

2021

Boletín informativo

La exigibilidad de otra conducta como principio rector del Derecho Penal

Paul Iriarte

Miembro actual del Instituto
en Defensa de Derechos Fundamentales

Eugenio Raúl Zaffaroni



DERECHOS RESERVADOS DECRETO LEGISLATIVO N° 822

**Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio,
total, o parcialmente sin permiso expreso del autor.**

INDICE

1. Advertencia metodológica.....	5
1. Introducción.....	6
2. Preámbulo a la culpabilidad como estrato dogmático normativo	7
3. La culpabilidad como presupuesto del delito	12
4. Culpabilidad y necesidad social de pena.....	19
5. La exigibilidad de otra conducta como principio rector del Derecho penal	21
6. Estado de necesidad exculpante	27
6. Conclusiones	35
7. Bibliografía	36

El derecho penal debe respetar las garantías propias del principio de culpabilidad porque si no lo hiciera trataría a las personas como “meros súbditos” a los que se les dirigen órdenes y mandatos, cuyo excepcional incumplimiento es tasado en la ley “a priori”. En cambio, el respeto a la dignidad de las personas hace que estas sean tratadas como seres libres, sujetos a presiones y a errores, valientes o cobardes, etc., etc., de modo tal que “cada quien es en sí mismo y no una reproducción de un modelo ideal diseñado por el legislador o el Estado, y siendo así es fácil comprender que únicamente una cuidadosa valoración de las circunstancias en las que se ha desarrollado la acción de cada persona – misión que se dice corresponde a la culpabilidad – será capaz de dar satisfacción a ese precepto constitucional.

Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut

1. Advertencia metodológica

Ciertamente, el tema de la culpabilidad comprende varias aristas. No obstante, lo medular comprende evaluar si se está ante un determinismo o indeterminismo. Puesto que, ante esta lógica, operaron positivistas en razón de castigar por caracteres biológicos, por temas de peligrosidad, hasta por conducción de vida, por ejemplo, con la tesis de Mezger. Empero, actualmente con los avances científicos, no es factible corroborar con certeza dicha afirmación, dado que, el sujeto ciertamente está condicionado, sin embargo, goza con un ámbito relativo de libertad, es en ese sentido, que se autodetermina y opta por el amplio abanico de conductas que tiene, en relación también a las circunstancias concretas.

Por esa razón elemental, si el sujeto se ve suprimido de esas posibilidades, y realice una conducta antijurídica, se le exima de responsabilidad, en la lógica del principio de exigibilidad de otra conducta y la necesidad exculpante. Dado que, el derecho no exige a los sujetos comportarse de manera heroica, sin perjuicio de las posiciones de garante regladas en el artículo 13 del Código Penal Peruano.

En esa medida, la capacidad penal (teoría del sujeto responsable) de dicho sujeto, culpabilidad (estricto sentido) y principio de culpabilidad (lato sensu) constituya presupuesto para recién afirmar delito. Ergo, por no estar desligado el tema de la culpabilidad frente al sujeto cognoscente, ello por el sistema tripartito del delito relega el análisis de la culpabilidad al tercer estrato analítico del delito.

Con mayor razón, frente al proceso penal, por una razón elemental. Dado que, se tiene la práctica de evaluar la culpabilidad en el juzgamiento. No obstante, desde la preparatoria es factible advertir y evaluar posibles excepciones de improcedencia de acción; por no haber un sujeto capaz penalmente, o no es exigible otra conducta, o por no tener una comprensión del tipo o la antijuricidad.

1. Introducción

Primeramente, es necesario distinguir entre principio de culpabilidad (lato sensu) y culpabilidad como categoría dogmática (estricto sensu), para analizar la capacidad penal del sujeto cognoscente (teoría del sujeto responsable); en razón de que, en el presente trabajo se dista del concepto de imputabilidad por tener una connotación peyorativa. No obstante, lo correcto es afirmar capacidad penal sobre la teoría del sujeto responsable, para evaluar recién la conducta antijurídica. En efecto, dicha premisa se erige en presupuesto para recién afirmar delito, es decir, evaluar el injusto y sus causas de exclusión.

Seguidamente, realizar un análisis del concepto de culpabilidad, en razón de su desarrollo histórico de manera resumida, en atención, a la discusión sobre la admisión del ámbito de libertad del sujeto capaz penalmente; puesto que, prescindir de este dato, da lugar a crear ficciones legales, prescindiendo del sujeto capaz penalmente.

Por tanto, constituir en presupuesto la capacidad penal del sujeto cognoscente, para evaluar la conducta (género) y la acción u omisión (especie) antijurídica. En esa medida, se erige en garantía, en razón de que no es factible hablar de categorías escalonadas, tripartitas, desvinculada el injusto del sujeto capaz penalmente. En suma, la culpabilidad o responsabilidad se afirma sobre un sujeto cognoscente, por tanto, su evaluación es conjunta – imbricada.

En ese sentido, el conocimiento potencial de la ilicitud se reconduce a la faz subjetiva del tipo penal. Puesto que, es en este estrato donde se evalúa la necesaria representación y voluntariedad del sujeto capaz penalmente para realizar el juicio de reproche. En efecto, por antonomasia es en la faz subjetiva del tipo penal donde se evalúan posibles errores del sujeto responsable, en razón de su representación.

En consecuencia, se analice la exigibilidad de otra conducta, que se erige en principio rector del Derecho Penal. En esa lógica, opere el estado de necesidad exculpante. Puesto que, es necesario que el sujeto cuente con un ámbito de libertad para motivarse en razón de las normas de orden penal, de lo contrario, no es factible

afirmar la responsabilidad del mismo, en atención, qué duda cabe, a las circunstancias concretas.

Con acierto refiere Muñoz Conde, que la idea de la no exigibilidad de otra conducta no es, sin embargo, privativa de la culpabilidad, sino un principio regular e informador de todo el ordenamiento jurídico. En la culpabilidad, dicha idea obliga a comprobar, antes de formular el juicio completo de culpabilidad, si el autor, que con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuridicidad de su hacer realizó un hecho típico, y antijurídico, se encontraba en alguna situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de vista de los fines de la pena, imponerle una sanción penal (Conde, 1999, pág. 127).

Dado que, ciertamente el sujeto capaz goza de un ámbito relativo de libertad en el cual cuenta con un amplio abanico de posibles conductas. Sin embargo, al verse reducido considerablemente a la observación, se exima de responsabilidad frente a la realización de una conducta antijurídica.

Puesto que, frente a circunstancias extremas, es factible que opte por injustos. En consecuencia, se exima de responsabilidad, pues a ningún ciudadano se le exige actuar heroicamente en desmedro de sus bienes jurídicos personalísimos. Así, la regla general es la motivación en razón de las normas del derecho penal. Por esa razón, este principio de no exigibilidad de otra conducta si bien opera para el Derecho penal, también trasvasa, qué duda cabe, para todo el ordenamiento jurídico.

2. Preámbulo a la culpabilidad como estrato dogmático normativo

Como primera premisa, se postula a la culpabilidad lato sensu(principio) y estricto sensu (categoría dogmática); en razón de la capacidad penal del sujeto cognoscente (teoría del sujeto responsable). Dado que, tiene mayor operatividad práctica, de cara a evaluar la necesaria culpabilidad del sujeto capaz penalmente en la perpetración de la acción antijurídica. En consecuencia, la culpabilidad es transversal al injusto. Puesto que, se erige en un concepto dogmático adscrito a un devenir histórico, consolidándose en criterio de necesaria evaluación para imputar

acciones u omisiones prescritas por ley. Por consiguiente, se constituye en un concepto neutro para juicio del suscrito.

Capacidad penal, como ser capaz de conducirse conforme a “sentido”, donde la voluntad constituye la fuerza motor de la conducta humana que se dirige a una determinada causación. Donde el dolo y la culpa forman parte del tipo subjetivo del injusto, que dan lugar al principio de culpabilidad, como vinculación anímica del autor respecto al hecho cometido, presupuesto indispensable para afirmar la imputación subjetiva, pues quedan de lado los eventos fortuitos, así como la responsabilidad objetiva por el resultado. También en el ámbito de la categoría de la antijuridicidad se toma en cuenta factores subjetivos, a fin de admitir la concurrencia de un precepto permisivo, el sujeto debe saber al momento de la acción (ex – ante), que está actuando bajo los efectos de una causa de justificación. Por tanto, los elementos subjetivos, son entonces, imprescindibles para la valoración de la tipicidad y de la antijuridicidad, dicho en otras palabras: para el análisis total del injusto (Freyre, 2009, pág. 512).

