar el resultado. Así, se está frente al error vencible en el caso que la equivocada representación del agente hubiese podido evitarse con mayor diligencia por parte de la persona¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ En cuanto a los efectos del error de tipo vencible el TS en la Sentencia de 20 de marzo de 2001 señaló lo siguiente: “*Si el médico actuó ignorando la inexistencia del producto que incluía en su fórmula magistral -lo que resulta verdaderamente asombroso-, es decir inducido de una forma u otra por las personas que planeaban beneficiarse de su error utilizando las recetas falseadas para defraudar a la Seguridad Social, incurrió en un error de tipo (error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal) y si atendidas las circunstancias del hecho y la personalidad del autor (art. 14.1º del Código Penal 1995), el error fuera vencible, como sucede en el caso actual según se ha razonado ya extensamente en el análisis de anteriores motivos, la infracción debe ser sancionada como imprudente, -siempre que el correspondiente tipo imprudente esté expresamente previsto- que es precisamente lo ocurrido en el caso actual”.*

¹⁰⁹⁷ REQUEJO CONDE, *La legítima defensa...*, cit., pp. 444 y 443. Aquí conviene destacar que la cuestión también se relaciona con la situación de las personas inimputables. En este caso el error se trata de la conducta delictiva cometida por un sujeto, en razón de un error, el cual tiene como antecedente un padecimiento psíquico. De entrada, parece que el asunto se reconduce a la aplicación de medidas de seguridad, puesto que el sustrato de la cuestión es una errática apreciación del contexto en atención a la enfermedad que aqueja al agente; empero otros estiman se trata de un error de tipo, dado que el artículo 14.1 del CPE se refiere a condiciones particulares del sujeto, entre las que destacan los padecimientos como el que nos ocupa. Además, si concurren circunstancias que pasan por aspectos vinculados con cuestiones fuera de los parámetros del padecimiento del agente, entonces puede considerarse que concurre algún error tanto vencible como invencible, según las condiciones del caso.

¹⁰⁹⁸ LUZÓN CUESTA, *Compendio de 4ª edición...*, cit., pp. 375. En este mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Teoría General...*, cit., pp. 77. Este autor considera que el error vencible dice relación con uno de los hechos que constituyen la conducta establecida en el tipo penal. Agrega que si se trata de un error vencible es posible la sanción por vía de culpa o imprudencia, si se encuentra así previsto en la ley. También VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ en su obra *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, 1995, pp. 375, afirma que el error vencible es el que pudo haberse evitado si es que el agente hubiese empleado la diligencia correspondiente.

El error tipo vencible dice relación con la falta de cuidado del agente al tiempo en que acontece la conducta contraria a derecho; en consecuencia, el comportamiento no puede ser reputado como doloso, en atención a que no se trata de un resultado deseado por el agente, de manera que, en su caso cabe castigo por imprudencia, si así lo permite la ley y si el tipo penal tiene registrada tal modalidad.

Consideramos que el punto central de la discusión en cuanto al tema que nos ocupa se vincula con los elementos que resultan necesarios para vencer el error, es decir, la diligencia que debe tener el agente. Sobre este particular, somos de la opinión que se trata de un tema particular y que como tal va a depender de las especiales circunstancias de cada causa, así como de las condiciones particulares del sujeto. Así, en cuanto al error de tipo vencible, se advierte que el TS lo descartó en sentencia de 21 de diciembre de 2009, al tiempo que estimó que el acusado pudo percatarse de la renuencia de la víctima a sostener relaciones sexuales consentidas¹⁰⁹⁹.

Es de recibo considerar que para MEINI, el único error relevante en Derecho penal es el vencible, puesto que en el error invencible no tiene lugar la imposición de un castigo, lo que significa que el sujeto lleva a cabo una conducta atípica objetivamente, pues la conducta de la persona constituye un riesgo permitido¹¹⁰⁰.

1.2. El error de tipo invencible o inevitable

A diferencia del error de tipo vencible, en esta modalidad de error aun empleando la diligencia debida el sujeto no ha podido superar el error. Ante esta circunstancia no es posible aplicar ninguna sanción, puesto que el individuo ha sido lo suficientemente prudente. Así, en el error de tipo invencible falta el dolo, empero no es posible, como en el error vencible atender al tipo imprudente en el caso que se encuentre contemplado dentro de la estructura del delito, porque el autor no habría

¹⁰⁹⁹En el fallo citado el alto tribunal español consideró lo siguiente: *“Los hechos expuestos determinaron la correcta aplicación del tipo de abuso sexual, con abuso superioridad, de los arts. 181.3 y 182 CP sin violencia e intimidación.*

El FD 2º de la sentencia expresó que no se entendía acreditado que el acusado creyera estar realizando una conducta distinta a la que realmente ejecutaba o que pudiera creer que la relación sexual era consentida atendiendo a la declaración de la víctima, quien reiteró en diversas ocasiones su voluntad contraria, siendo irrelevante la falta de un idioma común ya que una negativa es fácilmente comprensible por personas de lenguas, incluso de culturas diferentes”.

¹¹⁰⁰ MEINI, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 297 y 299.

podido superar el yerro, aunque aplicara una diligencia de considerable relevancia, en consecuencia, no es posible el castigo ni por medio de dolo, ni de imprudencia¹¹⁰¹.

2. CASOS DE ERROR DE TIPO

La doctrina ha formulado diversas modalidades en las cuales puede acontecer el error de tipo. A continuación, nos ocupamos de las mismas en las siguientes líneas.

2.1. Error sobre el objeto (*error in objecto vel in persona*)

En este caso el yerro del agente recae en el objeto material que aparece descrito en el tipo penal. Se considera que este tipo de yerro no acarrea mayores consecuencias. Sin embargo, se reconoce su relevancia en determinados supuestos. Así, se estima que este error tiene trascendencia en el caso de bienes jurídicos distintos, en atención a que las afectaciones son diferentes¹¹⁰².

Aquí es importante tomar en consideración la individualización del sujeto pasivo. MIR PUIG se ocupa del tema y señala que debe verificarse si la persona posee alguna protección especial en la ley. Así, cita el caso de un sujeto que pretenda matar al Rey de España, no obstante, por un error le da muerte a alguien diferente. En este supuesto no falta el dolo del delito de homicidio, porque se pretendía matar a una persona, sin embargo, también hay que considerar tentativa inidónea por delito contra la Corona. Agrega que en el supuesto que se pretenda matar a una persona, pero por error se asesina al Rey, entonces solo tendrá lugar el homicidio doloso. Este autor afirma que debe evaluarse el supuesto de personas que se encuentren protegidas en los mismos términos por la ley, es decir, que haya iguales condiciones, de tal manera que, si un sujeto pretende matar a “A”, pero en lugar de ello asesina a “B”, entonces, igual se estará frente a un hecho doloso¹¹⁰³.

¹¹⁰¹MUÑOZ CONDE, *Teoría General...*, cit., pp. 49. También se pronuncia en esta dirección, LUZÓN CUESTA, *Compendio de, 4ª edición...*, cit., pp. 98 y 99. Este autor explica que en el error de tipo invencible no sólo da lugar a que falte el dolo, sino que también ello se aplica para la culpa, lo cual, evidentemente, acarrea como consecuencia la imposibilidad de aplicar algún tipo de castigo.

¹¹⁰²MUÑOZ CONDE, *Teoría General...*, cit., pp. 77. Plantea el siguiente ejemplo con el fin de potenciar el aserto que sostiene este tipo de error no acarrea, en principio, mayores repercusiones: “...es irrelevante que A se apodere del automóvil de B creyendo que era propiedad de C, o que mate a D en lugar de a E, o que detenga ilegalmente a F porque lo confunde con G.

¹¹⁰³MIR PUIG, *Derecho Penal ...*, cit., pp. 283.

La postura defendida por MIR PUIG ha sido objeto de censuras, pues condicionaría el dolo al objeto sobre el cual se dirige la acción y esto en buena parte de los supuestos no debería tener mayor consideración, en consecuencia, el hecho debería considerarse doloso, como sostiene STRATENWERTH.

En torno a la figura que acapara nuestra atención, se ha planteado si la imputación debe tener lugar por vía de dolo o imprudencia, en el caso que un individuo lleve a cabo todos los actos dirigidos a matar a otro, no obstante, al tiempo que esto debe acontecer pierde la posibilidad de verificar la culminación de la gestión y resulta que se ataca a una persona distinta y esta luego fallece.

En relación con lo expuesto en el inciso que antecede, se estima que este caso debe resolverse por medio de la aplicación del dolo, dado que el escenario permite establecer ánimo de matar, e incluso en el caso que se advierta algún error. Además, la variación entre una persona y otra, conforme a este supuesto es de poca relevancia para sostener la imputación por una vía diferente al dolo¹¹⁰⁴.

También se ha planteado la repercusión del *error in persona* en los casos de participación, es decir, la cuestión incide en determinar si el error incide sobre las otras personas que integran la participación criminal. Así, se estima que el error en la persona no tiene mayor relevancia, entonces, tampoco lo tendrá para el partícipe¹¹⁰⁵.

Siguiendo el orden de ideas establecido en el inciso superior, se advierte que le corresponde responsabilidad al inductor, a pesar del error del autor. Así, CUELLO CONTRERAS explica que en el supuesto que A induce a B para que mate a C, sin embargo, B confunde a D con C y en razón de ello le quita la vida a D, tanto A y B deberían responder por homicidio en grados de autor e inductor. Este autor alude a que

¹¹⁰⁴ ROXIN, *Derecho Penal...cit.*, pp. 506 y 507. En relación a este punto ROXIN cita el ejemplo en el cual una persona llama por teléfono con el fin de injuriar a otra, no obstante, una persona distinta atiende la llamada y recibe las ofensas. En este supuesto, el tribunal alemán encargado de la causa reconoció injurias consumadas. Sin embargo, coincidimos con ROXIN en el sentido que en este caso el error cobra vigencia, pues el ilícito de injuria implica una lesión particular, dado que afecta el honor de una persona determinada, luego ante una situación como la que se presenta no es posible reputar que ha tenido lugar la conducta contraria a derecho mencionada, en vista que las injurias no estaban dirigidas a quien respondió la llamada.

¹¹⁰⁵ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 287.

en otros casos puede que la situación sea distinta, por ejemplo, plantea el caso en que A induce a B a matar a C, no obstante, B se equivoca y mata a un perro, lo cual da lugar a que el inductor sea castigado por tentativa, en tanto, que el inducido por delito imprudente¹¹⁰⁶.

Dentro de otro contexto, también se considera que es posible el inductor responda por su comportamiento a título tentativa en el caso que la gestión criminal no tenga éxito, en razón que se ha producido un *error in persona*. Esto acontece en el supuesto que la persona contra cual se encamina la acción haya sido particularizada y se presente un error. En este orden de ideas, también habría que tomar en consideración que en algunos casos es posible que el inductor no conozca con propiedad los detalles del incidente que adelanta el autor¹¹⁰⁷.

Una situación distinta a la planteada hasta aquí, ocurre en el caso que los objetos sobre los cuales recae la acción sean heterogéneos, dado que en este supuesto es posible apreciar tentativa en torno al ilícito que se pretendía cometer y delito imprudente por la conducta que en efecto se materializa. De este parecer es MUÑOZ CONDE, quien expone el caso en el cual se quiere matar al perro del vecino, no obstante, se mata al vecino. En este caso el error dará lugar a un concurso entre el delito que el sujeto pretendía realizar, tentativa de daños y el resultado llevado a cabo por imprudencia, esto es la muerte del vecino¹¹⁰⁸.

2.2. *Aberratio ictus* (error en el golpe o desviación en el golpe)

En este tipo de error, el resultado se realiza sobre un objeto distinto al que había previsto el autor, se trata, como afirman JESCHECK/WEIGEND de un error sobre la meta a la cual dirigía su propósito el agente¹¹⁰⁹.

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de error examinado en el punto anterior, aquí el sujeto no se equivoca en torno a la identidad de la persona u objeto contra la cual se dirige su acción, sino que lo que tiene lugar es un fallo en el golpe que

¹¹⁰⁶ CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal, volumen II...*, cit., pp. 302.

¹¹⁰⁷ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 507 y 508.

¹¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE, *Teoría General...*, cit., pp. 77.

¹¹⁰⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 335.

formula el individuo¹¹¹⁰.

Siguiendo con lo expuesto, MIR PUIG estima que la figura que acapara nuestra atención se distingue del error en el objeto, pues no implica una confusión en la persona u objeto, dado que aquí acontece una equivocación en el ataque. Para ilustrar su posición formula el siguiente caso: el agente tenía conocimiento que dirigía su arma hacia donde estaba Pedro y conocía de la identidad de este, sin embargo, no acierta a impactar en el blanco y el disparo hiere a una persona diferente a Pedro¹¹¹¹.

La delimitación de la figura que nos ocupa debe efectuarse sobre la noción de bien jurídico, conforme sostiene MIR PUIG. Este autor afirma que, si se analiza el bien jurídico desde una perspectiva abstracta, (vida, salud, etc.), entonces debería considerarse que se comete, por ejemplo, homicidio doloso consumado, dado que se pretendía trastocar ese valor y ello ha acontecido, aunque tuvo lugar sobre un objeto material diferente al que se fijó el autor. Por otra parte, si el bien jurídico se comprende como un objeto empírico, es decir que posee cualidades que lo hacen relevante, el error será importante en el caso que no se alcance a la persona que se pretendía atacar y ello ocurrió para con otro sujeto, en atención a que en este supuesto la lesión de índole dolosa no tenía como destinataria a la persona que resultó herida, por ende, según MIR PUIG cabe tentativa frente al objeto al cual se dirigió el ataque, en tanto, que delito imprudente ante la persona que resultó lesionada¹¹¹².

LUZÓN CUESTA también hace referencia al tema desde la perspectiva de los bienes jurídicos. En este sentido, expone que si se trata de bienes de la misma categoría se estima que el error es irrelevante. Sin embargo, sostiene que puede concurrir un delito doloso en grado de tentativa para el delito que se pretendía, originalmente, cometer, en tanto, que el resultado que ha tenido lugar se entiende como imprudente, e

¹¹¹⁰ Con respecto al sentido de esta figura en sentencia de 7 de febrero de 2002 el TS sostuvo que: “*El supuesto enjuiciado constituye una modalidad de error de tipo denominada aberratio ictus o error en el golpe en el que el objeto lesionado es distinto al que se quería lesionar*”. Recientemente, la Audiencia Provincial de Bilbao mediante sentencia de 12 de marzo de 2014 expresó: “*No se desea directamente el resultado lesivo hacia la persona que ha resultado dañada, pero el ánimo de lesionar existe, por lo que la equivocación no influirá en la culpabilidad si en lo esencial, el dolo, la representación del resultado, la intención o el deseo del sujeto activo del hecho se mueve en la esfera prevista para el ilícito criminal objeto de acusación*”.

¹¹¹¹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 283 y 284.

¹¹¹² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 285 y 286.

incluso fortuito según las condiciones de caso¹¹¹³.

Sobre las consecuencias de esta modalidad de error, hay que destacar que por vía de la interpretación tribunalicia el TS, en torno a bienes jurídicos idénticos, ha expuesto mediante STS de 4 de diciembre de 2009 que: *“Esta Sala -confrontar Sentencias 612/2001, de 29 de marzo, 1472/2001 de 11 de julio y 148/2002, de 7 de febrero - tiene declarado que el error en el golpe o aberratio ictus, consecuencia de una falta de acierto en la dirección del ataque, bien por falta de puntería o porque un tercero se interpone en la trayectoria, resulta irrelevante o intrascendente si existe identidad en el bien jurídico protegido”*.

Se observa que al tratarse de objetos que no son equivalentes, la *aberratio ictus* merece otras consideraciones. Así, por ejemplo, ROXIN cita el caso de una persona que dispara en contra de un jarrón de alto costo, no obstante, alcanza a otro sujeto que se encuentra próximo, el cual resulta muerto. En este supuesto, se está frente a tentativa de daños y homicidio imprudente, como lo expone ROXIN¹¹¹⁴.

Como viene expuesto, en el seno de la doctrina existen diferentes soluciones que se ofrecen para resolver la problemática que plantea la figura del error en el golpe. Así, por una parte, se considera que tiene lugar tentativa de homicidio frente a la persona que se tenía en mente agredir, en tanto, que se está ante el delito de homicidio por imprudencia en torno al individuo que es lesionado en razón de la agresión fallida. En otro orden de ideas, se sostiene que existe un solo ilícito, en grado de consumación, en cuanto a la persona que fallece en vista del error en el golpe¹¹¹⁵.

Las posturas mencionadas en el inciso superior, se han integrado en dos grupos: la teoría de la concreción, por una parte; de otro lado la teoría de la equivalencia, de las cuales nos ocupamos en los párrafos siguientes¹¹¹⁶.

La teoría de la concreción sostiene que el dolo se dirige contra un objeto determinado, en consecuencia, si por alguna desviación se alcanza a otro, se colige que

¹¹¹³ LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho 4ª. edición...*, cit., pp. 106.

¹¹¹⁴ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 493.

¹¹¹⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 285.

¹¹¹⁶ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 492.

hace falta el dolo, por ende, solo es posible considerar tentativa de homicidio ante el caso de la persona a la cual se pretendía lesionar y homicidio culposo ante la persona que falleció. ROXIN sostiene que esta teoría es la que sigue la doctrina dominante. Así, cita el ejemplo en el cual una persona intenta agredir a otra, empero por un error alcanza a alguien diferente. En relación al individuo que resulta lesionado se infiere que no existe dolo, de tal suerte que solo es posible advertir una tentativa de homicidio en cuanto a la persona que se tenía en mente lesionar, y por otro lado un homicidio imprudente en cuanto a la persona que resultó ultimada¹¹¹⁷.

Dentro de otro contexto, la teoría de la equivalencia afirma tiene lugar homicidio consumado, en vista que una persona ha fallecido y porque se está frente a una equivalencia típica de los objetos, por tanto, no tiene relevancia la desviación del curso. ROXIN sostiene que para esta teoría el dolo comprende el resultado previsto en el tipo, por tanto, expone que, si “A” tenía la intención de matar a determinada persona, en este supuesto “B”, empero mata a otra “C”, la teoría de la equivalencia refiere que el error por vía desviación del curso no tiene incidencia, dado que ha acontecido el resultado previsto en el tipo, por ende, se advierte un homicidio consumado¹¹¹⁸.

Nos parece que la teoría de la concreción presenta mejores argumentos para resolver las cuestiones que surgen de la figura objeto de examen. Esto es así, porque la teoría de la equivalencia pierde de vista la persona contra la cual se dirigió, originalmente, la agresión, lo cual da lugar a un vacío en cuanto a la situación de esta. Además, el dolo del agente estaba encaminado a lesionar a la persona que al final no sufrió mayores perjuicios, debido al error en el golpe, lo cual no debe ser soslayado. En adición, en principio se observa que el autor no tenía en mente provocarle ningún tipo de lesión a la persona que resultó afectada, por ende, no puede reputarse el hecho como doloso, sino que se trata de una conducta imprudente, aunque claro está esta cuestión puede matizarse si surgen algunas condiciones, como por ejemplo si el autor pudo percatarse que de su comportamiento resultaría lesionada la persona a quien no tenía en mente agredir, lo cual implicaría una conducta dolosa.

La *aberratio ictus* daría ocasión a la exclusión de la sanción ante la desviación

¹¹¹⁷ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 492 y 493.

¹¹¹⁸ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 493.

del curso causal, en los términos que se explican a continuación por medio de un caso. ROXIN formula el supuesto que una persona dispara contra otra, empero yerra en su cometido, de tal modo que la bala golpea varios objetos y por último impacta a una persona a quien no había previsto lesionar y al final esta muere. Ante este ejemplo cabrá apreciar tentativa de homicidio frente al sujeto al cual se pretendía matar, empero el resultado de muerte de la persona fallecida se debe considerar impune¹¹¹⁹.

Compartimos las reflexiones de ROXIN, en atención a que, por las diversas implicaciones evidenciadas en el ejemplo, no es posible castigar a la persona que realizó el disparo, debido a que el resultado sale de las posibles previsiones que pudo haberse formulado en su momento el agente.

También es posible que concurra dolo eventual sobre la modalidad de error que nos ocupa. ROXIN expone el caso de un sujeto quien pretende disparar contra otra persona y observa que existe un individuo cerca, el cual es susceptible de ser alcanzado por los proyectiles, sin embargo, se efectúan las detonaciones, de tal suerte que se le causa la muerte al individuo que estaba próximo a la persona a quien se pretendía matar. En este contexto, conforme a la teoría de la concreción, debe apreciarse homicidio doloso, (por dolo eventual), ante la muerte del individuo y también se está ante homicidio en grado de tentativa frente a la persona a la cual se le quería matar desde el principio. En tanto, la teoría de la equivalencia sólo verá en este caso un homicidio consumado¹¹²⁰.

En el ejemplo anterior, para nosotros la teoría de la concreción proporciona mejores alternativas para resolver la cuestión, en la medida que en este caso el agente desde un inicio estuvo en posición de determinar que era posible alcanzar al sujeto que finalmente resultó muerto, por tanto, su conducta es dolosa por medio del dolo eventual¹¹²¹. No obstante, no es posible dejar de lado que la intención del sujeto partió del punto de causar la muerte del individuo que no resultó lesionado, debido al error en

¹¹¹⁹ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 493.

¹¹²⁰ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 493.

¹¹²¹ En cuanto al dolo eventual, conviene tener en mente con CURY URZÚA, *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 309 que en este caso el sujeto se presenta la realización del resultado como una consecuencia posible de su comportamiento y acepta la misma dentro de su voluntad, en el evento que se realice. Añade el citado autor que en este caso el sujeto acoge como una cuestión probable y no rechaza las consecuencias de su conducta y no hace nada por evitarla.

el golpe, empero eso no implica que el hecho no deba ser castigado, de tal suerte que cabe tentativa de homicidio, puesto que se realizaron las diligencias para llevar a cabo el ilícito, empero, no se perfeccionó por un asunto que escapó de las manos del agente.

Dentro del tema que nos ocupa, debemos considerar el plan del hecho que se trazó el autor, es decir, el esquema que elaboró el agente y sus propósitos. Así, ROXIN ejemplifica el asunto y sostiene que esto ocurre en el caso que alguna persona pretenda matar a otra, empero falla en su cometido, de manera que la bala que ha disparado alcanza a otro sujeto que no estaba dentro del plan inicial del hecho. En este caso, en atención a la estructura del plan del hecho, el autor será castigado por homicidio culposo en lo que corresponde a la persona que ha muerto¹¹²².

Un asunto diferente al planteado en el inciso superior, ocurre en el evento que un individuo pretenda provocar un daño a una persona indeterminada, por ejemplo, disparar contra una multitud con el fin de herir a alguien. En este ejemplo, debido a la falta de precisión del sujeto pasivo, la *aberratio ictus* no excluye la imputación a título de dolo¹¹²³.

En síntesis, en cuanto a las teorías de la concreción y de la equivalencia, ROXIN considera que le asiste la razón a la teoría de la concreción al tiempo en que el plan del hecho se dirija a un objeto determinado, mientras que, en el caso contrario, la teoría de la equivalencia proporciona mejores elementos¹¹²⁴.

2.3. Error sobre la relación de causalidad

En este supuesto de error de tipo el núcleo duro consiste en verificar el vínculo entre la situación de riesgo que fue provocada por el agente y el resultado. En torno a este tema se ha planteado que la solución se encuentra en un punto previo a la teoría del delito, es decir, dentro del marco de la imputación objetiva, de tal modo que el resultado se le atribuye al sujeto en el caso que se determine la consecuencia que ha tenido lugar es una derivación del peligro materializado por la persona. Esto significa que el

¹¹²² ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 494.

¹¹²³ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 495 y 496.

¹¹²⁴ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 495.

resultado no se imputa es consecuencia de otro peligro diferente a la conducta del sujeto, de modo tal que respondería por tentativa¹¹²⁵.

STRATENWERTH afirma que la doctrina tradicional formulaba soluciones en torno a esta situación sobre la base de la teoría del error en el curso causal; sin embargo, la cuestión debe ser revisada, según este autor, bajo los lineamientos de la teoría de la imputación objetiva. Sostiene que la doctrina, para ejemplificar esta modalidad de error de tipo, por lo general, utiliza el siguiente caso: una persona quiere quitarle la vida a otra, por tanto, la lesiona; sin embargo, la herida no era considerable y el resultado de muerte se produce por otra vía, bien porque la herida se infecta, bien porque ocurre una mala praxis médica o debido a que ocurre un accidente mientras se traslada al afectado en una ambulancia hacia el hospital.

Con relación a las consecuencias de la figura que nos ocupa, se estima que, si el desvío no es esencial, entonces, el asunto es irrelevante, por ende, se estaría frente a un delito consumado. En sentido contrario, podría tener ocasión la tentativa en el caso que la persona que fue herida por un disparo, fallezca en razón de la mala práctica médica, lo cual también ocurre en el supuesto del accidente de la ambulancia mencionado, pues no puede serle imputado al autor el resultado de muerte, dado que esto aconteció por circunstancias que estuvieron fuera del alcance del sujeto, de modo que ante estos supuestos el desvío es importante¹¹²⁶.

La posición mencionada en el inciso superior, también es compartida por MUÑOZ CONDE, quien formula un caso parecido. Así, expone el ejemplo en el cual la persona fallece no por la herida que se le causó, sino por un incendio que acontece en el hospital donde es atendida. En esta dirección, MUÑOZ CONDE considera se produce la ruptura en el curso causal que da lugar a que se excluya la imputación objetiva, en consecuencia, en este supuesto no es posible concluir que existe homicidio consumado, por lo cual tendrá lugar la tentativa, en todo caso¹¹²⁷.

Dentro de otro orden de ideas, también puede ocurrir que la variación del rumbo

¹¹²⁵ ZUGALDÍA ESPINAR/RAMOS TAPIA, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 529.

¹¹²⁶ STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, cit., pp. 156.

¹¹²⁷ MUÑOZ CONDE, *Teoría General...*, cit., pp. 77 y 78.

no influya en la imputación objetiva. Así acontece en el caso que tenga lugar determinado riesgo y no sea distinto al que se previó como punto de partida del dolo directo o eventual, entonces, la desviación no será de considerable entidad. MIR PUIG cita el caso en el cual el individuo dispara con intención de impactar al corazón, sin embargo, a la postre se alcanza otro órgano vital del cuerpo. Esta situación no excluye la imputación objetiva, en razón que no conlleva una variación de las condiciones que califican el hecho¹¹²⁸.

En contraposición, podría tener lugar un error relevante, en el caso que la manera en que ocurrió el ilícito tenga alguna injerencia en la ponderación del incidente. Así, se ejemplifica el asunto con el supuesto de que una persona dispare contra otra y estime que ha muerto, por tanto, el autor la arroja a un río. No obstante, después los exámenes médicos efectuados determinan que el individuo tenía agua en los pulmones, de tal suerte que el deceso ocurrió debido a la entrada del líquido.

El caso mencionado, conforme sostiene MIR PUIG, se resolvería, según la doctrina tradicional según las reglas del *dolus generalis*, que establecía un delito doloso del acto posterior. Sin embargo, otra posición considera que se evidencia delito en grado de tentativa en el primer supuesto y homicidio por imprudencia en el segundo ejemplo, a menos que la muerte por el segundo acontecimiento resulte a todas luces imprevisible¹¹²⁹.

2.4. *Dolus generalis*

En este caso el agente considera que ha materializado el delito, sin embargo, la conducta contraria a derecho se realiza por una circunstancia posterior¹¹³⁰. En cuanto a

¹¹²⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp.285.

¹¹²⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 285.

¹¹³⁰ STRATENWERTH, *Derecho Penal...*, cit., pp. 158. Algunos ejemplos son utilizados para exponer este tema. Así, este autor sostiene que desde los años 1795 y 1819 se tenían noticias de casos en los cuales los autores actuaron con dolo, al tiempo que propinaron varios golpes a víctimas, en un supuesto; en tanto, que en otro se apretó el cuello de la persona afectada con el propósito de asfixiarla y luego en ambos supuestos pretendieron simular suicidios, por ende, colgaron a las víctimas, lo cual al fin y al cabo provocó la muerte en los dos incidentes. STRATENWERTH refiere que en los anales de la jurisprudencia se tiene el caso de una mujer a la cual se le tapó la boca con arena, para evitar que gritara, luego de lo cual se consideró había perdido la vida, de manera que fue arrojada a un colector de estiércol. Este autor explica que en el *dolus generalis* la acción primaria caracterizada por el dolo, no da lugar, al menos de forma instantánea al resultado, mientras que la acción que si ocasiona el desenlace querido no está

este asunto la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia No. 54 de 7 de febrero de 2014, ha afirmado lo siguiente: “*El dolo del autor debe comprender el desarrollo del suceso en sus líneas básicas entre las que se cuenta el curso causal: el autor debe ser consciente de que con su acción se producirá el resultado como derivado de aquélla, lo que equivale a exigir parra el dolo que el autor se represente la conexión que fundamenta la imputación objetiva del resultado a la acción*”.

En torno a la figura objeto de estudio, JAKOBS afirma en este tipo de casos el autor considera que ha realizado los actos suficientes para dar lugar al resultado, sin embargo, éste se produce por actuaciones posteriores que no se estimaron relevantes para que aconteciera¹¹³¹.

Con relación a las consecuencias derivadas de esta modalidad del error, se estima por una parte que debe castigarse por la comisión de un solo hecho punible en grado de consumación, en atención que el autor se representó y realizó todas las gestiones encaminadas a cometer determinado delito, por ende, corresponde aplicar la sanción por ilícito de homicidio doloso consumado si es el correspondiente, pues a diferencia de lo que ocurre en el *aberratio ictus*, en el *dolus generalis* no concurre otra persona que haya sufrido algún perjuicio¹¹³².

En contra de lo expuesto en el inciso superior, se observa la postura que estima no es posible considerar que el hecho debe entenderse como doloso¹¹³³. En esta

dirigida por el dolo.

¹¹³¹ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., pp. 363. JAKOBS cita los siguientes casos para ilustrar la figura: “El autor ha activado un dispositivo incendiario con temporizador; se detiene a fumar un cigarrillo, arroja la colilla y se marcha del lugar; la colilla ocasiona un incendio, pudiendo haber sido el dispositivo incendiario idóneo en sí, o bien sólo supuestamente idóneo. El autor cree haber matado a su víctima; la arroja al río, o la entierra, o le ata una cuerda al cuello para aparentar un suicidio, o la atropella con el coche para simular un accidente de tráfico; sólo el comportamiento último en cada caso ocasiona la muerte.”

¹¹³² Esta posición es secunda por MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 277. Una postura distinta se deriva de lo expuesto por el TS en la sentencia 1687/2003 de 18 de diciembre de 2003 y en alguna medida en la sentencia 1257 de 14 de noviembre de 1980.

¹¹³³ JAKOBS, *Derecho Penal...*, cit., página 363. Este autor considera que no es correcto atribuir el resultado como doloso, en el supuesto que el riesgo creado por el primer comportamiento se desplace por otro. Así, expone el siguiente caso para sostener en qué supuesto concurre el dolo: “El autor ha atravesado una arteria importante y un órgano vital de la víctima al apuñalarla con dolo homicida. La víctima cae de modo que la arteria se abre y se desangrará de seguir en esa postura antes de que surtiera sus efectos la herida en el órgano; no obstante, el autor esconde en seguida bajo un montón de madera lo que él supone ya un cadáver, de modo que la arteria se le estrangula y la víctima perece no por la hemorragia, sino por la herida en el órgano; el riesgo del apuñalamiento se ha realizado, es decir, concurre un hecho consumado doloso”.

dirección, ROXIN, quien afirma no es posible concluir existe un dolo de carácter general, o *dolus generalis*, pues no es dable ampliar el marco del dolo inicial de matar a actuaciones posteriores, en las cuales no se vislumbra dolo. ROXIN sostiene el término *dolus generalis* se utiliza en vista de la tradicional denominación que se le concedió a la figura empleada para abordar estos casos.

En aras de determinar las consecuencias del *dolus generalis* será necesario ponderar hasta qué punto resulta inessential o no la variación del curso. Así, ROXIN cita el siguiente ejemplo: “alguien carga a la víctima tomada por muerta en su automóvil para enterrarla en un lugar apartado y la víctima del atentado mortal, en verdad sólo inconsciente, pierde la vida en un accidente de tráfico camino al lugar de la inhumación, se podrá apreciar sólo una tentativa por el carácter “extravagante (aventurero)” del curso causal”¹¹³⁴.

También importa tener presente el plan del hecho, para realizar las delimitaciones en el *dolus generalis*. Así, en el caso que “A” adelante todas las diligencias para matar a “B” y luego de ello lo entierra, creyéndolo muerto, empero resulta que este solo se encuentra inconsciente. Al final “B” muere, es cierto por una manera distinta, no obstante, “A” logró su cometido, es decir, el plan inicial se ha cumplido, sin que haya mayor alteración del curso¹¹³⁵.

Una situación distinta acontece en el evento que no se puede considerar la realización del plan del hecho, de manera que no es posible imputar a título de dolo, en razón que el sujeto dejó atrás el propósito o plan inicial. Así, por ejemplo, ROXIN señala el caso en el cual una persona prevé violar a una mujer e intenta estrangularla para lograr sus propósitos. En esta dirección, si el agente estima que la mujer ha muerto, empero en realidad no es así, e incluso efectúa actos dirigidos a reanimarla, los cuales entiende que no dan resultados y luego la entierra, entonces, estima el mencionado autor que ya no está frente a la realización del plan, debido a que la muerte era sólo una cuestión coyuntural dentro de las expectativas del agente que se dirigían a la violación¹¹³⁶.

¹¹³⁴ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 498 y 499.

¹¹³⁵ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 499 y 500.

¹¹³⁶ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 500.

Con el fin de establecer si se está frente a un hecho consumado o ante una tentativa, es necesario valorar si la segunda acción fue concebida por el agente o si tuvo lugar a raíz del primer acto. En el caso del delito de homicidio, se considera que, si la idea de deshacerse del cuerpo de la víctima no se adopta de entrada, sino que acontece luego y por ello se produce tentativa de homicidio, en concurso con homicidio culposo. Esto es así porque quien tenía previsto desde un inicio matar, entonces, de seguro también habrá planeado deshacerse del cadáver, lo cual no ocurre si la intención primaria no estaba dirigida a causar la muerte¹¹³⁷.

Otra posición expone que, si el primer acto dirigido a producir el deceso es idóneo, puede apreciarse dolo en el comportamiento, dado que el hecho de deshacerse de la víctima, sólo se encamina a que la muerte se lleve a cabo dentro de un período más breve, en consecuencia, no es dable descartar el dolo. En sentido opuesto, si en el primer acto los medios utilizados no fueron idóneos, entonces, no se advierte dolo en el sujeto activo¹¹³⁸.

En cuanto a las desviaciones inesenciales frente al plan del hecho, se advierte que tienen lugar en el caso que el autor ocasione el resultado en una primera oportunidad, cuando en realidad pretendía consumir el ilícito con un segundo acto. Esto es así porque, igualmente, se aprecia dolo y consumación en la medida que se realiza el plan del hecho¹¹³⁹.

De igual forma, habría que tomar en cuenta el caso en el cual el sujeto, al tiempo de la comisión del delito, ingresa a un estadio de inimputabilidad. En este supuesto, se considera el delito en su modalidad dolosa y consumada, pues se colige que el autor ha llevado a cabo su plan. Sin embargo, es necesario tener presente que el agente debe ser imputable al tiempo que inicia la realización del comportamiento, puesto que, de no ser así, por ejemplo, porque se encontraba en un estado de inimputabilidad en la etapa de

¹¹³⁷ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 501.

¹¹³⁸ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 502 y 503.

¹¹³⁹ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 502. Nos parece acertada la posición defendida por ROXIN, máxime desde la perspectiva que se plantea para sustentar su tesis, puesto que ante tal panorama queda claro que el plan del hecho en todo momento estuvo motivado a causar la muerte. Es cierto que el desenlace se anticipó, sin embargo, esto no descarta la consumación del plan del hecho que originalmente previó el agente.

preparación y así adelanta el ilícito, no es posible castigar al sujeto¹¹⁴⁰.

2.5. El error inverso o al revés

Hasta ahora se han tratado cuestiones relacionadas con el error de tipo desde la perspectiva del error directo, es decir, en el caso que la persona no tiene noción de alguno de alguno de los elementos que integran el tipo. Sin embargo, también se advierte el error en el cual el agente considera, de manera errada, que en su conducta concurre un elemento que forma parte del tipo, a lo cual se le denomina error inverso o al revés.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO afirma que este tipo de error consiste en que en el agente existe una creencia errónea de que en su conducta converge un elemento típico (error inverso de tipo)¹¹⁴¹.

El TS en torno al error de tipo al revés, se ha pronunciado en sentencia de 25 de mayo de 1996 en los siguientes términos: “Dado que la tentativa se caracteriza como un "error al revés", es decir, como un caso en el que el autor supone erróneamente la existencia de los elementos del tipo...”

En fin, en el error al revés se advierte una equivocada percepción en torno a la concurrencia de elementos del tipo en la conducta. Se colige que el sujeto ejecuta la acción de forma dolosa, no obstante, no es posible que se realice el tipo objetivo, puesto que en realidad no se reúnen los componentes del tipo, en consecuencia, se observa un comportamiento en el cual existe intención y conocimiento, no obstante, el resultado no puede ser considerado como desvalorado, lo cual implica la presencia de una tentativa inidónea¹¹⁴².

