



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

sobre las causas de exclusión
de la responsabilidad penal en Cuba

Colectivo de autores



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

sobre las causas de exclusión
de la responsabilidad penal en Cuba

Colectivo de autores

Diseño de carátula: D.I. Yunisley Bruno Díaz

Edición: MSc. Liéter Elena Lamí Rodríguez del Rey

Corrección: Lic. Regla Dolores Quesada Cabrera

Dirección editorial: Dr. C. Jorge Luis León González

Sobre la presente edición:

© Editorial Universo Sur, 2017

ISBN: 978-959-257-466-3

Podrá reproducirse, de forma parcial o total, siempre que se haga de forma literal y se mencione la fuente.



Editorial: "Universo Sur".

Universidad de Cienfuegos. Carretera a Rodas, Km 3 ½.

Cuatro Caminos. Cienfuegos. Cuba.

CP: 59430

Introducción

En el proceso de enseñanza-aprendizaje de la Carrera de Derecho, son utilizados dos semestres para la impartición de la asignatura “Derecho Penal Parte General”, partiendo del principio que la forma organizativa de este proceso es la estructuración y el ordenamiento interno de los componentes personales: profesor-estudiante, y de los elementos de las disciplinas: conocimientos, habilidades, y hábitos, con vista a lograr, de la manera más eficiente, los objetivos propuestos. Las clases, consultas, los trabajos de curso, proyectos de diplomas, las prácticas y la auto-preparación de los estudiantes, son formas organizativas en los Centros de Educación Superior.

El presente texto de la asignatura se ajusta por supuesto a las formas organizativas del proceso docente educativo, para ser utilizado fundamentalmente a partir del Tema No XI hasta el XIX, donde son tratadas las Eximentes de la Responsabilidad Penal, teniendo como finalidad orientar el trabajo de los alumnos en las modalidades de curso diurno y por encuentro, relacionándose una bibliografía para ampliar los conocimientos en los temas tratados en el presente texto.

Desde el punto de vista metodológico y científico, la asignatura debe impartirse mediante unidades expositivas, las cuales, teniendo en cuenta las adecuaciones que se han realizado en los claustros que la imparten en cada Centro de Educación Superior, de conformidad con sus posibilidades y condiciones concretas, debe distribuirse del siguiente modo: al primer tema comprenderán dos unidades: la primera constituida por el estudio de la teoría en la participación y la segunda se refiere a las causas que eximentes de la responsabilidad penal.

Las conferencias; las clases encuentro; los seminarios; las clases prácticas, y las clases mixtas son las formas de docencia que mejor se avienen a las características de la asignatura. En su organización se sugiere observar la agrupación de temas por unidades antes expuesta; la mayor posibilidad de revertir los contenidos agrupados en ellos en habilidades correspondientes a los modos de actuación, por sus propias características y por el mayor grado de independencia que deben haber alcanzado los educandos, así como por la necesidad de integrar los contenidos de la primera parte del Derecho Penal General.

Lo antes dicho repercute también en el mismo desarrollo de las conferencias, orientación y utilización de la bibliografía. Pues, esas condicionantes, posibilitan que esta forma de docencia esté dirigida a la orientación de los contenidos y las acciones a realizar por el estudiante para la formación y desarrollo

de las habilidades y que pueda introducirse progresivamente la consulta de publicaciones periódicas especializadas.

Todo lo anterior permitirá el cumplimiento del objetivo general de la asignatura que es valorar críticamente los conceptos, categorías y principios fundamentales acerca de la Teoría de la responsabilidad penal, sobre la base de una concepción científica materialista y su interrelación con la Parte Especial de este subsistema jurídico, para la interpretación y aplicación de su preceptiva en la solución de los conflictos de la vida social y el desarrollo de convicciones éticas que propicien actitudes de preservación de la legalidad socialista y de defensa de nuestro proyecto social.

En los pueblos primitivos el castigo se fundaba casi exclusivamente en la llamada responsabilidad objetiva; castigándose por el resultado, el cual se extendía incluso, a los familiares del delincuente. Desde entonces la culpabilidad, como categoría dogmática, ha evolucionado paulatinamente en la medida en que lo hace la teoría del delito, aunque predomina cierta incertidumbre en relación a su contenido.

No obstante lo expresado, existe consenso en la mayoría de los estudiosos y prácticos de la ciencia penal, en estimar que toda acción y omisión, para que sea considerada delito, además de ser antijurídica y punible, el sujeto debe ser culpable, pues en caso contrario, la conducta cometida por el mismo no conlleva la imposición de una pena. De acuerdo con Rodríguez (2000, p. 32), criterio normativista al que se afilia la investigación, la culpabilidad es "la atribución, el reproche y la imputación subjetiva de un hecho antijurídico a su autor".

De conformidad con la concepción antes asumida, los elementos que deben concurrir para que se pueda apreciar son: la imputabilidad, el conocimiento virtual de la antijuricidad y las condiciones normales de exigibilidad. En cuanto al último, Soler (1992), manifiesta, acertadamente, que ha estimarse toda vez que el Derecho Penal no le puede exigir a los hombres la ejecución de una conducta heroica. En virtud de ello, el sujeto que reúne las características que fundamentan el juicio de reproche puede quedar exento de responsabilidad cuando se determine que, debido a las circunstancias concurrentes, no corresponde exigirle que actuase en forma distinta a como lo hizo.

Entre las aludidas excepciones se encuentra la eximente del miedo insuperable. Dicha figura se considera como tal, 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.

Quirós Pérez (2002), alega que el miedo insuperable como eximente independiente, se ha manifestado en el desarrollo del concepto jurídico de violencia, cuyo origen se halla en la institución romana de la *vis*.¹ Al Roma dominar el mundo antiguo occidental, su Derecho fue acogido por diversos ordenamientos jurídicos entre los que se encuentra España, el cual se extiende posteriormente a Cuba, por ser su colonia y estar bajo su dominación, en donde se regula desde entonces dicha causa de inexigibilidad.

El actual Código Penal cubano² al regular la referida eximente en algunos casos es omiso y, en otros, es contradictorio, por lo cual existen limitaciones al momento de reconocerla como una causa de inexigibilidad. Las dificultades se concentran en torno a los elementos que la han de integrar para que pueda ser reconocida: la existencia del miedo que ha de inducir al sujeto a obrar de una determinada forma, y al mal como causante del citado miedo.

En cuanto al miedo, de conformidad con la ley penal sustantiva, ha de ser insuperable, lo cual es imposible establecerlo. No se puede medir su cuantía para determinar qué tan grave e intenso es, por lo menos no cuantitativamente. Es el tribunal al que corresponde hacer una valoración cualitativa sobre este. Para lograr lo anterior analiza si el sujeto pudo o no sobreponerse al miedo, valoración extremadamente relativa, toda vez que representa un estado psicológico personal, determinado por factores subjetivos, por cuanto no todas las personas son igualmente susceptibles de sentir con la misma intensidad sus efectos.

En consecuencia, establecer la aludida magnitud es una cuestión complicada, para lo cual el órgano judicial sigue varios criterios: el objetivo y el subjetivo. Según el primero, será insuperable aquel miedo que no puede ser vencido por el hombre medio o común. Para el segundo, la insuperabilidad se determina de acuerdo al caso concreto y al hombre concreto.

¹ Término traducido como violencia y utilizado en oposición al de *ius*. En su origen fue limitado a la violencia física, más tarde, por el progresivo proceso de subjetivización que se llevó a cabo en la esfera de la responsabilidad jurídica, se amplió para comprender tanto la violencia física, la *vis absoluta*, como la violencia moral, la *vis relativa*. Lo expresado se debió a que los efectos de una y otra eran idénticos, la anulación de la voluntad del sujeto actuante y su suplantación por la del sujeto que ejerció la violencia. En una etapa posterior la *vis relativa* se identificó, en el terreno del Derecho Penal, con la coacción, entendida en dos sentidos, como particular comportamiento delictivo y como modalidad de exención de la responsabilidad penal. Esa concepción favoreció la extensión de su contenido y por ende al proceso de modificaciones que se materializó tanto en el ámbito legislativo como en el teórico (Quirós Pérez, 2002b).

² En el artículo 26.1. se establece que “está exento de responsabilidad penal el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal ilegítimo, inmediato e igual o mayor que el que se produce”. República de Cuba. Ministerio de Justicia, 1987), con las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio del propio año, publicado en la Gaceta Oficial No. 6 de 26 de junio de 1997.

Debido a la exigencia del requisito anteriormente señalado, a veces, el órgano jurisdiccional asocia el miedo insuperable al pánico y sin embargo no son lo mismo. El miedo insuperable provoca que en el organismo se desencadenen síntomas que producen una inminente sensación de pérdida de control que supera la voluntad del sujeto y debilita su seguridad. Sin embargo, el agente no pierde su capacidad cognoscitiva y comprende la naturaleza de sus actos. Mientras 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.

En cuanto el mal como causante del miedo insuperable, según el Código Penal cubano ha de ser inmediato. En consecuencia el órgano judicial exige que este ha de constituir una situación de peligro que por su estado de desarrollo y circunstancias, esté próximo a materializarse el daño. Sin embargo, se ha de valorar si el criterio causal, en el que la inmediatividad del mal temido se concibe como un nexo de causa y efecto, también ha de apreciarse.

El Código Penal exige que exista proporcionalidad entre el mal causado y el mal temido. Por tanto, el juez tiene que compararlos, lo cual no es siempre fácil de compatibilizar, realizándolo según su criterio particular. Además, es irracional pretender que el sujeto que se encuentra en un estado emocional al cual no puede dominar ni oponerse, calcule el alcance de sus acciones. La exigencia del aludido requisito oscurece el sentido de la norma.

El tema de la realidad o no del mal temido es otra de las cuestiones suscitadas. De lo que se trata es de determinar si tiene que ser un fenómeno realmente existente en el medio objetivo o si también puede admitirse que sea imaginario, es decir, supuesto. En algunas ocasiones en la práctica judicial se ha requerido que sea cierto a pesar de que el Código Penal no lo exige, si bien dicho criterio es insatisfactorio por su incompatibilidad con la naturaleza eminentemente subjetiva de la eximente.

La ley penal sustantiva tampoco prevé que el mal temido sea grave, sin embargo la práctica judicial lo exige. Por lo que se basa en que solo un peligro grave, poderoso, puede originar la intensidad del miedo capaz de eximir de responsabilidad penal. No obstante, si se tiene en cuenta que la naturaleza de la eximente es subjetiva, habrá que valorar si en realidad la cuestión en examen alude o no a que el mal sea grave en sí mismo, o ha de ser lo suficientemente poderoso para cohibir la voluntad del agente, impidiéndole racional y naturalmente sobreponerse a él.

De acuerdo a las limitaciones existentes en la ley al momento de regularse la eximente objeto de análisis, el órgano judicial en ocasiones identifica el

miedo insuperable como una causa de justificación, y en otras, como una causa de inimputabilidad. Determinar dicho particular es importante, pues los efectos jurídicos que se derivan de su reconocimiento no son los mismos. Cuando media una causa de justificación la exención de responsabilidad se extiende a todos los que han intervenido en el hecho justificado, por cuanto contribuyen a la realización de un acto lícito; por lo demás, no se les exige responsabilidad civil, lo cual no sucede en el resto de las eximentes.

De igual forma, al no existir claridad en relación a los aspectos previamente expuestos, a veces, sucede que el tribunal no aprecia la eximente del miedo insuperable cuándo debería hacerlo, motivo por el cual su apreciación es casi nula. Por lo que resulta indispensable precisar cuándo y en qué supuestos una conducta que reviste caracteres de delito no le es exigible a su autor, y por ende, reprochable.

Debido a lo expresado, se infringe el principio de seguridad jurídica, al ser uno de sus aspectos esenciales el que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, lo que implica para el Derecho Penal la existencia de una ley que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado. Además, en los pronunciamientos del órgano judicial se produce falta de certeza jurídica, lo cual produce la sustitución de una norma por otra.

Tales cuestionamientos alcanzan mayores niveles de complicación al no existir claridad en cuanto a los presupuestos teóricos prácticos que han de darse para que se pueda reconocer la eximente del miedo insuperable, más aún si las diferentes formulaciones doctrinales dedicadas a puntualizar el cuándo, no logran solucionar la problemática existente. Por lo cual urge elaborar una formulación legal en la que se describa cada uno de los rasgos que han de caracterizar la causa de inexigibilidad objeto de análisis.

En cuanto a los estudios existentes en relación al tema, se aprecia en la dogmática contemporánea un amplio desarrollo en países como Alemania, España y Argentina. Resaltan autores como Roxin (1997), con el texto *Derecho Penal, Parte General*; MIR PUIG con el texto *Derecho Penal*; y Zaffaroni (2002), con su *Tratado de Derecho Penal*.

Por su parte, la doctrina cubana ha tratado escasamente el tema. No obstante, resalta García González (2008). Si bien su objeto de investigación difiere del que se analiza, se pronuncia en relación a un tema cuyo fundamento sirve de base para resolver una de las consecuencias que se derivan de la problemática existente en torno a la eximente del miedo insuperable.

Otras investigaciones son las correspondientes a Quirós Pérez (2002), con su *Manual de Derecho Penal General*, tomo II, en el cual se abordan aspectos puntuales, sin profundizar en demasía en la problemática existente. Los artículos *La culpabilidad ¿un concepto en crisis?* y *A propósito de la crisis en el concepto de culpabilidad*, de Rodríguez Pérez (2000) en los que se tratan aspectos puntuales en torno a la culpabilidad, los que sirven de fundamento, sin analizar las cuestiones controvertidas relacionadas con el objeto de investigación.

Por último resaltan los textos de Pérez González titulados *Manual de Psiquiatría Forense* (2005) y *Psicología Derecho Penal y Criminología* (2015). Ambos, de enfoques eminentemente psiquiátricos, unidos a los citados con anterioridad, constituyen la fuente de consulta de la cual se provee la investigación, utilizada además como precedente investigativo y de referencia, al acogerse, por coincidir con algunas de las recomendaciones que formula.

La actualidad de la investigación es ostensible toda vez que urge formular los presupuestos teóricos prácticos que han de darse para que se pueda reconocer la eximente del miedo insuperable como una causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal. Con ello se contribuirá a una correcta regulación en el Código Penal de la referida eximente, eliminándose las limitaciones que padece, lo cual dotará al órgano judicial de un instrumento eficaz que le permita dictar fallos acordes a derecho.

En la ciencia, en sentido general, el conocimiento actual cancela todo el conocimiento del pasado y ocupa su lugar. El conocimiento futuro convertirá en anticuado el conocimiento presente, el cual es por el momento el más aceptable (Valdés Menocal, 2004). Por ello en el presente trabajo se concretan una serie de consideraciones que propiciarán un proceso de reflexión sobre la culpabilidad como concepto básico de la Teoría del Delito y su fundamento material. Lo anterior favorecerá la vía para el tratamiento de la exigibilidad y por tanto de las causas de inexigibilidad.

En correspondencia con lo expresado, es objetivo de la presente texto es determinar los presupuestos teórico-prácticos que han de concurrir para que se pueda reconocer la eximente del miedo insuperable, a partir de la inclusión de dicha exigencias en la Parte General del Código Penal, lo cual permitirá determinar si, debido a las circunstancias concurrentes, corresponde exigirle al sujeto que actuase en forma distinta a como lo hizo.

Capítulo I. El fundamento jurídico de la inexigibilidad de otra conducta acorde a derecho

Esp. Yoruanys Suárez Tejera
Lic. Caridad Castro González

1.1. La inexigibilidad a partir del contexto histórico-socio-jurídico en el que se ha desarrollado su reconocimiento por la dogmática penal

El reconocimiento de la inexigibilidad ha estado condicionado por las diversas concepciones adoptadas por la dogmática penal en torno a la culpabilidad como categoría sistémica de la teoría del delito y dentro de esta, de las condiciones normales de exigibilidad. Por ello, la valoración que se realice en torno al contexto histórico-socio-jurídico en el que se ha desarrollado, debe efectuarse al mismo tiempo en el que se analiza el de las instituciones antes referidas.

En relación al inicio o surgimiento de la culpabilidad, como fenómeno jurídico en sí, según Rodríguez Pérez de Agreda (2009), se encuentra en el Derecho Romano a finales del siglo XVIII.³ Para el aludido autor, en la medida en que la formación económica – social y feudal se implementó en el mentado sistema, apareció la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpabilidad,⁴ para luego retornar nuevamente, con la llegada del iluminismo,⁵ la imputación o culpabilidad subjetiva.

Desde entonces la culpabilidad se desarrolla a través de los siglos hasta llegar a los modernos derechos penales, en los cuales rige el principio de culpabilidad con amplitud, formulado por la frase latina *nullum crimen sine culpa*.⁶ En tal sentido, existen diversas teorías o concepciones que han trata-

³ El Derecho Romano rigió a los ciudadanos de Roma y, con posterioridad, aquellos instalados en distintos sectores de su Imperio, en un momento histórico cuyo punto de partida se sitúa a la par de la fundación de Roma en el 753 a. c. y se extiende hasta mediados del siglo VI d. c., época en que tiene lugar la labor compiladora del emperador Justiniano I, conocida desde el Renacimiento como *Corpus Iuris Civilis* (Panero, 2008).

⁴ La caída del imperio Romano en el año 476 a.n.e representó un retroceso en la concepción de culpabilidad, donde se retorna a la responsabilidad objetiva (Plascencia Villanueva, 2000).

⁵ Iluminismo, movimiento filosófico del siglo XVIII, especialmente de Francia, que afirmaba el poder ilimitado de la razón para gobernar el mundo de los hombres y dirigir sus vidas, por lo que denegaba del pensamiento histórico.

⁶ Se traduce como, no hay pena sin culpabilidad. En un inicio se desprende del Principio de Legalidad, no hay pena sin ley previa, no hay pena sin culpa. Se supone que solo pueden ser responsables los humanos con vínculos psicológicos con el evento y que la pena se impone individual al sujeto imputable.

do de definirla, estableciéndose dos direcciones fundamentales: la psicológica y la normativa.

Teoría psicológica de la culpabilidad

En la segunda mitad del siglo XIX surge la llamada concepción psicológica de la culpabilidad conforme a Jescheck (2003), la cual es coherente con las premisas metodológicas, de impronta naturalista, que prevalecen bajo la influencia del positivismo Científico⁷ y asimismo, con la noción de delito vigente para entonces en el seno de la ciencia penal. Entre los representantes de esta teoría se encuentran Von Liszt (1927); y Von Beling (1944). Para el primero la culpabilidad comprende la relación subjetiva entre el acto y el autor. Mientras que para el segundo es la relación del autor con el resultado.

La aludida teoría, según Reinhard (2002), se encuentra orientada hacia el predominio del pensamiento mecanicista y del denominado dogma causal, convirtiéndola en una simple conexión subjetiva, simultánea y paralela al nexo de atribución objetiva. De conformidad con lo expresado, la culpabilidad constituye una concepción formal (Righi, 2003)⁸ que se detiene en el estado mental del autor del delito, sobre la base de aquellos hechos que pudieran ser reconocibles por medio de la observación y accesibles a una descripción. Por tanto, según lo descrito, equivale a una determinada relación con el resultado, apreciada desde el prisma causal y con absoluta neutralidad descriptiva. Con dicha perspectiva, la referida categoría se limita a determinar desde el aspecto psicológico, es decir, en forma puramente descriptiva, las relaciones anímicas existentes entre el autor y el hecho cometido por él.

Bacigalupo (1996), manifiesta igualmente, que para el pensamiento psicologista la afirmación de la culpabilidad precisa la comprobación de que la voluntad del autor es causal del hecho ilícito por lo cual el dolo y la culpa son especies de la culpabilidad y presuponen la imputabilidad del autor. Por ende es aceptado el criterio de Righi (2003), al plantear que el juicio de culpabilidad no se hace depender de una valoración, sino de la constatación de la existencia de un nexo psicológico entre el hecho y su autor.

⁷ Corriente filosófica que fue fundada sobre hechos positivos y empíricos. Para el positivismo solo es científico lo que puede verificarse por medio de la experiencia (Quiroz Pirez, 2002b).

⁸ Para la referida corriente el texto legal era la realidad, empleándose la lógica para inferir conceptos. Lo expresado dio lugar al surgimiento de una dogmática basada en el método deductivo, estrictamente ligada a la interpretación de los textos legales, que necesariamente generó una concepción formal del delito, pues fueron desdeñadas tanto las valoraciones de la Filosofía como de la Psicología y la Ética (Righi, 2003).

No obstante lo expresado, lo esencial de la referida teoría es que reúne en la culpabilidad los elementos subjetivos del delito, toda vez que considera la imputabilidad como presupuesto, por lo cual para poder determinar si una persona obró con dolor o culpa es requisito previo determinar si es o no imputable (Coromas Zayas, Ramos Smith & De la Nuez, 1987, p. 409). Al distinguir la relación psicológica como el dolo e imprudencia, sin contenido valorativo alguno, se establece que la comprobación de dichos momentos psíquicos es lo trascendental a los efectos de declarar la culpabilidad (García González, 2008).

De la culpabilidad psicológica entendida como conciencia y voluntad del agente orientado a obtener un evento, se derivan determinadas consecuencias. Entre ellas, se aprecia que la pena se impone individualmente al sujeto que realiza el acto, lo que evidencia la responsabilidad personal e intransferible. Otra, es que la atribución se limita al acto realizado, es decir, responsabilidad por el hecho.

Lo señalado constituye un mérito de la concepción subjetiva, si bien se le ha de criticar varios desaciertos. Righi (2003), señala, acertadamente, que por lo expresado, la teoría objeto de análisis, no permite explicar la ausencia de culpabilidad de los inimputables, como tampoco la inculpabilidad de quienes obran coaccionados⁹ o se encuentran en situaciones de necesidad por colisión de bienes de igual valor.

Soler (1976), realiza otras objeciones, algunas de ellas coincidentes con las expresadas. La primera radica en que considera inexacto que en todos los casos de culpabilidad se dé efectivamente una relación psíquica entre el autor y el hecho. De conformidad con su criterio, en la llamada culpa inconsciente¹⁰ no existe evidentemente ningún vínculo espiritual entre el sujeto y el resultado, y además, tampoco se aprecia ninguna comprensión de la antijuridicidad o criminalidad de la conducta. Lo que se reprocha al agente comisor del delito es justamente la circunstancia de que no haya existido esa relación psíquica, que le habría permitido evitar el resultado dañoso.

⁹ Según Zaffaroni (2002, p. 745) se “denomina coacción al supuesto en que la necesidad tiene origen en amenazas provenientes de una conducta humana dolosa, es decir, con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad, se verá que el autor de la coacción realiza una conducta típica y el que obra coaccionado puede ampararse en un estado de necesidad. Puede que una y otro no coincidan, puesto que la conducta típica de coacción se consuma cuando se hace uso de las amenazas con el elemento subjetivo de obtener la colocación de otro en estado de necesidad, independientemente de que se lo logre, siempre que haya tenido idoneidad para lograrlo”.

¹⁰ La expresión culpa inconsciente pertenece a la doctrina, y puede ser inadecuada frente a un sistema estrictamente fundado en el principio *nulla poena sine culpa*. En todo caso, ella resulta equívoca, sea cual sea la doctrina, si es que con ella se quiere mencionar o postular una forma de culpabilidad estrictamente desprovista de todo sustrato reprochable (Soler, 1992).

La segunda objeción que realiza consiste en que, según su criterio, no es preciso establecer que en el que obra bajo coacción no exista, desde el punto de vista psicológico, ningún vicio volitivo. La voluntad del coacto, de acuerdo con lo expresado, es en sí misma normal, lo que no es normal es su motivación, pues el sujeto se halla sometido a la influencia de motivos excepcionales.

Si se tiene en cuenta que para la teoría psicológica los elementos de la culpabilidad son la relación psíquica con el hecho y la conciencia de la antijuridicidad, entonces no puede explicar la ausencia de culpabilidad en el caso de la coacción, según se explicó antes. El que obra coaccionado realiza un acto voluntario y sabe que esa conducta es antijurídica. La única diferencia que puede existir entre el coacto y el que obra con dolo es la calidad de los motivos que lo condujeron a la acción, motivos que no son tenidos en cuenta por dicha concepción.

La tercera objeción que relaciona consiste en considerar que no es exacto afirmar que la imputabilidad es siempre un presupuesto psicológico de la culpabilidad, ya que la inimputabilidad por la edad no se establece psicológicamente, sino normativamente, y son razones culturales las que la determina.

Para Roxin (1997), se trata de una presunción irrefutable de inimputabilidad, que denomina una gran ficción. Constituye una regulación de exclusión de la responsabilidad que se basa en que el niño todavía no es normativamente asequible o bien en que no existe ninguna necesidad preventiva de punición. La exclusión de la responsabilidad se halla en el Derecho material, en tanto la minoría de edad penal, procesalmente, no conduce a la absolución, sino a un sobreseimiento del proceso.

La cuarta de las objeciones consiste en que la teoría objeto de análisis deja sin solución los casos más típicos de obediencia debida. De acuerdo con Soler (1992), la referida eximente no constituye una causa de justificación, entre otros motivos porque de lo contrario no podría admitirse legítima defensa contra un delito realizado por obediencia al superior. La teoría psicológica no puede resolver el problema sino a través de la excusa al inferior en virtud del error, o excepcionalmente de la coacción, lo cual evidencia que se diluye esa causa de impunidad en otras.

De acuerdo con la quinta objeción si la culpabilidad no fuera más que una relación psíquica entre el autor y el hecho, que incluye el conocimiento de la antijuridicidad, es evidente que no sería susceptible de graduación. Una vez que se sabe que el sujeto quiso el resultado, hay dolo. Mientras que cuando se afirma que el individuo previó la posibilidad del resultado, sin quererlo, hay

culpa. De esa forma no se puede distinguir si hay mayor o menor culpabilidad en un hecho, de lo que se deriva que no se aprecie como criterio para establecer la medida de la pena, aunque pueda ser su fundamento.

Por tanto, según lo expresado, el error de la concepción psicológica se basa en la falta de consideración de los elementos individuales de la culpabilidad, tales como la imputabilidad y las circunstancias bajo las cuales es ejecutado el hecho. Por lo cual no concibe tampoco la inexigibilidad como una causa en la que falta la culpabilidad.

Teoría normativa de la culpabilidad

Por errores propios del momento en el que surge el concepto psicológico sobre la culpabilidad, el mismo presentó determinadas imperfecciones que no le permitieron vencer su comprobación en la práctica, originándose la teoría o concepción normativa, la cual aparece en el siglo XIX (Rodríguez Pérez de Agreda, 2009).

Las insuficiencias destacadas anteriormente, en contra de las ideas defendidas por el psicologismo, son las que determinan las principales características de la actual teoría. En esta no se evidencia una posición uniforme entre los autores que la sostienen, pues dentro de ella se desarrollan diferentes corrientes, la neokantiana, la finalista y la funcionalista, si bien se aprecian coincidencias.

a. Concepción normativista neokantiana

El alejamiento del Positivismo Científico y el viraje hacia el Neokantismo¹¹ que se inicia a finales del siglo XIX, conducen a que en el Derecho Penal, en lugar del método de las ciencias naturales consistente en observar y describir, apareciera un método propio de las ciencias humanas consistente en comprender y valorar.¹²

En el transcurso de dicha evolución, la interpretación psicológica de la culpabilidad fue sustituida por una concepción normativa, de la cual es fundador Reinhard, quien establece la tesis de la imputabilidad como elemento de la culpabilidad.

¹¹ El Neokantismo constituyó una corriente idealista surgida en Alemania, con el lema Vuelta a Kant, difundiéndose posteriormente en Francia, Italia y Rusia (Vera Toste, 2003).

¹² Luego de dos decenios de la aparición del Tratado de Von Liszt en 1881, el cambio de siglo trajo aparejado una nueva fase del pensamiento jurídico-penal. El impulso se produjo por el influjo de la filosofía neokantiana basada en un fortalecimiento de la idea de que del campo del ser no puede derivarse ningún deber ser; es decir, que jamás pueden hallarse criterios normativos para la valoración de la realidad por medio de un análisis empírico de la misma (Camaño Viera, & Donnagelo, 1997).

Reinhard (2002), rechaza la concepción psicológica que reduce el concepto de la referida categoría íntegramente a una relación psíquica del autor con el hecho. A su criterio, en la medición de la culpabilidad gravitan otros factores más allá del dolo y de la culpa, a los cuales denomina circunstancias concomitantes, atribuyéndoles la aptitud no solo de disminuirla, sino incluso la de llegar a excluirla.

En cuanto a las circunstancias concomitantes a las cuales, en un inicio, reconvierte en motivación normal, posteriormente considera que son en última instancia un medio para determinar el grado de exigibilidad. Por tanto, según su criterio, la imputabilidad no consiste en una mera capacidad de culpabilidad, entendida a título de eslabón previo. Así mismo, tampoco constituye un presupuesto, sino una parte integrante de la misma, a la cual pertenece (Reinhard, 2002) .

Finalmente, junto a la imputabilidad y a las circunstancias concomitantes, Reinhard (2002), le reconoce al dolor y a la culpa su condición de elementos de la culpabilidad, tal y como se mencionó antes, sustentados, al igual que en la concepción psicológica, en una determinada y concreta relación psíquica con el hecho, que el autor se representó o hubiera debido representarse. Por ello, un supuesto en el cual no hay dolo, sino imprudencia, se valora con rasgos de menor severidad.

Según dicha tesis, los tribunales deben medir la culpabilidad de acuerdo con las circunstancias concomitantes. Por lo que hay casos en los cuales el incremento o la disminución de la pena no se pueden explicar de forma diferente, a excepción de aquellos donde se considera que el legislador ha tomado en cuenta tales circunstancias como un patrón para la culpabilidad.

Entre tanto la culpabilidad para Mezger (1955), es la suma de requisitos que fundan un reproche contra el autor y muestran al hecho como expresión jurídicamente desvalorada de la personalidad del autor. Constituye una relación psicológica, que se determina como contraria al deber y reprochable, mediante la valoración jurídico-penal. Este concepto se integraba, junto al dolo y la culpa, con la imputabilidad y la ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad (Zaffaroni, 2002).

Dentro de la misma orientación normativa, Goldschmidt, citado por Fernández (2000, p. 209), parte de la base de que al lado de cada norma jurídica existe otra de deber, que es la que determina la motivación e introduce igualmente el concepto de exigibilidad. Considera que la base del reproche está en *“el no hacerse motivar por la representación del deber a pesar de la exigibilidad; es*

contrariedad al deber o reprochabilidad. Culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable”

Sin embargo, dicho concepto de exigibilidad, limitado a la norma de deber, no es compartido por Freudenthal, citado por Fernández (2000), quien relaciona por vez primera la exigibilidad con el poder actuar de otro modo. En definitiva, se trata de un criterio individualizador, ya que el poder de actuación diferente se determina según las circunstancias del caso concreto. Lo expresado permite extender la exigibilidad más allá del ordenamiento jurídico, al posibilitar de este modo la inclusión de causas supra-legales de exculpación, ya que puede extenderse el ámbito de aplicación de las causas de exclusión de la culpabilidad.