Por esa razón, la imputabilidad como elemento de la culpabilidad tradicional, ciertamente, se doto de una connotación peyorativa, por ello, su mejor comprensión obedezca al concepto de (capacidad penal) del sujeto cognoscente como presupuesto del delito, y el potencial conocimiento de la ilicitud del sujeto en la faz subjetiva, por consiguiente, la exigibilidad de otra conducta como principio rector del derecho penal, o qué duda cabe, del ordenamiento jurídico.

En efecto, esta capacidad de comprensión, es un presupuesto del comportamiento típico; pues la legitimación del ius puniendi en un Estado de derecho reclama que los únicos comportamientos penalmente relevantes sean los que puedan ser atribuidos a los destinatarios de la norma penal y tengan la posibilidad de actuar como tal (Meini, 2014, pág. 106).

Entendido como capacidad psicofísica suficiente, como para poder amoldar su conducta al mandato o prohibición normativa. El hombre de acuerdo a su propia estructuración es evaluado, a fin de poder confirmar su poder de evitabilidad y su capacidad de **dominabilidad** del evento. En efecto, los defectos que provocan una

conducta contraria a la esperada en la norma, deben ser consideradas a efectos de la determinación de la sanción punitiva; si el sujeto no ha podido obrar a Derecho debe renunciar a la imposición de una pena y, en su lugar adoptar una medida alternativa (Freyre, 2009, pág. 512).

Por esa razón, se prescindía de un análisis tripartito o escalonado de la teoría del delito, en razón de una acción típica antijurídica y culpable, relegando esta última un análisis posterior, sin imbricar a un sujeto capaz penalmente sobre la teoría del sujeto responsable. Puesto que, el principio de culpabilidad (lato sensu) y (esticto sensu) es transversal al injusto que realiza un sujeto capaz penalmente.

Puesto que, atribuir un comportamiento ilícito a quien no tiene capacidad para comprender la ilicitud o no tiene capacidad para comportarse según dicha comprensión, es una metodología que no se condice con el significado de ilícito (prohibido, desvalorado) en derecho penal. Por tanto, el análisis de la capacidad penal del sujeto antecede al estudio del comportamiento parafraseando – (Meini, 2014, pág. 106).

Por ello, se constituye en presupuesto del delito, y su observancia es requisito necesario, para afirmar una conducta típica, en razón de los dispositivos normativos de la Parte Especial del Código Penal.

Ergo, el estudio de las características típicas del comportamiento corresponde a la teoría del delito y se realiza cuando previamente se ha constatado la capacidad del sujeto (Meini, 2014, pág. 106).

De ese modo, es condición necesaria la capacidad penal del sujeto sobre la teoría del sujeto responsable. En cambio, lo determinante, es la conducta y esta que se constituya en un injusto previsto en la ley, sin que concurren exenciones de responsabilidad. De modo que, si el sujeto es capaz penalmente y concurren supuestos de atipicidad o justificación se resuelva en afirmar una conducta no relevante penalmente.

En realidad, las causas de exclusión del injusto no lo excluyen, sino que en tales supuestos no es factible afirmar que se haya cometido un injusto: las causas de

atipicidad no tornan un hecho típico en atípico, las causas de justificación del hecho prohibido en uno permitido y las causas de exculpación no disculpan a un sujeto responsable de un delito. El común denominador de estas circunstancias es que hacen referencia a comportamiento que desde su origen son de riesgo permitido, ya que no ponen en riesgo bienes jurídicos – penales: son hechos penalmente irrelevantes desde su origen y no es necesario justificarlos ni disculpar a quien los realiza (Meini, 2014, pág. 107).

Así pues, corresponde, por tanto, verificar se tiene a un sujeto, capaz penalmente y que este haya cometido un injusto, en consecuencia, no concurra la faz negativa de las mismas, de lo contrario, la conducta no es relevante penalmente. En ese sentido, las categorías dogmáticas se erigen en límites al ejercicio del *ius puniendi*. Puesto que, la lógica del derecho opera con presunciones *iuris tantum*, sin perjuicio de las excepciones, en las cuales taxativamente prevén presunciones *iure et de iure*.

Por tanto, la capacidad del sujeto para ser penalmente responsable ha de ser reivindicada no solo cuando se vulnera la norma penal (delito), como es usual y frecuente; sino también – y por las mismas razones – durante el proceso judicial, donde el sujeto habrá defenderse de una acusación fiscal y se decidirá si se le impondrá una pena y durante la ejecución de la pena impuesta (tratamiento penitenciario). No otra cosa se deriva de la necesidad de legitimar la intervención penal en todos sus estadios. Desde este punto de vista, la capacidad penal, objeto de estudio de la teoría del sujeto responsable, es más que un presupuesto del delito: es un presupuesto para legitimar cualquier intervención del derecho penal sobre el sujeto (Meini, 2014, pág. 116).

En esa medida, se postule desde las preliminares, o en razón de una noticia criminal; posibles excepciones de improcedencia de acción, o archivar por no constituir delito determinados hechos, y no relegar el análisis de la culpabilidad como categoría dogmática hasta el juzgamiento.

Así pues, la capacidad penal es capacidad para comprender y participar en la determinación de lo penalmente prohibido que se debate y determina en sociedad. Citando a Bustos Ramírez por Meini, la capacidad penal de una persona presupone

legitimidad del Estado para exigir responsabilidad penal. En esa medida, la capacidad penal opera como una presunción iuris tantum es una consecuencia lógica de la socialización y de la necesaria distribución de cargas entre las partes procesales (Meini, 2014, pág. 120).

Por esa razón, se postule a la culpabilidad como principio transversal (lato sensu) y como categoría dogmática culpabilidad o responsabilidad en (estricto sensu) sobre la capacidad de un sujeto capaz penalmente objeto de estudio de la teoría del sujeto responsable. En consecuencia, se evalué el injusto en razón de una culpabilidad, con sus baremos necesarios, y qué duda cabe, la comprensión de la ilicitud en la faz subjetiva del tipo penal, es decir, donde se evalúa la cognición y necesaria **comprensión** del agente, y la exigibilidad de otra conducta como principio rector del Derecho Penal. De lo contrario, no es factible afirmar delito.

Así pues, la exigibilidad de otra conducta opere como principio rector del Derecho Penal, frente a la capacidad penal o denominada tradicionalmente imputabilidad, termino optado peyorativamente. Sin embargo, lo acertado es afirmar capacidad penal sobre un sujeto cognoscente, en razón de la teoría del sujeto responsable.

Dado que, como afirma el profesor Reategui Sánchez, se ha podido constatar que en la práctica judicial – y por ende en la práctica forense – se percibe un ámbito de exclusión cotidiana del concepto de culpabilidad como categoría del delito. Esto es, más estamos más atentos – parafraseando, que la conducta del sujeto no encuadre en un tipo penal (juicio de tipicidad) y no básicamente si el mismo sujeto tenía – cuando ocurrieron los hechos – plena facultad de comprender el carácter ilícito de su conducta, si podía ser reprochable jurídico – penalmente. No se tiene un verdadero y consciente juicio de culpabilidad en el proceso penal. La relevancia del juicio de culpabilidad debe tener su función, claro está, desde las dos posiciones antagónicas que se presentan en un proceso penal: “acusación” y “defensa”. Quizá este ambiente de exclusión en la práctica judicial de la culpabilidad responda a intereses y estrategias que vienen desde la defensa, pues si se tiene una causa de exclusión de la punibilidad que provenga desde las primeras categorías del delito en “de la acción o desde la tipicidad) será mucho mejor que hacerlo en instancias

culminantes del análisis del delito. En consecuencia, resulta mejor sostener que no se tiene delito desde el punto de vista típico que desde el punto de vista culpable. El hecho de que la ubicación sistemática de la culpabilidad haya estado en el tercer escalafón del análisis, ha traído la consecuencia de la indiferencia de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados). Dogmáticamente resulta incuestionable que la culpabilidad constituye un valor fundamental en el edificio de la responsabilidad, pero procesalmente su valor es prácticamente nulo (Sánchez, 2014, pág. 716).

