



**UNIVERSIDAD
DEL AZUAY**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

TITULO: Regulación del miedo insuperable en el Código Orgánico Integral Penal
ecuatoriano, como causa de inimputabilidad.

Previo a la obtención del título de:

Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador

Presentado por: Marlene Córdova

Director: Dra. Julia Elena Vázquez

Cuenca –Ecuador

2018

Dedicatoria

Dedico esta tesis a mis padres, quienes me prestaron su apoyo en todo momento, impulsándome a seguir adelante para alcanzar mis metas y sueños.

Dedico también esta tesis a mis hijos que fueron mi principal razón para culminar mis estudios, ser un ejemplo para ellos, demostrar que pueden lograr todo lo que se propongan con esfuerzo y dedicación, además sembrar en ellos el conocimiento de que no hay mejor regalo de los padres que el estudio que nos brindan.

Agradecimientos

Agradezco a Dios porque gracias a él mantenía mi fe latente y firme para no desfallecer en ningún momento.

Agradezco a mi familia por su apoyo incondicional cada día de mi vida Universitaria.

Agradezco a los docentes de la Universidad del Azuay y especialmente a mi directora de tesis, Dra. Julia Elena Vázquez quienes hicieron posible este logro, transmitiendo su conocimiento y sabiduría dentro y fuera de las aulas de clase.

Contenido	
Dedicatoria	i
Agradecimientos	ii
Contenido.....	iii
Resumen	1
Abstract	2
INTRODUCCION	3
Capítulo I	5
CONCEPCIONES DOCTRINALES EN TORNO AL MIEDO INSUPERABLE	5
1.1 Marco Conceptual	6
1.1.1 Acción	6
1.1.2 Tipicidad	8
1.1.3 La Antijuricidad	15
1.1.4 La culpabilidad	18
1.2 Concepto de Miedo Insuperable	22
1.3 Requisitos	24
1.3.1 El miedo	25
1.3.2 La intensidad del miedo	25
1.3.3 Transcurso de tiempo entre amenaza y acción salvadora	29
1.3.4 El criterio del hombre medio en la posición del autor	30
1.4 Naturaleza Jurídica	31
1.5 Otras cuestiones relacionadas con el miedo insuperable	33
1.5.1 El miedo insuperable como reacción psicológica	33
1.5.2 El miedo como emoción	36
1.5.3 Causas elementales que generan miedo	38

1.5.4 Factores internos y externos que deben ser considerados en situación de miedo ..	39
1.5.5 Criterios sobre la prueba en los casos de miedo insuperable, especial referencia a la pericial	40
1.5.6 La tesis psicológica sobre la superación emocional y su posible aplicación en la práctica	43
1.6 Análisis de los términos “más, igual o peor” en el miedo insuperable.....	44
Capítulo II	48
DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE MIEDO INSUPERABLE, ESTADO DE NECESIDAD, LEGÍTIMA DEFENSA Y DERECHO COMPARADO.	48
2.1 Distinción entre el miedo insuperable y el estado de necesidad	49
2.2 Distinción entre el miedo insuperable y la legítima defensa	53
2.3 El miedo insuperable putativo	57
2.4 El miedo insuperable en el derecho comparado	63
2.4.1 Colombia	63
2.4.2 Panamá	67
2.4.3 Perú	69
Capítulo III.....	75
MARCO PROPOSITIVO.....	75
3.1. Inclusión del miedo insuperable como causa de inimputabilidad en el COIP.	76
3.2. Exposición de motivos.....	85
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES	89
Bibliografía	90

Resumen

Dentro las eximentes que se plantean en el Derecho Penal se encuentran el miedo insuperable, se trata de una situación de inexigibilidad toda vez que no se le puede exigir responsabilidad al individuo a pesar de tener capacidad para conocer y adecuar su actuación conforme el Derecho, por encontrarse en un estado de miedo tal que lo conlleva a cometer un delito. Por tanto, al mismo no le es exigible la ejecución de una conducta distinta, aunque pudiese haberla realizado. En Ecuador esta eximente no se encuentra tipificada, por ello se amerita un cambio en nuestra legislación para ser admitida. En la práctica, según la doctrina, en algunos casos es omisa y, en otros, es contradictoria.

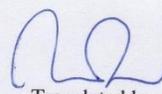
Abstract

ABSTRACT

Unbearable fear was found within the defenses that were raised in Criminal Law. It is about an unenforceable situation since individuals cannot be held responsible despite their ability to know and adapt their actions according to the law because they were in a state of fear that led them to commit a crime. Therefore, the execution of a different behavior could not be required although it could have been carried out. This exemption was not found in Ecuador. That is why a change in the legislation is necessary to admit it. In practice, some cases were omitted and in others it was contradictory according to the doctrine.



UNIVERSIDAD DEL
AZUAY
Dpto. Idiomas



Translated by
Ing. Paul Arpi

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el estudio de la causal del miedo insuperable como eximente de responsabilidad penal y sus implicaciones prácticas.

También se debe estudiar y analizar qué es el miedo, cuándo se puede hablar de un miedo superable y cuándo es insuperable, hasta qué punto establece la doctrina de manera clara algún parámetro para medir el miedo, hasta qué punto puede llegar la discrecionalidad del juez en cada caso en concreto, se trata de una categoría difusa, compleja y difícil de establecer, por lo que es necesario establecer ciertas condiciones que permitan determinarlo.

El estudio sobre el fundamento de la eximente de miedo insuperable debe abordarse a través de la discusión planteada por las doctrinas de justificación del Derecho Penal, pues estas doctrinas son, precisamente el resultado del examen acerca de las razones que se encuentran tras las normas penales. Las teorías de la pena han servido, tradicionalmente, para legitimar la imposición de la pena, son de gran valor a la hora de justificar su reverso, esto es, la exención de pena. Una exigencia de coherencia en el discurso argumentativo obliga a que si estas teorías o doctrinas son las que explican cuándo es legítimo el castigo penal, deban estar también en condiciones de explicar y servir así para fundamentar cuándo y por qué razones no se debe castigar penalmente a un ciudadano, eximiéndole de pena por una acción concreta. Por ello sorprende que la doctrina penal continental se olvide aparentemente de estas teorías cuando se traspasa el umbral de la justificación del castigo.

Finalmente se propone introducir como causal de inculpabilidad o eximente de responsabilidad penal el obrar impulsado por el miedo insuperable en el Código Integral Penal.

Capítulo I

CONCEPCIONES DOCTRINALES EN TORNO AL MIEDO INSUPERABLE

1.1 Marco Conceptual

Primero, es necesario realizar un marco conceptual breve de los elementos básicos que comprende la teoría del delito con el fin de comprender su aplicación en un caso en concreto de considerar al sujeto responsable de delito o de ser el caso se le eximirá de tal responsabilidad. La doctrina coincide en que delito es un acto típico antijurídico y culpable que a su vez configuran los elementos de la llamada teoría del delito, de forma que para determinar si un sujeto es responsable de un delito y por lo mismo es merecedor de una sanción primero debe comprobarse que su conducta encaja en cada uno de los elementos del delito, a saber:

1.1.1 Acción

Debemos empezar manifestando que la acción es uno de los elementos relevantes de la teoría del delito y nos importa en tanto obedece a la conducta humana regida por la voluntad que es el punto de partida del Derecho Penal, Jiménez de Asúa señala que: “el acto es la manifestación de la voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior...” (Jiménez de Asúa, 1958), Alfonso Peña manifiesta que la acción es: “todo aquel comportamiento proveniente de la voluntad humana, la cual implica siempre una finalidad pre-concebida, la determinación conductiva conforme a sentido que se manifiesta en la exteriorización de esa voluntad en el mundo exterior, a partir de concretos estados de lesión o percepción de riesgos concretos en la esfera de intangibilidad de los intereses jurídicos merecedores de tutela penal” (Peña Cabrera, 2011), finalmente Maurach

y Zipf establece que la acción es: “una conducta humana relacionada con el medio ambiente, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado.” (Zipf, 2008).

De estos conceptos se desprende los elementos de la acción:

1. Manifestación de la voluntad, implica el movimiento corporal del individuo, ese movimiento es la actividad externa del individuo que procede de la conciencia del hombre, de acuerdo a C. Fontan “lo que se requiere es que sea él – autor – el que hace o no hace; el que mueve su cuerpo o le deja en quietud.” (Fontán Balestra).

Cabe hacer hincapié, que estos actos deben ser externos, “... el pensamiento no delinque. (...) Mientras el hombre no exteriorice su resolución de delinquir, no puede ser castigado.” (Jiménez de Asúa, 1958), de forma que, no hay daño si no hay acción.

2. Resultado, de acuerdo a Jiménez de Asúa el resultado es: “ el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de la voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se ejecuta” (Jiménez de Asúa, 1958), de ahí que la acción es la manifestación de la voluntad dirigida a una finalidad, dicha finalidad como resalta Jiménez de Asúa no sólo es el daño que se ocasiona con el delito sino además se da una mutación en el aspecto psíquico “ (...) no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral. (...) No se produjo muerte del sujeto en el conato de homicidio, pero se alteró el mundo exterior, lesionando la seguridad, la tranquilidad de la víctima.” (Jiménez de Asúa, 1980).

De acuerdo a Muñoz Conde la dirección final de la acción se lleva a cabo en dos fases:

- Fase interna: comprende la esfera interna del pensamiento a partir del cual el autor anticipadamente, a través de la selección de medios necesarios y considerando los efectos concomitantes, se propone realizar un determinado fin.
- Fase externa, en la que se pone en marcha lo planeado en el mundo exterior.

Es menester mencionar que, existen hechos que no son penalmente relevantes por el hecho de que tal acción no es controlada por la voluntad, a éstas se la conoce como elementos negativos del acto, puesto que existe ausencia de la voluntad. El Código Orgánico Integral Penal en su Art. 24 señala los casos de exclusión de la conducta y señala los siguientes:

- a. Fuerza física irresistible, proviene de la naturaleza o de un tercero en contra del sujeto por ejemplo en un terremoto que provoca la inestabilidad de una persona, cuya caída empuja a otra de lo alto de un edificio, la fuerza debe ser intensa de forma que el sujeto no pueda reaccionar conforme su sentido.
- b. Movimientos reflejos, son movimientos corporales involuntarios que son producidas por reacciones del organismo evitando que exista el control del sistema nervioso.
- c. Estados de plena inconsciencia, “la conciencia es el resultado de las actividades de las funciones mentales; no se trata de una facultad del psiquismo humano, sino del resultado del funcionamiento de todas ellas” (Piñero, 2011), de esta manera, en el caso del sueño, el sonambulismo y de la hipnosis, la acción no se manifiesta por la voluntad.

1.1.2 Tipicidad

Según, Rivera la tipicidad es “la adecuación de la conducta a un determinado tipo penal, es decir, la posibilidad de subsunción de tal conducta a la descripción que de ella hace el legislador penal a los efectos de considerarla delictiva” (Rivera Morales, 2012). Muñoz Conde manifiesta que la tipicidad es: “La adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.” (Muñoz Conde F. G., 2010). En este sentido, para De Lamo la tipicidad, consiste en la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la Ley Penal. (2000, pág. 13).

De acuerdo a la doctrina este concepto guarda relación con el principio de legalidad, esto es *nullum crimen sine praevia lege*, por lo que solo aquellas conductas que se encuentren dentro de las leyes pueden ser sancionados con una pena, de manera que una conducta se tiene que adecuar al tipo penal que se encuentra descrito de forma clara y concreta en la Ley penal, con este principio se brinda al ciudadano una garantía en el sentido de que solo será sancionado si su conducta se encuentra descrita en la ley.

Tipo y Tipicidad tiene la diferencia de continente y contenido, el primero es creado abstractamente en la ley, y la segunda, es la estimación que se hace al haber la conducta en el tipo (Cafferata, 1994). “La tipicidad es la coincidencia plena entre el hecho cometido con la descripción abstracta descrita en el tipo penal, que es presupuesto de pena.” (Peña Cabrera, 2011).

La tipicidad nos lleva que la conducta humana ha de ser típica, exigiéndose su adecuación al tipo penal, esto es, que puede ser subsumida en una de las descripciones de conductas prohibidas que el legislador hace en el Código penal y en las leyes penales especiales (García, 2012).

De acuerdo a Alfonso Reyes el tipo penal consiste en “la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible.” (Reyes Echandía, 1989)

En suma, la tipicidad es la adecuación de la conducta humana contraria a la norma, a un hecho que se encuentra definida por alguna ley penal y el tipo penal consiste en la descripción clara y concreta de la conducta contraria a la norma y que realiza el legislador para definir el hecho catalogándolo como delito en la ley, selecciona hechos relevantes y los cataloga, cuyo objetivo consiste en motivar a la sociedad a través de sanciones para que no incurra en un delito.

En cuanto a la función de la tipicidad la doctrina señala tres funciones:

1. Función garantizadora, solo aquellos comportamientos que se encuentran descritas de antemano en alguna ley penal pueden ser sometidos a sanción. “Sólo un Derecho Penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos se adecua por completo al principio *nullum crimen sine lege*.” (Roxin, 2008).
2. Función motivadora, precisamente consiste en motivar a los ciudadanos a que ajusten su comportamiento a los mandatos legales de forma que aquella conducta que se encuentre prohibida y descrita en un tipo penal será sancionada.
3. Función seleccionadora, consiste en señalar de forma clara qué conductas deben ser reguladas, es decir, aquellas que son relevantes, de acuerdo a Roxin “en sentido sistemático el tipo abarca el compendio o conjunto de los elementos que dan como resultado saber de qué delito típicamente se trata” (Roxin, 2008).

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de esta disciplina, como lo establece la doctrina su naturaleza se ha discutido desde el origen del concepto; por un lado, le atribuyen un contenido objetivo y, por el otro, los que consideran aspectos tanto objetivos como subjetivos en su contenido.

Los doctrinarios para el estudio de la tipicidad lo han dividido en 5 etapas a saber:

1) Primera etapa **La Independencia**, se habla en principio de una inseguridad jurídica en el que cualquier conducta que sea considerada inadecuada merecía una sanción, por lo que da lugar a la consideración de dos principios:

- El primero es que la pena debe estar señalada en la ley y,
- Que el hecho se encuentre descrito en la ley.

Estos principios dieron lugar a un tercer principio, no hay delito sin tipicidad, por lo que una conducta no podía ser calificada como delito si ésta no se encontraba descrita en la ley, situación que conlleva a que la tipicidad sea considerada de manera autónoma, es decir, la tipicidad era considerada como la descripción objetiva, como resalta Jiménez de Asúa “La tipicidad tiene una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la antijuricidad y de la culpabilidad. “Matar a un hombre” es el tipo del delito de homicidio. Es una mera descripción.” (Jiménez de Asúa, 1980).

2) Segunda etapa **Carácter indiciario de lo injusto**, de acuerdo a Mayer la tipicidad ya no solamente es una mera descripción, sino que se encuentra ligada a la antijuricidad por un vínculo indiciario, al respecto Jiménez de Asúa señala que la función indiciaria se cumple a partir de los elementos normativos, por ejemplo, se incluye al tipo del hurto la cualidad de ajena.

3) Tercera etapa **ratio essendi de la antijuricidad**, en esta etapa se manifiesta lo contrario a la segunda, es decir, no solamente es considerada como un indicio, más bien la tipicidad es la base esencial de la antijuricidad (ratio Essendi).

4) Cuarta etapa **fase defensiva de Beling**, de acuerdo a Beling “el tipo no es el hecho objetivado y abstracto conceptualmente descrito por sus elementos materiales en

cada especie delictiva, sino la imagen rectora, cuadro dominante (...) que norma y preside cada especie delictiva.” (Beling, 1989).

- 5) Quinta etapa **fase destructiva**, esta corriente es defendida por George Dahm quien manifiesta que se debe considerar el acto individual en su relación con la comunidad, “El hecho de matar a un hombre sólo será castigado como asesinato si la comunidad ha sufrido o está en riesgo de sufrir un perjuicio por ese acto; todos los demás criterios, que supongan la noción de “ valor”, deber ser rechazados.” (Jiménez de Asúa, 1980).

Hay que recalcar que, en la tipicidad se distingue en su interior determinadas partes, por un lado, encontramos la tipicidad objetiva que consiste en establecer la incidencia social de la conducta en términos de una infracción penal, es decir la descripción objetiva del hecho de modo que sea factible su comprensión, encontrándose dentro de este, la determinación del sujeto activo del delito, la conducta típica y en caso de delitos de resultado, el resultado que consuma el delito; y por otro lado tenemos la tipicidad subjetiva, que consiste en las formas de participación en el hecho, de esta forma se distinguen dos formas, la primera el dolo y la segunda se refiere a la culpa, y teniendo en cuenta los elementos subjetivos que componen cada uno de ellos podemos determinar cuándo se trata de dolo o culpa.

- El dolo es la intención positiva de causar daño, la realización del acto antijurídico con conciencia que sería el elemento cognitivo y la voluntad que sería el elemento volitivo. “Actúa dolosamente el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado” (Mezger, 1984).