Para ejemplificar el caso que acapara nuestra atención DÍAZ y GARCÍA

¹¹⁴⁰ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 502 y 503.

¹¹⁴¹ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre...*, cit., pp. 181.

¹¹⁴² ZAFFARONI, *Manual de Derecho, 6ª edición...*, cit., pp. 609. En torno a la tentativa inidónea ZAFFARONI explica que en este supuesto los medios utilizados por el agente no son efectivos para dar lugar al resultado. Además, expone que la diferencia entre este tipo de tentativa y la idónea radica en que la primera se infiere una total incapacidad en los mecanismos empleados para lograr el resultado típico, lo cual, claro está, no se colige en la segunda.

CONLLEDO postula el ejemplo de la persona que dispara contra un bulto, con la suposición de que se trata de su enemigo, empero al final resulta que se trata de un animal, lo cual produce tentativa inidónea de homicidio, dado que no se causa la muerte de otra persona, como establece el tipo penal de homicidio¹¹⁴³.

2.6. El error sobre los elementos normativos y la ley penal en blanco

Debemos referirnos a otras cuestiones que dicen relación con la figura del error de tipo, concretamente, el error en los elementos normativos del tipo y el error sobre las normas penales en blanco.

En cuanto a la situación de las leyes penales en blanco se colige que JESCHECK/WEIGEND, sostienen que en este caso existe una norma de complemento del precepto penal, lo cual significa que se está frente a una disposición que en realidad forma parte del tipo penal, en consecuencia, ante esta circunstancia nos encontramos frente a un error de tipo, en atención a que el yerro del autor se refiere a uno de los componentes que es complementado por otra ley. Sin embargo, si la persona no tiene conocimiento de la existencia de la norma de complemento, entonces, se estará ante un error de prohibición¹¹⁴⁴.

Por otro lado, en torno a los elementos normativos se trata de un error de tipo, debido a que el yerro del autor recae sobre aspectos que integran el tipo, por ende, su ubicación debe verificarse en esa dirección. Así, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO afirma que la doctrina mayoritaria estima que, ante un yerro en torno a los aspectos fácticos empíricos de los elementos normativos, se trata de un error de tipo, en consecuencia, debe entenderse conforme a lo establece el artículo 14 del Código penal español, en sus dos primeros párrafos¹¹⁴⁵.

¹¹⁴³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre...*, cit., pp. 181 y 182.

¹¹⁴⁴ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 331. Estos autores sostienen que esta es la opinión de la doctrina dominante. Así, citan a SCHROEDER, SCHÖNKE/SCHROEDER/CRAMER, RUDOLPHI, MAURACH/ZIPF, JAKOBS, ROXIN, ZIELINSKI, HERZBERG, WARDA y WELZEL. De acuerdo con esta línea de pensamiento, en el supuesto que el sujeto desconozca la norma de complemento o, en su caso, que realice una interpretación errada, puesto que en este sentido se produce un error de prohibición, porque el yerro recae en torno al conocimiento de la norma o su sentido, es decir, que se trata de puntos que forman parte de la mencionada modalidad de error. Esta postura es compartida por ARIAS EIBE, en *El error en Derecho Penal en el Código de 1995*, Madrid, 2007, pp. 97 y FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre...*, cit., pp. 491.

¹¹⁴⁵ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre...*, cit., pp. 215.

3. EL ERROR DE TIPO EN EL CPE

En vista del amplio desarrollo de la figura del error en la legislación penal española, hemos dedicado un espacio de esta investigación a verificar los aspectos legales generales en cuanto al tema que nos ocupa.

El error de tipo se incluye en el CPE a partir de una reforma introducida en el año de 1983¹¹⁴⁶.

El artículo 14 del CPE se ocupa de la regulación de la figura del error, tanto de tipo como de prohibición. El primer inciso de la norma mencionada se hace referencia al error de tipo, de tal modo que a continuación revisamos el sentido y alcance de la disposición referida. La redacción de la norma ha sido censurada por RAMOS TAPIA, quien considera que se incluyen elementos que comprenden la antijuricidad, los cuales no debían ser objeto de atención en este escenario¹¹⁴⁷.

El artículo 14 del Código penal español dice como sigue:

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.”

El primer tramo del artículo dice relación con el error de tipo invencible, frente al cual no es posible aplicar castigo. MIR PUIG sostiene en torno al contenido de esta norma que el error invencible excluye el dolo y la imprudencia, de tal suerte que esto da lugar a la impunidad, en vista que en el derecho sólo se plantean conductas dolosas o culposas, según la formulación de los tipos penales correspondientes. Sostiene este autor que la simple producción de un resultado, en el cual no se advierta dolo ni imprudencia debe ser atípico¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁶ MUÑOZ CONDE, *Teoría General...*, cit., pp. 76.

¹¹⁴⁷ ZUGALDÍA ESPINAR/RAMOS TAPIA, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp.514.

¹¹⁴⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 279.

Por otro lado, también se contempla el error de tipo vencible en el cual sólo es objeto de sanción en el caso que el tipo penal tenga prevista la modalidad imprudente del tipo penal, dado que así se deriva de lo expuesto en el artículo 14 del Código penal español¹¹⁴⁹. Esta cuestión es importante, por efectos de derecho comparado, pues en su momento se realizarán los parangones correspondientes entre la normativa penal española y panameña.

QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS expresan que el CPE de 1995 no varió las consecuencias que ya tenía previstas el anterior Código penal en cuanto al error de tipo, es decir, que se excluye la responsabilidad penal en caso de un error de tipo invencible, dado que no es posible castigar al individuo con responsabilidad penal por imprudencia, debido a la calidad del yerro. También manifiestan que una situación diferente ocurre en el evento que se trate de un error de tipo vencible o evitable, puesto que en este caso debe preservarse la responsabilidad penal por imprudencia, en el caso que el tipo penal correspondiente tenga registrada esta modalidad¹¹⁵⁰.

La distinción que se advierte en el Código penal español, pone de relieve la importancia de determinar si el error es vencible o invencible. Aquí cabe reiterar que se ha utilizado como referencia la diligencia del hombre promedio como mecanismo para delimitar las actuaciones que debió llevar a cabo la persona para considerar vencible o no el error. Así, importa destacar que estas formulaciones alcanzan un tanto más desarrollo en la figura del error de prohibición, de modo que al tiempo de revisar lo pertinente a esa modalidad nos ocuparemos de la materia con más detalle¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁹ En sentido, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS en *Comentarios al nuevo Código penal*, 3ª edición, Navarra, 2004, pp. 111 sostienen que la SAP de Sevilla 28 de julio de 1998 (ARP 1998, 3449), consideró la absolución en un caso por falta de coacciones, debido a que estimó había tenido lugar un error vencible, sin embargo, no está prevista la imprudencia para tal figura.

¹¹⁵⁰ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios...*, cit., pp. 111 y 112.

¹¹⁵¹ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error en...*, cit., pp. 153. Este autor sostiene en cuanto a la vencibilidad e invencibilidad del error de tipo que deben atenderse las posibilidades para evitar el error por parte del sujeto promedio. En cuanto este asunto QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios...*, cit., pp. 111, establecen que para determinar la vencibilidad o no del error es necesario atender a la situación concreta en cada caso, pues es en ese contexto en el cual tiene lugar el comportamiento de la persona, en consecuencia, desestiman la construcción que fija en la diligencia del hombre promedio para verificar si ha tenido lugar o no el error, ya sea vencible o invencible.

Con respecto a este tema, debemos coincidir, en alguna medida, con QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, puesto que cada situación tiene sus aristas particulares, lo cual implica que es necesario examinar la situación concreta en todas sus dimensiones, es decir, las cuestiones vinculadas al autor, así como las circunstancias que rodean el hecho, para después considerar si está frente a un error vencible o invencible, en consecuencia, no nos parece correcto partir de esquemas prediseñados en vías de determinar la modalidad del error frente al cual se está. Así, será imperativo

En el plano de la jurisprudencia, advertimos que el TS ha afirmado que, en el supuesto de duda en cuanto a la acreditación del error, en su modalidad vencible o invencible debe considerarse que ha tenido lugar el dolo eventual¹¹⁵².

Se observa que la estructura del artículo 14 del CPE ha sido objeto de algunos cuestionamientos. En esta dirección, por un lado, se estima que en el numeral 1 está contemplado el error de hecho, mientras que en el numeral 3 de la citada norma se prevé el error de derecho¹¹⁵³.

En cuanto al numeral 2 del artículo 14 del estatuto punitivo español¹¹⁵⁴, dice relación con el error sobre los elementos accidentales. La norma mencionada dice así: *“el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”*. El asunto se trata del yerro que acontece sobre las agravantes previstas en el tipo, es decir, cuando la consecuencia más reprochable no se encuentre cubierta por el dolo¹¹⁵⁵.

ponderar la condición del hombre promedio, pero sin perder de vista las particularidades del sujeto quien interviene en la gestión delictiva.

¹¹⁵² Así, en fallo de 5 de febrero de 2001, la mencionada sede jurisdiccional razonó como sigue: *“La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea, (anterior artículo 6 bis a) del CP 1973, hoy art. 14 CP 1995), excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme, y por ello si hay duda sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal, no se puede hablar de error en el tipo sino de dolo eventual (STS 5 abril 1993). Así, en el Auto de 28 de febrero de 1996, analizando un supuesto idéntico, en que se planteó el error sobre la edad de las víctimas de unos abusos sexuales se mantiene que salvo prueba palpable de tal conocimiento equivocado no puede acogerse tal expediente atenuatorio e incluso exculpatorio”*.

¹¹⁵³ MIR PUIG, *Derecho Penal...* cit., pp. 279 y 280. Este autor sostiene que ha sido objeto de críticas el diseño utilizado en el artículo 14 del Código penal, al tiempo en que hace alguna referencia al error “sobre un hecho constitutivo de la infracción penal” y “error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”, lo cual parece vincularse a la dualidad clásica entre error de hecho y de derecho. También sobre este tema QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS en *Comentarios...*, cit., pp. 112 y 113 sostienen que, a primera vista, podría considerarse que la redacción del artículo 14 del Código penal español tiene implícita la dualidad error de hecho-error de derecho, de tal modo que el primero estaría previsto en el numeral 1 del citado artículo, en tanto que el segundo el numeral 3 de la norma en cuestión. No obstante, exponen que en caso de considerar que el artículo 14 del CPE contiene las figuras de error de hecho-error de derecho, entonces habría que reconducir todos los errores al numeral 3 de la mencionada norma, lo cual dejaría sin contenido al numeral uno y también ocasionaría importantes confusiones entre las categorías del delito, por tanto, desde esta dimensión no cabe estimar que el error de hecho y de derecho están presentes en el artículo 14 del CPE.

¹¹⁵⁴ En esta dirección, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español volumen I...*, cit., pp. 692 y 697, expone que las circunstancias que agravan la infracción, sin que sean partes constitutivas de aquella, son elementos accidentales de las mismas. Añade que tales circunstancias no pueden ser objeto de aplicación si el autor las desconocía.

¹¹⁵⁵ ZUGALDÍA ESPINAR/RAMOS TAPIA, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp.522.

La disposición jurídica en cuestión no ofrece ninguna distinción entre error vencible o invencible, como si aparece en el artículo 14.1 del referido texto legal¹¹⁵⁶. Cabe destacar que el texto del 14.2 del CPE no hace mención directa al error en las circunstancias atenuantes¹¹⁵⁷. Lo cierto es que aquí la cuestión radica en la errática representación sobre la concurrencia de una circunstancia agravante o atenuante, puesto que, en todo caso, el sujeto se las representa equivocadamente o también acontece en el supuesto que haya falta de conocimiento de una circunstancia que en realidad concurre. El asunto es un error de tipo, en razón que es un yerro que se refiere a los aspectos objetivos que lo integran¹¹⁵⁸.

En torno a las agravantes se ha afirmado en el caso que el agente considere, erróneamente, que en su conducta concurre alguna agravante la solución estriba en la aplicación del tipo base. En este sentido, no corresponde considerar delito consumado en concurso con ilícito en grado de tentativa por la concurrencia de la agravante, debido a que en este caso el tipo base se ha realizado, por ende, sólo procede el castigo por delito en grado de consumación¹¹⁵⁹.

Por su parte, PÉREZ ALONSO sostiene que en el supuesto que sobrevenga un error sobre alguna circunstancia agravante, es de recibo ponderar tal situación, en

¹¹⁵⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 280 y 281.

¹¹⁵⁷ ARIAS EIBE, *El error...*, cit., pp. 146. Así, sostiene que si bien el legislador no estableció la prohibición de reconocer circunstancias atenuantes, en el caso que concurra algún error, esto no implica que las mismas deban ser aplicadas en todo momento, dado que esto iría en contra de los fines para los cuales han sido diseñadas. Ahora bien, aclara que existen circunstancias atenuantes, de carácter personal, para las cuales basta sólo su concurrencia, debido a que se trata de cuestiones vinculadas con la imputabilidad. También ZUGALDÌA ESPINAR/RAMOS TAPIA, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp.525 sostienen que es preferible que la persona conozca las circunstancias atenuantes, pues ello resulta armónico con el artículo 65 del CPE, el cual versa sobre la comunicabilidad de las circunstancias.

¹¹⁵⁸ PÉREZ ALONSO, *El error sobre las circunstancias del delito*, Valencia, 2013, pp. 21, 27 y 30.

¹¹⁵⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 280 y 281. El TS por medio de sentencia 426 de 25 de marzo de 1998, se pronunció en un caso relacionado con una circunstancia agravante y denegó el recurso a favor del acusado, porque estimó la persona estuvo en posición de conocer la circunstancia agravante correspondiente. El tribunal razonó así: “En el número 2 del artículo 14 del Código Penal se establece que el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante impedirá su apreciación. Esta forma de lo que se denomina error de tipo no podrá, empero, tenerse en cuenta cuando quien alega haber padecido el error no lo prueba o cuando el error recaiga sobre aspectos fácticos de los que la generalidad de las gentes tienen un conocimiento en razón de su elementalidad de comprensión. El recurrente conocía la ilicitud del tráfico de cocaína en que participó, pues no cabría en modo alguno imaginar aceptara el método de transporte clandestino y antinatural consistente en ocultar dentro de su cuerpo, cápsulas que contenían cocaína si creyera que transportaba una sustancia de lícito comercio, pero, además, por el número y volumen de las cápsulas hubo de representarse mentalmente que la cantidad de droga que iba a transportar era de importante entidad, con lo cual se patentiza que no sufrió error sobre ese aspecto relevante de su acción y, por tanto, no cabe admitir que no procediera estimarse la específica agravante de notoria importancia”.

atención a que puede advertirse mayor desvalor del resultado, pues el sujeto procede con el afán de infringir la ley con mayor intensidad, dado que supone la concurrencia de una agravante. En razón de esta situación, la cuestión podría solucionarse al tiempo en que se aplica la pena, debido a las amplias facultades que le concede el CPE al juzgador al tiempo de realizar este ejercicio, lo cual implicaría una sanción más elevada. En adición, podría ensayarse la aplicación de castigo por el tipo básico más la sanción correspondiente por la modalidad imprudente, si es que está registrada esta modalidad, lo cual daría lugar a imponer una pena sobre la base del concurso ideal, salvo que el error sea invencible, puesto que ante tal panorama no se observa dolo ni imprudencia¹¹⁶⁰.

En el caso de las circunstancias que atenúan la pena, MIR PUIG formula una distinción entre el desconocimiento de elementos típicos accidentales y las circunstancias atenuantes. En torno a este asunto, MEINI es de la opinión que, si los elementos accidentales del tipo no son del conocimiento del agente, no conviene realizar alguna rebaja, porque en todo caso se está frente al tipo base, en atención a que el sujeto no tiene noción de las circunstancias que lo favorecen¹¹⁶¹.

MIR PUIG en torno a los elementos que rebajan la sanción, en vista que disminuyen el injusto objetivo, considera debe atenuarse la pena. En esta dirección, cita el artículo 163.2 del Código penal español que prevé una disminución de la pena en el supuesto que el autor libere a quien ha privado de libertad dentro de los tres días siguientes a su detención. Así, formula un ejemplo en el cual la persona deja en libertad a quien tenía detenido en un plazo de tres días seguidos a su encierro, sin embargo, el autor estima, de manera equivocada, que dicho período ha transcurrido. En este supuesto considera MIR PUIG que debe aplicarse la rebaja que reconoce la norma, porque de lo contrario se realizaría una analogía *in malam partem*. Sin embargo, se ha sostenido que esta última salida no resulta correcta, en razón que no toma en consideración que el dolo debe referirse al conocimiento que tiene el autor en torno a todos los elementos del tipo, lo cual no acontece en este caso¹¹⁶².

¹¹⁶⁰ PÉREZ ALONSO, *El error sobre...*, cit., pp. 48 y 53.

¹¹⁶¹ MEINI, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 313.

¹¹⁶² PÉREZ ALONSO, *El error sobre...*, cit., pp. 74.

Por otro lado, MIR PUIG utiliza como base el artículo 65 del Código penal. En esta dirección, sostiene la ley sólo exige que las circunstancias objetivas, (aquellas previstas en el numeral 2 del artículo 65), sean de conocimiento del sujeto, no obstante, no se establece si es necesario tener noción de las circunstancias personales previstas en el numeral 1. En este sentido, concluye es preceptivo el sujeto conozca los presupuestos de las atenuantes que afecten al injusto y que se relacionen con una causa que motive al agente. En caso contrario las atenuantes que no se vinculan con el injusto, se relacionan con la imputación personal y no son errores de tipo¹¹⁶³.

La problemática objeto de atención se puede resolver con base en lo dispuesto en el artículo 21.7 del CPE, que se refiere a las atenuantes analógicas. En cuanto a los elementos que configuran un tipo privilegiado se ha sugerido que es necesario atender, igualmente, a la analogía, según lo dispone el artículo 65.2 del CPE. Así lo afirman QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, quienes citan a VIVES ANTÓN, para los efectos mencionados¹¹⁶⁴.

PÉREZ ALONSO estima que es de recibo realizar una distinción entre circunstancias genéricas que dicen relación con el hecho y aquellas de índole personal que acarrearán una disminución del injusto; y circunstancias específicas. En torno a las primeras considera es necesario su conocimiento, por ende, en caso que sobrevenga un error no sería dable su aplicación. En el segundo supuesto el error adquiere relevancia, en atención que en este caso la persona debe actuar guiada por algunos motivos, por ende, en el evento que no los conozca el error adquiere preponderancia, de tal modo que no podrían ser tomadas en cuenta las potenciales atenuantes. En torno a las específicas, tampoco sería dable su reconocimiento, puesto que es preceptiva la congruencia entre el tipo efectuado y la representación del autor, no obstante, en todo caso podría atenderse la situación al tiempo en que se individualiza la pena, debido al menor desvalor del injusto¹¹⁶⁵.

Otra alternativa a la problemática estriba en reconocer que sólo ha tenido lugar el tipo atenuado, puesto que al fin y al cabo es el que se ha realizado. También cabría

¹¹⁶³ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 282.

¹¹⁶⁴ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho...*, cit., pp. 442.

¹¹⁶⁵ PÉREZ ALONSO, *El error sobre...*, cit., pp. 66 y 69.

estimar que ha acontecido tentativa en torno al tipo básico en concurso ideal con el privilegiado, empero esta solución ha sido objeto de críticas, en atención a que no puede perderse de vista que, en efecto, se materializó un tipo penal y porque el reconocimiento del concurso, daría lugar a agravar el castigo, lo cual no resulta de recibo, dado que se advierte, en alguna medida, que existe un menor desvalor de la acción¹¹⁶⁶.

Dentro de otro contexto, se concurre un error inverso sobre las agravantes, se entiende que sólo se responde por el delito básico, dado que la circunstancia sólo tiene lugar en la representación del sujeto. Sin embargo, se estima que en este caso se advierte mayor desvaloración de la acción, por eso debe castigarse por el delito base en adición a tentativa del delito agravado, o aplicar un concurso ideal entre el delito en su modalidad simple más el ilícito privilegiado. La cuestión también podría resolverse al tiempo de graduar la pena, pues en esa oportunidad se reconocería el mayor desvalor de la acción¹¹⁶⁷.

En cuanto al error inverso sobre las atenuantes, se estima el error es importante, por tanto, podría ser aplicada, no obstante, otra posición sugiere que no cabe tal atenuación, puesto que en realidad la circunstancia no existe, aunque el asunto pudiera tener incidencia al momento de fijar la pena¹¹⁶⁸.

CAPÍTULO III. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

1. NOCIÓN

Los errores del agente no solo pasan por la falta de conocimiento de los elementos que integran el tipo, pues también se relacionan con la percepción que tiene el sujeto sobre la condición antijurídica de la conducta. Así, si la persona estima que su comportamiento no es contrario a la ley, entonces acontece el error de prohibición.

En este capítulo nos ocuparemos de la citada modalidad de error, empero antes de realizar las referencias pertinentes, haremos mención de algunos aspectos de

¹¹⁶⁶ PÉREZ ALONSO, *El error sobre...*, cit., pp. 70 y 73.

¹¹⁶⁷ PÉREZ ALONSO, *El error sobre...*, cit., pp. 90 y 94.

¹¹⁶⁸ PÉREZ ALONSO, *El error sobre...*, cit., pp. 97 y 98.

considerable relevancia en cuanto al tema objeto de atención.

En la figura objeto de atención el sujeto tiene plena percepción de la situación en la cual se encuentra, es decir, cuenta con la noción de los elementos que forman parte del tipo penal, en consecuencia, el individuo no comete yerro en torno a los aspectos que conforman el tipo penal, tal como tiene lugar en la figura del error de tipo. Por el contrario, el error en este supuesto radica en la relación entre el comportamiento del sujeto y el ordenamiento jurídico.

Siguiendo con lo expuesto en el inciso que anteceder, CURY URZÚA ilustra la situación con los siguientes ejemplos: la persona tiene noticias que realiza gestiones de cambios internacionales sin acatar los requisitos que para tales propósitos le ha proporcionado el Banco Central de Chile; sabe que yace con una muchacha que ha perdido la razón; tiene conocimiento que le causa la muerte a otra persona, no obstante, por determinada razón estima que su comportamiento está amparado por la ley¹¹⁶⁹. El TS mediante Sentencia núm. 563/2016 de 27 junio ha puntualizado lo siguiente en torno al error de prohibición:

” ...y por tanto tiene por supuesto el convencimiento sincero por parte de las personas concernidas sobre la corrección de su actuación, situada extramuros de toda ilicitud penal. Por ello no existe error de prohibición si el agente está socializado normalmente, y tiene un conocimiento usual de las normas de convivencia y cultura”.

En el caso del error de prohibición el yerro viene por cuenta de la ausencia de conocimiento en cuanto a la antijuricidad del comportamiento, es decir, el autor actúa con la convicción de que su comportamiento no se contrapone a la ley penal. Esa falta de conocimiento puede ser total o parcial¹¹⁷⁰.

El error de prohibición se encuentra en sintonía con el principio de culpabilidad, debido a que no es correcto que se le atribuya responsabilidad a un sujeto quien no tenía noticias del carácter antijurídico de su comportamiento. Como se ha expuesto, uno de los requisitos de la culpabilidad se trata del conocimiento de la condición antijurídica de

¹¹⁶⁹ CURY URZÚA, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 67.

¹¹⁷⁰ COBO DEL ROSAL, *Derecho penal...*, cit., pp. 510. Este autor sostiene en torno al error de prohibición que en este tipo de yerro, al cual denomina, “error sobre la significación antijurídica”, el individuo estima que procede según el derecho.

la conducta, por tanto, es necesario que el individuo tenga la noción de la condición prohibida del comportamiento¹¹⁷¹.

La modalidad de error que examinamos puede asumir diferentes modalidades. En este sentido, es posible que el sujeto no tenga conocimiento de la prohibición de la conducta. También puede ocurrir que el desconocimiento tenga lugar en torno a la extensión de la norma. Otro supuesto consiste en que el autor estima, de forma equivocada, que su conducta está amparada por una causa de justificación. Además, según un sector de la doctrina el error de prohibición acontece en el caso de los presupuestos que integran una causa de justificación, sin embargo, sobre este último punto se observa existen diferentes posiciones que se analizarán más adelante cuando se aborde lo relativo al error en los presupuestos de las causas de justificación¹¹⁷².

En torno al error de prohibición se ha planteado que es necesario verificar el grado de desconocimiento del autor, de tal modo que así pueda determinar aquello que debería ser asumido por el Estado y la sociedad, sin que ello incida en la función preventiva general del Derecho penal¹¹⁷³.

2. EL ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE O EVITABLE

En cuanto a la noción del error de prohibición mediante sentencia de 18 de abril de 2006 el TS sostuvo lo siguiente: *“Como decíamos en la STS. 601/2005 de 10.5, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTS. 17/2003 de 15.1, 755/2003 de 28.5 y 861/2004 de 28.6, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación”*.

¹¹⁷¹ En torno al alcance del error de prohibición el TS ha dicho en sentencia de 11 de diciembre de 2009 lo siguiente: *“El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuricidad como elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente, como decía el texto del anterior artículo 6 bis a) en su párrafo 3º, o como del modo aún más expresivo podemos leer ahora en el mismo párrafo del vigente artículo 14 “error sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal”. Sólo hay un error de esta clase cuando se cree obrar conforme a Derecho, sin que tenga nada que ver con esto el caso en que el autor del delito piense que la infracción cometida es más leve de como en realidad la sanciona la Ley Penal”*.

¹¹⁷² BACIGALUPO ZAPATER, *Teoría y...*, cit., pp. 635.

¹¹⁷³ SABORIT, *Error Iuris...*, cit., pp. 52. También en esta dirección DE LA CUESTA AGUADO, *Conocimiento de la Ilícitud. Aproximación al conocimiento de la antijuricidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*, Madrid, 2007, cit., pp. 136 y 141, sostiene que existen grupos sociales que crean riesgos o establecen actividades peligrosas, de tal modo que deben informarse sobre la normativa administrativa que regula las materias que abordan, e incluso en el caso de jueces o magistrados, si bien no es dable que cuenten con noción de todo el ordenamiento, si es necesario que conozcan los antecedentes jurídicos del caso concreto que examinan.

En cuanto a la vencibilidad del error de prohibición se observan algunos puntos en común con el error de tipo, puesto que la esencia del asunto estriba en que el sujeto pudo superar su error si hubiera sido un tanto más diligente. La consecuencia dependerá de la legislación de cada país, pues podrá acontecer atenuante obligatoria u opcional. En atención a las características del error de prohibición su vencibilidad pasa por determinar la posibilidad que el agente haya tenido de verificar si su comportamiento se encontraba prohibido. OLAIZOLA NOGALES denomina a tal cuestión: “*conocimiento potencial de la antijuricidad*”¹¹⁷⁴.

El TS ha manifestado que, en los casos de error vencible, el sujeto pudo realizar algunas diligencias que lo llevaran a determinar la condición antijurídica de su proceder, no obstante, no lo hizo. Así se estableció en la Sentencia 143/2007 de 22 de febrero de la cual reproducimos un extracto a continuación:

“El recurrente viene a plantear el carácter invencible del error. Al tratarse de error sobre una causa de justificación, en el caso la legítima defensa, el error puede basarse sobre la existencia de un hecho o sobre su significación normativa. En estos casos, debe comprobarse si el autor pudo haber comprobado más intensamente o con mayor detalle esos aspectos, siempre que pudiera hacerlo sin perder con ello la posibilidad de defenderse, definitivamente o con una alta probabilidad. En el caso de que, desde una perspectiva objetiva en función de las circunstancias del caso, el sujeto hubiera podido comprobar la existencia del hecho o la necesidad de la defensa y no lo hubiera hecho, el error será vencible”.

Tal como acontece en el error de tipo, en la figura que nos ocupa, naturalmente, se precisa la acreditación del yerro por parte de la persona que lo alega. En esta

¹¹⁷⁴ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 155.

Mediante sentencia de 19 de mayo de 2009, el TS se pronunció en torno al error de prohibición vencible como sigue: “*En efecto, el error sobre la antijuricidad es vencible o evitable cuando el autor pudo conocer la contrariedad al derecho de su acción y, por lo tanto, obrar de manera distinta a cómo lo hizo. En el presente caso el carácter vencible del error sobre la antijuricidad es claro. A pesar de su relativamente corta estancia en España y de que no ha sido comprobado en el proceso - como hubiera sido deseable- si el derecho penal dominicano contiene disposiciones análogas a las del derecho español en esta materia, es evidente que las cuestiones relacionadas con los abusos sexuales cometidos con menores es un tema cotidiano de la sociedad española actual, con importante reflejo en los medios de comunicación. De ello es posible concluir que el acusado hubiera podido con un cierto esfuerzo de conciencia comprender la antijuricidad del hecho en nuestro orden jurídico”.*

dirección, el TS a través de auto de 20 de noviembre de 2008 expone lo siguiente: *“Tiene también dispuesto esta Sala que no basta con alegar la existencia del error, sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el Derecho (STS nº 755/2.003), de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible, sino de cuestionar su propia existencia”*.

Siguiendo el hilo argumentativo mencionado el TS en sentencia 782/16 de 19 de octubre ha sostenido que:

“Una vez dicho esto, es preciso efectuar un juicio sobre la vencibilidad o a invencibilidad del mismo, es decir, comprobar si el error en que incurre el acusado hubiera podido superarse empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible. Para ello, hay que valorar la apariencia de legalidad de la conducta y las circunstancias subjetivas del agente, su nivel de desarrollo, su entorno cultural, su acceso a medios de información”.

3. EL ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE O INEVITABLE

En contraposición al error vencible, se advierte que en este caso el autor agota todas las diligencias posibles, pero pese a ello no es posible que supere su error. Se infiere que el comportamiento del agente es diligente en todo sentido, de tal suerte que se está a un caso particular de caso fortuito¹¹⁷⁵.

En cuanto a esta modalidad de error, son varios los aspectos que deben considerarse para verificar si está ante un error invencible. Así, si el sujeto tiene algún tipo de conocimiento en cuanto a la condición antijurídica de su conducta, en tal supuesto no opera el error de prohibición en su modalidad invencible¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁵ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error en...*, cit., pp. 153. Por su parte, ZAFFARONI en *Manual de 6ª edición...*, cit., pp. 546, expone su noción de error de prohibición invencible. Para ello primero conceptualiza sobre el error vencible y sostiene que es aquel en el cual se le puede demandar al autor que lo supere, en tanto que el error de prohibición invencible implica la contraposición.

¹¹⁷⁶ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 155.

Siguiendo el orden de ideas desarrollado en el inciso superior, debe considerarse la figura que la doctrina llama “co-conciencia”, que consiste en que el individuo, al menos tenga una noción sobre la condición antijurídica de su conducta¹¹⁷⁷.

Como último punto, importa destacar que puede ser que el sujeto en determinada circunstancia no tendrá ningún elemento para estimar que su conducta está revestida de antijuricidad y esa situación no le puede ser atribuida de ninguna manera, por tanto, bajo esta premisa estamos frente al error de prohibición invencible, sin embargo, sobre tales puntos nos extendemos en el siguiente epígrafe.

4. VENCIBILIDAD E INVENCIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

La delimitación entre el error vencible e invencible presenta no pocas dificultades, debido a que es necesario analizar con sumo detalle cada caso en particular para verificar tanto las condiciones en que ocurrió el hecho como la situación del autor. En consecuencia, estamos ante una cuestión que es esencialmente casuística, no obstante, la doctrina ha diseñado algunos lineamientos que sirven de base para establecer si el error se reputa como vencible o invencible.

Se han sugerido algunas pautas a considerar, para establecer el objeto del conocimiento de la antijuricidad, Así, se considera dable atender a principios éticos y morales, empero ello ha sido objeto de censura habida cuenta de la pluralidad que se advierte en la sociedad. De igual forma, se estima prudente considerar la ruptura del ordenamiento valorativo material del derecho, lo cual implica que agente debe tener presente la lesión de los valores y que estos se encontraban amparados por el ordenamiento, lo cual integra aspectos de la antijuricidad formal y material, sin embargo, no resulta correcto exigir que haya conocimiento de la norma concreta. Otra postura sostiene que basta la concurrencia de conciencia sobre el injusto, la cual ha sido blanco de reproches, debido a que no tiene una noción clara de la postura que el legislador ha materializado en la norma¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁷ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 155.

¹¹⁷⁸ SABORIT, *Error Iuris...*, cit., pp. 114.

También hay que tener en mente que se trata de un asunto de considerable relevancia, en vista de las consecuencias que se derivan tanto del error vencible como del invencible. Así, se observa que ante el error de prohibición invencible no habrá posibilidad de castigo, mientras que en el error vencible la persona será sancionada, no obstante, con una rebaja de pena, claro está, que para ello siempre habrá que atender la legislación de cada país.

Las valoraciones que se realicen en vías de establecer si el error es invencible o vencible, no deberían muy rigurosas, porque ello podría dar pie a que el reconocimiento del error invencible se reduzca en gran medida. Además, hay que tomar en consideración que, por las condiciones de la sociedad actual, en la cual existen amplias fuentes de información, el error de prohibición invencible tendrá lugar en menos oportunidades, pues el individuo podría percatarse de la condición antijurídica de su comportamiento con mayor facilidad¹¹⁷⁹.

En torno a la delimitación entre el error de prohibición vencible e invencible, OLAIZOLA NOGALES afirma que los pronunciamientos del Tribunal Federal Supremo Alemán, como del TS han considerado que el error de prohibición vencible se deriva, en alguna medida, de una infracción del individuo. Esto significa que la persona no tuvo la suficiente diligencia para verificar si su conducta se ajustaba a derecho o era contraria al ordenamiento¹¹⁸⁰.

La posición expuesta en el inciso superior ha sido objeto de algunas críticas, puesto que se estima a partir de esa línea de pensamiento la valoración de la antijuricidad del hecho se realiza sobre las condiciones que le corresponden al promedio de las personas¹¹⁸¹.

A continuación, examinaremos algunos puntos que se han establecido por parte de la doctrina para verificar la invencibilidad o vencibilidad del error de prohibición.

¹¹⁷⁹ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 161. En este sentido, SABORIT, *Error Iuris...*, cit., pp.109 sostiene que no es dable exigir conocimiento técnico integral del agente, pues esto no resulta funcional ni tampoco es deseable, de tal modo que la persona debe contar con elementos eventuales sobre la antijuricidad general de los hechos frente a los cuales se encuentra.

¹¹⁸⁰ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 157 y 158.

¹¹⁸¹ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 160.

Aquí debemos reiterar que estos parámetros constituyen referencias, sin duda, muy importantes, no obstante, lo más relevante consiste en la valoración particular de cada caso.

La primera referencia a considerar consiste en analizar la condición particular del sujeto, es decir, si éste por sus propios medios estuvo en posición de determinar si su conducta se contraponía a la ley. En este sentido, el juzgador debe realizar una ponderación pormenorizada de la situación del individuo, a fin de establecer si éste se encontraba en posición de conocer que su conducta era contraria a la ley, lo cual significa que debe efectuarse un examen de la condición del individuo en sus diferentes ámbitos.

En el supuesto que se determine que el sujeto por su propia cuenta no pudo establecer que su comportamiento se encontraba prohibido, entonces corresponde examinar si estuvo en posición de llegar a tal conclusión a través de otros medios. Para tales efectos, deben valorarse aspectos que van más allá de las condiciones del individuo, como las fuentes de información a las cuales tuvo acceso. Si la persona habría formulado las consultas pertinentes en cuanto a la condición de su comportamiento y se le hubiese comunicado que su conducta se ajustaba a la ley, entonces así nos encontraremos ante un error de prohibición invencible.

Los dos planteamientos expuestos corresponden a la posición que desarrolla RUDOLPHI, citado para estos efectos por OLAIZOLA NOGALES¹¹⁸².

Con el fin de realizar las delimitaciones pertinentes entre el error de prohibición vencible e invencible, se ha diseñado la teoría psicologista. La base de esta teoría estriba en las dudas que el autor se formula sobre la condición de su comportamiento, para de esa manera determinar la modalidad del error frente a la cual se está¹¹⁸³.

La postura mencionada en el párrafo que antecede efectúa una distinción entre las personas que tienen formación profesional y las que no la poseen. Así, en el caso que un sujeto sin mayor instrucción presente alguna duda en torno a la condición

¹¹⁸² OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 160.

¹¹⁸³ Conforme explica OLAIZOLA NOGALES esta teoría es seguida por NIETO MARTÍN en España.

antijurídica de su comportamiento, es posible considerar que ha tenido lugar un error que puede ser incluso invencible, según las condiciones que se presenten. No obstante, esta reflexión no es aplicable para el profesional, puesto que por sus conocimientos se encuentra en mejor posición para superar la situación. Claro está que también habrá que considerar el contexto en el cual se encuentre la persona, es decir, si la situación guarda relación estrecha con su formación profesional o no.

La posición mencionada se sustenta en que el sujeto lego no podrá proceder en los mismos términos que la persona con una base profesional. Así, también se destaca que en el caso de hacer comparaciones deben llevarse a cabo entre sujetos que se encuentren en pie de igualdad¹¹⁸⁴.