Por esa razón, Roxin cuando dice que la culpabilidad – ya sea como concepto político criminal o como categoría dogmática – no debe ser archivada, porque su función limitante que cumple al ius puniendo estatal resulta un acierto y creo que ahí no admite mayores discusiones (Sánchez, 2014, pág. 716).

3. La culpabilidad como presupuesto del delito

La culpabilidad o responsabilidad es un concepto normativo dogmático, en razón de reprochar un injusto a un sujeto capaz penalmente, y, en consecuencia, asignar un efecto penal. No obstante, dicho concepto se erigió luego de decenios. Puesto que, tradicionalmente rigió la peligrosidad del agente, para asignar consecuencias jurídicas.

En efecto, más obedeció a un Derecho Penal de autor, por conducción de vida, o personalidad del agente, y, desmereció la acción necesaria del sujeto cognoscente, en su ámbito relativo de libertad.

Es que en la culpabilidad se define el modelo de imputación delictiva conforme a la relación Estado – ciudadano, donde el reconocimiento de la persona humana y el respeto a su dignidad debe constituir la base fundamental de cualquier formulación que se construya al respecto. No solo ha sido objeto de una acalorada discusión dogmática, pues no han faltado Estados totalitarios que en el marco de una determinada política criminal han utilizado la culpabilidad como un instrumento de opresión y restricción injustificada de la libertad. Formulaciones político criminales que han traspasado el umbral de la legitimidad de la intervención punitiva, al enfocar la culpabilidad desde factores sistémicos o desde un utilitarismo, vaciando de contenido ontológico a este elemento categorial de la teoría del delito, que desde

siempre ha ejercido un muro de contención ante políticas penales extensivas (Freyre, 2009, pág. 513).

La historia nos revela, como posiciones ideologizantes calaron en lo más profundo de un pueblo, hasta el extremo de convertirse en una banderola de una Nación; el Nacionalsocialismo tuvo como estandartes la raza y el pueblo, basadas en la constitución antropológica y biológica del ser humano, cuya justificación axiológica era la posibilidad de arrasar contra todos aquellos que no se adecuaban al prototipo de la raza aria, es decir, no solo se arremetió contra los hebreos, sino contra toda la humanidad. A partir de estas elucubraciones se montó todo un esquema legal, dirigido a legitimar la represión y persecución de la población judía, para lo cual contaron con el apoyo condicional de muchos juristas de renombre, que no dudaron en hipotecar sus conciencias a los fines subalternos del régimen político. Tal situación afirma la necesidad de que el poder penal del Estado, siempre este sujeto a límites, y estos límites lo constituyen la persona humana (Freyre, 2009, pág. 514).

Esta caracterización por ejemplo se la debemos a Mezger, quien utilizó la frase "*Lebensführungsschuld*" – culpabilidad por la conducción de vida. Señalando lo siguiente: La fundamentación teórica viene de la culpabilidad por la conducción de vida ... la culpabilidad del autor no solo existe en la culpabilidad por el hecho, sino también en la "actitud" que el autor ha mantenido en el transcurso de su vida pasada en relación con el Derecho en su totalidad, MUÑOZ CONDE. Quiere decir, que el juicio de culpabilidad no solo debe circunscribirse al hecho punible cometido, sino que debe extenderse a la conducta del autor que ha ido desarrollando toda su vida frente a las regulaciones positivas, que se manifiestan concretamente en su récor delictivo. La culpabilidad por la conducción de vida que debía añadirse a la culpabilidad por el hecho concreto, decisiva para la mayoría de los delitos, porque solo aquella parecía explicar las consecuencias jurídicas de los citados preceptos como "pena", es decir, como respuesta a la culpabilidad. La culpabilidad por el carácter hace alusión a la manifestación de la personalidad frente al derecho, su enemistad que se expresa en su predisposición de la personalidad frente al derecho, su enemistad que se expresa en su predisposición a delinquir en orden a factores

psicológicos y caracterológicos. Sauer, rechaza el concepto de culpabilidad por conducción de vida utilizada por Mezger, por comprender una culpabilidad de autor (Freyre, 2009, pág. 523).

Esta lógica se desprendió del determinismo corriente empleada por los Positivistas, en razón, de punir caracteres psicológicos, por peligrosidad, o biológicos. No obstante, actualmente se proscribe. Dado que, lo que importa al Derecho Penal son actos u omisiones realizadores de un injusto penal, por un sujeto capaz, penalmente.

En ese sentido, se tuvieron fuertes cuestionamientos a esa lógica, sobre un determinismo para con el agente. Sin embargo, en la actualidad no se prescinde de la autodeterminación del sujeto cognoscente, puesto que, tiene un relativo ámbito de libertad; dotado de un abanico de posibles conductas.

Por ello, la posibilidad de entender esa capacidad de un modo puramente vivencial o fenomenológico, como resulta nuestra propia experiencia y observación. Así, por ejemplo, tenemos la conciencia o sentimiento de que en una situación dada somos “libres” de elegir entre las distintas opciones que nos ofrecen. De algún modo, la vida de relación social, la exigencia de responsabilidades en la mismas, se basan en este sentimiento generalizado. Pero ello no es más que un dato fenomenológico, puramente vivencial. Aparentemente existe una capacidad de elección entre varias opciones en cualquier persona y esa misma capacidad de elección constituye el presupuesto del actuar humano social y jurídicamente relevante; de ahí que se excluyan del ámbito de la acción jurídicamente relevante las reacciones puramente instintivas, inconscientes o productos de fuerza irresistible (Conde, 1999, pág. 101).

En efecto, una de las críticas que ha recibido la culpabilidad como juicio de reproche de baso en una libertad empírica indemostrable y del hecho de que la conducta depende de una pluralidad de elementos, que escapa a las posibilidades del hombre abarcarlos y averiguar como una persona ha actuado en el caso concreto (un hombre – con sus siempre limitados conocimientos – no puede juzgar a otro hombre). Es muy complejo – no factible y hasta irracional – lo que en el marco de un proceso judicial se lleguen a conocer las razones que llevaron a una determinada

persona a actuar de determinada forma en un momento determinado (Meini, 2014, pág. 108).

Como ha manifestado Gimbernat, si un psicoanalista contando con el constante esfuerzo del paciente por colaborar y por superar sus inhibiciones y después de largos años de tratamiento psicoterapéutico, solo aproximada e inseguramente puede llegar a constatar, sobre la base de hipotéticas, explicaciones que no encuentran confirmación absoluta, que peso tienen y cuáles son los factores que determinan el comportamiento del analizado ¿ cómo va poder conseguir el no especialista (el juez) en el tiempo muchísimo más limitado de que dispone? (Meini, 2014, pág. 109).

No obstante, sin perjuicio de la misma, es factible inferir necesariamente de las circunstancias concretas para imputar la capacidad penal a un sujeto cognoscente dotado de voluntad, de lo contrario, daría lugar a crear ficciones legales.

En consecuencia, una cosa es segura: entre varias opciones posibles siempre se puede elegir, pero no sabemos cuáles son las razones últimas que impulsan a elegir entre una y otra opción (Conde, 1999, pág. 101).

Por tanto, el reproche de culpabilidad jurídico penal se basa solo en parte en la comprobación empírica de la capacidad de obrar de otro modo y tiene siempre como sustrato, en mayor o menor medida, la capacidad general de autodeterminación del ser humano (Sánchez, 2014, pág. 689).

Desde un concepto normativo de culpabilidad, cuyos postulados asume la doctrina dominante, la responsabilidad penal es reproche por haber podido actuar de manera distinta; lo que implica aceptar el libre albedrío (Meini, 2014, pág. 120).

Dado que, actualmente es innegable, que el sujeto goza de un ámbito parcial de libertad. No obstante, está condicionado a varios factores, sin perjuicio de un amplio abanico de posibles conductas. En suma, la culpabilidad obedece a un concepto normativo, empero, no es factible que desmerezca el dato real, es decir, la acción del agente capaz penalmente, y su ámbito parcial de libertad.