“Según que sea mayor o menor la intensidad del elemento intelectual y volitivo, se distingue entre dolo directo y dolo eventual” (Muñoz Conde F. , Teoría General del Delito, 1990), La doctrina señala además el dolo indirecto o dolo directo de segundo grado:

1. Dolo directo de primer grado, en la que el autor tiene el conocimiento del hecho y la voluntad de ejecutar el resultado y lo hace por ejemplo matar a Juan, se sobrepone la voluntad de ejecutar lo querido sobre el cognitivo.
 2. Dolo directo de segundo grado, en este caso el autor tiene el conocimiento del hecho, aunque no quiere producir el resultado, lo asume necesario porque se liga con lo que quiere, por ejemplo, quiere matar a Juan con una bomba, pero ello implica la muerte de su abogado que no quiere que muera, pero lo acepta como un resultado necesario.
 3. Dolo eventual, no existe la voluntad respecto del resultado “el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual producción. El sujeto no quiere el resultado, pero “cuenta con él”, “acepta el riesgo” (Muñoz Conde F. , 1990)
- La Culpa, se los llama también delitos imprudentes , Mezger señala que “Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente e incumbe y puede prever la aparición del resultado” (Mezger, Tratado de Derecho Penal, 1984), es el acto que pudiendo ser previsto, pero no querido se ejecuta produciendo un efecto dañoso, a consecuencia de que la sociedad se halla en constante peligro ya sea en las calles o en el mismo hogar, es por ello que el Estado con el afán de brindarles protección ha establecido ciertas normas que reduzca tal peligro, por lo tanto, estas conductas también se encuentran señaladas en la Ley y solo aquellas pueden ser sancionadas, no obstante y debido al gran número de conductas

imprudentes y de acuerdo a su naturaleza impide describir cada una de ella, al respecto Muñoz Conde establece que “ hay que buscar un punto de referencia con el que comparar la conducta realizada, para ver si ha sido realizada imprudentemente. Este punto de referencia lo establece el deber objetivo de cuidado” (Muñoz Conde F. , 2010), de modo que lo importante es el modo en que se produce el resultado, si el sujeto ha actuado o no diligentemente que es lo que se conoce como el concepto objetivo de cuidado y el concepto normativo es la comparación de la conducta que seguiría un hombre razonable en ciertas circunstancias con las conductas del autor en dicha situación.

La culpa puede ser de dos clases:

- 1) La culpa consciente, el autor es consciente del peligro al llevar a cabo su acción, prevee el resultado, pero confía en que no se produzca.

Esta clase de culpa se presta para confusiones con el dolo eventual ya que en ambos el sujeto no quiere el resultado, sin embargo, la diferencia está en que la culpa consciente el sujeto no quiere el resultado y cree que no sucederá y en el dolo eventual el sujeto no quiere el resultado, pero sabe que es de probable producción.

- 2) La culpa inconsciente, al llevar a cabo una acción no prevé el resultado a producirse.

Cabe hacer hincapié en que el dolo eventual se distingue de la imprudencia, y al respecto Muñoz Conde para distinguir estas dos formas ha formulado dos teorías:

- a. La teoría de la probabilidad, existe dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, admita o no su producción. Si la probabilidad es más lejana o remota, habrá culpa o imprudencia con representación y,

- b. La teoría de la voluntad, en esta teoría no es suficiente con que el autor se plantee el resultado como de probable producción, sino que además se siga actuando y por el contrario en el caso de la culpa si de haberse representado el resultado como de segura producción, se hubiere dejado de actuar. (Muñoz Conde F. , 1990)

1.1.3 La Antijuricidad

De acuerdo a Cabanellas la antijuricidad es “Elemento esencial del delito, cuya fórmula es de valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal en contradicción con aquel otro garantizado por el Derecho” (Cabanellas, 1998), esto es constatar que el hecho que se ha producido es contrario al derecho, que la conducta humana del sujeto no se ajusta al Ordenamiento Jurídico.

No obstante, la doctrina coincide en preguntarse ¿qué es lo contrario al Derecho?, que si bien en el Derecho Penal se seleccionan aquellos comportamientos graves por medio de la tipicidad, atribuyéndoles el carácter de antijurídicos para imponerles una pena como señala Francisco Muñoz, sin embargo el concepto de que sea contrario al derecho es insuficiente por lo que en la evolución de su concepto se ha completado por negaciones, por ende sería antijurídico toda conducta definida en la ley como prohibida y no se encuentre protegida de manera expresa esa conducta como es en el caso de las causas de justificación, por ejemplo el homicidio está definido en la ley, por tanto es una conducta antijurídica pues está actuando en contra lo establecido en la ley, pero si esta muerte se produjo en base a una legítima defensa, esta acción ya no sería antijurídica.

“A la simple contradicción entre una acción y el Ordenamiento jurídico se le llama antijuricidad formal. La antijuricidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de antijuricidad material. Antijuricidad formal y material no son sino aspectos del mismo fenómeno ” (Muñoz Conde F. , 2010), por lo tanto, lo fundamental de la antijuricidad es verificar que no exista causas de justificación, es decir que exista una contradicción entre la conducta y el ordenamiento legal, lo que llegaría a denominarse antijuricidad formal, y además la lesión al bien jurídico que se encuentra protegida por la norma la cual se la conoce como antijuricidad material, las dos se encuentran mutuamente condicionadas, en el sentido de que la ejecución de una acción considerada como contraria al derecho lesiona un bien jurídico protegido, en este sentido el Código Orgánico Integral Penal señala “Para que la conducta sea penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por esta Código”, el cuerpo normativo abarca tanto la antijuricidad formal como la material.

Teniendo en cuenta que la antijuricidad formal es la contradicción entre la conducta y el Ordenamiento jurídico, no obstante, hay situaciones en la que el hecho antijurídico se vuelve jurídico por existir causa de justificación, es decir, esa conducta típica se ha ejecutado conforme al derecho, Jiménez de Asúa define a las causas de justificación como “... las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios a derecho, que es el elementos más importante del crimen. En suma: las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al Derecho”. El Código Orgánico Integral

Penal en su art. 30 nos señala cuales son las causas de justificación “No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.”

Consecuentemente nuestra legislación reconoce como causas de justificación, el estado de necesidad y legítima defensa que lo desarrollaré en el segundo capítulo con el objetivo de determinar las principales diferencias de cada una con el miedo insuperable por lo que, en las siguientes líneas haré una breve referencia a la orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.

De forma que, la tercera causa de justificación que reconoce nuestra legislación es cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente, es decir, el sujeto actúa por orden de otra persona que representa una autoridad, por lo que uno de los requisitos para esta causal de justificación es la relación de jerarquía existente entre su superior y su subordinado, es claro que además dicha orden debe provenir de aquella autoridad o superior que tenga la competencia para hacerlo y por lo mismo el subordinado debe tener la competencia para ejecutar lo ordenado, finalmente que dicha orden sea legítima, generalmente, esta causa de justificación suele presentarse en el servicio militar.

Cuarta y última causa de justificación que reconoce la legislación ecuatoriana es el deber legal, aquella que se encuentra establecida en la ley.

Ahora bien, refiriéndonos a la antijuricidad material, cabe hacer hincapié que la lesión a los bienes jurídicos que se encuentra protegidos por la norma, son aquellos más relevantes para la sociedad, que por supuesto se encuentran reconocidas en la Constitución de la República.

1.1.4 La culpabilidad

De acuerdo con Cabanellas culpabilidad es “Calidad de culpable, de responsable de un mal o de un daño. Imputación de delito o falta, a quien resulta agente de uno u otra, para exigir la correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal” (Cabanellas, 1998)

“La culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma” (Bacigalupo, 2011)

La culpabilidad es la consideración de alguien como responsable de actuar en contra de una norma o de su propia conciencia. Es la conciencia de la anti juridicidad de la conducta, es decir, supone, la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en el desacato del autor frente al derecho por medio de su conducta (Muñoz, 2014).

A más del cometimiento de un hecho típico y antijurídico es necesario sancionar a través de una pena, en este sentido, la culpabilidad es considerada como el reproche hacia una persona por no actuar conforme a derecho, no obstante, debo recalcar que el Estado debe adoptar medidas que tengan como fin la protección de bienes jurídicos, la rehabilitación y corrección del sujeto, por lo que el Estado se encuentra limitado en base al principio de que no hay sanción sin culpa, o si se comprueba la culpabilidad es posible que aquel hecho antijurídico no sea merecedora de sanción, según Jakobs “El autor de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando dicha actuación antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante- por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta.” (Jakobs, 1997), finalmente, se debe respetar el principio de proporcionalidad, en la que la pena no puede ser superior al acto cometido.

De lo mencionado se puede colegir que la culpabilidad abarca tres elementos integrantes:

1. La imputabilidad, consiste en atribuir a un individuo un hecho para hacerlo responsable del mismo, para Mezger imputabilidad significa capacidad de culpabilidad, así mismo, Manzini señala que: “es el conjunto de las condiciones físicas y psíquicas, puestas por la ley, para que una persona capaz de derecho penal pueda ser considerada causa eficiente de la violación de un precepto penal. Se trata de una relación entre el hecho y su autor” (Manzini, 1948), de manera que, el acto debe ser atribuido a una persona capaz de comprender los actos que ejecuta, que tenga la capacidad de responder jurídicamente y por lo mismo es merecedora de sanción, por ende ante la ley una persona es imputable si cumple ciertas condiciones tales como ser mayores de edad y estar en pleno uso de las facultades mentales, de lo contrario no tendría la capacidad de responder penalmente, lo que nos lleva a considerarlos inimputables que en términos de Jiménez de Asúa son “las causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró.” (Jiménez de Asúa, 1980)
2. El conocimiento de antijuricidad, es decir el individuo conoce el contenido de sus prohibiciones, por lo que, puede realizar cualquier acto en tanto no lesione otros derechos de la sociedad, en tal caso si no está al tanto de esa prohibición, no hay razón para que sea sujeto de reproche, “ si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad” (Muñoz Conde F. , 1990)
3. Exigibilidad de otra conducta, en la que se busca determinar si el sujeto pudo o no actuar conforme al ordenamiento jurídico atendiendo a las circunstancias, por lo que

bien pudo alguien más delinquir, de acuerdo con Percy García la exigibilidad de otra conducta, “se constituye a partir de la idea de que una conducta delictiva solamente puede reprochársele al autor si éste contaba con un grado de resistencia personal que le hubiere llevado a no cometer el delito. (...)” (García Caveró, 2012).

La Inculpabilidad

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el Derecho Penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho, atendiendo a los mismos elementos que constituye la culpabilidad se colige cuáles son los supuestos en los que existe ausencia de culpabilidad, tales son:

- **Inimputabilidad**

De acuerdo con Asúa son: “las causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró.” (Jiménez de Asúa, 1980)

La inimputabilidad es un término que se vincula a la condición de inimputable. Es aquel que no es responsable penalmente de un ilícito que cometió ya que no está en condiciones de comprender su accionar o las consecuencias de este (Cabrera, 2015)

La inimputabilidad constituye la ausencia de capacidad para conocer el alcance de los propios actos. Aduce a la persona que carece de suficientes facultades mentales y de la capacidad de motivación, al momento de realizar la conducta típica, que le impide comprender su acción omisión en los términos establecidos por la ley penal; por ese motivo se le considera carente de culpabilidad en sus actos. (Cafferata, 1994).

A pesar de que una conducta sea típica y antijurídica, no será penalmente responsable por sus actos si es que carece de la capacidad de comprender para ser considerado culpable, las causas de inimputabilidad son la falta de desarrollo y salud mental previsto en el Art. 36 del Código Orgánico Integral Penal, por lo que si un sujeto sufre de una enfermedad mental que no le permite entender o querer al momento de cometer un delito no será responsable de su acto, sin embargo el juez debe dictar una medida de seguridad según lo establece el Código Orgánico Integral Penal a fin de salvaguardar la seguridad de la sociedad.

Otra causa de inimputabilidad es los casos de minoría de edad, estos es las personas menores de 18 años que de acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal son inimputables frente al Derecho Penal, pero se rigen por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, cuerpo normativo que a si mismo toma medidas protectoras y educativas.

En el caso de la embriaguez que es recogido por el Ecuador en su norma penal, produce en el organismo una afectación patológica tal, que impide que el sujeto comprenda el carácter delictivo, “Es aquella embriaguez que se produce en virtud de la habitualidad que ha tomado en el sujeto el consumo de bebidas alcohólicas, la injerencia de alta dosis de alcohol conlleva la formación de una base patológica” (Peña Cabrera A. , 2011). El Código Orgánico General de Procesos hace alusión al sujeto que se encuentra bajo los efectos del alcohol o sustancias estupefacientes al momento de cometer una infracción será sancionado conforme las reglas señaladas dentro del mismo cuerpo normativo.

- **Error de Prohibición**

En el que el sujeto desconoce si su conducta es lícita o ilícita, es decir, por un lado, el sujeto desconoce que la realización de su conducta se encuentra prohibida por una norma y, por

otro lado, el sujeto conoce que dicha acción está prohibida, pero considera la existencia de una causa de justificación que indica que su conducta está permitida en ese caso en concreto. “Un real Estado de Derecho, únicamente puede castigar punitivamente a los ciudadanos, cuando estos realizan una conducta contraria al precepto normativo, en cuanto dirigieron dicho comportamiento a un determinado fin y, cuando se verifica que conocía de su prohibición (...)” (Peña Cabrera A. , 2011)

En el primer caso hablamos del error de prohibición directo y uno de los ejemplos típicos es el supuesto árabe que contrae matrimonio en Ecuador sin antes disolver un matrimonio previo y, el segundo caso se refiere al error de prohibición indirecto, por ejemplo, cuando los padres creen que al momento de disciplinar les está permitido reprender a sus hijos mediante el castigo físico.

- **Inexigibilidad**

No puede exigirse al sujeto una conducta conforme a derecho si las circunstancias le impidieron una libre y adecuada elección, con la finalidad de que esa conducta se adecuara al ordenamiento jurídico puesto que su cumplimiento implicaría una afectación al mismo sujeto.

1.2 Concepto de Miedo Insuperable

Una eximente es aquella que permite, que la persona que cometa un delito no sea sancionada, tal y como se encuentra establecida la pena, sin perjuicio que el hecho constitutivo de delito se encuentre tipificado en la ley, y que representa la responsabilidad penal de la persona (Arango Durling, 1998).

De hecho, las leyes se encargan de proteger a la sociedad de los peligros a los cuales somos vulnerables, sin embargo, existen ciertas circunstancias que atenúan o no la responsabilidad del sujeto, de modo que el miedo insuperable es una de las eximentes de responsabilidad recogida por algunas legislaciones como Perú o España; en la doctrina colombiana como lo menciona García (2012) el miedo insuperable es conocido como la perturbación del ánimo la cual es originada por un daño o riesgo que puede ser de carácter imaginario o real, es decir, es la sospecha o aprensión que un sujeto teme que le suceda algo que no desea para sí mismo afectando esto la conducta del individuo.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho de Cabanellas señala del miedo insuperable que es: “Considerado el adjetivo insuperable no como el máximo temor que puede sufrirse o imponerse, sino en el sentido de no poderlo vencer o superar el sujeto, constituye una de las circunstancias eximentes (v.) de la responsabilidad criminal. La Academia Española, inspirada por el Código Penal común, define esta eximente o la situación espiritual que la motiva cual la perturbación angustiosa del ánimo cuando, imponiéndose a la voluntad de uno con amenaza de un mal igual o mayor, le impulsa a ejecutar un delito.” (Cabanellas, 1979)

Por otra parte, para Jiménez de Asúa (1952) considerado como un autor clásico en materia de Derecho Penal infiere que el miedo insuperable es un estado psicológico en el que una persona debido a un serio temor no se halla en condiciones de dirigir su comportamiento y voluntad, eliminando la punibilidad del hecho realizado bajo estas condiciones. Se estructura en esencia en tres elementos esenciales, la existencia de una situación concreta, objetiva y real de miedo insuperable, considerada como una situación psíquica, por lo que la conciencia se encuentra perturbada.

Ahora bien, para Córdova (2010), el término miedo insuperable hace apología en sentido estricto a un término de carácter eminentemente jurídico que debe evaluarse bajo la mirada estricta de la dogmática penal por lo cual el mencionado autor sostiene una postura basada en que la cualidad del término insuperable debe entenderse de acuerdo al contenido de la realidad psicológica del miedo, en el sentido de imposibilidad de vencimiento o apartamiento del estado emotivo por el sujeto.

Una posición cónsona a la expresada por el autor antes mencionado es la manifestada por Cabrera (2015) quien hace referencia a que el miedo insuperable debe evaluarse en dos dimensiones la primera de ellas, vinculada al miedo como un fenómeno de carácter personalísimo, que no solo depende de una determinada situación de gravedad amenazante, sino, fundamentalmente del efecto que esta pueda causar sobre una persona en un momento y lugar determinado y la segunda., en referencia al término insuperable como a aquella circunstancia difícil de resistir en la medida del hombre medio como referencia y para apreciar la entidad del miedo.

1.3 Requisitos

Para que el eximente del miedo pueda ser amparado es necesario que tal miedo pueda ser calificado como insuperable. Ciertamente en la actualidad el eximente no hace ninguna referencia al denominado “mal” pero parece obvio que este es un requisito que está implícito en la idea de miedo. Mayor relevancia tiene, sin embargo, la desaparición de la exigencia de que dicho mal debe ser en todo caso mayor o igual al causado con dicho comportamiento. Es por ello, que de acuerdo con la actual dogmática penal se pasará a

analizar los requisitos para que se dé eximente del miedo insuperable de acuerdo con la conducta de la persona en un determinado momento.

1.3.1 El miedo

El punto de inicio de toda delimitación normativa de la eximente de miedo insuperable está situado en la referencia al carácter legal a la emoción o estado psicológico del miedo. Es por ello, que universalmente al tratar la doctrina relativa al miedo insuperable se debe mencionar que el miedo es el principal requisito que configura la eximente. Para ello, se evaluará la existencia de una serie de supuestos en los cuales puede discutirse la presencia de este requisito.