Los dos aspectos fundamentales de esta postura son objetados por Schmidt, citado por Paredes Vargas (2002). A su juicio la no exigibilidad no constituye una causa supra legal de exclusión de la culpabilidad, sino que el legislador debe precisar en qué casos ha de ser tenida en cuenta, aspecto que se comparte, según se analizará posteriormente. Por otra parte entiende que ha de medirse conforme a módulos objetivos, pues solo cuando, dadas las circunstancias, puede concluirse que cualquiera otra persona¹³ habría actuado como lo ha hecho el autor, se dará una situación de no exigibilidad que impedirá la formulación del juicio de reproche expresivo de la culpabilidad.

Todas las causas de inculpabilidad son supuestos de inexigibilidad de otra conducta adecuada al derecho. Pero la inexigibilidad no es una causa de inculpabilidad, de naturaleza supra-legal, sino el común denominador, género o naturaleza última de todas las causas de inculpabilidad (Zaffaroni, 1988).

En relación al segundo aspecto, Righi (2003), arguye que para el Derecho Penal la exigibilidad es la base central de la culpabilidad. Actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo. Dicho elemento supone que de conformidad con las circunstancias del caso concreto, en el momento del hecho se podía exigir al sujeto la observación de una conducta diferente. Las causas de inculpabilidad que lo neutralizan son circunstancias cuya concurrencia determinan que no deba formularse reproche al autor, porque no se le podía exigir otra conducta, como sucede en los casos de estado de necesidad disculpante, coacción y obediencia (Soler, 1992).

Para Roxin (1981), el no poder actuar de otro modo no aclara nada acerca de las causas de exclusión de la culpabilidad. Lo decisivo, según su criterio, no es el

¹³ Entiéndase cualquier otra persona, según su criterio, al hombre medio.

poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación

El sujeto tal y como inquiera Roxin (1981), siempre tendrá más de un opción, aunque limitada. Es decir, podrá escoger entre actuar de un modo u otro. Lo que sucede es que en el caso concreto, de conformidad con las circunstancias existentes, al mismo no se le podrá exigir que actúe de forma diferente a como ha decidido hacerlo. Tener más de una posibilidad de actuación no se contrapone al criterio de inexigibilidad de una conducta acorde al derecho.

En conclusión, la concepción neokantiana de la culpabilidad corresponde a una etapa de transición, la cual, aunque no supone un cambio radical, genera innovaciones al sistema positivista. Las cuales se sintetizan en la sustitución de un método que utilizaba la observación y la descripción por otro basado en la comprensión y la valoración, es decir, más acorde con las ciencias del espíritu. Además incorpora un esquema teleológico orientado a lograr que el Derecho Penal alcance determinados fines, con desmedro de la coherencia del sistema (Righi, 2003).

La teoría se desarrolla sobre la idea de la existencia de una causa supra legal de exclusión de la culpabilidad asentada sobre la noción de inexigibilidad, bajo el criterio de la reprochabilidad, lo cual permite fundamentar la ausencia de culpabilidad en los casos donde se presenta la relación psicológica entre el hecho y el sujeto. El reproche de la imprudencia, por su parte, no se dirige contra el concepto negativo de falta de representación del resultado, sino como falta de atención demostrada por el autor en el cumplimiento de un deber de cuidado.

Además, el dolor y la imprudencia continúan incluyéndose en el plano sistémico de la culpabilidad, como formas o elementos de la misma, lo cual constituye blanco de crítica de la teoría finalista según se analizará seguidamente. En consecuencia, para que alguien pueda ser reprochado por su conducta de acuerdo a la referida teoría, se exigen tres requisitos: la capacidad de ser culpable del reproche, es decir, la imputabilidad; una relación psicológica, entendiéndose dolo y culpa y, la normalidad de las circunstancias concomitantes.

b. Concepción normativista finalista

La doctrina finalista,¹⁴ cuyo fundador y más autorizado representante es Welzel (1970), comenzó a elaborarse en la década del treinta del siglo XX y obtiene

¹⁴ La teoría de la acción final se origina con una crítica elaborada en 1931 por Welzel al concepto de acción que se había mantenido hasta entonces en la teoría del delito. Esta se caracterizaba, en líneas generales, por reducir al mínimo los componentes psíquicos de la acción, identificándola con un fenómeno natural-causal de, ahí el calificativo de causalista. De manera que toda acción productora de un resultado previsto en la ley sería típica, independientemente de la voluntad del agente.

su máximo desarrollo a partir de la terminación de la segunda guerra mundial (Rodríguez Mourullo, 1996).

La fundamentación ontológica del concepto de delito realizada por dicho autor condujo, según Jescheck (2003), a que el dolo típico y la lesión objetiva del deber de cuidado, en el caso de la imprudencia, fueran extraídos del concepto de culpabilidad y atribuidos al tipo de injusto. En el concepto permanecieron únicamente auténticos elementos normativos: conciencia de la antijuricidad y exigibilidad de la conducta adecuada a la norma.

De conformidad con lo explicado, es apreciable que para Welzel (1970), la culpabilidad es responsabilidad del autor por su determinación antijurídica la cual no llega a explicar cómo puede fundamentarse la responsabilidad del culpable por su decisión de cometer el hecho. En tal sentido, Jescheck (2003), plantea que es imposible conocer de qué forma la persona evita el delito y utiliza en efecto su autocontrol con la finalidad de actuar conforme a Derecho.

Lo más importante del modelo de Welzel (1970), conforme a Righi (2003), es que al partir de una fundamentación ético social del Derecho Penal, en un marco global de redimensionamiento de los valores, generó un proceso de etización del Derecho Alemán en el contexto de posguerra. Ello condujo a la revalorización de la teoría retributiva¹⁵ por la adopción de un modelo en el que la culpabilidad no solo fue apreciada como presupuesto, sino también como fundamento y medida de la pena.

Welzel (1970), es del criterio que el reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, lo cual no es un sentido abstracto de que algún hombre en vez del autor, sino que concretamente dicho hombre habría podido en tal situación, estructurar una voluntad de acuerdo a la norma. Se trata de un juicio de reproche personalizado, y como tal, deben ser atendidas las circunstancias dentro de las cuales el sujeto actuó. En esas circunstancias comienzan a jugar las posibilidades de actuación distinta del sujeto, determinándose qué es lo que se puede esperar de él.

En conclusión, entendida según lo expresado, la teoría finalista centra su contenido sobre tres núcleos temáticos: la imputabilidad, la posibilidad de la conciencia de la antijuricidad, es decir, cognoscibilidad de la norma de prohibición y, la falta de especial situación de necesidad. Dichos núcleos hacen exigible una resolución de voluntad conforme a derecho. No obstante, al

¹⁵ Sobre la base de la tradición iluminista se asienta, a mediados del siglo XIX, la influencia del idealismo alemán. El punto de vista central de dicha corriente es la teoría retributiva de la pena que apoyada en la idea del talión procura establecer la medida justa de la sanción y con ello el límite de la legitimidad de la misma. La pena debía despojarse, por lo tanto, de toda finalidad preventiva o correccional (Bacigalupo, 1996).

igual que la concepción antes analizada, el reproche puede ser dispensado cuando existan circunstancias que influyan fuertemente sobre la motivación de la misma, en cuyo caso se habla de inexigibilidad de otra conducta que exculpa el juicio de valor.

c. Concepción normativista funcionalista

El funcionalismo¹⁶ comienza a tener auge como una vertiente radicalizada dentro de la concepción normativa de la culpabilidad a finales de los años sesenta del siglo XX, cuyos máximos exponentes son Roxin y Günther. En la mencionada corriente de conformidad los juicios valorativos y los fines del Derecho Penal desempeñan un importante papel. Por lo cual, las categorías del delito se estudian a partir de su función político-criminal.

La culpabilidad al estar orientada a la necesidad preventiva de la pena, no se apoya en la posibilidad de actuar de otro modo, sino en las necesidades de prevención general o especial. Por tanto, la intervención punitiva en caso de injusto solo se justifica político-criminalmente; es decir, en función de una simple necesidad preventiva, donde la medida de la culpabilidad solo sirve como límite, por lo que no sería necesario que la pena alcanzase siempre ese límite.

Zaffaroni (1988), resalta que Roxin (1997), desarrolla su concepción de la culpabilidad derivada de su teoría de los fines de la pena y la concibe como el merecimiento de pena. Alega que siempre que alguien, por cualquier razón, no pueda evitar el injusto típico que ha realizado, no tiene objeto castigarlo. Lo manifestado es incuestionable, pues en cualquier teoría de la pena no puede pretenderse castigar una culpabilidad inexistente.

La labor desarrollada inicialmente por Roxin (1997), fue radicalizada por Jakobs (2000). Dicho autor extrema la idea de normativizar la culpabilidad al construir un concepto que no es propio de dicha categoría, pues su sentido etimológico y corriente no es posible reconocerlo en él. Además lo hace por una vía meramente deductiva y, por ende, no se nutre con ningún dato no jurídico: es una culpabilidad jurídica con contenido jurídico, aunque en realidad es un concepto jurídico construido de acuerdo a un objetivo político (Zaffaroni, 1988).

Si se trata de una situación especial, no susceptible de generalización, se ha de exculpar al sujeto por su actuar contrario a la norma. Pero si la exculpación perturba el orden establecido, sea porque hay que temer la extensión

¹⁶ El funcionalismo jurídico-penal es la teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad (Jakobs, 2003).

de la situación, o debido a que se eluden los procedimientos previstos para la solución de conflictos, la observancia de la norma es exigible.

En síntesis, en las corrientes funcionales preventivistas pueden reconocerse dos modelos en cuanto a la construcción de la culpabilidad. Un primer modelo complementario correspondiente a Roxin (1997), que se conoce como funcionalismo moderado, en el que la citada categoría constituye un límite a la prevención. Un segundo modelo de reemplazo, formulado por Günther, correspondiente al funcionalismo radical, en el cual se prescinde de ella, toda vez que la prevención se limita a sí misma.

Soler (1992), plantea además que los puntos fundamentales en la concepción normativa de la culpabilidad son tres. En primer término, es una situación de hecho, pero jurídicamente valorada desde afuera. En segundo término, es reprochabilidad por una reprobada decisión de la voluntad, y, en consecuencia, por la acción misma. En tercer y último término, la reprochabilidad de la conducta antijurídica se basa en la exigibilidad de otra conducta, es decir, de una conducta adecuada a Derecho.

En conclusión, la diferencia conceptual entre ambas teorías radica en que: para el psicologismo la culpabilidad se agota totalmente en el dolo y la culpa. Mientras para el normativismo, la simple relación psicológica entre el sujeto y su actuar no basta para dar por establecida la culpabilidad. Además, ha de ser reprobatorio el juicio de valor que se emita sobre la motivación psíquica del acto ejecutado por el sujeto.

La concepción psicológica al considerar la culpabilidad tan solo como relación de carácter psíquico entre el autor y su obra, prescinde de toda referencia al terreno de lo normativo por lo que no reconoce la existencia de una noción como la de no exigibilidad únicamente alcanzable, precisamente, en términos normativos. Por lo que surge en esta última, al estimarse la reprochabilidad como criterio para determinar si el sujeto es o no merecedor de pena.

De lo anteriormente expresado se deriva que la inexigibilidad como la base central de la culpabilidad supone que de conformidad con las circunstancias del caso concreto, en el momento del hecho no se le podía exigir al autor la observación de un comportamiento distinto. Conforme lo analizado antes, el fundamento de la inexigibilidad de una conducta es la falta de libertad y de motivación del sujeto, en tanto, no se le puede exigir que actuara de otra forma por dichas causas.

1.2. La ausencia de libertad de decisión o de voluntad

Uno de los fundamentos en los que se sustenta la inexigibilidad de una conducta es la ausencia de libertad o de voluntad. Tema muy controvertido que ha suscitado diversidad de criterios.

a. Concepto de libertad de decisión o de voluntad.

De acuerdo con Plascencia Villanueva (2000), un aspecto importante en la teoría de la culpabilidad consiste en determinar si la responsabilidad deriva de una cuestión personal o bien de un hecho. De acuerdo con lo anterior, si la voluntad es plenamente relevante para obtener el resultado prohibido o transgredir lo mandado en el tipo penal, se ha de establecer qué se ha de entender por esta, en tanto es causación voluntaria de la figura objetiva.

En tal sentido Pérez González (2013), es del criterio que la conducta humana sana es el fruto de la voluntad del sujeto que refleja sus necesidades elementales y sociales. Refiere además, que existen otras conductas que no se manifiestan por la voluntad del sujeto y sin embargo se producen en determinadas circunstancias y tienen una forma peculiar de ejecutarse o materializarse. Por lo que se les pueda afirmar o negar cuando se las trata de invocar como razón involuntaria de conductas transgresoras.

Para Rodríguez Pérez de Agreda (2000),¹⁷ la libertad es reconocimiento de la realidad, es no todo lo que se quiera sino esencialmente todo lo que se pueda con arreglo a la necesidad. El hombre actúa conscientemente, con excepción de los anormales, por ello actuar libremente es tener representadas las consecuencias en el mundo objetivo de su actuar, de su conducta, y valorarla con arreglo a las normas morales y jurídicas.

En el ámbito penal se comprende como la libertad que tuvo el sujeto para abstenerse de realizar la acción típica y antijurídica. En tal sentido, tiene un elemento intelectual, el conocimiento de la cosa objeto de decisión y otro volitivo, la maduración suficiente para tomar una decisión sobre la cosa objeto de decisión. Por lo que la falta de libertad puede venir por impedimentos en cualquiera de los dos factores o incluso en ambos. Al ser libre, el sujeto es responsable de sus actos y se le puede reprochar haberse situado en contra de la norma jurídica, cuando pudo no hacerlo.

¹⁷ Otra cosa bien distinta es por qué se va a actuar así, qué les lleva a actuar de esa manera, lo cual tampoco es ajeno a ellos mismos sino a sus propias necesidades, materiales y espirituales que se forman, cambian, desaparecen, en dependencia de la actividad que desarrollen en concretas condiciones materiales, socio-culturales y de las cuales se puede tener conciencia o no, si bien ellas expresan el nexo necesario, esencial, pero no el único (Rodríguez Pérez de Agreda, 2000).

La libertad es el fundamento material de la culpabilidad, pero no entendida como libre albedrío sino como reconocimiento de la necesidad (Rodríguez Pérez de Agreda, 2000). La libertad no es independencia absoluta, ni soledad, sino relación y toma de postura ante los seres circundantes. El hombre es libre de alguien o de algo y para algo, concretamente para darse o encerrarse en sí mismo.

El querer inconsciente, destaca Plascencia Villanueva (2000), carece de importancia en el ámbito de la ética y del derecho, en dichos ámbitos se reprochan los resultados de la voluntad consciente, es decir, de una voluntad que por lo menos va acompañada del conocimiento del querer. Lo reprochable es no distinguir suficientemente entre el querer un resultado y su causación a través de la realización de la voluntad.

En consecuencia, un Derecho Penal que se oriente por el principio de culpabilidad debe, por el contrario, enfrentarse a la problemática de la libertad de voluntad. Lo expresado presupone determinar solo que el hombre pueda decidir con libertad, sino, correctamente, por lo que a la par de la libertad de querer realizar un determinado comportamiento debe estar la capacidad para distinguir los valores (Plascencia Villanueva, 2000).

En el plano de la culpabilidad en sentido estricto, el principio de culpabilidad puede enunciarse sintéticamente con la fórmula no hay pena sin reprochabilidad, es decir, no hay delito cuando el autor no haya tenido en el momento de la acción un cierto margen de decisión o, si se prefiere, de libertad para decidir. Por ende, el principio de culpabilidad presupone la autodeterminación de la voluntad humana. Cualquier concepción de lo humano sin capacidad de decisión elimina la responsabilidad y, con ella el concepto mismo de persona y, por consiguiente, el de ciudadano. En síntesis, conforme expresa Zaffaroni (1988), la responsabilidad y autodeterminación son conceptos inseparables.

En correlación con lo anterior, la voluntad exteriorizada por el sujeto activo y el resultado típico se encuentran exactamente en la misma relación, tanto en los delitos dolosos como en los culposos. Según Plascencia Villanueva (2000), de manera tradicional, de conformidad con lo expresado antes, ha existido la idea de una libertad de voluntad que incide y juega un papel importante a nivel de responsabilidad, acorde con la cual se excluye la posibilidad de una culpabilidad si el autor tenía la posibilidad de actuar de modo distinto.

Empero, resulta criticable suponer que el fundamento de la culpabilidad radique básicamente en la posibilidad de actuar de modo distinto, sobre todo a partir de críticas que señalan lo difícil de hablar de una libertad de voluntad en casos como el del sujeto que toma una decisión en un momento determinado

irrepetible. Lo lógico es pensar que no pudo ser precisamente otra, por los factores que incidían en esa ocasión con el carácter de irrepetibles, pues por más que pueda haber una nueva alternativa de actuación, el comportamiento desplegado no puede correr igual suerte (Plascencia Villanueva, 2000).

Rodríguez Pérez De Agreda (2009), es del criterio que el poder actuar de modo distinto no es la libertad de voluntad, sino posibilidad de elección. Al respecto refiere que cuando se elige entre varias posibilidades representadas, se elige la que más motiva, es por ello que debe ser sancionado solo el que sea motivable normalmente sin que determine qué fue lo que conllevó al individuo a motivarse. La base real de la determinación de la culpabilidad la constituye la capacidad de reaccionar ante la norma, no la libertad humana de acción.

b. La verificación de la ausencia de voluntad

Dicha concepción, señala Roxin (1981), tropieza con dificultades tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias. Se basa en la aceptación de una libertad de voluntad o libre albedrío que escapa a la comprobación empírica. En la praxis solo se puede constatar a lo sumo que el autor de acuerdo con sus disposiciones y aptitudes generales habría podido actuar de otro modo al emplear la necesaria fuerza de voluntad o que en las circunstancias concretas otro en su lugar habría actuado de otro modo.

Según el citado autor no se puede saber si en el momento del hecho él sujeto era capaz de imponer una decisión de voluntad que se opusiera a este. Visto así, lo que se está discutiendo no es la incontestable cuestión del poder del individuo para actuar de otro modo en el momento del hecho, sino que se trata de ver qué es lo que el orden jurídico exige del autor a la vista de sus condiciones y de las circunstancias externas de lo sucedido en comparación con las de otros hombres, es decir, que se le exige al particular para que aún se le pueda imputar su hecho (Roxin, 1981).

La fundamentación de la culpabilidad penal, es decir, la reprochabilidad por el hecho porque no le es exigible la conducta al sujeto, conforme a Roxin (2008, p. 23), supone evidentemente la libertad de obrar y, con ello, la libertad de voluntad. No tendría sentido formular un reproche jurídico o moral frente a un suceso que ha sido determinado por las leyes causales y, por ello, que se ha desarrollado necesariamente. Dicha concesión recíproca de libertad de decisión, que domina no solo el ordenamiento jurídico sino también la vida social y privada, es una regla de juego social, una imposición normativa, pero ningún hecho demostrable.

Roxin (2008), plantea que la capacidad de reaccionar ante la norma se puede establecer, en principio, como estado empírico en la psiquis del autor. La posibilidad de actuar, según su criterio es una imputación normativa, fundada social y psicológicamente, desde el punto de vista de un estricto indeterminismo, en el que la decisión humana podría ser demostrable.

En tanto, Rodríguez Pérez De Agreda (2000), es del criterio que la conducta del individuo es determinada por complejas causas internas a la cuales no se puede llegar por simple observación empírica mecánica. Su libertad está dada en la conciencia de la trascendencia de sus actos en la realidad y su valoración por el Derecho. La formación libre de la voluntad es solo concebible como causalidad, para la que también hay un campo de aplicación en la explicación de acciones humanas conforme al estado actual desconocimiento de todas las ciencias empíricas, es decir, de la física, de la biología, de la fisiología cerebral y de la psicología. Dicha libertad de voluntad es además reflexiva, en la medida en que no encuentra en su autodefinición una condición suficiente, pero sí una necesaria.

Las categorías filosóficas causa y efecto expresan la concatenación universal de todos los fenómenos en la realidad objetiva. La causalidad es el resultado de la actividad cognoscitiva del hombre, es decir, es el reflejo en su conciencia de la realidad y no viceversa. Expresa el nexo interno de determinación, catalizada por las condiciones concretas en que actúen los individuos. El hecho que no se puedan ver simples, como en el movimiento mecánico, no significan que no existan. Por lo que es imposible llegar a la causalidad humana por simple observación empírica.

Al decir de Rodríguez Pérez de Agreda (2000), siempre ha sido identificado con su forma más simple, la forma mecánica de causa y efecto, lo cual es falso. El movimiento mecánico se manifiesta de manera muy simple sin embargo cuando se llega al químico, al biológico, se comporta de manera más compleja por ello es más difícil de determinar. La capacidad de reaccionar ante la norma es accesible a constataciones empíricas a pesar de las muchas dificultades existentes para demostrarlo. Pues si alguien está en condiciones de reconocer el injusto y si, o en qué medida, le falta o esta disminuida la capacidad de conducirse, es algo que se puede establecer con métodos psicológicos o psiquiátricos, incluso se puede realizar de forma experimental.

La autodeterminación humana no es ningún concepto inverificable. Todo concepto es metafísico, porque incluso la consagración de la verificación como único criterio de verdad también responde a una posición metafísica.

Zaffaroni (1988),¹⁸ señala que no se puede negar que existe una comprobación empírica de la reducción de la autodeterminación de una persona cuando estaba a punto de ahogarse en el mar en medio de la noche. No hay duda y puede verificarse que la libertad de decisión estaba seriamente comprometida y que se hallaba por debajo de las exigencias de la culpabilidad.

El ámbito de autodeterminación está gravemente reducido en circunstancias en que, pese a que aquella comprensión le sea exigible, existe una constelación gravemente conflictiva que reduce muy considerablemente sus posibilidades de decisión. Tanto las situaciones que afectan la comprensión de la antijuridicidad como las que sin afectarla reducen el ámbito de autodeterminación por su conflictividad, son abarcadas por el carácter genérico de inexigibilidad, común a todas las causas que excluyen la culpabilidad. Por tanto no se hallan en una relación de prioridad, lo que posibilita una eventual concurrencia de causas de inculpabilidad (Zaffaroni, 1988).¹⁹

En síntesis, la inexigibilidad trata de casos en los que el autor está expuesto a una especial coacción para cometer el hecho y esta puede ser reconocida en algunos contextos, pero en otros de ninguna manera. Si el sujeto no tiene ninguna libertad de elegir, no existe fundamento alguno para la aplicación de la pena, la amenaza de una sanción no posee ningún sentido. El hombre no puede ser hecho responsable por la realización de un hecho tipificado como delito si no ha poseído la libertad necesaria para mover su conducta conforme a la exigencia de la ley.

1.3. La ausencia de motivación por la norma

Otro de los fundamentos en los que se sustenta la inexigibilidad de una conducta es la ausencia de motivación por la norma. Tema igualmente controvertido que ha suscitado a su vez diversidad de criterios.

¹⁸ Esta capacidad existente en la vida de relación cotidiana y su reducción verificable en ciertas circunstancias, poco o nada tienen que ver con un libre albedrío que siempre se rechaza ya que se entiende como posibilidad invariable e ilimitada de actuar de otro modo, carente de cualquier motivo o razón y, por ende, como un simple porque sí. En realidad, nadie ha defendido semejante concepto en el ámbito del discurso jurídico-penal, simplemente porque lo jurídico no puede menos que recoger lo que observa de lo humano y no algo que directamente no es humano. Por ello el indeterminismo no puede ser entendido antropológicamente de otro modo que como autodeterminación, y jamás como un ámbito de libertad absoluta, humanamente inconcebible e incluso filosóficamente poco frecuentado fuera de ciertas posiciones románticas radicalizadas e irracionalistas, frecuentemente citadas como curiosidades (Zaffaroni, 1988).

¹⁹ Esta posibilidad implica que si concurre alguna causa de inculpabilidad que, no obstante, habilita alguna forma de coacción sobre la persona con otra que no la habilita, no es admisible esa coacción en el caso.

a. Concepto de motivación.

El concepto de motivación admite muchas acepciones. Por motivación entiende, por ejemplo, Spoerri, citado por Muñoz Conde (1985), que es el proceso, consciente o inconsciente, en cuya base se halla una fuerza motivadora que se orienta hacia un objetivo. De acuerdo con Solana (1993), es lo que hace que un individuo actúe y se comporte de una determinada manera. Es una combinación de procesos intelectuales, fisiológicos y psicológicos que decide, en una situación dada, con qué vigor se actúa y en qué dirección se encauza la energía.

La acción, o la conducta, no ocurren de forma espontánea, debido a que son inducidas, bien por motivos internos o por incentivos ambientales. La motivación tiene que ver con las razones que subyacen a una conducta. Las mismas, como señala Wong (2000), pueden ser analizadas al menos en dos niveles: por una parte, cuando se establece por qué un individuo exhibe ciertas manifestaciones conductuales; por otra parte, al valorar cómo se ejecutan tales manifestaciones conductuales.

La explicación de la conducta en términos de los mecanismos motivacionales referidos al porqué de estos, tiene que ver con la causa última. Mientras que la explicación en términos relativos al cómo, tiene que ver con la causa próxima. Es un aspecto de interés, ya que el porqué de una conducta, la motivación, ha de tener connotaciones funcionales y adaptativas. Tiene que haber buenas razones para la ocurrencia de esa conducta del modo en el que se produce y en las situaciones en las que ocurre (Alcock, 1998).

Así pues, el porqué de una conducta hace referencia directa al concepto de motivación (Beck, 2000), ha matizado sus características, al enfatizar que no solo hay que explicar por qué se produce una conducta, sino que también hay que tratar de revelar la importante variabilidad conductual observable en cualquier ser vivo. El concepto de variabilidad hace referencia, al menos, a dos posibilidades. Por una parte, aquella referida a la amplia gama de manifestaciones conductuales cuando la diversidad de posibles situaciones estimulares es amplia. Por otra parte, y de forma más restrictiva, cuando se centra en una y la misma situación estimular. En esta segunda posibilidad, el concepto de variabilidad es más específico, hace referencia, por una parte, a las diferentes manifestaciones conductuales mostradas por dos personas ante una misma situación estimular, y, por otra parte, a las diferentes manifestaciones conductuales mostradas por una misma persona ante una misma situación estimular en dos momentos diferentes.

De conformidad con Woolfolk (2006), se define la motivación como el énfasis que experimenta una persona, orientado a satisfacer una necesidad, al crear o aumentar con ello el impulso necesario para que ponga en obra esa acción, o bien para que deje de hacerlo. La motivación por tanto es un estado interno que activa, dirige y mantiene la conducta. Los impulsos orientan al organismo hacia metas o fines determinados; que mueven al individuo a realizar determinados actos y persistir en ellos para su culminación. Razones por las cuales, dicho término se relaciona con voluntad e interés.

Pérez González (2013), coincide con lo anterior. Para él la motivación de una conducta, generada en una necesidad, se dirige hacia el objetivo, es decir, hacia aquello que la satisface. En ocasiones la presencia del objetivo, captado por el sujeto, despierta o incrementa la necesidad. Por lo general, la satisfacción de una necesidad humana no reside en conductas enfocadas a obtener lo que resarce. Por otra parte la motivación origina conductas que permiten alcanzar el objetivo que la satisface de forma progresiva y compleja.

Manifiesta Muñoz Conde (1985), el concepto de motivación comprende, dice todos aquellos procesos imputables a una persona o a un grupo, que expliquen su conducta o la hacen comprensible. Expresa además, que es casi imposible precisar qué procesos, de los que se dan dentro de la personalidad, no pertenecen a la motivación.

En conclusión, el término motivación es un concepto que 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 de un organismo, mediante la obtención de objetivos que incrementan la probabilidad de supervivencia, tanto en el plano biológico, cuanto en el plano social. Además, como señala Petri (1991), también se puede utilizar el término motivación para explicar y entender las diferencias en la intensidad de la conducta. Es decir, las conductas más intensas pueden ser consideradas como el resultado de los más elevados niveles de motivación. Igualmente, el aludido término puede usarse para indicar la dirección selectiva de una conducta.

Por lo tanto, no es sorprendente que en el análisis de la motivación, o del proceso motivacional, haya que basarse en el estudio de la conducta motivada. Los patrones de conducta motivada son el producto de la interacción entre un organismo y su ambiente. El término motivación se refiere a un proceso interno que impulsa al individuo, y este impulso, a su vez, se relaciona con algún evento interno o externo.

b. Las fuentes de la motivación

Las fuentes de la motivación se refieren al origen de los estímulos que hacen que un individuo se active y varían a lo largo de varios ejes. De forma reducida estas pueden identificarse en dos grupos, en fuentes internas y fuentes ambientales.

La conducta motivada en una persona se puede producir como consecuencia de algunos estímulos internos, que adquieren connotaciones psicológicas, tales como los impulsos, las necesidades, los deseos. No obstante, también en este caso se podría sugerir que son las propias influencias ambientales las que, con el paso del tiempo, configura la diversidad de estímulos hacia los que un individuo dirigirá sus esfuerzos de consecución, porque tales objetivos son los que el sujeto en cuestión considera importantes para satisfacer su necesidad, impulso o deseo. Dentro de los estímulos internos, además, las variables neurofisiológicas, biológicas en general, también pueden dar lugar a la conducta motivada.

Palmero (2012, p. 7), es del criterio que al analizar las fuentes internas, a su vez hay que estudiar la historia genética, la historia personal y las variables psicológicas del sujeto. En cuanto a la historia genética, esta se refiere a los efectos que ha ejercido el proceso de la evolución sobre la especie humana. La historia personal se refiere a la experiencia que arrastra un sujeto desde el nacimiento. Dichas experiencias configuran el bagaje de los eventos que estimulan y motivan a una persona, de los incentivos que atraen a ese individuo, y de las conductas mediante las que puede alcanzar dichos incentivos. De hecho, los juicios referidos a lo que es placentero y grato, así como a lo que es displacentero y no grato, se basan en la experiencia que ha tenido el sujeto en situaciones similares.

Consiguientemente, a partir de esos juicios, el individuo se sentirá motivado para aproximarse a, o para alejarse de un determinado evento, según sean esos juicios basados en su propia experiencia. En el ámbito de la particularidad subjetiva de cada individuo no es un tema menor, pues, en cierta medida, permite entender las propias inclinaciones, tendencias, deseos y metas que se propone cada sujeto en un momento dado (Palmero, 2012).