Además, de que. no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es, pues, la sociedad o mejor su Estado representante, producto de la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, quien define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad. De ahí se deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social, antes que psicológico, y que no es una categoría abstracta o ahistórica al margen, o incluso, como algunos creen, contraria a las finalidades preventivas del derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en que medida debe hacerse uso de ese medio (Conde, 1999, pág. 102).

La responsabilidad, para esta concepción, se basa en que el hombre es dueño de sus actos y puede elegir libremente. Es pues, una responsabilidad basada en la existencia de la libertad de voluntad. Castillo Alva indica que “la existencia del derecho mismo supone previamente la aceptación de conciencia, la autodeterminación y la responsabilidad del ser humano. Implica el reconocimiento, en suma, de su libertad. Su fundamentación deriva del respeto a la dignidad de la persona humana y a su libertad que le es inherente. Es sobre esa base que se puede alegar la independencia y la autonomía del principio de culpabilidad frente a los avasallantes criterios preventivos (Sánchez, 2014, pág. 691).

Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, se espera que este pueda motivarse por los mandatos normativos. La evolución cultural y los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos, han permitido fijar en la

legislación unos criterios para determinar los casos en los que, a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural, es posible atribuir al individuo el hecho cometido y hacerle responsable del mismo. El fundamento común a estos criterios que englobamos en el concepto de culpabilidad se encuentra, por tanto, en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes y justamente organizada. “La motivabilidad”, la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas es, la facultad humana fundamental que, unida a otras (inteligencia, afectividad, etc.), permite la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por él cometida. Cualquier alteración importante de esa facultad – cualquiera que sea el origen de la misma – deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad (Conde, 1999, pág. 103).

Por tanto, en un Estado social y democrático de derecho, el Estado debe estar en condiciones de demostrar porque hace uso de la pena y a que personas las aplica, y ello siempre para proteger de modo eficaz y racional una sociedad que, si no es plenamente justa, tiene en su seno y en su configuración jurídica, la posibilidad de llegar a serlo. Si estos presupuestos no se dan, mal se puede hablar de culpabilidad y exigir el cumplimiento de los mandatos normativos (Conde, 1999, pág. 102).

En la medida que ese Derecho Penal positivo respete unos principios político criminales mínimos y se sitúe en el contexto de un Estado democrático, se podrán interpretar los preceptos penales legales, relacionados con la culpabilidad, con la suficiente amplitud como para hacer compatible la mayor y mejor proyección posibles a los valores fundamentales de la sociedad, con un mínimo costo de represión y sacrificio de la libertad humana (Conde, 1999, pág. 104).

Puesto que, afirmar lo contrario, conduce a resultados insatisfactorios: si las personas no son libres y, en mayor o menor medida, actúan condicionados por factores externos, se legitimaría la aplicación de medidas predelictivas a quienes se encuentren, más expuestos a influencias criminales. Aquí se entiende, siguiendo a Schunemann, que la libertad sobre la que descansa la responsabilidad penal es un constructo social que normalmente se emplea para significar que las personas

tenemos un margen de decisión y de actuación dentro del cual se nos atribuye responsabilidad por lo decidido y por lo hecho y no porque se pueda demostrar científicamente. Desde este punto de vista, no hay mayor cuestión en admitir que siempre se puede elegir entre varias opciones, aunque no se sepa con exactitud ni seguridad las razones últimas que impulsan a elegir entre una y otra opción. En esta línea, la capacidad penal coloca al sujeto en una situación en la que se le exige acatar el mandato normativo. Y es lo que importa: el capaz penalmente está en la posibilidad de delinquir porque ha desarrollado las condiciones que le permiten comprender sus actos y adecuar su comportamiento a dicha comprensión y, por tanto, el sistema jurídico le exige hacerlo (Meini, 2014, pág. 121).

En suma, pues, el libre albedrío ha constituido en gran medida el fondo del debate, sobre todo en sus inicios, debate al que contribuyeron algunas teorías biológicas, sobre la delincuencia (Sánchez, 2014, pág. 691).

Por esa razón, tener capacidad para vulnerar la norma penal no significa que se la haya vulnerado. Ergo, haber alcanzado el grado de desarrollo suficiente para comprender el mandato normativo y actuar según dicha comprensión solo significa que se exige hacerlo y, si no se hace – es decir, si se delinque –, se puede ser sancionado (y procesado) como sujeto responsable (Meini, 2014, pág. 121).

Así, la comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma solo puede darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que puede regirse, sin grandes esfuerzos, por ella (Conde, 1999, pág. 104).

Por esa razón, hay consenso hasta ahora en la doctrina en considerar la más adecuada para el derecho penal en su conjunto. Autores como Welzel, adoptan un “concepto normativo” de culpabilidad que se sustancia en un reproche dirigido al autor por haber realizado el hecho, reproche que solo tiene sentido si se parte de que ese sujeto podía haberse abstenido de ejecutarlo y, por tanto, de que era libre de hacerlo o no (Sánchez, 2014, pág. 695).

Sin perjuicio de los avances notables, de autores como Freudenthal, Frank, Goldschmidt, que se estructuró la llamada concepción normativa de la culpabilidad, cuya característica fundamental es la de que, mediante la amplia admisión del principio de la no exigibilidad de otra conducta distinta, supera la limitación legal de las causas excluyentes de culpabilidad. Secundados también por E. Beling (1899, 1906) quien, sin distar todavía su postura positivista, planteó por primera vez una teoría normativa de culpabilidad (Sánchez, 2014, pág. 693).

4. Culpabilidad y necesidad social de pena

La razón que legitima la imposición de una pena (necesidad de pena) a un capaz penalmente es el riesgo prohibido para un bien jurídico que se desvalora en el injusto. No hay nada más inseguro y arbitrario que vincular la medida de la pena al grado de culpabilidad; pues esta, que en un Estado de Derecho, solo puede ser culpabilidad por el delito cometido y se afirma automáticamente cuando un sujeto capaz crea un riesgo prohibido y la pena se determina judicialmente sobre la base del criterio de necesidad social de pena (Meini, 2014, pág. 109).

Puesto que, de acuerdo a lo que se sostiene, la culpabilidad es un concepto neutro. En ese sentido, la justificación de pena opera en razón de la lesión al bien jurídico; además de la culpabilidad que se erige en presupuesto para afirmar delito. En esa lógica, opera la medición de los efectos jurídicos, en atención al principio de proporcionalidad.

Un razonamiento parecido citado por Iván Meini refiere que:

(RN 3800 – 00 Huancavelica):

Las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no solo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además, la gravedad de esta debe ser proporcional a la del delito cometido; ello, a su vez, implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico.

El criterio de necesidad social de pena si podría ofrecer solución; pues, como se verá luego, no se refiere solo a la necesidad inmediata de pena, sino que legitima la pena en tanto sea proporcional a los fines que con ella persigue el Estado de Derecho. En tal medida, una pena que supere dicha proporcionalidad es de plano inadmisibile (Meini, 2014, pág. 111).

Por ende, el efecto jurídico se determina sobre la base del criterio de necesidad de penal por la vulneración del bien jurídico con entidad penal, en la lógica del principio de culpabilidad, lesividad etc. Sin perjuicio, de la culpabilidad en razón de que se erige en presupuesto del delito.

Lo anterior queda mas claro cuando se revista los artículos 45 y 46 del CP que regulan los criterios que ha de utilizar el juez para individualizar la pena por el delito cometido. Dichos criterios o bien se vinculan al injusto, o bien son circunstancias posdelictivas. Frente a este marco normativo, los partidarios de mantener a la culpabilidad como elemento del delito no logran explicar cómo y por qué el reproche penal, la pena y su medición judicial se derivarían únicamente del tipo de la culpabilidad (Meini, 2014, pág. 111).

En suma, el concepto debe apoyarse en la decisión de considerar al hombre como un ser que gobierna su conducta, y que debe despojarse de las polémicas relativas al libre albedrío (escuela clásica) y del determinismo (escuela positiva), lo que si debe quedar claro es que ninguna teoría preventiva de la pena – sobre todo preventiva general positiva – se salva del riesgo de ser imputada como instrumentalizador, y por otro que cuando se aplica la pena esta presupone el reconocimiento del sujeto que ha de tenerla como un igual, relacionando así el principio de culpabilidad con el de igualdad (Sánchez, 2014, pág. 175).