El miedo insuperable se trata de un estado coactivo de orden psíquico que inhibe la voluntad del sujeto y lo lleva, obedeciendo a esa situación de coacción psicológica a obrar contraviniendo las normas jurídicas penales, es decir, no tiene voluntad de decisión ni se encuentra motivado por la norma.

La eximente de miedo insuperable ha de reservarse, para los casos en que no sería exigible al hombre medio actuar conforme a Derecho. Supone una correspondencia entre la insuperabilidad y determinado estado psíquico provocado por el miedo dado el cual la libertad electiva queda limitada. Fuera de esos casos solo cabe eximir en la medida en que falte la imputabilidad por razones personales.

1.3.2 La intensidad del miedo

En materia Penal la presencia del miedo es visto como una emoción o estado psicológico, en la conducta de la persona exenta de pena en virtud de la eximente, parece ser, sin duda, lo que ha conducido a que la jurisprudencia, considere que la eximente de miedo insuperable exige una perturbación anímica(psicológica) de tal entidad que priva a la persona afectada de sus capacidades volitivas y cognoscitivas y por tanto de su posibilidad, fáctica o psicológica, de obrar de otra manera (Cordova, 2010).

Esta interpretación en clave exclusivamente psicológica de la referencia legal al "miedo" parece partir, de este modo, del innegable carácter psicológico de tal emoción, considerando que la referencia a su "insuperabilidad" alude en realidad a la exasperación del efecto de la perturbación que la eximente requeriría para llegar a tener efectos como exención plena de la responsabilidad penal; pues, de lo contrario, esto es, de verificarse un menor impacto psicológico, no calificable por tanto de insuperable, sólo se podría aplicar la eximente incompleta. En este sentido, es común encontrar en las sentencias del plano internacional vinculadas al miedo insuperable como estado emocional que produzca una ceguera tal en la mente del agente que le prive de su raciocinio o de su libertad de autodeterminación.

Ahora bien, en psicología, se considera que el miedo no es una emoción patológica, sino una reacción normal ante una amenaza. Es por ello, que debe distinguirse entre el miedo como una reacción normal del ser humano y la fobia como una reacción anormal con caracteres patológicos. En este sentido, según la afirmación antes mencionada son las fobias las que desde la óptica de la psicología son las que están calificadas como trastornos psíquicos de la personalidad, que pueden, por ello, dar lugar a la incapacidad psicológica e incluso, en el contexto de repentinos ataques de pánico, física de actuar de la persona afectada (Kaplan, 2008).

No obstante, como lo manifiesta el mencionado autor (Kaplan) de acuerdo con la postura del Tribunal Supremo de España la interpretación exclusivamente psicológica de la insuperabilidad del miedo no parece estar aludiendo al caso de los trastornos fóbicos incapacitantes, que, configuran supuestos de enfermedades mentales reconducibles a la eximente de enajenación mental. Sino que, partiendo de que la emoción del miedo no tiene por qué reconducirse a una personalidad patológica, la cual centra su efecto psicológico incapacitador en el impacto o magnitud que el estímulo del miedo, esto es, la amenaza o peligro, que provoca en las facultades psíquicas de la persona. Impacto que, según la postura del mencionado autor, ha de derivar en un estado de inimputabilidad pérdida de las facultades psíquicas de la persona en forma momentánea.

Esta realidad que puede darse es aceptada plenamente desde la concepción de la psicología que hace un reconocimiento del miedo como la posibilidad de que la persona sufra en un determinado momento características de petrificación que según esta disciplina es que la comprobación o verificación empírica de los efectos psicológicos que la emoción del miedo tiene sobre la psique y la conducta de la persona afectada que presenta graves, por no decir insalvables, dificultades (Varona, La Eximente de Miedo Insuperable, 2010).

En este sentido, en palabras de Rosal (2015) tras realizar un análisis en relación con las reacciones psicológicas de las personas ante situaciones catastróficas o de peligro inminente se le debe considerar desde la óptica de la ciencia que, esta determinada situación tienen efectos de carácter fisiológico como psicológico. Pero lo que todavía no está en situación de disponer la psicología es de datos válidos sobre qué es lo que realmente sucede en el individuo antes, mientras y después de la situación de peligro; ya que, ni se pueden medir fiablemente, tras el concreto acontecimiento que provocó el miedo, sus efectos sobre la psique, ni se pueden reproducir exactamente las condiciones reales del

miedo en experimentos en laboratorio. Por ello, la evidencia científica sobre los efectos psicológicos de las situaciones de peligro ha de basarse, fundamentalmente, en la poca valorable información suministrada por el testimonio de personas que han sufrido algún acontecimiento de este tipo por ejemplo en materia penal.

En definitiva, se puede colegir que en la mayoría de la doctrina universal hace apología a que el miedo insuperable ha de interpretarse en términos exclusivamente psicológicos que aproximen a la exigencia de un estado de terror o pánico incapacitador. La alusión al "miedo" debe entonces interpretarse como la exigencia de un cierto estado emocional en el individuo, provocado por la amenaza de un mal y caracterizado por el temor de la persona al advenimiento de un hecho desagradable, frente al cual ésta puede reaccionar de diversas formas. Lógicamente, la reacción que interesa al Derecho Penal es aquella en la que, para evitar el mal amenazante, se lesionan bienes jurídicos ajenos (Cuerda, 2000).

De las consideraciones que se ha mencionado se puede colegir que para la aplicación de la eximente de miedo insuperable: el aspecto emocional específico de nuestra eximente, esto es, el miedo, acaba derivando en una presunción. Si, como se ha estudiado, el miedo no es sino la "proyección subjetiva de la situación material de conflicto que sufre una persona por la amenaza de un mal, tal proyección subjetiva no es factible calibrarla a posteriori en términos exclusivamente psicológicos, entonces lo importante pasa a ser la verificación de la existencia de dicha situación de conflicto, es decir, la amenaza o peligro de un mal ante el que, la persona reacciona evitándolo, pues cuando ello sea así, esto es, cuando la persona obre para evitar un peligro se va a presumir que su actuación concreta ha venido motivada por el miedo a que tal peligro se realizará.

1.3.3 Transcurso de tiempo entre amenaza y acción salvadora

Otro de los requisitos para que se configure el miedo insuperable está determinado por el supuesto en el que, entre la amenaza de un tercero, que es quien provoca el miedo, y la acción ejecutada para eludirla media un lapso de tiempo considerable. No obstante, este hecho puede considerarse un indicio suficiente para negar la existencia de miedo en la reacción frente a la amenaza, pues el miedo es un estado emocional que como ya hemos mencionado puede gestarse y estar presente en la psiquis de la persona durante un periodo relativamente largo de tiempo, siendo el último factor desencadenante de la reacción sólo el punto culminante de una serie de sucesos que lo han venido conformando.

De acuerdo a esta afirmación Rosal manifiesta que de los supuestos examinados relativos a la actuación reflexiva de la persona y transcurso de tiempo entre amenaza y reacción encuentra apoyo en la propia psicología la cual en palabras del mencionado autor manifiesta sobre la emoción del miedo en situaciones de amenaza que se prolongan durante cierto tiempo, ha demostrado que incluso en situaciones extremas en las que la posibilidad de salvación parece remota y el bien jurídico amenazado es la propia vida, la persona desarrolla toda una serie de mecanismos de superación o evitación del miedo, entre los que se incluye la búsqueda racional de información que pueda lograr la salvación.

No obstante, para Rosal (2015) una actividad racional o reflexiva, pues, no es que sea incompatible con el miedo, sino que, desde el punto de vista psicológico, es un mecanismo normal de afrontar el peligro aún bajo la emoción del miedo. De hecho, en la mayoría de casos penales en que se plantea la aplicación de la eximente de miedo insuperable, el delito no es producto del primer impacto psíquico que recibe la persona amenazada, sino que,

normalmente, la acción se lleva a cabo después de un cierto tiempo y precedida de cierta actividad racional o reflexiva.

1.3.4 El criterio del hombre medio en la posición del autor

El criterio que más éxito ha tenido, tradicionalmente, en la doctrina penal a nivel universal es el del "hombre medio", señalado recurrentemente como la pauta adecuada para la determinación de las condiciones de la exigibilidad de un comportamiento. Inexigible sería así aquel comportamiento que el hombre medio no estuviera en condiciones de cumplir, lo cual, aplicado a nuestra eximente de miedo insuperable se traduce en que insuperable sería aquel miedo que el hombre medio no pudiera en sentido normativo y no psicológico vencer. (Cuerda, 2000).

De acuerdo a esta afirmación, la dogmática penal afirma que ese criterio se debe, probablemente, a la preocupación por las exigencias de la prevención general, que aconsejan limitar el funcionamiento y potencialidad del principio de inexigibilidad a través de un criterio objetivo general que, dicho gráficamente, no se pueda escapar de las manos del legislador o del Juez que aplica la justicia, como así podría suceder con alguna aislada propuesta individualizadora del criterio de determinación de la exigibilidad que, precisamente por esta razón, apenas encontró eco en la doctrina penal.

En relación a este tema, se puede colegir en palabras de Varona (2010), de que el criterio de determinación de la inexigibilidad de una conducta y con ello de la insuperabilidad del miedo, reside en la medida, normativa y no estadística o empírica, del hombre medio en la posición del autor. Sin embargo, se puede considerar, este criterio del hombre medio

presenta graves deficiencias, por lo que no parece el adecuado para tratar de delimitar el contenido de la inexigibilidad o, en este caso, de la insuperabilidad del miedo.

1.4 Naturaleza Jurídica

La Naturaleza jurídica del miedo insuperable está confinada a una gran variedad de teorías que desde la óptica del Derecho Penal parecieran agotar todas las posibilidades existentes en relación al nacimiento de esta figura jurídica. Esta realidad va de la mano de la histórica discusión que se ha adoptado en cuanto a la ubicación sistemática de las excusas al representar éstas la línea fronteriza entre la justificación, la exculpación e incluso la simple atenuación de la pena.

Esta realidad también se debe a la peculiar regulación de esta materia (miedo insuperable) que por su estructura es permisiva en otorgar una variedad de posibilidades de carácter interpretativa propias de su naturaleza dispositiva. Sin embargo, en opinión de varios tratadistas en la materia de Derecho Penal manifiestan que tanto la doctrina como la jurisprudencia es aquélla que conceptúa al miedo insuperable como una causa de inculpabilidad, ya sea basándose para ello en el efecto de inimputabilidad que la eximente presupone (posición de la jurisprudencia), o ya sea derivando tal ordenación sistemática de su principio fundamentador, esto es, la inexigibilidad de otra conducta. (Cuerda, 2000).

Es por ello, que teniendo claras estas consideraciones podemos acercarnos a realizar un estudio de la naturaleza jurídica del miedo insuperable bajo la óptica de la inimputabilidad tomando en consideración la postura de la doctrina española. En este sentido, en palabras de Varona (2010), manifiesta que en la actual doctrina moderna la naturaleza jurídica del

miedo insuperable está confinada al parecer por las decisiones tomadas por el tribunal Supremo que posteriormente han contribuido a formar parte de la jurisprudencia de este tribunal. En este sentido, el nacimiento de esta concepción jurisprudencial es su entendimiento sobre la fundamentación del miedo insuperable, el cual se ubica en la existencia de un trastorno psíquico que anula las facultades volitivas y cognoscitivas de la persona afectada. Es por ello, que desde esta óptica se considera que el origen del miedo es símbolo de un shock psíquico en el que el afectado manifiesta en un estado de “inimputabilidad momentánea o incluso en la pérdida de las facultades de acción de la persona o el denominado miedo paralizante”.

En referencia a esta afirmación Varona (2010) estima que entre los requisitos del miedo insuperable está la posibilidad de que el sujeto quede en un estado emotivo de tal intensidad que prive a la persona que lo sufre del normal uso de sus facultades de raciocinio desencadenado una anulación o pasmo de sus facultades elementales de auto determinación.

Sin embargo, Varona menciona que al estudiar de forma detallada la naturaleza jurídica del miedo insuperable se debe tener en cuenta la existencia en la práctica de una separación o divorcio existente, entre lo que contempla la doctrina y lo que los tribunales consideran al respecto. Es así que la postura del Tribunal Supremo puede considerarse una de las causas principales de la prácticamente inaplicación de la eximente completa de miedo insuperable, pues la existencia del IMPACTO PSÍQUICO que la jurisprudencia exige para aplicar tal eximente apenas, acontece efectivamente en pocas situaciones de miedo, y cuando así es de esta manera, el Tribunal Supremo aplica ya con preferencias las eximentes de trastorno mental transitorio o enajenación mental.

La crítica a esta concepción del miedo insuperable como una causa de inimputabilidad se centra en que parte de un fundamento erróneo: "insuperable" no significa insuperable psicológicamente, sino normativamente, porque la persona, en las situaciones de miedo insuperable en las que amenaza un mal, no pierde sus facultades de actuación ni volición, aunque sin duda estén afectadas. (Carrara, pág. 1990).

Por tanto, si podemos mencionar que el aspecto decisivo en la eximente de miedo insuperable no descansa en la cuantificación del impacto psíquico que recibe el afectado, sino en la determinación de las exigencias normativas que pueden y deben requerirse a la persona que se encuentra en una situación en la que un mal le amenaza, no puede considerarse a esta eximente como una causa de inimputabilidad. En definitiva, negada la fundamentación psicológica de la eximente de miedo insuperable, no existe apoyo para considerar a esta eximente como una causa de inimputabilidad.

1.5 Otras cuestiones relacionadas con el miedo insuperable

1.5.1 El miedo insuperable como reacción psicológica

El miedo insuperable supone, que por encontrarse en el momento del hecho en un estado psicológico calificado de miedo que lo conllevó a cometer el delito. El miedo constituye un elemento esencial de la eximente, pues el sujeto infractor de la norma penal debe obrar motivado por un temor, para que se le pueda eximir de responsabilidad (Varona, 2013). De conformidad con la ley debe ser insuperable, término cuya interpretación y posterior calificación es polémica debido a la diversidad de criterios que existen al respecto.

Se trataría entonces de un supuesto en el que la persona pierde su conciencia y consecuente voluntad, tal y como acontece en el trastorno mental transitorio, pudiéndose confundir con dicha eximente. Debido al uso del término insuperable, se exige que el sujeto haya sentido pánico o terror para que pueda reconocerse. Cuestión que resulta indispensable dilucidar, pues al igualarse la palabra insuperable con el pánico o terror, se podría estar calificando incorrectamente la eximente, considerando que el pánico alude a un estado de terror, el cual sobrepasa los límites del simple miedo, en el que el sujeto pierde la capacidad para comprender el alcance de sus acciones (Quintanar, 2012).

La afectividad o emotividad es la facultad por la que el organismo logra impresionarse ante los estímulos del mundo exterior o reaccionar frente a ellos, según el sentido positivo o negativo que tengan para el sujeto (Perez, 2013). Es una disposición de discriminación defensiva que tiende a la seguridad del individuo, a la conservación de su integridad, por lo que constituye un mecanismo de vigilancia, un centinela que advierte sobre quién es el amigo o el enemigo, de ahí que es pues, la facultad de guardarse, de defenderse.

El estado emocional sobreviene en el sujeto siempre que entran en juego su vida, sus intereses personales o morales, los de su familia o los de la especie, las emociones y los sentimientos son una de las formas en que el mundo real se refleja en el hombre (Olmedo, 2013). Son la vivencia de que los objetos y los fenómenos reales corresponden, o no, a sus necesidades y a las exigencias de la sociedad. Esto ocurre en mayor medida con emociones, sobre todo cuando se trata de peligros inminentes, en los que no es necesaria la racionalización total del estímulo para que haya una repercusión en la esfera afectiva.

En palabras de Pérez (2014) manifiesta que está en íntima relación con los instintos de conservación, es la emoción choque de defensa ante un peligro inminente, real o putativo, normalmente externo, reconocido como tal por el individuo que lo padece. Es una

acción psíquica que afecta el organismo inhibiéndolo o produciéndole reacciones anómalas e inesperadas, que tiene por base la perturbación anímica, que desencadena la emoción estética del temor, sufrida por un sujeto.

Se trata de una respuesta emotiva que depende no sólo de la gravedad del mal con que se amenaza, sino de las especiales circunstancias de la persona que lo padece, que según Espeche (2014), es una perturbación del estado de ánimo, en el que se pierde la confianza en los propios recursos para afrontar situaciones concretas, que son percibidas como peligrosas para el sujeto. El peligro puede ser real o imaginario, presente o proyectado en el futuro, pero siempre ocasiona una disminución del sentido de seguridad.

De forma similar Gómez (2015) lo define como una reacción emocional primaria ante una experiencia u objeto amenazante que se presenta en forma mediata o inmediata. Es una manifestación vital y atañe al instinto de conservación que previene contra situaciones de las cuales puede desencadenarse un mal para el individuo.

Toda posibilidad de reacción defensiva o preparatoria de alarma, depende en gran medida de la situación problemática que debe enfrentar el sujeto y sus premisas neurológicas y psicológicas. La incapacidad, la impotencia y la ignorancia pueden modificar sustancialmente la calidad de las respuestas, por lo que no se puede esperar que el miedo generado se ajuste en toda su exacta magnitud a la realidad del caso.

El miedo influye directamente en la motivación del sujeto. El término motivación (Espeche, 2014) se usa cuando se quiere describir las fuerzas que actúan sobre, o dentro de un organismo para iniciar y dirigir la conducta de éste. Es decir, son fuerzas que permiten la ejecución de conductas destinadas a modificar o mantener el curso de la vida mediante la obtención de objetivos que incrementan la probabilidad de supervivencia, tanto en el plano biológico como en el social.