Otras referencias para establecer si el error es vencible o invencible se trata de los siguientes principios: tolerancia, insignificancia y adecuación social. Dentro de este contexto, se estima que debe tomarse en cuenta el bien jurídico objeto de lesión, dado que, si éste resulta de poca relevancia, el error podría estimarse como invencible. Así lo expone OLAIZOLA NOGALES, citando a NIETO MARTÍN¹¹⁸⁵.

La posición mencionada es objeto de censura, porque se estima que el agente procede con conocimiento del carácter antijurídico del comportamiento, por ende, no es posible atender a los citados principios para concluir que el error es vencible o invencible. Aquí nos parece que las críticas formuladas son de recibo. Esto es así porque no es posible atender al citado principio para establecer que ha tenido lugar un error de prohibición vencible o invencible, puesto que para ello se requiere verificar si el sujeto, de alguna forma, pudo tener noción de la condición antijurídica de su conducta, sin embargo, el principio enunciado no contribuye a ello.

También se utiliza como sustento para establecer si el error es vencible o invencible el principio de determinación. Según esta concepción las inconsistencias legislativas no pueden ser atribuidas al ciudadano. Así, por ejemplo, al ponderarse asuntos de difícil interpretación en los que se advierte falta de precisión en la ley, en razón de una inadecuada técnica legislativa, es viable que se estime dicha circunstancia

¹¹⁸⁴ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 167 y 168.

¹¹⁸⁵ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 167 y 168.

a favor del ciudadano de tal manera que puede tener lugar un error de prohibición invencible. De igual forma, ocurre lo mismo ante el caso que se presenten varias normas complementarias, de tal suerte que la persona selecciona una de ellas y ésta no resulta la correcta, debido a que el yerro deviene de la deficiente formación legislativa¹¹⁸⁶.

Además, se toma en consideración el principio de confianza y buena fe. De acuerdo con este postulado, si la persona acudió a fuentes de información en las cuales logró depositar su confianza para determinar si su comportamiento era antijurídico se estará frente a un error invencible¹¹⁸⁷.

La tesis normativa ha sido empleada para fijar las fronteras entre el error de prohibición vencible e invencible. Así, en cuanto a la figura del error de prohibición, concretamente, en lo que se refiere a la modalidad vencible deberá tomarse en cuenta, de acuerdo con la cita teoría, la condición concreta del sujeto, con el propósito de establecer si el Estado y la sociedad pueden permitirse la admisión del error, sin que ello dé lugar a vulnerar los fines de prevención general que caracterizan al Derecho penal¹¹⁸⁸.

Para la teoría normativa es determinante la fidelidad al derecho. Así, se estima que en asuntos jurídicos que sean accesibles a la colectividad, el individuo está en posición de utilizar los conocimientos que ha aprendido, lo cual será preceptivo para verificar si ha tenido lugar algún error. También se advierte que, si el hecho acontece dentro del marco de un asunto con connotaciones jurídicas, entonces la persona que se desempeña en tal contexto deberá estar al tanto de las modificaciones que se hayan presentado.

La postura normativa ha recibido varias objeciones. En primer lugar, se censura que ha soslayado la condición del sujeto, dado que la culpabilidad se normativiza, de tal modo que, debido a los fines de la norma, (estabilización del ordenamiento), se pierde

¹¹⁸⁶ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 168. Aquí consideramos que la observancia del principio de determinación contribuya a verificar si el error es vencible o invencible, puesto que en este caso el yerro del sujeto se deriva de cuestiones que en buena parte de las veces no son propias de la formación de la persona, por tanto, mal podrían serle atribuidas, máxime si el asunto deriva de un diseño legislativo confuso

¹¹⁸⁷ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 168.

¹¹⁸⁸ Esta tesis es defendida por JAKOBS, según expone OLAIZOLA NOGALES en *El error de prohibición...*, cit., pp. 170 y 172.

de vista la condición de la persona, la cual es esencial, entre otras cosas, para ponderar si está ante un error vencible o invencible. También se censura la posición normativa porque utiliza parámetros que no son objeto de ponderación objetiva para establecer la condición vencible del error de prohibición, por ejemplo, el criterio de fidelidad al derecho.

Otro reproche a la postura normativa se relaciona con la fusión que realiza entre el derecho y la moral, dado que de sus argumentos se deriva que el individuo en su fuero interno debe asimilar normas de naturaleza jurídica¹¹⁸⁹.

ROXIN también se ha ocupado de la vencibilidad y la invencibilidad del error de prohibición. En este sentido, puntualiza que algunos precedentes del Tribunal Supremo Federal alemán han sostenido que es necesario que el individuo realice esfuerzos para informarse sobre la condición antijurídica o no del comportamiento que adelanta, puesto que en sentido contrario la persona daría lugar a provocar su error¹¹⁹⁰.

Con respecto a la mencionada línea jurisprudencial, ROXIN expone que establece una obligación dirigida al ciudadano, de tal modo que, prácticamente, siempre se encuentre atento a las reformas que se introducen en el ordenamiento jurídico. Además, sostiene este autor que el agente promedio por lo general no contará con las herramientas necesarias para entender el significado y alcance de la norma. En adición, aduce que la legislación es bastante cambiante según la política de Estado. También hay que tener en cuenta que el sujeto tampoco entenderá, en la mayoría de los casos, la orientación que la jurisprudencia le ha concedido a la ley, en consecuencia, ROXIN estima que la posición jurisprudencial no es correcta.

ROXIN también afirma que debe estimarse que se está frente a un error de prohibición vencible en el evento que el individuo tenga elementos que le permitan considerar, en alguna medida, que su comportamiento se ha mantenido apegado al derecho, esto es que su conducta es permitida.

Otra pauta utilizada para verificar la condición de la vencibilidad del error de

¹¹⁸⁹ OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición...*, cit., pp. 172 y 173.

¹¹⁹⁰ ROXIN, *Derecho penal...*, cit., pp. 878 y 892.

prohibición, se vincula con el esfuerzo de conciencia que realiza el sujeto. Tal figura consiste en que el agente lleve a cabo diligencias para informarse sobre la licitud de su comportamiento. Así, si el esfuerzo ha sido de considerable entidad el error será invencible, de lo contrario es vencible.

La posición aludida ha sido objeto de censuras, debido que el citado esfuerzo de conciencia, puede dar lugar a ponderar la conducta bajo parámetros relacionados con la moralidad o inmoralidad de la persona, lo cual claro está no proporciona elementos para verificar si ha tenido lugar un error de prohibición, ya sea vencible o invencible.

También se considera que la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición debe analizarse al momento en que tiene lugar el comportamiento. Para tales efectos es necesario ponderar si al tiempo en que ocurría la conducta el individuo pudo determinar si su comportamiento estaba conforme a la ley o no.

Otro punto a considerar en torno a la vencibilidad radica en la cualidad de delincuente habitual, dado que se estima el individuo, en cierta medida, se torna insensible ante la exposición al delito de tal suerte que no puede realizar valoraciones en cuanto a la antijuricidad de su comportamiento. Sin embargo, esa posición es objeto de censuras, porque el sujeto, por lo general, realizará diligencias con el fin de no ser descubierto, lo cual implica alguna noción en torno a la antijuricidad de la conducta que adelanta.

Debe tomarse en cuenta que en determinadas actividades se precisa de conocimientos técnicos. En esta dirección, puede ocurrir que el individuo no procure acceso a las informaciones correspondientes y esa falta de conocimiento dé lugar a la comisión de algún delito. En este supuesto se podría estar frente a un error de prohibición vencible, debido a la falta de cuidado del agente, pues no se informó en torno a la reglamentación de cierta actividad.

En cuanto a la vencibilidad e invencibilidad del error de prohibición, el TS ha sostenido que debe prestarse mayor detalle a las personas que se desenvuelven en alguna profesión, puesto que por sus conocimientos estarán en posición de hacer frente

a la situación con mayores recursos¹¹⁹¹.

Cabe señalar que el TS ha estimado que se está frente a un error de prohibición invencible, en el caso que la persona haya recibido alguna información oficial y en función de ello haya dirigido su conducta. En este sentido, se observa el supuesto de una dama que en atención a su poca formación y en razón de documentación proporcionada por una oficina pública concluyó que su comportamiento no era prohibido¹¹⁹².

Por medio de fallo calendarado 7 de febrero de 1996 el TS consideró que se había producido la figura del error de prohibición invencible en el supuesto de una mujer a la cual se le efectuó un aborto, dado que ella realizó las diligencias para informarse sobre el carácter del hecho por medio de consultas elevadas a un experto en la materia¹¹⁹³. Para abundar sobre este asunto el TS mediante fallo de 24 de febrero de 2009 se ha pronunciado como sigue:

“Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; por otro lado, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta”.

¹¹⁹¹ En sentencia de 24 de septiembre de 1992 la referida sede jurisdiccional precisó lo siguiente: “Por ello, no puede excluirse la responsabilidad criminal aunque sea bajo la configuración equivalente a la imprudencia en el sentido de aceptar que el acusado creyó actuar lícitamente, aunque la ilicitud de su comportamiento fuera fácilmente descubrible con una diligencia exigible a cualquier profesional de la Arquitectura técnica”.

¹¹⁹² Así en sentencia de 5 de octubre de 1990, el citado tribunal expresó lo siguiente: “Sin embargo, una ponderación cuidadosa de las circunstancias del caso: el nivel cultural en que se movía la acusada, que le impedía llegar por vía de reflexión o de autocrítica a una conclusión distinta sobre sus derechos dominicales, y la información obtenida en la oficina notarial alejaba toda duda sobre la posible corrección y sobre la transcendencia penal del procedimiento sugerido como medio de obtener el título inmatriculador de una finca que consideraba suya”. Más adelante en el mismo fallo se indicó: “Todo lo expuesto no es óbice para reconocer el error de prohibición que la sentencia admite fundado en la creencia de que la casa era de su pertenencia por las razones que expresa la resolución impugnada -pagos de deudas de la herencia y de contribución urbana, reconstrucción y adaptación a su costa...”

¹¹⁹³ El tribunal expuso que: “A la referida acusada, carente de conocimientos médicos y jurídicos, no le era exigible ir más allá de comprobar fuera de lo dictaminado por el médico y la condición de centro autorizado al que acudió si existía o no la situación viabilizadora de la aplicación de la referida indicación y bastaba con el dictamen facultativo (aunque fuera emitido por uno carente de la especialidad legalmente requerida) para reputar existente dicha situación y, por ello, debe estimarse que tenía una creencia fundada y por tanto invencible de estar obrando lícitamente al prestar su consentimiento para el cese de la gestación”.

En lo que corresponde a las condiciones inherentes a la persona, por medio de sentencia de 13 de junio de 1990, el TS al tiempo de analizar la situación de un agricultor enjuiciado por ilícitos de falsedad y estafa explicó que la situación objeto de atención no requería mayor formación que los conocimientos generales, de tal suerte que casó el fallo censurado y, en su defecto, condenó al acusado¹¹⁹⁴.

A través de fallo de 13 de junio de 1990, el TS no casó la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en un proceso en el que se discutió la comisión de delito de usurpación de funciones, debido a que el acusado adelantó gestiones para verificar si su conducta era contraria a derecho. En adición, en el caso objeto de atención la normativa que regulaba el tema era confusa, lo que propiciaba que se complicara el tema, según se deriva del referido fallo¹¹⁹⁵.

5. EL ERROR DE PROHIBICIÓN AL REVÉS

En este caso el agente, de manera equivocada, estima que su conducta se encuentra tipificada en la ley penal, empero esto no es así. Este tipo de error ocurre, por ejemplo, en el caso de la persona que sostiene relaciones homosexuales, bajo la creencia equivocada que ello constituye un delito. No obstante, la conducta de la persona no infringe una disposición legal¹¹⁹⁶.

Ante el error de prohibición al revés el comportamiento no tendrá mayores repercusiones, puesto que la antijuricidad debe verificarse desde una perspectiva objetiva, por tanto, frente a la circunstancia objeto de atención tiene lugar un delito

¹¹⁹⁴ En torno a este asunto el alto tribunal sostuvo que: “*Pero, en todo caso, la Doctrina jurisprudencial - cfr SS 13.11.89 y 29.02.88- ha sentado que: 1) el error debe ser probado por quien lo alegue, 2) habrán de tenerse en cuenta las "condiciones síquicas y de cultura del infractor, y las posibilidades que se le ofrecieran de instrucción y de asesoramiento o de acudir a medios que le permitieran conocer la trascendencia antijurídica de su obrar"*.”

¹¹⁹⁵ El extracto que nos interesa del fallo en cuestión dice así: “*El Sindicato Médico Libre de Baleares evacuó consulta del procesado el 8 de noviembre en cuyo informe se hacía referencia a la oscura normativa existente en la materia, un tanto contradictoria, estimándose oportuno recabar ayuda a la Asesoría Jurídica del Colegio Profesional del peticionario. Así se hizo, y el Gabinete Técnico del Consejo General del Colegio Médicos, sobre la cuestión del ejercicio de la Odontología por los médicos y sobre si esto podrá suponer un acto de intrusismo, considerando el informe emitido el 30 de noviembre que "todo médico que además de ejercer la Medicina propiamente dicha (Medicina General, Cirugía General o cualquiera de sus Especialidades) ejerza la Odontología-Estomatología viene obligado a colegiarse simultáneamente en el Colegio de Odontólogos-Estomatólogos"*.”

¹¹⁹⁶ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error en...*, cit., pp. 182.

putativo y, en consecuencia, impune, dado que el ilícito solo ha tenido lugar en la mente del sujeto, por ende, los bienes que protege el derecho no han sido objeto de un peligro real¹¹⁹⁷.

6. EL ERROR EN LA EXISTENCIA Y LÍMITES DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

En este caso el individuo procede con la creencia errada que su conducta encuadra en una causa de justificación, o bien ocurre que la persona se excede en los límites fijados para que tenga lugar la causa de justificación respectiva. En este supuesto nos encontramos frente a un error de carácter indirecto.

Se estima que en este supuesto se está frente a un error de prohibición,¹¹⁹⁸ postura que a nuestro juicio resulta correcta, dado que el error se encuentra ya no en la equivocada interpretación de los aspectos que forman parte del tipo penal, sino que se vincula con un tema relacionado con la antijuricidad, pues el autor estima se encuentra amparado por una causa de justificación, la cual legitima su comportamiento, cuando en realidad y esto no ocurre.

7. EL ERROR EN LOS PRESUPUESTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

En esta modalidad de error el sujeto considera, de manera equivocada, que tiene lugar alguna situación que da pie a justificar su conducta. Este supuesto o situación forma parte de una causa de justificación. Así, se encuentra el caso de la persona que estima, de forma errada, que va a ser objeto de una agresión por parte de otro individuo y ello lo motiva a causar la muerte de esa persona.

Se estima que ante este supuesto nos encontramos ante la figura de la defensa putativa, puesto que en realidad la agresión que se plantea la persona no es tal¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁷ COBO DEL ROSAL, *Derecho Penal...*, cit., pp. 514.

¹¹⁹⁸ En este sentido, MUÑOZ CONDE, en *Teoría General...*, cit., pp. 164 y 165; MIR PUIG, *Derecho Penal...* cit., pp. 568 y 569, BACIGALUPO ZAPATER, *Teoría y...*, cit., pp. 635, BLANCO LOZANO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 1182 y 1183.

¹¹⁹⁹ Sobre el particular, el TS en fallo de 13 de octubre de 2005 sostuvo lo siguiente: “La posibilidad de

La figura viene sustentada por las generosas posibilidades que existen en torno a la percepción errada de los hechos que puede tener una persona. En esta dirección, es posible que ante ciertas circunstancias un sujeto considere que está a punto de ser lesionado por otro, cuando en realidad no es así, de tal modo que resulta dable apreciar la defensa putativa, según las circunstancias del caso.

La delimitación del error en los presupuestos de las causas de justificación presenta más complicaciones que el error en la existencia o límites de aquellas, puesto que existen diferentes posturas. Así, se observa la teoría estricta de la culpabilidad la cual estima que ante este tipo de error nos encontramos ante un error de prohibición; en tanto que la teoría restringida de la culpabilidad es de la opinión que se trata de un error de tipo¹²⁰⁰.

Aquí también cabe reiterar la teoría de los elementos negativos del tipo, por cuanto que dicha postura considera el error sobre los presupuestos de una causa de justificación, se trata de un error de tipo¹²⁰¹.

Para MIR PUIG la figura objeto de estudio se trata de un error de tipo¹²⁰², debido a que en estos casos el error del individuo versa sobre uno de los elementos del tipo de la causa de justificación, por tanto, es necesario acudir a lo establecido en el numeral uno del artículo 14 del CPE que consagra el error de tipo.

Debemos coincidir con MIR PUIG, puesto que en el error en los presupuestos en las causas de justificación el autor yerra en torno a elementos y esto no integra la figura del error de prohibición, pues éste se relaciona con la falta de conocimiento en torno a la prohibición de la conducta. En el caso que nos ocupa, el individuo tendría noción de la

apreciar una situación de legítima defensa putativa se basa en la creencia errónea del sujeto respecto a la existencia de una agresión ilegítima que lo sitúe en la necesidad de actuar en defensa propia o ajena. Es preciso para ello que pueda apreciarse, desde un punto de vista objetivo, la existencia de hechos que razonablemente permitan esa creencia, los cuales han de ser valorados en relación a las circunstancias del sujeto en cada caso. Sus características y efectos deben reconducirse a la esfera del error". En torno a este tema, REQUEJO CONDE, *La legítima defensa...*, cit., pp. 414y 452 sostiene que el defensor putativo se le permitiría un derecho de intervención, en tanto que a la víctima se le libera del deber de tolerancia. Según esta autora es la defensa será putativa en el evento que la defensa se ejecute ante la ausencia absoluta de ataque.

¹²⁰⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 568.

¹²⁰¹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*cit., pp. 568.

¹²⁰² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 568. También en este sentido, COUSO SALAS en *Fundamentos de Derecho...*, cit., pp. 502.

condición antijurídica de su conducta, por ende, no se puede reputar que acontece un error de prohibición. El sujeto se equivoca en uno de los componentes del tipo, porque piensa erradamente que el individuo al cual le da muerte pretende agredirlo y esto es uno de los elementos que integran la causa de justificación de legítima defensa.

Según la solución que propone MIR PUIG en el caso que el error sea vencible, entonces habría que castigar por delito imprudente, sin embargo, para ello habría que verificar si el delito tiene prevista esa modalidad, pues de lo contrario el hecho sería impune. Ante la modalidad invencible, desde luego, no cabe castigo.

Por otro lado, MUÑOZ CONDE refiere que en el supuesto en el cual una persona estime, erradamente, que a quien le causa la muerte es un agresor, nos encontramos frente a un asunto que versa sobre el carácter lícito de un hecho. Así, la persona sabe que ejecuta un homicidio, empero se considera amparado por una causa de justificación, de tal manera que se está ante un error de prohibición¹²⁰³.

De acuerdo con MUÑOZ CONDE en el supuesto de la defensa putativa habrá impunidad del comportamiento, en el supuesto que se trate de un error invencible, mientras que estaremos ante una atenuación de la sanción en el supuesto del error¹²⁰⁴.

BACIGALUPO ZAPATER es de la opinión que la defensa putativa constituye un error sobre la antijuricidad, es decir, se trata de un error de prohibición. Para sustentar su posición, afirma que en este caso se discute si ha tenido lugar una infracción a la ley penal o no, por lo cual el tema pasa por un error de prohibición¹²⁰⁵.

En cuanto a este asunto, MEINI es de la opinión que la concurrencia de una

¹²⁰³ MUÑOZ CONDE, *Teoría General...*, cit., pp. 164 y 165.

¹²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, *Teoría General...*, cit., pp. 118.

¹²⁰⁵ BACIGALUPO ZAPATER, *Teoría y...*, cit., pp. 675. Con relación a este punto, el TS en sentencia de 22 de febrero de 2007 en torno al error sobre los presupuestos de una causa de justificación se trata de error de prohibición al revés, pues indicó lo siguiente: *“La segunda cuestión que se plantea en el motivo en realidad se refiere a la concurrencia del animus necandi. El recurrente relaciona su planteamiento con el error. Sin embargo, el error vencible apreciado por el Tribunal del jurado y después por el Tribunal Superior de Justicia se refiere a la creencia de la existencia de una agresión actual, de manera que no pudo percatarse de que tal agresión había ya finalizado, toda vez que los agresores al verlo con el arma emprendieron la huida, momento en el que efectuó el disparo alcanzando en la espalda a uno de ellos. El acusado creyó que actuaba lícitamente al hacerlo en defensa de su vida y de la de los otros frente a una agresión actual, incurriendo así en el llamado error de prohibición indirecto, pero tal creencia no afecta al dolo de su acción, y por lo tanto nada tiene que ver con la concurrencia o no del animus necandi”*.

causa de justificación, da ocasión a considerar que el comportamiento no estuvo prohibido, por tanto, se está frente a una conducta atípica, de tal modo que el error en cuanto a los presupuestos se trata de un yerro de tipo¹²⁰⁶.

Para COUSO SALAS, el error en los presupuestos también constituye error de tipo, puesto que el yerro desvanece la relevancia social de la conducta, la cual es, precisamente, lo que justifica la imposición de una pena, de manera que si se aplica castigo en todo caso debería ser por delito imprudente, puesto que la condición dolosa se disipa¹²⁰⁷.

8. LA REGULACIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL CPE

El artículo 14 del texto punitivo español se regula tanto el error de tipo, como el de prohibición, concretamente, la figura objeto en estudio está señalada en el numeral 3 del referido artículo. La norma mencionada dice así: *“El error invencible sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”*.

Con relación a la inclusión del error de prohibición en la legislación penal española, debemos puntualizar que esta situación se materializó en el año 1983. Antes que dicha figura fuera reconocida en la ley sustantiva penal española se utilizaba como referencia el artículo 2 del Código civil español para denegar su vigencia, pues tal norma preveía, en términos generales, que el desconocimiento de la ley no propiciaba ninguna excusa¹²⁰⁸.

La norma del Código civil español fue reformada, de tal modo que la estructura de aquella quedó, según expresa MIR PUIG como sigue: *“El error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen”*¹²⁰⁹. La reforma aludida motivó, entre otras cosas, a que se estableciera en el Código penal español la figura del error de prohibición.

¹²⁰⁶ MEINI, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 305 y 306.

¹²⁰⁷ COUSO SALAS, *Fundamentos del Derecho...*, cit., pp. 302.

¹²⁰⁸ MUÑOZ CONDE, *Teoría General...*, cit., pp. 163.

¹²⁰⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 573.

Previo a la reforma de 1983 la jurisprudencia española se decantó por no concederle reconocimiento a la figura del error de prohibición, salvo excepciones. Así, en casos en los cuales el asunto se relacionaba con el error extrapenal se apreció el error. En este sentido, MIR PUIG sostiene que: “La STS 16 de marzo de 1892 llegó a la inculpabilidad de quienes inscriben tres hijos como legítimos sin serlo, porque, habiendo declarado ante el juez municipal su voluntad de contraer matrimonio, se creían casados “a causa de su ignorancia y falta de instrucción”. En este caso el error recaía en las normas civiles que regulan el matrimonio”¹²¹⁰.

LUZÓN CUESTA sostiene que el TS profirió algunos precedentes en los cuales se le concedió relevancia al error de prohibición en asuntos relacionados con leyes extrapenales. Así, expresa que: “...el Tribunal Supremo admitió la carencia de dolo, entre otras, en las siguientes Sentencias: una de 1951 (23-II), en quien, desconociendo el artículo 615 del Código civil, vende un toldo que encontró, después de tenerlo expuesto varios días, creyendo que había sido abandonado; en otra del mismo año (26-III), en el que entra a pastar su ganado en montes propios de un municipio, creyendo tener derecho al pastoreo; en otra de 1956 (28-I), en el que circula con una motocicleta, sin matrícula y sin permiso de conducción, debido al informe de Gestoría sobre plazo para obtener la documentación precisa; o en otra de 1960 (14-V), en la inhumación ilegal por enterrar un feto en un montón de estiércol, si se da la creencia, extendida en varias comarcas, de no cometer delito tal acción”¹²¹¹.

También sostiene MIR PUIG que antes de la reforma del año 1983 la jurisprudencia, en ciertos pronunciamientos, le concedió crédito a la figura del error de prohibición. Así, cita las SSTS de 19 diciembre de 1962, 26 de mayo de 1964; 18 de junio de 1976; 30 de enero de 1976 y 30 de marzo de 1976¹²¹².

Ahora bien, hay que tener presente que la doctrina planteó la necesidad del reconocimiento del error de prohibición¹²¹³. Así, se llegó a la conclusión que era

¹²¹⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 572 y 573.

¹²¹¹ LUZÓN CUESTA, *Compendio de 4ª edición...*, cit., pp. 101.

¹²¹² MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 574.

¹²¹³ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios...*, cit., pp. 102. Estos autores exponen que la doctrina especializada en la materia formuló un número importante de argumentos para darle crédito a la figura del error de prohibición. Se analizó el concepto voluntariedad, en vista que la noción legal de delito en el Código penal previo al estatuto de 1995, implicaba la necesidad de conciencia en torno a la

suficiente que el individuo tuviera conocimiento, por mencionar un caso, que causar la muerte es contrario a la ley, sin que se pudiese exigir que el agente supiera, con precisión, el precepto exacto que preveía el ilícito de homicidio, lo cual hace referencia a un error de derecho, en atención a que se vincula con el carácter antijurídico de la conducta.

Las consecuencias del error de prohibición invencible se surten bajo los mismos parámetros que aquellas establecidas para el error de tipo en el Código penal español, esto es que tiene lugar la impunidad. No obstante, en torno al error de prohibición vencible las repercusiones son distintas, por cuanto al tiempo en que acontece ante esta modalidad de error, se produce una rebaja de la pena en uno o dos grados en España¹²¹⁴, lo cual se opone a lo que ocurre en el error de tipo vencible, en el cual la persona responde por imprudencia, si el tipo penal infringido lo permite¹²¹⁵.

Sobre el conocimiento de la condición antijurídica de la conducta, lo cual es importante para establecer si se trata de un error de tipo o de prohibición, ya hemos puntualizado que ello no implica que el sujeto deba poseer una noción precisa de la norma jurídica, dado que solo se requiere una aproximación para tales propósitos¹²¹⁶.

antijuricidad para que se pudiese concluir que existía responsabilidad penal. En adición, aducen que se elaboró una propuesta dirigida a establecer una eximente por analogía, en concreto con la enajenación mental y el trastorno mental transitorio, según se establecía en el artículo 8.1 del anterior Código penal. Con respecto a las posturas planteadas, nos resulta más acertada la relacionada con la conciencia de la antijuricidad, debido a que ello se vincula con la culpabilidad. Una posición contraria debemos externar en cuanto a las formulaciones en torno a la condición de trastorno mental transitorio y a la enajenación, debido a que en tales figuras se observa algún tipo de padecimiento en el sujeto que limita su capacidad de culpabilidad, lo cual representa un asunto diferente al que no ocupa en este tramo.

¹²¹⁴ MIR PUIG, “El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal español”. *Justificación y exculpación en Derecho Penal. Coloquio Hispano- Alemán de Derecho Penal*, Madrid, 1995, cit., pp. 149 afirma que la atenuación no implica que se sigan los postulados de la teoría del dolo, puesto que esta consecuencia es un parámetro para establecer la pena.

¹²¹⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal...* cit., pp. 576. En cuanto a las consecuencias del error de prohibición vencible, en el cual tiene lugar una sanción atenuada, expone que esta cuestión se ha entendido como una derivación de la teoría de la culpabilidad.

¹²¹⁶ Para abundar sobre el tema y en cuanto a las connotaciones del error de prohibición invencible, el TS ha puntualizado que: “Partiendo de lo anterior, del escaso nivel cultural del acusado, las condiciones psicológicas y su falta de madurez, el error apreciado en la sentencia, considera el recurrente, debió serlo en su modalidad de invencible, pues teniendo en cuenta la realidad social vivida por acusado y víctima, los dos ecuatorianos, pertenecientes a una cultura que permite y consiente las relaciones y matrimonios con personas de doce y tres caños, (sic) no pida el recurrente haber subsanado su error acerca de la ilicitud del hecho.

Constituye doctrina reiterada de esta Sala (STS.10.10.2003), que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la

CAPÍTULO IV. OTRAS MODALIDADES DE ERROR

En este capítulo nos ocupamos de algunos casos de error, que por sus particularidades resulta difícil clasificarlas ya sea como errores de tipo o de prohibición. Incluso alguno de ellos no es considerado ni error de tipo ni de prohibición, como por ejemplo el error en las causas de exculpación. En otro caso la discusión se concentra en determinar si el error es relevante o no, como sucede en el error sobre la punibilidad.

1. EL ERROR DE SUBSUNCIÓN

El tema que ahora acapara nuestra atención presenta no pocas dificultades, puesto que se advierten varias interpretaciones en torno al error de subsunción. Así, la delimitación de tal figura representa una tarea con varias complicaciones¹²¹⁷.

En vías de contar con un panorama más claro, debemos partir del concepto de subsunción. Así, el Diccionario de la Lengua Española define subsunción como: “acción y efecto de subsumir.” En tanto, que subsumir implica: “Incluir algo como componente en una síntesis o clasificación más abarcadora.” Igualmente, se trata de: “Considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general”¹²¹⁸.

La noción de la palabra subsunción nos ha permitido fijar un punto de inicio, lo cual es útil para entender la figura que nos atañe. Esto es así, dado que el error del sujeto en el caso estudiado pasa por una equivocada percepción en cuanto al alcance de

punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza”. (Sentencia de 18 de abril de 2006)

También QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, en *Comentarios...*, cit., pp. 108, exponen que el conocimiento de la antijuricidad del hecho, no significa una noción detallada en torno a los tipos penales, por el contrario, se exige una “valoración paralela en la esfera de lo profano”, con relación al carácter antijurídico del comportamiento.

¹²¹⁷ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 337 y 338. Estos autores sostienen que no es posible ubicar el error de subsunción dentro del error de tipo o del error de prohibición. Así, opinan que en esta modalidad de error el sujeto tiene conocimiento de los elementos que integran el tipo y también sabe que la conducta está prohibida, por tanto, afirman que en este caso la persona yerra en torno a la “calificación jurídico-penal”. Para estos autores en todo caso se trata de un yerro que incide en la punibilidad. Sin embargo, esta concepción no es unánime en la doctrina, debido a que se advierten distintas posiciones en cuanto al tema.

¹²¹⁸ Diccionario de la Lengua Española, tomo II, Madrid, 1992, páginas 2101 y 2102.

alguno de los componentes del delito. En buena parte de los casos, ese yerro se relaciona con los elementos normativos del tipo. En este sentido, PUPPE sostiene que esta modalidad de error, por lo general, ha sido relacionada con los elementos normativos del tipo, debido a que por la naturaleza de aquéllos es posible que tenga lugar una subsunción errada. Sin embargo, expone que el error de subsunción se puede presentar fuera de las fronteras del tipo, de tal suerte que un individuo bien puede subsumir su estado psíquico, lo cual es un elemento que no se vincula con el tipo, sino con la capacidad de culpabilidad¹²¹⁹.

Habida cuenta que existe una estrecha relación entre el error de subsunción y los elementos normativos, es necesario tener presente la noción que debe tener el sujeto sobre los citados elementos. La doctrina, en este sentido, ha considerado que la ponderación a realizar en este sentido se trata de una valoración en la esfera del profano¹²²⁰.

El error de tipo comprende tanto los elementos normativos como los descriptivos, en consecuencia, si el agente comete algún yerro sobre alguno de ellos incursionará en el error de tipo. En este sentido, este error involucra un errado entendimiento que no da lugar a dimensionar el elemento. Aquí vale mencionar que se ha estimado si el individuo lleva a cabo la valoración, pero de forma incorrecta procede con dolo y podría tener ocasión el error de subsunción¹²²¹.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO sostiene que el error de subsunción, al cual el citado autor también denomina error de concepto, se trata de la equivocada percepción en torno a determinado contexto, es decir, que el sujeto estima que ciertas situaciones encuadran o no en un tipo penal¹²²². Este autor define el error de subsunción en los

¹²¹⁹ PUPPE, “Error de Hecho, Error de Subsunción”, *El Error en el Derecho Penal*, traducción de CÓRDOBA y BRUZZONE, Buenos Aires, 1999, pp. 96 y 97.

¹²²⁰ FAKHOURI GÓMEZ, *Delimitación entre...*, cit., pp. 193 y 198. Esta autora sostiene que esto no siempre fue así, puesto que a partir de los trabajos de von LISZT se estimó que era necesaria la subsunción de los hechos en la ley. Dicha posición varió, debido a que representaba una carga demasiado pesada para el ciudadano, por tanto, con MEZGER se elaboró el concepto de “valoración paralela en la esfera del profano” y con WELZEL “el juicio paralelo en la esfera del autor”.

¹²²¹ ZUGALDÍA ESPINAR/RAMOS TAPIA, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 516. En torno al error sobre los elementos normativos, se sostiene que su calificación es de no poca complejidad, puesto que si se relaciona con un elemento del tipo se trata de un error de tipo, empero si recae sobre un aspecto de la antijuricidad se trata de un error de prohibición.

¹²²² DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error en...*, cit., pp. 206 y 207. Este autor se ha ocupado del tema

siguientes términos: “es aquel error que, sin afectar el conocimiento por parte del sujeto de la concurrencia en el hecho del elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico, sufre el sujeto en relación con el significado de un concepto que el tipo utiliza para denominar o describir un elemento típico”¹²²³.

Desde otra perspectiva, PUPPE sostiene que el sujeto debe representarse una oración equivalente a la que describe el tipo. Añade que, si el individuo no puede realizar ese ejercicio, entonces ha comprendido de manera deficiente el tipo y, en consecuencia, se advierte un error de subsunción¹²²⁴.

El ejemplo citado por la doctrina, en la mayoría de las veces, para ilustrar el error de subsunción, se trata de la persona que borra las rayas que aparecen en el posavasos. En este supuesto el sujeto estima que no infringe ninguna norma, porque no se está frente a un documento, de manera que no ha cometido falsedad, de manera que se observa una subsunción, en este caso sobre un documento¹²²⁵.

Como mencionamos al inicio de esta sección, la delimitación de la figura que acapara nuestra atención no es un tema pacífico en la doctrina. Así, cierto sector estima que se está ante un error de prohibición, en atención a que la persona tiene conocimiento de los componentes que integran el tipo, no obstante, considera, debido a su error, que su comportamiento no es ilícito. Sin embargo, también se estima puede tratarse de un error de tipo.

ROXIN considera que esta modalidad del error puede configurar un error de

con detenida atención. Así, en cuanto a la denominación de la figura sostiene que a su parecer el concepto “error sobre la interpretación” le resulta más adecuado que error de subsunción, debido a que al fin y al cabo el sujeto yerra en cuanto a la interpretación de un concepto. También ha propuesto la construcción “error de concepto” en razón que a su modo de ver las cosas, le resulta más atinada dado que es, precisamente, esta situación en la cual se encuentra el autor. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO plantea estas cuestiones, dado que es de la opinión que el término subsunción se presta a confusión, puesto que no en toda ocasión el sujeto realiza un proceso de reflexión en torno a los conceptos relacionados con el tipo. En este sentido, afirma que el ciudadano en realidad no lleva a cabo ningún proceso de subsunción, pues no conoce los tipos penales, de tal suerte que la subsunción se adelanta más bien por el operador del sistema judicial.

¹²²³ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error en...*, cit., pp. 384.

¹²²⁴ PUPPE, *Error de Hecho...*, cit., pp. 96 y 97.

¹²²⁵ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, pp. 338, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error en...*, cit., página 391, ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 872.

tipo, de prohibición o de punibilidad según las circunstancias que se presenten¹²²⁶. No obstante, aclara que en la mayoría de las veces se estará frente a un error de prohibición, debido a que el yerro del sujeto descansa sobre cuestiones jurídicas, muchas veces con características difíciles de comprender, de tal modo que la ponderación realizada por el individuo se dirige sobre el carácter prohibido de la conducta. ROXIN opina se está ante un error de punibilidad, en el supuesto que el sujeto estime que el comportamiento es prohibido, empero no punible¹²²⁷.

Una posición similar a la planteada por ROXIN, se advierte en ARIAS EIBE quien estima que el error de subsunción puede ser un error de tipo o un error de prohibición. Así, en el caso que el yerro se relacione con un elemento normativo se estará ante un error de tipo, pero en el supuesto que el individuo considere que en razón de su error no está prohibido el comportamiento, entonces será un error de prohibición que bien puede ser, a juicio de este autor, relevante o irrelevante según las condiciones que se presenten¹²²⁸.

Para DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO el error de subsunción propiciará, al menos en la mayoría de las veces, un error de prohibición. Además, estima que puede tratarse de un error relevante, por medio de la aplicación de atenuantes de forma analógica¹²²⁹.

En contraposición a lo expuesto en el párrafo que antecede se considera que ante el caso que nos ocupa se está frente a un error de tipo, el cual tiene lugar en el supuesto que el sujeto cometa un error en cuanto a la noción de alguno de los elementos típicos. En este sentido BLANCO CORDERO¹²³⁰, estima que el error analizado en este epígrafe debe entenderse como un error de tipo, utilizando como referencia la equivocada

¹²²⁶ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 872. Este autor sostiene que la persona quien borra las rayas de un posavasos mediante la cual se pretende determinar el consumo realizado, tendrá dolo de falsedad, si tiene conocimiento de la relevancia de la mencionada raya, lo cual encuadraría el asunto como un error de tipo. En tanto, que, si estima que tal raya no es un documento, entonces estará frente a un error de prohibición vencible a juicio del citado autor.