Puesto que, resulta sospechoso que algunos críticos del principio de culpabilidad pretendan desconocer su carácter garantístico para colocar en su lugar conceptos funcionales que, con prédicas como “la finalidad del derecho”, la “proporcionalidad” y otras semejantes, implican retornar a concepciones penales totalitarias que buscan instrumentalizar al hombre para los fines del Estado. La pena es solamente un medio y no en un fin en sí mismo (Sánchez, 2014, pág. 715).

Dado que, el carácter ético y moralizante de mucho de estos elementos, sus dificultades probatorias y su determinación los convierten en grave fuente de arbitrariedad en el momento de la determinación de la pena. Por eso, debe rechazarse su admisión genérica o interpretarse muy restrictivamente cuando se den claramente en algún delito concreto. La problemática pertenece más a la parte especial y al estudio de la figura delictiva concreta en el que se exijan (Conde, 1999, pág. 106).

5. La exigibilidad de otra conducta como principio rector del Derecho penal

Por lo expuesto, conviene pues reconducir el concepto de culpabilidad como presupuesto del delito, por las razones ya esbozadas. En ese sentido, colegir la comprensión necesaria del injusto por el sujeto capaz penalmente a la faz subjetiva del tipo, dará lugar a un análisis previo, necesario, y qué duda cabe, lógico, con el proceso penal. Por ende, la exigibilidad de otra conducta opere qué duda cabe, como principio rector del Derecho Penal.

Luego de su célebre contribución de homenaje sobre la estructura del concepto de culpabilidad (1907), Frank había llamado la atención de la dogmática penal en punto a que nuestro juicio de culpabilidad sobre el autor de una acción amenazada con pena se asienta en bases firmes, solo en tanto que podamos partir de la normal disposición de las circunstancias concomitantes y que, en cambio, la justificación del fallo de culpabilidad pierde solidez cuando el autor obró bajo el influjo de una situación fáctica cuestionable – parafraseando, la culpabilidad jurídico – penal no consiste o, en cualquier caso, no se agota en una relación psicológica del autor respecto de su hecho (saber o no saber; querer o no querer), sino que, en su esencia, representa un fenómeno normativo; reside en un juicio de valor cuyo contenido es designado como contrariedad al deber o reprochabilidad (Sánchez, 2014, pág. 713).

Ciertamente, la aparición de la exigibilidad – como criterio regulador – no es factible decir – parafraseando, que obedezca a un hecho fortuito, sino a la evolución epistemológica de la culpabilidad, conforme a una concepción normativa. Con

Goldschmidt, se establece que la culpabilidad supone la infracción de un deber normativo, pero Freudenthal, como expone Cerezo Mir, da un paso y más y propuso el reconocimiento de la inexigibilidad de otra conducta, adecuada a la norma, como una causa general, suprallegal, de exclusión de culpabilidad. En ese sentido, se introduce al discurso dogmático, a fin de excluir la culpabilidad cuando no se tenga el deber que regía la conducta interna. En cuanto a la naturaleza jurídica, si bien la institución fue introducida en virtud de una formación normativa de culpabilidad, luego con la determinación de un proceso psicológico de motivación normal, surge entonces, un rasgo de por sí psíquico. Realmente no es factible exigirse al agente otra conducta conforme a derecho, cuando estuvo anormalmente motivado por determinadas condiciones externas que impidieron una libre y racional elección a fin de adecuar su conducta a los fines del derecho (Freyre, 2009, pág. 700).

Es posible llegar a la constatación de que en el interior de esos afanes en pos de esclarecer el momento normativo de la culpabilidad, quedo desde un principio implicado el concepto de “exigibilidad” y su reverso, la inexigibilidad”. La concepción según la cual este concepto pertenecería a la culpabilidad normativa, es más, que posiblemente sería idéntico a esta, se convirtió en opinión dominante. De este modo “exigibilidad” e “inexigibilidad” se aseguran de antemano un lugar firme en la discusión dogmático – penal, pues se las reconozca o combata, en cualquier caso, ellas valen exclusivamente como un elemento conceptual de la teoría de la culpabilidad jurídico penal. Sea como fuere, se puede decir que desde el triunfo de la teoría normativa de la culpabilidad, la exigibilidad como elemento de culpabilidad y la inexigibilidad como causa de exculpación gozan de un dominio prácticamente incontestado (Sánchez, 2014, pág. 713).

Por esa razón, afirmado los dos requisitos anteriores – capacidad penal y conocimiento potencial de la ilicitud – parafraseando, todavía no se configura la culpabilidad, pues se hace necesario la exigibilidad de otra conducta, requisito acuñado por Freudenthal, denominación que implica que el sujeto se al sujeto se le exigía en el momento de su determinación delictiva poder desistirse y adecuar su conducta conforma las reglas jurídicas teniendo la posibilidad de hacerlo sin

embargo persiste en su decisión. En la forma más breve y valiéndonos de una conocida expresión latina, que la inexigibilidad corresponde al principio, universalmente aceptado (Sánchez, 2014, pág. 712).

En el derecho penal, igual que en el resto del derecho y de la vida social, existen casos en los que una persona, entre varios haceres posibles, elige uno que es perjudicial para otros, sin que ello proporcione un juicio negativo por su conducta. La culpabilidad supone algo más que la mera posibilidad de poder actuar de un modo distinto a como se actuó. Por esa razón, es evidente, que quien actúa en estado de necesidad tiene la capacidad de elegir entre varios haceres posibles: o soportar la lesión de un bien jurídico o evitar esa lesión, lesionando a su vez uno de igual o mayor valor (Conde, 1999, pág. 101).

En efecto, la norma penal no solo debe ser determinada de forma clara, precisa y exacta, sino que también a su vez, debe dirigirse de forma racional, de no imponer la realización de conductas que ya de por sí resulten contrarias a la idea de supervivencia del hombre; la norma no puede ir contra la naturaleza misma del hombre, con su deseo de pervivencia en la sociedad. Como expresa RUDOLPHI, el recurso a la pena como medio de prevención general y especial solo se muestra proporcionado si presupone que el autor y los ciudadanos en general son sujetos racionales, capaces de autodeterminación, y no objetos que puedan ser adiestrados a placer (Freyre, 2009, pág. 600).

Por ende, la exigibilidad busca establecer si el agente pudo o no adecuar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico, PEÑA CABRERA; (...) no hay exigibilidad de una conducta diferente, que tiene lugar cuando opera una situación que reduce notoriamente la autodeterminación del sujeto en el momento de la acción, ZAFFARONI, como marco valorativo que permite al intérprete y aplicador de la ley establecer márgenes reales de obediencia normativa, conforme a parámetros racionales de exigencia. La aparición de la exigibilidad – como criterio regulador – no se puede decir que obedezca a un hecho fortuito, sino a la evolución epistemológica. FREUDENTHAL, como expone Cerezo Mir, dio un paso más y propuso el reconocimiento de la inexigibilidad de otra conducta, adecuada a la

norma, como una causa general, supralegal, de exclusión de culpabilidad tanto en el ámbito del dolo como en el de la culpa, MEZGER. Se introduce al discurso dogmático, a fin de excluir la culpabilidad cuando no se tenía – parafraseando, el deber que regía la conducta interna. Con todo, se propone un juicio individualizador, de que el juez pueda adentrarse al caso concreto, estableciendo parámetros de valoración, conforme a la confrontación de la situación con su autor, si este fue privado de dicho momento de su capacidad de motivación normal, si es que le era exigible comportarse conforme al sentir normativo, conforme a los supuestos que se desprenden de la normatividad en cuestión (Freyre, 2009, pág. 600).

Por ende, el derecho no puede, exigir comportamientos heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es, en última instancia, una cuestión individual, parafraseando: es el autor concreto en el caso concreto, quien tiene que comportarse de un modo u otro (Conde, 1999, pág. 105).