La motivación se encuentra estrechamente relacionada con la supervivencia, y con el crecimiento en general, entendida, en este caso, no sólo como la distinción vida–muerte, sino, además, en sus dimensiones psicológica y social (Paredes, 2014). La motivación, por tanto, constituye un proceso adaptativo que es el resultado de un estado interno de un organismo, que le impulsa y le dirige hacia una acción en un sentido determinado, es decir, existe una influencia de diversos factores que activan al organismo, y le dirigen hacia la consecución de algún objetivo o meta que le es gratificante (Mira y López, 2013).

El sujeto motivado posee capacidad de comprensión, es decir, conoce y es consciente de lo que desea y finalmente decide hacer para alcanzar su meta (Varona, El miedo insuperable, una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia., 2013). Razón por la cual, el individuo, a pesar de sentir miedo, es capaz, comprende lo que acontece a su alrededor y reacciona adoptando una decisión, en este caso, de huida, lo cual constituye el objetivo principal de su estado motivacional.

El miedo según lo analizado, no anula la capacidad del sujeto, que tiene conocimiento y es consciente de lo que decide hacer, a pesar de sentirse constreñido a actuar contrario a la norma, en tanto se encuentra motivado hacerlo debido a su instinto de conservación, el cual se activa ante un mal que le amenaza.

1.5.2 El miedo como emoción

El miedo es normal; sin él le faltaría al individuo la protección más efectiva que posee, pues constituye una reacción en situaciones amenazantes. Puede, sin embargo, encontrarse en formas pervertidas o exageradas. La emoción según (Mira y López, 2013)

aparece ligada a todo lo que contribuye de un modo directo al progreso o perjuicio del ser humano; apareciendo como un mecanismo primitivo de protección del ser y de la especie. Por lo que, según (Mira y López, 2013), se diversifica en varias etapas o grados las cuales son:

La prudencia; en la que el sujeto pretende pasar desapercibido, con tendencia a autojustificarse y racionalizar la circunstancia. El estado de cautela; en el que el individuo en situación de desconfianza domina intelectualmente la situación, pero le invade el pesimismo. La alarma; en la que predomina la sensación de insuficiencia, se pierde claridad y el sujeto desconfía plenamente.

La angustia; en la que la unidad intencional se desorganiza, al reducir las posibilidades de reacción, con desequilibrio de los procesos de excitación e inhibición. La fase de pánico, en el que la conducta se automatiza, aparecen crisis convulsivas en la que de forma paradójica puede llevar a acciones sorprendentes, con reducción de los niveles de conciencia sin que se elimine totalmente. El terror, en el que el individuo pierde no sólo la intelección y sensibilidad afectiva, sino toda su potencia motriz y de memoria.

El terror, la última de las fases, suele confundirse con el simple miedo, cuando los efectos que causa son totalmente diferentes. En esta etapa la conducta evidencia la desorganización funcional provocada por el miedo que ya ha destruido toda intención e inhabilitado las mejores posibilidades de reacción, y esto es vivenciado con altos niveles de ansiedad y angustia.

De ahí que el terror es una forma de miedo intenso en la que aparecen fenómenos fisiológicos y psicológicos coherentes con esa emoción que le hacen perder al sujeto el autocontrol. El terror afecta la libre voluntad o autodeterminación del sujeto provocando la

pérdida del autocontrol necesario para reaccionar adecuadamente ante el mal que lo amenaza.

1.5.3 Causas elementales que generan miedo

La primera causa que se debe considerar es que el miedo es motivado por un temor. De conformidad con la ley, éste debe ser insuperable, exige que el sujeto haya sentido pánico o terror para que pueda reconocerse.

La afectividad o emotividad, que degenera luego de estado de temor, es según (Suñez, 2013) la facultad por la que el organismo logra impresionarse ante los estímulos del mundo exterior o reaccionar frente a ellos, según el sentido positivo o negativo que tengan para el sujeto.

Entonces 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

Por su parte (Paredes, 2014) dice que el miedo presenta varios aspectos que son susceptibles de graduación acorde a las consecuencias psíquicas y somáticas que provoca.

El fenómeno del miedo puede llevar consigo cuatro componentes principales:

- a. La experiencia subjetiva del temor
- b. Las modificaciones asociadas
- c. Las manifestaciones exteriores del miedo, y
- d. Las tentativas de evitación o huida de ciertas situaciones en una misma persona.

Se trata de una reacción emotiva que depende no sólo de la gravedad del mal con que se amenaza, sino de las especiales circunstancias de la persona que lo padece. (Paredes, 2014, pág. 45).

En síntesis, el miedo surge de un temor, que luego va exteriorizando y se va respondiendo al ambiente en que nos encontramos, y del estado de peligro en que nos encontramos.

1.5.4 Factores internos y externos que deben ser considerados en situación de miedo

El miedo en lo interno del cuerpo, produce cambios fisiológicos inmediatos: se incrementa el metabolismo celular, aumenta la presión arterial, la concentración de la glucosa en sangre y la actividad cerebral, así como la coagulación sanguínea (Espeche, 2014). El sistema inmunitario se detiene (al igual que toda función no esencial), la sangre fluye a los músculos mayores (especialmente a las extremidades inferiores en preparación para la huida), y el corazón bombea sangre a gran velocidad para transportar hormonas a las células (especialmente adrenalina y noradrenalina) (Perez, 2013).

También se producen modificaciones en exterior como las faciales: agrandamiento de los ojos para mejorar la visión y dilatación de las pupilas para facilitar la admisión de luz, la frente se arruga y los labios se estiran horizontalmente (Olmedo, 2013).

Cuando el sistema límbico fija su atención en una amenaza o una percepción de peligro (existente o no), los lóbulos frontales (zona del cerebro encargada de cambiar la atención consciente de una cosa a otra) se desactivan parcialmente (Gómez, 2015). Durante un ataque de pánico la atención consciente queda fijada en el peligro inminente percibido. Una imagen mental o real, aroma u otros estímulos pueden desencadenar síntomas fisiológicos de alerta en el cuerpo (ritmo cardíaco, presión sanguínea, etc.). Esta respuesta fisiológica adecuada del cuerpo es interpretada por el sujeto como una confirmación de la amenaza, y se produce una retroalimentación positiva del miedo que impide una valoración del

auténtico riesgo por parte del afectado (Espeche, 2014). La cadena de percepciones de la mente y reacciones del cuerpo se produce rápida y secuencialmente en una escalada incontrolada que conlleva a la crisis. Dado que los primeros ciclos de percepción y reacción se producen de manera inconsciente, el afectado se percata del hecho cuando los síntomas han alcanzado cierta intensidad. Esto sucede especialmente en el caso de las fobias: la atención del fóbico, incapaz de prestar atención a otra cosa distinta de su percepción de amenaza, magnifica desproporcionadamente el peligro percibido (Olmedo, 2013).

Además del factor psicológico, ha quedado demostrado que inciden también elementos neuro-fisiológicos que o bien inhiben al sujeto de actuar o exageran su percepción de lo acontecido (Mira y López, 2013). Esa imagen que produce la fobia o crisis de pánico puede ser real o imaginaria, lo cual corrobora el hecho, primero, de la base subjetiva y personalísima del miedo, y segundo, de lo controvertido y necesariamente científico que resulta probarlo, de ahí se infiere que en la práctica judicial no deba recaer solo en un perito la responsabilidad de dictaminarlo sino en un grupo multidisciplinario, pero para el que la inmediatez en el examen pericial deba ser vital, pues los signos clínicos y fisiológicos del miedo anteriormente referenciados desaparecen en el sujeto a los pocos minutos de sucedido el evento (Gómez, 2015).

1.5.5 Criterios sobre la prueba en los casos de miedo insuperable, especial referencia a la pericial

La exigencia del miedo insuperable se estructura sobre la base de varios elementos, entre los que se encuentra la existencia de una situación de miedo. En virtud de lo expresado se requiere que el sujeto obre impulsado por un miedo que sea de tal magnitud un miedo que,

sin llegar a la anulación de la capacidad, no se pueda superar. Al respecto se suscitan diversos criterios, los cuales fluctúan con relación a si es acertado o no la previsión del rasgo de la insuperabilidad y la forma empleada para determinar su dimensión (Varona, El miedo insuperable, una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia., 2013).

Para demostrar la existencia de un estado de necesidad, es claro que deberán concurrir ciertos requisitos: un peligro actual, un peligro inminente, la necesidad de defensa de un derecho propio o ajeno, la no inevitabilidad del peligro de otra manera (Pérez, 2014).

Debe demostrarse jurídicamente:

- La existencia de un profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.
- El miedo ha de ser insuperable, es decir, solo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.
- El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, si enerva la fuerza compulsiva necesaria para auto determinarse.
- El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados (Suñez, 2013, pág. 45).

La demostración de esta causal, como también de la legítima defensa y otras, implica una labor especial de la defensa para argumentar la existencia de los requisitos establecidos en la ley, por cuanto debe existir una clara definición de dichos elementos para establecer la concurrencia de una exclusión de la responsabilidad.

Cuando se advierte por parte de la fiscalía, por cualquier medio, la existencia de pruebas que apuntan a una exclusión de la responsabilidad, en la medida que se ve enfrentando, no solo a advertir una causal de ausencia de responsabilidad determinada, sino también a proponerla al juez y acaso obrar casi como defensor frente al juez de conocimiento, para convencerlo de que el imputado es, en términos generales inocente. Es decir, se le presenta al fiscal en este caso una verdadera inversión de la carga de la prueba, debiendo desvirtuar lo que en principio como acusador tendría que demostrar, esto es la responsabilidad de procesado (Pérez, 2014).

Se reconoce desde luego que esta situación tiene una explicación formal, consistente en que la carga de la persecución penal la tiene en ese momento la Fiscalía, y por tanto es esta quien debería tener la iniciativa de la terminación de la acción; mas sin embargo, ello no obsta para que se le otorgue el derecho a la defensa, si así lo quiere, de asumir una posición activa en la audiencia de preclusión, más aun en tratándose de casos en los que se debe demostrar una causal de exclusión de la responsabilidad como el error, el miedo insuperable o la justificación o el estado de necesidad (2013).

Ahora bien, puede ocurrir que las pruebas de ausencia de responsabilidad no aparezcan diáfanas para el fiscal, pero tampoco tengan la posibilidad de generar situaciones claras que le permitan demostrar concretamente la responsabilidad, en tales casos el fiscal recurre al juez para la celebración de la audiencia de preclusión de la investigación (Muñoz, 2014).

Pero lo que resulta importante en el presente caso es si esta causal es posible de invocar ante la duda de la concurrencia de una causal de ausencia de responsabilidad concreta.

Los requisitos del estado de necesidad son, como todos sabemos, la existencia de un peligro actual e inminente contra un derecho propio o ajeno, la reacción proporcionada, no evitable de otra manera, que el peligro actual e inminente contra derecho propio o ajeno, la reacción

proporcionada, no evitable de otra manera, que el peligro no fuera causado intencionalmente o por imprudencia del autor, y siempre que no tenga el deber jurídico de afrontarlo (Higuera, 2015).

1.5.6 La tesis psicológica sobre la superación emocional y su posible aplicación en la práctica

El miedo es un estado psicológico, una condición básica y propiedad inherente al ser humano que se activa bajo ciertos presupuestos, cuando ese estado de intensísima emoción se convierte en miedo insuperable y bajo este actúa el sujeto (De Villavicencio, 2013).

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

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

Una perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que amenaza al hombre y que imponiéndose a su voluntad le impulsan a ejecutar un delito para no sufrir un mal igual o mayor, padeciendo un estado emocional de temor que afectando instantáneamente a su capacidad de elección origina una reacción vivencial anómala, como medio en su fase intermedia (Nardone, 2015). La naturaleza jurídica que corresponde a la eximente, así concebida, es la inculpabilidad o inexigibilidad, que repetimos han sido expresadas en ejecutorias.

No se trata, en realidad de una causa que justifique el comportamiento típico, ni tampoco de un supuesto de anulación de facultades intelectivas y volitivas, o inimputabilidad, sino, de un supuesto en el que, a pesar de concurrir la tipicidad y antijuridicidad de la acción, no se le puede formular reproche alguno, atendida la especial situación en que se encontraba el sujeto (Muñoz, 2014).

La insuperabilidad del miedo, de acuerdo a la terminología médica, corresponde a la desaparición del normal equilibrio de los procesos de excitación e inhibición desencadenando, la denominada tempestad visceral en la que el sujeto se siente enloquecer y perder la cabeza, resulta sin duda, que sería ilógico no reconocer trascendencia jurídica, resulta absolutamente contrario a toda lógica y racional interpretación de las leyes (De Villavicencio, 2013). La eximente de miedo insuperable, es realmente una circunstancia que se fundamenta en la culpabilidad. Es una circunstancia eminentemente subjetiva.

Ante la existencia de un peligro inminente, está la posibilidad de la superación psicológica a través del uso de las herramientas que tenga cada persona y de la fortaleza que posean, quien pueda controlar sus emociones ante sentimientos de apremio.

1.6 Análisis de los términos “más, igual o peor” en el miedo insuperable

Cuando el temor anuncia un mal peor, igual o mayor que el causado con su conducta. Este requisito legal marca el límite objetivo puesto por el legislador, para prevenir los abusos que de la circunstancia pudiera hacerse en beneficio de sujetos fácilmente impresionables. Entendiéndolo de este modo, la jurisprudencia actual ha optado por la supresión de este requisito, es decir, suprime la ponderación de males, toda vez con ello se trata de eliminar la concepción objetiva, decantándose así por una concepción más subjetiva, y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e

intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima.

La posibilidad de conversión de esta eximente en atenuante privilegiada no ofrece, hoy día, duda alguna, por lo que faltando algún requisito de los que integran dicha circunstancia podrá aplicarse la eximente incompleta. Si bien se ha de analizar en cada caso concreto si el sujeto podía haber actuado de otra forma, y si se le podía haber exigido una conducta diferente a la realizada por efecto de la presión del miedo. Si el miedo era insuperable, habrá una eximente de responsabilidad del sujeto, en cambio si el miedo era superable, pudiendo el sujeto haber actuado de otra manera, pese a sufrir miedo, la exención será incompleta. En todo caso, no puede faltar la existencia de un estado emocional en grado bastante que disminuya la capacidad de elección, grado de disminución que será el módulo diferencial entre la eximente incompleta y otras atenuantes pasionales.

La doctrina ha considerado que la simple dificultad social o personal con otro no constituye una situación equivalente al miedo insuperable, tales dificultades meramente sociales carecen de entidad para disminuir la culpabilidad del sujeto, toda vez la asunción de presiones deben ser consideradas normales en nuestra sociedad.

Como cierre a estas comparaciones, puede afirmarse que incluso hay otras figuras legales que podrían tomarse en consideración; que, si bien no son tan sutiles como las aquí estudiadas, constituyen de igual manera eximentes de un acto punible. Verbi grati, el homicidio por razón de honor, calificado de aberrantes por algunos y de ahí que se haya derogado de las legislaciones penales de algunos países, considera que los celos, un ataque de celos que conduzca a un estado de vesania por parte del hombre, están justificados, al grado de poder asesinar a su pareja simplemente presumiendo la infidelidad (por ejemplo, si ve a su pareja acompañada cerca de un hotel). Así, específicamente en la jurisdicción

mexicana, constitucionales estatales como las de Campeche y Michoacán contemplan de 3 días a 3 años de cárcel para quien cometa dicho delito; pero además de lo absurdo de la pena, señala el Instituto Nacional de las Mujeres, que es posible que el victimario, debido a su posición social e influencia, ni siquiera pueda ser apresado y por lo tanto su delito quede impune (Instituto Nacional de Mujeres, 2017).

El trastorno mental bien puede ser otro ejemplo de eximente de actos punibles. En este particular, son las consecuencias del trastorno en la mente del individuo lo realmente relevante, pues la constatación de sus perturbaciones psíquicas, esa incapacidad para reconocer lo que es ilícito y que lo conduce a actuar. Para que sea declarada la irresponsabilidad criminal de acuerdo a este eximente es necesario que dicho trastorno sea contemporáneo con la acción, una simultaneidad de la enfermedad con el momento de los hechos. Una segunda condición es que el trastorno haya abolido el discernimiento o el control de los actos del victimario, es decir, que haya afectado a nivel psicológico a tal nivel que el sujeto no tenía control de lo que hacía. También podría añadirse, que el trastorno debe ser grave o severo (Mateo, 2007).

Virginia Arango en su investigación señala que en la legislación comparada existe un catálogo de eximentes de responsabilidad penal, dentro del cual se ubican la fuerza física irresistible (por ausencia de la acción), el consentimiento del ofendido (ausencia de antijuricidad), el caso fortuito, por supuesto el miedo insuperable que se entiende como ausencia de culpabilidad, y de manera expresa en la parte especial, las excusas absolutorias (Arango, 2017).

Finalmente, y en todo caso, señala Muñoz Conde que no es el individuo quien debe defender el orden jurídico frente a agresiones antijurídicas, sino únicamente el Estado. Inclusive, el orden jurídico no necesita ser defendido contra personas que no pueden

motivarse en las normas que han infringido, particularmente cuando es por esa misma razón que sus actos no son punibles (Muñoz, Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa, 2009). La propia cita encierra las contradicciones y paradojas de una justicia que regula desregularizando o desregula regularizando, que impone orden a través de la anarquía o impone la anarquía a través del orden; que premia o exime precisamente a aquellos que no acatan la ley, y que podría incluso estimular la reaparición de justicias tribales como la que se da por mano propia.