¹²²⁷ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 872 y 873.

¹²²⁸ ARIAS EIBE, *El error...*, cit., pp. 137.

¹²²⁹ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *El error en...*, cit., pp. 212 y 381. De hecho, la doctrina mayoritaria estima que en este caso se está a un error de prohibición. Así lo afirma FAKHOURI GÓMEZ en *Delimitación entre...*, cit., pp. 199. En relación con este punto OLAIZOLA NOGALES en *El error de prohibición...*, cit., pp. 94, opina que en el caso de la persona que borra las rayas de un posavasos ésta conoce, según la valoración en la esfera de lo profano, que se está ante un documento, por tanto, el caso debe tratarse de un error de prohibición, puesto que el individuo estima que el objeto no se ubica dentro del ámbito que la ley les dispensa a los medios de prueba.

¹²³⁰ BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, 1997, pp. 396.

ponderación de los elementos normativos.

El TS en Sentencia de 18 de abril de 2006, sostuvo en torno a las consecuencias del error de subsunción que no tenía mayor trascendencia. Así, se advierte que la aludida sede jurisdiccional se pronunció como sigue: *“Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP., cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aun cuando concurra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta”*¹²³¹.

2. EL ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO

Las migraciones, debido a las expectativas de mejorar las condiciones de vida y por otros factores que ahora no corresponde indagar, han traído como consecuencia, entre otros aspectos, la formación de diferentes culturas dentro de una sociedad¹²³².

La cuestión que ahora ocupa nuestra atención se relaciona con dos conceptos que conviene tener presente. De entrada, se advierte el término multiculturalidad para hacer mención a colectivos humanos que conviven dentro de una sociedad, lo cual implica la correlación de distintas culturas¹²³³. En tanto, el multiculturalismo consiste en la corriente de pensamiento que trata sobre el abordaje de temas que inciden en diferentes niveles: políticos, económicos, culturales y religiosos que dicen relación con aspectos diversos en la sociedad¹²³⁴.

¹²³¹ Así también aparece en la sentencia 1999/2002 de 3 de diciembre emitida por el TS.

¹²³² MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al Derecho Penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Barcelona, 2008, pp. 27. En torno a este tema, esta autora se ocupa del concepto del multiculturalismo, el cual dice relación con el punto objeto de atención. Así, sostiene que este término implica la fusión de las palabras múltiple y cultura más “ismo”. Según MONGE FERNÁNDEZ el concepto multiculturalismo surge en los Estados Unidos de América en la segunda mitad del siglo XX, con motivo de la convivencia de diversas culturas. Sostiene que cada cultura se caracteriza por un conjunto de factores que la distinguen, de tal modo que es posible advertir valores que involucran creencias, mitos, costumbres, conceptos religiosos y filosóficos.

¹²³³ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y orden Penal. la eximente cultural”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No.17*, Madrid, 2013, pp. 400.

¹²³⁴ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 400.

El tema aludido, bien puede tener lugar en comunidades dentro de un país que se trasladen a otro sitio y lleven sus costumbres y enfoques mentales. En esta dirección, en América Latina esta situación se produce en buena parte de las veces con los grupos indígenas que cuentan con una idiosincrasia particular y diferente a la que se advierte por otro sector de la población. Esta situación puede ocasionar, entre otras consecuencias, conflictos debido a las formaciones de uno y otro grupo, es decir, que conlleva reflexiones sobre la base de la multiculturalidad¹²³⁵. En adición, también puede que tenga lugar alguna problemática con perspectivas legales. Sobre el particular, MONGE FERNÁNDEZ expresa que en el plano penal es en donde se van a observar la mayoría de los conflictos, en atención a la conformación de orden multicultural, la cual es propia de estos tiempos, conforme manifiesta esta autora. Además, sostiene que el fenómeno de la inmigración de grupos de diversos sectores, con distintas formaciones, ocasiona diferencias de “acomodo” entre colectivos, en razón de las diferencias que se advierten en uno y otro colectivo¹²³⁶.

El punto es de importancia superlativa, en atención a que por las distinciones relacionadas con el origen y formación¹²³⁷, la persona puede que no tenga conocimiento de la condición prohibida de algunas conductas. Y es que la cultura caracteriza al sujeto y, en consecuencia, lo define como individuo responsable, en atención al aprendizaje que acontece dentro del entorno cultural donde se desenvuelve¹²³⁸. Esto es relevante, porque como ha sido explicado en el capítulo anterior es determinante, dentro de los elementos de la culpabilidad, que el sujeto tenga noticia del carácter antijurídico del comportamiento, con el propósito que pueda serle atribuido algún delito.

El error culturalmente condicionado se concentra en las diferencias de las personas, esto es las tradiciones y otros factores de grupos que por una u otra razón no

¹²³⁵ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 402.

¹²³⁶ MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente...*, cit., pp. 28.

¹²³⁷ ZAFFARONI, *Manual de 6ª edición...*, cit, pp. 547, sostiene en estos supuestos la persona conoce que la conducta está prohibida, no obstante, debido a su formación no ha podido asimilarla.

¹²³⁸ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 405 y 407. Aquí es de recibo considerar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, pues en su artículo 27 reconoce los derechos de quienes son parte de minorías, lo cual significa que es necesario estimar las particulares situaciones de las personas en diferentes contextos sociales. Estas reflexiones se vinculan con el concepto minorías que consiste en colectivos humanos que son cuantitativamente reducidos, lo cual acarrea el derecho a recibir un trato diferente. Ahora bien, esto no implica el inexorablemente acatamiento de las prácticas observadas dentro del colectivo en contra de la voluntad del sujeto, en razón que ello daría lugar a la construcción de medios que laceren la libertad de las personas.

cuentan con la formación necesaria para verificar la condición delictiva de algunas conductas¹²³⁹. De hecho, se reconoce que la aplicación de una pena viene de la mano del conocimiento de las normas que establecen o definen los delitos y sus sanciones¹²⁴⁰. Esto es así, porque la posibilidad de conocer la condición antijurídica de la conducta es consecuencia de un proceso de socialización, es decir, que las manifestaciones culturales constituyen medios para que la persona pueda conocer que existe una norma que prohíbe determinado comportamiento¹²⁴¹.

Con todo, la cuestión hasta aquí examinada no está exenta de críticas, dado que el reconocimiento de las diferencias puede provocar que se considere existe una infracción al principio de igualdad, por vía del reconocimiento de privilegios a determinados grupos; ineficacia de los efectos de la pena, por vía de la prevención general y la reducción de la relevancia del ordenamiento jurídico¹²⁴².

En atención a las reflexiones formuladas, es de recibo considerar la figura del delito cultural. En esta dirección, TORRES FERNÁNDEZ cita a VAN BROEK, en su trabajo *Cultural Defence and culturally motivated crimes (cultural offences)*, quien define el concepto en los siguientes términos: “es un acto realizado por un miembro de una minoría cultural, el cual es considerado delito por el sistema legal de la cultura dominante, sin embargo, en el grupo cultural del ofensor el mismo acto, es permitido, aceptado como un comportamiento normal y aprobado e incluso promovido y estimulado en un determinada situación”¹²⁴³. Los requisitos del delito en cuestión pasan por la motivación de individuo, lo cual implica la intención de atender a los designios de su cultura; es necesario que exista una línea de comportamiento por el colectivo al cual pertenece; y una colisión entre la conducta del sujeto y el ordenamiento¹²⁴⁴.

¹²³⁹ PEÑA CABRERA, “El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2° párrafo) y el 15 del Código Penal Peruano”, *Revista de Derecho Penal y Criminología No. 3*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, pp. 608. Este autor explica que el agente conoce la condición prohibida de la conducta, sin embargo, no puede entenderla por cuestiones de orden cultural.

¹²⁴⁰ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 416.

¹²⁴¹ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 416. En este sentido, debemos tener en mente que existe un núcleo duro de normas que se ocupan de la tutela de bienes jurídicos esenciales y personales como la vida, la integridad, la libertad, por mencionar algunos, que son transversales a toda sociedad.

¹²⁴² TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 420.

¹²⁴³ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 422.

¹²⁴⁴ TORRES FERNÁNDEZ, *Identidad, creencias y...*, cit., pp. 422.

En torno a la naturaleza del error que acapara nuestra atención, MONGE FERNÁNDEZ considera que, conforme al concepto material de culpabilidad, no se precisa sólo que haya capacidad de culpabilidad, sino que se debe exigir comprensión del injusto para que el sujeto se motive a acatar la norma. Así, esta autora es de la opinión que los errores culturalmente condicionados, deben entenderse como errores de prohibición¹²⁴⁵. Sin embargo, conviene tener en mente que para la acreditación de este error no es suficiente la versión de un miembro del grupo, por el contrario, será necesario la concurrencia de especialistas: antropólogos y etnólogos que puedan dar fe de la situación alegada¹²⁴⁶.

Los resortes sobre los cuales se asienta el error objeto de estudio radican en la influencia de la cultura sobre el sujeto, lo cual acontece incluso en un plano inconsciente y determina hasta la forma de pensar y el comportamiento, de manera que los lineamientos penales no deben perder de vista tales cuestiones¹²⁴⁷. En esta dirección, se observa que el individuo no tiene conocimiento que la conducta transgrede la ley o bien está informado de la norma, empero considera que debe acatar sus mandatos culturales¹²⁴⁸.

La figura objeto de estudio aparece establecida en el artículo 15 del Código

¹²⁴⁵ MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente...*, cit., pp. 111, 65 y 75, 96 y 106 también analiza otras alternativas en cuanto a este error. Así, expresa que, a primera vista, podría pensarse se está frente a la figura prevista en el artículo 20.1. del Código penal español que dice así: “...que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. Sin embargo, concluye que la cuestión que nos ocupa no podría resolverse desde esa perspectiva, puesto que para ello se precisa de una base psiquiátrica que determine anomalía o alteración psíquica no transitoria. De igual forma, sostiene que la situación podría encuadrarse en el artículo 20.3 del Código penal español, es decir, alteración de la percepción. La norma mencionada indica lo siguiente: “...que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”. Con respecto a este tema, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de...*, cit., pp. 549 manifiestan que el “subdesarrollo cultural” que dé lugar a una importante alteración de la conciencia propicia una causa de inimputabilidad, porque el sujeto no puede internalizar las valoraciones que contienen las normas penales, en atención a que ha estado en una “incomunicación social”, desde su temprana edad, ya sea el nacimiento o la infancia. Esta posición es rechazada por MONGE FERNÁNDEZ, puesto que la alteración de la percepción se refiere a cuestiones relacionadas con los campos físico y sensorial. Otra alternativa consistiría en abordar el tema bajo la figura del miedo insuperable, sin embargo, manifiesta MONGE FERNÁNDEZ que la persona que incurre en un error culturalmente condicionado, no procede con un daño de considerable entidad en su conciencia. También destaca que otra posición estriba en estimar que el error culturalmente condicionado se puede vincular con una atenuante analógica, no obstante, desestima esta postura porque para tales efectos considera debe existir un fundamento similar entre la atenuante que se pretende aplicar por medio de analogía y las que se encuentran previstas en el Código penal, empero este no es el caso que nos ocupa.

¹²⁴⁶ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 424.

¹²⁴⁷ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 429.

¹²⁴⁸ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 430.

penal peruano, citado por PEÑA CABRERA. La norma dice así:

“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”.

Con relación a la figura objeto de atención, se observa que mediante resolución No. 1037-2004 de la Sala Permanente Penal, en el Perú consideró que había tenido lugar la modalidad de error objeto de estudio. Así, se determinó que el comportamiento del sujeto era típico; antijurídico, sin embargo, no podía ser considerado culpable, por ende, desde esta perspectiva es posible concluir se trata de un error de prohibición, porque la persona no tenía conocimiento de la condición antijurídica de la conducta. En adición, se colige que dicha posición también aparece sostenida en resolución de la Sala Penal transitoria del Perú número 755-2004 en la cual se dispuso absolver al acusado, de manera que se entiende el proceso se llevó hasta la fase de plenario, decisión a la cual también se llegó en el fallo de 22 de septiembre de 2009¹²⁴⁹.

La jurisprudencia peruana también ha estimado que frente a este tipo de error se precisa de la elaboración de pericias con el fin de determinar con precisión el contexto del sujeto, lo cual implicar examinar también la situación de la persona¹²⁵⁰.

Para el autor peruano MEINI se observa una diversidad cultural invencible en el artículo 15 del Código penal peruano, en atención a una situación cultural, pues el individuo tiene una fijación de la realidad distinta al mayoritario, por tanto, se observa una incapacidad para entender la condición ilícita de un comportamiento. En atención a tales planteamientos no se evidencia necesidad de pena¹²⁵¹.

Se advierte que la naturaleza de esta modalidad de error ha sido objeto de discusiones. Así, se considera se trata de un error de tipo, en el entendido que la cultura del sujeto puede dar lugar a que falte el dolo, sin embargo, importa tener en mente que

¹²⁴⁹ Cfr. Código penal peruano, Lima, 2011 pp. 59.

¹²⁵⁰ Cfr. Código penal peruano, Lima 2011, pp. 60.

¹²⁵¹ MEINI, *Lecciones de Derecho...*, cit., pp. 365.

la culpabilidad es el escenario por antonomasia para examinar las motivaciones del agente, de manera que resulta la categoría del delito más propicia para valorar las probables consecuencias de la cultura sobre la persona¹²⁵². De igual forma, también se ubica al error en cuestión en las eximentes que dicen relación con anormalidades psíquicas, no obstante, esta posición ha sido objeto de censuras, en atención a que la problemática pasa por un asunto de socialización¹²⁵³.

Se ha considerado que el asunto tiene como sustrato la inexigibilidad, en atención a la anormalidad de las situaciones que se presentan. Así se ha planteado la posibilidad de que las circunstancias por las que pasa por el autor se ubican como miedo insuperable por la presión social que enfrenta; o por estado de necesidad exculpante¹²⁵⁴.

Lo cierto es que la cuestión planteada influye, de manera determinante, en asuntos relacionados con el conocimiento de la condición antijurídica de la conducta, lo cual también acontece en las leyes penales con aplicación extraterritorial. En este sentido, resulta de trascendental relevancia establecer la noción en torno al conocimiento de la antijuricidad, para poder determinar el grado del error¹²⁵⁵.

Siguiendo con los niveles que tendría el error en circunstancias como las que nos ocupa, una primera reflexión pasa por un juicio psicológico-individual, es decir, habría que realizar alguna verificación del estado mental del sujeto, para establecer lo que conoce. Otra alternativa consiste en examinar información externa del sujeto, su historia y contexto, para luego verificar lo que sabe¹²⁵⁶.

Dentro de la segunda posición enunciada, se cuenta con el modelo normativo-legislativo formal que sostiene, en términos generales, que el individuo debe conocer las leyes publicadas. También se advierte el modelo normativo social global, en el cual se infiere que el ciudadano debe conocer lo que el sujeto medio y fiel al ordenamiento

¹²⁵² TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 433.

¹²⁵³ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 435.

¹²⁵⁴ TORRES FERNÁNDEZ, “Identidad, creencias y...”, *AFDUAM* 2013., pp. 437. Con todo, esta autora estima que no es preciso que se regule de manera expresa la figura, porque ello conduciría a particularizar el asunto, de modo que propone acudir a la teoría general del delito para resolver la problemática.

¹²⁵⁵ SILVA SÀNCHEZ, “Prolegómenos de una doctrina sobre el error de prohibición”, *Libertas* 5-2016 (diciembre), *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, número monográfico extraordinario. Liber amicorum a CLAUS ROXIN, 85 aniversario*, Madrid, pp. 132.

¹²⁵⁶ SILVA SÀNCHEZ, “Prolegómenos de una...”, *Libertas*, 5-2016, pp. 135 y 136.

conoce. En tanto que el modelo normativo-cultural grupal que indica que el sujeto debe conocer la ley, según lo que el ciudadano medio y fiel al derecho del Estado conoce, pero dentro del marco de su respectivo grupo cultural¹²⁵⁷.

3. EL ERROR SOBRE LA PUNIBILIDAD

En la mayoría de las veces una vez que concurren la tipicidad, antijuricidad y la culpabilidad resultaba dable aplicar la pena correspondiente. No obstante, existen algunos casos en los cuales se requiere de algunos elementos previstos en la ley para que pueda tener lugar la aplicación de una sanción¹²⁵⁸.

Con respecto a este tema, QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS/PRATS CANUT definen la punibilidad de la siguiente forma: “cumplimiento de los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado”¹²⁵⁹.

La punibilidad contiene aspectos positivos, como es el caso de las condiciones objetivas de punibilidad; y negativos que involucran las excusas absolutorias. En cuanto a las primeras se advierte que son necesarias para que el hecho pueda ser objeto de castigo, junto con la antijuricidad y la culpabilidad. En tanto que la concurrencia de las segundas trae como consecuencia que no se aplique castigo, a pesar que haya tenido lugar una acción típica, antijurídica y culpable¹²⁶⁰.

El fundamento de las excusas absolutorias ha de encontrarse en motivaciones políticocriminales, debido a que en determinados casos el legislador estima que ciertas circunstancias no deben exceder del ámbito en el cual acontecen. Así, por ejemplo, en el caso de algunos hechos que tienen lugar dentro del entorno familiar y que a la postre no

¹²⁵⁷ SILVA SÀNCHEZ, *Prolegómenos de una...*, cit., pp. 136 y 137.

¹²⁵⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp 592 y 593. De acuerdo con estos autores, en términos generales, sólo se precisa del injusto y de la culpabilidad como base para imponer un castigo. No obstante, en ciertos casos no aparece demostrada la “necesidad de pena”, de tal manera que la condición de punible del hecho cede por circunstancias que están un tanto más allá del injusto y la culpabilidad. Exponen que las bases de estas figuras descansan en cuestiones extrajurídicas, como por ejemplo la libertad parlamentaria, pero también poseen una naturaleza jurídica-penal en atención a las especiales circunstancias en que se encuentra el sujeto en algunos supuestos.

¹²⁵⁹ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de...*, cit., pp 445.

¹²⁶⁰ MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y Delito*, Madrid, 2007, pp. 61 y 65.

tienen mayor relevancia fuera de su ámbito, de modo que no resulta dable aplicar una pena¹²⁶¹.

MAPELLI CAFFARENA atiende a la clasificación que se realiza en la doctrina italiana en torno a las condiciones objetivas de punibilidad. En esta dirección, expone que se observan condiciones intrínsecas y extrínsecas. Así explica que las primeras operan: "...calificando y actualizando las lesiones de los intereses tutelados por el delito". En tanto que en las segundas tienen lugar: "limitando su función a determinar un hecho externo del cual el legislador hace depender la relevancia penal de la conducta del agente, pero sin vínculo alguno desde el punto de vista jurídico con la lesión de un interés ya perfecto en sus elementos"¹²⁶².

En cuanto a la ubicación de la figura en estudio, por una parte, hay autores que consideran que la punibilidad no forma parte de la tipicidad, ni de la antijuricidad y tampoco de la culpabilidad, lo cual significa que su consideración se advierte en un plano distinto donde se reúnan los elementos de la punibilidad¹²⁶³. La base de esta toma de posición se sustenta en que el injusto y la culpabilidad por su cuenta no permiten la pena, por tanto, se precisa de otros elementos que tienen por propósito dotar de fundamento a la necesidad de castigo¹²⁶⁴.

Otra posición en cuanto a este tema sostiene que las condiciones objetivas de punibilidad se ubican en el tipo penal. Esto es así, porque en el tipo se encuentran los hechos que se estiman importantes desde el punto de vista penal, por tanto, resulta de recibo que sea en el tipo donde se incluyan los elementos que fijan condiciones en

¹²⁶¹ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de...*, cit., pp. 447.

¹²⁶² MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, 1990, pp. 22. En calidad de condición extrínseca cita el caso de la declaratoria de quiebra por un tribunal civil en el delito de quiebra, el cual es un hecho externo, pero que no tiene relación con la afectación del interés, en tanto, que la condición intrínseca aparece ejemplificada por la sentencia que se precisa en los delitos de falso testimonio, puesto que aquí sí se refiere a los intereses que protege el delito.

¹²⁶³ En esta dirección MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 404. Por su parte, MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico...*, cit., pp. 11 y 50, sostiene que la determinación de la naturaleza de las condiciones objetivas de punibilidad representa una cuestión no poco complicada, debido a las diferencias que se advierten con relación a las otras categorías delito. También explica que en España varios autores se inclinan por considerar a la punibilidad junto con las categorías del injusto y la culpabilidad. Así cita a GIMBERNAT ORDEIG, MUÑOZ CONDE, ANTÓN ONECA, en tanto, que en Alemania siguen tal posición JESCHECK, STRATENWERTH, SAX, WESSELS y RUDOLPHI.

¹²⁶⁴ MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico...*, cit., pp. 51 y 53. Este autor explica que no resulta dable establecer una nueva categoría del delito, en este caso la punibilidad, pues con ello sólo se pretende encontrarle lugar a algunos elementos que no pertenecen al injusto ni a la culpabilidad.

cuanto a la punibilidad objetiva de un hecho¹²⁶⁵.

También se advierten otras posiciones que entienden que tanto las condiciones objetivas de punibilidad como las excusas absolutorias forman una categoría diferente del resto de las otras¹²⁶⁶. En sentido opuesto, se observan las tesis restringidas que establecen las condiciones objetivas de punibilidad no integran una categoría distinta, debido a que por naturaleza forman parte del injusto¹²⁶⁷.

Otro sector de la doctrina opina que las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias no conforman una categoría diferente al injusto y a la culpabilidad, sino que su ubicación radica en una categoría intermedia¹²⁶⁸.

En torno al error sobre la punibilidad, se observa la doctrina mayoritaria estima que no tiene mayor incidencia. Así, por una parte, se sostiene que la persona sólo precisa conocer la norma, empero no se requiere de la noción de la amenaza penal¹²⁶⁹.

También se considera que la punibilidad no es un elemento de la tipicidad, por tanto, el dolo no la abarca, de manera que desde esta perspectiva el error no es relevante¹²⁷⁰.

¹²⁶⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, cit., pp. 182. Por otro lado, este autor en cuanto a las excusas absolutorias sostiene que el carácter de éstas se vincula con “causas personales de exclusión o levantamiento de la pena”. Según este autor dicha figura no afectan al injusto ni a la culpabilidad, sino que enervan el castigo en el caso que sea cometido por determinada persona.

¹²⁶⁶ MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, Valencia, 2004, pp. 51.

¹²⁶⁷ MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre...*, cit., pp. 55 y 56. Esta autora sostiene que en Alemania SAX es de la opinión que las condiciones objetivas de punibilidad son parte del tipo de injusto. Así, expone que SAX sostiene que es necesario considerar un tipo legal que comprenda la descripción que realiza la ley de la conducta y los aspectos hacia los cuales debe dirigirse el dolo, sin embargo, también importa ponderar un tipo de injusto que se encuentre conformado por el citado tipo penal y por la infracción que merece una pena, en el cual tienen cabida los “presupuestos objetivos del merecimiento de pena”, esto es las condiciones objetivas de punibilidad, así como otras instituciones, es decir, los elementos subjetivos del injusto. Añade, MORENO-TORRES que OTTO también opina que las condiciones objetivas de punibilidad no pueden encontrarse fuera del injusto, debido a que su propósito radica en la “cuantificación del injusto”.

¹²⁶⁸ MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre...*, cit., pp. 57 y 69. Según esta autora defiende esta posición BACIGALUPO, quien entiende que se precisa de otra categoría, en este caso ubicada entre la antijuricidad y la culpabilidad, a la cual denomina responsabilidad por el hecho. La justificación de esta posición estriba en que no encuentra acomodo dentro de las circunstancias que excluyen tanto la antijuricidad como la culpabilidad. Por su parte, MORENO-TORRES HERRERA explica que la punibilidad conforma una cuarta categoría del delito. En este sentido, refiere que debe tomarse en cuenta que lo punible no forma parte del concepto de delito, por el contrario, agrega una característica adicional.

¹²⁶⁹ MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad...*, cit., pp. 281.

¹²⁷⁰ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 404.

En sentido contrario, se colige un sector de la doctrina considera que el error sobre la punibilidad tiene importancia. Así, se sostiene que la amplia tendencia encaminada a negar la relevancia del error sobre la punibilidad no ha sido precedida de un debate dogmático detallado en torno al asunto, sino que el tema ha estado marcado por pronunciamientos tribunalicios dirigidos a enervar cualquier efecto de este error. En este sentido, se afirma que no es posible pasar por alto el rol que desempeña la pena, por vía de amenaza al ciudadano. También se refiere que la persona estará en posición de motivarse frente a la norma, sólo en el supuesto que tenga conocimiento íntegro de las consecuencias que conlleva una sanción¹²⁷¹.

El punto de partida, para defender el error sobre la punibilidad se encuentra en FEUERBACH que desarrolló la teoría de la coacción psicológica en la cual se refería era necesario que las personas conocieran la pena de la conducta para así poder motivarse a acatarla¹²⁷².

Otro autor que estima el error sobre la punibilidad es relevante se trata de BACIGALUPO ZAPATER¹²⁷³, quien aborda el tema desde la perspectiva de las excusas absolutorias. Así, sostiene que el sujeto quien tuvo conocimiento que su comportamiento era contrario a derecho, sin embargo, consideró no era punible, no debería ser objeto de medidas de carácter resocializador, puesto que no toda infracción de una norma es indicio de una condición personal de desocialización.

MAPELLI CAFFARENA les concede importancia a las condiciones intrínsecas, debido a que forman parte del tipo objetivo, de manera que ante este supuesto es necesario que el autor al menos se haya formulado el riesgo que implica su comportamiento. Este autor sostiene que es posible que tenga lugar el error invencible frente al cual no habrá, claro está, castigo; mientras si es vencible no tendrá lugar ningún efecto, porque considera que las condiciones pueden atribuirse sin que se modifique el injusto. En cuanto a las condiciones extrínsecas sostiene que no tienen

¹²⁷¹ BACIGALUPO ZAPATER, *Teoría y...*, cit., pp. 589 y 608.

¹²⁷² MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre...*, cit., pp. 83 y 84, expone que el error sobre los elementos de la punibilidad son relevantes, con el fin de disminuir la culpabilidad del autor. Explica que la persona precisa de conocer la punibilidad y tal error no solamente disminuye la gravedad de la culpabilidad, sino que en el caso de ser inevitable enerva cualquier responsabilidad. Esta autora defiende el error sobre la punibilidad y estima se trata de un error de prohibición.

¹²⁷³ BACIGALUPO ZAPATER, *Teoría y...*, cit., pp. 605.

repercusión para el error, dado que no son parte del injusto¹²⁷⁴.

El TS negó la importancia del error sobre la punibilidad, por lo menos así se verificó en sentencia de 5 de octubre de 1990 en el cual puntualizó lo siguiente: *“Procede en consecuencia desestimar el motivo interpuesto, sin que pueda ser atendido el error sobre la punibilidad del hecho por parte del sujeto, el cual no se refiere a la antijuricidad, sino a su consecuencia jurídica -la conminación penal- que es jurídicamente irrelevante”*.

CAPÍTULO V. EL ERROR EN LA LEGISLACIÓN PENAL PANAMEÑA

Una vez que hemos revisado algunos conceptos jurisprudenciales y doctrinales, en torno a la figura del error, nos abocamos a verificar el estado de la cuestión en Panamá. En este sentido, se hace énfasis en el código de 1982, pues estuvo vigente hasta mayo de 2008. Claro está, nos concentramos en el nuevo Código penal de 2007. Cabe mencionar que se revisa la estructura de los referidos códigos con el ánimo de determinar la orientación de los mismos y así contar con un panorama más claro del asunto que nos atañe.

También se realiza una aproximación a los estatutos penales de 1916 y 1922 en vías de establecer, en la medida de lo posible, el sentido de aquellos y su posición frente al error.

1. CÓDIGO PENAL DE 1916

El mencionado texto penal se fundamentó en los puntos que a continuación se mencionan: “1) Inviolabilidad de la vida humana; 2) Prescripción de penas perpetuas, infamantes, de confiscación y las que impliquen incapacidad civil permanente, lo mismo que prohibición de aplicarlas antes del fallo definitivo; 3) Retroactividad de las disposiciones penales en cuanto favorecen al reo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles correspondientes; y 4) Imposición de penas solo por actos u omisiones calificadas de delitos por leyes anteriores a su perpetración”¹²⁷⁵.

¹²⁷⁴ MAPELLI CAFFARENA, *Estudio jurídico...*, cit., pp. 132.

¹²⁷⁵ Gaceta Oficial No. 2168 de enero de 1915.

En la literatura jurídica nacional no encontramos mayores referencias en cuanto al aludido texto penal. Se observa que este Código penal no contenía la regulación de las faltas, cuestión que ha sido una constante en el ordenamiento punitivo panameño, dado que tal asunto ha estado en manos de las autoridades administrativas, como expone MUÑOZ POPE¹²⁷⁶.

Aquí hay que puntualizar que el Código penal de 1916 no honraba en su justa dimensión el principio de legalidad, debido a que era permitido aumentar la sanción de una persona que estuviera cumpliendo una pena, en el caso que se advirtiera mal comportamiento en el centro penitenciario donde se encontraba, tal como lo establecían los artículos 18 y 26.

El Código penal de 1916 regulaba en la parte general los siguientes temas: jurisdicción penal; extradición; excarcelación; reincidencia; libertad condicional y aumento de pena; indultos y conmutaciones; delitos, circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de responsabilidad penal; personas responsables y las penas; y extinción de la responsabilidad penal.

Se advierte que el aludido texto legal tenía muy pocas referencias en cuanto a la concepción de la teoría del delito, debido a que se ocupaba sólo de la consumación y la tentativa; la participación criminal; la conceptualización de delito en atención a las acciones u omisiones que infringen la ley; la presunción de voluntariedad de las acciones u omisiones sancionadas por ley. Se colige que este Código penal no tenía ninguna norma vinculada con el error y tampoco se tienen noticias de algún pronunciamiento jurisdiccional sobre el tema, en la literatura consultada.

2. CÓDIGO PENAL DE 1922

Tal como se colige el Código penal de 1916 tuvo una vigencia bastante limitada en atención a que en 1922 entró a regir otro estatuto punitivo¹²⁷⁷. Al momento que se

¹²⁷⁶MUÑOZ POPE, *Introducción al Derecho penal*, Panamá, 2000, pp. 102.

¹²⁷⁷MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ, *Derecho Penal Panameño*, Panamá, 1977, pp. 97. Estos autores sostienen que el Código penal de 1922 tuvo como referencia al Código penal italiano de

entró en vigor el referido código se encontraban en boga los planteamientos de la teoría clásica.

El estatuto de 1922, según la doctrina nacional, era un texto altamente casuístico y sumamente represivo¹²⁷⁸.

El Código penal de 1922, a diferencia de lo que contemplaba el texto penal de 1916 desarrollaba mejor lo pertinente al principio de legalidad, dado que no permitía incrementos de penas ejecutoriadas, como si lo disponía el texto de 1916. En este sentido, se pueden confrontar los artículos 1 y 30 del Código penal de 1922. Se observa que el Código penal de 1922 no concedía importancia al desconocimiento de la ley, o sea, no contemplaba la figura del error de prohibición, como se desprende de su artículo 42.

En términos generales, el texto le otorgaba relevancia, en alguna medida, a la inimputabilidad, puesto que sostenía no estaban sujetas a pena las personas que tenían sus facultades mentales debilitadas al momento en que tuvo lugar el incidente, sin embargo, disponía que se internaran en un manicomio hasta el término de un año, según lo establecía el artículo 44. Tampoco tenía lugar la responsabilidad penal en el supuesto que una persona reaccionara ante una violencia grave e injusta, como decía el artículo 47¹²⁷⁹. En adición, se preveía la figura del estado de necesidad y el cumplimiento de un deber legal en los artículos 48 y 49.

Para los efectos que nos interesan, se observa que el código de 1922 se ocupaba de la figura del error, de manera casuística, dado que preveía la figura del error en la persona, de tal suerte que no se podían aplicar las agravantes pertinentes al sujeto quien causó, por ejemplo, una lesión a una persona distinta a la cual se proponía lastimar, en atención al artículo 53.

El estatuto punitivo que entró en vigencia en 1923, ha sido el que ha regido

1889, conocido como el “Código Zanardelli”.

¹²⁷⁸ MUÑOZ POPE, *Introducción...*, cit., pp. 102 y 105.

¹²⁷⁹La jurisprudencia de la época veía en dicho precepto la figura de la legítima defensa, es decir, una causa de justificación. Así, en Auto de 12 de marzo de 1931 en torno al artículo en cuestión la Corte Suprema de Justicia se pronunció en los siguientes términos: “*El derecho de legítima defensa, generalmente aceptado por los penalistas, exige que el ataque sea injusto, que el medio empleado sea el que corresponde a las circunstancias del momento y que la defensa no vaya más allá del límite señalado.*”

durante mayor tiempo en Panamá, pues se extendió hasta 1983 cuando entró en vigor el Código penal de 1982.

3. CÓDIGO PENAL DE 1982

Este estatuto punitivo, a diferencia de los otros a los cuales hemos hecho referencia, tenía un desarrollo un tanto más ordenado, en lo que a la teoría del delito se refiere¹²⁸⁰. Se trataba de un código con influencias de la teoría neoclásica lo cual tuvo, naturalmente, profundas incidencias en sede de la figura del error.

La parte general de este estatuto estaba integrada por seis títulos: disposiciones preliminares, hecho punible, las penas, extinción de las acciones penales y las penas, las medidas de seguridad y responsabilidad civil derivada del delito.

El Código penal de 1982 contemplaba en torno a las formas de acción, la comisión por omisión en el artículo 17, lo cual representó una novedad en la legislación penal panameña. Además, estableció como causas de justificación el cumplimiento de un deber legal, el ejercicio legítimo de un derecho, estado de necesidad justificante y la defensa necesaria, según los artículos 19, 20 y 21.

El instrumento jurídico comentado contenía las siguientes causas de exculpación: obediencia debida, estado de necesidad y la coacción, como aparecía en los artículos 35 a 37.

El Código penal de 1982 tenía registrada la figura del error de tipo en el artículo 33. La norma aludida se encontraba ubicada en el capítulo IV, Título II, Libro I del código comentado donde se regulaba la culpabilidad. Dentro de ese capítulo estaban el dolo y la culpa, lo que refleja una inclinación hacia el neocausalismo. Esta situación implica que en el instrumento jurídico de 1982 el error de tipo se entendía como una causa de exculpación.

¹²⁸⁰Sobre el particular, MUÑOZ POPE, *Estudios para la reforma penal*, Panamá, 2006, pp. 35, expresa que el Código penal de 1982 se elaboró con base en los aportes de profesores de Derecho penal de la Universidad de Panamá que siguieron a BACIGALUPO, BUSTOS RAMÍREZ y ZAFFARONI, así como con cierta influencia de REYES ECHANDÍA y RODRÍGUEZ DEVESA.

El artículo 33 del Código penal de 1982 decía así: *“No será sancionado quien, al realizar el hecho, comete error invencible sobre alguna de las exigencias necesarias para que el delito exista según su descripción legal. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización”*.

Estimamos que el artículo 33 del Código penal de 1982 contemplaba el error de tipo invencible, tal como se desprende de su primer inciso, mientras que la figura del error de tipo vencible se contenía en el segundo párrafo, puesto que si el error provenía de la imprudencia era posible castigar, si el delito tenía registrada la modalidad culposa en el tipo subjetivo.

Además, se preveía la figura del *error in persona*. En esta dirección, se observa el artículo 34 del Código penal refería: *“Si por error o por accidente, el culpable de un delito daña con él a una persona distinta de aquella a quien quiso agredir, no se le imputarán para graduar la pena las circunstancias agravantes que emanan de la condición de la persona ofendida o de los vínculos que unan a ésta con el culpable; pero sí se tendrán en cuenta las circunstancias que hubieren atenuado la responsabilidad del culpable si el hecho se hubiera cometido en la persona a quien el delincuente tuvo el propósito de agredir”*.

Según se advierte la norma aludida preservaba la culpabilidad sobre el agresor, sin embargo, no daba lugar a la aplicación de agravantes que pudieran tener lugar debido a la calidad de la persona agredida, en razón del error del autor. Al contrario, propiciaba el reconocimiento de las atenuantes.

Se observa que el Código de 1982 no regulaba la figura del error de prohibición. Antes, al contrario, el artículo 6 del citado texto legal decía: *“El desconocimiento de la ley penal no exime de responsabilidad al que la infringe”*.

La disposición referida, como se colige de su contenido, se inclinaba por la figura del *error in iuris nocet*, lo cual a nuestro juicio no valoraba el conocimiento de la antijuricidad dentro del examen de la culpabilidad.

Pese a que el Código penal de 1982 se mantuvo vigente por más de 20 años fueron escasos los antecedentes emitidos por los tribunales de justicia en cuanto al error. En las siguientes líneas nos referimos a los pronunciamientos en torno al tema objeto de atención, luego de haber abordado lo relativo a la legislación.