Las variables psicológicas, representan el hecho incontrovertible de que los seres humanos son diferentes y únicos. Poseen su propia individualidad que lo hacen peculiar. También en el plano motivacional se aprecia dicha especificidad, ya que cada uno de los individuos se siente atraídos o motivados por ciertos estímulos, que no tienen por qué coincidir con los que atraen a nadie más. El hombre tiene la capacidad para buscar, incluso para crear, un

ambiente particular que permita satisfacer dichas necesidades psicológicas, entre las que se encuentran la de logro, la de poder, la de ayuda.

Por lo que respecta a las fuentes ambientales, se refieren a los distintos estímulos que, desde fuera del individuo, ejercen su influencia sobre éste. Son los incentivos, considerados como estímulos que motivan la conducta. La cantidad de incentivo, la cualidad específica del mismo, así como la lejanía temporal también la lejanía o distancia psicológica, utiliza la terminología de Lewin (1936), de su consecución, son factores a considerar si se quiere entender la motivación de un individuo.

Algunos estímulos ambientales pueden provocar una respuesta involuntaria en un sujeto, apreciándose que la intensidad de la aludida respuesta es proporcional a la intensidad del estímulo. En estos casos, la medida en la que un individuo es activado representa la medida en la que se siente motivado (Deckers, 2001). La conducta involuntaria muestra una relación uniforme con los estímulos externos. En cambio, por lo que respecta a la conducta voluntaria, puede ocurrir de forma inmediata tras la aparición de un estímulo externo o ambiental, o, por el contrario, abarca la posibilidad de que ocurra después de un determinado tiempo, que puede ser más o menos dilatado.

Al final, la conducta es motivada conjuntamente por la interacción de los eventos internos y los eventos ambientales. Si alguno de esos dos aspectos no se produce, o no está presente, o está, pero de forma incorrecta o deficiente, es muy probable que no se produzca la conducta motivada. Lo seguro es que el Derecho Penal ejerce un fuerte influjo en la motivación humana, pues como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo son interiorizados por él y cooperan en la formación de su conciencia (Muñoz Conde, 1985).

En definitiva, el estudio de las fuentes de la motivación tiene que incluir los componentes biológicos, de aprendizaje y cognitivo. Estos componentes, en interacción mutua entre sí y con el medio ambiente, posibilitan la activación y dirección de la conducta motivada. Pues distintos factores pueden desencadenar la misma conducta.

c. El proceso de motivación

Tal como sistemáticamente se ha defendido, la motivación se encuentra estrechamente relacionada con la supervivencia, y con el crecimiento en general, que puede ser considerado como un incremento exponencial en la probabilidad de que un individuo consiga los objetivos que persigue, entre ellos, como es obvio, también el de la supervivencia, entendida, en este caso, no solo como la distinción vida – muerte, sino también en sus

dimensiones psicológica y social. La motivación para Palmero (2012), es un proceso adaptativo en el que resulta imprescindible considerar la existencia de diversos componentes.

El proceso de motivación de la actividad y la conducta se determina por el estado concreto de la sociedad, del medio social, por las normas sociales, por la posición concreta de la personalidad; por el sistema de necesidades psicológico-social, y por el sistema de formas elementales y analíticas. Motivo es la necesidad, y el interés del sujeto que lo incita a adoptar la decisión de actuar de determinada forma en una situación dada.

Deckers (2001), ha propuesto un sencillo esquema en el que establece los momentos que pueden distinguirse en el proceso de motivación. A grandes rasgos, la secuencia que propone considera tres momentos, elección del objetivo, dinamismo conductual y finalización o control sobre la acción realizada.

Al seleccionar el objetivo que se convierte en meta, el individuo decide qué necesidad satisfará, y qué meta intentará conseguir. Existe una circunstancia previa o incentivo que activa un motivo, junto con la potencial energía necesaria para ejecutar una conducta. La elección de este depende de la intensidad del mismo, de lo atractivo que resulte el incentivo, de la probabilidad subjetiva de éxito y de la estimación del esfuerzo necesario para conseguir el objetivo.

El dinamismo conductual, se refiere a las actividades que realiza un individuo para intentar conseguir la meta elegida. Es decir, a partir del motivo y del incentivo seleccionado para satisfacerlo, el sujeto decide qué acciones le permitirán conseguir lo propuesto, ejecutando la conducta instrumental apropiada para ese fin. Genéricamente, la aludida conducta se refiere al conjunto de todas aquellas diligencias motivadas en las cuales se implica una persona para satisfacer un motivo. Consiguientemente, las conductas instrumentales son un aspecto relevante, pues pueden ser consideradas como el nexo de unión entre un motivo y su satisfacción. De la correcta ejecución de las mencionadas conductas depende que se consiga o no la meta que se ha elegido (Palmero, 2012).

La finalización y el control sobre la acción efectuada, se refiere al análisis del resultado conseguido con las distintas acciones o conductas instrumentales que el sujeto ha realizado. El individuo constata si, mediante las conductas que ejecutó, ha conseguido satisfacer o no el motivo que eligió. Tanto si se ha conseguido la meta, como si fracasó, la persona realiza los pertinentes procesos de atribución causal, que le permitirán en el futuro decidir si vuelve a

utilizar las presentes conductas o tiene que introducir algún tipo de modificación. Si el resultado ha sido la consecución de la meta, el individuo realizará la correspondiente conducta consumatoria, con la cual pone fin al proceso motivacional.

A partir de las distintas perspectivas y definiciones expuestas, cualquier intento definitorio de motivación debería referirse a 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 los factores externos y de los factores internos que activan al organismo, y le dirigen hacia la consecución de algún objetivo o meta que le es gratificante. En este proceso interactivo son de suma relevancia los objetos meta, con sus características de incentivo, así como la expectativa o probabilidad de conseguir esos objetos meta.

En conclusión, la consideración de la motivación como proceso implica hacer referencia a la interacción entre un individuo y su medio ambiente. En el caso de que ocurra el proceso motivacional, éste finalizará con una conducta motivada dirigida hacia una meta particular en un momento concreto. En el supuesto de que no exista esta, es decir, que el sujeto no se encuentre motivado, por ende no ha de desplegar ninguna acción.

Acorde con Muñoz Conde (1985), la culpabilidad es la última fase del proceso de motivación que comienza con la educación paterna y prosigue durante toda la vida del individuo en virtud de la introyección de exigencias sociales. De tal manera, que cuando no existe participación en los bienes jurídicos, falta todo sentimiento de culpabilidad en el sujeto y en consecuencia, la razón para formularle un reproche (Córdova Roda, 1977).

En este sentido, Mir Puig (2002, p. 577), señala la necesidad de orientar la categoría de culpabilidad sobre la base de la normalidad en la motivación del sujeto activo. Advierte que ha de ser solamente en lo referente a la comprobación de lo antes expuesto, pues la posibilidad de motivación condiona a la antijuridicidad, lo cual sirve de fundamento para afirmar que “existe culpabilidad cuando el autor de un hecho penalmente antijurídico actúa en condiciones de motivabilidad normal, lo que sucede si no es imputable, ni obra en situación de no exigibilidad”.

Cuando existe la imposibilidad de motivar al sujeto, resulta conveniente prohibirle el hecho, lo cual no exige que la motivabilidad alcance un determinado grado de normalidad. Lo expresado, de darse, según el citado autor, conduce a estimar innecesaria la prohibición de la conducta. Pero si lo que resulta acreditado es la plena anormalidad de las condiciones de motivación

del sujeto, no debe castigársele por la falta de culpabilidad. La acción u omisión prohibida por la norma no puede castigarse con una pena en virtud de la anormalidad motivacional del sujeto (Mir Puig, 2002).

No habrá culpabilidad, y por ende, juicio de reproche personalizado, cuando no resulte posible exigir al agente una conducta distinta a la que realizó aún y cuando podía haber actuado de otro modo. El reproche que se formula tiene como fin poder determinar si el autor pudo haberse motivado o no en la norma, con el propósito de saber si le era exigible tal motivación

Cuando el sujeto destinatario de la norma no puede adecuar su comportamiento al mandato normativo, es decir, cuando pierde la libertad de voluntad y no se encuentra motivado por la norma, se está en presencia de las causas de disculpa o exculpación basadas en la inexigibilidad de otra conducta. Por tanto, la inexigibilidad se plantea en el ámbito de la culpabilidad después de que se haya comprobado la antijuridicidad del hecho. Su fundamento radica en la falta de normalidad y de libertad en el comportamiento del sujeto activo.

La inexigibilidad como la base central de la culpabilidad supone que de conformidad con las circunstancias del caso concreto, en el momento del hecho no se le podía exigir al autor la observación de un comportamiento distinto toda vez que carecía de libertad de decisión o de voluntad y no estaba motivado por la norma.

Capítulo II. Fundamentos jurídicos, filosóficos y psicológicos de la eximente del miedo insuperable

Esp. Yoruanys Suárez Tejera
Lic. Rolando Yensi Ramírez Martínez

2.1. El miedo insuperable como una causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal

El fundamento de una eximente, expresa Paredes Vargas (2002), es la razón última de su reconocimiento. Está destinado a desempeñar un papel decisivo en su configuración y aplicación, al construir el criterio rector de su interpretación. El mismo se encuentra en las teorías de justificación del derecho penal, las cuales son el resultado del examen realizado acerca de las razones filosófico-políticas por las que se encuentran en las normas penales.

La elaboración teórica sobre la naturaleza jurídica del miedo insuperable presenta una gran diversidad de pareceres, que de acuerdo con Varona Gómez (2000), prácticamente agotan todas las posibilidades al respecto. Ello parece ser reflejo de la siempre discutida ubicación sistemática de las excusas, al representar éstas la línea fronteriza entre la justificación, exculpación e incluso la simple atenuación de la pena.

De conformidad con lo expresado una acción típica y antijurídica cometida por un sujeto no conlleva la imposición de una pena si el particular no es culpable. En consecuencia, existen casos en los que el autor de un hecho con las características antes consignadas, queda exento de responsabilidad penal, toda vez que está ausente la categoría culpabilidad. Tal es el caso de la eximente del miedo insuperable regulada en el Código Penal cubano de forma independiente, si bien en otros textos normativos²⁰ su previsión se realiza a través de la coacción (Quiroz Píre, 2002b).²¹

Referido a la naturaleza jurídica del miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal no existe consenso en la doctrina en torno a su determinación, lo cual ha traído como consecuencia su confusión con otras figuras. Según se expresó antes existen tres criterios fundamentales respecto a la naturaleza jurídico penal de la eximente del miedo insuperable. El que la

²⁰ El Código de Panamá en el artículo 37 y el Código de Brasil en el artículo 22.

²¹ Entre la coacción y el miedo insuperable, según Quiros Píre (2002b), hay una real identificación. La esencia de ambas eximentes es la coerción, el ataque a la voluntad ajena, la cual se pliega al querer de quien la constriñe. El miedo insuperable, en última instancia puede ser concebido como la vía para ejercer la coacción.

considera una causa de justificación, el que la estima una causa de inimputabilidad y el que la cataloga como una causa de exculpación.

El criterio que el miedo insuperable constituye una causa de justificación es asumido por varios autores²² y se basa en que la eximente constituye un particular caso de estado de necesidad, por cuanto la alusión a la equivalencia de los males obliga a un inmediato paralelo con el requisito de la proporcionalidad de bienes en la eximente antes referida, de idénticos presupuestos objetivos cuantitativos. No obstante, las causas de justificación convierten en lícita una conducta que es ilícita; mientras que en el miedo insuperable el hecho cometido por el sujeto actuante es ilícito (Quiroz Pérez, 2002c). Por ello dicha posición se rechaza doctrinalmente puesto que, evidentemente, por muy sorprendente que sea la presión motivacional ejercida por el miedo nunca podrá determinar que la lesión de un bien jurídicamente protegido se transforme en algo lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico.

Dicho argumento es insuficiente, por cuanto según expresa acertadamente Paredes Vargas (2002), la antijuricidad pone en juego una variedad de valores y principios que si se invoca una causa de justificación, la víctima no podría defenderse legítimamente. Pues faltaría el presupuesto de la agresión ilegítima, por lo cual el argumento es débil, ya que hay recursos como el estado de necesidad defensivo y la autoría mediata para dichos casos.

Con este parecer, la necesidad de la pena deja de ser un principio regulativo general y se convierte en fundamento de merecimiento de pena, al sustituir la función específica del bien jurídico. Lo expresado implica una confusión tanto del injusto como de la culpabilidad, pues no se considera con precisión los problemas referentes a la motivación del sujeto al actuar, que no debe olvidarse que fue el que produjo un injusto y con conciencia de ello.

En Gimbernat Ordeig (1990), se plantea que dicha eximente debe ser considerada como una verdadera causa de justificación. Desde esta perspectiva, equipara al miedo insuperable a situaciones reconocidas por el Derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida, es decir, suponen normas permisivas, que autorizan, bajo ciertos requisitos, la realización de actos normalmente prohibidos. Se trata de normas dirigidas a situaciones específicas que excluyen la antijuricidad de un determinado comportamiento típico. Pero no se puede confundir al miedo insuperable como causa de justificación; la naturaleza de unas y otras causas, difiere.

²² Entre los que se encuentra Quirós Pérez (2002); y Gimbernat Ordeig (1990). El primero considera el miedo insuperable como causa de justificación y como una de las formas de estado de necesidad. Gimbernat Ordeig equipara el miedo insuperable a situaciones reconocidas por el Derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitida (Gimbernat Ordeig, 1990).

En virtud del mismo, no se convierte el hecho en legal, sino, se mantiene antijurídico; el miedo insuperable a diferencia de las causas de justificación, recae en el individuo, no en el acto realizado por él. Es evidente que por extraordinaria que sea la presión motivacional ejercida por el miedo, nunca podrá determinar que la lesión de un bien jurídicamente protegido se transforme en algo lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico, aunque se exculpe al sujeto que lo cometió (Gimbernat Ordeig, 1990).

Otros autores²³ sostienen que el miedo insuperable es una causa de inimputabilidad basándose en que el carácter de insuperable del miedo, solo es compatible con una situación psíquica del individuo rayana con el trastorno mental transitorio. El punto de partida del aludido criterio se sitúa en la existencia de un trastorno psíquico que anula las facultades volitivas y cognoscitivas de la persona afectada. Desde dicha perspectiva, se considera que la vivencia del miedo origina un verdadero shock psíquico en el afectado, que deriva en un estado de inimputabilidad momentánea o incluso en la pérdida de las facultades de acción de la persona (Varona Gómez, 2000). Dicho criterio haría superflua la eximente de miedo insuperable, porque se hallaría comprendida dentro de la eximente de enfermedad mental, dicho criterio se puede constatar en la Sentencia No. 401 de 31 de marzo de 1971 del Tribunal Supremo Popular de Cuba.

De esa forma, cuando el miedo sitúa al sujeto en un estado de pánico que roba al individuo sus facultades de conocer el alcance de su actuar y anula totalmente su capacidad de raciocinio, ciertamente se puede hablar de un trastorno mental transitorio. Pero ante dichas situaciones se dejaría atrás la eximente de miedo insuperable; esos miedos quedan excluidos de la protección que ofrece la no exigibilidad.

El que sustenta que la eximente constituye una causa de exculpación o inexigibilidad alude a aquellos casos en los cuales el sujeto resuelve entre un número restringido de posibilidades, pero resuelve él. El miedo insuperable repercute sobre la relación psicológica del autor con su acto, afecta su capacidad volitiva de querer por cuanto 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 situación de miedo no lo hubiera hecho (Olmedo, 2010).

Mir Puig (1996), sostiene que el espacio propio de la eximente de miedo insuperable solo se encuentra al concebirla como una causa de inexigibilidad, distinta tanto de las que excluyen la imputabilidad como el trastorno mental transitorio como del estado de necesidad. No se trata de que el sujeto pierda

²³ Jiménez de Asúa (1977), considera que para poder apreciar la eximente de miedo insuperable, debe quedar anulada las capacidades volitivas e intelectuales del sujeto.

su lucidez mental y sea exclusiva su imputabilidad, sino de que se encuentre sometido a la amenaza de un mal intersubjetivamente insuperable.

Al respecto Higuera Quimera (1991), afirma que es una causa de inexigibilidad, efectivamente cuando la persona comete un delito en virtud del miedo insuperable. En dichos casos cometer una acción típica y antijurídica, pero que no será culpable porque no se puede exigir a su autor, en esos casos una conducta distinta.

Según el citado autor la responsabilidad penal no solo decae cuando el sujeto del injusto se encuentra en unas condiciones psíquicas distintas a las normales, inimputabilidad, sino también cuando actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido. Refiere entonces, que se ha obrado en situación de no exigibilidad, porque se entiende que el Derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar, pues las conductas heroicas no son exigibles (Mir Puig, 1996).

Cuando el sujeto se encuentra en condiciones psíquicas anormales, se trata de la falta de capacidad del sujeto para comprender el sentido de la norma y actuar acorde a ella, no hay capacidad de culpabilidad, y sería por tanto, causa de inimputabilidad. Sin embargo, ocurre lo distinto con la anormalidad motivacional a que se refieren las causas de inexigibilidad, las cuales no surge de una anormalidad en el sujeto ya sea permanente o transitoria, sino de una anormalidad en la situación, que influye en el sujeto, y por tanto, en su actuar. Dentro de dichos fundamentos se debe entender la naturaleza jurídica del miedo insuperable: como causa de inexigibilidad (Mir Puig, 2002).

El Derecho puede exigir la realización de comportamientos más o menos difíciles, pero no imposibles o que se aparten de la propia naturaleza humana. Toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera de lo cual no es racional exigir responsabilidad alguna y por tanto cuando la obediencia a la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad, faltará la culpabilidad a su comportamiento antijurídico y consecuentemente deberá ser eximido de responsabilidad penal. Resulta entonces que la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma constituye un elemento imprescindible para la completa formulación del juicio de reproche que se dirige al sujeto por haber actuado contra lo que dispone el Derecho (Mir Puig, 1996).

Desde la perspectiva del miedo insuperable como causa de inexigibilidad, este es asimilado en tanto no altera la imputabilidad y no es posible vencer. Se trata de una situación que, sin anular totalmente la capacidad de raciocinio del sujeto, lo coloca en un estado en el que solo le es posible reaccionar,

al incurrir en una conducta tipificada como delito, y de la cual no le es exigible una conducta distinta, acorde a Derecho, por las condiciones que conllevaron a su obrar. Pero la no exigibilidad de una determinada conducta a un sujeto, no implica que no sea antijurídica y esté prohibida.

Al decir de Mir Puig (2002), la inexigibilidad de un comportamiento no supone la ausencia de su prohibición, pues si bien el Derecho no puede exigir de los ciudadanos la realización de conductas heroicas, no puede por ello dejar de motivarles en las situaciones extremas, que pueden abocar esas conductas en contra de la realización del delito, por si logra determinarlos en el sentido preferido por el Derecho. El miedo insuperable es la ausencia total de representación en si del sujeto actor en la acción misma del delito y su proyección en el resultado, a causa del individuo se encuentra en una situación desventajosa por causa del miedo que siente y que es manifiestamente colocado por la persona en la cual se producirá el resultado.

En la doctrina prima como opinión mayoritaria aquella que conceptúa al miedo insuperable como una causa de inculpabilidad, al derivar su ordenación sistemática de su principio fundamentador consistente en la inexigibilidad de otra conducta. El miedo insuperable alude a aquellos casos en los cuales el sujeto resuelve entre un número restringido de posibilidades, pero resuelve él. Si bien no anula sus facultades cognoscitivas, repercute sobre la relación psicológica del autor con su acto toda vez que afecta su capacidad volitiva de querer, por cuanto el particular 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 situación de miedo no lo hubiera hecho (Madrigal García, & Rodríguez Ponz, 2004).

Dicha concepción parte de la posición clásica de la teoría normativa de la culpabilidad, con arreglo a la cual el sujeto que reúne las características que fundamentan positivamente el juicio de reproche puede quedar, sin embargo, exento de responsabilidad criminal cuando se llegue a la conclusión de que debido a las circunstancias concurrentes no cabía exigirle que actuara en forma distinta a como lo hizo. En el caso del miedo insuperable la actuación conforme a la ley es inexigible toda vez que el sujeto no puede cumplir con el mandato legal puesto que la conducta realizada es razonable, adecuada a las circunstancias del caso concreto y a modelos moral-normativos presentes en la sociedad.

De conformidad con lo expresado en el capítulo anterior, el Código Penal cubano asume una concepción normativista, adherida a la doctrina del funcionalismo moderado al regular en el artículo 27 que: la sanción no tiene solo

por finalidad la de reprimir por el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de la convivencia socialista, así como prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los propios sancionados como por otras personas.

Gómez Benítez (1987, p. 435), plantea que “solo las personas no motivables por el Derecho penal actúan sin culpabilidad. Lo cual no sucede en las situaciones de miedo insuperable, al menos si no se les considera como situaciones de trastorno mental transitorio”. En dichos casos el sujeto es motivable y el Derecho Penal, podría, por tanto, intentar inhibir a las personas a actuar típicamente; podría pero no quiere hacerlo, porque asume socialmente; que los hechos realizados en tal caso no deben ser punibles en general; en consecuencia el miedo insuperable no es una causa de inexigibilidad de conducta distinta, sino de justificación del hecho; no cabe pues, legítima defensa enfrentada, sino solo estado de necesidad.

Para Bacigalupo (1998), el miedo insuperable es, en realidad, un caso particular del estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad, por lo que resulta una eximente superflua. El miedo o situación coactiva generada por una amenaza no sería sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo: allí colisiona el bien jurídico amenazado y el que es necesario lesionar para evitar el primero. Por lo que son aplicables aquí las reglas del estado de necesidad tanto del que excluye la antijuricidad como el que excluye la atribuibilidad.

La solución preferible no debe eliminar el significado objetivo de la relación entre el mal causado y el que quiere evitar, pues si es suficiente con un mal imaginario, es evidente que entonces carece de sentido que ambos guarda una determinada proporción. La conclusión a la que arriba el citado autor es que debe extraerse del estudio dogmático y que la legislación debería eliminar esta causa de exclusión de la responsabilidad criminal innecesaria. Según su criterio al existir una eximente que excluye la pena con menos requisitos carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un mayor número de aquellos.

2.2. Las diferencias del miedo insuperable con otras eximentes de la responsabilidad penal

Por causa eximente de la responsabilidad penal se entiende aquella circunstancia anterior o concomitante al acto delictivo que excluye la responsabilidad penal por ese acto, a pesar de que concurren todas las condiciones

necesarias para configurar el delito. El Código Penal cubano regula en el Capítulo III las eximentes de la responsabilidad penal entre las que se encuentran: La enfermedad mental, La legítima defensa, El estado de necesidad, El error, El cumplimiento de un deber o el ejercicio de Derecho, profesión, cargo u oficio y El miedo insuperable.

En relación al miedo insuperable, en ocasiones el órgano judicial la identifica con otras de las reguladas en la norma sustantiva penal. Establecer la distinción entre ellas es importante, toda vez que los efectos que se derivan de su reconocimiento son diferentes. De conformidad con lo que se analiza antes, la eximente objeto de análisis constituye una causa de inexigibilidad, mientras que la enfermedad mental es una causa de inimputabilidad y el estado de necesidad y la legítima defensa son causa de justificación, eximentes con las que se suele confundir.

Las referidas eximentes tienen un carácter subjetivo porque provienen del propio sujeto. En ese tipo de causa el hecho existe, alega Pérez González (2005), lo que no existe es el sujeto psicológico que lo comete, es decir faltan los elementos subjetivos del delito. En otro sentido el que psicológicamente desorganizado comete un delito involuntariamente y sin prever su ocurrencia, su psiquismo desorganizado no procesa su conducta. Dicha conducta no se determina por su personalidad habitual, es decir, en lo subjetivo es como si fuera otro, distinto del resto de las personas.

En cuanto a las causas de justificación, en el ámbito jurídico constituyen un supuesto en que la acción típica y antijurídica, se convierte en un hecho lícito. En ese sentido, su efecto es la de excluir la responsabilidad del sujeto y por ende, no hay pena, ni tampoco responsabilidad civil.

De conformidad con Muñoz Conde (2004), las mismas contienen elementos objetivos y subjetivos, de manera que no solo se requiere que objetivamente se realice el acto, sino también que el autor conozca esa situación, es decir, que haya actuado al acoger en su voluntad la consecución de ese resultado. Lo que significa que el sujeto ha de saber y tener la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente.

Las causas de justificación son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Cuando media una causa de justificación la exención de responsabilidad se extiende a todos los que hayan intervenido en el hecho justificado, por cuanto contribuyen a la realización de un hecho lícito; por lo demás, no se les exige responsabilidad civil.

Las causas de exculpación son de naturalezas subjetivas e intransitivas, es decir, están referidas a las características del sujeto imputable, porque

la inculpabilidad únicamente depende de la actitud psíquica del sujeto. Eliminan el vínculo del mismo con el hecho antijurídico cometido, descartan la culpabilidad del sujeto, sin embargo, el hecho continua siendo ilícito, el autor del hecho no responde penalmente pero no sucede lo mismo cuando el partícipe, en quien no concurre la causa de inculpabilidad coopera en la ejecución del hecho cometido, este será responsable. Las mismas constituyen hechos que absuelven al sujeto en el juicio de reproche porque destruyen el dolo o la culpa. Destruyen el vínculo ético y psicológico que se requiere para la existencia del delito.

a. La 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 (Roxin, 1997). El Código Penal Cubano en su artículo 21 apartado 1 y 2 establece que está exento de responsabilidad penal el que obra en legítima defensa de su persona o derechos que impide o repele una agresión ilegítima, inminente o actual y no provocada. 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.

Para diferenciar las eximentes de legítima defensa y miedo insuperable se aducen dos argumentos. Primero, quien obra en legítima defensa actúa legítimamente, mientras que quien obra bajo los efectos del miedo insuperable no actúa justificadamente, el hecho sigue siendo ilícito, sino tan solo actúa de manera inculpable. Segundo, 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 (Quiroz Pérez, Renén, 2002b).

No obstante lo anterior, 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. 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 (Olmedo, 2010).

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 (Olmedo, 2010)

b. La distinción entre el miedo insuperable y el estado de necesidad

Respecto a la diferencia existente entre el miedo insuperable y el estado de necesidad se han seguido dos teorías: la situación motivacional y la tesis que sitúa la diferencia en la distinta procedencia del mal (Paredes Vargas, 2002). Según la primera, Oneca (1986), afirma 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.

Respecto a la segunda tesis Rodríguez Devesa (1993), sostiene que la diferencia con el estado de necesidad no puede obtenerse si no es estimándose que el miedo 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.

La teoría penal según Quirós Pérez (2002b), 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. 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.

El Código Penal Cubano establece en su artículo 22.1 que está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro inminente que amenace su propia persona o la de otro, o un bien social o individual, cualquiera que éste sea, si el peligro no podía ser evitado de otro modo, ni fue provocado intencionalmente por el agente, y siempre que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado.

Ante la colisión de dos intereses, actúa correcta y justificadamente quien salva uno de ellos; en todo caso, el peligro no podía ser evitado de otro modo y siempre para evitar un mal mayor en el que se sacrifique un bien jurídico

de menor valor. No se trata de la presencia de un conflicto psicológico que afecte la normalidad motivacional del sujeto, como ocurre en el miedo insuperable, el cual si exige que la amenaza suponga una situación motivacional insuperable para una persona normal.

Mir Puig (2002, p. 614), alude que *“en el miedo insuperable, la salvación al cometer el delito, es impuesta; en el estado de necesidad, es necesaria, sin que para ello medie ningún imperativo extraño, humano. 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 hecho y, sobre todo, sus distintas consecuencias. En el caso del miedo insuperable no puede hablarse nunca con propiedad de la 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”*.

La diferencia se ha pretendido hallar en que el Derecho, para no castigar, en el miedo insuperable solo el temor que constriñe la libre determinación de la voluntad del autor, que no autoriza a exigirle el respeto al bien jurídico ajeno. 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 la voluntad del particular, aunque no se elimina la conciencia del mismo el cual resuelve entre un número restringido de posibilidades²⁴. Mientras que en el estado de necesidad atiende a que el autor obra para salvar un bien jurídicamente prevaleciente, lo que no solo 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 (Quiroz Pérez, 2002b).

Al valorar si el miedo era o no insuperable habrá que tener en cuenta, entre otras cosas, la gravedad del mal temido, y la del mal causado y, naturalmente esa valoración será hecha por el juez a partir de los datos que le suministra el ordenamiento sin atender a la apreciación personal del autor. Por otra parte, la situación de conflicto motivacional puede concurrir también en el sujeto

²⁴ Así lo muestran las sentencias dictadas por la sala de lo penal del Tribunal Supremo Popular correspondientes al 27 de marzo de 1889, 17 de agosto de 1903, 23 de agosto de 1904, la No. 25 de julio de 1931 y la No. 304 de 12 de noviembre de 1940. En la última se consigna que “siendo indispensable además que el miedo que se apodera del comisor sea no el corriente que solo puede significar un motivo de atenuación, sino que ha de ser insuperable, es decir, invencible, incontenible y además, el mal generador de este temor ha de ser cierto, grave, justificado, inminente y de igual o mayor entidad que el causado a la víctima, existiendo también un factor de orden subjetivo en el agente, que es forzoso tener en cuenta, ya que no todos los seres humanos son igualmente susceptibles de sentir con igual intensidad los efectos del terror o del miedo, influyendo en esta sensibilidad psíquica el carácter, temperamento y condiciones personales del agente”.

aunque lesione un bien jurídico superior, y para la exclusión de culpabilidad lo único decisivo es la presencia efectiva de la anormalidad motivacional.

c. La distinción del miedo insuperable y el trastorno mental transitorio

Mir Puig (2002), es del criterio que quienes aluden a la imputabilidad se enfocan en el efecto perturbador de la lucidez mental que supone la vivencia del miedo. Basado en lo anterior, el fundamento de la exención sería la misma que explica el trastorno mental transitorio; con ello se vendría a convertir la exigente de miedo insuperable en modalidad del trastorno mental transitorio, pues produce el mismo efecto.

Pero, cuando se alude al miedo insuperable, no se trata de que el sujeto pierda su lucidez mental y sea excluida su imputabilidad, sino de que se halla sometido a la amenaza de un mal que el hombre medio no superaría, por mucho que tenga clara su conciencia y sea dueño de su voluntad. Ello basta para que concurra un la exigente insuperable.