En cuanto a su naturaleza jurídica, si bien la institución fue introducida en virtud de una formulación normativa de la culpabilidad, luego con la determinación de un proceso psicológico de motivación normal, surge entonces, un rasgo de por sí psíquico. Realmente, parafraseando, no es factible exigir al agente otra conducta conforme a derecho, cuando estuvo anormalmente motivado por determinadas condiciones externas que impidieron una libre y racional elección a fin de adecuar su conducta los fines del derecho, PEÑA CABRERA. El punto de partida lo configuran situaciones en las que el autor, al cometer el hecho, se halla sometido a una presión psíquica de tal intensidad que ya no cabe esperar una conducta conforme a derecho. De ahí, que, a partir de ROXIN, para este autor, el juicio de culpabilidad importa – parafraseando, la capacidad penal y conocimiento potencial de la antijuridicidad, donde el análisis valorativo es completado con la “responsabilidad” que se determina conforme a los cometidos político criminales. De hecho, sería quizá más exacto – escribe ROXIN – hablar de responsabilidad en

lugar de culpabilidad, pues la culpabilidad es solo uno de los factores que deciden sobre la responsabilidad jurídico penal (Freyre, 2009, pág. 602).

A nuestro modo de ver las cosas la naturaleza de los estados de inexigibilidad parte de un doble baremo a saber: desde una sustentación que tiene que ver con el sujeto en sí, en cuanto a las condiciones internas en las cuales se desarrolló su proceder antijurídico, de acuerdo a su motivación normal, en el sentido de descartar situaciones concomitantes que hayan podido provocar una reacción distinta a la esperada por la norma y, tomando en consideración orientaciones político criminales. Quiere decir que el Derecho, en este caso el orden jurídico – penal, no puede ser inflexible, ante determinados comportamientos humanos que merecen una valoración intersubjetiva y teleológica diferenciada; la no exigibilidad de una conducta distinta a la cometida va a impedir la formulación del juicio de reproche, puesto que esta es distinta a la efectuada como principio informador del Derecho Penal y del ordenamiento jurídico en general. Inexigibles por circunscribirse a determinadas circunstancias excepcionales, que producen una afectación importante en la motivación normativa. Muñoz conde refiere que “la no exigibilidad de otra conducta no es privativa de la culpabilidad, sino un principio regulador e informador de todo el ordenamiento jurídico (Freyre, 2009, pág. 604).

En efecto, el derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su vida o su integridad física (Conde, 1999, pág. 127).

Puesto que, tiene capacidad penal la persona a quien se le exige que comprenda la ilicitud penal de su comportamiento (capacidad de comprensión) y, además, se le exige comportarse de acuerdo a dicha comprensión para evitar incurrir en delitos (capacidad de inhibición). Por tanto, se le exige actuar de conformidad a ello. La capacidad es un presupuesto de la exigibilidad, pues a nadie se le exige hacer lo que no es factible realizar parafraseando. En suma, la capacidad será relevante solo si se está frente a un comportamiento de riesgo que se exige evitar (Meini, 2014, pág. 125).

Por esa razón presupone una situación motivacional, en la cual no sea exigible evitar el injusto a un hombre normal: “le falta al autor la capacidad de adoptar su decisión con arreglo a las leyes de una motivación normal” MIR PUIG. Las causas de exculpación deben derivarse de un déficit de motivación normativa, ante determinadas situaciones excepcionales – que producen una presión psicológica intensa en las cuales el hombre normal hubiera sucumbido, por lo tanto el Derecho renuncia a la pena por no poder exigir al ciudadano comportarse de forma estoica o de heroísmo puro ello negaría la naturaleza óptica imperfecta del ser humano (Freyre, 2009, pág. 606).

La exigibilidad busca establecer si el acto pudo o no adecuar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico PEÑA CABRERA; no hay exigibilidad de una conducta diferente, que tiene lugar cuando opera una situación que reduce notoriamente la autodeterminación del sujeto en el momento de la acción, como marco valorativo que permite al interprete u aplicador de la ley establecer márgenes reales de obediencia normativa, conforme a parámetros racionales de exigencia (Freyre, 2009, pág. 607).

En esa medida, la exigibilidad de otra conducta supone un juicio ex ante al momento del hecho por parte del sujeto, esto es que considere todas las circunstancias y situaciones que han motivado su actuar y como se habría comportado un hombre medio en esas circunstancias. La exigibilidad es un elemento directamente relacionado con la motivación y sus límites, pues se trata de dar soluciones a casos en lo que no es factible exigir al sujeto que evite delinquir parafraseando, debido a que por la situación motivacional en la que se encontraba no le es exigible otra conducta VILLAVICENCIO (Sánchez, 2014, pág. 712).

En consecuencia, la no exigibilidad tendrá efectos eximentes aun en aquellos individuos declarados no capaces penalmente – parafraseando, aunque pueda hablarse de un menor contenido del injusto en algunos casos. Retomar como fundamento de la exclusión de culpabilidad en el estado de necesidad exculpante la situación reductora de la autodeterminación y no el menor injusto, evita contradicciones insalvables, al tiempo que previene cualquier confusión entre

culpabilidad e injusto, asevera Zaffaroni. Lo que si adquiere relevancia, es dejar claro, que su valoración debe ser previa al juicio de la culpabilidad concebida en sentido estricto (imputación individual), pues, resultara en realidad irrelevante realizar el juicio de culpabilidad cuando ya se había demostrado que el sujeto se encontraba en una situación de excepcionalidad que produjo una perturbación en su capacidad de motivación normativa, acción antijurídica que pudo evitar realizar; en consecuencia permanece subsistente el carácter de injusto, pero sucumbe indefectiblemente el merecimiento de una sanción punitiva tan drástica, como lo es la pena ROXIN, por motivos político – criminales de común idea con los fines preventivos de la pena (Freyre, 2009, pág. 609).

Puesto que, un derecho penal democrático no quiere ser un Derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. En consecuencia, las conductas implican la realización de grandes sacrificios, no son exigibles POLITOFF (Freyre, 2009, pág. 610).

6. Estado de necesidad exculpante

Así, el cumplimiento de los mandatos normativos es un deber que se puede exigir, en principio, a todos los ciudadanos. Los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego.etc. En principio, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona. Se habla en estos casos de una exigibilidad **objetiva**, normal o general. Mas de esta exigibilidad normal el ordenamiento jurídico, no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos. Así, por ejemplo, en el estado de necesidad se exige como requisito que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad **subjetiva** o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él (Conde, 1999, pág. 127).

Por esa razón, la exigibilidad se encuentra condicionada a los márgenes reales de la vida misma, en cuanto a un peligro susceptible de neutralizar, que ingresa al

ámbito de competencia del sujeto; pues si esto no es así, y el peligro ya no es controlable, donde la actuación de llamado por la ley, es de por si altamente riesgosa, se produce una disminución significativa de la exigibilidad, por lo que en algunos casos se puede llegar a un estado de necesidad exculpante. Nadie queda en cualquier caso y circunstancia fuera de la posibilidad de la necesidad exculpante, por grave que sea la intensidad del deber que le incumbe, pues siempre hay un límite a la exigibilidad de afrontar un riesgo (Freyre, 2009, pág. 613).

Sin embargo, la exigibilidad tiene un límite, en casos en los cuales la realización del cumplimiento del deber desemboque indefectiblemente en una seguridad de lesión segura para los bienes prevalentes del sujeto obligado; tal como lo proscribía KANT “deber es poder” (sollen – können). Por lo tanto, cuando la posibilidad de lesión es inminente, el deber desaparece o desvanece o, dicho de otro modo: cuando el poder de evitabilidad diluye significativamente, a su vez decae el fundamento de exigibilidad (Freyre, 2009, pág. 614).

Dado que, el estado de necesidad exculpante se comprende normativamente bajo el estado de inexigibilidad, donde el autor, a fin de salvaguardar un bien jurídico fundamental, realiza una conducta antijurídica de lesión a un bien jurídico también importante, pero es exonerado de punición, pues no le era “exigible” sacrificar sus intereses jurídicos más preciados o de un tercero. El decaimiento de pena, se produce también por razones preventivas, pues desde un punto de vista admonitorio, disuasivo y rehabilitante, ya no es aconsejable la imposición de una pena. Para otros autores, la razón de ser de esta causal de inculpabilidad es la no exigibilidad de un comportamiento distinto, la notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación concreta de la acción (Freyre, 2009, pág. 610).