Por medio de sentencia de 23 de mayo de 1997, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia se refirió al error de tipo en los siguientes términos: *“De esa manera, se tiene en cuenta que el agente actuó con la creencia errónea que lo hacía lícitamente, por cuanto que se defendía de una agresión injusta, ello revela que el agente desconocía la ilicitud del hecho y que en su conducta no mediaron los conceptos de dolo ni de culpa, razón por la cual estamos ante el supuesto legal de exclusión de culpabilidad denominado error esencial e invencible”*¹²⁸¹.

El tramo transcrito merece varios comentarios. De entrada, debemos tener en mente que el Código penal de 1982 no tenía prevista la figura del error de prohibición, luego entonces la motivación del tribunal ha sido errada al tiempo en que sostuvo que la persona debía ser exonerada de responsabilidad, puesto que no tenía conocimiento del carácter prohibido de la conducta, es decir, que se hizo referencia al error de prohibición como fundamento para absolver al acusado, empero esa figura no aparecía en el Código penal.

En el fallo mencionado, la Sala Penal consideró había tenido lugar un error inverso o al revés, concretamente, la defensa putativa. Si bien esta modalidad de error puede entenderse como un error de tipo, según la teoría restringida de la culpabilidad, el tribunal no realizó ninguna referencia a ese aspecto, en consecuencia, desde esta perspectiva nos encontramos ante un fallo inmotivado.

Así, se colige que en el fallo examinado se confundieron los elementos del error de prohibición con el error de tipo, puesto que la motivación que da lugar a la absolucón estriba en la ausencia de conocimiento de la prohibición, lo cual constituye un error de prohibición, sin embargo, se utilizó como base legal error de tipo, según el

¹²⁸¹ En el caso que acapara nuestra atención, se observa un agente de la policía perseguía a un sujeto, quien al tiempo que intentaba escapar se llevó la mano a la pretina del pantalón, lo cual motivó al agente a sacar un arma de fuego.

análisis realizado por el alto tribunal.

Por otro lado, a través de sentencia de 13 de diciembre de 2007, la Sala Segunda de lo Penal la Corte Suprema de Justicia expuso sobre el error lo siguiente:

“Las posiciones planteadas nos permiten concluir que para establecer que hablamos de error invencible cuando el autor o partícipe del hecho no esté de ninguna manera, en la posibilidad de conocer la ilicitud del acto que ejecuta”.

Nuevamente incurrió la Sala Penal en una grave equivocación, pues debido a la fecha del fallo sólo tenía cabida la figura del error de tipo. No obstante, en la sentencia se hace mención al conocimiento de la ilicitud, lo cual es un elemento vinculado al error de prohibición, figura que no estaba prevista en el Código penal de 1982.

Mucho más acertada fue la sentencia absolutoria No. 2 de 8 de febrero de 2008 proferida por el Juzgado Segundo de Circuito Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, en la cual se determinó la absolución de un sujeto, debido al error de tipo. En este caso, se llegó a la conclusión que para el acusado era imposible verificar la edad de la menor con la cual mantuvo relaciones sexuales, lo cual constituía un requisito esencial del tipo por el cual había sido enjuiciado.

En razón de lo expuesto en el inciso superior, se advierte que el sujeto no tenía conocimiento de uno de los elementos del tipo, en este caso la edad de la joven, lo que implicaba la presencia de un sujeto pasivo calificado. En adición, el proceso transitó hasta la etapa plenaria, en atención a que la ubicación del error de tipo estaba en el Código penal de 1982 en la culpabilidad, de manera que debía surtir la causa hasta la última fase del proceso.

4. CÓDIGO PENAL DE 2007

Con el propósito de contar con un panorama un tanto más amplio en cuanto al estatuto punitivo vigente, hemos considerado oportuno verificar, al menos en cierta forma, algunos antecedentes del citado texto punitivo.

El 10 de marzo de 2005 el entonces presidente de la República de Panamá

Martín Torrijos Espino suscribió el Pacto de Estado por la Justicia, con el fin de encarar la problemática que atravesaba el sistema judicial, cuestionado por su falta de celeridad. El informe final del citado pacto, entre otras cosas, sugirió una reforma integral de la justicia en materia penal.

Algunas de las recomendaciones recibieron concepto favorable, de tal forma que el Órgano Ejecutivo emitió el Decreto Ejecutivo No. 541 de 2005, por medio del cual se estableció un equipo técnico y una comisión codificadora, con el fin que se confeccionaran los anteproyectos del Código penal, como del Código procesal penal¹²⁸².

Durante la sesión de 28 de septiembre de 2006, el Consejo de Gabinete aprobó el proyecto de ley en torno al Código penal elaborado por la comisión codificadora. Así, el proyecto fue presentado al Órgano Legislativo por el Viceministro encargado del Ministerio de Gobierno y Justicia. El documento fue analizado, en primera instancia, por la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales del citado órgano del Estado, en atención a lo previsto en el numeral 11 del artículo 52 del Reglamento Orgánico del Régimen Interno.

¹²⁸²Toda la información relacionada con la formación del Código penal ha sido consultada en la página www.asamblea.gob.pa. La confección de un nuevo estatuto también se fundamentó en que el Código penal de 1982 había cumplido con los propósitos para los cuales fue establecido. Además, se puntualizó que el referido estatuto no tomó en cuenta principios y garantías que se planteaban en Hispanoamérica, por tanto, se requería otro texto que se ocupará de tales asuntos, máxime porque se trataba de un código que seguía adscrito a la superada corriente neocausalista.

También se adujo que el Código penal de 1982 fue modificado en un número importante de ocasiones, de manera que había perdido la coherencia que se requiere de un texto legal. En adición, se argumentó que el código de 1982 era en exceso casuístico, de manera que correspondía formular los correctivos del caso.

Otros aspectos cuestionados se relacionaban con la carencia de tipos penales que se ocuparan de los fenómenos delictivos vinculados con el uso indiscriminado de la tecnología, lo cual requería de la adopción de un nuevo código.

Las cuestiones aludidas aparecen registradas en el informe rendido por la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional de Panamá, calendado 7 de febrero de 2007 y que recoge las incidencias del primer debate que inició el 23 de enero de 2007 con relación al proyecto No. 255 que contenía el proyecto de Código penal.

La discusión del proyecto No. 255 se dividió en tres fases: 1) preparación- en la cual se presentaron observaciones por diversos sectores de la ciudadanía; 2) fase de discusión y lectura- en esta etapa se señaló el procedimiento utilizado para el estudio del proyecto, de tal manera que el libro I se dividió en bloques, lo cual también se aplicó para el libro II. Las personas que acudieron a las sesiones realizaron sugerencias en cuanto a los artículos discutidos; 3) fase de deliberación que tuvo lugar entre los miembros de la comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional; y 4) fase de votación en la que aprobó el proyecto, pero con las reformas introducidas. Se modificaron 216 artículos, se eliminaron 39 y se agregaron 21, con relación al documento original.

El proyecto original preveía la figura del error de tipo, en su modalidad invencible, la cual no acarrea, desde luego, consecuencias. Además, se registró el error de tipo vencible, para lo cual es posible el castigo en el supuesto que la ley tenga contemplada la imprudencia. En este sentido, artículo 35 del proyecto decía así:

No delinque quien, por error invencible, comete el hecho desconociendo alguno de los elementos esenciales para que el delito exista, según su descripción legal. Si el error proviene de culpa, se aplicará la pena correspondiente al delito culposo si la ley lo hubiere previsto como tal.

Como se observa la estructura de la norma establecida en el proyecto reconocía, de manera explícita, tanto el error de tipo en su modalidad invencible en su primer inciso, en tanto, que en el segundo párrafo contemplaba el error vencible.

La redacción inicial del proyecto fue modificada en el primer debate al tiempo de ser sometida a discusión pertinente. Así, el texto quedó como sigue:

Artículo 35. No incurre en responsabilidad penal quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre, en su acción u omisión, en alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal¹²⁸³.

Después del segundo debate la norma en torno al error de tipo quedó así:

Artículo 30. No delinque quien actúa con la convicción errada e invencible de que su acción u omisión no concurre en alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

Luego, no se realizaron más modificaciones a la figura del error de tipo, por tanto, la transcripción es la que aparece en el Código penal que se publicó en la Gaceta Oficial No. 25,796 de 22 de mayo de 2007.

En torno al error de prohibición se advierte que la modificación más relevante que se realizó fue la inclusión de la palabra “invencible”, lo cual tuvo lugar en el primer

¹²⁸³ Durante las sesiones se cuestionó la frase: “no incurre en responsabilidad penal”, puesto que se adujo en el error de tipo no tiene lugar un delito, por ende, no era correcto utilizar la construcción aludida. Además, se suprimió la figura del error de tipo vencible.

debate, puesto que el proyecto original no tenía ninguna referencia en ese sentido.

Se observa que el proyecto No. 255 tenía previsto en su artículo 49 las causas que excluían la culpabilidad. Así, se señalaba que:

“Artículo 49. No es culpable quien actúa bajo una de las siguientes circunstancias:

- 1. Violencia o amenaza grave, insuperable y actual o inminente ejercida por un tercero,*
- 2. Impulsado por miedo insuperable, serio, real e inminente de un mal mayor o igual al causado,*
- 3. En los casos de error cultural tradicionalmente aceptado,*
- 4. Convencido erróneamente que está amparado por una causa de justificación,*
- 5. Por cualquier otra causa de no exigibilidad de otra conducta.”*

En el punto número 1 se sustituyó el término violencia por el de coacción. Los puntos tres (3) y cinco (5) fueron eliminados del proyecto. Con relación a estos aspectos se observa que el tercero de ellos se relacionaba con el “error tradicionalmente aceptado”, como lo denominaron los codificadores¹²⁸⁴. También se advierte se cuestionó la eximente relacionada con la inexigibilidad, debido a que se entendía se trataba de una cuestión demasiado amplia¹²⁸⁵. El punto cuatro (4) fue tachado en el primer debate, sin embargo, en el segundo debate se incluyó.

Una vez verificados algunos antecedentes del Código penal de 2007, debemos manifestar que tiene previsto el dolo y la culpa en el tipo penal, con lo cual se aparta de la regulación establecida en el Código de 1982.

¹²⁸⁴ En este sentido, se advierte que la doctrina denomina a tal figura error culturalmente condicionado, tal como ha sido objeto de atención en el capítulo que antecede. Se colige que sobre este punto hubo una resistencia importante durante los debates. Así, el honorable diputado BLANDÓN citó el caso de docentes que fueron sancionados por autoridades de una comarca indígena en Panamá, de tal suerte que sufrieron flagelaciones. También se hizo referencia a conductas toleradas dentro del marco de la cultura indígena, pero que no tienen respaldo en nuestro medio. El propósito de tales intervenciones se dirigía a que no se admitiera la figura del error culturalmente condicionado. En todo caso, el mencionado diputado planteó la posibilidad que pudiera entenderse tal situación como una atenuante, pero no en calidad de eximente

¹²⁸⁵ En cuanto al numeral 5 del proyecto, nuevamente, el diputado BLANDÓN en el primer debate presentó algunas observaciones, debido a que consideró se trataba de una fórmula demasiado amplia. Así, señaló que las causas de justificación aparecen previstas en la ley de manera clara, por tanto, las causas de exculpación también debían estarlo. Las censuras fueron acogidas, puesto que al final dicha causal no aparece en el Código penal.

La estructura que presenta el código vigente, según lo expuesto en el inciso superior, representa un avance de considerable entidad en torno a la estructura del delito en legislación panameña, en atención a que se descarta el esquema neocausalista en el cual tanto el dolo como la culpa estaban en la culpabilidad. En esta dirección, se colige que como punto de partida el Código penal panameño de 2007 se inclina por seguir a la teoría de la acción final¹²⁸⁶, como sostiene MUÑOZ POPE quien asegura que si el dolo y la imprudencia se encuentran en un capítulo distinto entre las figuras de la acción y las causas de justificación se concluye que esos elementos son parte de la tipicidad y, por ende, conforman el tipo, de manera que este autor estima que ante tal perspectiva se deben aceptar las bases del finalismo en el Código penal de 2007¹²⁸⁷.

En cuanto a este punto, JOSÉ ACEVEDO, uno de los codificadores, expone que: “Es imperativo hacer un análisis del dolo y la culpa, que, en este Capítulo, han sido establecidas inmediatamente después de la acción. Esto es importante y revoluciona la sistemática imperante. Al sustraer el dolo y la culpa de lo que hasta ahora ha sido su sede natural, la culpabilidad, siguiendo muy de cerca la teoría finalista de la acción, motiva un radical cambio en el análisis de la tipicidad y antijuricidad que se ha hecho hasta la fecha por nuestros jueces”¹²⁸⁸.

También debemos destacar que el artículo 26 del Código penal requiere un plus para la determinación del delito, dado que establece:

“Para que una conducta sea considerada delito debe ser realizada con dolo, salvo los casos de culpa previstos por este Código.

La causalidad, por sí sola, no basta para la imputación jurídica del resultado”.

El Código penal de 2007 contempla la figura del error de tipo en el artículo 30. Al momento de verificar los antecedentes del Código penal, se citó la norma correspondiente, así que nos remitimos a lo expuesto.

¹²⁸⁶ Sobre este punto, el profesor CURY URZÚA, *Derecho Penal, tomo I...*, cit., pp. 250, sostiene que la concepción finalista varió de manera sustancial la teoría del delito, en la medida que el tipo penal no involucra una mera expresión exterior del hecho, sino que utiliza como punto de referencia a la acción que dice relación con la voluntad que fija su orientación el sujeto.

¹²⁸⁷ MUÑOZ POPE, *Estudios Jurídicos...*, cit., pp. 93.

¹²⁸⁸ ACEVEDO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 65.

La figura del error de tipo está prevista en el capítulo correspondiente al dolo, culpa y sus excepciones, cuya ubicación sistemática ya fue objeto de análisis, lo que significa el error referido enerva la tipicidad, según el artículo 29 del Código penal, claro está si es invencible.

De otra parte, el Código penal de 2007 reconoce la figura del error de prohibición. Esto implica un avance, en atención a que se contempla el conocimiento de la antijuricidad como un requisito esencial para la culpabilidad, lo cual no tenía lugar en el código derogado.

El Código penal contempla otros supuestos en los cuales la persona no es culpable. Así, el artículo 42 contiene: la coacción o amenaza grave, insuperable, actual o inminente ejercida por un tercero, el miedo insuperable y, concretamente para nuestros efectos, prevé la posibilidad que el sujeto proceda con el convencimiento errado que está amparado por una causa de justificación.

La última figura aludida en el párrafo superior es la que tomamos en cuenta en atención al objeto de esta investigación. Con relación a este tema, JOSÉ ACEVEDO estima que la propuesta original estaba dirigida a regular el error culturalmente condicionado, por lo que expone lo siguiente: “Aquí el diputado se equivocó, porque debió referirse al error cultural tradicionalmente aceptado, tal como lo expone el profesor Juan Bustos Ramírez, en su obra de Derecho Penal Fundamental, que explica el error cultural tradicionalmente aceptado”¹²⁸⁹.

El artículo 97 del Código penal regula el *error in persona*. La normativa está dentro de las circunstancias agravantes y atenuantes. La estructura de la norma posee un sentido muy similar al artículo 34 del derogado Código penal de 1982, en consecuencia, nos remitimos a lo señalado sobre el particular.

5. TOMA DE POSICIÓN

Después de adelantar las observaciones pertinentes sobre algunos temas

¹²⁸⁹ ACEVEDO, *Derecho Penal...*, cit., página 88.

fundamentales de la legislación penal panameña durante la época Republicana, en los cuales hemos hecho especial mención al desarrollo del error y, concretamente, al estado de la cuestión en el código de 1982, así como en el vigente Código penal, es necesario formular algunas precisiones con relación a la situación del error en el instrumento jurídico vigente.

De entrada, debemos expresar que el Código penal de 2007 no tomó en cuenta el error de tipo vencible, como si lo contempla el Código penal español que tiene registrada dicha modalidad y permite el castigo por vía de culpa en el artículo 14.

Se ha observado que los errores más comunes son aquellos que tienen naturaleza vencible, por tanto, consideramos que la legislación penal en torno al error debería incluir la modalidad vencible del error de tipo de forma clara, ante lo cual se castigaría por imprudencia, si el delito tiene registrada dicha modalidad.

Somos del criterio que el error en los presupuestos de las causas de justificación se trata de un error de tipo, por tanto, seguimos la teoría restringida de la culpabilidad. Desde esta dimensión, el error sobre los presupuestos de las causas de justificación, entonces será un error de tipo, empero el legislador panameño se ha posicionado, claramente, al sostener se está ante un error de prohibición.

También advertimos que el legislador se ocupó, exclusivamente, del error de prohibición invencible, lo que no resulta correcto, dado que como ha sido expuesto en otros tramos de este trabajo, esta modalidad de error se presenta con menos frecuencia. Además, por sus características el error de prohibición vencible puede ocurrir en mayores ocasiones.

En atención a lo expuesto, estimamos necesario que se consagre la figura del error de prohibición vencible y ante el caso que tenga lugar este error se requiere de una disminución de la sanción, a nuestro criterio obligatoria, pues en sentido opuesto las consecuencias del reconocimiento del error de prohibición vencible no tendrían mayores efectos para la persona que haya incurrido en el aludido error, dado que una vez reconocida la citada figura podría no haber mayores incidencias, si se somete al arbitrio del operador del sistema aplicar una disminución de pena.

A nuestro modo de ver las cosas, en el supuesto que se acredite un error de prohibición vencible, la disminución de la sanción debería estar entre una sexta a una tercera parte, para que así se siga la estructura que comprende el artículo 93 del Código penal que establece rebajas de sanción para los casos de circunstancias atenuantes.

Debe regularse de manera expresa en el CPP la modalidad vencible para el error de tipo y el de prohibición. Esto es así, porque si bien el artículo 16 del Código penal establece que la interpretación extensiva y la aplicación analógica pueden realizarse si es que benefician al imputado, empero ello se encuentra sujeto a la interpretación judicial que en nuestro medio no acata el precedente, al menos en buena parte de las veces, y es en extremo cambiante, por ende, somos partidarios de una normativa precisa.

También se observaron otros temas, como es el caso de la innecesaria mención al error en las causas de justificación en una norma expresa, cuando esto puede ubicarse en el error de prohibición o de tipo, como ha sido objeto de explicación.

En cuanto al error sobre las circunstancias modificativas se advierte el estatuto panameño no tiene previsto ninguna norma en ese sentido. Sin embargo, hay que considerar que en el artículo 16 del Código penal el legislador contempló tanto la analogía, como la interpretación extensiva, claro está, de manera favorable al imputado, por tanto, nos parece que conforme a la redacción de la norma aludida es difícil que se pueda aplicar una circunstancia agravante, si la persona no la conocía, o que no se aplique una atenuante si es que el sujeto no tenía noticias de ella¹²⁹⁰.

Por otro lado, nos parece que está de más la expresa mención del *error in persona* debido a que esto constituye un error de tipo, por tanto, ante un caso como este bien atenderse a la citada figura que tiene una regulación expresa. En adición, debemos mencionar que la norma que regula el *error in persona* es un arrastre que se tiene desde el Código penal de 1922 y que en este momento en nada contribuye al desarrollo de la teoría del delito en la ley penal.

¹²⁹⁰ La norma mencionada dice así: “Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. La interpretación extensiva y la aplicación analógica sólo son posibles cuando benefician al imputado”.

CAPÍTULO VI. EL ERROR SOBRE LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Los contextos en los cuales puede sobrevenir el error del sujeto son diversos. Hasta aquí se han examinado, con mayor énfasis, los yerros relacionados con la falta de conocimiento de alguno de los elementos del tipo: el llamado error de tipo; y error que recae sobre la condición antijurídica de la conducta: el error de prohibición. Ahora interesa prestar atención al error sobre las causas de exculpación. Este tema es uno de los resortes sobre los cuales descansa este trabajo, de manera que corresponde establecer su ubicación dentro de la teoría del error, fijar pautas para determinar si es relevante o no, así como las alternativas a las que pudiese acudir en el caso que concurra este error.

De entrada, advertimos que ha recibido escasa atención por parte de la doctrina científica. En este sentido, en España se hace alguna mención general al error sobre las causas de exculpación en los trabajos consultados¹²⁹¹, sin embargo, no se encara el asunto de manera prolija, salvo en las obras a cargo de ALONSO ÁLAMO¹²⁹², VARONA GÓMEZ¹²⁹³ y CUERDA ARNAU¹²⁹⁴ en los cuales se advierte un desarrollo amplio de la cuestión.

En la legislación española no existe una norma que se ocupe, con la propiedad debida, de la figura del error sobre las causas de exculpación. En sentido contrario, en el ordenamiento penal alemán se prevé tal figura de modo expreso, de tal modo que en caso de error invencible no habrá castigo y en el evento que concurra un error vencible se atenuará obligatoriamente la pena, tal como se desprende de lo previsto en el § 35 StGB.

¹²⁹¹ MIR PUIG, *Derecho Penal, 2015...*, cit., pp. 488; MARTÍN LORENZO, *La Exculpación Penal...*, cit., pp. 490; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español...*, cit., pp. 413; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho volumen II...*, cit., pp. 391, entre otros.

¹²⁹² ALONSO ÁLAMO, "Error sobre los Presupuestos reales de exclusión de la culpabilidad", *Estudios de Derecho penal y criminología: en homenaje al profesor JOSÈ MARIA RODRÌGUEZ DEVESA*, Vol.1, 1989, pp. 59 y siguientes.

¹²⁹³ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 188 y siguientes.

¹²⁹⁴ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable...*, cit., pp. 118 y siguientes.

En vista de la regulación prevista en el párrafo citado procederemos a realizar algunas breves reflexiones en torno a su contenido. En primer término, para dimensionar el asunto reproducimos la norma en cuestión:

- I. *Quien en un caso de peligro presente, y no otro, para la vida, el cuerpo o la libertad incurra en un tipo penal para alejar el peligro de sí, de un familiar o de otra persona próxima a él, actuará sin culpa. Esto no será así en la medida en que el autor pueda ser forzado a aceptar el peligro, de acuerdo a las circunstancias, en particular porque él mismo causó el peligro o porque se encontraba en una posición legal especial (por su oficio). Sin embargo, se podrá atenuar la pena de acuerdo al §49, apartado I si el autor no había aceptado el peligro teniendo en cuenta una situación legal especial.*
- II. *Cuando el autor, durante la comisión del hecho, asuma erróneamente circunstancias que de acuerdo al apartado I le inculpen, sólo incurrirá en pena si pudo evitar el error. La pena se podrá atenuar de acuerdo al §49, apartado I.*

Como punto de partida, se advierte, claramente, que la legislación alemana se ha decantado por la teoría de la diferenciación, dado que regula el estado de necesidad exculpante en el citado párrafo, en su primer inciso¹²⁹⁵. Se entiende que el comportamiento de la persona no da lugar a la aplicación de una pena, pese a que sea jurídicamente desaprobado, puesto que no se precisa de una prevención general, ni tampoco especial, en consecuencia, no es adecuado, desde el punto de vista políticocriminal, la imposición de un castigo. En todo caso se advierte una especie de indulgencia y por ello se exime de responsabilidad¹²⁹⁶.

En torno al error sobre las causas de exculpación, cuestión que se aborda en el

¹²⁹⁵ROXIN, *Derecho penal tomo II...*, cit., pp. 896.

¹²⁹⁶ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 898. Frente a esta postura JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 516 sostienen que la base sobre la cual descansa este estado de necesidad radica en la disminución del injusto y del contenido de la culpabilidad, debido a la acción salvadora que realiza la persona.

segundo inciso del párrafo mencionado, se advierte que cabe diferenciar tres supuestos: error sobre la existencia, es decir, la persona considera que la circunstancia está prevista en el ordenamiento, empero ello no es así; error en torno a los límites; y el error sobre los presupuestos, es decir, los elementos que la componen. Se advierte que solo el último caso tendría reconocimiento, porque el legislador es el único llamado a establecer las causas que exculpan, así como el alcance de éstas, de tal modo que no sería dable acoger las dos primeras opciones¹²⁹⁷.

El error invencible dará lugar a exculpar al autor, puesto que el sujeto actúa como si estuviera frente a las circunstancias que se precisan para que acontezca la causa de exculpación reconocida legalmente y así aparece en el § 35 StGB. El abordaje del error vencible ha resultado de mayor dificultad, de tal modo que se consideró castigar por delito imprudente, ante un error sobre los presupuestos de una causa de exculpación, empero el estatuto alemán vigente prevé una rebaja para este tipo de casos, en razón a que existe menor culpabilidad¹²⁹⁸.

Para ROXIN la regulación del error sobre los presupuestos en las causas de exculpación resulta correcta, pues no es dable realizar ningún reproche al sujeto que procede bajo un error invencible; en tanto que se tienen en cuenta las circunstancias del error vencible al tiempo en que se rebaja la pena de forma obligatoria¹²⁹⁹.

La cuestión hasta aquí expuesta, da lugar a que la discusión sea más prolija en el contexto español, puesto que no existe una regulación específica, en tanto que la cuestión en Alemania resulta más pacífica, porque el propio legislador se ha ocupado del tema. Así, en España la situación se plantea en términos parecidos al asunto relacionado con la diferenciación de estado de necesidad justificante y exculpante, dado que en torno a este tema tampoco existe una disposición jurídica que haga mención expresa a la regulación del estado de necesidad exculpante.

¹²⁹⁷ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp.545.

¹²⁹⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 546 y 547.

¹²⁹⁹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 923 y 924. Previamente a la vigencia del código de 1975 se preveía que, ante un error vencible, cabría castigo por delito imprudente, sin embargo, para ROXIN la cuestión resultaba inaceptable, puesto que en todo caso la conducta está dirigida por el dolo, por ende, no resultaba correcto acudir a la imprudencia. En el evento que exista una doble concurrencia de errores vencibles, por ejemplo, de prohibición y de exculpación, cabría, según este autor, una doble reducción de la pena.

Tampoco existe en el marco del Derecho penal panameño alguna regulación en cuanto al error sobre las causas de exculpación, por tanto, la discusión también se encuentra abierta, en vías de ofrecer una salida a la eventual problemática relacionada con la concurrencia de algún yerro sobre las citadas causas.

Es cierto que el error sobre la exculpación incide en la culpabilidad, tal cual acontece en el yerro sobre la imputabilidad, empero a éste último no se le reconoce como relevante, pues, claramente, carece de sentido que se le confiera eficacia al yerro del sujeto en el supuesto que considere, equivocadamente, que padece de algún trastorno que afecta su capacidad de culpabilidad¹³⁰⁰. De tal modo que, de los asuntos vinculados con el error sobre la imputabilidad, debemos tomar distancia, debido a que no se trata del núcleo duro del cual nos ocupamos.

2. NATURALEZA JURÍDICA

El primer asunto que nos parece es de recibo tomar en consideración consiste en la determinación de la naturaleza de error del cual nos ocupamos ahora. Esto en vías de establecer si se trata de un error de tipo o de prohibición, es decir, la tradicional dualidad en la cual se ha clasificado el error, o si por el contrario se está frente a un error con dimensiones propias.

En su momento, se han examinado los asuntos que atañen al error de tipo y de prohibición, en consecuencia, no corresponde realizar una reproducción de lo expuesto. Sin embargo, cabría puntualizar que en el primer caso se trata de un yerro que incide sobre los elementos que integran el tipo, por tanto, el agente se equivoca porque desconoce los aspectos que conforman el tipo. Por el contrario, el error de prohibición dice relación con la falta de conocimiento de la condición antijurídica del comportamiento, o en torno a la existencia de alguna causa de justificación o sobre los presupuestos de éstas, es decir, el sujeto se equivoca y estima que su conducta es lícita, pero en realidad este aserto no es así.

¹³⁰⁰ ALONSO ÁLAMO, "Error sobre los...", *Estudios de Derecho Penal...*, cit., pp. 61 y 63. Este yerro carece de relevancia, porque opera de manera objetiva, es decir, que no son de recibo las consideraciones que el autor se represente en torno a la imputabilidad. Así, no tiene mayor importancia que el sujeto desconozca que es inimputable, puesto que, aunque no lo tenga presente ello debe ser reconocido por el operador del sistema.

Así, el error de tipo y de prohibición se subsumen, en una apretada síntesis, en lo que hemos expresado en el inciso superior. Claro está que existen otras aristas, pero que no es de recibo reproducir, en vías de evitar una innecesaria tautología. Lo cierto es que las reflexiones ensayadas nos sirven para realizar la delimitación que es objeto de atención en este momento.

En el error de exculpación el sujeto yerra en torno a la existencia de una causa de exculpación o sobre los presupuestos que la integran, es decir, que las circunstancias en las cuales se encuentra el agente son disímiles a las que se advierten en el error de tipo o de prohibición, en los cuales el yerro del agente pasa por otras connotaciones.

La afirmación realizada en el párrafo superior da lugar a concluir que se está ante un error con contenido propio y como tal autónomo frente al error de tipo y de prohibición. En este sentido, ROXIN es de la opinión que en cuanto al error de exculpación se trata de un yerro con dimensiones particulares que lo distinguen de las otras modalidades de error. El gran penalista alemán, para sostener su postura, expresa que el sujeto tiene conocimiento que su comportamiento es antijurídico, por ende, no se está frente a un error de prohibición y tampoco ante un error de tipo, porque el yerro recae sobre los presupuestos que integran una causa de exculpación y no en torno a los elementos del tipo, en vista de ello considera nos encontramos frente a un error con autonomía¹³⁰¹.

Por su parte, JESCHECK/WEIGEND sostienen que el error sobre las causas de exculpación no se subsume dentro del error de tipo o de prohibición, puesto que no incide sobre el dolo, por lo cual no es error de tipo; ni tampoco sobre la conciencia de la antijuricidad, por ende, no es error de prohibición¹³⁰². En esta línea, ALONSO ÁLAMO quien sostiene el error sobre la exculpación no será error de prohibición, debido a que acontece en un momento posterior a la situación de la cual se ocupa esta última modalidad de error¹³⁰³.

¹³⁰¹ ROXIN, *Derecho Penal tomo II...*, cit., pp. 923.

¹³⁰² JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 526. En este sentido, también ZAFFARONI, *Manual de Derecho 2006*, ..., cit., pp. 592 sostiene se trata de una modalidad de error particular.

¹³⁰³ ALONSO ÁLAMO, "Error sobre los...", *Estudios de Derecho Penal...*, cit., pp. 66.

Para MAURACH/ZIPF el error sobre las causas de exculpación no es equiparable al error de prohibición, en vista que el agente tiene noticia que su conducta no está respaldada por el ordenamiento. Pese a lo expuesto, las consecuencias que se derivan del error que ahora ocupa nuestra atención pasan por los efectos que el error de prohibición, es decir, ausencia de castigo en el caso que sea error invencible y atenuación en el evento que sea error vencible¹³⁰⁴.

Así las cosas, nos parece que en cuanto al error sobre las causas de exculpación corresponde afirmar se trata de un yerro con características propias y que merece un reconocimiento autónomo, puesto que la problemática que plantea se aparta de las circunstancias que se examinan tanto en el error de tipo, como el de prohibición. Esta autonomía reclama que la concurrencia de este error resulte atendible, lo cual implica tendría repercusiones al tiempo en que tenga lugar.

3. CONTENIDO DEL ERROR SOBRE LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN

En este punto nos ocupamos de los supuestos en los que puede acontecer el error sobre las causas de exculpación. Así, una primera opción consiste en estimar que éste acontece en el caso que el sujeto estime que se encuentra favorecido con una causa de exculpación, pese a que ésta no se encuentre prevista en el ordenamiento. Para validar este error habría que atender a las causas supraleales que excluyen la responsabilidad y, de igual forma, se tendría que echar mano a la inexigibilidad de otra conducta, de manera amplia. Sin embargo, el reconocimiento de esta postura daría lugar a incursionar en contornos caracterizados por amplios niveles de inseguridad, dado que ello conllevaría a la admisión de causas de exclusión no previstas en la ley, de modo tal que la concurrencia de aquellas quedaría, prácticamente, en manos del sujeto que las alude¹³⁰⁵.

En vista de la situación planteada en el inciso que antecede, nos parece que son de recibo los argumentos que sostienen no es dable el reconocimiento del error de exculpación en los términos hasta aquí planteados, puesto que ello conllevaría que las

¹³⁰⁴ MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal I...*, cit., pp. 680.

¹³⁰⁵ ALONSO ÁLAMO, "Error sobre los...", *Estudios de Derecho Penal...*, cit..., pp. 60 y 61.

particularidades situaciones del sujeto darían lugar a exculpar, lo cual implicaría que se desbordarían los límites que el propio legislador fijó en materia de causas de exculpación, de tal suerte que deberíamos descartar la eficacia jurídica de esta modalidad de error.

Con base en lo expuesto, la cuestión objeto de atención se centra en el yerro sobre los elementos que integran las causas de exculpación, debido a que en este contexto el autor se puede encontrar en la misma situación que el agente que, en realidad se haya frente a circunstancias que lo exculparían¹³⁰⁶. Aquí conviene puntualizar que en materia del ordenamiento jurídico español el asunto se reduce al miedo insuperable, pues somos partidarios de la teoría unitaria, y, en consecuencia, el estado de necesidad constituye causa de justificación en el marco del Derecho penal español. La cuestión en el ordenamiento panameño es distinta, puesto que la ley ha delimitado las causas de exculpación y justificación de manera diáfana.

4. ALTERNATIVAS

El problema que nos ocupa estriba en verificar la calificación que se le concederá a la errática percepción del sujeto sobre los elementos que integran una causa de exculpación. Una primera lectura del asunto nos llevará a establecer que en estos casos se está ante la presencia del error¹³⁰⁷, debido a la fallida representación del autor, lo cual permite ubicar su comportamiento en el plano de la teoría del error.

El error en cuestión no resulta aplicable en el evento que el sujeto cometa un yerro sobre los límites de la causa de exculpación, como tampoco lo es en el evento que considere está amparado por una causa de exculpación, la cual no se encuentre prevista en la ley, pues ello significaría que el Estado debería dejar en manos de las impresiones del particular las posibilidades de exculpación¹³⁰⁸.

La admisión del error como vía de solución implicaría la ausencia de castigo, en

¹³⁰⁶ ALONSO ÁLAMO, "Error sobre los...", *Estudios de Derecho Penal...*, cit. ..., pp. 65.

¹³⁰⁷ Esta postura ha sido respaldada en España por DÍAZ PALOS, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, HIGUERÁ GIMERA, PUENTE, tal como lo sostiene VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 191.

¹³⁰⁸ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 925.

el caso que sobrevenga un error invencible. Sin embargo, en cuanto al error vencible se observa existen más dificultades al momento de establecer su alcance, pues se podría establecer que ante su concurrencia no cabría ninguna atenuación, ni tampoco produciría otro efecto, en el entendido que el común de las personas no habría sentido miedo ante unas circunstancias que no ameritaban la transgresión del ordenamiento. Sin embargo, VARONA GÓMEZ discrepa de esta postura por cuanto entiende que el error del sujeto merece ser encuadrado en alguna de las circunstancias que permiten la atenuación de la pena¹³⁰⁹.

Siguiendo el hilo argumentativo desarrollado en el inciso que antecede, se observa que la posición que no le concede relevancia al error sobre la exculpación, ha sido objeto de críticas, por cuanto se advierte ha sido reconocida su eficacia en situaciones parecidas como la legítima defensa putativa, es decir, en supuestos en que el mal que se cierne sobre la persona no sea real. En estos casos, la afectación que sufre la persona se materializa, a pesar que el mal no sea cierto¹³¹⁰.

La vencibilidad del error sobre la exculpación da lugar a que el reproche formulado al agente disminuya, porque el sujeto considera, equivocadamente, que acontecen los presupuestos de la causa de exculpación, de tal suerte que la persona está en la misma condición de quien se encuentra frente a una situación que es real¹³¹¹.

Ahora bien, se ha considerado que el error sobre las causas de exculpación no tiene regulación clara ni dentro del marco del miedo insuperable, ni tampoco dentro del campo de la figura del error en el ordenamiento español,¹³¹² entonces mal podría resolverse la cuestión acudiendo a las reglas del error.

Pese a lo expuesto, CUERDA ARNAU afirma que es discutible que la legislación española no cuente con una alternativa para hacerle frente al error sobre la exculpación, puesto que el artículo 14.3 del CPE hace mención al error sobre la ilicitud, cuestión que es sumamente amplia y que podría dar pie a estimar que, en alguna

¹³⁰⁹ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 198.

¹³¹⁰ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 189 y 190.

¹³¹¹ WELZEL, *Derecho penal alemán...*, cit., pp. 253. También en este sentido, PERRON, en "Justificación y Exculpación...", *Derecho Penal alemán*, cit., pp. 88.

¹³¹² Así lo sostiene VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 188 y 191.

medida, se regula la situación que acapara nuestra atención¹³¹³.

Según VARONA GÓMEZ, el reconocimiento del error da lugar a estimar que el mal debe ser real. La exigencia de la realidad del mal, a criterio de este penalista, no resulta conforme con los resortes sobre los cuales se asienta la eximente del miedo insuperable, debido a que no es relevante la realidad del mal, porque igual concurriría el miedo, por eso la solución del error no resulta atendible¹³¹⁴.

La solución del error tampoco convence a BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, pues sostienen que ello equivaldría a que la persona se cerciore en torno a la realidad del mal, lo cual daría lugar a que la eximente no fuera aplicada en su justa dimensión. En todo caso, estiman que cabría una eximente incompleta, en el supuesto que el sujeto hubiese estado en posición de actuar con mayor diligencia.