Por otra parte, el miedo debe excluir su normalidad motivacional, no tiene que consistir en una situación subjetiva cuya vivencia prive al sujeto de su lucidez o fuerza de voluntad, al modo de una especie de trastorno mental transitorio. El miedo no ha de entenderse como terror; basta que concurra un temor insuperable. Lo decisivo será, el carácter insuperable o no de dicho temor.²⁵

“En cambio no habrá que tener en cuenta características patológicas del autor, como neurosis o psicopatías, que dan lugar a un miedo patológico ante circunstancias en que el hombre normal lo superaría, entraría en juego el trastorno mental transitorio, excluyente de la imputabilidad. La exigente 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 examinar en la medida en que falte la imputabilidad por razones personales”. (Mir Puig, 2002, pp. 615-616)

Hay que tener presente que en determinados casos, de carácter excepcional, en que personas que por su profesión, preparación, o características innatas son capaces de superar el miedo y actuar acorde a la Ley y realizar conductas heroicas, no tipificaría un miedo insuperable. Pero de actuar

²⁵ Así lo muestra la sentencia No. 425 dictada por la sala de lo penal del Tribunal Supremo Popular el 14 de octubre de 1952, en la que se consigna que o hay base psicológica en qué apoyar el miedo insuperable, si la procesada no se encontraba bajo los efectos del terror, o estado anímico característico de esta exigente, habiéndose debido la reacción tan solo a un ímpetu motivado por la conducta engañosa y de abandono del que resultó occiso.

contra el mal amenazante para evitar una supuesta lesión de configurarse los requisitos exigidos para la legítima defensa cabría estar en presencia de dicha eximente, y por ende ante una causa de justificación; pero no se está en presencia de un estado de miedo.

En el trastorno mental transitorio el sujeto actúa desprovisto de la facultad de comprender el alcance de sus acciones y de dirigir su conducta, el trastorno mental transitorio es producto de actos irreflexivos, carentes de toda motivación. En el miedo insuperable el sujeto no pierde su capacidad cognoscitiva, comprende la naturaleza de sus actos.²⁶

2.3. Análisis de la regulación de la eximente del miedo insuperable en otros ordenamientos jurídicos

Analizar la regulación del miedo insuperable en otros textos contribuye a realizar una caracterización de la aludida eximente.

a. Regulación en el ordenamiento jurídico español

El Código Penal Español de 1822²⁷ en su artículo 21²⁸ exigía que el mal con que se amenazara fuera inminente y tan grave que bastare para intimidar a un hombre prudente y dejarlo sin arbitrio de obrar. En 1870, sus preceptos hacían referencia expresa a dicha eximente, y en su artículo 8, apartado 10 señalaba que era eximido de responsabilidad el que obrare impulsado por miedo insuperable a un mal igual o mayor. En 1898 se regula otro cuer-

²⁶ Así lo muestra la sentencia No. 298 dictada por la sala de lo penal del Tribunal Supremo Popular el 7 de octubre de 1943 en la que se consigna que “el miedo insuperable de un mal ilegítimo, actual o mayor es improcedente, porque no se deduce que las causas que determinaron su actuación, aunque turbaron su ánimo, en la creencia de que iba a sufrir nuevos maltratos, anularan totalmente la voluntad de su conducta, sino que pesa de excitación extraordinaria que obcecó su mente, ante el temor de recibir dichos maltratos, pudo no obstante superarlo y reaccionar adoptando medidas de protección y defensa, y colocarse en situación de eximirse de responsabilidad por causa de justificación al impedir la agresión, lo que constituye causa distinta”.

²⁷ El primer Código Penal español, promulgado como tal es el de 1822. Como manifiesta la edición oficial del Código, fue “decretado por las Cortes el 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado a promulgar en 9 de julio de 1822”. Con la promulgación del texto se habían completado todos los requisitos formales necesarios para su entrada en vigor, sin embargo, estimó el gobierno por una serie de razones, que en el presente caso no debía ser así, y publicó una Real Ordenanza para aplazar la vigencia para la Península e isla adyacentes hasta el 1^o de Enero de 1823, que se ha utilizado es el remitido por el Gobierno a la Audiencia Territorial de Valencia y lleva como fecha el 28 de Septiembre de 1822 (Álvarez García, 1978).

²⁸ En el artículo 21 se establecía que “en ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la acción contra su voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material a que no haya podido resistir, o por alguna orden de las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar. Compréndase en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que basta para intimidar a un hombre prudente, y dejarte sin arbitrio para obrar”.

po penológico que en su artículo 3, apartado 9no. enunciaba únicamente la exoneración de quien obra obligado o forzado de modo irresistible, fuerza irresistible.

El Código Penal Español vigente, únicamente se refiere en el artículo 20 apartado 6, entre las eximentes de la responsabilidad penal, al que obre impulsado por miedo insuperable. Dicha regulación deja amplio margen a la labor apreciativa del juzgador en cuanto a la consideración de las exigencias para estimar configurada o no la causal señalada.

La jurisprudencia de España, de la que Cuba heredó la eximente, aunque no siempre es uniforme, ha adoptado la tesis subjetiva en algunos casos para determinar cuándo el miedo es insuperable. Para ello parte de una base médica, en la que el miedo se describe como situación pasional o emotiva, padecida por un sujeto normal y originado por una causa real y efectiva, así se aprecia en las sentencias de la Segunda Sala del Tribunal Supremo Español de 30 de septiembre de 1978 y de 27 de febrero de 1954.

En algunas sentencias se llega incluso a exigir la anulación total de la voluntad en la fase del miedo pánico. Como ejemplo se puede citar la de fecha 30 de septiembre de 1978 que considera la eximente como causa de inimputabilidad. Para la que se exige efectos psicológicos del miedo que irían desde la inimputabilidad absoluta generada por el llamado miedo insuperable, hasta la disminución de la inimputabilidad como consecuencia de una afectación de menor intensidad.

El requisito que exigía el anterior Código Penal de que el miedo insuperable lo fuera de un mal igual o mayor, fue suprimido, por tanto deja de ser necesario, que concurra una amenaza que origine el miedo. Lo único que se exige actualmente es la existencia de miedo insuperable. Eliminar dicho elemento es un buen signo y constituye un paso de avance en la búsqueda de una mejor práctica judicial; el referido cambio responde a una mayor subjetivización, pues ya no se tendrá en cuenta la magnitud del mal temido, sino que lo relevante es la persona y la situación de miedo en que esta se encuentre.

El error sobre la apreciación del mal amenazante cuando el sujeto cree que concurre o cuando no concurre puede determinar la misma situación de anormalidad motivacional en el sujeto exigida para la exclusión de responsabilidad penal. Hay que entender aplicables a dicho caso los principios de la doctrina de la *actio libera in causa*, acogidos en los números 1º y 2º del artículo 20 de la citada norma. Según tales principios, no deberá eximirse si el miedo, aun insuperable en el último momento, se hubiere provocado con el propósito de ampararse en él para cometer el delito (Mir Puig, Santiago,

2002). Al decir de Mir Puig (2002), no se aprecia en el artículo una fuerza irresistible que actúa contra el cuerpo del sujeto, excluyendo un comportamiento humano, sino la coacción que supone para la mente la amenaza de un mal.

b. Regulación en el ordenamiento jurídico mexicano

El miedo insuperable estaba regulado en el artículo 15 IV del Código Penal Mexicano de 1931 como una circunstancia excluyente de responsabilidad que requería de un miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes, o la persona o los bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no existiera otro medio practicable y menos perjudicial.

El artículo 8.10 del Código Penal regula el miedo insuperable provocado por un mal igual o mayor. El proyecto de Código Penal de 1992 eliminaba las referencias al mal igual o mayor pues el artículo 19.7 se refería al que obre impulsado por miedo insuperable. Se considera acertada la exclusión del requisito del mal mayor o igual al que se teme como se planteó en el análisis de España; pues lo importante es el miedo en sí, no el mal que lo provoca, incluso puede que no haya causa, siempre y cuando el miedo sea insuperable.

A partir de la reforma del 10 de enero de 1994 se excluye del articulado del Código Penal de México el miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal, pues en el capítulo referente a las causas de exclusión del delito no se prevé bajo ningún precepto. Parece muy radical dicha decisión pues de esta manera queda sin protección ni regulación un buen número de supuestos.

c. Regulación en el ordenamiento jurídico colombiano

La Ley 599 de 24 de julio del 2000, en su artículo 32 dispone supuestos de ausencia de responsabilidad penal, situándose en el apartado 9 a quien obre impulsado por miedo insuperable. No obstante, al igual que en el Código Penal Cubano, no está comprendida en acápite independiente destinado a las eximentes de la responsabilidad, sino en un precepto general sobre la ausencia de responsabilidad penal donde se incluyen además el estado de necesidad, cumplimiento del deber, legítima defensa y el error, supuestos tales como el caso fortuito, la actuación con el consentimiento del titular del bien jurídico, obrar bajo insuperable coacción ajena e incluso quien obre en cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente o en legítimo ejercicio de un derecho, actividad pública o cargo público. Tampoco existe acápite destinado a la apreciación de la eximente incompleta.

d. Regulación en el ordenamiento jurídico nicaragüense

El Código Penal de Nicaragua de 1974 derogado guardaba estrecha relación con los códigos antes analizados. Establecía en el apartado 5 del artículo 28 que estaba exento de responsabilidad criminal el que obrara violentado por una fuerza física irresistible o impulsado por amenaza de un mal inminente y grave.

Posteriormente el Código Penal de 24 de noviembre de 1999 en su artículo 34 regula las eximentes de la responsabilidad penal y en el apartado 4 específicamente en el punto 1 señala: el que obre impulsado por miedo insuperable, sin que consten otras exigencias legales taxativas. En el apartado 5 del propio artículo 34 se regula una regla general que dispone: quien realiza una acción u omisión en circunstancias en las cuales no es racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizara.

Lo anterior comporta una regulación genérica de las causas de inexigibilidad, independiente a su consignación específica en el texto del artículo donde aparecen contempladas de forma aislada todas las que doctrinalmente se conocen como tales.

Ese cambio de mal inminente y grave a miedo insuperable da la imagen de subjetivización. En cambio cuando algo es inminente es porque amenaza o va a suceder prontamente, es decir que hay prontitud y certeza en su acaecimiento mientras que la insuperabilidad del miedo se refiere a su aspecto emocional y subjetivo; lo que se tendrá en cuenta es la magnitud del miedo y no la causa que lo originó. En el actual código del 13 de noviembre de 2008 se regula la eximente del miedo insuperable de la misma forma.

e. Regulación en el ordenamiento jurídico peruano

El cuerpo normativo derogado de Perú eximía de pena al que obrara violentado por una fuerza irresistible o impulsado por amenazas de sufrir un mal inminente y grave o por la necesidad de preservarse de un peligro inminente imposible de evitar de otra manera. El Código Penal de Perú promulgado el 3 de abril de 1991, en su artículo 20 recoge las causas de inimputabilidad y en su apartado séptimo se consignan: El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor. Como puede verse se incluye la eximente entre las causas de inimputabilidad, así como la exigencia de la equivalencia de males.

Es desacertada su inclusión entre las causas de inimputabilidad ya que como se trata de demostrar es una causa de exculpación, para que sea así tendría que anular por completo la capacidad de la persona. El miedo insuperable debe ser considerado como una causa de inexigibilidad ya que para su constitución es imprescindible que no se pueda exigir a la persona que

actúe de otra manera en las circunstancias que se dieron. Por otro lado, se ve que a diferencia de los anteriores códigos, mantiene el requisito del mal igual o mayor, al establecer de manera objetiva la correspondencia que debe existir entre el mal causado y el que provocó el miedo.

f. Regulación en el ordenamiento jurídico hondureño

El Código Penal Hondureño del año 1983 regula en el artículo 15 las causas de inculpabilidad, al establecer que no incurre en responsabilidad quien actúe impulsado por miedo insuperable. El actual Código Penal, de junio del año 2000, en el Libro Primero, Parte General artículo 39 regula entre las causales de inculpabilidad en el apartado quinto: cuando la acción u omisión obedece a miedo insuperable sustituyéndose el término impulsado que comúnmente se utiliza en el resto de las legislaciones por obedecer, lo que la diferencia terminológicamente del de las expuestas hasta el momento.

En ambos cuerpos legales se hace alusión al miedo insuperable sin que se mencione siquiera que sea causado por un mal mayor e igual, por lo que se evidencia una subjetivización del artículo. A diferencia del Código Penal Cubano el cual si establece dicho particular en su artículo 26.1

En la actualidad, hay una tendencia a la eliminación del requisito del mal mayor o igual al temido como se aprecia en los códigos penales de España, Colombia, Honduras y Nicaragua. Lo que se debe a la necesidad de ver la figura del miedo insuperable asociada a la persona y las condiciones y no al hecho, ya que la objetivación de esta puede conllevar a su no apreciación o su apreciación errónea.²⁹ Es por ello que se manifiesta la conformidad con la supresión de ese requisito. Aún hay códigos que mantienen dicho requisito como el peruano, con lo cual impregnan de objetividad dicha eximente, pues si no se da estrictamente la equivalencia de males no hay eximente.

Cuando en el articulado de los citados códigos dice el que obre impulsado por miedo insuperable, se refiere al miedo como el único móvil de dicha acción, sin mencionar siquiera la amenaza de un mal que pueda provocar dicho miedo. Por tanto debe interpretarse que hay cabida para el miedo sin causa específica, puede admitirse el miedo causado por la amenaza de un mal y el que se da cuando se pensó que podía ocurrir cuando no era así, siempre que este sea insuperable y se hayan dado tales condiciones que no fuera posible exigirle al individuo que actuara de otra manera. Hay que evitar una total subjetivación, para ello el tribunal debe tener en cuenta varios factores a la hora de su apreciación.

²⁹ Cuando no se aprecia la eximente porque no hay equivalencia de males o cuando se confunde con el estado de necesidad la legítima defensa o el trastorno mental transitorio.

En este aspecto que se ha analizado puede verse un paso de avance, sin embargo la ubicación de dicha circunstancia respecto a su naturaleza jurídica no ha encontrado unanimidad en dichos códigos y presenta problemas en su tratamiento.

En resumen, los mencionados códigos establecen la exigente del miedo insuperable sin embargo en todos no se aprecia de igual forma. En la actualidad, hay una tendencia a la eliminación del requisito del mal mayor o igual al temido como se aprecia en los códigos penales de España, Colombia, Honduras y Nicaragua. Muy polémico es el elemento del mal igual o mayor que el que se produce, se puede apreciar en la sentencia No 298 de 7 de octubre de 1943 del Tribunal Supremo Popular, la tendencia es la de suprimir exigencia de su articulado. En cambio, en la legislación cubana se mantiene igual o mayor que el que se produce. De ser menor, el Tribunal se encargaría solamente de rebajar en un tercio los límites de la sanción.

2.4. El miedo desde lo psicológico, como elemento de la exigente

Quintanar Díez (1998, p. 41) manifiesta que *“la aproximación al fenómeno del miedo desde una perspectiva médico-psicológica y psiquiátrica resulta obligada”*. Opinión que es compartida por Higuera Guimera (1991), el cual considera que una discusión sobre el tema presupone acudir a una base psicológica y psiquiátrica, pues el solo enunciado del miedo insuperable como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal permite distinguir el trasfondo psicológico que subyace en toda la problemática que la existencia del miedo suscita. Coincidente con lo expresado, en el presente acápite se pretende valorar el miedo desde la perspectiva médico-psicológica.

Quintanar Díez (1998), opina que el miedo es la emoción choque de defensa ante un peligro inminente, real o putativo, normalmente externo, reconocido como tal por el individuo que lo padece. El miedo es una reacción psíquica que afecta el organismo inhibiéndolo provocándole reacciones anómalas e inesperadas, que tiene por base la perturbación anímica, que desencadena la emoción estética del miedo, sufrida por un sujeto.

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 (Paredes Vargas, 2002):

- a. La experiencia subjetiva del temor.

- b. Las modificaciones asociadas.
- c. Las manifestaciones exteriores del miedo.
- d. Las tentativas de evitación o huida de ciertas situaciones en una misma persona. Se trata de una reacción emotiva que depende no solo de la gravedad del mal con que se amenaza, sino de las especiales circunstancias de la persona que lo padece.

Mira y López (2003), afirma que el miedo puede diversificarse en varias etapas o grados. La prudencia; en la que el sujeto pretende pasar desapercibido, con tendencia a autojustificarse y racionalizar la circunstancia. El estado de la cautela; en la que el individuo en situación de desconfianza domina intelectualmente la situación, pero le invade el pesimismo. La alarma; en la que ya 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.

El sujeto cree perder la cabeza, comenzándose a mezclar el temor con el furor. El estadio del pánico, en la que la conducta se automatiza, aparecen crisis convulsivas histeroepileptiformes en plena invasión del miedo, el que incluso y de forma paradójica puede llevar a conductas sorprendentes y crepusculares, con reducción de los niveles de conciencia. En el terror el individuo pierde no solo la intelección y sensibilidad afectiva, sino toda su potencia motriz y de memoria.

Al considerar el criterio de Ayala Gómez (1993), se puede sintetizar desde la psicología de la motivación, que explica no lo que al sujeto le sucede en su organismo y psique cuando sufre o tiene miedo, sino qué incidencia en su conducta comporta, que conviene retener lo siguiente:

- a. El miedo es un factor motivacional. Bien que se le conciba como instinto, emoción, pulsión primaria o secundaria, lo evidente desde el terreno experimental es que el miedo, o los miedos, inciden en el proceso de motivación de todo individuo.
- b. La conducta del individuo viene normalmente determinada, no falsamente determinada, por las situaciones de conflicto en las que se encuentra en la dualidad ejercida sobre su persona por la presencia de dos estímulos de signo contrario. El miedo, o miedos, se halla presente en multitud de situaciones, actúa como factor de signo negativo que o bien activa al sujeto a su evitación, huida, o bien le supone el paso que da la acción de evitación para suprimir tal estímulo, agresión.
- c. La resolución del conflicto motivacional en el que se encuentra es el resultado de distintos factores: intensidad de los estímulos, factores de índole

personal del sujeto, capacidades aprendizaje, hábitos, habilidades, conocimiento, oportunidades. Por ende, cuando el miedo o miedos se halla presentes en un conflicto motivacional son dichos factores, en su conjunto, los que determinarán la respuesta desarrollada por el sujeto.

- d. Si el miedo no está presente en la experiencia o situación concreta de un individuo, de la clase que sea aquél, puede decirse que no influye en el proceso motivacional o lo que es lo mismo, que suprimido el miedo, la respuesta del sujeto a su situación de conflicto será distinta de aquella observada cuando el miedo está presente como tal factor.

Mira y López (2003), considera el miedo como 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.

Gómez López (1995), define al miedo 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.

El miedo nace de un proceso de estimulación el cual representa un peligro. De ahí que sea una reacción emocional condicionada sensiblemente por la experiencia, y en él tenga notable importancia la representación del mal que se origina del peligro. Aunque el miedo parece instintivo, se acrisola continuamente y se acrecienta en la medida en que se obtengan estímulos del mundo exterior (Gómez López, 1995). En síntesis la naturaleza eminentemente subjetiva del concepto de miedo implica, como consecuencia lógica, que sus efectos varíen acorde los individuos y las circunstancias, incluso puedan desencadenarse reacciones alternativas en una misma persona.

2.5. El mal desde lo filosófico, como elemento de la exigente

Puede describirse al mal, en sentido extenso, como la suma total de la oposición existente, contra los deseos y necesidades individuales, que la experiencia muestra en el universo, de donde surgen, entre los seres humanos al menos, los sufrimientos que abundan en la vida. De esta manera el mal, desde el punto de vista del bien humano, es lo que no ha de existir. A pesar de eso, no hay parte de la vida en la que no se sienta su

presencia y la discrepancia entre lo que es y lo que ha de ser (Safranski, 2000).

a. Diversas concepciones existentes en relación al mal.

Uno de los sistemas morales idealistas más influyentes en torno al tema es la teoría de Kant³⁰. Para dicho autor es un bien todo cuanto está en consonancia con el imperativo de la ley moral, dado en cada ser racional independientemente de las condiciones en que el hombre vive. De manera que, *“se designa moralmente malo a un sujeto, no porque efectúe acciones que son malas, sino porque estas son de tal naturaleza que consistenten inferir en su autor la presencia de unos principios malignos”*. (Kant, 2001, p. 118)

Con lo expresado se puede aseverar, según expresa Colombo (2009) , que el mal no es una realidad experimental, sino una norma mala deducible de la acción, la cual, en último término, anula la ley moral. Para Kant (2001), ni la determinación de la naturaleza ni las causas empíricas pueden engendrar normas malas, esto tiene que ser más bien una tendencia en el hombre, la cual no deseche, la libertad, incluso en el caso de que esta preferencia humana hacia el mal haya nacido ya, pues una naturaleza mala exoneraría al hombre de toda responsabilidad.

En la temática del mal, Aquino propone una tesis metafísica, que el bien es idéntico al ser, que el mal opuesto al bien, no tiene existencia propia. De esta forma se puede entender al mal como una ausencia del ser. Sin embargo el mal no es una simple carencia. *“El mal absoluto o total no existe, como no existe la nada. El mal es privación, no necesaria, no prede-terminada, indeducible a priori”*. (Cardona, 1987, p. 153)

Para Santo Tomas el mal es parte esencial – formal es una privación de bien, una carencia del bien debido. Por lo cual si el mal es algo que altera el orden natural de la cosa, debe haber alguna causa que hace que no suceda lo que debería suceder. Santo Tomas explica esto al establecer la diferencia entre dos causas, la causa *per se* y la *per accidens*. *“La causa es un principio ordenado naturalmente a producir algo semejante a sí. Es un principio activo, una energía operante que nace de la propia entraña de quien obra”*. (Sauras, 1955, p. 437)

Por lo que queda claro que la causa tiende a producir un efecto semejante a sí.³¹ La ética marxista-leninista, acertadamente, rechaza la interpretación

³⁰ Kant (1724-1804) no solo es el más importante filósofo del siglo XVIII, sino que abrió nuevos caminos al pensamiento y determinó toda la filosofía posterior, especialmente en Alemania.

³¹ De aquí se entiende que la causa *per se* será la que dé cumplimiento a un ser y a un bien, pues produce un efecto semejante a sí, y de aquí se sigue que el mal no puede tener causa *per se*. Por lo que

metafísica del bien y del mal. Las ideas de bien y de mal han cambiado tanto de pueblo a pueblo, de siglo a siglo, que no pocas veces hasta se contradicen abiertamente (Engels, 1961). Por otra parte, los conceptos de bien y de mal tienen su fuente objetiva en el desarrollo de la sociedad. Las acciones de las personas pueden ser estimadas como buenas o malas, según faciliten o dificulten la satisfacción de las necesidades históricas de la sociedad. Hablar un poquito más de cada mal.

b. La naturaleza del mal: físico, moral, y metafísico

Con respecto a la naturaleza del mal debe observarse que generalmente se subdivide en tres tipos: físico, moral y metafísico. El mal físico comprende todo aquello que causa daño al hombre, lesión corporal, frustración de sus deseos naturales, impedimento del pleno desarrollo de sus poderes, sea en el orden de la naturaleza, directamente, o a través de las variadas condiciones sociales, bajo las que la humanidad existe naturalmente. Males físicos directamente debidos a la naturaleza son: la enfermedad, un accidente, la muerte, entre otros. La pobreza, la opresión y algunas formas de enfermedad son casos de mal, que surgen de la imperfecta organización social. El padecimiento mental, como la ansiedad, la desilusión, el remordimiento y la limitación de la inteligencia, que impiden a los seres humanos alcanzar la total comprensión de su medio ambiente, son formas congénitas de mal y cada una varía en carácter y grado, acorde la propia inclinación natural y las circunstancias sociales (Safranski, 2000).

Para algunos la razón plena del mal solo se da en el mal moral, el mal de acción en la voluntad, por lo que el mal moral no está en el ser sino en la operación. De manera que no se encuentra en los objetos ni tampoco en los sujetos, está en el modo de conducirse de los sujetos sobre los objetos. Por tanto, se podría decir que la denominación de mal moral, quiere ante todo referirse la esfera de lo ético. Bueno y malo son, entonces denominadores de comportamiento que se juzgan correctos o incorrectos (Safranski, 2000).

El mal metafísico es la limitación de una o de varias partes componentes del mundo natural. A través de esta mutua limitación se impide, a la mayor

la causa per accidens será lo que produce un efecto no intentado, al que no está de suyo ordenada, y no semejante a sí. De manera que el mal, en cuanto mal, es carencia de ser y carencia de bien, sin tener ninguna semejanza con la causa que lo produce. En resumen, la causa per accidens "es la que la produce un efecto sin intentarlo, la produce un efecto que no se le asemeja, la que produce un efecto al que no estaba ordenada". La cual niega rotundamente las condiciones que Santo Tomas establecía a la causalidad per se.

Por lo cual, el mal en Santo Tomas es un término no intentado ni con la intención natural ni con la intención ilícita y que la causa primera del mal es siempre un bien, pero no un bien que opera como bien, sino un bien que opera como defectuoso de originar lo que origina.

parte de los objetos naturales, lograr su completa o ideal perfección, sea por constante presión de la condición física o por catástrofes inesperadas. Así, los organismos animales o vegetales son influenciados diversamente por el clima y otras causas naturales. Los animales depredadores dependen para su existencia de la destrucción de la vida. La naturaleza está sujeta a tempestades y convulsiones y su orden depende de un perpetuo sistema de decadencia y renovación, debido a la interacción de sus partes constitutivas (Safranski, 2000).

El concepto del mal, desde el punto de vista metafísico ha sido una preocupación muy antigua del ser humano. La visión de las guerras, de los asesinatos, de los múltiples delitos cometidos por individuos y colectivos de la especie humana, llevó a la creación de entidades sociales destinadas a aminorar o castigar tales hechos. Esas instituciones, vigentes hasta el presente, han sido la familia, la iglesia, la escuela, la justicia, la policía y la cárcel. De una u otra manera el objetivo de todas ha sido prevenir o castigar lo malo (Campos Villalobos, 2011).

Se desprende de la concepción metafísica que entonces el mal y el bien son entidades distintas, reales, o sea que son entes y el hombre a la larga queda sujeto a ellas al contar con el libre albedrío, entendido como la capacidad para escoger, bajo su responsabilidad y aceptación de las consecuencias. Por último, el saber que los malos obtendrán su castigo puede dar cierta paz a los afectados (Campos Villalobos, 2011)

Es de nuevo evidente, que todo el mal es esencialmente negativo y no positivo; es decir que no consiste en la adquisición, sino en la pérdida o privación de algo necesario para la perfección. El dolor, que es la prueba o criterio del mal físico tiene algo positivo en verdad: la existencia puramente subjetiva como sensación o emoción; pero su mala cualidad, es el efecto perturbador en la víctima. Tal como comportamiento, la acción perversa de la voluntad de la que depende el mal moral, es más que una mera negación de la acción correcta, implica cuando se realiza, el elemento positivo de opción. Pero el carácter moralmente malo de la acción equivocada, no está constituido por el elemento de opción, sino por el rechazo de aquello que demanda la correcta razón (Safranski, 2000).

Pero, es legítimo pensar que sin la existencia de la conciencia en ese mundo, no es posible que exista el mal. Lo que es malo, en algunas relaciones, puede ser bueno en otras y probablemente, ninguna forma de existencia es exclusivamente mala en todas las relaciones. Por ende no puede decirse que el mal, verdaderamente, existe en absoluto, es realmente nada más que un menos bien. Pero dicho criterio, parece omitir considerar la realidad de

la experiencia humana. Aunque la misma causa puede dar dolor a uno y placer a otro, como sensaciones o ideas, no pueden ser, sino mutuamente exclusivas. Nadie, sin embargo, ha intentado negar este hecho tan obvio y la opinión en cuestión puede entenderse, quizás, como una paradójica manera de expresar la relatividad del mal (Safranski, 2000).

El punto de partida del análisis científico está en la definición del término. El mal, en un sentido material, puede ser considerado como el daño consciente, deliberado, intencional y cuyo propósito es perjudicar, ya sea a través de la afectación psicológica o física a una persona. Con lo cual la definición solamente se refiere al ser humano, pero no es excluyente, toda vez que el daño podría ser hacia los animales o hacia el medio ecológico. El mal sería cualquier daño intencional hacia seres vivos o al ambiente.

Capítulo III. La exigente del miedo insuperable en el ordenamiento penal cubano

Esp. Yoruanys Suárez Tejera

3.1. Desarrollo histórico-socio-jurídico de la exigente del miedo insuperable en el Derecho Penal cubano

Desde que en 1512 llegase a la isla el conquistador Diego Velásquez, los reyes españoles trataron de dirigir personalmente todo lo concerniente a la administración colonial, sin perjuicio de lo cual, tuvieron que arbitrar otros órganos, en los que delegaron importantes atribuciones y responsabilidades. Para ello debieron en múltiples ocasiones atenerse a la opinión de los consejeros y de las otras fuerzas políticas que existían dentro del mecanismo político de la monarquía.³²

En relación a la justicia penal, ésta se impartió en Cuba hasta 1879, Según Quirós Pirez (2002a), dentro de una fórmula de anarquía completa. Nominalmente tan solo, rigieron las Ordenanzas Reales de Castilla,³³ así como la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias,³⁴ las cuales se aplicaban a capricho por los juzgadores bajo el falso pretexto de atenuar el rigor de sus preceptos. En ocasiones, además, se aplicaron el Fuero Juzgo,³⁵ el Fuero Real,³⁶ las Siete Partidas³⁷ y la Novísima Recopilación,³⁸ aun cuando éstos, por su antigüedad, habían caído en desuso hacia mitad del siglo XIX.

³² Entre ellos, El Real y Supremo Consejo de Indias tenía entre sus funciones la jurisdicción civil y penal.

³³ En el año 1484.

³⁴ Las cuales se concluyeron en 1680.

³⁵ Conocido también por el Libro de los Jueces. Es un cuerpo de leyes que rigió en toda España en tiempos de la dominación visigoda. Chindasvinto fue su autor, fue elaborado en un período de siete años que va del 642 al 649. Su hijo Recesvinto, fue quien lo enmendó en el segundo año de su reinado en el 653. Consta de un título preliminar y doce libros subdivididos en cincuenta y cuatro títulos y quinientos setenta y ocho leyes.

³⁶ Obra legislativa de importancia que respondió al criterio de unidad recomendada a Alfonso X por su padre Fernando III. Se divide en cuatro libros, setenta y dos títulos y quinientos cincuenta leyes.

³⁷ Obra jurídica cumbre de Alfonso X el Sabio. Con el mismo trató de liquidar los viejos derechos forales al enfrentarlos a una obra jurídica unitaria y poderosa por su contenido y perfección técnica. El libro se encuentra dividido en siete partes, subdivididas en 182 títulos y mil cuatrocientos setenta y nueve leyes.