En el Código Penal Peruano (Artículo 20 inc5.) prevé expresamente el llamado estado de necesidad exculpante en los siguientes términos: El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación. No procede

esta exención si el agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro **en atención a las circunstancias**; especialmente, si causo el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica.

En el Código Penal alemán (Artículo 35) se prevé: “I. Quien, en un caso de peligro presente, y no otro, para la vida, el cuerpo o la libertad incurra en un tipo penal para alejar el peligro de sí, de un familiar o de otra persona próxima a él, actuará sin culpa. Esto no será así en la medida en que el autor pueda ser forzado a aceptar el peligro, **de acuerdo a las circunstancias en particular** porque él mismo causó peligro o porque se encontraba en una posición especial (por su oficio) ...”.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro **en atención a las circunstancias**; especialmente, si causo el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica.

El Código Penal de Paraguay (Artículo 25). - **Inexigibilidad de otra conducta**: “El que realiza un hecho antijurídico para rechazar o desviar de sí mismo, de un pariente o de otra persona allegada a él, un peligro presente para su vida, su integridad física o su libertad, será eximido de pena cuando, **atendidas todas las circunstancias**, no le haya sido exigible otra conducta. En caso de haber sido exigible otra conducta, la pena podrá ser atenuada con arreglo al artículo 67”.

En el Código Penal para el distrito Federal de México en el capítulo V donde se regula las causas de exclusión del delito (Artículo 29°), el Numeral IX, se expresa lo siguiente: (**inexigibilidad de otra conducta**) “**En atención a las circunstancias** que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente **exigible al sujeto una conducta** diversa a la que realizó, en virtud de no haberse conducido conforme a derecho. **Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.**

Por tanto, bajo los efectos de esta eximente, el sujeto actúa bajo un estado emocional perturbado, no entendido desde un punto de vista estrictamente psicológico, sino desde la óptica de una condición que afecta una motivación normal. En efecto, no se le puede exigir la realización de un comportamiento distinto

al cometido, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico protegido, (...) esto es, que el Derecho no considera conveniente ni adecuado exigir a ningún ciudadano que se abstenga de intervenir ante un conflicto propio o ajeno para salvar intereses superiores o equivalentes. La inexistencia del reproche se funda en la inexigibilidad de conducta diferente a la realizada (Freyre, 2009, pág. 610).

Por ejemplo, un supuesto de estado de necesidad en el que los bienes en colisión son de igual valor: el naufrago que mata a otro naufrago para comer su carne y poder sobrevivir (naufragio de la Medusa); el naufrago que impide que otro naufrago se agarre del madero que se hundiría con el peso de los dos (tabla de Carneades) (Conde, 1999, pág. 128).

En efecto, el sujeto desde una consideración ex ante de reacción normal frente a esta situación no le quedaba otra alternativa posible, pues se trata precisamente de la exclusión de exigencia de una conducta (...). BUSTOS RAMIREZ. El clásico ejemplo, del naufrago que impide a otro naufrago se aferre al madero, que únicamente soporta el cuerpo de una sola persona; o aquel que realiza actos de resguardo en determinados lugares en virtud de la amenaza que fue objeto por parte de dirigentes de organizaciones terroristas WELZEL. Así también los alpinistas que, colgados en una soga en la cúspide de una montaña, ante la posibilidad de su rompimiento, no tiene más remedio uno de ellos para cortar la soga del ultimo, a fin de que pueda sostener a los otros dos (Freyre, 2009, pág. 611).

Como se sostuvo antes, el estado de necesidad exculpante no siempre opera ante bienes jurídicos de equivalente rango valorativo, pues puede que el bien sacrificado o lesionado sea de mayor interés jurídico, no obstante, se apela en todo caso al mal o la amenaza de lesión para la vida, la integridad corporal o la libertad, la cual debe importar una amenaza de afectación en realidad considerativa, pues ante un mal de mínima gravedad no cabe invocar el estado de necesidad exculpante. En todo caso rige el principio de proporcionalidad, esto quiere decir la adecuación entre el mal causado y el daño que se pretende evitar. Lo que interesa en realidad son las particulares circunstancias en las cuales se desarrolla el evento delictivo, donde se produce una amenaza latente de lesión a un bien jurídico, que disminuye las

capacidades de obrar conforme al poder evitar la conducta típica, por defecto de motivación de la norma. En esta eximente se advierte un menor grado de lo ilícito, como apunta ZAFFARONI, hay un remanente de posibilidad de actuar de otra manera; lo que diferencia con la capacidad de culpabilidad, en la cual no se tiene posibilidad de actuar de otra manera (Freyre, 2009, pág. 612).

El autor, en estos casos, actúa bajo una presión psicologizante motivacional, dirigida a salvaguardar sus bienes más preciados, propios o de terceros estrechamente vinculados a él. Como sostiene ZAFFARONI, o se exige la equivalencia de males para amparar el sujeto, lo cual indica que el criterio es la magnitud de reducción de la autodeterminación que, como siempre, debe valorarse en relación con el injusto de que se trate. De todos modos, la consideración misma del sujeto, como efecto reductor del reproche de imputación individual, incide en los conceptos de necesidad y merecimiento de pena. Siendo así, la mujer o el hombre, que, a fin de cautelar su libertad sexual, provoca la extinción o las lesiones graves del sujeto, sería una conducta excusable, siempre y cuando no concurren los requisitos de la legítima defensa. El sentido o contenido de todas aquellas regulaciones que tiendan a la protección de derechos fundamentales, debe partir de una interpretación lata (Freyre, 2009, pág. 611).

Por esa razón, puede ser dispensando el reproche en virtud de que hay circunstancias que influyen decididamente sobre la motivación como en el caso del estado de necesidad exculpante. Se trata pues de las causas de inexigibilidad de otra conducta, por una situación reductora de autodeterminación porque normalmente el derecho exige conducta posible (Sánchez, 2014, pág. 713).

Por tanto, constituye un caso expreso de no exigibilidad de otra conducta que se diferencia del estado de necesidad justificante, así como por resaltar la antijuridicidad del hecho, todo lo cual se explica en razón a que el presupuesto de la exclusión de culpabilidad no está en colisión de bienes jurídicos de distinta jerarquía en la que se deba proteger el más importante, sino en el conflicto de intereses jurídicos de idéntico o similar rango, en donde no se hace exigible un comportamiento adecuado a derecho” – parafraseando (Sánchez, 2014, pág. 736).

Actúa en estado de necesidad exculpante quien, para alejar el peligro actual que amenaza su vida, integridad física o libertad (o la de una persona con la que tiene estrecha vinculación) y evitar su inminente menoscabo, se ve precisado (como último recurso) a efectuar una conducta antijurídica menoscabando un bien jurídico principal perteneciente a un tercero citando a REVILLA LLAZA; por ejemplo, en una discoteca en llamas, los ocupantes, al tratar de huir apresuradamente para salvar su vida, se atropellan entre sí y algunos expiran pisoteados por los demás parafraseando (Lopez, 2016, pág. 151).

Como dicen Quintero Olivares / Morales Prats / Prats Canut: “Si se estima que las normas penales pretenden motivar positivamente la conducta de los ciudadanos en una cierta dirección, también deberá asumirse que muchas personas no pueden ser motivadas “a priori” por su no capacidad pena – parafraseando, o bien que las normas penales en determinadas situaciones no es factible que actúen como factores motivantes de la conducta por chocar con un contramotivo exterior (Sánchez, 2014, pág. 736).

Otro sector de la ciencia penal sostiene que no habría porque limitarlo a la conducta humana, puesto que se podría tratar de hechos de la fuerza de la naturaleza VILLAVICENCIO. Convergemos, en que encuentra fundamento en la concurrencia de un menoscabo anormal de la libre determinación de la voluntad del autor, originado en un contexto caracterizado por circunstancias especiales. Simplemente sucede que el ordenamiento jurídico admite que existan situaciones excepcionales en la que pierde vinculatoriedad respecto de determinadas personas y precisamente una de esas situaciones e el caso de la amenaza actual, y no evitable de otro modo conforme a Derecho, de bienes jurídicos personalísimos como la vida, la integridad corporal y la libertad. En la medida que se trata de una amenaza a condiciones esenciales para la existencia de una persona, el ordenamiento jurídico no le exige al actuar conforme a Derecho, pese a seguir afirmando el carácter antijurídico del hecho destinado a alejar el peligro GARCIA CAVERO (Lopez, 2016, pág. 154).