VARONA GÓMEZ afirma que los planteamientos que sirven para respaldar la tesis del error no son de recibo, puesto que no resulta dable afirmar que existe un miedo putativo o imaginario, dado que en todo que caso la persona, en efecto, siente miedo. Así, para este autor lo imaginario se trata del mal amenazante, de tal modo que si se advierte miedo¹³¹⁵. En sentido parecido, CUERDA ARNAU quien afirma que, si el miedo se entiende como una cuestión psicológica, entonces cabría dar lugar a reconocer los males que no son reales¹³¹⁶.

En cuanto a los efectos que tendría una errada percepción de los elementos que integran la eximente el TS en Sentencia No.926/2004 de 4 de junio ha afirmado lo siguiente:

“Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta. La doctrina jurisprudencial exige para la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, la concurrencia de

¹³¹³ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable...*, cit., pp. 124.

¹³¹⁴ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp.193.

¹³¹⁵ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 191 y 192.

¹³¹⁶ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable...*, cit.,pp. 118.

los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva". Esta línea argumentativa también se advierte en SSTS 1095/2001 de 16 de julio y 645/2014 de 6 de octubre.

El asunto, conforme sostiene CUERDA ARNAU, no se debe resolver sobre las reglas del error, sino en atención a las fronteras de la eximente del miedo insuperable. Esto es así, puesto que el reconocimiento del error implica considerar que el mal debe ser real, lo cual aproximaría la eximente de miedo insuperable al estado de necesidad, empero ello no es atendible, dada la autonomía del miedo insuperable¹³¹⁷.

El recurso del error dentro de los contornos de la eximente del miedo daría lugar a estimar que, pese a que el mal no resulte real, de todos modos, habría una afectación psicológica, en consecuencia, cabría la admisión de la eximente. Sin embargo, este planteamiento da ocasión a sobredimensionar el valor de la situación emocional del autor. Además, esto propiciaría que la vencibilidad o invencibilidad del error no tendría mayores repercusiones, puesto que la sola motivación del sujeto sería el factor determinante a considerar, para que tenga lugar la eximente¹³¹⁸. En esta dirección, se ha estimado que la solución al problema de la errada percepción de los elementos del miedo insuperable por vía del examen de los parámetros de la propia eximente equivaldría a dejar en manos del agente la protección jurídica que el Estado ha decidido dispensar a los ciudadanos, puesto que se exculparía por meras representaciones. En vista de esto, ROXIN entiende que el recurso al error se trata de la salida más adecuada para la situación objeto de atención¹³¹⁹.

En vías de retomar los efectos que se derivarían del reconocimiento del error, en el supuesto que acontezca una equivocada representación de alguno de los elementos que integran una causa de exculpación, debemos reiterar que en el supuesto que el error

¹³¹⁷ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable...*, cit., pp. 125.

¹³¹⁸ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 194.

¹³¹⁹ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 922 y 923. Para este autor la legislación alemana realiza una correcta interpretación de la problemática, al tiempo que dispone aplicar una atenuación en el supuesto que sobrevenga error vencible y ausencia de castigo, en el supuesto que el error sea invencible. En esta dirección, ZAFFARONI, *Manual de Derecho 2006...*, cit., pp. 591 sostiene que la falta de castigo en el error invencible obedece a que en este caso se advierte una situación idéntica a la que enfrentaría la persona que está en una real condición de exculpación, en tanto que en el error vencible no se desvanece la exigibilidad, pero la culpabilidad es menor, de modo que cabe atenuación.

sea invencible, se advierte que ello da lugar a la ausencia de castigo. No obstante, la situación se complica en el evento que el error sea vencible, pues como se ha postulado esta modalidad de error no se encuentra regulada en el CPE y en atención a que en España no aparecen delimitadas las causas de exculpación con propiedad, de manera que ello ha generado un número importante de interpretaciones en torno a las eximentes que justifican y exculpan¹³²⁰.

Una alternativa para el error vencible sería la aplicación de alguna eximente incompleta, si es que a la persona se le pudo exigir un esfuerzo de conciencia para superar el error¹³²¹. Sin embargo, conllevaría admitir que el mal sea real. Esto es así porque no se observa que otro requisito podría faltarle a la eximente de miedo insuperable, para que se materializara en toda su dimensión, salvo que el mal exista y que sea auténtico¹³²².

VARONA GÓMEZ sostiene que la salida correcta estriba en que la cuestión del error del agente sea resuelta dentro los contornos que presente la propia eximente, es decir, como un asunto que incide en las fronteras del miedo insuperable¹³²³.

Otro recurso sería el castigo por delito imprudente, en atención a la figura *actio libera in causa*, como postula MIR PUIG. Así, se estima que son aplicables los principios previstos para la figura mencionada y que se encuentran contenidos en los artículos 20.1 y 2 del CPE. Esto implica, en el caso del miedo insuperable que no es dable absolver, en el evento que el sujeto hubiere dado lugar a la provocación del hecho y de esa manera ampararse en la referida eximente o si estuviese en posición de evitarlo. En este sentido, si la provocación inicial es imprudente, entonces cabe castigo por esta modalidad, pese a que el hecho adelantado bajo miedo sea doloso¹³²⁴.

¹³²⁰ ALONSO ÁLAMO, "Error sobre los...", *Estudios de Derecho Penal...*, cit..., pp. 87 y 68. Esta autora afirma que las consecuencias del error vencible sobre la exculpación son diversas. Así en Alemania se ha optado por la rebaja de pena, en tanto que en Austria se remite al tipo imprudente para imponer castigo, en el caso que se encuentre regulada dicha modalidad en el ordenamiento. Ésta última solución ha sido objeto de críticas por ALONSO ÁLAMO quien estima no es dable inclinarse por aquella, puesto que se advierte dolo en el sujeto, por ende, no resulta correcto echar mano al recurso del delito imprudente.

¹³²¹ CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable...*, cit., pp. 128.

¹³²² VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 193.

¹³²³ VARONA GÓMEZ, *El Miedo Insuperable...*, cit., pp. 193.

¹³²⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal...* cit., pp. 626 y 627.

En contra de esta postura se ha esgrimido que el dolo del autor se encuentra presente. Esto es así, puesto que no es correcto migrar una conducta con contenido doloso a imprudente¹³²⁵. De igual forma, se ha sostenido que en algunos casos el comportamiento primitivo imprudente no da lugar al inicio de la ejecución del delito, de tal modo que ante esta situación no tendría lugar la concurrencia de la figura en cuestión. También se ha afirmado que no se han planteado suficientes elementos para establecer las razones por las cuales se aplica la pena por delito imprudente, en el caso que la conducta realizada por el agente no dé lugar un delito culposo¹³²⁶.

Siguiendo la línea de pensamiento expuesta en el inciso que antecede se ha postulado que la conducta imprudente, daría lugar de por sí a un delito culposo autónomo, por tanto, no sería de recibo atender a las reglas que plantea la *actio libera in causa*¹³²⁷. En adición, ROXIN opina que tal salida no debe ser acogida, pues no es dable atender al delito imprudente, si es que el tipo subjetivo es doloso y en todo caso el comportamiento del sujeto no modifica el dolo¹³²⁸.

5. TOMA DE POSICIÓN

En primer lugar, nos ocupamos de la cuestión en el contexto del ordenamiento penal español. Aquí conviene reiterar que el enfoque de estas reflexiones se concentra en el miedo insuperable, en el entendido que hemos considerado esta es la única causa de exculpación que está prevista en el CPE.

Al tiempo de ocuparnos del error hemos considerado que se trata de una falsa representación que se formula el sujeto. Así, se incurre en el error de tipo, debido a que el agente estima que no se reúnen los elementos que conforman el tipo; mientras que si considera que su conducta no es contraria al ordenamiento acontece un error de prohibición. En este orden de ideas, también se advierten percepciones erráticas al tiempo que tiene lugar un error culturalmente condicionado, o en el evento que acontezca error sobre la punibilidad.

¹³²⁵ ALONSO ÁLAMO, "Error sobre los...", *Estudios de Derecho Penal...*, cit..., pp. 69.

¹³²⁶ ALONSO ÁLAMO, "Error sobre los...", *Estudios de Derecho Penal...*, cit..., pp. 76 y 77.

¹³²⁷ ALONSO ÁLAMO, "Error sobre los...", *Estudios de Derecho Penal...*, cit..., pp. 77 y 78.

¹³²⁸ ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 923. Así, también JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho...*, cit., pp. 526.

Como viene expuesto, el núcleo duro de la teoría del error descansa sobre la representación equivocada que enfrenta el agente. En el caso que acapara nuestra atención, advertimos el sujeto estima, de manera equivocada, que ha tenido lugar uno de los elementos que integran una causa de exculpación. Estas reflexiones nos permiten concluir que la situación del agente debe reconducirse hacia los parámetros que establece el error, pues el sujeto incurre en una equivocada percepción de la situación que enfrenta.

Las consecuencias que se derivan del error sobre la exculpación, pueden incluso ser idénticas a las que enfrenta el sujeto que, en realidad, se encuentra frente a una causa de exculpación, de manera que este yerro no puede pasar inadvertido.

Con base en lo expresado, nos parece de recibo que los yerros relacionados con alguna causa de exculpación se resuelvan atendiendo a las reglas de la teoría del error, pues cuenta con la plataforma científica para hacerle frente a la problemática, por tanto, debemos descartar el recurso a la propia eximente como medio para resolver los problemas del error, dado que el sustrato del asunto es un tema de error.

La situación en la cual se encuentra el agente al momento en que acontece un error sobre la exculpación, no consiste en algún yerro sobre los elementos que integran el tipo. De hecho, se infiere el agente procede con dolo, en la medida que de seguro conoce los aspectos que conforman el tipo, en consecuencia, no es posible concluir la errática representación de alguno de los elementos que conforman el miedo insuperable se trata de un error de tipo.

Tal como hemos detallado en el error de prohibición el sujeto es de la opinión que su conducta no es contraria al ordenamiento, o comete algún yerro en cuanto a los presupuestos de una causa de justificación. Sin embargo, esto no es lo que acontece al momento en que tiene lugar un error sobre la exculpación, pues aquí el individuo incurre en un yerro en cuanto a uno de los elementos del miedo insuperable, es decir, una causa de exculpación, en consecuencia, no es dable concluir que estamos frente a un error de prohibición.

En atención a lo planteado, no es posible concluir que el error sobre la exculpación se trata de un error de tipo o de prohibición, por cuanto las circunstancias que le ocurren al agente que se encuentra en un error sobre los presupuestos del miedo insuperable no participan de las cuestiones que amparan tanto el error de tipo, como el de prohibición, pues en todo caso el agente yerra sobre la concurrencia de uno de los elementos que integran el miedo insuperable, es decir, una causa de exculpación, de tal modo que el yerro no descansa en aspectos que integran el tipo, ni tampoco se refiere a la antijuricidad que es el punto medular del error de prohibición.

Lo expuesto hasta aquí nos permite concluir que el error sobre la exculpación tiene autonomía frente al binomio error de tipo/error de prohibición, de tal suerte que el abordaje al problema debe consistir en un enfoque particular sobre la cuestión, es decir, que somos de la opinión que es de recibo contar con normativa específica para atender los problemas del error sobre la exculpación, tal cual ocurre con el error de tipo o de prohibición. Esta reglamentación autónoma obedece a la insuficiencia de las regulaciones del error de tipo o de prohibición para hacer frente a la concurrencia de un error sobre la exculpación.

Una regulación particular sobre el error sobre la exculpación se advierte, claramente, en el ordenamiento penal alemán, sin embargo, en derecho español no se cuenta con una normativa que se ocupe de la materia con la propiedad debida, puesto que en todo caso la reglamentación española prevista en el artículo 14 CPE dice relación con el error de tipo o de prohibición. Nos parece que no es correcto extender las consecuencias que se derivan del error de tipo o de prohibición que aparecen en el mencionado precepto, puesto que la situación planteada en el tema que nos ocupa es diferente y no conviene resolverla con figuras que abordan otros temas.

Lo dicho hasta este tramo permite extraer las siguientes conclusiones: 1) el error sobre la exculpación es relevante; 2) la teoría del error es la fórmula correcta para atender a las representaciones desatinadas del agente, en torno a la concurrencia de uno de los presupuestos de alguna causa de exculpación; y 3) el error sobre la exculpación cuenta con autonomía frente a los errores de tipo y de prohibición.

En abono a lo expuesto en el inciso que antecede cabe tener presente que el TS,

parece admitir la salida del error en casos de estado de necesidad putativo, lo cual podría dar lugar a extender los efectos de este aserto al miedo insuperable, en la medida que el estado de necesidad, según la jurisprudencia del alto tribunal español puede acontecer tanto como eximente justificante o exculpante. Esto se advierte en STS de 8-2-2002, tal como se expone a continuación:

“El conflicto debe abocar a la destrucción o sacrificio de unos bienes para salvar otros. La doctrina y la jurisprudencia han delimitado esa situación acuciante y grave que amenaza el ocasionamiento de un mal propio o ajeno a través de las siguientes condiciones:

a) que sea real y objetiva, en consonancia con el fundamento justificativo de la exención, que no es otro que la prevalencia o salvaguarda del interés preponderante frente al de menor valor. Debe excluirse el estado de necesidad putativo, cuyas consecuencias, habría que reconducirlas a la teoría del error”.

Ahora bien, el asunto ahora estriba en determinar las consecuencias que se derivarían del reconocimiento de un error sobre la exculpación en derecho penal español. Tal como se expuso, el ordenamiento español no cuenta con una norma específica en torno al problema que nos ocupa. En el caso del error invencible, la cuestión no representa mayores dificultades, puesto que la concurrencia de éste daría lugar a que no se aplicará castigo, dado que el agente se encuentra en idéntica condición que la persona que se ha encontrado ante una causa de exculpación. Además, la teoría del error, ampliamente, indica que el error invencible no acarrea pena. Sin embargo, la situación es diferente en el evento que sobrevenga algún error vencible y de esto nos ocupamos en las siguientes líneas.

Aquí conviene tener en mente que el error sobre la exculpación recae sobre circunstancias que inciden en la culpabilidad, es decir, que den lugar a que no pueda serle atribuido un injusto a alguna persona. Esto implica que los aspectos relacionados con el dolo, que integra el tipo, han sido superados. Esta reflexión es relevante, puesto que nos permite considerar que la solución de la *actio libera in causa* no resulta de recibo para resolver la cuestión que nos ocupa, en razón que la situación discutida gravita en torno a la culpabilidad de la persona y no se trata de un asunto del tipo penal, de manera que no es dable considerar que el evidente dolo del sujeto pueda migrar a una

sanción por un tipo penal imprudente.

La alternativa a los límites de la propia eximente para atender a los problemas del error, tampoco nos parece la salida acertada, puesto que la cuestión debatida se trata de un asunto de error y ello no puede perderse de vista, pues de lo contrario se rompería con la línea argumentativa que desarrolla la teoría del error, es decir, que las equivocadas representaciones del sujeto deben abordarse dentro del marco de los postulados del error.

Otra opción que se ha postulado estriba en la aplicación de la circunstancia atenuante de la eximente incompleta, señalada en el artículo 21.1 del CPE. Sin embargo, el recurso a la eximente incompleta implicaría la ausencia de uno de los elementos del miedo insuperable, en este caso la realidad del mal. En torno a este asunto nos hemos pronunciado al momento de abordar los aspectos relacionados con la causa de exculpación aludida y en aquella oportunidad se planteó que no es necesario que el mal sea real, puesto que en todo caso el miedo del agente si lo es y esto es lo que debe considerarse, entre otras cosas, para materializar la eximente, en consecuencia, somos de la opinión que la tesis de la eximente incompleta no debe ser acogida.

La salida que nos parece correcta estriba en realizar una rebaja de la pena al agente que ha incurrido en un error sobre la exculpación. Esto es así, porque no puede perderse de vista que la situación del agente se ha visto comprometida por un yerro que, en alguna medida, ha incidido en su comportamiento. Además, nos parece que el reproche que se le formula al individuo, en atención a la concurrencia del error, es de menor entidad, de modo que corresponde reconocer esto mediante una disminución obligatoria de la sanción.

La disminución tendría sustento en lo previsto en el artículo 21.7 del CPE que plantea la posibilidad de reducir la pena, por vía de una atenuante analógica. Esta alternativa permite rebajar la sanción, tiene reconocimiento legal y no se tropieza con los fundamentos de la teoría del error. Además, la amplia cobertura que presenta da lugar a que la situación del agente pueda acomodarse allí.

Dentro de otro contexto, en el plano del derecho penal panameño advertimos

que la legislación panameña nada dice en cuanto al error en las causas de exculpación, lo cual implica un vacío de considerable entidad, dado que no existe una plataforma jurídica a la cual recurrir en el caso que se presente un yerro de esta naturaleza.

Siguiendo con lo expuesto en el inciso que antecede, estimamos que, si el error es invencible, lo cual corresponderá acreditarse durante el proceso, no será posible aplicar ninguna sanción, debido a las consecuencias que acarrea tal modalidad de error.

En caso de error vencible estimamos que la solución prevista en el Código penal alemán es la adecuada, en la medida que se castiga por delito doloso, sin embargo, se aplica una reducción de la pena. Esto nos resulta correcto porque, a nuestro modo de ver las cosas, la persona procede con conocimiento y voluntad para realizar el resultado, por tanto, no es posible estimar se está ante una conducta imprudente. Lo cierto es que no puede perderse de vista que el sujeto ha incurrido en un error, de tal manera que estimamos correcto realizar una rebaja de pena. La disminución de pena tendría sustento legal en el artículo 90.7 del CPP que dice así:

Son circunstancias atenuantes comunes las siguientes:

...

7. Cualquiera otra circunstancia no preestablecida por la ley que, a juicio del Tribunal, deba ser apreciada.

Nos parece que la situación se resuelve por vía de la aludida norma, en la medida que no se advierte regulación expresa del error sobre la exculpación y porque en nuestro medio no es dable prohiar alguna discusión sobre eximente incompleta, porque ello no está previsto en el ordenamiento panameño y hemos expresado nuestra disconformidad con esta solución.

Además, somos de la opinión que el recurso a la *actio libera in causa* tampoco resulta de recibo, por las cuestiones planteadas y dado que la reglamentación de la figura tiene márgenes muy estrechos y que no permiten dar ocasión a encuadrar el yerro sobre alguna causa de exculpación. En este sentido, el artículo 37 del CPP sostiene lo siguiente:

Si el estado de perturbación mental del imputado en el momento del hecho punible proviene de embriaguez, se seguirán las reglas siguientes:

1. Si el estado de perturbación mental del imputado en el momento de perpetrar el hecho punible proviene de embriaguez fortuita, será declarado inimputable si la embriaguez es total.

2. Si el agente se embriagara con el designio de cometer un hecho punible o procurarse una excusa, la sanción deberá agravarse, según las normas de este Código.

Los intoxicados por drogas o estupefacientes de cualquier índole que cometan un hecho punible serán declarados imputables o inimputables conforme a las reglas dadas para la embriaguez.

Con todo nos parece que a futuro corresponde realizar una reforma en el CPP, de tal modo que se regule, específicamente, el error sobre la exculpación; de tal modo que ante el yerro invencible no haya castigo y frente al error vencible opere una rebaja de pena entre una tercera a una sexta parte, tal como lo establece el artículo 93 del CPP.

CONCLUSIONES

1. La tipicidad y la antijuricidad cumplen roles puntuales dentro de la teoría del delito y, en consecuencia, diferentes. Así, la tipicidad tiene por propósito la inclusión en el ordenamiento penal de conductas que son contrarias a la convivencia, debido a que atentan contra bienes jurídicos de considerable entidad a los cuales la ley dispensa protección. Por su lado, la antijuricidad implica la contrariedad de un comportamiento con la legislación.

Con base en lo expuesto, no resulta correcto refundir en una sola categoría a la tipicidad y a la antijuricidad, como pretende la teoría de los elementos negativos del tipo, puesto que las características de ambas son disímiles y, por ende, cuentan con una estructura propia que no da lugar a que se considere que conforman una estructura monolítica. De igual forma, conviene tener en mente que una conducta puede ser típica, no obstante, esto no acarrea, inexorablemente, la antijuricidad de ésta.

En razón de lo expresado, estimamos que resulta dable el examen de tipicidad y antijuricidad de manera separada y con los matices que le corresponden a cada cual, para de esa forma, contar con un panorama más claro al momento de ponderar los puntos relacionados con las referidas categorías.

Con todo, no se puede perder de vista que la relación entre tipicidad y antijuricidad es sumamente estrecha, al tiempo en que la primera de ella es, en alguna medida, un indicio de la segunda, puesto que el comportamiento típico apuntaría a una conducta antijurídica, sin embargo, la determinación de la antijuricidad pasaría por verificar que no concurren causas de justificación, es decir, que se trata de un ejercicio diferente al que se adelanta en sede de tipicidad, lo cual reafirma que no corresponde examinar en una sola categoría a la tipicidad y la antijuricidad.

A pesar que no compartimos la concepción de la teoría de los elementos negativos del tipo, que estima el tipo y la antijuricidad conforman una sola estructura, somos de la opinión que le asiste la razón a la referida teoría en lo que se refiere al error sobre los presupuestos de las causas de justificación, pues se estima se trata de un error

de tipo. A nuestro modo de analizar la situación el sujeto comete un yerro en torno al tipo de justificación, lo cual da lugar a un error de tipo.

2. Los límites de la antijuricidad se encuentran determinados por la consideración penal de ésta, es decir, que la cuestión pasa por considerar que la antijuricidad debe tener connotaciones penales.

La reflexión ensayada obedece a que no todo comportamiento que sea contrario a la legislación acarrea repercusiones en sede penal, pues solo las conductas que implican una infracción relevante al orden social y que afectan bienes jurídicos de superlativa trascendencia, deben ser objeto de atención por el ordenamiento jurídico penal.

Con todo, es relevante tener en mente que resulta dable atender a la unidad del ordenamiento jurídico en vías de establecer las conductas que se estiman justificadas, dado que si la ley ampara determinado comportamiento, entonces esto debería ser tomado en cuenta dentro del marco de la regulación penal, sin embargo, ello no implica que los límites de la antijuricidad, para los efectos que nos ocupan, deban prescindir de las connotaciones penales.

Es posible que una conducta reúna todas las características para que se considere típica, empero eso no implica, irremediablemente, la antijuricidad del comportamiento. Esto es así, dado que puede materializarse alguna causa de justificación. En las eximentes que justifican el legislador autoriza un comportamiento que es típico, de manera que la conducta del sujeto no acarrea castigo y, en consecuencia, no es posible que se considere antijurídico, ni tampoco que acontezca responsabilidad civil, salvo que la ley prevea alguna disposición contraria.

3. El CPE no contiene una clasificación expresa de las causas de justificación y de exculpación. Esto ha dado lugar a que la jurisprudencia y la doctrina se hayan ocupado de delimitar las circunstancias que justifican y las que exculpan, atendiendo a la estructura de cada eximente. En este trabajo hemos considerado que la legítima defensa, (artículo 20.4 del CPE); el cumplimiento de un deber legal, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, (artículo 20.7 del CPE); y el estado de necesidad,

(artículo 20.5 del CPE); en todo caso y sin atender a los bienes que colidan, constituyen causa de justificación. En tanto que el miedo insuperable, (artículo 20.6 del CPE) es la única causa de exculpación en el ordenamiento español.

La estructura del CPE permite recurrir a las causas de justificación supralegales, en la medida que el ordenamiento jurídico, en términos generales, establece autorizaciones dirigidas al sujeto en diferentes contextos, en consecuencia, se infiere que es posible acudir a otras parcelas de la ley, diferentes a aquellas que cuentan con naturaleza penal, en vías de justificar; o incluso resulta dable verificar principios generales del derecho para determinar alguna eximente que justifique, lo cual significa que las eximentes que justifican no tienen arraigo exclusivo en la ley.

4. El ordenamiento jurídico panameño en materia penal tiene una clara división entre circunstancias que justifican y exculpan. De hecho, esta dinámica ha sido parte de la tradición panameña en materia de eximentes. La distinción que realiza el legislador nacional permite que haya una clara delimitación entre situaciones justificantes y exculpantes, lo cual conlleva que las consecuencias derivadas de otras figuras jurídicas no presenten inconvenientes de considerable entidad en su apreciación, puesto que la regulación legal ha delimitado la naturaleza de las circunstancias que justifican o eximen.

En sintonía con lo expuesto, el estatuto panameño contiene las siguientes circunstancias justificantes: la legítima defensa, (artículo 32 del CPP); el estado de necesidad en el cual colidan intereses distintos, (artículo 33 del CPP); ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento de un deber legal, (artículo 31 del CPP).

La regulación panameña también permite el recurso a lo supralegal en materia de justificación, dado que es viable atender a causas que el ordenamiento contempla, lo cual implica la revisión de normas que integran el sistema legal, para de esa forma dar paso a la justificación.

Debemos tener en mente que el ordenamiento jurídico panameño tiene previsto el principio de legalidad en el artículo 31 de la Constitución política. De igual manera, aparece regulado en los artículos 4, 9 y 12 del CPP, sin embargo, la normativa en

cuestión no da lugar a prohibir el reconocimiento de alguna circunstancia justificante supralegal; por el contrario, el artículo 16 del CPP da cabida a tales causas de justificación, en la medida que tiene prevista la analogía *in bonam partem*, lo cual abre paso a la aplicación de las circunstancias supralegales. En adición, vale mencionar que dentro de las eximentes que justifican se encuentra previsto el cumplimiento de un deber legal y el ejercicio legítimo de un derecho, lo cual significa que es imprescindible recurrir a todo el ordenamiento jurídico, en vías de dotar de contenido a tal eximente, por tanto, desde esta perspectiva nos parece que también resulta de recibo acoger las eximentes justificantes supralegales.

Con todo, el sistema elegido por el codificador patrio nos parece presenta una estructura rígida en torno a las eximentes que justifican y exculpan, lo cual no permite que éstas puedan ser dimensionadas en otros contextos, si es que, por ejemplo, a iniciativa de la doctrina se adelantan otras posturas en torno a la naturaleza jurídica de alguna de las circunstancias que acaparan nuestra atención. En razón de lo expresado, nos parece que la alternativa prevista en el ordenamiento penal español dispone de mejores condiciones, puesto que no establece de antemano la delimitación entre causas que justifican y las que exculpan, lo cual resulta positivo, puesto que en el evento que se elaboren nuevas consideraciones en torno a alguna de las eximentes es posible realizar el ajuste pertinente, sin que ello implique alguna modificación legal.

5. En este trabajo se ha considerado que la exculpación se trata de una disculpa que el legislador dirige hacia la persona que ha cometido una conducta típica y antijurídica, en atención a la concurrencia de circunstancias definidas en la ley. El término exculpación se acogió, debido a la falta de elementos para dar paso a la absolucón por vía de la teoría de la disminución del injusto y la culpabilidad disminuida. Aquí importa tener en mente que en la tipicidad se evalúan, entre otros aspectos, la ausencia de elementos que conforman el tipo penal; en tanto que en la antijuricidad se discuten asuntos relacionados con la concurrencia de circunstancias que justifican, en consecuencia, se colige que ni en la tipicidad ni en la antijuricidad se examinan cuestiones que se ocupen con atención de la condición del sujeto, lo cual se verifica en la culpabilidad, por vía de las causas de exculpación.

En sentido contrario, se advierte que la exclusión de culpabilidad, es decir la

inculpabilidad se vincula con personas que por alguna u otra razón no se encuentren en posición de relacionarse con su entorno, por vía de alguna causa que distorsione su correcto entendimiento.

En atención al diseño de las causas de exculpación, no es dable acudir a motivos supraleales, para exculpar. Además, la estructura del CPE y del CPP no da lugar a tal recurso. En todo caso, tales eximentes deben contemplarse en la ley debidamente, en razón que la culpabilidad cuenta con una naturaleza esencialmente penal, por ende, no es de recibo atender al ordenamiento jurídico, en términos generales, como acontece en la antijuricidad. En adición, el reconocimiento de tales causas supraleales daría ocasión a que los márgenes de actuación del operador del sistema se amplíen de manera considerable, debido que, a su arbitrio, podría dar lugar a absolver, sin que existan razones fundadas en la ley para tales efectos.

Cabe puntualizar que en el ordenamiento panameño se contemplan las siguientes causas de exculpación: el error de prohibición invencible, la obediencia debida, el estado de necesidad, en el cual colisionen bienes iguales o superiores; coacción o amenaza grave, insuperable, actual o inminente; miedo insuperable y el error sobre las causas de justificación son causas de exculpación.

6. El principio de inexigibilidad de otra conducta ocupa un rol de suma importancia dentro de la teoría del delito, habida cuenta que informa cada una de sus categorías. Esta ha sido la posición defendida en esta investigación y se opone a la postura mayoritaria que entiende la inexigibilidad solo tiene incidencia en sede de culpabilidad.

La inexigibilidad afecta las categorías del delito, dado que da lugar a seleccionar aquellas conductas que se estiman contrarias a la convivencia social, por tanto, afecta a la tipicidad. En adición, cofundamenta las causas de justificación junto con el principio de interés preponderante. Además, la inexigibilidad dota de sentido a las causas de exculpación, en la medida que determina las circunstancias en las cuales el sujeto, por algunas circunstancias, no está en posición de asimilar las condiciones que forman parte de su entorno, por tanto, no resulta dable aplicarle castigo.

En atención a lo expuesto, la inexigibilidad, en alguna u otra medida, también tiene repercusiones sobre la teoría del error, en razón que el sujeto no responde por su comportamiento, en atención a circunstancias que se le presentan y que no permiten establecer que tenía noción de los elementos que integran el tipo, o del alcance de una causa de justificación, o de los elementos constitutivos de ésta; así como de los presupuestos de una eximente exculpante.

7. En la doctrina española se ha considerado ampliamente que la legítima defensa, el cumplimiento de un deber legal, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituyen causas de justificación, tal como se expresa en las siguientes líneas.

En la legítima defensa la persona tutela intereses propios, en atención a que presenta resistencia a una agresión antijurídica dirigida contra alguno de sus bienes, de manera que la reacción del agente se estima conforme a derecho y su conducta se pondera de forma positiva por el ordenamiento jurídico. Aquí conviene tener presente que el comportamiento justificado de la persona no da lugar a que haya alguna reclamación civil, lo cual implica que la conducta es aprobada por el ordenamiento. Además, entendemos que no es correcto avalar la acometida que adelanta el agresor, de manera que la ley debe colocarse del lado de la persona quien se defiende. En adición, importa mencionar que el agredido realiza alguna acción encaminada a reafirmar el ordenamiento, dado que ha sido víctima de un ataque injusto, de tal modo que esto también permite concluir se está frente a una causa de justificación.

Las eximentes de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo y el cumplimiento de un deber legal son causas de justificación, en razón que el agente realiza un comportamiento que el propio ordenamiento avala, ya sea porque el sujeto cumple con un deber o ejerce un derecho que la ley reconoce como válido. Además, por el diseño de tales circunstancias es preceptivo revisar el ordenamiento de manera amplia, para verificar la concurrencia de éstas, lo cual da ocasión a estimar que no cabe castigo si otra parcela del ordenamiento, distinta a la penal, permite el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, oficio o cargo.

En cuanto a la naturaleza jurídica del estado de necesidad la situación es más complicada, puesto que por una parte se ha estimado que se trata de una eximente

justificante, en el evento que colisionen intereses disímiles, en tanto que es circunstancia exculpante, si es que acontece un enfrentamiento entre fines idénticos. La cuestión objeto de atención tiene profundas incidencias prácticas, dado que la aplicación de la teoría del error, al tiempo en que tiene lugar el estado de necesidad, pues ambas cuestiones tienen una estrecha relación.

Se advierte que la legislación alemana se ocupa del estado de necesidad, en su modalidad justificante y exculpante, de tal forma que se ha establecido regulaciones específicas para ambos asuntos. No obstante, en España no se observa una regulación que se dirija en esos términos, en consecuencia, desde esta perspectiva no resulta dable atender a los efectos que prodiga la regulación alemana en torno al estado de necesidad, en atención a la falta de alguna norma que, expresamente, prevea el estado de necesidad exculpante en España.

El legislador alemán ha provisto al ordenamiento de una regulación precisa en torno al estado de necesidad exculpante. Así, ha considerado restringir el ámbito de aplicación de la eximente que nos ocupa, solo en el evento que se presenten los siguientes bienes: vida, cuerpo (integridad) o la libertad, empero el par español no ha realizado ninguna tarea en este sentido, por tanto, no se observa reglamentación clara en esta dirección, en consecuencia, no es de recibo estimar que la legislación española prevea la figura del estado de necesidad exculpante.

Siguiendo con lo expuesto, se advierte que en la legislación alemana se prevé el auxilio necesario, en el caso que concurra estado de necesidad exculpante. Esta figura acontece entre personas con algún grado de proximidad. Esta medida se basa en que tales vínculos son los que permiten establecer que la persona quien auxilia está en posición de experimentar la situación por la cual atraviesa la persona auxiliada. No obstante, no se advierte una regulación similar en el ordenamiento español, por ende, no se observa sintonía en las legislaciones mencionadas en cuanto al asunto que acapara nuestra atención.

Se advierte que en el ordenamiento alemán se han establecido, de manera clara, algunas reglas para el error sobre el estado de necesidad exculpante, por tanto, debe atenderse a aquellas en el evento que concurra algún yerro sobre los elementos que

integran la mencionada eximente. Sin embargo, en el ordenamiento español no se vislumbra ninguna norma que prevea, de manera expresa, la figura del error en el estado de necesidad exculpante.

Con todo en la doctrina española se ha sostenido que en el evento que se presente un error sobre los elementos del estado de necesidad exculpante, la salida estriba en acudir a la normativa del error sobre las causas de justificación. Desde esta perspectiva, nos parece que esta solución permite dar pie a la teoría de la unidad, la cual entiende que todo estado de necesidad constituye causa de justificación, sin que resulte relevantes, los bienes en colisión, de tal modo que todo error sobre eximentes que justifiquen se resuelven con base en el error sobre las causas de justificación.

En vista de lo manifestado, somos de la opinión que no es de recibo inferir que el ordenamiento español se decanta por la teoría de la diferenciación, la cual distingue, claramente, entre estado de necesidad justificante y exculpante. En cambio, el Código penal alemán si acoge la referida teoría, en razón que cuenta con una plataforma jurídica que se ciñe a los postulados de la teoría mencionada, por tanto, nos parece que la regulación española no resulta suficiente para acoger los lineamientos que permiten distinguir entre un estado de necesidad justificante y otro exculpante.

8. La teoría de la unidad presenta mejores argumentos que los previstos por la teoría de la diferenciación. Así se desprende del análisis de cuestiones como el castigo a los partícipes, pues la segunda teoría mencionada, en el caso que sobrevenga un estado de necesidad exculpante, exime de pena al autor, sin embargo, da lugar a sancionar a los partícipes, dado que entiende que la situación recae, exclusivamente, sobre el autor. En sentido contrario, la teoría de la unidad no realiza una distinción entre estado de necesidad exculpante y justificante, en consecuencia, tanto autor como partícipes resultarán exentos de responsabilidad en el evento que sobrevenga alguna circunstancia justificante.

Es cierto que la teoría de la diferenciación da ocasión a presentar legítima defensa frente a la persona que proceda en estado de necesidad exculpante y que bajo el contexto de la teoría de la unidad no resultaría correcta realizar un ejercicio en este sentido, sin embargo, se podría oponer otro estado de necesidad para tutelar los

derechos de la persona, lo cual implicaría recurrir a los principios que informan a la citada eximente, es decir, la proporcionalidad y la subsidiariedad.

En atención a lo expuesto, reiteramos que la teoría de la unidad ofrece mejores argumentos para encarar los problemas de error, castigo al partícipe, e incluso de afectación de derechos por vía de quien procede en estado de necesidad, en consecuencia, sus planteamientos, a nuestro modo de ver las cosas, superan a aquellos contemplados por la teoría de la diferenciación. En vista de lo expresado la teoría unitaria contiene una estructura que armoniza con el ordenamiento penal español.

9. La naturaleza jurídica del miedo insuperable ha sido objeto de discusión tanto en el seno de la jurisprudencia como en la doctrina. Así se ha estimado se trata de una causa de inimputabilidad, debido a que la persona padece de un estado de perturbación lo cual da lugar a ubicar la situación por la cual atraviesa dentro del marco de la ausencia de culpabilidad que se reporta en la culpabilidad. En otro sentido, se ha estimado que se está frente a una causa de justificación, en atención a que la persona se encuentra en posición de motivarse frente a las circunstancias que se le presentan.

Las consideraciones expuestas no resultan de recibo, puesto que no se advierte que las condiciones mentales del sujeto se desvanezcan, en consecuencia, no es dable estimar se trata de inimputabilidad. Además, en el evento que se considere el miedo insuperable se compagina con la inimputabilidad, entonces la cuestión prevista en el artículo 20.1 del CPE sería superflua, dado que nos encontraríamos frente a una dualidad de circunstancias que eximen.