³⁸ Felipe II promulgó en el año 1567 un nuevo Código General muy extenso y heterogéneo que recibió el nombre de Nueva Recopilación de las Leyes de España. Del aludido código se hicieron sucesivas ediciones hasta que agotadas las últimas, además la necesidad que existía de adicionar nuevas leyes, y con un plan distinto de redacción y sistematización, se procedió a preparar un nuevo Código que fue autorizado en 1805, casi tres siglos después, por Carlos IV, y que se llamó Novísima Recopilación de las Leyes de España.

En dicho Código emanado del poder del Rey, los homicidios dolosos se castigaban con pena de muerte. Pero se admitieron algunas causas eximentes: matar al enemigo conocido, al adúltero o al corruptor de la hija, al ladrón fugitivo con la res furtiva, entre otros (Jiménez de Asua, 1977). Dicho cuerpo legal aunque no hace alusión al miedo insuperable, regula la posibilidad de eximir de responsabilidad penal al agente de un hecho delictivo.³⁹ Por lo que constituye un antecedente directo de lo que hoy se conoce como causas eximentes de la responsabilidad penal.

Las Partidas⁴⁰ concretamente enfatizaban las clases de miedo que posibilitaban la exención. La Ley VII, título XXXIII, párrafo 7, explicaba como únicos motivos, el miedo a la muerte, a tormentos corporales, a la enervación de un miembro, a la pérdida de libertad o a la desacreditación moral (Fernández Bulté, 2000). Dicho Código consagra el libro XII al Derecho Penal y en él se hallaban algunos preceptos, sobre todo los de tiempo de Carlos III, que denotaban en sus autores el conocimiento de las tendencias humanizadoras que en otros países se preveían (Jiménez de Asua, 1977).

Como consecuencia de la Guerra de Independencia iniciada por Carlos Manuel de Céspedes el 10 de octubre de 1868, resulta necesaria la elaboración de normas jurídicas que rigieran en los territorios liberados por el Ejército Mambí, las cuales reconocieran los intereses del pueblo cubano. Alega Quiróz Pérez (2002a), que en tal sentido, en la referida etapa las normativas en la esfera penal fueron de muy limitadas proporciones y en cuanto a la eximente del miedo, se desconoce que se realizara algún pronunciamiento.

El 17 de junio de 1870 se aprobó un nuevo Código Penal, puesto en vigor en Cuba por el Real Decreto de 23 de mayo de 1879,⁴¹ que sustituía,

³⁹ Se reconocen eximentes como la legítima defensa, tratada al definir los homicidios; la muerte del ladrón o incendiario nocturno; el estado de necesidad, que se formula de modo general al causar daño para defenderse o defender sus cosas y de modo particular cuando para impedir que el incendio se propagase se permitía la demolición de la casa intermedia entre la propia y la que ardía, así como dar muerte a una mujer adúltera por el marido o padre. Se proclama, además, la irresponsabilidad del loco, del furioso y del desmemoriado, del menor de catorce años en los delitos de lujuria y de los menores de diez años y medio en todos los demás, y del embriagado que hablaba mal del rey.

⁴⁰ Las Siete Partidas no recibió en un principio ese nombre sino que se conoció como Libro de las Leyes o Fuero de las Leyes. La obra es algo más que un código, por cuanto antes de presentar cada precepto hace la historia de este y ofrece la actualización del debate doctrinal que se haya establecido sobre el asunto que se regula. Se realizó desde el año 1256 a 1263. Se encuentra dividido en siete partes, subdivididas en 182 títulos y 1479 leyes (Fernández Bulté, 2000).

⁴¹ Publicado en la Gaceta de La Habana el 20 de junio de 1879. Dispuso que el Código Penal Español de 1870 se aplicara en los territorios jurisdiccionales de las Islas de Cuba y Puerto Rico.

en España, al Código de 1848.⁴² Fue el primer cuerpo legal penal que rigió en el país. En su Libro Primero, Título I, Capítulo II, “De las circunstancias que eximen la responsabilidad penal”, regulaba la eximente del miedo insuperable en su artículo 8, apartado 10, al señalar que era eximido de responsabilidad el que obrare impulsado por miedo insuperable a un mal igual o mayor. No se exigía que este fuese producto de una amenaza ilegítima, inminente al que se produce.

Posteriormente al reiniciarse la lucha revolucionaria en 1895, la actividad legislativa fue mayor. En lo concerniente al ámbito jurídico penal se pusieron en vigor la Ley Penal de la República en Armas, el Reglamento del Cuerpo Jurídico Militar y la Ley Procesal Penal de la República en Armas.⁴³ No obstante lo anterior, se desconoce que se haya realizado algún pronunciamiento en relación al tema.

Con la promulgación del Decreto Ley número 802 de 4 de abril de 1936, se aprueba el Código de Defensa Social⁴⁴ y se deroga el Código Penal de 1879.⁴⁵ Su nombre, a juicio de Carreras (1985), está mal utilizado ya que no contempla todos los aspectos de la defensa de la sociedad sino solo uno, el que corresponde a la rama penal del Derecho. El propio autor expresa, que aunque se propagó que la nueva ley no atendía solo al castigo del delincuente sino a la defensa social, dicha concepción fue una mentira más dentro del régimen económico social imperante. Los Jueces Correccionales y los Tribunales de Justicia sancionaban al delincuente como una simple consecuencia del delito perpetrado, sin ningún carácter educativo y ejemplarizante.

⁴² Por su parte, el Código Penal de 1848 se divide en 3 libros, el primero denominado “Disposiciones generales sobre delitos y faltas, las personas responsables y las penas”; el segundo nombrado “Los delitos y sus penas”; y el tercero llamado “Las faltas y sus penas”. Con dicha reforma se admite la equivalencia de males. Ripolles advierte que en el Código de 1848, el miedo mismo, para eximir, precisaba que el mal tenido fuera mayor, condición que fue borrada en el de 1870, en el que se admitió la equivalencia de males, quizá porque con el avance de la civilización decrece el respeto hacia las virtudes viriles del heroísmo.

En lo que al miedo respecta, al dejar a un lado su discutible inclusión entre las causas de inimputabilidad, la única novedad destacable es la referencia que no se hace al miedo que surge frente a un mal que pudiera afectar al cónyuge, ascendientes, descendientes o hermano del que pretende ampararse en la eximente. Por lo demás solo se sustituye la palabra insuperable por invencible.

⁴³ Fue promulgada en Montefirma, Camagüey el 28 de julio de 1896.

⁴⁴ Fue redactado por Martínez y aprobado por la Comisión de Reformas Jurídicas y Políticas. El 10 de febrero de 1936 el Consejo de Estado lo aprobó y ordenó su publicación en la Gaceta Oficial, junto a la Ley de Ejecución de Sanciones y Medidas de Seguridad Privativas de Libertad, cuyo objeto era aplicar las sanciones determinadas en el Código. Entró en vigor el 8 de octubre de 1938.

⁴⁵ Las fuentes del Código de Defensa Social lo fueron, el proyecto de Lanuza de 1910, el Código italiano de Zanardelli, el Código Penal español de 1928 y el Código Penal italiano de 1930. El aludido Código, se compone de cuatro libros divididos a su vez en Títulos, Capítulos y Secciones. (Quiroz Pérez, 2002a).

En el citado Código, en su Libro Primero, Título III, Capítulo II, “De las causas eximentes de la responsabilidad penal”, en el artículo 35, inciso g, se incluyó la eximente objeto de análisis. Se apreciaba en quién obrara impulsado por miedo insuperable de un mal ilegítimo, inmediato e igual o mayor que el que se produce y de modo aislado en el inciso f a quien obrara impulsado por una fuerza material exterior irresistible o mediante sugestión patológica o fuerza psíquica igualmente irresistible.

Con la victoria del 1 de enero de 1959, la Revolución había quebrado las bases del Estado burgués; se disolvió el viejo ejército y los demás cuerpos represivos; se castigó ejemplarmente a los principales responsables de los crímenes cometidos por la tiranía batistiana. Se confiscaron los bienes de los malversadores del tesoro nacional y se democratizó la vida política, sindical y social del país. La nueva dirección de este, apoyada por las masas, se encargaría de convertir en leyes las tareas derivadas del Programa del Moncada.

En la primera mitad de la década de 1970 el país había logrado avances económicos tales como la mecanización de la agricultura cañera, el impulso de la construcción, la industria y la agricultura no cañera y nuevos pasos en la creación de la infraestructura para el desarrollo industrial. Lo expresado fue posible por la participación de las masas y la ayuda recibida del campo socialista en función del progreso económico y social; proclamándose el 24 de febrero de 1976 la Constitución socialista de La República de Cuba.

El Código de Defensa Social, fue abrogado por la Ley 21, Código Penal de fecha 15 de febrero de 1979,⁴⁶ que entró en vigor en noviembre de ese propio año, donde se regula la eximente tratada en su Libro Primero, Título V, “De la Responsabilidad Penal”, Capítulo III, “De las Eximentes de la Responsabilidad Penal”, Sección sexta, recogía en su artículo 26 lo concerniente al miedo insuperable al establecer que está exento de responsabilidad penal el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal ilegítimo, inmediato e igual o mayor que el que se produce. En la redacción del referido Código, se tuvo en cuenta especialmente la legislación penal de los países de la desaparecida comunidad socialista.

La ley 21 de 1979, fue sustituida por la. 62 Código Penal, de fecha 29 de diciembre de 1987, la que entró en vigor el 30 de abril de 1988 y rige actualmente. En dicha Ley, la institución tratada tiene similar redacción en igual Libro, Título, Capítulo, Sección y Artículo a la de la Ley derogada. La única diferencia está dada en que se añade en un segundo apartado que cuando el mal temido es menor que el que se produce, pero causa al agente por sus

⁴⁶ Promulgada el 30 de diciembre de 1978 publicada en la Gaceta Oficial el 15 de febrero de 1979 y entró en vigor el 1º de noviembre de 1979. Derogó al antiguo Código de Defensa Social.

circunstancias personales, un miedo insuperable determinante de su acción, el tribunal potestativamente puede rebajar hasta dos tercios el límite mínimo y máximo de la sanción imponible según el delito cometido.

El bloqueo económico mantenido por Estados Unidos contra Cuba ha significado para el país un costo de miles de millones en divisas libremente convertibles. Gracias al intercambio económico justo con la Unión Soviética y otros países socialistas, se logra disminuir considerablemente los efectos del bloqueo. Pero a partir del año 1989 se agudiza el proceso que finaliza con el derrumbe del socialismo en Europa y la disolución del campo socialista.

En octubre de 1992 se promulga la Ley Torricelli, la cual prohíbe las transacciones cubanas con filiales de empresas norteamericanas en terceros países, e impide que los barcos que arriben a Cuba lo hagan por seis meses a puertos de Estados Unidos. Con posterioridad se promulga la Ley Helms-Burton,⁴⁷ que refuerza aún más el bloqueo, al establecer nuevos castigos a los que inviertan o comercien con Cuba. Dicha situación incide en el ámbito económico, social y político del país, el jurídico no es una excepción.

En el año 1997 el Código Penal de 1988, Ley 62 ⁴⁸ fue modificada por el Decreto Ley No. 175 de 17 de junio del propio año.⁴⁹ Pero la eximente objeto de estudio no sufrió variaciones manteniéndose así hasta la actualidad.

3.2. La existencia de una situación de miedo insuperable

La eximente del miedo insuperable se estructura sobre la base de varios elementos, entre los que se encuentra la existencia de una situación de miedo. De conformidad con el Código Penal cubano este ha de ser insuperable.

En virtud de lo expresado se requiere que el sujeto obre impulsado por un miedo insuperable, un miedo que sin llegar a la anulación de la capacidad, no se pueda superar. Al respecto se suscitan diversos criterios, los cuales fluctúan en relación a si es acertado o no la previsión del rasgo de la insuperabilidad y la forma empleada para determinar su magnitud.

a. La insuperabilidad del miedo

⁴⁷ Ley para la libertad y la solidaridad democrática cubana. Se ordenó su publicación el 1 de marzo de 1996. El 12 de marzo de ese año, el presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, firmó y puso en vigor la llamada Ley de la Libertad Cubana y Solidaridad Democrática, más conocida por los nombres de sus principales promotores, el senador por Carolina del Norte, Helms, y el representante por Illinois, Burton.

⁴⁸ Aprobada el 29 de diciembre de 1987.

⁴⁹ Publicado en la Gaceta Oficial No. 6 de 26 de junio de 1997.

Ayala Gómez (1993), es del criterio que lo insuperable no es el conflicto físico que el miedo desencadena, pues si así fuera habría que buscar la exención por la vía de la inimputabilidad. Lo insuperable según su criterio, es la respuesta al conflicto que el ordenamiento se ve obligado a tolerar por no ser exigible otra conducta distinta. Córdova Roda & Mourullo Rodríguez (1976), sostienen que la cualidad de insuperable debiera entenderse, dado el contenido de la realidad psicológica del miedo, en el sentido de imposibilidad de vencimiento o apartamiento del estado emotivo por el sujeto.

Entre tanto Cobo del Rosal & Vives (1996), refieren que la insuperabilidad, dado el miedo con que se opera, no puede ser entendida en sentido técnico-psicológico, como imposibilidad de vencimiento o apartamiento de un determinado estado emotivo, sino en sentido deóntico, como inexigibilidad. En tal sentido estiman que la valoración de los aludidos estados debe realizarse a través de los preceptos legales que regulan el trastorno mental transitorio y las atenuantes pertinentes, por lo que al final coinciden con lo expresado antes.

Opinan Rodríguez Devesa & Serrano González (1993), que lo insuperable es el temor que hubiera determinado a una persona, de constitución psíquica sana y reacciones normales, a actuar en las mismas circunstancias como lo hizo el que obró por miedo. El miedo que interesa al Derecho Penal, es aquel que afecta psíquicamente al sujeto y deja, como dice acertadamente Muñoz Conde (1989), una opción o posibilidad de actuación.

En torno al tema, Pérez González (2005), estima acertadamente que la ley sustantiva asume un enfoque jurídico erróneo toda vez que la insuperabilidad se configura cuando se produce un estado emocional al cual no puede dominar u oponerse la persona. Es decir, el término empleado no es consecuente con la exigente objeto de análisis toda vez que representa la falta de capacidad del sujeto para calcular el alcance de sus acciones, lo cual es típico del trastorno mental transitorio. Por ello propone emplear los adjetivos: intenso e influyente, en vez de insuperable, con los que se coinciden.

Es posible que dicha fórmula, según su criterio, sea más precisa y a la vez más fácil de establecer por los jueces al momento de reconocer la aludida exigente. Al entender por intenso lo agudo o penetrante y por influyente lo acreditado, podría entonces contribuir a una valoración acertada de la causa de exculpación conforme a su naturaleza jurídica.

En ocasiones el órgano jurisdiccional cubano asocia el miedo insuperable al pánico y sin embargo no son lo mismo.⁵⁰ El miedo insuperable provoca que en el organismo se desencadenen síntomas que producen una inminente sensación de pérdida de control que supera la voluntad del sujeto y debilita su seguridad. Sin embargo, el agente no pierde su capacidad cognoscitiva y comprende la naturaleza de sus actos según se expresó antes.

El pánico alude a un estado de terror, el cual sobrepasa los límites del simple miedo. Es una forma de miedo intenso en la que aparecen fenómenos fisiológicos y psicológicos coherentes con dicha emoción, pero en la cual el sujeto pierde la capacidad para comprender el alcance de sus acciones.

No es correcto asociar o confundir afección de la libertad con la anulación de las facultades psíquicas de la persona, porque quien obra por miedo a un mal amenazante, aunque sin dudas ve afectadas sus facultades psíquicas, no se ve totalmente privado de ellas. El miedo insuperable no es un pánico o terror que impide a la persona realizar una acción, es aquel que aun al afectar psíquicamente a quien lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, sino que simplemente la limita o trastoca, y priva al sujeto en su capacidad de decisión, lo que lleva a que no pueda atribuírsele responsabilidad penal.

En dicho caso la capacidad de actuación gira en torno al miedo que le genera determinada situación, es decir, si bien el sujeto de antemano sabe que el acto que realiza es sancionable, lo ejecuta porque quiere evitar un determinado mal que lo amenaza, y liberarse del sentimiento de temor que lo perturba, sin tener en cuenta la variable de ilegalidad en ese momento. Lo decisivo en las situaciones de miedo insuperable no es la anulación de las facultades de actuación o volitivas de la persona, sino que debido a las circunstancias que presionan su actuación, la amenaza de un mal, esta se ve decisivamente coaccionada, y con ello sus posibilidades de actuación se ven limitadas de forma penalmente relevante

La contemplación en la norma no es terror o pánico que altera la imputabilidad sino el que altera la capacidad de decisión. De acuerdo con Oneca (1986), no se trata tampoco del miedo leve que induce a la prudencia o a

⁵⁰ Así lo muestran las sentencias dictadas por la sala de lo penal del Tribunal Supremo Popular correspondientes a la No. 322 de 19 de octubre de 1956, No. 164 de 24 de mayo de 1957 y la No. 425 el 14 de octubre de 1952, en la que se consigna: "No hay base psicológica en qué apoyar el miedo insuperable, si la procesada no se encontraba bajo los efectos del terror, o estado anímico característico de esta exigente, habiéndose debido la reacción tan solo a un ímpetu motivado por la conducta engañosa y de abandono del que resultó occiso".

la cautela sino de otro de mayor entidad que afecta de modo serio la libertad de determinación pero sin que sea necesario que anule la capacidad intelectual o volitiva, lo que lleva a excluir de éste ámbito las fases álgidas del mismo, así como los miedos de carácter patológico que alteran la imputabilidad.

Al respecto, expresa acertadamente Varona Gómez (2000), que la referencia legislativa al miedo insuperable no ha de interpretarse en términos exclusivamente psicológicos que aboquen a la exigencia de un estado de terror o pánico incapacitador. La alusión al miedo debe interpretarse como la exigencia de 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 aquélla en la que, para evitar el mal amenazante se lesiona bienes jurídicos ajenos.

De ello se deriva que la insuperabilidad del miedo debe interpretarse en un sentido normativo: miedo insuperable es aquel que, normativamente, no se exige a la persona que lo supere. El aspecto decisivo no descansa en la cantidad de presión psíquica que recibe el afectado, sino en determinar qué exigencias normativas pueden y deben requerirse a una persona amenazada por un mal que le provoque miedo para afirmar que se está ante un miedo insuperable (Varona Gómez, 2000). Se estaría entonces ante un caso en el cual el individuo carece de libertad de voluntad y de motivación. De darse tales supuestos, se podría reconocer que el miedo es tal, que no puede superarse.

b. La determinación de la insuperabilidad

De conformidad con lo expresado, el miedo ha de constituir una intensa y grave perturbación del funcionamiento de las facultades psíquicas, el cual ha de impedir al individuo la determinación libre de su voluntad, desmotivándolo de cumplir con lo que la norma le exige hacer. Establecer dicha magnitud es una cuestión complicada. No se puede medir la cuantía del miedo para determinar que éste es insuperable, por lo menos no cuantitativamente.

Es el tribunal al que corresponde hacer una valoración cualitativa del mismo. Para ello el juez analiza si el sujeto pudo o no sobreponerse al miedo, lo cual es extremadamente subjetivo, de conformidad con los criterios que emplea para discernirlo. Entre estos se encuentran el objetivo y el subjetivo. Según el primero, será insuperable aquel miedo que no puede ser vencido por el

hombre medio, por un sujeto común. Para el segundo, lo será de acuerdo al caso concreto y al hombre concreto.

En relación al criterio objetivo, Sainz Cantero (1985), defiende esa tesis. En tal sentido argumenta que la insuperabilidad del miedo ha de medirse valorándose si el hombre medio, situado en el contexto circunstancial en que se halla el autor, hubiera podido o no dominarlo. Oneca (1986), argumenta que no se trata de conceder un privilegio a los cobardes, pues el requisito de la exigibilidad es presumible en el hombre medio. En tanto Muñoz Conde (1991), reitera que el miedo insuperable es un requisito objetivo por los elementos relacionados.

Cuerda Arnau (1997), argumenta que la insuperabilidad del miedo es el requisito nuclear de la eximente, el que determina la eficacia jurídica. Por ello, para la determinación de éste, concuerda con las tesis del hombre medio. Refiere Vives Antón (1996), que “tienen razón quienes equiparan la insuperabilidad del miedo con la inexigibilidad de una conducta distinta, pues al Derecho en este caso no le interesa la cualidad de superable o insuperable desde el terreno psíquico individual”.

Dicha teoría no debe ser plenamente aceptada; pues de aceptar la tesis del hombre medio quedarían desprotegidas aquellas personas cobardes o asustadizas, las cuales no están enfermas ni tienen anulada su capacidad intelectual ni cognoscitiva, sino que por sus condiciones personales pueden reaccionar ante determinada circunstancia de manera diferente a otras que no son miedosas. Por otra parte, los criterios que sirven de base para catalogar al hombre medio son dudosos, toda vez que el ser humano es un sujeto independiente, considerado como una entidad biológica, psicológica, social y moral, diferente al resto de su especie y por tanto con vivencias y reacciones distintas.

El concepto del hombre medio en la posición del autor del hecho aparece recurrentemente en la teoría del delito como un criterio definitivo para resolver los problemas normativos que por su complejidad necesitan mayor reflexión. Pero en lo que al inconveniente de la insuperabilidad del miedo se refiere, es una tesis no solo insuficiente sino incompatible por su carácter generalizante con una categoría esencialmente individualizadora como es el sujeto responsable. Coinciden con lo expresado Bustos Ramírez & Hormazabal Malaree (1994), y en tal sentido manifiestan que el criterio del hombre medio es de por sí bajo y por tanto, poco seguro para determinar el contenido de la insuperabilidad.

En concordancia con el criterio subjetivo, Higuera Guimera (1991), afirma que se denomina como tal porque se atiende a un juicio estrictamente personal. En tal sentido opina que es preciso acudir a la referida tesis, *“pues es la más acorde con el concepto de miedo, que es algo personal. Mantener lo contrario sería por tanto contradictorio e iría contra la propia naturaleza de las cosas y contra el concepto ontológico del mismo”*.

De conformidad con lo expresado, Zaffaroni (1988), expone, acertadamente, que *“el límite del control del miedo no es igual frente al mismo estímulo para todas las personas, puesto que hay objetos más temibles para uno que para otros”*. Considera además, que hay sujetos a los que el derecho les exige el control del miedo frente a ciertos estímulos a los cuales no les reconoce eficacia exculpante, salvo que respondan a una perturbación morbosa, porque entiende que pudo y debió controlar la situación y evitar caer en ese estado.

Al respecto Quintero Olivares (1981), indica que evidentemente los agentes externos no pueden producir idéntico miedo a todos los hombres, y de ahí la gran relevancia de lo subjetivo en el eximente objeto de análisis. *“El miedo penalmente relevante, por consiguiente, tendrá ese carácter en función de una base subjetiva, la presión psicológica que el miedo produce, y otra objetiva, la entidad de la causa exterior que ha de producir el efecto interior”*

Coincidente con lo expresado, Quintanar Diez (1998), manifiesta que el miedo es un fenómeno eminentemente individual y personal. Que no solo depende de la objetiva gravedad del mal amenazante, sino, fundamentalmente, del efecto que, sobre una concreta persona en un momento, lugar y circunstancias determinadas, tuvo la emoción de miedo. La tesis subjetiva opta por atender a un criterio estrictamente personal y circunstanciado, en la que se estima al hombre medio como un criterio impersonal y objetivo, incompatible con el fenómeno psicológico y personalísimo.

El Tribunal Supremo Popular igualmente asume tal posición al establecer que el miedo insuperable supone en el sujeto activo del delito, un estado de coacción moral que cohiba su voluntad e impida su determine libre y espontáneamente. Así mismo, exige que el miedo que se apodera del comisor sea no el corriente que solo puede significar un motivo de atenuación, sino que ha de ser insuperable, es decir, invencible, incontenible. Además, analiza el mal generador de este el que ha de ser cierto, grave, justificado, inminente y de igual o mayor entidad que el causado a la víctima.⁵¹ Lo cual no es acertado ya que no todos los seres humanos son igualmente susceptibles de sentir con igual intensidad los efectos del terror o del miedo, toda vez que influye

⁵¹ Sentencia número. 304, 12 noviembre de 1940 del Tribunal Supremo Popular de Cuba.

en este la sensibilidad psíquica de su carácter, el temperamento y las condiciones personales que lo identifiquen.

3.3. El mal como causa del miedo

La eximente del miedo insuperable, de conformidad con lo antes expuesto, se estructura sobre la base de varios elementos, entre los que se encuentra además del analizado en el epígrafe anterior, la existencia de un mal, que ha de resultar de tal vinculación con el miedo que debe constituir la causa directa y fundamental que lo justifique o fundamente; por mal temido se entiende el peligro de un perjuicio para un bien jurídico.

El mal temido ha de proceder de algún acto humano, extraño a la voluntad del propio sujeto, que racionalmente le haga suponer la perspectiva del mal, pudiendo materializarse de diversas formas, de palabra o por escrito, de modo expreso o tácito (Quiroz Pérez, Renén, 2002c).

De acuerdo con lo regulado en el Código Penal cubano el mal ha de ser ilegítimo, inmediato e igual o mayor que el que se produce.

a. La ilegitimidad

Según se ha manifestado, en concordancia con lo establecido en la norma sustantiva, en cuanto a la ilicitud del mal que provoca el miedo, en primera instancia, se debe entender como ilegítimo, es decir, no legal ni permitido, y que atente contra un interés socialmente protegido. De lo anterior se deriva el supuesto de que el miedo no puede surgir de un mal que procede del ejercicio legítimo de un derecho o del cumplimiento de un deber jurídico, o en general, de una condición que en derecho se valora positivamente, ya que en dicho caso debe tenerse por superable, pues resultaría irreconocible como eximente.

Paredes Vargas (20021), coincide con lo anterior. Para dicho autor el mal amenazante consiste en la exigencia, sobre su ilicitud, con lo que se destaca que no puede considerarse un mal frente al que quepa reaccionar en miedo insuperable aquel que provenga de la actuación legal de los órganos del Estado, lo cual se suele fundamentar en el necesario cumplimiento ordenado por el derecho.

El principio de inexigibilidad, que se encuentra en la fundamentación de la eximente de miedo insuperable ya ha mostrado que pueden conducir a la exención de la pena incluso en casos en los que el mal que la 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.

Por su parte, Higuera Guimera (1991), destaca que dadas las características y connotaciones psicológicas y personalísimas del miedo, es indiferente que el móvil de éste sea de carácter lícito o ilícito, pues lo decisivo es que la libertad del sujeto quede restringida. Dicho criterio es acertado toda vez que lo trascendental es que el sujeto sienta miedo, no importa cuál sea la causa de este, de ahí que se considere oportuna la exclusión de dicho término de la Ley Sustantiva, pues la situación de miedo en que se encuentra el individuo, que lo impulsa a actuar, es una situación en la que simplemente reacciona ante un mal que podrá ser legítimo o ilegítimo, pero el individuo no puede discernirlo o no le interesa hacerlo.

b. La inmediatez

En cuanto el mal que provoca el miedo insuperable, según el Código Penal ha de ser inmediato. No tiene tal carácter la que se dirija a peligros ya pasados pues la acción ha de ser en defensa de un bien jurídico y no para vengar una ofensa anterior.

No obstante lo expresado, existen dos formas para establecerlo: el criterio temporal, acogido por la Ley Sustantiva y el criterio causal, para el primero, será inmediata aquella situación de peligro que por su estado de desarrollo y circunstancias, está próximo a materializarse el daño. Para el segundo, la inmediatez del mal temido se concibe como un nexo de causa y efecto.

En relación al último criterio, Quirós Pérez (2002b), manifiesta que no se puede pasar por alto que el miedo puede surgir como efecto de la particular vivencia de un riesgo sin antecedente anterior. Se ha de valorar igualmente que dicho estado de miedo puede originarse como resultado de un lento y extenso proceso en el que el último estímulo, es decir, el desencadenante, puede tener escasa significación. También, según su opinión, puede ocurrir que una fuerte carga depresiva provoque una serie afectación en la psiquis del lesionado que con el tiempo desaparezca, pero no de tal modo que se excluya necesariamente la posibilidad de resurgir al presentarse otro contenido de conciencia similar.

La eximente de miedo insuperable no puede amparar aquellas acciones que se dirijan contra peligros pasados, que no tengan una posibilidad de reproducirse en el futuro. Tal y como es el caso, según manifiesta Paredes Vargas (2002), de un peligro ante el cual se actúa defensivamente, lo cual no es inminente, en el sentido de inmediata causación si se actúa. Sin embargo, dicho

autor es del criterio que ha de valorarse su aplicación también, en los casos de riesgo futuro o duradero en los que no quepa esperar del transcurso del tiempo una mejora de las posibilidades de defensa o evitación del mal. Dicho es acertado toda vez que lo importante resulta ser la existencia de miedo, sin que trascienda si esta data de un hecho histórico o presente.

El órgano jurisdiccional cubano no aprecia la eximente en aquellos casos en los que el mal no es inmediato⁵² cuando debiera hacerlo según lo expuesto anteriormente. Como correctamente plantea Varona Gómez (2000), desde dicho punto de vista, el criterio decisivo para la aplicación de la eximente del miedo no es ya tanto la existencia de un peligro inminente, sino la de actuar inminentemente para evitar el peligro. Dicha necesidad puede existir también en casos de peligros futuros, en los cuales no se pueda esperar del transcurso del tiempo una mejora de la situación y una espera pueda significar que ya no se tenga posibilidad de repeler el mal amenazante.

c. La proporcionalidad

El Código Penal exige igualmente que exista proporcionalidad entre el mal causado y el mal temido, tal y como se expresó antes. Por tanto, el juez tiene que compararlos, lo cual no es siempre fácil de compatibilizar. Además, es irracional que se le pueda exigir a quien se encuentra en un estado emocional al cual no puede dominar ni oponerse, que calcule el alcance de sus acciones y tome como patrón, precisamente, al peligro que lo ha colocado en tal estado emocional (Pérez González, 2005).

A pesar de que el legislador reconoce la existencia de tal estado emocional que obstaculiza su capacidad de decisión, en virtud de la norma, le exige que en tales circunstancias calcule el alcance de sus acciones. Lo expresado es un tanto absurdo, porque a la vez que el citado precepto exige en el sujeto un estado que no le permite al individuo analizar ni calcular el alcance de su acción, ni superar ese miedo, pretende una supuesta capacidad de comparación entre ambos males.

Las emociones no pueden cuantificarse. Las palabras un mal igual o mayor lejos de aclarar oscurecen el sentido de la Ley; lejos de ser una garantía de la justicia pueden dar fácil locación a lamentables extravíos. Una amenaza de un mal grave que constituya ese miedo insuperable, he aquí las condiciones necesarias de la exención que se trata. Enunciarlos con toda claridad es la función del legislador. Calificar la gravedad del mal, el alcance del peligro, la magnitud de la amenaza, la intensidad del miedo, la libertad o necesidad de acción es obra de los Tribunales. Cuando los papeles se confunden, se

⁵²Sentencias No. 164 de 24 Mayo de 1957 y la No. 3965 de 2004, ambas del Tribunal Supremo.

disminuye el alcance de la acción de la justicia sin llevar la certidumbre al Derecho. Así valora Groizard (1870), la contemplación en el texto de la Ley de esta exigencia.