Estas cuestiones obligan a una revisión jurídico y filosófica de las figuras jurídicas aquí estudiadas precisamente para no desvirtuar la justicia, pues ha sido precisamente la emergencia del miedo insuperable, la legítima defensa, entre otros, instrumentos llamados a evitar que se cometieran injusticia contra los individuos, y por lo tanto deben mantenerse en el marco legal, pues cada suceso, como ya se ha demostrado, es sui generis, determinado por las circunstancias y factores externos e internos a los sujetos, pero deben emplearse para garantizar los derechos y no para imponer y defender nuevos privilegios.

Capítulo II

DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE MIEDO INSUPERABLE, ESTADO DE NECESIDAD, LEGÍTIMA DEFENSA Y DERECHO COMPARADO.

2.1 Distinción entre el miedo insuperable y el estado de necesidad

En los sistemas jurídicos de las sociedades modernas, principalmente en las sociedades occidentales, se han conceptualizado y regulado figuras jurídicas que reconfiguran la comprensión de un determinado acto delictivo. Una amplia y profunda jurisprudencia ha demostrado, incluso con diferencia de perspectivas de género, que un acto no siempre puede ser visto de una manera binaria, sino que hay factores y circunstancias que repercuten en el acto y lo constituyen en formas más matizadas. En este amplio abanico de delitos sin culpabilidad- así como hay otros inimputables-, se encuentra por supuesto la eximente del miedo insuperable, aunque también se pueden manifestar otras figuras similares que incluso han tenido mayor transcendencia jurídica; de hecho, el miedo inexcusable resulta en la mayoría de las legislaciones, una de las figuras más novedosas al respecto. En este capítulo se pretende hacer una diferenciación con algunas de dichas figuras jurídicas pues son muchos los elementos que tienen en común haciéndolo difícil de diferenciar, y por lo tanto es importante identificar sus características.

En primer lugar, se compara el estado de necesidad en contraposición con el miedo insuperable. El fundamento de la eximente de miedo insuperable se halla en el reconocimiento del principio de la voluntariedad de las acciones para que puedan ser penalmente sancionadas. Es decir, debe existir una voluntad manifiesta por parte del sujeto para cometer una infracción para que pueda ser imputable; lo contrario implica la consideración de elementos que pueden eximir al acusado de una sanción o condena. Ergo, la voluntad que no se manifiesta o, al menos, que queda coaccionada cuando el sujeto se

encuentra en situación de elegir entre cometer el delito o sufrir un mal que le amenaza, es el planteamiento jurídico y filosófico del miedo insuperable.

Respecto a la diferencia existente entre el miedo insuperable y el estado de necesidad se han seguido dos teorías (Cuerda, 2000): la situación motivacional y la tesis que sitúa la diferencia en la distinta procedencia del mal. En la primera teoría, así lo afirma (Paredes C., 2002), se sostiene que el estado de necesidad es compatible con la más perfecta serenidad de ánimo, mientras que el miedo insuperable radica en un estado emotivo especial, en el cual no es posible la reflexión; se trata de un estado emocional privilegiado.

Varona (2013) por su parte, con un planteamiento similar al anterior, expresa al respecto que la diferencia entre ambas instituciones radica en la alteración emocional que supone el miedo frente a la serenidad de ánimo del que actúa en estado de necesidad, lo que sucede es que se maneja un concepto tan restrictivo de miedo que lo acerca confusamente a las causas de inimputabilidad.

Respecto a la segunda tesis, se sostiene que la diferencia del miedo intempestivo con el estado de necesidad no puede obtenerse si no es pensando que el primero ha de ser producido por la amenaza de una tercera persona que viene a insertar en la motivación que antecede a la resolución de voluntad un motivo extraño y de influencia decisiva. Es decir que de alguna manera quien padece el miedo es primeramente un sujeto pasivo, que reacciona a una acción, y en consecuencia termina agrediendo, mientras que en el caso del estado de necesidad el sujeto es activo y actúa constreñido por la propia necesidad.

La teoría penal suele comprender, dentro de la esfera de la eximente de estado de necesidad, tanto la situación de necesidad creada por un acontecimiento natural como la

que pueda provenir de la acción de un hombre (Higuera, 2015). Es posible establecer un principio de distinción entre la acción coactiva y la acción necesaria, fundada en la naturaleza de la fuente de peligro. En la acción coactiva la situación de necesidad proviene de una acción humana, de una amenaza, mientras que en el estado de necesidad se trata de un acontecimiento natural, de un hecho peligroso (Quintanar, 2012).

Ante la colisión de dos intereses, actúa correcta y justificadamente quien salva uno de ellos; en todo caso, un requisito fundamental para que se considere la eximente es que el peligro no podía ser evitado de otro modo y siempre para evitar un mal mayor se opta por sacrificar un bien jurídico que representa menor valor. Esto constituye otra diferencia importante, y es que no se trata de la presencia de un conflicto psicológico que afecta a la normalidad motivacional del sujeto, como ocurre necesariamente en el miedo insuperable, el cual si exige que la amenaza suponga una situación motivacional insuperable para una persona normal. En contrapartida no ha de requerir que el conflicto de intereses se resuelva de forma objetivamente justificada. Entendida como causa de inexigibilidad, la eximente debe limitarse a través del criterio de lo exigible al hombre medio en la situación concreta del autor (Suñez, 2013).

En el miedo insuperable, el sujeto logra salvarse cometiendo el delito, por lo tanto, puede decirse que las circunstancias le imponen actuar involuntariamente y de tal manera; en cambio, en el estado de necesidad, no concurre en el delito ningún imperativo extraño, humano, simplemente se hace necesario. En definitiva, en lo primero figura lo impuesto mientras que en lo segundo figura lo necesario. La afirmación teórica de la confusión entre el caso de miedo insuperable y el de estado de necesidad parece no tomar suficientemente en cuenta la naturaleza de uno y otro acto y, sobre todo, sus distintas consecuencias. En el

caso del miedo insuperable no puede hablarse de una justificación objetiva del acto, el cual conserva, sin duda alguna, su valor antijurídico al extremo de que la responsabilidad penal se desplaza del ejecutor material del acto al sujeto que lo coacciona (Paredes C. , 2002).

La diferencia se ha pretendido hallar en que el Derecho, para no castigar, en el miedo insuperable sólo mira el temor que constriñe la libre determinación de la voluntad del autor, que no autoriza a exigirle el respeto al bien jurídico ajeno (Quintanar, 2012). El sujeto actúa bajo los efectos de la amenaza de un peligro o daño que lo constriñe a actuar en forma tal que de no haber mediado la aludida situación no lo hubiera hecho. Se inhibe así de la voluntad del particular, aunque no se elimina la conciencia del mismo el cual resuelve entre un número restringido de posibilidades. Mientras que en el estado de necesidad atiende a que el autor obra para salvar un bien jurídicamente prevaleciente, lo que no sólo lo coloca en la condición de un no subordinado contra el orden jurídico, como lo es el coaccionado, sino, además, en la de un cooperador para su mantenimiento (Baldo, 2004).

Por otro lado, Juan del Rosal sostiene que el estado de necesidad es- como lo es el miedo insuperable- una eximente, y para su aplicación se exige un conflicto total o, en otras palabras, la imposibilidad de obrar de otra manera para evitar el sacrificio del bien propio o ajeno. Además, sostiene el autor que el estado de necesidad jamás se había aplicado a falsedades- putativos-, sino en los daños y en algunos delitos contra la propiedad, y que sobre todo se ha reflexionado, tanto en la literatura como en la práctica, sobre dicho eximente en el caso de hurto famélico (Del Rosal, 1963). Ínterin, el miedo insuperable, requiere para su apreciación la existencia de un temor que ponga al sujeto en una condición de terror, un terror imposible de vencer, un terror invencible, el cual es determinante para anular su voluntad; en segundo lugar, que dicho terror o miedo debe estar inspirado en un

hecho real, efectivo y acreditado; en tercer lugar, que el miedo no pueda ser dominado por el común de los mortales; y finalmente y en cuarto lugar, que el miedo sea el único móvil de la acción. (Poder Judicial España, 2017).

Tales consideraciones se han extraído de la sentencia 259/2017 en la ciudad de Lugo, Galicia. En este caso, el tribunal desestima lo esgrimido por la defensa por cuanto solo empleó el miedo insuperable en su concepto, en su condición de eximente, mas no logró desarrollarlo, adaptarlo al acto y comprobar que realmente existió un miedo. En este sentido, una conclusión general sobre el estudio comparativo del miedo insuperable con cualquier otra figura jurídica es que, en todos los casos, la carga de la prueba, su demostración fehaciente es tan delicada como difícil de demostrar. En el estado de necesidad la voluntad está supeditada a la necesidad, al hambre, por ejemplo, mientras que el miedo insuperable lo que aminora a la voluntad es precisamente el miedo. En ambos casos, las circunstancias determinan- en casos normales las circunstancias solo condicionan- la voluntad de los sujetos. Habría que considerar, ciertamente, que un estado de necesidad es, en cierta medida, más sereno que una situación de miedo insuperable, pero definitivamente ambos son subjetivos y relativos, en ambos hay una situación extrema y de supervivencia, así lo que la configura es que haya una amenaza real y no ficticia al sujeto.

2.2 Distinción entre el miedo insuperable y la legítima defensa

La justificación por legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual (Luzon, 2008). Deben concurrir los requisitos de necesidad objetiva de la defensa; proporcionalidad entre

la agresión y la defensa, determinada en cada caso con criterios razonables, según las circunstancias de personas, medios, tiempo y lugar (Melendo, 2002). Mientras que quien obra bajo los efectos del miedo insuperable no actúa justificadamente, el hecho sigue siendo ilícito, sino tan solo actúa de manera inculpa.

Segundo, se ha afirmado que en la legítima defensa no es preciso entrar en el estudio de la situación psíquica en que el autor se hallaba en el momento del hecho; mientras que en el miedo insuperable la exención se concede atendiendo el especial estado psíquico en que el sujeto se hallaba (Zaffaroni, 2009).

La distinción principal de las eximentes de miedo insuperable y de legítima defensa radica en la dirección que puede tomar la actuación del sujeto que experimenta la emoción de miedo, por cuanto el temor a un peligro, en sí mismo, es común a una y otra (Mir, 2006). La eximente de miedo insuperable no es apreciable cuando el sujeto, dominado por los impulsos del miedo, reacciona contra el causante del mismo. Además, le acomete con los medios que tiene a su alcance, porque en tal caso está fuera de duda que el miedo, lejos de ser insuperable, ha resultado vencido por el agente.

El sujeto, en tales condiciones, o sea, cuando reacciona contra quien constituye la fuente de donde proviene la situación de miedo podrá alegar, según las circunstancias que en la ejecución de los hechos hubieren concurrido, que se hallaba en situación de legítima defensa. Es erróneo estimar la concurrencia de la eximente de miedo insuperable cuando el sujeto dirige su actuación contra la propia fuente de la que emana el peligro; podrá ser apreciada, en su caso, la eximente de legítima defensa si concurren sus requisitos legales.

El miedo insuperable y la legítima defensa pueden presentarse en un mismo caso. A fin de ilustrar este aspecto, se hace referencia a la sentencia número 212/2014 de la Audiencia Provincial de Coruña donde los sujetos fueron absueltos del delito de homicidio al incurrir conductas eximentes completas de legítima defensa y miedo insuperable. Se argumenta que la legítima defensa es para evitar un ataque actual, inminente e ilegítimo que sufre quien se defiende justificadamente y protege su vida. En la sentencia se contemplan sus requisitos los cuales son: la manifestación de una agresión ilegítima, la cual consiste en poner en peligro los bienes jurídicamente protegidos, los cuales a su vez pueden ser la vida, el patrimonio, entre otros, producto de una acción o conducta que se caracteriza por ser actual, inminente, real e injusta, en el sentido de fuera de razón o inesperada, que constituye el presupuesto esencial de toda legítima defensa, bien sea completa o incompleta; como segundo requisito, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la amenaza; una tercera condición es la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; y, como última condición, el ánimo de defensa en el sujeto, como elemento subjetivo que debe apreciarse en la conducta enjuiciada, es decir que se demuestre que en efecto solo agredió para defenderse mas no para atacar. (López, 2017)

La legítima defensa actúa bajo el principio de animus defendendi y no del animus necandi; está el sujeto en situación defensiva, en un estado de necesidad defensivo. El sujeto no puede diseccionar fríamente, ni hacer cálculos, está obligado a actuar. El miedo insuperable, como se desprende de la sentencia, se inserta en la defensa legítima para justificar el exceso intensivo de quien se defiende. Así, dicho miedo puede operar como un elemento que dificulta la correcta valoración de la necesidad de defensa del sujeto que se defiende (López, 2017). En definitiva, ambos eximentes no son excluyentes, sino que

pueden ser complementarios, si las circunstancias los permiten, como en el caso señalado en la sentencia donde un hombre ataca a otro que ha invadido su casa en plena oscuridad, el miedo insuperable puede afianzar la legítima defensa.

Otro caso conocido es el de Pontedeume en La Coruña en la que un menor de edad entra en una vivienda de ancianos y es agredido con siete puñaladas; la defensa alega miedo insuperable y legítima defensa. En el veredicto, aunque se ha considerado al matrimonio integrado por José Agustín y María del Carmen de 68 y 67 años de edad respectivamente, también se ha entendido que debe aplicarse las eximentes completas de legítima defensa y miedo insuperable, y por lo tanto la absolución de ambos cónyuges. Se ha llegado a tal decisión de conformidad con los informes de la Guardia Civil, la declaración de los acusados que ha resultado coherente, y la colaboración del matrimonio con las investigaciones. Los acusados además han admitido los hechos al tiempo que han declarado la necesidad de defenderse porque consideraban que iban a ser atacados. La parte acusadora, por su parte, alegó que el matrimonio no socorrió al agredido ni llamarón a los servicios médicos, lo cual lo hubiera salvado. En respuesta a lo alegado, la defensa señala que no podía socorrerse a alguien que no se sabía dónde estaba (ABC Galicia, 2017).

Como puede observarse, hay en juego una serie de factores que pueden influir a favor o en contra del miedo insuperable y de la legítima defensa, eximiéndolas completamente o en parte o incluso desechándolas como argumento. Puede serse incluso más ilustrativo al respecto y traer a colación el caso de Jacobo Piñeiro Rial quien en el 2006 asesinó a puñaladas a una pareja de homosexuales alegando legítima defensa y miedo insuperable pues consideraba que iba a ser violado y asesinado. A pesar de las 57 puñaladas asestadas en total, 35 a una víctima y 22 a la otra, el tribunal resolvió absolver al imputado. Sin

embargo, la decisión fue apelada, pues padecía de fallos en la motivación y contradicciones en sí misma, y finalmente ha sido condenado a 58 años de prisión (El Mundo, 2017).

Este caso podría dar pie a extensos y polémicos debates en cuanto no solo a las circunstancias sino a la cualidad de los sujetos involucrados. Es decir, hasta qué punto es válido desde la cosmovisión de un individuo actuar en consecuencia bajo los efectos del miedo insuperable y en legítima defensa. Asimismo, podría preguntarse a qué nivel el racismo, la xenofobia y la homofobia determinar la conducta del individuo en tales casos. Incluso una mujer podría actuar contra un hombre bajo tales figuras jurídicas si se considera expuesta a una potencial violación- por ejemplo, si transita una calle solitaria y en horas de la noche-, y habría que sopesar si realmente actuó bajo legítima defensa y miedo insuperable o si por el contrario fue un temor infundado por los prejuicios.

2.3 El miedo insuperable putativo

La adaptación del adjetivo putativo, más inherente al campo de las relaciones familiares, se emplea como una analogía que indica que hay un miedo insuperable mal infundado, o, se tiene por miedo algo que no lo es. En este sentido lo putativo es innecesario e irreal y es el aspecto negativo del miedo, que, en sí nunca es malo. El miedo que pueda sentir ante males irreales, es tan real como el que pueda surgir ante males que efecto existan (Cuerda Arnau, 1997). La autora incluso se remonta a una sentencia de 1971 que es importante porque demuestra que lo putativo, aunque no sea real, si se encuentra suficientemente fundado, porque racionalmente no puede evitarse en su manifestación, debido a que es emocional y

psicológico, y puede aparecer sin la presencia objetiva del mal exterior, aun así, debe ser estimado, a fin de concederle los efectos procedentes; sin embargo, para evitar su excesiva generalización del privilegio e inadecuada concesión por parte de las autoridades administradoras de justicia, es preciso que se evidencie de manera indudable el ánimo del sujeto en su carácter posible, inevitable y fundado (Cuerda, 2000).

De igual modo, el miedo como realidad psicológica, puede desencadenarse ante males simplemente aparentes. El miedo ante males irreales no se produce a consecuencia de un error de origen patológico o que evidencie algún tipo de desarreglo mental, ni siquiera sea este transitorio (Perez, 2013). Lo que habría que examinar es la procedencia de aplicar la eximente de enajenación mental o el trastorno mental transitorio.

La potencial amenaza del mal, como generadora del miedo y determinadora de la respuesta, si la amenaza es cierta y creadora causalmente del terror operante, e incluso también en lo más extremos en que el agente imagine la presencia del mal, con creencia subjetivamente fundada y debida a un error invencible, sufriendo como en aquellas situaciones una intensa perturbación psíquica, valorable favorablemente en la estimación penal, pues lo putativo, si se encuentra suficientemente fundado, y no puede evitarse racionalmente en su manifestación ya que el miedo es emocional y psicológico, y puede surgir sin la presencia objetiva del mal exterior debe ser estimado, para concederle los efectos procedentes pues lo esencial resulta la presencia de la coacción moral invencible o la vencible acogible por la vía del delito de imprudencia, aunque a tal fin, para evitar la excesiva generalización del privilegio o su inadecuada concesión, que supone este estado emotivo, debido a la vis compulsiva resulte preciso que conste justificada y declarada la presencia del miedo insuperable con evidencia, en el ánimo del sujeto o de manera indudable, así como la del

mal figurado, en su carácter de posible, inevitable, y fundado, pues sin la proclamación cierta, plena y directa, de la realidad creída e imaginada del miedo, y la del peligro perjudicial, amenazante, no pueden estimarse estas situaciones excepcionales (De Villavicencio, 2013).