Dentro de otro contexto, no es correcto estimar que se está frente a una causa de justificación, al tiempo en que se materializa el miedo insuperable, en atención a que las eximentes justificantes se encuentran gobernadas, básicamente, por el interés preponderante, empero en el miedo insuperable más bien converge una situación anormal que incide, de manera relevante, sobre la persona, por ende, en este caso no se advierte culpabilidad, pues el injusto no puede ser atribuido a la persona, en razón que cualquier sujeto en la condición del agente habría actuado en la misma forma. Esta argumentación permite establecer que el miedo insuperable en realidad participa del linaje de las causas de exculpación, en razón de la concurrencia de la inexigibilidad de

otra conducta conforme a derecho.

El miedo insuperable, debido a su estructura en el CPE, precisa de observar aspectos objetivos y subjetivos, puesto que, si bien es necesario tomar en cuenta la situación personal del sujeto, es decir, que importa verificar el aspecto subjetivo, pero también es relevante valorar que el miedo que atraviesa el individuo debe ser insuperable, lo cual acarrea la revisión de elementos objetivos, para establecer la condición del miedo.

Para resolver la situación particular que atraviesa el sujeto que está frente al miedo insuperable, es de recibo atender a la teoría del hombre medio, la cual pretende que se examine la particular situación del sujeto en el caso concreto, pero utilizando como referencia al sujeto promedio, es decir, las condiciones que habría tenido el ciudadano común en lugar del agente.

El miedo insuperable es una eximente con autonomía, pues cuenta con un marco regulatorio que lo diferencia de otras. Además, cumple funciones de recogida en el ordenamiento español, dado que es dable recurrir a su utilización, en el caso de exceso en la legítima defensa, la cual no tiene normativa que lo ampare en el CPE, en consecuencia, no debe ser considerada como superflua la eximente del miedo insuperable.

10. En el estatuto punitivo panameño que rige hoy día se advierte que el dolo y la culpa están previstos entre la acción y las causas de justificación, de tal manera que esto ha permitido que en la doctrina panameña se considere que rige la teoría finalista, debido a que el dolo y la culpa integran el tipo. Esto es así, en alguna medida, no obstante, resulta de recibo revisar otros aspectos.

El CPP contempla entre sus eximentes el estado de necesidad exculpante. Esta circunstancia tiene como resorte el principio de inexigibilidad de otra conducta. En adición, se tiene previsto el miedo insuperable que, igualmente, aparece informado por el citado principio.

El estatuto punitivo se nutre de posiciones vinculadas con la filosofía causal,

neoclásica, el finalismo y el funcionalismo, de tal manera que a nuestro modo de ver las cosas asistimos a una concurrencia de posiciones, sin que resulte correcto adscribir al código sólo a alguna de ellas y en particular por un solo motivo.

La concurrencia de varios sistemas es saludable, puesto que permite un examen más prolijo de los asuntos penales y dota de mayores insumos a quienes intervienen en las causas penales o se acercan al estudio de la teoría del delito desde diferentes posiciones.

11. En materia de error se advierten dos teorías que han delimitado las líneas de entendimiento de la figura mencionada. En este sentido, se observan las teorías de la culpabilidad y la del dolo. Ambas, desde sus perspectivas, han formulado aportes a la teoría del delito.

En atención a lo planteado en este trabajo la teoría de la culpabilidad cuenta con argumentos que superan a la del dolo. Las razones que nos llevan formular tal aserto estriban en las siguientes razones:

a) La teoría de la culpabilidad exige un conocimiento potencial de la antijuricidad; a diferencia de la noción actual que requiere la teoría del dolo. El dolo, para la teoría de la culpabilidad, es un dolo natural, en el cual no se precisa de un conocimiento actual de la condición antijurídica del comportamiento. De acuerdo con los postulados de la teoría del dolo se le exigen mayores requerimientos al sujeto, pues se precisa de una noción actual;

b) La teoría de la culpabilidad da lugar a que no acontezcan lagunas de impunidad, en concreto, en torno al error vencible. En cambio, la teoría del dolo, en alguna medida, propicia alguna suerte de impunidad, dado que sólo permite sanción si está registrada la modalidad imprudente en el error vencible, en tanto, la teoría de la culpabilidad permite castigo en el supuesto que acontezca tal modalidad de yerro, pero atenuado.

12. En el error de tipo se afectan los elementos que lo integran. Se advierten los siguientes errores de tipo: error en el objeto, error sobre la relación de causalidad, *dolus generalis* y error en el golpe. De igual forma, se consideran como errores de tipo: el error sobre los elementos normativos del tipo y el error sobre las remisiones normativas,

(aunque en este último caso si la persona no conocía la norma de remisión, puede estimarse error de prohibición).

En el error de tipo se advierten dos modalidades: el error invencible y el vencible. En el primero de ellos no hay lugar a castigo, puesto que el sujeto no estuvo en posición de conocer uno de los elementos que integran el tipo, de ninguna manera, en consecuencia, no cabe imponer pena. En tanto que en el error vencible el sujeto pudo haber tenido noción de los componentes del tipo, lo cual da margen a estimar que su conducta no fue lo suficientemente diligente, por tanto, resulta dable estimar que se está ante un comportamiento imprudente, si es que, desde luego, el tipo subjetivo permite esta modalidad. Pese a lo expuesto, importa tener en mente que es la legislación de cada país la cual toma partido y determina las consecuencias que se derivan del error de tipo vencible.

El error de tipo está previsto en el CPE en el artículo 14, numerales 1 y 2. En el primer tramo de la norma citada se desarrolla el error invencible frente al cual no existe posibilidad de castigo, dado que aquí se excluye el dolo y la imprudencia, puesto que el sujeto no estuvo en posición de determinar la concurrencia de los elementos que integran el tipo de ninguna manera. En tanto que también se plantea el error vencible, frente al cual cabe sanción si es que aparece registrada la modalidad imprudente para el delito en cuestión. En este sentido, nos parece que debe acudir a la teoría del hombre promedio para determinar si el error es vencible o invencible, es decir, que resulta preceptivo verificar las posibilidades con las que contaría el sujeto promedio, en la posición del autor, para evitar el yerro.

En el numeral 2 del artículo 14 del CPE se desarrolla el error sobre los elementos accidentales, en concreto, en torno a circunstancias agravantes, en atención a la redacción que se advierte en el mencionado instrumento normativo. Aquí nos encontramos frente a un error de tipo, en atención a que las agravantes son elementos que conforman el tipo, de una u otra forma. Hemos considerado que en el caso que sobrevenga algún error sobre las circunstancias agravantes, cabría castigar por el tipo base, en razón que éste se ha consumado; en tanto que la situación que califica al tipo no se materializa, en atención a la presencia del error. Sin embargo, la cuestión relacionada con la agravante podría verificarse al tiempo en que se aplica la pena, lo cual daría

ocasión a una sanción más rigurosa.

Siguiendo con la cuestión abordada en el inciso que antecede, se advierte que ha sido objeto de discusión el error en torno a las circunstancias atenuantes. Por un lado, se estima que no deben ser reconocidas, dado que no son de conocimiento del agente y éste no cuenta con ninguna noción de las situaciones que lo favorecerían. En tanto que otra postura considera que debe aplicarse la circunstancia atenuante, pese a que no sea conocida por la persona, puesto que, en alguna medida, disminuyen el injusto. En este sentido, nos parece que podría reconocerse la situación al tiempo en que se individualiza la pena.

El CPP contempla la figura del error invencible, empero no se ocupa del error vencible, en ninguna de sus modalidades, es decir, que no está registrado en el yerro de tipo, ni en el de prohibición. En este sentido, nos parece que debería ensayarse alguna reforma dirigida a considerar al error vencible, puesto que es el que acontece con mayor frecuencia. Además, somos de la opinión que en el caso que sobrevenga algún error vencible debería, en el caso del error de tipo, aplicarse castigo si es que la ley prevé la modalidad imprudente para el tipo, dado que en este supuesto inferimos que el agente no ha sido lo suficientemente diligente. En tanto, que el error vencible de prohibición debería castigarse con una rebaja de pena, entre una tercera a sexta parte, como lo establece el ordenamiento panameño, en el artículo 91.

Tampoco contempla el CPP el error sobre las circunstancias modificativas, sin embargo, esta cuestión podría resolverse en atención a lo previsto en el artículo 16 del referido texto legal, pues allí se contempla la analogía y la interpretación extensiva, lo cual implicaría que difícilmente podría aplicarse una agravante, en el evento que el sujeto no la conocía, o que no se materialice una atenuante en el caso que no se tuviera noticia de ésta.

13. En el error de prohibición el sujeto se equivoca sobre el conocimiento de la antijuricidad de su conducta, es decir, estima que su comportamiento no se contrapone a la ley. Este error puede ser vencible o invencible.

En el evento que el error sea invencible, no hay lugar a castigo, puesto que se

estima que la persona, bajo ninguna circunstancia, estuvo en posición de conocer la condición antijurídica de la conducta. En el caso del error vencible es posible aplicar una pena, sin embargo, esta se atenuaría. Tal disminución de la sanción puede ser obligatoria o bien opcional, es decir, a criterio del juez, lo cual implica que es la ley la que determina la fórmula que debe emplearse para tales efectos.

Se discute si los presupuestos en las causas de justificación constituyen error de tipo o error de prohibición. En este sentido, somos partidarios de la teoría restringida de la culpabilidad, la cual estima el error sobre los presupuestos de las causas de justificación es un error de tipo. Esta reflexión obedece a que no se vislumbra una equivocación en torno al conocimiento de la antijuricidad, es decir, que la cuestión no se reconduce a un error de prohibición, por el contrario, el yerro del agente recae sobre uno de los elementos que integran el tipo de justificación.

En cuanto al error de prohibición se plantea problemas sobre la vencibilidad e invencibilidad. Así, se han establecido varios factores para delimitar en qué supuestos tiene lugar el error de prohibición vencible e invencible. Se han considerado aspectos vinculados con la formación de la persona, fuentes de información consultadas, el contexto en el que se encuentra, entre otras cosas.

14. Se advierte que existen algunas modalidades de error que conllevan no pocas dificultades al tiempo en que se examina su naturaleza jurídica. En este sentido, como punto de partida se cuenta con el error de subsunción. En torno a este yerro compartimos la opinión de ROXIN, de tal modo que es posible que tenga ocasión un error de tipo o de prohibición, o incluso sobre la punibilidad. En el primero de los casos el agente se equivoca en relación al significado de alguno de los elementos que integran el tipo, lo cual implica se está frente a un error de tipo, dado que la persona se equivoca en torno a alguno de los componentes que conforman el tipo.

En antítesis a lo expuesto en el inciso que antecede, nos encontraremos frente a un error de prohibición al tiempo que la persona estime su conducta no está prohibida, empero ello no sea así, es decir, la persona tiene noticia de los elementos que configuran el tipo, sin embargo, entiende que su comportamiento no aparece prohibido por el ordenamiento.

El error sobre la punibilidad descansa sobre elementos que no integran el tipo, ni tampoco sobre el conocimiento de la condición antijurídica de la conducta, en consecuencia, no se trata de un error de tipo ni tampoco de prohibición, sino de una modalidad particular de yerro. Tal como se ha expresado la doctrina mayoritaria y que compartimos en este trabajo el error sobre la punibilidad no tiene mayor relevancia, puesto que la condición necesaria para que tenga ocasión el error no se vincula con la conminación penal, sino más bien con los aspectos que aparecen integrados tanto en el tipo como la noción de antijuricidad.

Dentro de otro contexto, nos ha parecido que la naturaleza del error culturalmente condicionado se ubica dentro de los contornos que tiene diseñado el error de prohibición, debido a que por cuestiones de formación la persona desconoce que su conducta está prohibida, lo cual implica que la cuestión participa de las características que distinguen al error de prohibición.

15. El CPP de 2007 no se ocupa de regular la figura del error de tipo ni de prohibición en sus modalidades vencibles. Esta situación, a nuestro modo de ver las cosas, ocasiona un vacío de considerable entidad dentro de la estructura del estatuto punitivo panameño. Nos parece que deberían contemplarse el error vencible tanto para el yerro sobre el tipo, como el de prohibición, puesto que son los que tienen lugar en la mayoría de las ocasiones.

En cuanto a las consecuencias derivadas de cada uno de estos yerros nos parece que ante la concurrencia de un error de tipo vencible es de recibo el castigo, pero solo en el caso que se tenga registrada la modalidad imprudente en el tipo subjetivo, pues el sujeto no atiende al deber de cuidado correspondiente, por ende, la aplicación del tipo subjetivo resulta de recibo. En torno al error de prohibición vencible, somos de la opinión que cabe la atenuación obligatoria de la pena, en atención a que el yerro del sujeto debe ser reconocido al tiempo en que se procede a aplicar la pena definitiva, en razón que debido al error la conducta resulta menos gravosa.

Por otro lado, advertimos que el CPP no hace ninguna referencia al error sobre las causas de exculpación, de manera que somos de la opinión tendría que incluirse en la

ley y para ello utilizar como referencia a la legislación alemana que establece para el caso invencible ausencia de castigo, dado que por la intensidad del yerro no es de recibo aplicar una pena; y para la modalidad vencible sanción atenuada, puesto que se observa una disminución de la gravedad del comportamiento, cuya cuestión merece ser reconocida, por vía de una rebaja.

16. El error sobre las causas de exculpación es un tipo especial de yerro, puesto que no dice relación ni con el error de tipo, ni con el error de prohibición. Esto es así, dado que en el primer caso se examina un error sobre el tipo y en el segundo se advierte desconocimiento de la condición antijurídica de la conducta o algún yerro en los presupuestos de las causas de justificación, empero en el error sobre la exculpación se discuten aspectos que no tienen vinculación con ninguno de los puntos abordados por el error de tipo y el de prohibición.

En cuanto al error sobre las causas de exculpación, somos del criterio que la salida de la legislación alemana es la adecuada, es decir, impunidad para el error invencible, dado que el alcance del error elimina cualquier posibilidad de castigo y atenuación de pena en caso de yerro vencible, en razón a la disminución de la relevancia del comportamiento, a partir de la materialización del error.

Nos parece que se requiere de una regulación precisa en torno a error sobre la exculpación, pero ante su ausencia y para hacer frente al estado de la cuestión en el CPE, como en el CPP cabría impunidad en el caso que sea invencible, o la aplicación de una atenuante analógica en el supuesto que sea error vencible, tanto en el ordenamiento español como el panameño, en razón que en el primer caso se está frente a un error de considerable entidad, por lo cual no cabe castigo, empero en torno al error vencible es dable atender a la atenuante referida, puesto que su amplia configuración permite el recurso a ésta, en el evento que tenga lugar un yerro como el que acapara nuestra atención. Lo cierto es que el estudio es importante, por la relevancia práctica de este error y en atención a la falta de regulación en España y Panamá.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO, J.: *Derecho Penal General y Especial Panameño, Comentarios al Código Penal*, Taller Senda, Panamá, 2008.
- AGUADO CORREA, T.: *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Editorial de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1999.
 -*Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 2004.
 -*Principio de Inexigibilidad de otra conducta en las categorías del delito*, Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, No. 3, 2011.
- AGUDELO BETANCUR, N.: *Curso de Derecho Penal (esquemas del Delito)*, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, D.C.-Colombia, 1992.
- ALCÁCER GUIRAO, R.: *Actio libera in causa dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal*, Editorial Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2004.
- ALONSO ÁLAMO, M.: “Error sobre los presupuestos reales de las causas de exclusión de la culpabilidad”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, tomo I*, Universidad Nacional a Distancia, Madrid, 1989.
- AMBOS, K.: *La Parte General del Derecho Penal Internacional, bases para una elaboración dogmática*, traducción de MALARINO, Temis, Bogotá-Colombia, 2006.
- ANTÓN ÓNECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª edición, Editorial Akal, S.A., Madrid, 1986.
- ARANGO DURLING, V.: *Temas fundamentales de la nueva legislación penal*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2008.
 -*Cuestiones esenciales sobre la culpabilidad*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2008.
 -*Derecho Penal. Parte General. Introducción Teoría Jurídica del Delito*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2014.
 -*La Teoría y el Concepto del delito en el Código Penal de 2007*, Anuario de Derecho No. 44, Panamá, 2015.
- ARCE AGGEO, M.: *Sistema del Delito*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006.
- ARIAS EIBE, J.: *El error en Derecho Penal en el Código de 1995*, Dykinson, Madrid, 2007.
- ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J.C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J.R./TERRADILLOS BASOCO, J. Ma. (directores)/ NIETO MARÍN A./PÉREZ CEPEDA A.I.(coordinadores): *Comentarios al Código penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007.

- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2009.
-*Principios de derecho penal*, 3ª edición, Ed. Akal S.A., Madrid, 1994.
- BALDÓ LAVILLA, F.: *Estado de necesidad y legítima defensa*, Editorial José María Bosch S.A., Barcelona, 1994.
- BINDER, A.: *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Ad-Hoc, Argentina, 2004.
- BLANCO CORDERO, I.: *El delito de Blanqueo de Capitales*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1997.
- BLANCO LOZANO, C.: *Derecho Penal Parte General*, Colección Estudios La Ley, Madrid, 2003.
- BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALAREÉ, H.: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Trotta, volúmenes I y II Madrid, 1997 y 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.
- CABANELLAS DE TORRES, G.: *Diccionario Jurídico Elemental*, decimocuarta edición, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina, 2000.
- CANCIO MELIÁ, M.: “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en *Derecho Penal y Sociedad, tomo I*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- CARBONELL MATEU, J.C.: *Justificación penal (fundamento, naturaleza y fuentes)*, Editorial Edersa, (Editoriales de derecho reunidas, S.A.), Madrid, 1982.
- CEREZO MIR, J.: “Noción del estado de necesidad como requisito básico de la eximente del número 7 del artículo 8 del Código penal español. Estado de necesidad y colisión de deberes”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Extra 11*, Madrid, 1986.
-“La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española”, en *Justificación y exculpación en Derecho Penal, (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.
--*Curso de Derecho penal español: Parte General*, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991.

- COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.: *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1987.
- CORREA FLÓREZ, M. C.: *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de la casa (tesis doctoral)*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.
- COUSO SALAS, J.: *Fundamentos de Derecho Penal de Culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Parte General*, 15ª edición, tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1968.
- CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal Español, Parte General*, volumen 1, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.
- *El Derecho Penal Español, Parte General*, volumen 2, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.
- CUERDA ARNAU, M.L.: *El Miedo Insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- CUERDA RIEZU, A.: “Sobre el concurso entre causas de justificación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990.
- “La prueba de las eximentes en el proceso penal”, *Indret*, Barcelona, 2/2014.
- CURE MÁRQUEZ, J.: *El Miedo Insuperable como ausencia de Responsabilidad Penal*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2008.
- CURY URZÚA, E.: *Derecho Penal, Parte General*, tomos I y II, 2da edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1992.
- DE LA CUESTA AGUADO, P.: *Conocimiento de la Ilícitud. Aproximación al Conocimiento de la Antijuricidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*, Dykinson, S.L., Madrid, 2007.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M.: *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2008.
- DÍAZ ROCA, R.: *Derecho Penal General*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Derecho penal español. Parte general en esquemas*, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- FAKHOURI GÓMEZ, Y.: *Delimitación entre error de tipo y prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Civitas, Navarra, 2009.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: “Normativización del derecho penal y realidad social”, en *Editorial Universidad Externado*, Bogotá, 2007.
- “Sobre las nuevas tendencias en materia de culpabilidad jurídico-penal. Recensión a María Martín Lorenzo: La exculpación penal. Bases para una atribución

legítima de responsabilidad penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, nº 2, 2009.

FIERRO, G.: *Causalidad e imputación*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.

FONTAN BALESTRA, C.: *Derecho Penal General*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Introducción al Derecho Penal*, 4ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

GARRIDO MONTT, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2010.

GILL, H.: *Derecho Penal (Parte General)*, Editorial Juristas Panameños, Panamá, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la parte general del Derecho Penal Español*, Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1979.

-*Estudios de Derecho Penal*, 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

-“Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, en *Justificación y exculpación en Derecho Penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.: *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Civitas Ediciones, Madrid, 1984.

GONZÁLEZ HERRERA, A.: *Algunos aspectos sobre la culpabilidad*, Imprenta Nuevo Millennium, Panamá, 2004.

-*El conocimiento de la antijuricidad*, Cultural Portobelo, Panamá, 2007.

GRACIA MARTÍN, L.: “El Finalismo como Método Sintético Real-Normativo para la construcción de la teoría del delito”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6/2004, 06-07.

GUARDIOLA GARCÍA, J.: *Sobre el denominado efecto oclusivo de las normas justificantes. La Justificación penal: balance y perspectivas*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

GUERRA DE VILLALAZ, A./VILLALAZ de ALLEN, G.: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Litho Editorial Chen, S.A. Panamá, 2009.

GUERRA DE VILLALAZ, A.: *Código Penal Comentado*, Mizrachi & Puyol, Panamá, 2001.

-*La culpabilidad en el Nuevo Código Penal. Ubicación Normativa.* <http://www.penjurpanama.com>

- HASSEEMER, W.: *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Editorial Bosch casa editorial, S.A., Barcelona, 1984.
- HERRERA, L.: *El error en materia penal*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- HIGUERA GIMERÁ, J.F.: *La eximente de miedo insuperable en el Derecho Penal común y militar español*, Edit. Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1991.
- HIRSCH, H.J.: *La Posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, traducción de CANCIÓ MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 1996.
-“El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, traducción de CRESPO, Editorial Edisofer, S.L., Madrid, 2008.
- JAKOBS, G.: *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª edición, traducción de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, H/WEIGEND T.: *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª edición, traducción de OLMEDO CARDENETE, Comares, S.L., Granada, 2002.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, J.: *Introducción a la Teoría General del Delito*, 2ª edición, Ángel Editor, México, 2005.
- KINDHÄUSER, U.: “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, en *El Error en el Derecho Penal*, traducción de FERNANDO J. CÓRDOBA y GUSTAVO A. BRUZZONE, Buenos Aires, 1999.
- LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, Valetta Ediciones, Buenos Aires, 2007.
- LUZÓN CUESTA, J.M.: *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, Dykinson, Madrid, 1990.
-*Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 18ª edición, Dykinson, Madrid, 2008.
- LUZÓN PEÑA, D.: *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Hispamer, Colombia.
-*Aspectos esenciales de la legítima defensa*”, Bosch casa editorial, S.A., Barcelona, 1978.
-*Estudios Penales*, Editorial DPU, Barcelona, 1991.
--“Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/ 2013.

- LUZÓN PEÑA, D./MIR PUIG, S., (coordinadores): *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.
- MANSO PORTO, T.: *Desconocimiento de la Norma y Responsabilidad Penal*, Dykinson, Madrid, 1999.
- MAÑALICH, J.: *La exculpación como categoría del razonamiento práctico*, Indret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2013.
- MAPPELLI CAFFARENA, B.: *Estudio Jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.
- MARTÍN LORENZO, M.: *La exculpación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MARTÍNEZ CANTÓN, S.: “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad en Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho”, en *Libro de Homenaje a Santiago Mir Puig*, Editores La Ley, Madrid, 2010.
- MARTOS NÚÑEZ, J.A.: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- MAURACH/ZIPF.: *Derecho Penal. Parte General 1*, traducción de la 7ª edición alemana por BOFILL GENZSCH/AIMONE GIBSON, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MEINI, I.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*. Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.
-*Teoría Jurídica del delito en el Sistema Penal Acusatorio*, Alianza Ciudadana Pro Justicia, Panamá, 2012.
- MELENDO PARDOS, M.: *El Concepto Material de Culpabilidad y el Principio de Inexigibilidad. Sobre el Nacimiento y Evolución de las Concepciones Normativas*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- MENDES DE CARVALHO, E.: *Punibilidad y delito*, Editorial Reus, Madrid, 2007.
- MERKEL, A.: *Derecho Penal*, tomo I, traducción de DORADO P., Editorial Analecta ediciones y libros, S.L., Pamplona, 2003.
- MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, traducción de la 2ª edición alemana (1933) y notas de derecho español por RODRÍGUEZ MUÑOZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

MIR PUIG, S.: -“Problemas del Estado de Necesidad en el artículo 8.7 CP”, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo I, Bosch casa editorial S.A., Barcelona, 1983.

--“El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho Penal Español”, en *Justificación y Exculpación en Derecho Penal*, (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal), Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

-*Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, Tecfoto, S.L., Barcelona, 1996.

-*Derecho Penal, Parte General*, 7ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2004.

-*Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008.

-*Derecho Penal, Parte General*, 10ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2015.

- *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, 2ª ed., Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

MOLINA FERNÁNDEZ, F.: “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío de la teoría del delito”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, editorial Edisofer, S.L., Madrid, 2008.

-*Naturaleza del sistema de justificación en Derecho Penal. La Justificación penal: balance y perspectivas*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El extranjero frente al Derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, J.M. Bosch Editor, Madrid, 2008.

MORENO- TORRES HERRERA, M. R.: *El error sobre la punibilidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

MUÑOZ ARANGO, C.: “Algunas observaciones sobre los sistemas de la teoría del delito en los Códigos Penales de 1982 y 2007”, <http://www.penjurpanama.com>

MUÑOZ CONDE, F.: *El error en el Derecho penal*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.

-*Teoría general del delito*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch Libros, Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal, Parte General*, 6ª edición, Tirant, Lo Blanch Libros, Valencia, 2004.

MUÑOZ POPE, C.E.: *Introducción al Derecho Penal*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2000.

-*Estudios para la reforma penal*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2006.

-*Estudios Jurídicos*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2008.

-*Estado de necesidad y responsabilidad civil*, www.penjur.com

-*La importancia de la teoría del delito. Enfoque desde el Estado Constitucional de Derecho* (causalismo y finalismo), www.penjur.com

MUÑOZ RUBIO, C.E./GUERRA DE VILLALAZ, A.E., *Derecho Penal Panameño*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1977.

- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito*, Rafael Castellano Editor, Madrid, 1985.
- OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, Editorial La Ley, Madrid, 2007.
- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Compendio de Derecho Penal. (Parte General y especial)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- PÉREZ ALONSO, E.: *El error sobre las circunstancias del delito*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- PEÑA CABRERA, R.: "El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2do. Párrafo) y 15 del Código Penal Peruano", en *Revista de Derecho Penal y Criminología No. 3*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid, 1993.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991.
- PERRON, W.: "Justificación y Exculpación en Derecho Penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad y colisión de deberes)", en *Justificación y exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.
- POLAINO NAVARRETE, M.: *Derecho penal, parte general*, tomo I, 6ta edición actualizada, Editorial Bosch, Barcelona, 2008.
- PUPPE, I.: "Error de Hecho, Error de Subsunción", en *El Error en el Derecho Penal*, traducción de CÓRDOBA y BRUZZONE, Buenos Aires, 1999.
- QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999.
- QUINTERO OLIVARES G.(director)/MORALES PRATS, F. (coordinador) y otros: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª edición, Thompson Aranzadi, Navarra, 2004.
- REQUEJO CONDE, C.: *La legítima defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ROBLES PLANAS, R.: "En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos", en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, en *Libro de Homenaje a SANTIAGO MIR PUIG*, Editores La Ley, Madrid, 2010.

- RODRÍGUEZ DEVESA, J.: *Derecho Penal Español*, 10ª ed., Dykinson, Madrid, 1986.
- ROLDÁN BARBERO, H.: *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código penal español. Crítica a la teoría de la exigibilidad de otra conducta adecuada a la norma*. Madrid: Fundación Juan March, D.L., 1980.
-“Estado de necesidad y colisión de intereses”, *Cuadernos de Política Criminal No. 20*, Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid, Editorial Edersa, Madrid, 1986.
- ROXIN, C.: “Otras causas de justificación y exculpación en el Derecho penal alemán”, *Justificación y Exculpación en Derecho Penal, (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.
-*Derecho Penal, Parte General*, traducción a la 2ª edición alemana por LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1996.
-*Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción por MUÑOZ CONDE, Editorial Reus, Madrid, 1999.
- RUEDA MARTÍN, M.: *Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Doloso de Acción*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2002.
- SABORIT, D.: *Error Iuris, El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2000.
- SÁINZ CANTERO, J.: “Las causas de inculpabilidad en el Código penal español”, *Revista general de la legislación y jurisprudencia*, Editorial Instituto Editorial Reus, Madrid, enero – 1963.
- “La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Número 2, año 1965.
- SÁINZ –CANTERO CAPARROS, J.: *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Dykinson, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ DAFAUCE, M.: *Sobre el estado de necesidad existencial*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- SANCINETTI, M.: *Casos de Derecho penal*, 2ª edición, Editorial Hammurabi, S.R.L., Buenos Aires, 1991.
- SCHWEITZER WALTERS, M.: *El error en materia penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961.
- SILVA SÁNCHEZ, J.: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.
- “Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal Español”, en *ADPCP* tomo XXXV, fascículo III, 1982.

-“Prolegómenos de una doctrina sobre el error de prohibición”, en *Libertas* 5-2016 (diciembre), *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, número monográfico extraordinario. *Liber amicorum* a CLAUS ROXIN, 85 aniversario, Madrid, 2016.

STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal, Parte General*, traducción de CANCIO MELIÁ y SANCINETTI, Thompson Civitas, Navarra, 2005.

-*Disvalor de la acción y disvalor del resultado en el Derecho Penal*, 2ª ed., traducción de SANCINETTI/ ZIFFER, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2006.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C./JUDEL PRIETO, Á./PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 4ª edición, Editorial Thompson Civitas, Navarra, 2006.

TOMÁS VALIENTE, C.: “El efecto oclusivo entre causas de justificación”, en *Homenaje al profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Thompson Civitas, Navarra, 2005.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “Identidad, creencias y orden penal: la eximente cultural”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 17, Madrid, 2013.

TRAPERO BARREALES, M.: *El error en las causas de justificación*, Tirant LoBlanch, Valencia, 2004.

VALLE MUÑIZ, J.M.: *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Editorial PPU, Barcelona, 1994.

VARONA GÓMEZ, D.: *El Miedo Insuperable: Una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Edit. Comares, Granada, 2000.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F.: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis, Colombia, 1995.

-*Manual de Derecho Penal. Parte General*. 6ª edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá-Colombia, 2014.

WELZEL, H.: *Derecho Penal Alemán*, traducción de BUSTOS RAMÍREZ y YAÑEZ, 2ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

-*El nuevo sistema del Derecho Penal*, tercera reimpresión, traducción y notas por CEREZO MIR, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

WILENMANN VON BERNATH, J.: “El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal”, en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2014.

ZAFFARONI, E. R.: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 6ª edición, Editorial Ediar, Argentina, 2001.

-*Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Argentina, 2006.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M./ POMARES CINTAS, E./RAMOS TAPIA, M./ y otros.: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M./MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B./RAMOS TAPIA, M./ESQUINAS VALVERDE, P./VALVERDE CANO, A.B.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ANEXO I

TEXTO ÚNICO CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ
Adoptado por la Ley 14 de 2007, con las modificaciones y adiciones introducidas
por la Ley 26 de 2008, la Ley S de 2009, la Ley 68 de 2009 y la Ley 14 de
2010

LA ASAMBLEA NACIONAL

DECRETA:

Artículo Único. Se adopta el Código Penal de la República de Panamá, cuyo texto es el

siguiente:

LIBRO PRIMERO

LA LEY PENAL EN GENERAL

Título Preliminar

Capítulo I Postulados Básicos

Artículo 1. Este Código tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana.

Artículo 2. En este Código solo se tipifican aquellas conductas y comportamientos cuya incriminación resulte indispensable para la protección de los bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad, y de acuerdo con la política criminal del Estado.

Artículo 3. La legislación penal solo debe intervenir cuando no es posible utilizar otros mecanismos de control social. Se instituye el principio de su mínima aplicación.

Artículo 4. Solo se puede castigar a la persona por la comisión del hecho ilícito, siempre que la conducta esté previamente descrita por la ley penal.

Artículo 5. Las normas y los postulados sobre derechos humanos que se encuentren consignados en la Constitución Política y en los convenios internacionales vigentes en la República de Panamá son parte integral de este Código. Además, son mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Artículo 6. La imposición de las penas y las medidas de seguridad responderá a los postulados básicos consagrados en este Código y a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Artículo 7. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al sentenciado.

Artículo 8. A los inimputables solo se les aplicarán medidas de seguridad. Las medidas de seguridad tienen como fundamento la protección, la curación, la tutela y la rehabilitación de la persona.

Capítulo II Garantías Penales

Artículo 9. Nadie podrá ser procesado ni penado por un hecho no descrito expresamente como delito por la ley al tiempo de su comisión, ni sometido a medidas de seguridad que la ley no prevea.

Artículo 10. La imposición de una sanción penal corresponderá exclusivamente a los tribunales competentes, mediante proceso legal previo, efectuado según las formalidades constitucionales y legales vigentes. Ninguna sanción penal podrá ser impartida por una jurisdicción extraordinaria o creada ad hoc con posterioridad a un hecho punible, ni en violación de las formas propias del juicio.

Artículo 11. Los procesos que se sigan en contravención a lo dispuesto en los dos artículos anteriores son nulos, y quienes hayan actuado en ellos como jueces o funcionarios de instrucción serán responsables en todo caso, civil y criminalmente, por los daños o perjuicios que resultaran del proceso ilegal.

Artículo 12. La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca. Cuando un hecho punible requiere que una norma, de igual o inferior jerarquía, lo complemente, será necesaria la existencia de esa norma jurídica complementaria.

Artículo 13. Para que una conducta sea considerada delito debe ser típica, antijurídica y culpable.

Artículo 14. La ley favorable al imputado se aplicará retroactivamente. Este principio rige también para los sancionados aun cuando medie sentencia ejecutoriada, siempre que no hayan cumplido totalmente la pena. El reconocimiento de esta garantía se hará de oficio o a petición de parte.

Artículo 15. Al aplicarse la ley penal a un hecho, este no podrá ser considerado más de una vez para la imposición de otra sanción. En caso de concurso ideal o real del delito, se aplicarán las normas correspondientes establecidas en este Código. Cuando varias leyes penales o disposiciones de este Código sancionen el mismo hecho, la disposición especial prevalecerá sobre la general. Esta garantía también rige para los casos juzgados en el extranjero.

Artículo 16. Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. La interpretación extensiva y la aplicación analógica solo son posibles cuando beneficien al imputado.

Título I Aplicación de la Ley Penal

Capítulo I Vigencia de la Ley Penal en el Tiempo

Artículo 17. Los delitos son penados de acuerdo con la ley vigente al tiempo de la acción u omisión, independientemente de cuándo se produzca el resultado. Queda a salvo el supuesto previsto en el artículo 14 de este Código.

Cuando la ley se refiere al delito incluye tanto la modalidad consumada como la tentativa.

Capítulo II Aplicación de la Ley Penal en el Espacio

Artículo 18. La ley penal se aplicará a los hechos punibles cometidos en el territorio nacional y demás lugares sujetos a la jurisdicción del Estado, salvo las excepciones establecidas en las convenciones y normas internacionales vigentes en la República de Panamá. Para los efectos de la ley penal, constituyen territorio de la República el área continental e insular, el mar territorial, la plataforma continental, el subsuelo y el espacio aéreo que los cubre. También lo constituyen las naves y aeronaves panameñas y todo aquello que, según las normas del Derecho Internacional, responda a ese concepto.

Artículo 19. Es aplicable la ley penal panameña, aunque se hayan cometido en el exterior, a los delitos contra la Humanidad, contra la Personalidad Jurídica del Estado, contra la Salud Pública, contra la Economía Nacional y contra la Administración Pública, así como a los delitos de desaparición forzada de personas, trata de personas, y falsedad de documentos de crédito público panameño, de documentos, sellos y timbres oficiales, de la moneda panameña y demás monedas de curso legal en el país, siempre que, en este último caso, se hayan introducido o pretendido introducir al territorio nacional.

Artículo 20. También se aplicará la ley penal panameña a los delitos cometidos en el extranjero, cuando:

1. Produzcan o deban producir sus resultados en el territorio panameño.
2. Sean cometidos en perjuicio de un panameño o sus derechos.
3. Sean cometidos por agentes diplomáticos, funcionarios o empleados panameños que no hubieran sido juzgados en el lugar de su comisión por razones de inmunidad diplomática.
4. Una autoridad nacional haya negado la extradición de un panameño o de un extranjero.

Artículo 21. Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del delito y de la nacionalidad del imputado, se aplicará la ley penal panameña a quienes cometan hechos punibles previstos en los tratados internacionales vigentes en la República de Panamá, siempre que estos le concedan competencia territorial.

Capítulo III. Aplicación de la Ley Penal a las Personas

Artículo 22. La ley penal panameña se aplicará sin distinción de personas, con excepción de:

1. Los jefes de Estado extranjero.

2. Los agentes diplomáticos de otros Estados y demás personas que gocen de inmunidad, según

las convenciones internacionales vigentes en la República de Panamá.

3. Los casos previstos en la Constitución Política y las leyes.

Las excepciones establecidas en este artículo no se aplicarán cuando se trate de los delitos contemplados en el Título XV del Libro Segundo de este Código, y del delito de desaparición forzada de personas.

Artículo 23. La comisión de un hecho punible por un servidor público que goce de prerrogativa funcional no impide que la autoridad competente, previo cumplimiento de las formalidades legales, le aplique las sanciones previstas en la ley penal.

Título II Hechos Punibles y Personas Penalmente Responsables

Capítulo I Hechos Punibles

Artículo 24. Son delitos las conductas tipificadas como tales en este Código o en otras leyes que establecen tipos penales.