La exigencia antes manifestada oscurece el sentido de la norma. Bastaría una amenaza de un mal grave que altere significativamente la psiquis del sujeto para que se den las condiciones necesarias de la eximente. Calificar la gravedad del mal, el alcance del peligro, la magnitud de la amenaza, la intensidad del miedo, es obra de los tribunales.

d. La realidad

El tema de la realidad o no del mal temido igualmente es suscitado. De lo que se trata es de determinar si el mal temido tiene que ser un fenómeno realmente existente en el medio objetivo o si también puede admitirse que sea imaginario, es decir, supuesto. Al respecto Rodríguez Devesa (1993), sostiene que el mal ha de ser igual o mayor que el que se trata de evitar, así como real, serio e inminente.

Que el mal sea real es una exigencia incompatible con el fundamento de la eximente, la que debe ser tratada como un problema a solucionar dentro de la propia eximente. La falta de realidad del mal amenazado no debe dar lugar a la inmediata inaplicación de la eximente completa del miedo insuperable; el que obra por miedo insuperable debe cerciorarse con total seguridad de la realidad que dicho mal equivaldría a hacer inviable, de facto, la eximente, ya que una tal comprobación solo parece posible cuando se exige a la persona amenazada que, en todo caso, haga caso omiso del peligro, bajo el precio de que ello le cueste la efectiva realización de este y con ello la lesión a sus bienes jurídicos (Varona Gómez, 2000).

Opuesto a lo expresado, Córdova Roda (19761), considera que el miedo puede ser imaginario y no real, puesto que desde un punto de vista psicológico no hay duda de que miedo es tanto el estado emotivo ante un peligro real, como el que surge ante uno objetivamente inexistente pero supuesto. En sentido contrario Díaz Palos (1977), sostiene que la eximente exige que sea real o conocido y no aparente, sin embargo reconoce que desde un punto de vista psicológico es totalmente indiferente que el mal que amenaza sea real o aparente

Expresa Mir Puig (1996), que la cuestión debatida ha de entenderse objetivamente. De conformidad con su criterio, el requisito de mal igual o mayor, solo concurre cuando se da realmente y no en la imaginación del autor, por lo que ha de ser verdadero. No obstante, manifiesta que

no puede cerrarse el paso a la eficacia de un posible error. Al respecto precisa que solo el error invencible ha de eximir de responsabilidad. El error vencible no puede impedir que deba castigarse el descuido que condujo al mismo.

Con dicho requisito se plantea la posibilidad de aplicar en estos casos las reglas del error, tal como sucede en los supuestos de eximentes putativas, o bien la eximente incompleta del miedo insuperable, lo que exige que el mal sea real, pues de lo contrario sería necesario acudir a las regulaciones del error, ni se entendería que el requisito inhibe la aplicación de la eximente completa (Paredes Vargas, 2002). El criterio expuesto presenta una inconsistencia, pues la aplicación de las reglas del error presupone la exigencia de la realidad del mal amenazante, lo cual, es incompatible con el fundamento de la eximente, toda vez que se fundamenta en la inexigibilidad de otra conducta en una situación concreta.

Lo expresado no puede ser una exigencia de la eximente, por lo que para aplicarla será suficiente con que existan razones para que lleven a la persona a creer en la seriedad y realidad del mal amenazante. Si tal creencia es razonable quedan satisfechas las exigencias normativas que el ordenamiento puede imponer a quien es exculpado por la amenaza de un mal. Lo expresado no impide establecer que el sujeto con un mayor cuidado pudo haber superado esa creencia errónea, en cuyo caso se aplicará la eximente incompleta.

En algunas ocasiones en la práctica judicial se ha requerido que el mal temido sea cierto, en el sentido de que debe presentarse al sujeto con suficientes características de objetiva realidad capaces de mover su ánimo amenazado. Se exige que el mal temido haya de constituir una realidad fundada, un peligro apreciable de manera evidente, real y determinado.⁵³

Sin embargo, dicho criterio es insatisfactorio por su incompatibilidad con la naturaleza eminentemente subjetiva de la eximente. Lo razonable es admitir que la simple creencia de la existencia del mal, la mera sospecha de que pudiera realizarse, es suficiente para apreciarla. Lo expresado se fundamenta, de una parte, en que resulta más coherente con lo regulado en el Código Penal el cual no lo exige; y, de otra,

⁵³ Así lo muestra la sentencia No. 7 de 5 de enero de 1973 dictada por la sala de lo penal del Tribunal Supremo Popular.

en que ha sido reafirmado por la práctica judicial en algunos de sus pronunciamientos.⁵⁴

e. La gravedad

La gravedad del mal temido también es un tema controvertido. El Código Penal tampoco lo prevé y sin embargo la práctica judicial cubana lo exige.⁵⁵ Para ello se basa en que solo un peligro grave, poderoso, puede originar la intensidad del miedo capaz de eximir de responsabilidad penal. Lo expresado está condicionado a la naturaleza del miedo que el mal temido debe engendrar en el sujeto.

No obstante, si se tiene en cuenta que la naturaleza de la eximente es subjetiva, habrá que llegar a la conclusión que, en realidad, la cuestión en examen no alude a que el mal sea grave en sí mismo, sino que sea lo suficientemente poderoso para cohibir la voluntad del agente, impidiéndole racional y naturalmente sobreponerse a él. Por tanto, la gravedad no radica en el peligro, es decir, en el mal temido, considerado en su aspecto objetivo, sino en el miedo que entraña ese peligro, considerado en su aspecto subjetivo, personal, con independencia de la objetiva gravedad del mal temido.

Otro aspecto relevante es el de la gravedad de dicha acción, el cual está dado en valorar si debe limitarse en función del bien jurídico lesionado, que implicaría actos de heroísmo, por ejemplo en los casos de homicidio. Dicha ponderación, debida a la naturaleza del principio de inexigibilidad que fundamenta la eximente, no puede decidirse a la vista del caso concreto, en base a dos principios, el principio de la recuperabilidad, cuya misión es valorar el peso de las razones que conducen a una persona a lesionar un bien jurídico ajeno y el principio de adecuación, que se basa en la exigencia de cierta proporcionalidad entre el peligro que se amenaza y la lesión causada.

3. 4. Presupuestos teórico-prácticos que han de darse para que se pueda apreciar la eximente del miedo insuperable

Por naturaleza la ciencia es progresiva y dialéctica, lo que significa que los conocimientos que hoy la integran son el resultado del proceso de interacción del hombre con su entorno en cada momento histórico y que todo sistema explicativo que pautan es provisional en tanto puede ser enriquecido o negado con posterioridad; por lo que no hay verdades finales ni absolutas (Villa Bella Armengol, 2012). Es por medio de la ciencia que la civilización es

⁵⁴ Sentencias No. 228 de 2 de octubre de 1959 y No. 6 de 13 de enero de 1969 del Tribunal Supremo Popular.

⁵⁵ Sentencias No. 326 de 15 de octubre de 1947, No. 164 de 24 de mayo de 1957 y No. 842 de 25 de agosto de 1975 del Tribunal Supremo Popular.

transformada velozmente. Según Núñez Jover (1999, p. 12), *“es un cuerpo de conocimiento en constante desarrollo formado por fragmentos de las reflexiones y las ideas. Es un descubrimiento constante de hechos, leyes y teorías nuevas que critican y con frecuencia destruyen mucho de lo construido”*.

Como una de las múltiples ramas de las ciencias se encuentran las Ciencias Jurídicas. Definidas como el sistema de conocimientos que se ocupa del estudio de los fundamentos, principios, categorías y valores que informan, sustentan o han sustentado tanto el derecho vigente como el anterior; así como su impacto social y su crítica para su futuro perfeccionamiento. De lo anterior se deriva que su objeto de estudio lo integren las tres dimensiones del derecho la social, con la sociología jurídica, la valorativa, con la filosofía del derecho y la normativa, con la ciencia del derecho.

Uno de los elementos de la ciencia del Derecho lo constituye la ciencia de Derecho Penal. La ciencia del Derecho Penal positivo se designa con el nombre de dogmática jurídico-penal. El jurista ha de aceptar, como punto de partida, el contenido del orden jurídico positivo, porque solo así podrá comprenderlo, interpretarlo y aplicarlo (Rodríguez Mourullo, 1996).

La dogmática jurídica establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del Derecho Penal segura y previsible, y lo sustrae de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación. Pero lo cierto es que no basta con la previsibilidad de las decisiones ni con la construcción conceptual para proveer seguridad jurídica, sin perjuicio de que muchas veces la dogmática ni siquiera permite esta previsibilidad (Zaffaroni, et al., 2002).

La dogmática procura una aplicación altamente objetiva del derecho vigente. Sin embargo, no puede lograr una objetividad total: la exclusión absoluta de puntos de vista del intérprete no es posible. Toda aplicación del Derecho requiere fijar puntos de partida que condicionan el proceso interpretativo posterior. El interés del conocimiento dogmático se vincula a la tarea de la aplicación del Derecho Penal a los casos que juzgan o deben juzgar los tribunales. Por ello, con la ayuda de esta el jurista del Derecho Penal debe poder contestar de una manera técnicamente aceptable: 1) si el autor de un hecho es punible; y 2) cómo debe ser punible (Bacigalupo, 1996).

Dogmática jurídico penal y política criminal se superponen y complementan, siendo no disciplinas separadas, sino más bien zonas o aspectos de la ciencia del Derecho Penal. La política criminal suministra los criterios para la valoración del derecho vigente y revela cuál es el que debe regir en el futuro. Una política criminal sin conocimiento del Derecho positivo vigente es inimaginable. A través de este conocimiento se descubre los aciertos y los defectos del

orden jurídico en vigor y, por tanto, señala lo que merece ser mantenido y lo que debe ser eliminado o sustituido en el futuro (Rodríguez Mourullo, 1996).

Dado que la dogmática penal debe permitir contestar si un hecho es o no delito, es preciso analizar sus relaciones con otros conocimientos que se ocupan del delito (Bacigalupo, 1996). Para ello se emplea el método jurídico. Este es fundamental para la interpretación de la ley. Es el que conduce a un objetivo práctico, que es orientar las decisiones de la jurisdicción y, por ende, lo alcanza conforme al modo en que se conciben esas decisiones.

De allí que el método siempre se halle condicionado por el modelo de estado al que sirve el saber jurídico, o sea, que su elección va precedida por una decisión política fundamental. Por ello, es claro que el Derecho no es objeto de interpretación sino fruto de ella, o sea, de una variable que no depende solo de la legislación sino sobre todo de la actividad doctrinal y jurisprudencial, que nunca es inocente ni aséptica respecto del poder (Zaffaroni, 2002).

Cualquier método que no se degrade a una mera metodología de racionalización al servicio del que manda, es decir, cualquier método propiamente jurídico, requiere un análisis exegético, histórico y genealógico de la ley, tanto como una posterior construcción explicativa. En definitiva, se trata de la necesidad de construir un sistema, es decir, de formar un conjunto ordenado en el que se enlazan sus elementos. El objetivo que se asigna al saber jurídico penal no es producto del método sino previo a este (Zaffaroni, 2002).

En tanto el método científico es el procedimiento que se sigue para analizar un objeto de investigación; el procedimiento mediante el cual se estudia éste; el recurso perceptivo o racional que aplica el investigador para penetrar lo que estudia con el fin de obtener información, hallar explicaciones y solucionar de esa manera un problema científico. Así, para que un trozo de saber pueda ser llamado científico no basta con que sea verdadero; es imprescindible demostrar cómo se ha llegado a él y exhibir las operaciones empíricas o racionales por las cuales es verificable (Villa Bella Armengol, 2012).

Se ha concebido un conjunto de presupuestos, que en su integración pueden constituir la base de una futura metodología, a ser empleada bien al instante de realizarle una futura modificación a la Ley penal sustantiva o apreciarse por el órgano jurisdiccional la eximente del miedo insuperable. Para la conformación de los presupuestos se utilizan dos directrices: teórica y práctico. La primera, empleada como fundamento en el cual se sustenta

la investigación y la última, dirigida a la obtención de los criterios jurisprudenciales en materia de la eximente del miedo insuperable.

La primera directriz permite conformar el marco teórico, lo cual facilitó cumplir con las dos primeras etapas prevista para su conformación, la revisión de la literatura correspondiente y la adopción de una teoría. En este se imbricó los enfoques teóricos, estudios y antecedentes generales que aluden al problema de la investigación, constatándose que existen varias teorías que de manera generalizada pueden ser de aplicación para la solución del conflicto central objeto de estudio. No obstante, ninguna se ajusta a la solución ideal, por lo que se propone otra diferente. Lo expresado implicó a su vez cumplir los pasos siguientes:

1. Estudiar las teorías capaces de explicar en qué supuestos se ha de apreciar la eximente del miedo insuperable y por tanto, eximir de responsabilidad penal al sujeto que ha cometido una conducta que reviste caracteres de delito.
2. Evaluar dichas teorías valorando su capacidad de descripción, explicación, predicción y consistencia lógica según lo exige la ciencia de la metodología de la investigación.
3. La creación de un esquema conceptual a aplicar al problema de la investigación, que en el caso concreto, tiene como referente los postulados de la doctrina foránea y nacional, además de las fuentes formales y materiales del Derecho Penal.

La directriz práctica se encuentra condicionada a lo limitado de los estudios nacionales precedentes sobre la materia, lo abstracto de los contenidos relacionados con la misma y la escasez de criterios jurisprudenciales sobre dicha eximente debido a la exigua radicación, juzgamiento y existencia dentro del catálogo sancionador.

Se emplea la metodología cuantitativa, con el propósito de evaluar la calidad de la información en torno a la eximente del miedo insuperable. Criterios que se obtienen con el uso de las técnicas de revisión de bibliografía y análisis de documentos. En cuanto a la última, aplicada, según se expresó antes, a un total de 57 sentencias. De ellas, 20 aluden al miedo insuperable para un 33.84%, 21 al error para un 35.09%, 2 a la enfermedad mental para un 3.51 % y 9 a la legítima para un 15.79% y 5 al trastorno mental transitorio para un 8.77 %.

Como resultado de la aplicación de las técnicas antes relacionadas se obtienen conclusiones que constituyen la base de los presupuestos interpretativos que se expresan a continuación:

- a. Existe poco dominio en los jueces acerca de cuáles son los presupuestos que han de darse para que se pueda configurar la eximente del miedo insuperable.
- b. La judicatura no identifica adecuadamente en qué supuestos ha de reconocer la eximente del miedo insuperable.
- c. La aplicación jurisprudencial efectiva de la eximente completa de miedo insuperable es sumamente escasa. Tampoco se advierte la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable.

Al vincular las dos directrices se conforma el conjunto de presupuestos que han de darse para que se pueda reconocer la eximente, lo que a su vez en aras de una mejor comprensión de sus postulados se dividen en tres grupos.

Primer grupo: presupuestos que conforman el marco conceptual. Integrado por la definición de la eximente como soporte básico.

La eximente del miedo insuperable se configura en los siguientes términos: está exento de responsabilidad penal el que obra impulsado por un miedo intenso e influyente como consecuencia de una mal.

Segundo grupo: presupuestos relativos al miedo como elemento para la configuración de la eximente del miedo insuperable.

- a. El miedo ha de ser intenso e influyente y no se ha de requerir que el sujeto pierda la capacidad de culpabilidad.
- b. La determinación de lo intenso e influyente se establecerá de acuerdo con criterios subjetivos ya que no todos los seres humanos son igualmente susceptibles de sentir con igual intensidad los efectos del miedo, toda vez que influye en este la sensibilidad psíquica de su carácter, el temperamento y las condiciones personales que lo identifiquen.

Tercer grupo: Presupuestos relativos al mal como elemento para la configuración de la eximente del miedo insuperable.

- a. El mal puede ser legítimo e ilegítimo, no importa su naturaleza siempre y cuando cause en el sujeto un estado tal en el cual el sujeto pierda la libertad de voluntad y la motivación por la norma
- b. El mal podrá o no ser inmediato. El criterio decisivo para la aplicación del miedo insuperable no es ya tanto la existencia de un peligro inminente, sino la necesidad de actuar inminentemente para evitar el peligro.
- c. El mal podrá o no ser proporcional, pues es irracional que se le pueda exigir a quien se encuentra en un estado emocional al cual no puede dominar ni oponerse, que calcule el alcance de sus acciones y tome como patrón, precisamente, al peligro que lo ha colocado en tal estado emocional.

- d. El mal podrá o no ser real, de manera que puede existir auténticamente o no, para nada afecta a la presencia del miedo psicológicamente entendido.
- e. El mal podrá o no ser grave, la gravedad no radica en el peligro, es decir, en el mal temido, considerado en su aspecto objetivo, sino en el miedo que entraña ese peligro, considerado en su aspecto subjetivo, personal, con independencia de la objetiva gravedad del mal temido.

Capítulo IV. La agresión como causa de la defensa

Lic. Aracelys León Iglesias

4. 1. Concepto de agresión y sus formas

Dentro de la Psicología Social la agresión es concebida como un comportamiento interaccional, entre un agresor y una víctima, con la intención de dañar o perjudicar. Existen varios tipos de agresión como lo es la agresión activa, que puede ser física y verbal. La física puede ser a su vez, directa e indirecta, y muestra de la primera serían los golpes y las lesiones; y de la segunda, golpes contra un sustituto de la víctima. La verbal, de igual modo comprende las antes mencionadas condiciones, siendo muestra de la directa los insultos; y de la indirecta, las calumnias.

Por su parte la agresión pasiva, de igual forma puede ser física y verbal. La primera puede ser a su vez, directa e indirecta, ejemplo de ellas son el impedir un comportamiento de la víctima; y el rehusarse a realizar un comportamiento determinado, respectivamente. La segunda del mismo modo puede ser directa e indirecta. Evidencia de ellas, sería negarse a hablar; y el no consentir, en igual orden.

Según señala Florian (1929), el ataque debe consistir en una violencia, y esa violencia puede ser material, consistente en el empleo de la fuerza física o moral, ya sea amenaza, ofensa al honor u otras. En tanto para Maurach (1962), por agresión se debe entender la lesión producida por un ser viviente, de intereses jurídicamente protegidos.

La agresión, según Welzel (1956), es la amenaza de lesión, mediante una acción humana, de intereses vitales jurídicamente protegidos. La agresión, por regla general, supone en su autor, una determinada actividad. Por su parte Gómez asevera que la agresión debe provenir exclusivamente del comportamiento humano, pues solo el hombre puede cometer actos justos o injustos y que del peligro proveniente de animales no puede defenderse legítimamente las personas, sino actuar en estado de extrema necesidad (Gómez, 1991).

Las meras expresiones verbales, tales como las ofensas, los insultos, las palabras soeces, injuriosas, groseras, vejaminosas o insolentes, no seguidas de un acto de acometimiento revelador del propósito de agredir, no constituyen agresión, sino provocación,⁵⁶ por cuanto la conducta, para ser considerada agresión tiene que manifestarse en actos de naturaleza material. En el caso

⁵⁶ Sentencias Nos. 179 de 9 de junio de 1960, 277 de 20 de junio de 1969, dictadas por el Tribunal Supremo Popular de Cuba.

particular de las amenazas la cuestión se suscita cuando la forma utilizada para agredir es la coacción psíquica. Si bien parece lógico admitir que las amenazas constituyen un peligro de tal naturaleza que evidencian daño más o menos inmediato a un bien jurídico, sin embargo, con esta idea del problema la solución se traslada al plano temporal de la inminencia o actualidad de la agresión según expresa (Gaitán, 1963).

Es criterio generalizado que las simples amenazas no constituyen un acto material de agresión; ellas solo resultan el anuncio de agresión posible o futura, pero nunca han de evaluarse, en sí mismas, como principio de ataque inmediato que requieran como respuesta una reacción defensiva, una repulsa material y violenta, salvo que exista un peligro inminente. El riesgo es, en estos casos, lo que determina el carácter de agresión de la amenaza. Para que la mera actitud de amenaza constituya agresión es preciso que se concrete en la posibilidad de un daño material e inminente, que revele con toda claridad el peligro serio que encierran.

Respecto al empujón como acto de apartar con fuerza a otro, no puede aducirse como constitutivo de agresión, por cuanto un acto de tal naturaleza si bien puede ser calificado como provocativo, vejaminoso o simplemente defensivo, es incapaz de causar mal alguno ni de hacerlo presumir como cierto o inminente, excepto cuando concurren antecedentes y circunstancias que permitan al ofendido, apreciando la situación con que se realizó, la finalidad a que respondiera y sus consecuencias posibles, considerar que se halla frente a un real acto de acometimiento.⁵⁷

Existen diversos criterios acerca de que la agresión en determinadas condiciones puede asumir una actitud pasiva. Muestra de ello es lo aducido por Luis Jiménez para quien la omisión si puede ser constitutiva de agresión, dándose por ende el tipo pasivo (Jiménez, 1977). Welzel (1956), de igual modo resulta partidario de lo expuesto al expresar que la agresión es en principio, un comportamiento positivo, un puro hacer, sin embargo, considera que es también la concreción de un delito de comisión mediante omisión.

Alonso Reyes por su parte manifiesta que los actos omisivos tampoco pueden ser considerados agresión, porque la omisión no constituye un acometimiento ni implica injerencia en los derechos ajenos; en todo caso resultaría una no injerencia en esos derechos (Reyes, 1989). Los partidarios del criterio favorable a la consideración de la omisión como posible forma de agresión, sostienen que el acto omisivo es una agresión cuando origine o provoque el

⁵⁷ Sentencias Nos. 171 de 30 de abril de 1946, 104 de 1 de abril de 1957 y 252 de 20 de noviembre de 1957, dictadas por el Tribunal Supremo Popular de Cuba.

peligro para un bien jurídico o cuando aumente el riesgo para un bien jurídico ya amenazado, lo cual, generalmente, ocurre con la comisión por omisión.

La bofetada ha sido considerada conforme a dos criterios; de una parte, como agresión propia de la legítima defensa; y de otra, como ofensa o provocación. Para apreciar uno u otro criterio deben tenerse en cuenta las circunstancias en que el hecho se efectúa. En este sentido, la bofetada debe considerarse agresión ilegítima cuando se demuestre que con ella se ha intentado inferir a la víctima un daño físico, material; y debe estimarse mera ofensa moral o provocación en dos casos. Primero, cuando con ella se haya pretendido vindicar una ofensa; y segundo, cuando con ella se haya pretendido inferir una ofensa a quien la recibe. El requisito subjetivo de la voluntad de agredir es el que, en última instancia, deberá decidir derivando esa condición subjetiva de las circunstancias objetivas que concurran en el hecho.⁵⁸

El ademán de sacar un arma no constituye, por lo general, una agresión, a menos que por otros actos se demuestre la intención resuelta de realizarla atendiendo a todas las circunstancias anteriores y concomitantes al hecho que permitan suponer al sujeto, con toda lógica, la existencia de un peligro real, debiendo descartarse la apreciación de la eximente cuando el ademán no ha sido seguido de un principio de acometimiento o de otro signo precursor del empleo de fuerza.⁵⁹

A partir de las distintas perspectivas y definiciones expuestas, cualquier intento definitorio de agresión debería referirse a que es todo acometimiento interaccional o acto de fuerza entre un agresor y una víctima, proyectados a colocar en peligro de lesión a intereses jurídicamente protegidos.

4.2. Sujetos actuantes de la agresión

La agresión que interesa al instituto de la legítima defensa, es aquella que deriva del comportamiento humano, pues la que proviene de los animales o cosas mecánicas, en caso de acometimiento, la repulsa deberá quedar amparada bajo la causa de justificación denominada estado de necesidad. Se ha planteado como interrogantes, la legalidad o ilegalidad de la agresión proveniente de los inimputables, de los inculpables y la de una autoridad, en la doctrina y en el derecho positivo. Se debe a la relevancia que reviste para el instituto de la legítima defensa (Martínez, 1998).

⁵⁸ Sentencias Nos. 249 de 21 de octubre de 1959 y 1985 de 4 de abril de 1981, dictadas por el Tribunal Supremo Popular de Cuba.

⁵⁹ Sentencias Nos. 494 de 20 de noviembre de 1951 y 131 de 28 de marzo de 1958, dictadas por el Tribunal Supremo Popular de Cuba.

Los actos agresivos de los inimputables se ha abordado por la doctrina a los efectos de la apreciación de la eximente de legítima defensa, con arreglo a dos criterios, el subjetivo y el objetivo (Pavón, 1978). El criterio subjetivo excluye del concepto de agresión ilegítima los supuestos en los cuales el atacante no tiene capacidad jurídico-penal por lo que carece de imputabilidad.

Como primer argumento se alega, a favor de esta opinión, que los actos agresivos que provengan de los inimputables no son concebibles ni como legítimos o ilegítimos, excepto cuando el estado de inimputabilidad se derive de una causa voluntaria dolosa o imprudentemente procurada.⁶⁰ Como segundo se invoca que los inimputables son incapaces no solo de cometer un delito, sino de cumplir personalmente cualquier acto de relevancia jurídica, lo cual no quiere decir que la persona no tenga derecho a defenderse del ataque del inimputable.

Quirós manifiesta que lo que ocurre es que su reacción no será a título de legítima defensa, sino de estado de necesidad. En general quienes sostienen este criterio están obligados a eximir de responsabilidad penal, por elementales razones de justicia, a quien se defiende de esos actos agresivos, y lo hacen apelando a la eximente de estado de necesidad, por cuanto esta, a diferencia de la legítima defensa, exige entre sus requisitos que el peligro no pueda ser evitado de otro modo (Quirós Pires, 2002).

El aludido autor manifiesta que esta solución es susceptible de dos importantes objeciones. Primera que el estado de necesidad también exige entre sus requisitos, que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado, lo cual limitaría la defensa del agredido, porque frente a un peligro de agresión para la vida, el agredido estaría obligado a responder de tal manera que no pusiera a su vez en peligro la vida del agresor. Segunda que una de las diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa radica en que en aquel se produce la colisión entre dos intereses jurídicos igualmente ilegítimos y quienes sostienen el punto de vista subjetivo están obligados a reconocer que en la legítima defensa uno de los intereses es ilegítimo.

Por su parte Pavón coincide con lo aludido por Quirós al considerar que el acto violento del inimputable, dirigido a lesionar bienes ajenos, no constituye una agresión antijurídica por la ausencia de capacidad que posee para entender y querer el propio acto, ubicando la solución correcta de igual modo dentro del estado de necesidad (Pavón, 1978). La incapacidad natural trasciende al Derecho Penal y, en consecuencia, no se puede considerar antijurídica la agresión del loco ni cabe contra ella legítima defensa.

⁶⁰ Referido al artículo 20.3 de la Ley No. 62 de 1997.

Villalobos refuta lo expuesto cuando afirma la independencia de la antijuridicidad de un acto de la inimputabilidad e inculpabilidad del agente, pues considera que una agresión si puede ser injusta aunque se ejecute por un demente, toda vez que asevera que el inimputable es capaz de acción antijurídica y por ello el acto le es atribuible aunque no lo sea imputable jurídico-penalmente (Villalobos, 1975). Por su parte Fernando Díaz manifiesta que solo quienes niegan esta capacidad de atribución o defienden el injusto subjetivo, repudian la reacción defensiva contra ataques que provienen de inimputables (Díaz, 1971). Existen consideraciones en cuanto que resulta posible la defensa legítima contra los inimputables en el entendido de locos, ebrios, menores, pues su agresión es objetivamente antijurídica.

Dichas consideraciones, son fundadas, sobre todo, si se parte de la premisa de que la conciencia de la antijuridicidad, llamada doctrinalmente antijuridicidad subjetiva, no corresponde al campo del injusto, que es de naturaleza objetiva, sino al de la culpabilidad. En consecuencia, si la agresión del incapaz, por falta de imputabilidad, esta desprovista de culpabilidad, al encontrarse ausente el elemento ético o intelectual, que es lo que le dan sustento jurídicamente; esta consideración no es razón suficiente para establecer la inexistencia de la antijuridicidad de la conducta agresiva del inimputable, ya que la antijuridicidad debe de ser entendida como una relación contradictoria entre una conducta y el orden jurídico general (Martínez, 1998).

Por tanto para los efectos de la antijuridicidad, solamente hay que juzgar el aspecto externo u objetivo de la conducta, si contradice o no el orden jurídico existente. El aspecto interno, o sea, las especiales motivaciones que dieron lugar a la conducta ilícita, es materia de la culpabilidad, lo que para nada interfiere para estimar como antijurídica la conducta del inimputable.

Es el criterio objetivo el que comparto toda vez que sostiene la posibilidad del ejercicio de la legítima defensa contra los actos agresivos del inimputable, por cuanto basta que la agresión sea ilegítima, sin necesidad de que al mismo tiempo sea culpable. Los inimputables realizan actos ilegítimos aun cuando estos no sean culpables. No será penalmente responsable el enajenado mental por resultar un inimputable, pero resulta evidente que con sus actos agresivos, puede causar situaciones contrarias al Derecho que el agredido no está en la obligación de soportar y frente a las cuales la defensa legítima puede ser ejercida.

Fernando Díaz manifiesta que aun cuando el criterio predominante en la teoría penal es el de admitir la legítima defensa contra los actos de los inculpables no ha dejado de aducirse que en estos supuestos, en realidad, se

está frente a un caso de estado de necesidad (Díaz, 1971). En cambio para Quiróz Pérez (2002), dicha opinión resulta insostenible, por dos razones principales. Primera, que la agresión solo tiene que ser ilegítima, no se exige que sea culpable; y que si es así en cuanto a los inimputables, con mayor razón tendrá que serlo con respecto a los sujetos inculpables, y segundo, que en los actos inculpables se manifiesta una voluntad, aun cuando esta se halle coaccionada o viciada.

Las acciones ejecutadas en estado de inconsciencia no podrán constituir agresión en el sentido exigido por la eximente de legítima defensa, porque en tal estado no es posible hablar de conducta y de acto volitivo, conceptos que implican reacción cognoscitiva y volitiva a un estímulo y los actos inconscientes se exteriorizan sin la intervención de tales esferas (Reyes, 1989). Esto no significa, por supuesto, que ante un peligro inminente y grave ocasionado por dichos actos no sea legítima la reacción, sino que ella podrá quedar amparada por la eximente de estado de necesidad.