Retomando las teorías del miedo insuperable, arriba ya expuestas, puede decirse entonces que ese sujeto pasivo que reacciona ante una acción, en el caso del miedo insuperable putativo tal acción es tergiversada o malinterpretada por el sujeto pasivo. Es decir, que la acción de quien infunde el miedo no iba con la intención de infundirlo, o al menos, no con la intención de hacer daño, pero el sujeto pasivo lo ha interpretado así y en consecuencia ha reaccionado desde lo que consideraba era una agresión o posible agresión.

En este caso, puede tomarse un par de ejemplos expuestos por Muñoz Conde. El primer caso se refiere a Antonio, quien es un banquero opulento que ha estado recibiendo constantes amenazas de muerte y secuestro provenientes de un grupo terrorista, una noche dispara su arma contra una persona a la que vio que estaba trepando el cerco de su chalet. Resultó que el misterioso escalador era su hijo, quien no quería que sus padres se enterasen que regresaba a su casa a tan altas horas de la noche.

Un segundo caso relata tres jóvenes con aspiraciones a ser toreros, y una noche toman la decisión de ir a un rancho cercano para tentar a un par de toros que pertenecen a un vecino rico propietario de ganado. Luego de saltar el cerco y justo antes de que los jóvenes intentaran separar a una pareja de toros del rebaño, fueron descubiertos por el vigilante nocturno de la estancia, quien siguiendo las órdenes de su patrón, y considerando que estaba actuando en defensa de la propiedad, el vigilante, sin alertar a los tres jóvenes, les

disparó a corta distancia, matándolos a todos (Muñoz, Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa, 2009).

En este orden de ideas, podría añadirse un tercer ejemplo. Una chica que va llegando a altas horas de la noche a su casa, que es zona peligrosa, y estando la calle solitaria y a oscuras se le aproxima un sujeto. La mujer, presa de los nervios, ataca al individuo y lo mata. Resultó ser un buen samaritano que quería advertirle disimuladamente de unos chicos que estaban más atrás y pretendían violarla y matarla. Tras presenciar la escena, esos chicos salieron corriendo.

En los tres casos, las personas tienen motivos para creer que están por ser atacados, y que de no actuar seguramente sean víctima de un homicidio, por lo que emplean fuerza contra una persona que no es realmente un agresor. Estos escenarios, a los que podrían sumarse una infinidad de otros, dan pie a lo que algunos juristas han denominado el problema de la legítima defensa putativa y el miedo insuperable putativo, lo cual implica el uso de la fuerza defensiva empleada para repeler una agresión imaginaria que es objetivamente inexistente. (Muñoz, Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa, 2009). El tercer caso, incluso, plantea un dilema porque quien resulta en última instancia no constituye una amenaza en sí misma pero sí había una amenaza real subyacente. En definitiva, lo que quiere hacerse resaltar es que no puede asegurarse, solo inferirse, las intenciones del sujeto que resulta víctima del miedo insuperable. Tal víctima, en muchos casos, se ve imposibilitado de expresarse por su condición de fallecido, por lo que solo puede asumirse que no constituyó una amenaza real, sino que el miedo ha sido infundado.

Como cierre a estas comparaciones, puede afirmarse que incluso hay otras figuras legales que podrían tomarse en consideración; que, si bien no son tan sutiles como las aquí estudiadas, constituyen de igual manera eximentes de un acto punible. Verbi grati, el homicidio por razón de honor, calificado de aberrantes por algunos y de ahí que se haya derogado de las legislaciones penales de algunos países, considera que los celos, un ataque de celos que conduzca a un estado de vesania por parte del hombre, están justificados, al grado de poder asesinar a su pareja simplemente presumiendo la infidelidad (por ejemplo, si ve a su pareja acompañada cerca de un hotel). Así, específicamente en la jurisdicción mexicana, constitucionales estatales como las de Campeche y Michoacán contemplan de 3 días a 3 años de cárcel para quien cometa dicho delito; pero además de lo absurdo de la pena, señala el Instituto Nacional de las Mujeres, que es posible que el victimario, debido a su posición social e influencia, ni siquiera pueda ser apresado y por lo tanto su delito quede impune (Instituto Nacional de Mujeres, 2017).

El trastorno mental bien puede ser otro ejemplo de eximente de actos punibles. En este particular, son las consecuencias del trastorno en la mente del individuo lo realmente relevante, pues la constatación de sus perturbaciones psíquicas, esa incapacidad para reconocer lo que es ilícito y que lo conduce a actuar. Para que sea declarada la irresponsabilidad criminal de acuerdo a este eximente es necesario que dicho trastorno sea contemporáneo con la acción, una simultaneidad de la enfermedad con el momento de los hechos. Una segunda condición es que el trastorno haya abolido el discernimiento o el control de los actos del victimario, es decir, que haya afectado a nivel psicológico a tal nivel que el sujeto no tenía control de lo que hacía. También podría añadirse, que el trastorno debe ser grave o severo (Mateo, 2007).

Virginia Arango en su investigación señala que en la legislación comparada existe un catálogo de eximentes de responsabilidad penal, dentro del cual se ubican la fuerza física irresistible (por ausencia de la acción), el consentimiento del ofendido (ausencia de antijuricidad), el caso fortuito, por supuesto el miedo insuperable que se entiende como ausencia de culpabilidad, y de manera expresa en la parte especial, las excusas absolutorias (Arango, 2017).

Finalmente, y en todo caso, señala Muñoz Conde que no es el individuo quien debe defender el orden jurídico frente a agresiones antijurídicas, sino únicamente el Estado. Inclusive, el orden jurídico no necesita ser defendido contra personas que no pueden motivarse en las normas que han infringido, particularmente cuando es por esa misma razón que sus actos no son punibles (Muñoz, Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa, 2009). La propia cita encierra las contradicciones y paradojas de una justicia que regula desregularizando o desregula regularizando, que impone orden a través de la anarquía o impone la anarquía a través del orden; que premia o exime precisamente a aquellos que no acatan la ley, y que podría incluso estimular la reaparición de justicias tribales como la que se da por mano propia.

Estas cuestiones obligan a una revisión jurídico y filosófica de las figuras jurídicas aquí estudiadas precisamente para no desvirtuar la justicia, pues ha sido precisamente la emergencia del miedo insuperable, la legítima defensa, entre otros, instrumentos llamados a evitar que se cometieran injusticia contra los individuos, y por lo tanto deben mantenerse en el marco legal, pues cada suceso, como ya se ha demostrado, es sui generis, determinado por las circunstancias y factores externos e internos a los sujetos, pero deben emplearse para garantizar los derechos y no para imponer y defender nuevos privilegios.

2.4 El miedo insuperable en el derecho comparado

2.4.1 Colombia

Como cierre de este capítulo se hace referencia al derecho comparado. Ciertamente la comparación permite profundizar en la identidad del objeto que se estudia y poder obtener las ventajas y desventaja que ofrece uno con respecto al otro. Pero tal comparación no es aleatoria sino crítica o *judgmental*, es decir, que se ha elegido el objeto el cual servirá para comparar. En este sentido, lo importante a comparar en este trabajo de investigación es la legislación comparada entre los países en cuanto al miedo insuperable. A tal fin se ha decidido estudiar los países que tienen características parecidas a las de Ecuador, por lo tanto, los países a estudiar son Colombia, Panamá y Perú. Puede incluso que haya legislaciones como mayor desarrollo en la materia, mayor jurisprudencia, como en parte se ha demostrado con la legislación española, pero se ha decidido por países latinoamericanos precisamente por su idiosincrasia, en la cual se es parecido, y no por la anglosajona, asiática o europea, aunque sea española, para no tergiversar la esencia de la comparación. En otras palabras, las sociedades latinoamericanas son parecidas, por lo que se espera que su marco legal tenga similitudes que sean oportunas a fin de consolidar el desarrollo de este trabajo de investigación.

En razón de lo anterior, tenemos la legislación de Colombia. En la doctrina colombiana se define como la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño que puede a su vez ser real o imaginario es el recelo o aprensión que un individuo tiene que le suceda algo que no desea para sí mismo, esta circunstancia debe afectar la conducta del individuo.

Dentro de legislación penal en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 introduce las causales eximentes de responsabilidad, es decir, contempla aquellos casos en los que no es posible emitir en contra del agente un juicio de exigibilidad en los hechos de comisión dolosa (hechos cometidos con intención y conocimiento). En otras palabras, el nuevo (Codigo Penal Publicado en el diario oficial número 44.097 del 24 de julio de 200, 2000) aglutinó todas las causales excluyentes de antijuricidad y de culpabilidad bajo la denominación excluyentes de responsabilidad, todas bajo una sola norma, con el único propósito de establecer que no es culpable o responsable quien, dadas las circunstancias de orden personal y social concretas en las que realiza el injusto (conducta típica y antijurídica), se encuentra en imposibilidad de decidirse conforme a las exigencias del derecho.

Sin embargo, existe un aspecto negativo del juicio de exigibilidad contemplado en el artículo 33 del Código Penal (juicio en el que se le imputa a la persona responsabilidad penal), y es por esto que hay tres situaciones susceptibles de análisis que son: el error de prohibición, el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad y otras hipótesis semejantes y, finalmente, la inimputabilidad.

En estas tres situaciones al agente no se le puede exigir un comportamiento distinto del que ha realizado (nadie está obligado a lo imposible), dándole cabida a la inculpabilidad. En otras palabras, cuando se presenta la causal de miedo insuperable con sus características propias, se puede lograr la atenuación del cargo que corresponda, siempre y cuando sea posible demostrar que el delito fue cometido en una situación tal que provocó una emoción como el temor, que hubiera sido igualmente provocada en una persona razonable, todo con la finalidad racional de evitar un mal amenazante. En otras palabras, el fundamento de esta eximente radica en que la persona que se encuentra en la situación de miedo, le es

fácticamente imposible obrar de manera ajustada a Derecho, al presentar una total anulación de sus facultades (se obliga a la persona a actuar de una manera determinada). En este caso, la persona no hubiere podido adoptar otra conducta por encontrarse en una situación de coacciones y amenazas.

Se consagra entonces el llamado miedo insuperable como excluyente autónomo de la responsabilidad criminal, porque se parte del supuesto que su naturaleza jurídica no es la de ser una causal de inimputabilidad, en donde por trastorno mental o inmadurez psicológica, la persona no puede comprender el carácter ilícito de su actuar, ni una modalidad del estado de necesidad excluyente de la culpabilidad donde el autor no puede determinarse de acuerdo con las exigencias normativas, sino un caso de no exigibilidad de otra conducta.

Para que se configure el miedo insuperable la Corte Suprema de Justicia tiene los siguientes presupuestos por lo cual nos remitimos a la (sentencia N° 32585 MP Yesid Ramírez Bastidas, 2010): “La Sala... encuentra que para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad es necesario que converjan los siguientes presupuestos esenciales:

- a) La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.
- b) El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.
- c) El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para auto determinarse.

d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados.”

Lo que deduce que cumpliendo estos presupuestos es racional que el miedo insuperable se configure, pero en la misma sentencia donde se aborda el miedo insuperable en el caso de un señor que asesina a otro por encontrarse en su propiedad y amenazarlo con un machete como señala el alto tribunal y el cual fallece por seis impactos de bala que le da el imputado dice:

El miedo insuperable, como eximente de responsabilidad, implica perturbación anímica, que momentánea y enérgicamente nubla la inteligencia y estimula la voluntad en sentido doloso. Y el caso que se examina no revela situación de ese tipo. En efecto, nótese que el acusado afirmó que, a pesar de haber visto a dos sujetos en el lugar de los hechos, decidió ir a su encuentro, y para ello se armó con un revólver. Obvio que quien actúa de esta manera no puede después alegar que mató por miedo insuperable, pues sus acciones antecedentes al episodio de sangre demuestran que ningún temor nublaban su inteligencia y su voluntad.

El aserto anterior adquiera connotación de inconcuso cuando se observa que después del acusado quedarse sin munición, permaneció largo tiempo en la alejada montaña donde ocurrieron los hechos, custodiando a su agonizante víctima hasta que muriera, sin miedo a que el supuesto otro atacante apareciera y lo atacara, situación que obliga concluir que en esos momentos no tenía miedo de nada ni de nadie.

El sentido común indica que, si alguien tiene miedo de ser atacado por otro en un paraje solitario, al quedarse sin herramientas para poder defenderse, lo que hará será alejarse lo más rápido posible de ese sitio en busca de lugar seguro, en modo alguno actuar como lo

hizo el acusado, quien en vez de salir presto a resguardar o a buscar ayuda que permitiera salvarle la vida al señor, profirió quedarse a verlo morir, sin temor alguno a que el supuesto acompañante apareciera y lo atacara. El solo hecho de que el acusado permaneciera solo, sin munición y por largo tiempo en el apartado lugar donde cometió el crimen, viendo morir lentamente al señor Luis, demuestra limpiamente, y sin lugar a duda alguna, que si algo no afectaba su psiquis era el miedo.

Lo que resulta totalmente contradictorio porque según la postura dogmática de la psicología adoptada por la Corte Suprema de Justicia da a entender que dependiendo del nivel intenso del miedo del individuo va perdiendo conciencia hasta llegar al punto de que es capaz de morir (García, 2012). Surge la duda entonces de por qué la Sala de Casación Penal trata de racionalizar en la normalidad un estado de la mente o enmarcar una conducta anormal por el estado emocional del sujeto en la normalidad.

2.4.2 Panamá

El Código Penal de la República de Panamá (2017) exime de culpabilidad a quien actúa circunstancialmente “Impulsado por miedo insuperable, serio, real e inminente de un mal mayor o igual al causado”, puede ser igualmente coaccionado o bajo una amenaza grave e insuperable si es actual y eminente de parte del tercero.

Pero si una persona está amenazada por alguien que intenta lesionarlo o causarle un daño incalculable y se toman todas las prevenciones para tratar de evitar el enfrentamiento, sin

excluir el llamado a las autoridades, pero con todo y eso para entonces no desaparece la amenaza velada, se debe actuar personalmente para repeler la agresión.

Si lo vemos como legítima defensa tal y como lo establece el artículo 32 también del mismo Código, un sujeto no comete delito si se dan 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. Aquí podemos observar que el ataque es imprevisto y de momento, pero al considerar la figura anterior, al estar saturados por miedo nos encontramos frente a una provocación constante, un temor permanente de lo que pueda ocurrir, si el agresor es reiterativo con su presencia o sus amenazas, aunque las manifieste gestualmente.

Del Código Penal también vale sustraer las causales de la inculpabilidad contenidas en el artículo 37, los cuales son el error de hecho esencial e invencible; la obediencia debida; el estado de necesidad inculpante; la coacción; el miedo insuperable; y el error de prohibición. Aura Guerra señala que el miedo insuperable es una innovación que se le hace al Código Penal y que se trata de un estado de perturbación anímica, que debe tener cierta profundidad, y que es provocado por la certeza de ser víctima o de que otro individuo pueda ser víctima de un daño. Tal miedo debe ser insuperable, invencible, serio, real e inminente de un mal mayor o igual al causado. En el miedo insuperable actúan elementos subjetivos y objetivos (Guerra, 2017).

De la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia 19 de mayo de 2006 se sostiene que el miedo insuperable viene a constituir una eximente completa, en otras

palabras, como una eximente que posee la virtualidad de eximir de responsabilidad penal al sujeto activo del acto delictivo, también conocida como coacción por nuestro derecho punitivo, recogida en el artículo 37 del Código Penal, por lo que no es viable que el defensor alegue el miedo insuperable como una eximente incompleta (Corte Suprema de Justicia, 2017). Dicho elemento es importante tomarlo en consideración porque plantea una condición binaria del miedo inexcusable; si se alega debe ser completa o no serlo en ningún modo. De manera tal que la sala señala que la defensa ha alegado el miedo insuperable con el propósito de lograr una atenuación de la pena aplicada a su defendido, pero no la declaración de inculpabilidad del mismo. En este sentido, el miedo invencible está asociado inevitablemente a la inculpabilidad, es una forma de inculpabilidad, y no puede ser entendido en ningún momento como un atenuante que pueda alegar la defensa.

2.4.3 Perú

El miedo insuperable está contemplado en esta legislación de un mal igual o mayor, conforme al Art. 20.7 del Código Penal de 1991 (Codigo penal por Ley N° 25280 publicada el 30 de octubre de 1990), se expone que no es el terror o el pánico que altera la imputabilidad del sujeto, lo que convertiría en superflua la eximente, sino el que altera la capacidad de decisión. No es tampoco aquel miedo leve que induce a la prudencia o la cautela, sino de otro de mayor entidad que afecta de modo serio la libertad de determinación, pero sin que sea necesario para que anule la capacidad intelectual o volitiva del sujeto.

El miedo presenta unos aspectos que son susceptibles de graduación atendiendo a las consecuencias psíquicas y somáticas que provoca. La expresa referencia del legislador peruano sobre la materia penal relativa a la presencia de miedo en la conducta de la persona exenta de pena en virtud de la eximente séptima, no ha de interpretarse como la exigencia de un estado de terror o pánico incapacitador, sino que tal alusión ha de entenderse como la necesaria presencia de un cierto estado emocional en la persona, provocado por la amenaza de un mal y caracterizado por el terror de la persona al advenimiento de un hecho desagradable (Paredes C. , 2002).