Por tanto, los bienes jurídicos que se encuentran comprendidos en el estado de necesidad exculpante, son la vida, la integridad corporal y la libertad. Pueden

tratarse de bienes del mismo sujeto o de las personas con quien este tiene estrecha vinculación. A diferencia del estado de necesidad justificante, esta eximente solo se refiere a bienes jurídicos específicos acierta el profesor Pérez López (Lopez, 2016, pág. 155).

La integridad corporal comprende tanto la constitución física del cuerpo, como la salud física y mental. La doctrina concuerda en requerir que el peligro no debe ser insignificante, la amenaza a la integridad corporal debe ser de cierta entidad, por lo que no bastará, por ejemplo, con la amenaza de simples golpes En cuanto a la libertad, hay que interpretarla como la de movimiento y no la libertad general de actuar voluntariamente. Las privaciones de libertad mínimas, es decir, los encierros por poco tiempo y no peligrosos, no son abarcados. Tampoco fundamenta un estado de necesidad una privación de libertad efectuada jurídicamente por la autoridad (como es el caso de la prisión preventiva, la ejecución de una pena privativa de libertad, etc.); es distinto el caso de medidas estatales y violentas contrarias a un Estado de Derecho ROXIN (Lopez, 2016, pág. 156).

Respecto a los bienes jurídicos integridad corporal y libertad, tal como hemos indicado líneas arriba, las amenazas que representan la situación de peligro deben ser de cierta magnitud (por ejemplo, no basta el peligro de un simple arañazo o una brevísima privación de libertad); sin embargo, esto no obsta para que en el caso de la libertad deban considerarse circunstancias como la de la autodeterminación sexual respecto a la violación (que supone un riesgo para la vida e integridad corporal). La afectación a la libertad que admite un estado de necesidad exculpante debe limitarse, entonces, a sus expresiones más importantes como la libertad de movimiento o la libertad sexual GARCÍA CAVERO (Lopez, 2016, pág. 156).

El estado de necesidad parte de una situación de conflicto: la situación de necesidad. Supone una situación de peligro para uno o varios intereses que solo puede evitarse lesionando otro u otros intereses. Cabe incluir en el estado de necesidad exculpante a los peligros duraderos, que son estado de peligro amenazante que se pueden transformar en cualquier momento en un daño, sin que pueda decirse exactamente cuándo ocurrirá esto. En resumen, puede decirse que

la situación de necesidad exige la presencia de un peligro real, actual y grave de producción de un mal propio o ajeno susceptible de ser evitado mediante el ejercicio de acciones de salvaguarda idóneas ex ante que implican la lesión de un bien jurídico de otra personas, acciones en tal medida necesarias por cuanto no se tienen medios alternativos menos lesivos parafraseando (Lopez, 2016, pág. 158).

La acción tiene la finalidad de apartar el peligro y debe perseguir subjetivamente la salvación WELZEL. Este requisito debe determinarse en función de las posibilidades de actuación de las que dispone el autor en el momento concreto de la realización hecho antijurídico GARCÍA CAVERO. Ejemplos, si alguien puede, si alguien puede, solicitando protección judicial, escapar a las amenazas de aquel que lo quiere obligar a declarar falsamente, su responsabilidad no se encuentra excluida cuando declara falsamente de todas maneras. Así, raramente es posible una protección efectiva fuera del Tribunal del testigo amenazado, porque no es factible ser vigilado ininterrumpidamente (Lopez, 2016, pág. 159).

En resumen, la acción de salvación ante un peligro para la vida, la integridad corporal o la libertad solo resulta exculpada si lo injusto del resultado del hecho resulta disminuido en forma esencial por la evitación del menoscabo de los bienes que amenazaba La idea de necesidad se apoya en que no hay otro modo de superar el peligro actual amenazante. La colisión de los bienes jurídicos debe ser real y el peligro debe ser inminente. El peligro no debe ser evitable de otro modo y, la acción tomada debe ser el último recurso para salir de esa situación; la cual, objetivamente, era indispensable y apta para evitar el peligro (Lopez, 2016, pág. 159).

No obstante, se tiene una cláusula general abierta que le permite al juez incluir supuestos especiales en los que surge un deber de tolerar el peligro por razones de organización (creación del peligro) o por competencias institucionales (posiciones especiales). Resulta inaceptable que la exigencia llegue al extremo del sacrificio de la vida o integridad corporal. No es objetivo del Derecho penal imponer comportamientos heroicos (Lopez, 2016, pág. 161).

Si bien el autor del hecho antijurídico no responderá por estar en una situación de inexigibilidad los partícipes no vinculados al afectado podrán responder culpablemente por su contribución prohibida al hecho (Lopez, 2016, pág. 164).

La idea de exigibilidad descansa en la necesidad de no exigir a los ciudadanos conductas heroicas o demasiado alejadas de una planificación social razonable, para garantizarle al Estado que sus prescripciones son efectivas RUSCONI. La idea del estado de necesidad exculpante que nos lleva al tema de la no exigibilidad de otra conducta y lo que aconseja es dejar sin sanción a quien actúa en esas circunstancias, no ya solo porque el autor no sea culpable sino porque tampoco el acto realizado es desaprobado por el ordenamiento jurídico (Sánchez, 2014, pág. 737).

Los requisitos que la ciencia penal ha establecido para la verificación del Estado de necesidad exculpante citando a Reategui son los siguientes:

a) Peligro actual

Se trata de una alta probabilidad de afectación al bien jurídico. También se admite el peligro duradero, en la medida que el peligro para la vida puede devenir en actual en cualquier momento.

b) No evitable de otro modo

Debe ser la única posibilidad de salvación. La acción tiene la finalidad de apartar el peligro y debe perseguir subjetivamente la salvación.

c) Para bienes personales

Los bienes jurídicos que se encuentran protegidos son la vida, el cuerpo y la libertad. Pueden tratarse de bienes del mismo sujeto o de persona con quien tiene estrecha vinculación.

6. Conclusiones

- La culpabilidad como principio (lato sensu) y (estricto sensu) como categoría dogmática, en razón de un sujeto capaz penalmente sobre la teoría del sujeto responsable, se erige en presupuesto para afirmar delito. Legítima la imposición de una pena

- El conocimiento potencial de la ilicitud como corresponde se evalúa en la faz subjetiva, dado que, es en este estrato que se evalúa la representación del sujeto, en razón de eventuales errores. En ese sentido, la exigibilidad de otra conducta opera como principio rector del Derecho Penal y del Ordenamiento Jurídico.
- La legitimación de la imposición de pena, se realiza atendiendo además de la culpabilidad, de la lesión del bien jurídico, en atención a la necesidad social de pena, en razón de los principios de lesividad, proporcionalidad etc.
- La necesidad exculpante sobre la lógica del principio de la no exigibilidad de otra conducta, da lugar a excluir la responsabilidad del sujeto capaz penalmente, en razón de que se ve constreñido en su ámbito relativo de libertad, en consecuencia, sobre su amplia miscelánea de posibles conductas, en atención a las circunstancias concretas que duda cabe. Por esa razón, las declaratorias de exención de responsabilidad son declarativas, no constitutivas, por tanto, corresponde al juez declararlas de oficio.

7. Bibliografía

Conde, F. M. (1999). *Teoría General del delito*. Valencia: Tirant lo blanch.

Freyre, A. R. (2009). *Derecho Penal Parte General Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. Lima: RODHAS.

Lopez, J. P. (2016). *Las 15 eximentes de responsabilidad penal exhaustivo analisis doctrinario y jurisprudencial*. LIMA: GACETA JURIDICA.

Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General Teoría Jurídica del delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Sánchez, J. R. (2014). *Derecho Penal Parte General Volumen I*. Lima:
PACIFICO.