Capítulo II Acción

Artículo 25. Los delitos pueden cometerse por comisión u omisión.

Hay delito por comisión cuando el agente, personalmente o usando otra persona, realiza la conducta descrita en la norma penal, y hay delito por omisión cuando el sujeto incumple el mandato previsto en la norma. Cuando este Código incrimine un hecho en razón de un resultado prohibido, también lo realiza quien tiene el deber jurídico de evitarlo y no lo evitó pudiendo hacerlo.

Capítulo III Dolo, Culpa y sus Excepciones

Artículo 26. Para que una conducta sea considerada delito debe ser realizada con dolo, salvo los casos de culpa previstos por este Código.

La causalidad, por sí sola, no basta para la imputación jurídica del resultado.

Artículo 27. Actúa con dolo quien quiere el resultado del hecho legalmente descrito, y quien lo acepta en el caso de representárselo como posible.

Artículo 28. Actúa con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del deber objetivo de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y las condiciones personales o, en el caso de representárselo como posible, actúa confiando en poder evitarlo.

Artículo 29. Existe caso fortuito o fuerza mayor cuando el hecho es producto de una acción u omisión imprevisible e imposible de evitar o eludir por la persona. En estos casos no hay delito.

Artículo 30. No delinque quien actúa con la convicción errada e invencible de que su acción u omisión no concurre en alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

Capítulo IV Causas de Justificación

Artículo 31. No comete delito quien actúe en el legítimo ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber legal.

Artículo 32. No comete delito quien actúe en legítima defensa de su persona, de sus derechos o de un tercero o sus bienes, siempre que las circunstancias así lo requieran. La defensa es legítima cuando concurren las siguientes condiciones:

1. Existencia de una agresión injusta, actual o inminente de la que resulte o pudiera resultar afectado por el hecho;
2. Utilización de un medio racional para impedir o repeler la agresión; y
3. Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende o es defendido.

Se presume que actúa en legítima defensa quien razonablemente repele al que, sin su consentimiento, ha ingresado a su residencia, morada, casa o habitación.

Artículo 33. Actúa en estado de necesidad la persona que, ante una situación de peligro, para evitar un mal a sí misma o a un tercero, lesiona el bien jurídico de otro, siempre que concurren las siguientes condiciones:

1. Que el peligro sea grave, actual o inminente;
2. Que no sea evitable de otra manera;
3. Que el peligro no haya sido ocasionado voluntariamente por el agente o por la persona a quien se protege;
4. Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el riesgo; y
5. Que el mal producido sea menos grave que el evitado.

Artículo 34. En los casos contemplados en este Capítulo, cuando el responsable del hecho se exceda de los límites señalados por la ley o por la necesidad, será sancionado con pena que no sea menor de la sexta parte ni exceda la mitad señalada para el hecho punible.

Capítulo V Imputabilidad

Artículo 35. Para que un procesado sea declarado culpable por un hecho previsto como punible en la ley, es necesario que sea imputable. Se presume la imputabilidad del procesado.

Artículo 36. No es imputable quien, al momento de cometer el hecho punible, no tenga la capacidad de comprender su ilicitud o, en caso de comprenderla, de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión.

Artículo 37. Si el estado de perturbación mental del imputado en el momento del hecho punible proviene de embriaguez, se seguirán las reglas siguientes:

1. Si el estado de perturbación mental del imputado en el momento de perpetrar el hecho punible proviene de embriaguez fortuita, será declarado inimputable si la embriaguez es total.

2. Si el agente se embriagara con el designio de cometer un hecho punible o procurarse una excusa, la sanción deberá agravarse, según las normas de este Código.

Los intoxicados por drogas o estupefacientes de cualquier índole que cometan un hecho punible serán declarados imputables o inimputables conforme a las reglas dadas para el embriagado.

Artículo 38. Actúa con imputabilidad disminuida quien, en el momento de la acción u omisión, no posea completa capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho.

Capítulo VI Eximentes de Culpabilidad

Artículo 39. No es culpable quien, conociendo las condiciones o las circunstancias del hecho que integran la conducta, por error invencible ignora su ilicitud.

Artículo 40. No es culpable quien actúa en virtud de orden emanada de una autoridad competente para expedirla, revestida de las formalidades legales correspondientes, que el agente esté obligado a cumplirla y que no tenga carácter de una evidente infracción punible. Se exceptúan los miembros de la Fuerza Pública, cuando estén en servicio, en cuyo caso la responsabilidad recae únicamente sobre el superior jerárquico que imparta la orden. Esta excepción no es aplicable cuando se trate de delitos contra la Humanidad o del delito de desaparición forzada de personas.

Artículo 41. No es culpable quien realiza un hecho punible no provocado por el agente, para impedir un mal actual e inminente de un bien jurídico propio o ajeno, no evitable de otro modo, siempre que este sea igualo superior al bien jurídico lesionado.

Artículo 42. No es culpable quien actúa bajo una de las siguientes circunstancias:

1. Por coacción o amenaza grave, insuperable, actual o inminente ejercida por un tercero.

2. Impulsado por miedo insuperable, serio, real e inminente de un mal mayor o igual al causado.

3. Convencido erróneamente de que está amparado por una causa de justificación.

Artículo 42-A. No podrán invocarse costumbres o tradiciones culturales o religiosas para impedir la investigación penal ni como eximentes de culpabilidad para perpetrar, infligir, consentir, promover, instigar o tolerar el delito de violencia contra las mujeres o cualquier persona.

Capítulo VII Autoría y Participación

Artículo 43. Es autor quien realiza, por sí mismo o por interpuesta persona, la conducta descrita en el tipo penal.

Artículo 44. Es cómplice primario quien toma parte en la ejecución del hecho punible o presta al autor una ayuda sin la cual no habría podido cometer el delito.

Artículo 45. Es cómplice secundario:

1. Quien ayude, de cualquier otro modo, al autor o a los autores en la realización del hecho punible; o
2. Quien, de cualquier otro modo, brinde ayuda u oculte el producto del delito, en cumplimiento de una promesa hecha con anterioridad a su ejecución.

Artículo 46. Si el hecho punible fuera más grave del que quisieron realizar el cómplice o los cómplices, solo responderán quienes lo hubieran aceptado como una consecuencia probable de la acción emprendida.

Artículo 47. Es instigador quien determina a otro u otros a cometer delito.

Capítulo VIII Forma Imperfecta de Realización del Delito

Artículo 48. Hay tentativa cuando se inicia la ejecución del delito mediante actos idóneos dirigidos a su consumación, pero esta no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

Artículo 49. Si el agente desiste voluntariamente de la ejecución del delito o impide que el resultado se produzca, solo responde criminalmente si los hechos realizados constituyen otro delito.

Título III Penas

Capítulo I Clases de Penas

Artículo 50. Las penas que establece este Código son:

1. Principales:
 - a. Prisión.
 - b. Arresto de fines de semana
 - c. Días-multa.
2. Sustitutivas:
 - a. Prisión domiciliaria.
 - b. Trabajo comunitario.
3. Accesorias:
 - a. Multa.
 - b. Inhabilitación para ejercer funciones públicas.

- c. Inhabilitación para el ejercicio de determinada profesión, oficio, industria o comercio.
- d. Comiso.
- e. Prohibición de portar armas.
- f. Suspensión de la licencia para conducir.
- g. Suspensión de la patria potestad y el ejercicio de la tutela

Artículo 51. Cuando una persona jurídica sea usada o creada para cometer delito, siempre que sea beneficiada por él, se le aplicará cualesquiera de las siguientes sanciones:

1. Cancelación o suspensión de la licencia o registro por un término no superior a cinco años.
2. Multa no inferior a cinco mil balboas (B/5,000.00) ni superior al doble de la lesión o al beneficio patrimonial.
3. Pérdida total o parcial de los beneficios fiscales.
4. Inhabilitación para contratar con el Estado, directa o indirectamente, por un término no superior a cinco años, la cual será impuesta junto con cualquiera de las anteriores.
5. Disolución de la sociedad.

Capítulo II Penas Principales y su Ejecución

Artículo 52. La pena de prisión consiste en la privación temporal de la libertad personal y se cumplirá en un centro penitenciario de la jurisdicción del Estado panameño, excepto en los casos previstos en los convenios internacionales aprobados por Panamá que permitan cumplir la sanción en otro país. También podrá cumplirse en los lugares que determine el Juez o Magistrado competente, según lo previsto en este Código.

La pena de prisión que se imponga por un solo hecho puede durar de seis meses hasta treinta años. En caso de concurso de delitos la pena de prisión máxima no excederá de cincuenta años.

Artículo 53. El tiempo que dure la detención provisional en un centro penitenciario o en el domicilio, habitación o establecimiento de salud será computado como parte cumplida de la pena.

Artículo 54. El arresto de [mes de semana consiste en el internamiento del sentenciado en un centro penitenciario por un periodo de cuarenta y ocho horas, las cuales serán cumplidas de acuerdo con las circunstancias de cada caso, entre las seis de la tarde del viernes y las seis de la mañana del lunes siguiente.

El arresto tendrá un mínimo de doce y un máximo de doscientos fines de semana por la comisión de un solo delito.

Artículo 55. El Juez podrá cambiar los días de arresto de fines de semana señalados por otros días de la semana, cuando el empleo, la ocupación o el oficio del sentenciado así lo requiera, e igualmente podrá disminuir el número de horas que dura el arresto de fi-

nes de semana. Las horas restantes serán compensadas en la semana siguiente, según el caso.

Artículo 56. Son causas de incumplimiento que facultan al Juez de Cumplimiento a convertir la pena de arresto de fines de semana a pena de prisión, las siguientes:

1. La infracción a las normas contenidas en el reglamento de ejecución.
2. La comisión de otro delito.
3. Las ausencias y tardanzas injustificadas, según lo disponga el reglamento de ejecución.

Artículo 57. El Juez de Cumplimiento podrá autorizar, como medidas alternas al cumplimiento de la pena de privación de la libertad, la participación consentida del sentenciado en programa de estudio o trabajo dentro o fuera del penal atendiendo las recomendaciones de la Junta Técnica Penitenciaria y el comportamiento de la persona.

Las actividades a que hace referencia el párrafo anterior son las siguientes:

1. La educación con provecho académico, en los distintos niveles de enseñanza
2. El trabajo en labor comunitaria no remunerado.
3. La participación como instructor en cursos de alfabetización, de educación, de adiestramiento o de capacitación, la que se computará por cada ocho horas laboradas como un día de trabajo.

Artículo 58. El Juez de Cumplimiento, previa evaluación de la Junta Técnica Penitenciaria, reconocerá adicionalmente a favor del sentenciado un día de prisión por cada dos días de trabajo, estudio o participación como instructor.

Cuando se trate de delitos sancionados con penas de prisión mayores de cinco años, este beneficio solo se podrá aplicar a quienes hayan cumplido la tercera parte de la pena.

Artículo 59. La pena de días-multa consiste en la obligación de pagar al Estado una suma de dinero, que se determinará de acuerdo con la situación económica del procesado, en atención a su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio debidamente acreditados. Cuando el sentenciado viviera del producto de su trabajo, el día-multa no podrá exceder del 50% de su ingreso diario.

El mínimo es de cincuenta días-multa y el máximo es de quinientos días-multa.

Comprobada la situación económica del sancionado, se podrá señalar un plazo máximo de doce meses para el pago de la sanción impuesta.

Artículo 60. El Juez de Cumplimiento, a solicitud del sancionado, podrá autorizarle que, mediante trabajo libre remunerado, amortice el pago de la pena impuesta, pero la aportación no será inferior al 50% del ingreso percibido.

Artículo 61. Si el sancionado no paga la pena principal de días-multa, estos se convertirán en la pena de prisión equivalente. Se descontarán los días-multa pagados y los días de prisión cumplidos. Cuando se imponga conjuntamente la pena de prisión y la pena de días-multa, y esta última se incumple, se adicionará a la pena de prisión impuesta.

En caso de que el reemplazo de la pena de prisión por días-multa sea incumplida, el sancionado cumplirá íntegramente la pena de prisión.

Artículo 62. En caso de incumplimiento de las penas, el Juez de Cumplimiento deberá aplicar las siguientes reglas:

1. Un día de prisión por cada día-multa.
2. Un día de prisión por cien balboas (B/.100.00) de multa.
3. Un arresto de fin de semana por dos días de prisión.
4. Un día de prisión por un día de prisión domiciliaria.
5. Un día de prisión por un día de trabajo comunitario.
6. Arresto de un fin de semana por dos días de trabajo comunitario.
7. Un día-multa por un día de trabajo comunitario.

Artículo 62-A. El tratamiento terapéutico multidisciplinario consiste en un programa de intervención para evaluación diagnóstica pretratamiento, intervención psicoeducativa y evaluación de eficacia y seguimiento de programa, estructurado según la conducta punible, realizado por profesionales titulados cualificados y acreditados en ciencias del comportamiento y psicología y psiquiatría clínica, con la colaboración de trabajo social y enfermería en salud mental, dirigido a modificar las actitudes, creencias y comportamiento de la persona agresora.

Capítulo III

Penas Sustitutivas

Artículo 63. La prisión domiciliaria consiste en la privación temporal de la libertad y se cumplirá en el domicilio o la residencia del imputado o en cualquier otro lugar que el Juez de Conocimiento determine. Para determinar el lugar donde se cumplirá la prisión domiciliaria, el Juez de Cumplimiento tomará en consideración la seguridad de la víctima y la ubicación de la casa o habitación en que se cumplirá; además, señalará a la persona que, suficientemente identificada, deberá comprometerse en garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la persona sancionada.

Artículo 64. La prisión domiciliaria impedirá que el sentenciado salga del lugar previamente establecido; no obstante, previa autorización del Juez de Cumplimiento, podrá asistir a su trabajo, al médico o a un centro hospitalario o educativo o atender alguna otra circunstancia debidamente comprobada. La prisión domiciliaria será revocada si el beneficiario infringe las obligaciones de la prisión. En este caso cumplirá la pena originalmente impuesta.

Artículo 65. El trabajo comunitario podrá ser aplicado por el Juez de Conocimiento o por el Juez de Cumplimiento a quien ha sido condenado o esté cumpliendo una pena que no exceda de cinco años de prisión. En el segundo supuesto, será necesario el visto bueno de la Junta Técnica Penitenciaria. Todo trabajo comunitario requerirá del consentimiento escrito del beneficiario y solo se realizará en instituciones públicas de salud o

educativas o en casos de calamidades. Se computará a favor del sentenciado un día de prisión por cada cinco días de trabajo realizado.

Artículo 66. Para la aplicación de lo establecido en el artículo anterior, la autoridad competente velará por el cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. La ejecución se desarrollará bajo la supervisión del Juez de Cumplimiento, quien solicitará informes periódicos sobre el comportamiento del sentenciado y el desempeño del trabajo a la administración, entidad pública o asociación en que se preste el servicio.
2. El trabajo no atentará contra la dignidad del sentenciado.

Artículo 67. Antes de iniciarse la ejecución del trabajo, el Juez establecerá las condiciones y los días en que deba prestarse.

El Juez de Cumplimiento podrá suspender el trabajo comunitario si el sentenciado viola las condiciones establecidas sobre el tiempo, modo y lugar en que deba prestar el servicio; en consecuencia, el sentenciado tendrá que cumplir el resto de la pena que le fue impuesta.

Capítulo IV Penas Accesorias

Artículo 68. La pena accesoria es consecuencia de la pena principal. En su aplicación, el juzgador deberá seleccionar entre las penas accesorias previstas en el artículo 50 de este Código la que, según la gravedad o naturaleza del delito, tenga relación directa con el delito o contribuya a evitar el peligro para los derechos de las víctimas.

Es obligatoria la aplicación de la pena accesoria, según las reglas del párrafo anterior, aunque no esté prevista en el delito de que se trate.

Artículo 69. La pena accesoria tendrá una duración no superior a la principal y comenzará a cumplirse después de finalizado el cumplimiento de la pena de prisión, salvo la pena de multa, que se cumplirá una vez ejecutoriada la sentencia.

En ningún caso se suspenderá la ejecución de la pena accesoria por la aplicación de un subrogado penal.

Artículo 70. La pena de multa consiste en una sanción pecuniaria que será igual al doble del beneficio recibido, si lo hubiera, del incremento patrimonial o del daño causado debidamente cuantificado.

Artículo 71. Ejecutoriada la sentencia, el Tribunal, atendiendo la situación económica del sancionado, señalará un plazo no mayor de doce meses para el pago de la multa. Si el sancionado no pagara la multa., esta será convertida en prisión, a razón de un día por cada cien balboas (B/.100.00). En ningún caso la pena, así convertida, durará más de cinco años.

Artículo 72. A solicitud del sancionado, se podrá autorizar el trabajo libre remunerado, para que amortice la multa., en un plazo no mayor de tres años, siempre que haya pagado una tercera parte de la pena o que la multa no sea superior a diez mil balboas (B/10,000.00).

Artículo 73. La inhabilitación para ejercer funciones públicas priva temporalmente al sancionado del ejercicio de cargos o empleos públicos y de elección popular.

Artículo 74. La inhabilitación para ejercer determinada profesión, oficio, industria o comercio consiste en la privación de la práctica de una actividad relacionada con la profesión, oficio, industria o comercio de que se trate, que guarde relación con el delito cometido, en virtud de abuso o violación de alguno de los deberes que le sean inherentes. Durante el cumplimiento de esta pena, podrá autorizarse al inhabilitado para ejercer su profesión, oficio, industria o comercio dentro de los límites del establecimiento previa autorización del Juez de Cumplimiento.

Artículo 75. El comiso consiste en la adjudicación de los bienes, activos, valores e instrumentos utilizados o provenientes de la comisión del delito. Se excluyen los pertenecientes a terceros no responsables del hecho.

Artículo 76. La prohibición de portar armas incluye la suspensión del permiso que ampara el arma y se aplica a cualquier tipo de armas.

Artículo 77. La suspensión de la licencia priva al sancionado del derecho de conducir cualquier medio de transporte, hasta por un término igual a la pena de prisión impuesta.

Artículo 78. La suspensión de la patria potestad y la capacidad para ejercer la tutela consisten en privar de los derechos que estas instituciones generan a los sancionados. En todo caso subsiste la obligación alimentaria del sancionado.

Capítulo V Aplicación e Individualización de las Penas

Artículo 79. El Juez dosificará la pena tomando como fundamento los siguientes aspectos objetivos y subjetivos:

1. La magnitud de la lesión o del peligro y la mayor o menor voluntad de dañar.
2. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar.
3. La calidad de los motivos determinantes.
4. La conducta del agente inmediatamente anterior, simultánea y posterior al hecho.
5. El valor o importancia del bien.
6. La condición de inferioridad o superioridad y las ventajas o desventajas existentes entre el agente y la víctima.
7. Las demás condiciones personales del sujeto activo o pasivo, cuando la ley no las considere elementos del delito o circunstancias especiales.

Artículo 80. El autor, el instigador y el cómplice primario serán sancionados con la pena que la ley señala al hecho punible.

Artículo 81. Al cómplice secundario le será impuesta una pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la establecida por la ley para el respectivo hecho punible.

Artículo 82. La tentativa será reprimida con pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de los dos tercios de la pena máxima.

Capítulo VI Unidad y Pluralidad de Hechos Punibles

Artículo 83. Hay concurso ideal o formal cuando el agente, mediante una sola acción u omisión, infringe varias disposiciones de la ley penal que no se excluyan entre sí.

Artículo 84. Hay concurso real o material cuando el agente, mediante varias acciones independientes, infringe varias disposiciones de la ley penal.

Artículo 85. Se considera un solo delito la infracción repetida de una misma disposición penal cuando revele ser ejecución del mismo propósito criminal. En este caso la pena se aumentará de un tercio a la mitad.

Artículo 86. De sancionarse en un mismo proceso a una persona por dos o más hechos punibles que tengan una misma clase de pena, se procederá así:

1. Se impondrá, conforme indica el tercer párrafo del artículo 52, la sanción que resulte de la adición y acumulación de todas las penas de cada uno de los delitos cometidos.
2. El cumplimiento de cada una de las penas sumadas y acumuladas se sucederá en atención a la gravedad del delito.
3. Las reglas previstas en los numerales 1 y 2 de este artículo aplican cuando se sancione en procesos penales que se investiguen separados o acumulados a una misma persona por dos o más hechos punibles.

Artículo 87. Cuando el concurso delictivo comprenda alguno de los siguientes delitos: homicidio por remuneración o encargo, secuestro, tráfico ilegal de personas, tráfico ilegal de drogas, robo agravado, blanqueo de capitales, asociación ilícita, pandillerismo, delito de desaparición forzada o terrorismo, la aplicación e individualización de las penas por motivo de acumulación, concurso ideal o material será el resultado de la adición y acumulación de todas las penas de cada uno de los delitos cometidos que integren el concurso delictivo, sin exceder la pena máxima prevista en el artículo 52.

Capítulo VII Circunstancias Agravantes y Atenuantes

Artículo 88. Son circunstancias agravantes comunes las siguientes:

1. Abusar de superioridad o emplear medios que limiten o imposibiliten la defensa del

ofendido.

2. Ejecutar el hecho por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de buques o avería causada a propósito en nave o aeronave, descarrilamiento de tren o el empleo de otro medio que pueda ocasionar grandes estragos, o cometer el hecho aprovechándose de los expresados siniestros u otra calamidad semejante.
3. Actuar con ensañamiento sobre la víctima
4. Cometer el hecho a cambio de precio o recompensa.
- S. Emplear astucia, fraude o disfraz.
6. Ejecutar el hecho con abuso de autoridad, de la confianza pública o de las facultades inherentes a la profesión que ejerza el agente o el cargo que desempeña
7. Perpetrar el hecho con armas o con ayuda de otras personas que faciliten la ejecución o procuren la impunidad.
8. Cometer el hecho con escalamiento o fractura sobre las cosas.
9. Haber cometido el hecho punible con abuso de las relaciones domésticas, prestación de obras o de servicios, de cohabitación o de hospitalidad.
10. Embriaguez preordenada.
11. Cometer el hecho contra una persona con discapacidad, cuando la discapacidad implique una condición de vulnerabilidad, o contra una persona incapaz de velar por su seguridad o su salud.
12. Ejecutar el hecho valiéndose de una persona menor de edad o de una persona con discapacidad.
13. Reincidir en la ejecución de un nuevo hecho punible.

Las circunstancias previstas en este artículo solo se aplicarán a tipos básicos que no tengan figuras agravadas específicas.

Artículo 89. Es reincidente quien después de haber cumplido una sentencia condenatoria sea declarado responsable por la ejecución de un nuevo hecho punible. En este caso, se le aplicará la sanción que corresponda al nuevo hecho aumentada hasta en una cuarta parte. La pena así impuesta podrá exceder del máximo señalado en la disposición penal infringida.

Artículo 90. Son circunstancias atenuantes comunes las siguientes:

1. Haber actuado por motivos nobles o altruistas.
2. No haber tenido la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que se produjo.
3. Las condiciones físicas o síquicas que colocaron al agente en situación de inferioridad.
4. El arrepentimiento, cuando por actos posteriores a la ejecución del hecho, el agente ha disminuido o intentado disminuir sus consecuencias.
5. La colaboración efectiva del agente.
6. Haber cometido el delito en condiciones de imputabilidad disminuida
7. Cualquier otra circunstancia no preestablecida por la ley que, a juicio del Tribunal, deba ser apreciada.

Las circunstancias previstas en este artículo solo se aplicarán a tipos básicos que no tengan atenuantes especiales.

Artículo 91. Es circunstancia agravante o atenuante, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado pariente cercano del ofensor.

Para los fines de la ley penal, se consideran parientes cercanos el cónyuge, el compañero o compañera conviviente, las personas dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad e igualmente el parentesco adquirido por adopción.

Artículo 92. La existencia de circunstancias agravantes da lugar al aumento de la pena de una sexta a una tercera parte por cada una de ellas. La pena así impuesta no podrá exceder más de la mitad del máximo de la pena fijada para el delito, sin rebasar los límites establecidos en los artículos 52, 54 y 59.

Artículo 93. Cada una de las circunstancias atenuantes mencionadas en el artículo 90 da derecho a que se reconozca al procesado la disminución de una sexta a una tercera parte de la pena. En este caso, la pena no podrá ser inferior al mínimo señalado en los artículos 52 y 54 de este Código.

Artículo 94. Las circunstancias agravantes o atenuantes inherentes a la persona o al autor o que emanen de sus relaciones particulares con el ofendido o de otra causa personal, atenuarán o agravarán la responsabilidad solo de los partícipes en quienes concurren. Las que consistieran en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlos agravarán la responsabilidad únicamente de los partícipes que tuvieran conocimiento de ellas en el momento de la comisión o en el de su cooperación para perpetrarlo. En estos casos, la pena resultante será mayor de la mitad de la pena establecida para el respectivo delito.

Artículo 95. No se pueden aumentar ni disminuir penas, sino de conformidad con una disposición expresa de la ley. El aumento o la disminución se hará sobre la base de la pena dosificada de acuerdo con el artículo 79.

Artículo 96. Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes, el Juez aplicará primero las agravantes.

Artículo 97. Cuando, por error o por accidente, el imputado de un delito daña a una persona distinta a la que quiso agredir, no se le imputarán para graduar la pena las circunstancias agravantes que emanan de la condición de la persona ofendida o de los vínculos de parentesco que unan a esta con el imputado, pero sí se tendrán en cuenta las circunstancias que hubieran atenuado la responsabilidad si el hecho se hubiera cometido en la persona a quien se tuvo el propósito de agredir.

Título IV Suspensión, Reemplazo y Aplazamiento de la Pena

Capítulo I Suspensión Condicional de la Ejecución de las Penas

Artículo 98. La suspensión condicional de la ejecución de la pena procede, de oficio o a petición de parte, en las penas impuestas de prisión que no excedan de tres años, de arresto de fines de semana, de prisión domiciliaria o de días-multa.

El término de suspensión será de dos a cinco años a partir de la fecha en que la sentencia quede en firme y en atención a las circunstancias del hecho y a la extensión de la pena impuesta. La suspensión de la pena no suspende el comiso.

Artículo 99. Serán condiciones indispensables para suspender la ejecución de la pena:

1. Que el sentenciado sea delincuente primario y no haya incumplido la obligación de presentarse al proceso; y
2. Que el sentenciado se comprometa o haga efectiva la responsabilidad civil, si se le hubiera condenado a ello, en el término establecido por el Tribunal.

Artículo 100. La suspensión condicional de la ejecución de la pena será revocada por el Juez de Cumplimiento:

1. Cuando el sancionado no cumple las obligaciones impuestas; o
2. Cuando el sancionado es investigado por la supuesta comisión de un nuevo hecho punible y este es elevado a juicio.

La revocatoria implica el cumplimiento íntegro de la pena suspendida.

Artículo 101. Vencido el término de suspensión, si el sentenciado ha cumplido todas las obligaciones que le hayan sido impuestas, el Juez dictará resolución mediante la cual declarará extinguida la pena.

Capítulo II Reemplazo de Penas Cortas

Artículo 102. El Juez de Conocimiento, al dictar sentencia definitiva, podrá reemplazar las penas cortas privativas de la libertad, siempre que se trate de delincuente primario, por una de las siguientes:

1. La pena de prisión no mayor de cuatro años, por arresto de fines de semana, días-multa o trabajo comunitario.
2. La pena de arresto de fines de semana por trabajo comunitario o días-multa y viceversa. Si la pena de prisión impuesta no excede de un año, podrá ser reemplazada por reclusión pública o privada.

Para los efectos de la ley penal, será considerado delincuente primario quien no ha sido sancionado o sentenciado por autoridad judicial competente dentro de los últimos diez años.

Capítulo III Libertad Vigilada

Artículo 103. Una vez cumplidas las dos terceras partes de la pena, el Juez de Cumplimiento, de oficio o a petición de parte, podrá reemplazar la pena de prisión por la de libertad vigilada. La libertad vigilada es un tratamiento mediante el cual el sentenciado es sometido a las condiciones establecidas por la autoridad competente.

Artículo 104. Para que el Juez pueda conceder la libertad vigilada, el sentenciado deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Que no haya sido sancionado por la comisión de delito doloso en los cinco años anteriores al hecho que motivó la condena;
2. Que esté laborando o tenga una promesa de trabajo o cualquier forma lícita de subsistencia o esté realizando estudios; y
3. Que haya demostrado adecuados niveles de resocialización.

Artículo 105. El Juez de Cumplimiento fijará las condiciones específicas que tendrá que cumplir la persona sometida a libertad vigilada, asegurándose de que se utilicen todos los mecanismos existentes en la comunidad para influir positivamente en su conducta. En cualquier momento, el Juez de Cumplimiento podrá variar las condiciones, a fin de adaptarlas a los cambios del sentenciado y de su medio ambiente.

Artículo 106. El Juez de Cumplimiento podrá revocar la libertad vigilada en cualquier momento si el sentenciado:

1. Incumple alguna de las condiciones que le han sido impuestas; o
2. Es investigado por otro hecho y la nueva causa es elevada a juicio.

Artículo 107. La revocatoria de la libertad vigilada dará lugar al cumplimiento total de la pena. Vencido el término establecido, si el sentenciado ha cumplido todas las condiciones que le fueron impuestas, el Juez de Cumplimiento declarará extinguida la pena.

Capítulo IV Aplazamiento y Sustitución de la Ejecución de la Pena Principal

Artículo 108. Cuando el sancionado sea una persona de setenta años de edad o más, una mujer grávida o recién dada a luz, una persona que padezca enfermedad grave científicamente comprobada que le imposibilite el cumplimiento de la pena en el centro penitenciario, o que tenga una discapacidad que no le permita valerse por sí misma, el Juez, siempre que sea posible, y atendiendo las circunstancias del caso, podrá ordenar que la pena de prisión, de arresto de fines de semana o de días-multa se cumpla en prisión domiciliaria.

En el caso de enfermedad o discapacidad se aplicará la medida sobre la base de un dictamen médico-legal.

Esta disposición no será aplicable cuando se trate de delitos contra la Humanidad o del delito de desaparición forzada de personas.

Artículo 109. La prisión domiciliaria de la mujer grávida o de la mujer recién dada a luz durará hasta que el niño cumpla un año de edad. A partir de ese momento, la sentenciada continuará pagando la pena que le fuera impuesta, en el lugar correspondiente.

Artículo 110. Si cualesquiera de las personas a las que se refiere el artículo 108, de acuerdo con el informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, corre el riesgo de morir o de agravar la enfermedad, se podrá ordenar su internamiento en un

centro de salud. Tratándose de una persona que padezca de enfermedad mental y que, de acuerdo con el informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, puede ser internada, esta será ingresada en el Instituto Nacional de Salud Mental.

Artículo 111. Si, de acuerdo con el informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, desaparecen las causas de su internamiento antes de cumplir la pena, el imputado podrá ser transferido al establecimiento penitenciario correspondiente para que la siga cumpliendo.

Artículo 112. La pena de prisión que no exceda de un año podrá ser sustituida por la reprensión pública o privada. La reprensión pública la recibirá personalmente el sancionado en audiencia del Tribunal a puerta abierta, y la reprensión privada se hará a puerta cerrada ante el Tribunal. La reprensión irá acompañada de la advertencia conminatoria de que si delinque de nuevo en el plazo de un año se le hará cumplir, junto con la nueva pena por el hecho en que ha incurrido, la que le fue sustituida por la reprensión.

Capítulo V Libertad Condicional

Artículo 113. El sancionado con pena de prisión que haya cumplido dos tercios de su condena con índices de readaptación, buena conducta y cumplimiento de los reglamentos carcelarios podrá obtener la libertad condicional.

La libertad condicional será otorgada por el Órgano Ejecutivo mediante resolución y conllevará para el beneficiado el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

1. Residir en el lugar que se le fije y no cambiar de domicilio sin autorización previa.
2. Observar las reglas de vigilancia que señala la resolución.
3. Adoptar un medio lícito de subsistencia.
4. No incurrir en la comisión de nuevo delito ni de falta grave.
5. Someterse a la observación del organismo que designe el Órgano Ejecutivo.

Estas obligaciones regirán hasta el vencimiento de la pena a partir del día en que el sentenciado obtuvo la libertad condicional.

Artículo 114. Transcurrido el término de la condena sin que el beneficio de la libertad condicional haya sido revocado, la pena se considerará cumplida.

La libertad condicional será revocada si el beneficiado no cumple con las obligaciones fijadas por el organismo que la concedió. En este caso, el liberado reingresará al establecimiento carcelario y no se le computará el tiempo que permaneció libre.

Artículo 115. La pena se extingue:

1. Por la muerte del sentenciado.
 2. Por el cumplimiento de la pena
- Título V Extinción de la Pena
Capítulo 1 Causas de Extinción
3. Por el perdón de la víctima, en los casos autorizados por la ley.
 4. Por el indulto.
 5. Por la amnistía.

6. Por la prescripción.
7. Por la rehabilitación.
8. En los demás casos que establezca la ley.

Artículo 116. El indulto es una causa de extinción de la pena, de carácter individual, cuya potestad corresponde al Presidente de la República con el Ministro respectivo. Solo es aplicable a delitos políticos y extingue la pena.

La amnistía es una gracia que beneficia a todas las personas vinculadas a un delito de naturaleza política, cuyo otorgamiento es privativo del Órgano Legislativo y extingue la acción penal y la pena. No se aplicará el indulto ni la amnistía en los delitos contra la Humanidad y en el delito de desaparición forzada de personas.

Artículo 117. Cuando sean varios los ofendidos, cada uno de ellos podrá otorgar el perdón separadamente. Si uno o más ofendidos no perdonaran, el proceso continuará en lo que respecta a estos. Cuando sean varios los imputados y el ofendido sea uno, el perdón de este beneficiará a todos.

Artículo 118. La rehabilitación extingue la pena accesoria de inhabilitación. Solo podrá otorgarse a solicitud del sancionado siempre que haya observado buena conducta que haga presumir su arrepentimiento y después de dos años, contados a partir del día en que quedó cumplida o extinguida la pena principal.

Capítulo II Tiempo de la Prescripción

Artículo 119. La pena privativa de la libertad impuesta por sentencia ejecutoriada prescribe en un término igual al de la pena señalada en la sentencia.

Las penas de días-multa o de arresto de fines de semana impuestas por sentencia ejecutoriada prescriben a los tres años.

Artículo 120. Se interrumpirá la prescripción de la pena por cualquier acto del Juez de Cumplimiento que tienda a la ejecución de la sentencia y por el pedido de extradición. La interrupción así efectuada se mantendrá hasta un año después de lo actuado por el Juez de Cumplimiento. Cuando se trate de una pena que sea el resultado de un concurso de delitos, se suspenderá la prescripción de la pena durante el periodo de cumplimiento de una pena previamente impuesta.

Artículo 121. No prescribirá la pena en los delitos de terrorismo, contra la Humanidad y de desaparición forzada de personas.

Artículo 122. La extinción de la pena no impide el comiso de los instrumentos con los cuales se cometió el hecho punible y los efectos que de él provengan.

Título VI Medidas de Seguridad

Capítulo I Clases de Medidas de Seguridad

Artículo 123. Las medidas de seguridad son de carácter educativo y curativo. Pueden cumplirse ambulatoriamente o en un centro de internamiento.

Artículo 124. Las medidas curativas y educativas tienen por objeto el tratamiento del sujeto, a fin de evitar la repetición de hechos punibles, y se aplicarán en establecimientos especiales. El juzgador podrá ordenar el internamiento del sujeto o el tratamiento ambulatorio, tomando en cuenta el dictamen emitido por médicos legales.

Artículo 125. Las medidas de seguridad que conllevan internamiento se aplicarán:

1. En un centro de tratamiento psiquiátrico.
2. En un centro de readaptación.
3. En un centro de desintoxicación y deshabitación.
4. En un centro educativo especial o socioterapéutico.

Artículo 126. Los inimputables serán internados en un centro de tratamiento psiquiátrico, durante el término que establezca el médico tratante. El encargado de dirigir el tratamiento está en la obligación de informar al Juez o Magistrado de los cambios, las modificaciones o la terminación del respectivo tratamiento.

Artículo 127. Son medidas de seguridad que conllevan tratamiento ambulatorio las siguientes:

1. El tratamiento psiquiátrico o psicológico externo.
2. El tratamiento en centros de desintoxicación y deshabitación.
3. La asistencia a un centro educativo especial o socioterapéutico.

Título VII Responsabilidad Civil

Capítulo I Personas que Responden Civilmente

Artículo 128. De todo delito se deriva responsabilidad civil para:

1. Quienes sean culpables como autores, instigadores o partícipes; y
2. Quienes hayan sido favorecidos con eximente de culpabilidad.

Las causas de justificación exoneran de responsabilidad civil, excepto el estado de necesidad siempre que el favorecido no se haya beneficiado patrimonialmente.

No exoneran de responsabilidad civil la extinción de la acción penal ni de la pena.

Artículo 129. Los autores y los partícipes están obligados solidariamente al pago de los daños y perjuicios. También están obligados solidariamente con los autores y los partícipes del hecho punible, al pago de los daños y perjuicios, las personas señaladas en el artículo 1645 del Código Civil.

Artículo 130. El Estado estará obligado a la reparación civil cuando el imputado sea sobreseído o absuelto, si ha permanecido en detención provisional por más de dos años.