Por lo que respecta a la insuperabilidad del miedo, lo primero que debe remarcarse es que la tarea de su concreción ha sido, por parte de la doctrina penal, puesta tradicionalmente en manos del parámetro normativo configurado por el hombre medio en la posición del autor: insuperable sería así aquel miedo que el hombre medio situado en la posición del autor no pueda (en sentido normativo y no psicológico) vencer (Paredes C. , 2002).

Al criterio del hombre medio en la posición del autor se le ha criticado, con razón, que es demasiado vago o impreciso para poder concretar la referencia a la insuperabilidad del miedo, pues, ni sabemos cuál es el modelo hombre medio del que debe partirse, ni tampoco que significa exactamente en la posición del autor. Sin embargo, creo que éste no es el problema fundamental que debe afrontar el criterio del hombre medio en la posición del autor. A mi entender más importante es el hecho de que este parámetro ha producido en la práctica el nocivo efecto de encubrir la discusión sobre las exigencias normativas que deben requerirse para aplicar la eximente de miedo insuperable.

Por otra parte, al criterio del hombre medio en la posición del autor, tal y como es interpretado por la doctrina penal peruana, puede reprochársele el hecho de que no permite tomar en consideración todas las características individuales relevantes en el juicio sobre la insuperabilidad del miedo. Ello puede apreciarse en el significativo hecho de que se prevenga unánimemente contra el hecho de que la eximente de miedo insuperable se convierte en un privilegio para el pusilánime (Paredes C. , 2002).

Ciertamente, una individualización del criterio de valorización normativa no puede suponer la sustitución de dicha valorización por la propia estimación que cada persona tenga sobre los propios intereses y obligaciones; pero ello no impide que el parámetro de enjuiciamiento pueda tener en cuenta los factores individuales que conllevan que una persona sea especialmente temerosa o susceptible a determinados males (Paredes C. , 2002). Sin duda, la tarea de discernir entre una condición individual valorable y la mera sustitución, plantea uno de los retos que la eximente de miedo insuperable lleva consigo, pero la resolución de este problema no puede llevarse a cabo mediante la exigencia de un baremo generalizante como el hombre medio.

El principio de inexigibilidad, que se encuentra ínsito en la fundamentación de la eximente de miedo insuperable ya ha mostrado en diversas ocasiones (art. 208, exclusión de punibilidad en delitos contra el patrimonio de parientes, art. 127, cláusula sin riesgo propio en la omisión de socorro: supuestos de auto descubrimiento impunes) que pueden conducir a la exención de la pena incluso en casos en los que el mal que amenaza proviene de la actuación legal de los órganos estatales, pues dicho principio lleva implícito en su naturaleza la idea de que es necesario establecer límites a la sumisión del individuo al cumplimiento de los mandatos normativos, y entre ellos, también al fin estatal de la

persecución del delito, que no puede imponerse a toda costa. En las delimitaciones externas es decir el papel en el sistema de las causas de exención contempladas en el código penal (delimitación externa).

Destinado a verificar si la eximente tiene un campo específico de aplicación y determinar su relación con otras eximentes, las que se pueden agrupar en dos grandes sectores. Por una parte, el constituido por la relación entre la eximente de miedo y las causas de ausencia de acción e inimputabilidad permanente o transitoria: Art. 20.1 CP, Y por otra parte, el grupo configurado por la delimitación entre el miedo insuperable y las causas de justificación de legítima defensa, estado de necesidad y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, y cumplimiento de un deber (Paredes C. , 2002).

En relación al miedo como causa de inimputabilidad debe ser absorbida por el artículo 20. 1 del CP y no en el miedo insuperable, supuesto en el cual está eximente resulta superfluo. El miedo insuperable puede cumplir una función supletoria respecto a la eximente de cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20.8 CP), en los casos en los que, por falta de alguno de sus requisitos no pueda estimarse a justificar la conducta , pero aun así hay razones para eximir de pena, debiendo destacarse el supuesto en que no puede estimar aplicable la eximente de cumplimiento de un deber por no cumplirse uno de los requisitos fundamentales: la existencia de una relación jerárquica de carácter público, de la que se derive el deber legal de obedecer las órdenes emanadas del superior jerárquico, especialmente a los supuestos de obediencia a órdenes antijurídicas en el marco de las relaciones laborales o familiares, considerándose razonable su actuación.

Con sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia, de fecha 11 de mayo de 2011, con respecto al miedo insuperable señala que viene a ser otra cosa sino el temor, por parte del agente, de sufrir un perjuicio, lo cual le afecta emocionalmente, y no le deja una posibilidad de actuación distinta o impidiéndole que tome una decisión adecuada. Un requisito objetivo de esta eximente es el carácter insuperable del miedo, no pudiendo el agente sobreponerse a su presión, teniendo que ser este miedo serio, real e inminente. (Corte Superior de Justicia de la Libertad, 2017). En el caso de esta sentencia, la acusada no ha sido eximida de su culpa en razón de dos elementos: el primero es que tanto la madre (victimaria) como su hija, mantenían contacto con el agredido, incluso llegaron a salir a comer en varias oportunidades. El otro elemento es que la hija de la victimaria no se encontraba en posesión o secuestrada por quien amenazaba con violarla. Bajo tales fundamentos, el tribunal considera que se ha desvirtuado el miedo insuperable el cual invocó la defensa como causal de eximente, y que al contrario se manifiesta que la procesada ha actuado con dolo y por lo tanto se rechaza la apelación y se confirma la sentencia anterior.

Como puede observarse en la sentencia, el hecho de quién sea el causante del miedo, también es determinante al momento de juzgar si tiene lugar o no el miedo insuperable. Es decir, por lógica se espera que una persona conocida, con la que se ha entablado relaciones e incluso una amistad no produzca un miedo insuperable como si lo podría provocar una persona completamente desconocida. Esto también es subjetivo tomando en cuenta que muchos de los casos de delitos de violación y homicidios, el victimario es parte del entorno familiar o social de la víctima. En todo caso, habría que ratificar que la eximente de miedo insuperable prosperará o no de conformidad con las circunstancias y los factores

personalísimos de cada caso dado y que puede jugar a favor o en contra dependiendo de elementos muy mínimos que pueden prevenir un daño al defendido o causar su muerte.

Capítulo III
MARCO PROPOSITIVO

3.1. Inclusión del miedo insuperable como causa de inimputabilidad en el COIP.

Luego de abordar de manera metódica el enfoque académico de este trabajo de investigación que sustenta el planteamiento del problema, podemos concluir en desarrollar una propuesta, la cual no es otra que una reforma para incluir entre la eximente de culpabilidad en el Código Orgánico Integral Penal, el miedo insuperable, en la sección tercera, causa de inculpabilidad, en este siguiente sentido:

Una vez planteada nuestra propuesta, contenida en la reforma legal se considera que la misma tendrá una utilidad práctica en el marco de una investigación penal, lo cual plasmamos en las siguientes conclusiones:

- Que el miedo insuperable, corresponde a un profundo e imponderable estado emocional ante el temor por el advenimiento de un mal, el cual conduce al agente a obrar.
- Aquél que aun afectando psíquicamente al que lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, pero si lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal.
- El término ‘insuperable’ ha de entenderse como ‘aquello superior a la exigencia media de soportar males y peligros’.
- Por lo tanto, no puede admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera, prefiriendo cometer el delito.

- La insuperabilidad del miedo se constituye entonces en una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad.

Por ello, sus elementos estructuradores son:

1).- Existencia de profundo estado emocional en el agente por el temor al advenimiento de un mal.

2).- Miedo insuperable que no le deja ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.

3).- El miedo ha de ser el resultante de una situación capaz de originar en el ánimo de la persona una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para auto determinarse.

4).- El miedo debe ser producto de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados.

Tal estado emocional es una consecuencia subjetiva, de ahí que el riesgo o daño pueda ser real o imaginario, y no requiere coacción o intimidación de otra persona porque surge en el ánimo del agente.

Se consagra entonces el llamado miedo insuperable como excluyente autónomo de la responsabilidad criminal, porque se parte del supuesto que su naturaleza jurídica no es la de ser una causal de inimputabilidad, en donde por trastorno mental o inmadurez psicológica, la persona no puede comprender el carácter ilícito de su actuar, ni una modalidad del estado de necesidad excluyente de la culpabilidad donde el autor no puede determinarse de acuerdo con las exigencias normativas, sino un caso de no exigibilidad de otra conducta.

Para que opere la eximente, es indispensable que el comportamiento realizado por el agente haya sido provocado por un miedo a sufrir un mal, a condición de que ese miedo sea insuperable. Igualmente la doctrina ha establecido algunos requerimientos para que se configure ésta causal: la existencia de un miedo actual o inminente (apreciación que la persona tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que se desea; perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo real o imaginario), la ilicitud del mal amenazado, la insuperabilidad del miedo (estado grave que racionalmente no pueda ser vencido por el agente), la eficacia motivadora del miedo (es indispensable que el comportamiento realizado por el agente sea fruto del miedo padecido; el miedo debe ser el único móvil que induzca al agente a actuar), la inevitabilidad del mal por otros medios y, finalmente, la no obligación de soportar el peligro.

La inculpabilidad se funda en la no exigibilidad de otra conducta. La doctrina exige la exaltación emocional, aunque la serenidad y el cálculo sí pueden darse cuando el miedo no ha alcanzado niveles muy altos. No se puede descartar el miedo cuando hay transcurso de tiempo entre la amenaza y la acción salvadora. Sin embargo, si el agente incurre en un error sobre la apreciación del estado que lo amenaza, procederá el reconocimiento de la eximente de todos modos.

Esta complejidad para medir el miedo hace necesario que, para el caso ecuatoriano, se indague como se aplica y se concibe la causal en cuestión, inquietud que, precisamente, motiva el estudio aquí propuesto.

Pero antes de pasar a responder lo anterior, es pertinente citar (Nussbaum, 2006) quien explica el rol que tienen las emociones en la aplicación del Derecho. Para ella, el Derecho

sin apelación a la emoción es algo prácticamente impensable. Explica que el Derecho, por lo general, toma en cuenta el estado emocional de las personas, ya que sería muy difícil entender la razón de muchas de nuestras prácticas legales a menos que tomemos en cuenta las emociones.

Son las emociones las respuestas a estas áreas de vulnerabilidad en las que registramos los perjuicios que sufrimos, que podríamos sufrir o que por suerte no padecemos, y si dejamos de lado todas estas respuestas emotivas, se perdería la explicación de por qué tenemos leyes civiles y penales.

Ahora bien, un crimen putativo puede juzgarse como menos gravoso o ni siquiera como un crimen, si se comete bajo ciertas “circunstancias emocionales”, pues se piensa que la emoción de un asesino (como la ira) es la de un “hombre razonable” que enfrenta una provocación grave y, por ende, puede considerarse menor su nivel de culpabilidad (aquí se estaría entrando a evaluar el estado mental del criminal como factor atenuante). Entonces, debido a que protegernos contra la muerte y el daño corporal es uno de los motivos principales para que haya leyes (porque el temor a esas cosas es razonable), matar en defensa propia en circunstancia de temor razonable no es un crimen, y cometer un crimen bajo coacción puede atenuar la falta. En conclusión, siempre hay que considerar el estado mental del criminal, incluidas sus emociones, para ver si tal estado atenúa o no su culpabilidad.

Las emociones que se invocan con mayor frecuencia en el Derecho, por ejemplo, el temor y la ira, están evidentemente cargadas de pensamientos. Ese temor no es sólo un impulso eléctrico, sino que su carácter doloroso proviene de los pensamientos que la persona tiene

de los perjuicios que puede llegar a sufrir. De modo que se hace imposible pensar que las emociones son impulsos sin pensamientos, esa propuesta es totalmente inverosímil. De otra parte, la ira por un ataque a uno mismo o a un familiar, suele considerarse lo que sentiría un “hombre razonable”, lo mismo ocurre respecto del temor por la propia vida o el bienestar. A raíz de este análisis, es posible afirmar que toda la estructura del Derecho Penal implica aquello ante lo cual razonablemente sentimos ira o temor.

Los jueces tienen una imagen implícita del temor como respuesta a posibilidades negativas imaginadas, entonces usan este cuadro para evaluar los casos específicos de temor que se les presentan. Sin embargo, evidentemente muchas instancias particulares de la ira o del temor pueden ser irracionales en el sentido normativo (por ejemplo, el caso de alguien que reaccionara con ira exagerada frente a un insulto menor). Es por esto que la Ley tiene que adoptar una posición respecto de lo que realmente es un perjuicio significativo, lo que sería o no motivo de temor para una persona razonable, para pasar a decidir si esa instancia de temor tiene o no fundamento.

Finalmente, las emociones estarán justificadas y serán consideradas razonables en el sentido normativo, toda vez que desde otros puntos de vista se crea que lo que sucedió fue razonable respecto de lo que importa. En el derecho, son sumamente importantes las apelaciones a la emoción, como había mencionado anteriormente, ya que existe la opinión generalizada de que las emociones pueden ser evaluadas no sólo en el sentido de ser más fuerte o más débil, sino también más o menos razonable, o de estar más o menos en concordancia con el modelo jurídico hipotético del “hombre razonable”. Razón por la cual, las emociones pueden ser evaluadas en términos de razonabilidad y pertinencia las creencias son bases esenciales para la emoción, y estas creencias son necesarias para

emociones como el temor, ya que en muchos casos con sólo lograr que alguien crea que enfrenta una perspectiva amenazadora, ello bastará para hacerla temer.

El temor involucra pues la creencia en la posibilidad de que es inminente que algo malo ocurra en el futuro (por ejemplo, que los aspectos de la vida de alguien, la experiencia pasada y las evidencias, hacen totalmente razonable el temor tanto a una degradación ineludible como a una muerte próxima).

A manera de conclusión y teniendo en cuenta los aspectos planteados anteriormente, las emociones no son impulsos afectivos sin sentido, sino, en palabras de la autora, respuestas inteligentes que están en sintonía tanto con los acontecimientos como con los valores y las metas importantes para la persona. Sin embargo, el sentido general de la doctrina es que el temor intenso por la propia vida o por la seguridad física, por sí mismo no es suficiente para justificar el uso de la fuerza mortal, ya que es necesario, además, que el temor sea razonable, es decir, que esté basado en creencias razonables sobre la situación y que su respuesta a la situación era necesaria para salvarse del peligro (aquí la categoría relevante no es la verdad sino la razonabilidad).

Esta conclusión puede extenderse a los demás autores que se han pronunciado sobre el tema, ya que todos coinciden en que cuando se presenta la causal de miedo insuperable con sus características propias, se puede lograr la atenuación del cargo que corresponda, siempre y cuando sea posible demostrar que el delito fue cometido en una situación tal que provocó una emoción como el temor, que hubiera sido igualmente provocada en una persona razonable, todo con la finalidad racional de evitar un mal amenazante. En otras palabras, el fundamento de esta eximente radica en que la persona que se encuentra en la

situación de miedo, le es fácticamente imposible obrar de manera ajustada a Derecho, al presentar una total anulación de sus facultades (se obliga a la persona a actuar de una manera determinada). En este caso, la persona no hubiere podido adoptar otra conducta por encontrarse en una situación de coacciones y/o amenazas.

Ausencia de intencionalidad: se plantea que el hecho ejecutado por miedo o temor ante un determinado mal es un hecho no intencional, es decir, un hecho no doloso (para que haya dolo se exige la libertad de querer y no es libre la voluntad cuando está cohibida por la necesidad de evitar un mal mayor). La funcionalidad del miedo como mecanismo de reacción ante el peligro, muestra que la acción realizada por miedo tiene como finalidad racional evitar un mal amenazante. Sin embargo, el autor plantea que esta categoría no es defendible, ya que el que obra por miedo y para evitar un mal que lo amenaza, salvo supuestos extremos en que se pierda toda consciencia y control de sus actos debido a un extraordinario shock psicológico, sabe cuál es la finalidad de su acción y la realiza por ello intencionalmente, razón por la cual hay un incorrecto entendimiento de la eximente.

Anulación de las facultades de acción: Consiste en equiparar la afectación de la libertad de la persona con la anulación de las facultades físicas de actuación de la misma. A partir de esto, el fundamento de esta eximente radica en que la persona que se encuentra en la situación de miedo le es fácticamente imposible obrar de manera ajustada a Derecho, al presentar una total anulación de sus facultades (se obliga a la persona a actuar de una manera determinada). En este caso, la persona debe ser literalmente paralizada por el miedo, es decir, que dicha persona no hubiere podido adoptar otra conducta por encontrarse en una situación de coacciones y/o amenazas.