Por otro lado es inconcuso que un agente de la autoridad, en cumplimiento de sus funciones, puede ser sujeto actuante de una agresión antijurídica, susceptible de ser repelida legalmente. Para estar en posibilidades de poder determinar cuándo el acto de autoridad constituye una agresión ilegal, que pudiese ser objeto de la legítima defensa, se precisa determinar los límites de la licitud. Es por ello que un acto de autoridad constituye una agresión ilegítima, cuando la actividad desarrollada por el agente no encuentra su sustento en la ley; como sería el caso de una aprehensión y detención, sin flagrancia del hecho delictuoso, ejecutada por la policía ya sea judicial o preventiva, sin orden judicial; o una orden practicada por un actuario, sin autorización (Martínez, 1998).

El agresor no tiene un derecho que legitime su ataque al bien jurídico del agredido cuando este no se halle jurídicamente obligado a soportar el menoscabo que implica el acto de aquél. La ilegitimidad de la agresión es, por consiguiente, la regla que solo desaparece cuando el acto agresor está justificado. De esto se colige que no es procedente la legítima defensa frente al acto ejecutado en legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho, profesión, oficio o cargo o en cumplimiento de un deber.

4. 3. La agresión y la defensa como instituciones en el Derecho Penal

La conducta no será prohibida si con ella concurre alguna causa de justificación que la hace conforme a Derecho. Decir que un comportamiento está

justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró. Es por ello que cuando se está en una situación de conflicto entre dos intereses uno ilegítimo y otro legítimo, la ley frente a ese conflicto, considera preponderante el de quien se defiende, por lo que cuando para salvaguardar ese interés del peligro que le amenaza, se sacrifica el otro, la conducta que tal lesión produce se estima lícita. De modo que en ese supuesto no se puede alegar una infracción de la norma y por tanto, se está en presencia de la legítima defensa, eximente de la responsabilidad reconocida por el Derecho Penal.

a. La existencia de aspectos subjetivos y objetivos en la voluntad de agredir. Todo acto de agresión implica una conducta proyectada a causar un daño, lo que constituye su finalidad; y la de crear como consecuencia, una situación de peligro real o inminente, en los intereses jurídicamente protegidos. Así pues, es condición primaria de toda agresión, crear un peligro actual en los bienes jurídicamente tutelados del defensor. Dentro del anterior entorno, la agresión ostenta una doble faceta: la subjetiva, que tiene la particularidad de estar orientada a causar un daño; y la objetiva, que tiene la de crear una situación de peligro, ya sea actual o inminente a los bienes jurídicamente tutelados.

Luis Jiménez enuncia que toda agresión tiene tres condiciones: una que afecta la naturaleza de la agresión, o sea la de crear un peligro; otra que se refiere a la oportunidad, actual o inminente; y por último la que define su calidad sine qua non, que sea ilegítima (Jiménez 1977). La doctrina agrega a estas condiciones, la relativa a determinar si en todo acto de agresión se requiere dolo; o si en su defecto es factible concebir la agresión como culposa. La primera condición a que se refiere Jiménez, y la cuarta que ha sido introducida por la doctrina, forman parte de lo que denomina Gómez (1991), como aspectos subjetivos y objetivos de la agresión.

En cuanto a si la conducta agresiva debe de ser dolosa e intencional; o bien, si es factible que esa conducta agresiva pueda ser imprudencial o involuntaria, en principio Jiménez (1977), plantea que para que haya una verdadera agresión, se precisa que haya voluntad de ataque. Cuando no hay ánimo defensivo se estaría en presencia de la defensa putativa, en tanto cuando no hay ánimo de defensa sería el pretexto de legítima defensa.

Jiménez considera que en todo acto de agresión, debe de concurrir el dolo, la intención querida de causar un daño a los bienes jurídicamente protegidos del defensor (Jiménez, 1977). Para que pueda hablarse de agresión se requiere que la conducta del sujeto actuante tenga la intención de crear el

peligro de daño; por lo que si falta la voluntad de agredir, no habrá agresión, y por ende, tampoco habrá lugar a la legítima defensa.

Sin embargo, Jescheck (2003), refiere que aunque el uso normal del lenguaje toma por agresión un comportamiento doloso, la agresión no requiere ser ni dolosa ni intencional, sino, que basta una conducta imprudente o incluso del todo inculpable. La agresión no necesariamente debe de ser un comportamiento doloso, aunque comúnmente suele serlo y la legítima defensa se presenta más clara. La agresión debe de ser un acto voluntario, en el sentido de que debe de existir voluntariedad en el movimiento; los hechos inconscientes, impuestos ciegamente y los movimientos reflejos, no constituyen conducta y por lo tanto no son agresión.

En el aspecto externo o sea objetivo de la agresión o peligro de daño, la agresión implica una exteriorización de la conducta proyectada a lesionar un bien jurídicamente protegido; o sea, esa agresión genera un peligro, ya sea actual o inminente de daño a los bienes jurídicamente protegidos del defensor. Así pues, el peligro presupone una probabilidad de daño según define Mariano Jiménez al expresar que por peligro debe de entenderse la probabilidad de un daño, lo que constituye una situación objetiva que permita formular un juicio sobre la probabilidad de sufrir una lesión (Jiménez, 1952).

El peligro, a consideración de la autora, generalmente es la periferia de la agresión, pero puede acontecer que cuando es actual o real, subsista en forma autónoma, antes de que la agresión haya comenzado a mostrarse o se haya materializado. Es por ello que el problema relativo al peligro presenta serios problemas, los que se pretende resolver no solamente por mero interés teórico, sino por cuestiones de orden práctico, pues puede haber agresión antijurídica, sin peligro de daño; o bien, peligro de daño, sin agresión actual.

La exigencia de un requisito subjetivo en el concepto de agresión ha estado sometida a variadas conclusiones. De lo que se trata es de determinar si la agresión demanda la concurrencia de un propósito agresivo en el sujeto que agrede, para que pueda considerarse integrada después la exigencia de la legítima defensa.

La teoría predominante parece rechazar la necesidad de semejante requisito subjetivo. Nada importa que el daño amenazante fuera o no conocido o querido por el autor del acometimiento. Al respecto se ha aducido para dicho requisito subjetivo, de una parte, que si para la agresión no se exige en la actualidad un propio acometimiento, pudiendo otras conductas antijurídicas originar también la apreciación de dicho actuar, resultaría inadecuado condicionar el presupuesto de la agresión a la concurrencia en el agresor del

referido propósito. De otra parte, si las causas de justificación en general y la legítima defensa en particular, son de índole objetiva, no pueden contener ningún requisito de naturaleza subjetiva.

La situación de peligro concurre cuando existe la posibilidad inminente de que un sujeto sufra la destrucción, deterioro o pérdida de un bien jurídico, siempre que desde el punto de vista del Derecho no esté obligado a soportar tal deterioro, destrucción o pérdida. La razón es muy sencilla, pues para que haya agresión tiene que forzosamente haber un agredido, o sea, alguien cuya esfera de derechos resulte ilegítimamente invalidada; y esto ocurrirá si alguno de sus bienes jurídicos sufre un peligro concreto. El riesgo subsistirá mientras el bien jurídico se halle en peligro de destrucción, deterioro o daño: actúa en legítima defensa quien obra contra el homicida que ya le ha inferido una herida grave con el puñal que porta y aún permanece a su lado, listo para descargar nuevamente el arma.

El juicio que concierne al carácter objetivo de las causas de justificación constituye una solución muy elemental del problema, sobre todo si se tiene en cuenta las razones oportunamente tocantes a la antijuricidad. Además si se admite la legítima defensa contra los actos agresivos de los inculpables, los cuales actúan sin el propósito de agredir, razones más poderosas habrá para aceptar la concurrencia de esta eximente en los casos en que la reacción defensiva se produce frente a ataques efectuados por el agresor sin el propósito de agredir.

Por consiguiente, a juicio de la autora, la agresión en la legítima defensa tiene que estar animada por un requisito subjetivo. No obstante al fijar su contenido se han seguido dos direcciones. Primero, la de concebirlo en el sentido de propósito de atacar, o sea la agresión en la legítima defensa ha de entenderse en el sentido de dolosamente ejecutada, deliberadamente realizada. Segundo, la de concebirlo en el sentido de voluntad de agredir, es decir la agresión en la legítima defensa debe entenderse en el sentido de conciencia de la situación de peligro, siendo esta última fórmula la más correcta.⁶¹

Lo antijurídico es objetivo y se ha proclamado la naturaleza objetiva de la legítima defensa, rechazando de plano los intentos de dotar de carácter subjetivo esta justificante. Pero sin perjuicio de la radical calidad objetiva de lo antijurídico, a juicio de la autora, resulta preciso señalar en el tipo elementos subjetivos de lo injusto. Por lo que se precisa voluntad de ataque para que se constituya la agresión ilegítima, primer elemento de la defensa privada, es decir es menester la voluntad de ataque, aunque no se exija como fin.

⁶¹ Sentencias Nos. 148 de 28 de noviembre de 1962 y la 321 de 12 de julio de 1967, dictadas por el Tribunal Supremo Popular de Cuba.

b. La existencia del ánimo de defensa en los supuestos en los que el sujeto actúa ante el acto agresivo.

La defensa responde a un estado de necesidad, de preservar un bien y como tal tiene su razón de ser en el instinto de conservación que es inmanente al ser humano, de tal forma que se afirma que se funda en el derecho natural. Fioretti (1926), indica que por defensa se entiende el ejercicio de una violencia impuesta por la necesidad de tutelar la vida, los bienes y el honor.

Esa necesidad de proteger la vida, los bienes y el honor, violentamente y ante una agresión, son los elementos psicológicos que caracteriza la defensa, y cuyo contenido se diversifica en la estructura del ser humano. Camaño & Donnagelo (1997), al respecto expresan que todo psiquismo puede dividirse en dos partes: intelectual y afectiva. Las situaciones afectivas se dividen en instintos, emociones, pasiones y sentimientos. Los instintos humanos se traducen en emociones, como el miedo y la cólera. Alegre (1905), plantea que el instinto de conservación puede asumir tanto una forma defensiva, como una forma ofensiva.

En efecto, aunque ambas constituyen una antítesis, se enlazan frecuentemente (Ruiz, 1989). El miedo es una emoción dolorosa excitada por la presencia o inminencia del peligro acompañado de un impulso de resistir (defensa) o de sustraerse (huida), y que a veces crece hasta el pánico (inhibición, perturbación psíquica). Estos fenómenos psicológicos explican la defensa de la persona física, núcleo de la institución, que suministra los casos más comunes (Díaz, 1971).

Bettioli (1965), dice que en realidad la defensa responde a una exigencia natural, a un instinto que lleva al agredido a repeler la agresión que hace a uno de sus bienes tutelados atacando un bien perteneciente al agresor. Las anteriores directrices indican que el trasfondo de toda defensa de bienes por el ser humano, lo es el instinto de conservación expresado por miedo o por cólera; elementos psicológicos que son propios también de la ofensa. Originalmente, ofensa y defensa, eran palabras englobadas en el verbo fendo, que significa incitación a la ira. Al respecto Maurach (1962), indica como primer presupuesto para valorar una reacción con propia acción de defensa, que la acción descansa en la voluntad de esa defensa. Vela (1985), comparte el criterio antes expresado al aseverar que sí se requiere la voluntad en el ataque para que se legitime la defensa propia. Al ser fundamentación de la defensa legítima el principio de la preponderancia de intereses y ante una situación conflictiva, se considera lógico que el sacrificio de un bien o interés se realice con pleno conocimiento de la existencia del conflicto.

Para rechazar la exigencia de un ánimo de defensa en el agredido que repele la agresión se alega la índole estrictamente objetiva de las causas de justificación y de la antijuricidad. Con el criterio objetivo se elimina todo vestigio subjetivo en la consideración de la legítima defensa, precisamente el relativo al ánimo de la defensa. Por consiguiente, no pertenece a la defensa el conocimiento del ataque ni la intención de defenderse a otro.

Contra tal opinión y su fundamento se han aducido argumentadas objeciones (Quirós Pérez, 2005). La defensa responde a un estímulo agresivo y el ser humano no reacciona, sino se percibe el estímulo que genera la reacción. Por consiguiente la reacción defensiva requiere un requisito subjetivo o sea el ánimo de defensa.

En mi opinión la exigencia del ánimo defensivo se cimienta desde dos puntos de vistas. En primer lugar, no es exacto afirmar que las causas de justificación sean íntegramente objetivas, en el sentido de que ellas no concurra requisito subjetivo alguno, sino por el contrario. En términos generales, para su apreciación resulta necesario tal requisito, toda vez que si la reacción defensiva se legitima es porque representa un enfrentamiento del derecho contra el injusto y un prevalecimiento del orden jurídico frente a la acción ilegítima que lo vulnera. Ello ocurre si quien se defiende actúa sin otra intención que la de causar el daño en que la defensa consiste, enfrentándose de este modo dos hechos igualmente antijurídicos.

En segundo lugar, el Código Penal cubano en su artículo 21.1 reconoce la necesidad del mencionado requisito subjetivo, pues dispone la exención de la responsabilidad penal de quien obra en legítima defensa de su persona o derechos. Quirós Pérez (2005), considera que aunque el significado de la preposición “en” resulta ciertamente debatible, si se tiene en cuenta el contexto en que ella aparece comprendida debe interpretarse para defender su persona o derechos. Ello implica la exigencia de una voluntad en salvaguarda del bien jurídico atacado. Por consiguiente, el defensor debe conocer el peligro que le amenaza y actuar con la exclusiva finalidad de evitarlo o repelerlo.⁶²

Por todo lo antes expuestos se puede llegar a la conclusión de que la falta del requisito subjetivo obliga a sancionar por el delito consumado que haya llevado a cabo el sujeto. Para alegar con éxito la legítima defensa tiene que aceptarse la existencia de un acto voluntario, una acción dolosa y al mismo tiempo se determina una no culpabilidad, por existir una causa de justificación del hecho, en virtud de que el agente actúa bajo circunstancias especiales porque no tiene otro modo de evitar un ataque a una persona o a

⁶² Sentencia No. 9 de 9 de enero de 1963, dictadas por el Supremo Popular de Cuba.

sus derechos, consecuentemente frente a un delito calificado de culposo, no puede alegarse legítima defensa en ninguna de sus modalidades.⁶³

Al respecto Binding señala que quien se defiende debe tener conciencia de su situación y voluntad de salvar mediante repulsa, los bienes jurídicos amenazados o puestos en peligro (Binding, 1916). Más terminantemente se pronuncia Maza (1943), al decir que no practica una defensa necesaria, quien no tiene voluntad de defenderse. Al respecto Mezger (1955), discurre el supuesto de elemento subjetivo. La voluntad de defensa es el paso para que se llegue al motivo, pero concibiéndose la una sin la otra.

Von Liszt (1929), manifiesta que solo puede hablarse de defensa en aquellas acciones que van guiadas por una voluntad de repeler. De ello se deriva que quien rechaza el ataque obre exclusivamente con el fin de defensa, sin embargo semejante limitación no se infiere del concepto de defensa. Cuello (1951), dice que el defensor debe actuar frente al peligro con la exclusiva finalidad de evitarlo y repelerlo.⁶²

Expresa Mezger (1955), que el concepto de defensa es independiente de elementos subjetivos, la realidad de una existencia de una defensa se determina con arreglo a la situación interna del sujeto. Por tanto, no pertenece a la defensa el conocimiento del ataque ni la intención de defenderse o defender a otro.

Según mi opinión se necesita ánimo de defensa del mismo modo que se requiere voluntad de agredir. Resulta preciso dejar por sentado que no debe confundirse con los motivos de la defensa, ni con el pretexto de la legítima defensa, sino que el ánimo de defenderse es el paso para que se llegue al motivo, pero puede concebirse uno sin otro. No es preciso que quien rechaza el ataque obra exclusivamente con el fin de defensa. No obstante si aparte de ese propósito, el sujeto ha tenido otro y de modo consciente a llevado el ámbito de su acción más allá de los límites necesarios para repeler la agresión o para evitar el mal que con esta podría producirse, ya no actuará en legítima defensa.

4. 4. Principales contradicciones acerca de su naturaleza jurídica

La más controvertida de las facultades de auto - protección es aquella en la que las dos partes del conflicto se encuentran en la misma posición frente al Derecho. En dependencia del ordenamiento penal de que se trate, las eximentes de este tipo reciben denominaciones diferentes. Constituyen

⁶³ Sentencia No. 196 de 11 de noviembre de 1959, dictadas por el Supremo Popular de Cuba.

facultades que conllevan la lesión a bienes jurídicos en un caso en el que las personas implicadas son merecedoras de idéntica protección.

Se trata de supuestos en los que se produce una traslación de un peligro de una esfera carente de responsabilidad alguna por dicho peligro a otra que tiene el mismo status jurídico. De ahí la tradicional dificultad que, desde siempre, ha existido para reconocer este tipo de eximentes, pues en cierta forma se trata de no aceptar el propio destino, para transferirlo a un tercero.

La dificultad aumenta en el caso de aquellos ordenamientos jurídicos que, como el cubano, tienen varias eximentes con características semejantes para tratar la problemática que plantea este tipo de facultades de autoprotección.⁶⁴ Lo expresado se debe a la dificultad inherente a la fundamentación relativa a su diferenciación.

La elaboración teórica sobre la naturaleza⁶⁵ jurídica de la legítima defensa presenta diversidad de pareceres, que de acuerdo con Varona, prácticamente agotan todas las posibilidades existentes al respecto (Varona, 2000). Ello parece ser reflejo de la siempre discutida ubicación sistemática de las excusas, al representar éstas la línea fronteriza entre la justificación, exculpación e incluso la simple atenuación de la pena.

La falta de consenso en la doctrina en torno a su determinación como eximente de la responsabilidad penal ha traído como consecuencia su confusión con otras figuras. Existen tres criterios fundamentales respecto al tema. El que la considera una causa impunidad, el que estima que es una causa de justificación y aquel que la cataloga como una causa positivista.⁶⁶

a. Teorías de la impunidad

De acuerdo a esta teoría quien actúa en legítima defensa, actúa jurídicamente; empero al defensor no deberá imponérsele ninguna pena (Martínez, 1998). Se han elaborado varias tesis al respecto. En cuanto a la tesis de la acción injusta pero no punible, el predecesor más destacado es Kant (2001). De acuerdo con su doctrina el derecho de punir se basa en la justicia absoluta. La necesidad implicada en la defensa no puede transformarse en justicia

⁶⁴ Conjunto de acciones encaminadas a la protección, realizadas por uno mismo, para sí mismo.

⁶⁵ Dentro de los diversos usos actuales que se le otorga a la palabra, naturaleza puede hacer referencia al dominio general de diversos tipos de seres vivos, como plantas y animales, y en algunos casos a los procesos asociados con objetos inanimados también. La forma en que existen los diversos tipos particulares de cosas y sus espontáneos cambios, constituye en ejemplo de ello.

⁶⁶ Establecer la naturaleza jurídica de la eximente de la legítima defensa es importante, pues de acuerdo a ésta, son los efectos jurídicos que se derivan de su reconocimiento. Lo anterior está determinado por lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal cubano vigente, el cual establece *“las circunstancias estrictamente personales, eximentes de la responsabilidad penal, solo se aprecian respecto a la persona en quien concurren”*.

la injusticia, y la reacción defensiva sigue siendo antijurídica, de modo que si no se castiga es porque la necesidad no tiene ley y la represión se tornaría inútil (Kant, 2001). Alimena (1916), objetó que la inconsecuencia kantiana se percibe enseguida, pues considera que si funda la pena en un imperativo categórico de justicia, no se comprende cómo luego la suspende por razones de necesidad u oportunismo.

Referente a la tesis de la perturbación del ánimo, Gómez manifiesta que esta se debe a Carmigani & Pufendorf, citados por Gómez (1991), toda vez que estos alegan que la defensa justifica el hecho, en razón de que el agredido sufre alteración emocional que le altera su estado afectivo, llegando incluso a excluir o disminuir la imputabilidad. Por su parte Reyes (1989), manifiesta que esta tesis solo favorece a quienes experimenten intimidación ante el ataque y dejan sin protección legal al que con sangre fría y cabeza despejada reacciona tempestivamente frente a la agresión de que es víctima.

Es inaceptable la teoría de Pufendorf, ya que justifica la defensa del que es justamente atacado, siempre que se diera esa perturbación en su ánimo. Por lo que no sería aplicable al que ilegitimamente agredido conservase su sangre fría en peligro. En tanto Alimena (1916), está en lo correcto cuando observa que no podría justificarse con estas teorías la defensa del extraño.

Para Camaño & Donnagelo (1997), la tesis de la retribución del mal tiene como principal precursor a Geyer. Al respecto manifiestas que quien se defiende devuelve mal por mal, arrojándose una facultad privativa del Estado. Pero como se supone una perfecta igualdad entre acción y reacción, y mediante esta se verifica la retribución del mal por el mal, la pena no sería más que un nuevo mal, porque no encontraría nada que retribuir. Reyes (1988), considera que esta posición sostenida por Geyer, es contradictoria en razón de que si se acepta que el acto de quien obra en legítima defensa es antijurídico no se podría concluir que debe estar exento de pena solo porque ello implicaría un nuevo mal para el agente.

Minuciosamente investiga y critica Fioretti, la teoría de Geyer, rebatiéndola punto por punto. Fioretti (1926), alega que no es posible establecer equivalencia entre una agresión que consiste simplemente en una amenaza y la reacción que finaliza produciendo la muerte del agresor, pero aun admitiendo esa equivalencia, no se puede fundar la impunidad de la defensa en el principio de la retribución, que asimila la legítima defensa a la pena, pues la pena sigue al delito y la defensa privada le precede.

La teoría de Geyer llevaría a afirmar que si el autor de la agresión solo queda herido, sería imposible perseguirle y penarle, puesto que ya recibió su

retribución. Es contradictoria además el criterio sostenido por el aludido autor en razón de que si se acepta que el acto de quien obra en legítima defensa es antijurídico no se podría concluir que debe estar exento de pena solo porque ella implicaría un nuevo mal para el agente.

La tesis de la colisión de derechos es sostenida por Von Buri, citado por Sisco (1949), quien manifiesta que entre dos intereses de tal modo en colisión que uno de ellos no puede conservarse sin la destrucción del otro, el Estado opta por el sacrificio del menor importante, y debe de considerarse de menor importancia el interés jurídico del agresor en virtud de la ilegitimidad del ataque. La teoría de Von Buri, puede llegar a extremos inaceptables; si admitimos con él, que el autor de la violación de un derecho, pierde la facultad de que en él se respete el derecho que ha violado. Lleva a tener que admitir que el que ha sido robado, puede, a su vez, robar al ladrón

La llamada colisión de intereses se resuelve conforme al interés preponderante, es, por excelencia, el fundamento de toda excusa de justificación, o sea, el de las que revisten conflicto agudo o colisión *sensu stricto*, toda vez que la razón de ser de las justificantes reside en la salvaguarda del interés preponderante. Jiménez (1977), a pesar de ser partidario de la teoría de colisión de intereses que desarrolla en forma distinta a Von Buri, afirma que este autor no siguió rigurosamente el camino que al principio de su estudio escogió, porque concluyó por derivar la legítima defensa, más que de la necesidad social de salvaguardar un interés mayor, de la consideración de la humana debilidad.

Jiménez (1977), acepta que la legítima defensa es una causa de justificación y como tal su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, que en este caso de colisión de intereses lo es el mejor, aunque cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan sean iguales, o sea que el defensor restablece el derecho atacado, puesto que en la colisión de intereses se hace prevalecer el bien jurídicamente protegido mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del agresor.

Según Reinhart (1962), entre dos intereses que están en colisión y en conflicto, de tal modo que uno no puede ser conservado sin la destrucción del otro, el Estado sacrificará el menos importante. Así cuando hay agresión injusta y en presencia de ella un agresor y una persona atacada, el derecho del agresor por el solo hecho de la agresión, desaparece y disminuye. Además al encontrarse en conflicto con el derecho opuesto y superior de la víctima de la agresión, debe ser sacrificado.

La resolución del problema conforme a la norma del conflicto de intereses, contradice según Porte (1990), la inalienabilidad de los derechos innatos, y lleva a consecuencias absolutamente inaceptables pues si el autor de la violación de un derecho pierde por ello el derecho al respeto del derecho que se ha violado, será preciso suponer que el ladrón pierde el derecho al respeto de su propiedad y puede ser imponentemente robado por su víctima.

Fioretti (1926), critica la teoría de Von Buri y expresa que así se reduce la legítima defensa a una mera excusante y se funda su razón de ser únicamente en la perturbación producida por el peligro en el agente. En mi opinión es la tesis de Von Buri la más aceptada toda vez que cuando se produce una agresión injusta, por el hecho de la agresión, el derecho del agresor desaparece y cede su lugar al derecho del agredido, puesto que éste es superior y prevalece sobre el del agresor que debe ser sacrificado.

b. Teoría de la justificación

Se caracterizan las teorías de la justificación por considerar a la legítima defensa, no como una causa de impunidad, sino como un hecho justificado, en donde la conducta no es antijurídica. Dentro de estas se encuentra la tesis del derecho de necesidad. Quien sostiene esta tesis, es Hegel, toda vez que considera que si el delito es la negación del derecho, la defensa privada, es la negación de la negación del derecho y, por consiguiente, es justa. Sin embargo, esta tesis ha sido criticada, pues el dialéctico razonamiento hegeliano parte del supuesto de que la agresión que da lugar a la defensa legítima es delictuosa. Esta afirmación está equivocada porque solo se exige que el ataque sea injusto, y una agresión puede ser injusta sin ser delictuosa, con lo que cae por su base el argumento del filósofo alemán, dado que lo injusto no es necesariamente la negación del derecho, toda vez que tal concepto, el de la injusticia, no es normativo en cuanto trasciende la esfera del derecho para penetrar en los predios de la ética (Echandía, 1989).

La tesis de la defensa pública subsidiaria tiene como representante más importante a Carrara. Al efecto Gómez (1991), manifiesta que cuando el Estado no puede obrar, el particular debe tomar la defensa de los intereses lícitos. El Estado es la organización social para la convivencia; el primer llamado a defender al ciudadano; pero cuando este no puede ejercer dicha tutela, ese derecho subsidiario queda en el particular. Sin embargo Fioretti & Zerboglio (1926), expresan que sin voluntad libre del agente, no es concebible el ejercicio de un derecho. La tesis de Carrara, representante de la escuela clásica, adolece de irregularidad, toda vez que si se considera la legítima defensa como un estado de coacción no es factible asimilar, cómo un acto realizado

en estado de violencia, puede representar al mismo tiempo el ejercicio de un derecho.

La tesis de la legitimidad absoluta es sostenida por Ihering (1957). Al respecto manifiesta que el que se ve atacado en su derecho debe resistir; este es un deber que tiene para consigo mismo. La conservación de la existencia es la suprema ley de la creación animada y así se manifiesta intuitivamente en todas las criaturas; pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender, además, su existencia moral, que tiene por condición necesaria el derecho; es, pues, condición de tal existencia que posea y defienda el derecho. El hombre sin derecho, se rebaja al nivel de bruto. Se estima en esta tesis que la defensa justa es también un deber y no solamente un derecho.

Por otro lado la tesis del interés preponderante esboza que la legítima defensa encuentra su justificación en la preponderancia de intereses. Ante el interés espurio del agresor, que se sitúa en un plano de ilicitud, es prioritario el bien jurídico del agredido, o del tercero. Villalobos (1975), considera que la comparación no debe establecerse entre los bienes o intereses individuales, sino entre el interés público por el orden, la seguridad y las garantías para los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, frente al interés público por mantener intangible y seguro al individuo que se ha convertido en un transgresor de la ley y una amenaza pública.

Jiménez (1977), considera que el principio rector de la legítima defensa se encuentra en la preponderancia de intereses. Sostiene que implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, y que aun cuando cualitativamente los bienes que se colisionan son iguales, el defensor de igual modo el derecho atacado mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante.

Por su parte Villalobos (1975), muestra inconformidad con la tesis que sostiene que la justificación de la defensa propia se encuentra en el principio del interés preponderante. Considera que los intereses jurídicos del agresor, específicamente la vida, que es el que más comúnmente se pone en juego, y la que con mayor énfasis es defendida, no pasan, a ser por el solo hecho de la agresión, un interés ilícito. Tan lícito es el interés a la vida, por parte del defensor, como por parte del agresor. Es el criterio de Jiménez (1977), el más correcto, puesto que considera que la legítima defensa tiene su base en la preponderancia de intereses, y por tanto es preferible el bien jurídico del agredido antes que el interés bastardo del agresor.

c. Teorías positivistas

Fioretti (1926); Zernoglio (1926); y Ferri (1928), son los máximos exponentes de las teorías positivistas. Para Fioretti (1926), la agresión injusta es un hecho que revela la temibilidad del agente; así, quien rechaza al injusto agresor cumple un acto de justicia social, y el derecho, en sentido positivista, surge porque éste consiste, precisamente, en la coincidencia del interés individual con el social. Él mismo dio amplios desenvolvimientos a la doctrina positivista en aplicación. Desarrolló su teoría sosteniendo que para él son dos los intereses sociales que se deben tomar en cuenta para encontrar la justificación de la legítima defensa; el interés de la conservación personal del individuo honrado y agredido, y el interés de la represión de la actividad criminal, puesta de manifiesto en la injusticia de la agresión.

Resume Fiorretti (1926), que el ejercicio de la defensa representa una función eminentemente social. Considera que es el derecho en sentido objetivo porque es una norma que representa una condición necesaria para la existencia de la sociedad humana, y es derecho en sentido subjetivo porque es la facultad que tiene toda persona de obrar conforme al interés social y al propio. Para Zerboglio (1926), la defensa es el acto objetivamente antijurídico, no lleva consigo castigo alguno, y es por consecuencia, legítima, siempre que con ella no se demuestre ninguna cualidad más o menos antisocial en el individuo que la consumió

Por su parte, Ferri (1928), el carácter jurídico y social de los motivos y la calidad del fin que se propuso el agente, le sirven para fundamentar su defensa, puesto que ese fin no fue el de ofender a otro, sino el de defenderse, y por lo tanto no es temible.

Camaño & Donnagelo (1997), destacan que los positivistas fundan la legitimidad de la defensa propia sobre la temibilidad del agresor, es decir, en torno al delincuente, y no al delito, lo que dificulta construir una teoría completa de la legítima defensa sobre las bases del positivismo. En efecto, la antijuridicidad tiene un carácter predominantemente objetivo, pues significa una oposición con la norma penal. Inversamente, la legítima defensa, como la palabra lo dice, es un hecho conforme al derecho; una causal de justificación, en cuanto que su objeto coincide totalmente con el objeto del derecho, o sea, la protección de los bienes jurídicos.