Sin embargo, para el autor, esta posible fundamentación de la eximente parte de un presupuesto fáctico erróneo, ya que la persona afectada por una situación de miedo, salvo en casos excepcionales, no pierde el control sobre sus movimientos corporales y con ello su capacidad de actuar. Por ello, se parte del hecho de que el miedo a que la eximente alude es aquel que, aun afectando la psique de la persona que lo sufre, le deja una opción o posibilidad de actuación. Finalmente, para el autor, las situaciones normales de miedo insuperable no anulan las posibilidades de actuación de la persona, ya que si efectivamente se produjera un miedo paralizante habría entonces la necesidad de recurrir a otra causal de eximente de responsabilidad diferente al miedo insuperable. En conclusión, “insuperable” no significa insuperable física o fácticamente. Anulación de las facultades psíquicas: Consiste en que en las situaciones de miedo insuperable la persona sufre un impacto psíquico que anula sus facultades cognoscitivas y volitivas, provocando una situación de inimputabilidad momentánea. En otras palabras, el miedo insuperable requiere la existencia de un pavor o pánico que altere la psiquis o provoque un trastorno anímico intenso, anulándose la voluntad y la consciencia a virtud del terror invencible. Sin embargo, para el autor, esta fundamentación presenta importantes problemas que aconsejan su rechazo: en primer lugar, conduce a una gran restricción de la eximente pues el miedo insuperable queda con tal interpretación reservado para supuestos muy excepcionales; en segundo lugar, esta fundamentación presenta un grave problema de determinación, pues siendo el miedo una emoción que no deja rastro en la psique en la persona, una vez pasado el peligro, no habría forma de calibrar la existencia de una situación de inimputabilidad momentánea; y en tercer lugar, esta fundamentación psicológica conlleva un grave problema de compatibilidad de eximentes, ya que configura a la eximente de miedo de la misma manera que el trastorno mental transitorio. En conclusión, “insuperable” no puede significar

insuperable psicológicamente Limitación o disminución relevante de la voluntad: Consiste en la afección que se produce en la voluntad o libertad de elección de la persona afectada, es decir, de la persona que sufre la eximente de miedo insuperable. Se trata pues de la disminución relevante de la facultad de elección o voluntad de la persona afectada por la situación de miedo. Por ende, lo decisivo en las situaciones de miedo insuperable consiste en que las circunstancias presionan la actuación de la persona (por la amenaza de un mal) y éste se ve decisivamente coaccionado, y con ello, sus posibilidades de actuación se ven disminuidas o limitadas de forma penalmente relevante. Sin embargo, el autor resalta que existen multitud de presiones exteriores que afectan al comportamiento humano (emocionales, financieras, sociales, etc.), y con base en éstas es que se puede determinar cuando la persona tiene o no una justa oportunidad de ajustar su comportamiento a lo requerido por la Ley penal.

Sin embargo, el tema general de las eximentes de responsabilidad penal en Colombia, más específicamente la eximente del miedo insuperable, en el cual se inscribe la presente propuesta de trabajo, ha tenido un desarrollo bibliográfico relativamente reducido, en cuanto a que los autores colombianos que se refieren al mismo son pocos, y asimismo sus análisis y conocimientos sobre el tema son limitados.

Una vez analizado qué es el miedo insuperable y su relación con el Derecho, lo que propuse y desarrollé en este primer capítulo fue una selectiva revisión doctrinal, en donde cité tanto autores colombianos como extranjeros, todo con miras a desarrollar en detalle la eximente de responsabilidad penal anteriormente mencionada, para así establecer, de entrada, el punto de partida de mi tema. Una vez logrado lo anterior, pero sin dejar atrás la doctrina,

paso a desarrollar un estudio comparado entre tres causales diferentes: miedo insuperable, insuperable coacción ajena y trastorno mental transitorio.

3.2. Exposición de motivos

La promulgación del Código Orgánico Integral Penal tuvo entre otras motivaciones la sistematización de la legislación penal sustantiva, adjetiva y ejecutiva en un solo cuerpo normativo, que deba responder a las tendencias actuales de concepción moderna del delito.

Tales concepciones demandan que los tipos penales, tanto en su precepto como en su pena, guarden inequívoca concordancia entre la técnica legislativa con la que se encuentran redactados, como con la realidad social a la que se deben.

En este contexto, el Código Orgánico Integral Penal demanda una reforma en lo pertinente a los tipos de eximentes de inimputabilidad penal del para el ejercicio de la acción penal pública en cuanto al miedo insuperable se refiere, ya que implica una acción producto de una conducta de temor, que produce en determinado momento una perturbación psicológica, que deviene en el acto antijurídico. Dicha figura responde a una situación de inexigibilidad toda vez que no se le puede exigir responsabilidad al individuo a pesar de tener capacidad para conocer y adecuar su actuación conforme el Derecho, por encontrarse en un estado de miedo tal que lo conlleva a cometer un delito.

Por tal razón se han considerado los siguientes aspectos:

Que el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador enmarca al ordenamiento jurídico nacional dentro de los lineamientos de un Estado constitucional de derechos y justicia y que es necesario realizar cambios normativos que respondan coherentemente al espíritu de la Constitución;

Que el Código Orgánico Integral Penal, en su articulado asimila distintas formas de inimputabilidad.

Que por lo anteriormente expresado debe incluirse dentro de esas eximentes el miedo insuperable con los elementos que deben concurrir para que se pueda apreciar son: la imputabilidad, el conocimiento virtual de la antijurídica y las condiciones normales de exigibilidad.

En ejercicio de las atribuciones que le confieren el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador y el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Art. 1.- Incluir en la sección tercera culpabilidad, causa de inculpabilidad, el miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal dentro del Código Integral Penal.

Art. 2. – Luego incluir el siguiente artículo:

Está exento de responsabilidad criminal “el que obra impulsado por el miedo insuperable”.

El miedo insuperable no excluye la voluntariedad de la acción, sino que la priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse penalmente al sujeto.

CONCLUSIONES

Una vez analizado a fondo la causal excluyente de responsabilidad penal del miedo insuperable, y proponer que se agregue como un artículo eximente en el Código Integral Penal. Se ha llegado a las siguientes conclusiones:

En la Ley ecuatoriana no se encuentra tipificado, no se especifica lo qué es el miedo o cuándo se puede hablar de miedo insuperable. En otras palabras, estamos hablando de una categoría difusa, compleja y difícil de entender.

Debido a lo anterior, es inminente la necesidad de recurrir a la doctrina para esclarecerlas características y parámetros de la causal en estudio, según los conocedores del Derecho. Cada autor, experto en la materia, da a conocer su impresión de la causal y pasan a enlistar las características propias que para cada uno de ellos debe atribuírsele a la misma. El miedo insuperable se trata entonces de constreñimiento psíquico que un mal ilegítimo e inminente ejerce sobre la voluntad del sujeto, lo cual violenta sus determinaciones en términos tales que suprime la voluntariedad del acto, aun cuando no elimina la conciencia del sujeto. Se trata de un estado coactivo de orden psíquico que inhibe la voluntad del sujeto y lo lleva, obedeciendo a esa situación de coacción psicológica a obrar contraviniendo las normas jurídicas penales, es decir, no tiene voluntad de decisión ni se encuentra motivado por la norma.

Esta eximente de miedo insuperable ha de reservarse, para los casos en que no sería exigible al hombre medio actuar conforme a Derecho. Supone una correspondencia entre la insuperabilidad y determinado estado psíquico provocado por el miedo dado el cual la

libertad electiva queda limitada. Fuera de esos casos solo cabe eximir en la medida en que falte la imputabilidad por razones personales.

La eximente de miedo insuperable se halla en el reconocimiento del principio de la voluntariedad de las acciones para que puedan ser penalmente sancionadas. Voluntariedad que falta o, al menos, que queda coaccionada cuando el sujeto se encuentra en situación de elegir entre cometer el delito o sufrir un mal que le amenaza.

RECOMENDACIONES

- La eximente del miedo insuperable debe ser tipificada en el Código Integral Penal, en la sección tercera culpabilidad, causa de inculpabilidad.
- La doctrina nacional e internacional, varían en cuanto a la aplicabilidad de esta eximente, por lo tanto, una vez que se tipifique debe estudiarse y analizarse por el sistema judicial, para así tener en claro cuándo y en qué casos procede.
- El ser se expone a diversas situaciones de tensión en un momento determinado, por lo que ocurre una perturbación psicológica que conlleva a cometer un acto antijurídico, sin embargo, esta acción es poca reconocida en la práctica jurídica, por lo debe existir, cierto grado de sensibilización sobre el tema.

Bibliografía

- ABC Galicia. (18 de octubre de 2017). Obtenido de <http://www.abc.es/local-galicia/20140409/abci-hermana-victima-pontedeume-201404091231.html>
- Arango Durling, V. (1998). *Las eximentes de la responsabilidad penal. Especial consideración al Código Penal de 2007*. Panamá: Ediciones Panamá Viejo.
- Obtenido de <http://www.penjuranpanama.com/joomla/images/stories/Revistae/legislacion/Eximentes%20de%20Resp.pdf>.
- Arango, V. (17 de octubre de 2017). Obtenido de <http://www.penjuranpanama.com/v2/images/stories/Revistae/legislacion/Eximentes%20de%20Resp.pdf>
- Azúa, J. (1952). *Tratado de Derecho Penal Tomo IV El Delito (segunda parte)*. Argentina .
- Bacigalupo, E. (2011). Principios de Derecho Penal. En A. Peña Cabrera, *Derecho Penal. Parte General* (pág. 791). Lima- Perú: Idemsa.
- Baldo, F. (2004). *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultad y deberes de salvaguarda*. Barcelona : Jose Maria Bosh.
- Beling, E. V. (1989). Esquema de Derecho Penal. En A. Reyes Echandía, *Tipicidad* (Quinta ed., pág. 6). Temis.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Doceava ed., Vol. IV). Argentina: Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (1998). *Diccionario Juridico Elemental*. Buenos Aires- Argentina: Heliasta.

Cabanellas, G. (1998). *Diccionario Juridico Elemental* (Vol. I). Buenos Aires- Argentina:

Heliasta.

Cabrera, R. (2015). *Tratado de Derecho Penal* . Lima : Griley.

Cafferata, J. (1994). *Introducción al proceso penal*. Córdoba: Marcos Lerner.

Carrara, F. (s.f.). *Programa de Derecho Criminal. Parte General* . Bogota : Temis.

Código Penal de la República de Panamá . (10 de 10 de 2017). Obtenido de

https://www.oas.org/juridico/mla/sp/pan/sp_pan-int-text-cp.pdf

Código penal por Ley N° 25280 publicada el 30 de octubre de 1990. (s.f.).

Código Penal Publicado en el diario oficial número 44.097 del 24 de julio de 2000. (julio de 24 de 2000).

Córdoba Roda, J., & Rodríguez Mourullo, G. (1976). *Comentarios al Código Penal Tomo I (artículos 1-22)*. Barcelona : Editorial Ariel.

Cordova, R. (2010). *Comentarios al Código Penal* . Barcelona : Tremel .

Corte Superior de Justicia de la Libertad. (17 de octubre de 2017). Obtenido de

<https://scc.pj.gob.pe/>

Corte Suprema de Justicia. (18 de octubre de 2017). Obtenido de

<https://vlex.com.pa/vid/sentencia-condenatoria-apelada-segunda-72361211>

Cuerda Arnau, M. L. (1997). *El miedo insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Cuerda, M. (2000). *El miedo Insuperable. Su delimitacion frente al Estado de necesidad* .

Barcelona : Reus .

De la Oliva, A. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Centro de estudios Ramón, S.A.

De Lamo, J. (2000). *El proceso penal*. Barcelona: Bosh.

De Villavicencio, N. (2013). *La personalidad como aspecto regulador de la conducta.*

Psicología y salud. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.

Del Rosal, J. (1963). De la aplicación del estado. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 796-800.

El Mundo. (18 de octubre de 2017). Obtenido de <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/14/galicia/1287060860.html>

Espeche, B. (2014). *Flores de Bach: clínica terapéutica.* Buenos aires: Ediciones Continente.

Fontán Balestra, C. (s.f.). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Segunda ed., Vol. I). Buenos Aires- Argentina: Abeledo- Perrot S. A. E. e I.

García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal. Parte General* (Segunda ed.). Lima- Perú: Jurista Editores E. I. R. L.

García, A. (2012). *Derecho Penal Colombiano* . Bogota .

Gómez, J. (2015). *El delito emocional.* Bogotá: Universidad Santiago de Cali.

Guerra, A. (16 de octubre de 2017). *La culpabilidad en el nuevo Código Penal.* Obtenido de

<http://www.penjuranpanama.com/v2/images/stories/Revistae/Doctrina%20en%20Derecho%20Penal/3-%20Articulos%20de%20Revistas/LA%20CULPABILIDAD%20EN%20EL%20NUEVO%20CODIGO%20PENAL.pdf>

Higuera, J. (2015). *La eximente del miedo insuperable en el Derecho Penal común.* Barcelona: Bosch.

Instituto Nacional de Mujeres. (17 de octubre de 2017). Obtenido de <http://www.inmujeres.gob.mx/>

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General* (Segunda ed.). Madrid: Marcial Pons.

Jiménez de Asúa, L. (1958). *Tratado de Derecho Penal* (Segunda ed., Vol. III). Buenos Aires: Losada S. A.

Jiménez de Asúa, L. (1958). *Tratado de Derecho Penal. El Delito* (Segunda ed., Vol. III). Buenos Aires: Losada S. A.

Jiménez de Asúa, L. (1958). *Tratado de Derecho Penal. El Delito* (Segunda ed., Vol. III). Buenos Aires: Losada S. A.

Jiménez de Asúa, L. (1980). *La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Sudamericana.

Jiménez de Asúa, L. (1980). *La Ley y el Delito*. Buenos Aires: Sudamericana.

Jiménez de Asúa, L. (1980). *La Ley y El Delito*. Buenos Aires: Sudamericana.

Jiménez de Asúa, L. (1980). *Ley y Delito*. Buenos Aires: Sudamericana.

Kaplan, H. (2008). *Tratado de Psiquiatría. Tomo I*. Barcelona : Salvat.

López, R. (17 de octubre de 2017). Obtenido de <http://www.actualidadpenal.com.ve/2014/12/legitima-defensa-putativa-y-miedo.htm>

Luzon, D. (2008). *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona : Bosh.

Manzini, V. (1948). *Tratado de Derecho Penal. Teorías Generales*. Buenos Aires: Ediar S. A.

Mateo, E. (2007). *La eximente de anomalía o alteración psíquica en el derecho penal comparado*. Madrid: Dykinson SL.

- Melendo, M. (2002). *El concepto material de culpabilidad y el principio de unexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*. Granada: Comares.
- Mezger, E. (1984). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. II). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Mezger, E. (1984). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. II). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Mir, S. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: TECFOTO.
- Mira y López, E. (2013). *Cuatro gigantes del alma: el miedo, la ira, el amor y el deber*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Mu. (s.f.).
- Muñoz Conde, F. (1990). *Teoría General del Delito*. Bogota- Colombia: Temis.
- Muñoz Conde, F. (1990). *Teoría General del Delito*. Bogota: Temis.
- Muñoz Conde, F. (1990). *Teoría General del Delito*. Colombia: Temis.
- Muñoz Conde, F. (1990). *Teoría General del Delito*. Bogota- Colombia: Temis.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (Octava ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (Octava ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. G. (s.f.).
- Muñoz Conde, F. G. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2009). Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa. *Revista Penal*, 122-134.

- Muñoz, F. (2014). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nardone, G. (2015). *Más allá del miedo*. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica.
- Nussbaum, M. (2006). *El Ocultamiento de lo Humano: Repugnancia, Vergüenza y Ley*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Olmedo, M. (2013). *El miedo insuperable*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Paredes, C. (2002). *La eximente del Miedo Insuperable en el Código Penal Peruano de 1991. Su aplicación por los juzgados y las Salas Penales de Junín (Tessi Doctoral)*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marco.
- Paredes, C. (2014). *La eximente del Miedo Insuperable en el Código Penal*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marco.
- Peña Cabrera, A. (2011). *Derecho Penal. Parte General* (Tercera ed.). Lima- Peru: Idemsa.
- Peña Cabrera, A. (2011). *Derecho Penal. Parte General* (Tercera ed.). Lima- Perú: Idemsa.
- Peña Cabrera, A. R. (2011). *Derecho Penal Parte General* (Tercera ed.). Lima-Perú: Moreno S.A.
- Peña Cabrera, A. R. (2011). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. I). Lima- Peru: Idemsa.
- Perez, E. (2013). *Manual de Psiquiatría Forense*. ONBC: La Habana.
- Pérez, E. (2014). *Derecho Penal y Criminología*. La Habana: Ediciones ONBC.
- Piñero, J. (2011). La Acción. En A. Peña Cabrera, *Derecho Penal. Parte General* (Vol. I, pág. 256). Lima- Perú: Idemsa.
- Poder Judicial España. (17 de octubre de 2017). Obtenido de www.poderjudicial.es
- Puppio, V. (1998). *Teoría General del Proceso*. Caracas: UCAB.
- Quintanar, M. (2012). *La eximente del miedo insuperable*. Madrid: EDERSA.
- Reyes Echandía, A. (1989). *Tipicidad* (Quinta ed.). Bogota - Colombia: Temis.

Rivera Morales, R. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Barquisimeto: Librería J.

Rincón G. C.A.

Rodríguez, j. (2013). *Derecho Penal Español. Parte general*. España: Trillas .

Rosal, C. (2015). *Derecho Penal Especial* . Valencia : Blanch.

Roxin, C. (1989). *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Ariel.

Roxin, C. (2008). *Derecho Penal* (Vol. I). Madrid - España: Civitas.

Roxin, C. (2008). *Derecho Penal* (Vol. I). Madrid - España: Civitas.

sentencia N° 32585 MP Yesid Ramírez Bastidas, 32585 (Sala de Casación Penal 2010).

Suñez, Y. (2013). Valoraciones teóricas jurídicas en torno a la eximente de miedo insuperable. *Revista caribeña de ciencias sociales*.

Varona, D. (2010). *La Eximente de Miedo Insuperable*. España: Universidad Girona.

Varona, D. (2013). *El miedo insuperable, una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad de Girona.

Zaffaroni, E. (2009). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires : Ediar.

Zipf, M. y. (2008). Derecho Penal. En E. A. Donna, *Derecho Penal. Parte General. Terria General del Delito* (Vol. II, pág. 153). Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.