En conclusión, la eximente de la legítima defensa como causa de justificación que es, funda su legitimidad en que se salvaguarda el interés preponderante, toda vez que es este criterio el más correcto en los casos de colisión de intereses, aunque cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan sean

iguales. Se hace prevalecer el bien jurídico protegido mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante. La persona que obra en situación de peligro actúa bajo el instinto de conservación y supervivencia, que es el núcleo de la defensa propia; por lo que esa actuación se encuentra validada por el interés preponderante como causa subyacente.

4. 5. La legítima defensa en el Derecho Comparado

En el presente epígrafe se realiza un examen de los requisitos exigidos para la concurrencia de la eximente de la legítima defensa en los ordenamientos jurídicos foráneos. Además tiene como finalidad determinar la falta de consenso, así como las similitudes con el ordenamiento jurídico penal cubano.

a. Regulación en el ordenamiento jurídico español

El artículo 20.4 del Código Penal español regula la legítima defensa. En ella el legislador incluye como intereses a defender, no solamente a la persona sino también los derechos, expresión que vincula una protección más global de los ataques ilegítimos a la víctima. Únicamente quedarán fuera de la legítima defensa los intereses colectivos, cuyo titular no es una persona física sino la comunidad en su conjunto. No solo se protegen bienes jurídicos personalísimos sino que se amplía la protección a derechos o bienes. De conformidad con el Código Penal cubano la legítima defensa incluye como intereses jurídicos a defender a las personas y sus derechos, así como a un tercero, e incluye además la defensa legítima de la paz pública, los bienes o intereses sociales o del Estado.

La legítima defensa tiene un presupuesto, la agresión. Se entiende por agresión cualquier ataque a los bienes jurídicos o derechos cuyo titular es la persona pero también el honor, la intimidad o la propiedad. Respecto de estos últimos el artículo 20.4 contiene una definición del presupuesto de la legítima defensa. Es por ello que se refiere a los restantes bienes o derechos. La agresión ha de suponer un peligro serio e inminente de lesión del bien jurídico, lo que significa que no bastará con una percepción lejana del peligro por parte de la víctima, el peligro debe ser real, serio y grave, en el sentido en el que se pueda menoscabar el bien jurídico. Además esa agresión ha de ser ilegítima. De igual modo en la legislación penal cubana se reconoce los requisitos de ilegitimidad e inminencia de la agresión, a pesar de que no conceptualiza a la legítima defensa sino que se refiere a los requisitos que deben darse para que pueda ser apreciada.

La agresión ilegítima consiste expresamente, según el Código Penal español, para los supuestos de defensa de bienes y de la morada, en tres elementos

como son el acto de fuerza material, el propósito de agredir y que exista una lesión o puesta en peligro para los bienes jurídicos protegidos.⁶⁷ En todo el caso el riesgo ha de ser actual, ya que para hablar de agresión es necesario que previamente haya un agredido, que solo se produce cuando los bienes jurídicos se lesionan o se ponen en peligro de forma concreta.⁶⁸

En cuanto a la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión en la legislación española se hace referencia a que el medio empleado por la víctima ha de ser necesario y racional. Esto significa que el medio será necesario desde un doble sentido en cuanto a necesidad de una reacción defensiva y la necesidad que equivale a capacidad y proporcionalidad del medio empleado.⁶⁹ También el medio empleado ha de ser actual. El medio empleado ha de tener una finalidad, la de impedir o repeler la agresión. Al mismo tiempo el medio ha de ser racional, se debe emplear el menos gravoso de todos los disponibles al alcance del que utiliza la legítima defensa.⁷⁰ Por su parte en la legislación cubana se refiere a la necesidad objetiva de la defensa y la proporcionalidad entre la agresión y la defensa de acuerdo circunstancias de la persona, medio, tiempo y lugar.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha admitido como medios menos gravosos: la fuga y acudir al auxilio de la autoridad o sus agentes. Si hubiese un exceso en la defensa, por empleo de mecanismos que sobrepasen el límite de lo racionalmente necesario, dará lugar a que la defensa deje de estar justificada, sin perjuicio de que la culpabilidad del autor pueda quedar excluida o se pueda aplicar otra eximente incompleta. En lo tocante a la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende se entiende provocada la agresión ilegítima cuando el que se defiende haya motivado o creado motivos para dicha agresión.⁷¹ Referente a esta última exigencia en la legislación penal sustantiva cubana solo se establece que sea no provocada, sin hacer alusión a la suficiencia de la misma u otra circunstancia que la condicione.

⁶⁷ Sentencia Nos. 6 de mayo de 1980, la 2 de octubre de 1981, 1382 de 24 de octubre de 2000, 1053 del 5 de junio de 2002 y 86 de 2 de agosto de 2002 dictadas por el Tribunal Supremo de España.

⁶⁸ Sentencia Nos. 31 de octubre de 1900, 4 de diciembre de 1905 dictadas por el Tribunal Supremo de España.

⁶⁹ Sentencia Nos. 1 de junio de 1876 y 6 de febrero de 1879 dictada por el Tribunal Supremo de España.

⁷⁰ Un ejemplo lo constituye la sentencia No. 4 de diciembre de 1986 en la que se demuestra que dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, exigir al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu, para que tras un surto de reacciones y ponderaciones, elija aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta dónde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión.

⁷¹ Sentencias Nos. 223 del 12 de abril de 2010 y 1023 de 1 de noviembre de 2010, dictadas por el Tribunal Supremo de España.

b. Regulación en el ordenamiento jurídico argentino

La figura de la legítima defensa se encuentra definida en el artículo 34 del Código Penal, contemplando en sus incisos 6 y 7 la legítima defensa propia y de terceros respectivamente. Así, se establece que no es punible el que obrare en legítima defensa propia o de sus derechos, siempre que concurren las circunstancias de agresión ilegítima, racionalidad del medio empleado y la falta de provocación suficiente por parte del que es defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que, por ejemplo, durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia. El Código Penal cubano en su regulación del eximente objeto de análisis no hace la precisión antes enunciada, a pesar de que de igual forma distingue entre la legítima defensa propia y la de un tercero. No hace referencia tampoco ni a la racionalidad del medio empleado y ni a la suficiencia en la provocación.

La legislación argentina entiende a la legítima defensa como causal de justificación, en tanto otorga primacía a la protección del bien o derecho agredido respecto de la protección de los bienes o derechos del agresor. En tal sentido, la Jurisprudencia ha dicho que a diferencia de lo que sucede en el estado de necesidad, la legítima defensa no requiere que el mal que se trate de evitar o repeler sea mayor que el causado por el agresor y, por consiguiente, el agredido puede defenderse legítimamente, a costa de la vida del agresor, también en el delito contra la propiedad.⁷²

El Derecho Penal cubano comparte el criterio de que constituye una causa de justificación. Se considera además que la legítima defensa puede considerarse un caso especial de estado de necesidad, aunque de igual modo que en el ordenamiento argentino se diferencian. En el estado de necesidad es fundamental el valor del bien jurídico salvado en relación con el valor del bien jurídico sacrificado, mientras que la legítima defensa es esencial la ilicitud del agresor, que hace lícita la actuación del agredido, teniendo este último preponderancia por su naturaleza legítima. La jurisprudencia cubana también reconoce la legítima defensa de la propiedad como derecho defendible.

Para la legislación argentina la verdadera base de la defensa natural y la principal condición que la justifica es la agresión actual o del momento. Cuando el ataque ya es un hecho, la defensa personal se justifica por la necesidad de

⁷²Sentencias Nos. 8142 de 25 de febrero de 2013 y 2538 de 29 de diciembre de 2015.

conservar el bien que peligra de no hacerla, y por lo tanto si se puede salvar sin acudir al extremo de atacar al agresor, si existe el deber de evitarlo.

En cuanto la agresión ilegítima referida en la normativa argentina, la jurisprudencia lo aprecia como presupuesto básico de la defensa propia, consistiendo en la lesión o amenaza a un bien jurídicamente protegido.⁷³ Sobre este se considera que no deben entenderse como equivalentes las expresiones ilegítima y delictiva, sino que se trata de una acción emprendida sin derecho, en tanto existe agresión antes que el bien atacado sea violado y que el ataque constituya delito. Criterio que es compartido por la jurisdicción cubana.⁷⁴

Por otra parte, no se requiere la efectiva ejecución de la agresión, que, aunque potencial, debe ser cierta e inminente. Sobre el particular, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha considerado que el peligro de daño depende de modo directo y exclusivo de la agresión ilegítima. Ella puede ser actual, ya iniciada; o puede ser futura, no comenzada. Esto último autoriza la conducta defensiva racionalmente necesaria a condición de que, a pesar de ser futura la agresión, sin embargo exista en el presente, el peligro de ella y de su efecto dañoso. No puede considerarse que ha mediado legítima defensa cuando la agresión ya ha sido consumada, ya que es en el momento de concurrir el peligro que el agredido se encuentra frente a una situación objetiva que tiene derecho a repeler.

En cuanto la racionalidad del medio empleado como segundo requisito previsto por la norma, consiste en la proporcionalidad entre la conducta defensiva y no el instrumento empleado y el ataque del agresor. Tal calificación depende de la situación fáctica y debe entenderse que debe existir proporcionalidad ante la potencialidad ofensiva desplegada por el agresor y las posibilidades defensivas de la víctima.

Se considera en la jurisdicción argentina que el medio empleado resulta razonable o guarda proporción con la agresión si, en base a las circunstancias del caso y los bienes atacados, su uso resulta acorde con los medios defensivos con que cuenta el agredido y de los cuales ha de valerse para repeler el ataque.⁷⁵ La necesidad racional del medio empleado se debe valorar teniendo en cuenta las circunstancias fácticas de cada suceso, porque el mismo

⁷³Sentencias Nos. 12 de diciembre de 1933 y 6 de marzo de 1934, dictadas por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

⁷⁴De confundirse ambos términos, toda vez que de ser así la defensa de la mujer contra la fuerza del marido para conseguir un coito contra natura, no sería posible.

⁷⁵Sentencias Nos. 4 de 21 de octubre de 1939, 125 de 22 de diciembre de 2005 y 439 de 29 de octubre de 2013, dictadas por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

medio puede o no ser razonablemente necesario según el cómo, el cuándo y el quién de cada hecho.

Otro de los requisitos es la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se considera que provocación puede ser un acto que haya sido la causa eficiente de una agresión; por tanto, quien la hubiere realizado no podrá luego ampararse en la legítima defensa como causal de justificación de su conducta. Una provocación puede ser entendida como causa eficiente de la agresión siempre que el provocado haya tenido conocimiento de su existencia y que la provocación sea suficiente. Esto es así cuando el efecto que la misma produjo en el destinatario era previsible. Para establecer la previsibilidad de la reacción no deben tomarse en cuenta las condiciones personales del provocado, como puede ser una exagerada sensibilidad.

Las previsiones de la legítima defensa propia resultan de aplicación a la defensa de terceros. En tal sentido, debe mediar una agresión ilegítima y racionalidad del medio empleado frente a las características de aquella, siendo condición que no haya mediado provocación suficiente del defensor, aun cuando la existiere del tercero defendido. El requisito de la ilegitimidad de la agresión es exigido de igual manera en la legislación cubana. Sin embargo se diferencian en que el ordenamiento cubano no hace referencia a la racionalidad del medio empleado, sino a la existencia de una proporcionalidad entre la agresión y la defensa.

En cuanto a la prueba de la causal de justificación, rigen los principios generales en materia probatoria, quedando la carga de la prueba de la existencia de la causal de justificación invocada, legítima defensa, por parte de quien la alega. Por lo demás, no existen reglas o principios básicos que permitan sistematizar la justificación invocada, más allá de las previsiones de la última parte del inciso 6 del artículo 34, que permiten presumir la concurrencia de las circunstancias constitutivas de la legítima defensa como son, cuando se rechaza durante la noche el escalamiento o fractura de cercados, paredes o entradas de la casa o departamento habitado o de sus dependencias y cuando se encuentra a un extraño dentro del hogar, siempre que haya resistencia. Se trata de una presunción *juris tantum*, por lo que admite prueba en contrario, tratándose en realidad de una liberación de la carga de la prueba respecto de quien la alega. Estos requerimientos del referido artículo son exigidos de igual modo por el Código Penal español, no así por el cubano, no obstante de constituir esta un precedente importante por el que se concibió.

El artículo 35 del Código Penal argentino señala que el que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, será castigado

con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia. En tal sentido, corresponde considerar que el exceso en la legítima defensa presupone una acción excesiva que se da por la errónea apreciación de las circunstancias del caso por parte del autor. La casuística jurisprudencial es muy rica en la valoración de estos casos, siendo conteste el criterio que en cada caso en que se alega haber obrado en legítima defensa deben atenderse las especiales circunstancias del hecho, su valoración, la naturaleza y medios de las personas involucradas, tanto del agresor como de quien se defiende, quedando la cuestión sujeta al conocimiento del magistrado interviniente quien será, en definitiva, quien resuelva sobre el fondo de la cuestión.

c. Regulación en el ordenamiento jurídico alemán

Regula como causa de justificación a la legítima defensa el Código Penal alemán, en el Capítulo IV De las circunstancias que eximen de responsabilidad, título I, específicamente en el artículo 32. Se establece que quien cometa un hecho que está admitido por la legítima defensa, no actúa antijurídicamente. Se reconoce como la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para sí mismo o para otro. Además se considera que si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión, temor o miedo, entonces no será castigado.

De igual forma sucede en el la legislación cubana, pues solo se distingue entre la legítima defensa propia y la de un tercero. Sin embargo el requisito de la antijuricidad de la agresión exigido por la legislación penal alemana, es el equivalente al de ilegitimidad de la agresión requerido por el Código Penal cubano para la configuración de la aludida eximente.

Afín con la legislación cubana existe limitación de la agresión a la conducta humana. No se les puede hacer frente conforme al artículo 32 de la legislación penal alemana, a los ataques de animales. Sin embargo, se reconoce por la jurisprudencia alemana que la situación es diferente cuando un hombre se sirve de un animal para una agresión, azuzando a un perro contra otra persona. En tal caso el perro es solo el instrumento del hombre agresor, y se considera que matarlo si es necesario para la defensa estará justificado por legítima defensa exactamente igual que la destrucción de otros medios agresivos.

La agresión no requiere una conducta final o culpable del agresor. La opinión opuesta no es conciliable con la ley, puesto que el artículo 32 exige solo una conducta de agresión antijurídica, y precisamente no que sea culpable o sea dolosa. El legislador afirma el Derecho ya frente al injusto y no solo frente a la culpabilidad. Similar a este elemento de no culpabilidad por parte del agresor, el Código Penal cubano hace referencia a la no provocación de la agresión

como desencadenante de la agresión ilegítima y por tanto culpable. Se considera que la necesidad de una conducta culpable del agresor se deriva de la falta de exigencia de proporcionalidad en el artículo 32. En tanto para la configuración del eximente objeto de análisis, la legislación penal sustantiva cubana exige la proporcionalidad entre la agresión y la defensa.

También admite actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe, y que, aunque esté formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada. Se considera admisible la legítima defensa especialmente en los delitos permanentes, en tanto se mantenga la situación antijurídica. Se encuentran justificadas por el artículo 32 las conductas de expulsar a la persona que ya ha entrado, o de volar la puerta del calabozo, como era necesario para liberarse.⁷⁶ Para la legislación penal cubana es lo equivalente a la actualidad e inminencia de la agresión.

Referente a los derechos defendibles por la jurisprudencia alemana se ha reconocido también el derecho al uso común, en cuanto derecho subjetivo público que es defendible. De igual modo se reconoce como bien jurídico defendible la libertad del particular que participa en el tráfico para moverse por el tráfico rodado sin perturbaciones ajenas al tráfico; por eso se puede empujar a un lado a quien con mala idea le bloquea el paso a un transeúnte. Sin embargo en la jurisprudencia cubana se reconoce como derechos defendibles el honor, el pudor, la propiedad, la inviolabilidad, la libertad sexual y la honra.

En conclusión, del presente artículo se define la agresión como el comportamiento interaccional, entre una agresor y una víctima, con intención de dañar o perjudicar un interés jurídicamente protegido. Dicha conducta ostenta una doble faceta la subjetiva que tiene la particularidad de estar orientada a cursar un daño, y una objetiva orientada a crear una situación de peligro, real, inminente que incide en el proceso de motivación a la defensa de todo individuo. Para que exista agresión ilegítima es necesario la voluntad de ataque, aunque no se exija como fin y del mismo modo se precisa ánimo de defensa.

La legítima defensa como eximente de la responsabilidad penal es una causa en la que no corresponde exigir responsabilidad penal por eliminar la antijuridicidad de la conducta típica que realizara el sujeto y convertirla en jurídica, que de otra manera sería contraria al derecho. Funda su legitimidad en que se salvaguarda el interés preponderante. El bien jurídico protegido prevalece mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante. De ahí que en tales casos está en presencia de una causa de justificación.

⁷⁶ Se considera que a pesar de que el allanamiento de morada y la detención ilegal se considera consumado con las acciones de entrar y encerrar, respectivamente, la agresión sigue siendo actual mientras el intruso permanece en la casa o mientras la víctima está encerrada.

Capítulo V. La fundamentación jurídica de la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida

Lic. Madelaine Fernández Calcines

5. 1. La madurez psíquica como fundamento de la edad penal

La expresión imputable alude a un significado distinto al de atribuirle un comportamiento a un sujeto, se asocia a una persona con capacidad de culpabilidad. De acuerdo con lo anterior el agente ha de ser capaz de comprender y valorar el deber de respetar la ley penal, pues debe auto-determinarse espontáneamente. Lo antes analizado supone en el autor del hecho la existencia de inteligencia y voluntad. Por ello, en la culpabilidad se incluye el supuesto referido a la falta de madurez, pues si el sujeto carece de facultades cognitivas no podrá ser motivado racionalmente por la norma.

La madurez psicológica para la mayoría de las personas significa autonomía, la ejecución de conductas apropiadas a las circunstancias, ponderación y equilibrio. Se comprende además como la estabilidad, responsabilidad, cercanía afectiva y la claridad en objetivos y propósitos que debe tener el sujeto, así como el dominio de sí. En relación a la falta de desarrollo psíquico, la misma se determina al presumir la inimputabilidad de los menores, ya que se supone sin admitir prueba en contrario que debido a su edad no han alcanzado un mínimo grado de madurez. En la legislación penal cubana se regula en el artículo 16. 2 la edad exigible a la persona natural para ser responsable penalmente, la cual es a partir de los dieciséis años cumplidos.

Zaffaroni (2002), indica que *“es totalmente falso negar grados de imputabilidad y por consiguiente de culpabilidad”. Manifiesta además que hay sujetos que tienen capacidad psíquica de culpabilidad, pero la misma se halla disminuida en comparación con otros que hubiesen podido cometer el mismo injusto. Para Roxin (1997), la imputabilidad notablemente disminuida “no es una forma autónoma de semimputabilidad que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión”.*

El citado autor sostiene además de que no se puede desconocer la existencia de situaciones en las que la persona sin perder su capacidad de comprensión de lo ilícito ni la autodeterminación, experimenta una sensible disminución de la capacidad. En tales casos, el sujeto cuya capacidad de culpabilidad se encuentra sustancialmente disminuida para alcanzar

el grado de conocimiento y de autodirección de un hombre anímicamente normal debe esforzar mucho más su inteligencia y su voluntad.

En relación a la madurez psíquica Mir Puig (2002), considera ilógico suponer que instantáneamente en el momento de arribar a la edad penal el individuo pasa a ser capaz de comprender la ilicitud del acto. Para Soler (1976), hablar de una imputabilidad plena es un error cuando el adolescente entre dieciséis y dieciocho años es penado, pues ***“nada excluye que se opere una imputabilidad o culpabilidad disminuida”***.

En un intento por adosarse a la idea tratada en el párrafo anterior, el Código Penal cubano prevé para las personas de más de dieciséis años de edad y menos de dieciocho, que los límites mínimos y máximos de las sanciones puedan reducirse hasta la mitad, y respecto a los de dieciocho a veinte años, hasta en un tercio, es decir, para los adolescentes. Dichas facultades son discrecionales por lo cual no se atempera a lo expresado en relación a la apreciación de la culpabilidad como fundamento de la pena. La persona puede tener la capacidad disminuida debido a que no ha alcanzado la madurez psíquica y sin embargo el juez no está obligado a reducirle la pena.

A los sujetos con capacidad de culpabilidad y a los de imputabilidad disminuida, no se les debe tratar de forma similar. Según García González (2008), se pone de manifiesto el principio de igualdad real ante la Ley, el cual establece el tratamiento desigual para los desiguales. En tal sentido, se corre el riesgo de imponer un castigo superior al merecido, pues acorde con Roxin (1997), la pena no ***“puede superar la medida de la culpabilidad, por lo cual una imputabilidad notablemente disminuida debe comportar también una pena notablemente disminuida”***.

De acuerdo con lo anterior si la capacidad disminuida no se reconoce debiéndose hacer, se inobserva el principio de proporcionalidad, el cual establece que la magnitud del castigo debe ser adecuada a la culpabilidad. Derivado de lo antes expresado, en los pronunciamientos del órgano judicial se produce falta de certeza jurídica, lo cual impide la realización de una norma por otra. Como resultado del menoscabo de la ley penal y su aplicación, una función básica del Derecho Penal, la prevención de los delitos, se imposibilita y disminuye la efectividad de la lucha contra la delincuencia como prioridad del Estado por la importancia social que tiene. Por ello se precisa como objetivo general: Identificar los requisitos que fundamentan la atenuación obligatoria de la pena cuando la culpabilidad

se encuentra disminuida debido a la madurez psíquica que posee el adolescente.

5. 2. La madurez psíquica del sujeto

Existen diferentes formas de entender la madurez: la social, la legal y la psicológica o psíquica. La primera se asocia a determinados rendimientos que se consideran marcadores del paso de la adolescencia al mundo adulto: tener y mantener un empleo, independencia económica, formar una familia propia. La segunda, presupone que casi todas las personas que alcanzan un determinado límite de edad legal pueden asumir la responsabilidad inherente a ciertas actividades. Así, se estipulan las exigencias de edad mínima requeridas por las leyes para poder realizar diversas conductas y derechos adultos: ser contratado laboralmente, conducir un automóvil, tomar bebidas alcohólicas, votar, contraer matrimonio, abrir un negocio público, obtener el permiso de armas de fuego, entre otros.

En relación a la madurez psicológica, en cuanto al psiquismo humano, el mismo se encuentra íntimamente estructurado y conectado con la biología del cerebro, de la cual depende para existir, pero no es una propiedad biológica. Lo anterior significa que no puede reducirse a ello, porque es pasar por alto la transición de lo aprendido en las experiencias, al estar ante un nuevo tipo de estructuración. Conjuntamente con lo expuesto media la cultura social.

El hombre posee un alto grado de necesidad de socializarse lo que influye en su comportamiento al grado que la mayoría lo que quiere es desempeñar su rol de sujeto social. Para lograr integrarse en la sociedad con las actividades necesarias es imprescindible una forma de orientarse, aceptar que es lo bueno y que es lo malo. Durante la etapa de aprendizaje se aferrará a estereotipos para resolver sus necesidades biológicas y sociales, asume determinados patrones y modelos de conducta, que le sirven de pauta para satisfacer las aludidas necesidades y orientarse en el medio que se desarrolla. Normalmente, la persona no debe buscar nada fuera de esos patrones y mucho menos crear otros nuevos, si no quiere ser rechazada. Así el individuo provisto de dicha reglas, normas y modelos de interacción se convierte en una personalidad sujeta a todas las actividades al nivel de la civilización, que moldean su personalidad.

El Diccionario de la Real Academia española define la madurez psicológica como el buen juicio o prudencia con que el hombre se gobierna. De acuerdo con ello, el término para la mayoría de las personas significa autonomía, la ejecución de conductas apropiadas a las circunstancias, ponderación y

equilibrio. Se comprende además como la estabilidad, responsabilidad, cercanía afectiva y la claridad en objetivos y propósitos que debe tener el sujeto, así como el dominio de sí.

La madurez psicológica se entiende como la plenitud consciente de todas las cualidades físicas, psíquicas y espirituales, bien armonizadas e integradas entre sí. El crecimiento humano constituye una especie de síntesis de los deberes y la armonía de la naturaleza, enriquecida por el trabajo personal y responsable, está llamada a una superación. Se caracteriza por ser responsable de su individualidad, valora de forma autónoma basándose en los datos de su propia observación y tiene sentimientos. Es decir, hay un acuerdo interno que se produce gracias a un funcionamiento óptimo, actitud abierta, percepción discriminativa y madurez.

En relación a la madurez psíquica o psicológica, la misma se asocia a la edad del sujeto. Etimológicamente la edad es el tiempo que transcurre, la duración de la vida o de cualquier objeto material, o cada uno de los períodos en que se considera dividida la vida. Se habla con frecuencia, del niño y del adolescente, para designar una franja de edades y etapas de la vida que se prolongan hasta el momento de la plenitud o madurez de la persona: la edad adulta.

- a. La niñez o infancia, es la edad cronológica empleada para designar el grupo comprendido en la etapa entre el nacimiento y el comienzo de la adolescencia. La niña y niño se caracteriza por carecer de madurez psíquica, toda vez que adolece de los conocimientos, la experiencia y las habilidades requeridas para desempeñar roles que la sociedad exige a los adultos.
- b. La adolescencia es la edad cronológica empleada para designar el grupo comprendido en la etapa entre la niñez y la edad adulta. En la doctrina existe diversidad de criterios al determinar el período que abarca la misma pues es difícil establecer sus límites. De acuerdo a los conceptos convencionalmente aceptados por la Organización Mundial de la Salud, la adolescencia es la etapa que transcurre entre los diez y diecinueve años. La investigación asume el criterio de considerar la misma, por aquella que se extiende a partir de los dieciséis hasta los veinte años, según se explica más adelante, toda vez que el Código Penal, regula las facultades de rebajar los límites de la pena a los sujetos con dicha edad, y al mismo tiempo, se corresponde con el promedio de la que de forma similar aceptan otros textos.

La adolescencia se inicia por los cambios puberales y se caracteriza por profundas transformaciones biológicas, psicológicas y sociales, muchas de ellas generan crisis, conflictos y contradicciones. Además de comprender

un período de adaptación a los cambios corporales, es una fase de grandes determinaciones hacia una mayor independencia psicológica y social.

La adolescencia es un período de naturaleza esencialmente social, al ser el momento donde comienza el sujeto a interactuar en la sociedad. El adolescente alcanza un nivel de desarrollo que lo capacita para desempañarse en los roles del adulto, pero no tiene la experiencia y las habilidades que la sociedad exige. Debe tomar un conjunto de decisiones que constituyen la base de su identidad, lo que supone armonizar el mundo interno, lleno de motivos, capacidades y habilidades personales, con el mundo de la realidad ambiental y social que le rodea.

Dicha fase de tránsito se caracteriza por el desequilibrio notable en el mundo interno del adolescente y por las contradicciones existentes entre su personalidad y su situación vital interna. El crecimiento biológico del sujeto no tiene un progreso correlativo con su desarrollo intelectual y moral. El mismo es poseedor de una energía corporal que no cuenta con los mecanismos de control e inhibición del adulto.

En la cultura se concibe la adolescencia como un periodo marcado por los rápidos y drásticos cambios y transformaciones tanto en el aspecto físico, psíquico como comportamental del adolescente. El detonante de la evolución fisiológica es el hipotálamo, el cual ordena a la hipófisis que produzca hormonas y las envíe a través de la circulación sanguínea. En las chicas, el crecimiento alcanza su punto álgido aproximadamente cuando tiene unos 14 años, mientras que en el caso de los chicos se produce cuando tiene unos dieciocho años aproximadamente. El proceso de maduración física se cierra porque está completo, pero el paso a la edad adulta también implica una evolución psicológica.

Las vivencias en dicha etapa se caracterizan por un afán poderoso de imponerse, una elevada acentuación del yo, un deseo a la autoformación y a la auto-realización con una posición de orgullo y una disposición revoltosa frente a la obligación y a la autoridad. Presenta una inseguridad interna que constituye debilidad e incapacidad, presunción y falta de previsión las cuales le hacen desestimar las consecuencias de su propio hacer. Existe en todo momento, una oposición entre el querer y el deber.

La duración de dicha etapa del sujeto no es uniforme, varía en consideración a las cualidades innatas, al medio geográfico y al contexto socio-cultural en que vive. Los especialistas no se han puesto de acuerdo respecto al límite, pero sí lo están en el hecho de que los actos realizados por el individuo en

dicha fase de la vida no pueden ser observados y valorados de la misma manera con que se juzga a los de una persona adulta.

La realidad es percibida, representada, pensada y vivida por el ser humano. Dichas percepciones, pensamientos, emociones, que se poseen con respecto a la realidad conforman la subjetividad. Se produce a partir de relacionarse y de interactuar con la realidad objetiva, lo cual posibilita que en ese proceso el sujeto individual se forme representaciones y experimente sentimientos. La subjetividad como experiencia interior, propia, vivida dentro de cada cual, muy personal y exclusiva. La misma posee sus especificidades, en especial la posibilidad de integrarse para intervenir en la regulación del comportamiento.

El autor antes mencionado expresa que “personalidad es la organización dinámica en el interior del individuo de los sistemas psicofísicos que determinan su conducta y pensamiento característico”. La organización de la experiencia, es la relación de la conducta con el sí mismo. Enfatiza que es importante analizar el desarrollo personalógico y las implicaciones para el adolescente. En la medida en que se acrecienta la complejidad e integración de la personalidad, se torna más activo su papel.

Afirma Fernández Ruiz (2000), que *“los recursos personalógicos son en un sentido de desarrollo, aquellas particularidades de la subjetividad individual que posibilitan una interrelación productiva, un afrontamiento constructivo de la realidad, así como el perfeccionamiento de la personalidad a partir de las complejidades interactivas, tiene en cuenta el momento de desarrollo en el cual se encuentra el sujeto”*.

Supone también el afrontamiento de las vicisitudes de la vida a partir de la auto-aceptación y auto-comprensión, una determinada competencia en la interacción con el medio, pues la persona en la medida que es una persona real, es el principal determinante de sí misma.

La propia autora expresa que muchos padres creen entender que los problemas que presentan los hijos, tienen origen genético. De ese modo, queda excluida cualquier intención que pretenda desarrollar, corregir, cambiar o modificar la personalidad de los mismos. Es una manera mecánica y simple de comprender la esencia de la naturaleza humana y del desarrollo de la psiquis. Por lo que sostiene que *“el ser humano no se define por su naturaleza, sino por sus adquisiciones en un medio cristalizado producto de relaciones sociales en una historicidad que está en el individuo y en la sociedad”*. (Fernández Ruiz, 2000)

En la adolescencia la personalidad, para Giménez-Salinas (1998), no está bien estructurada, es por ello que los trastornos de personalidad se ven en la edad adulta, mientras que en la adolescencia se habla de trastornos incipientes de la personalidad, porque un trastorno a dicha edad puede ser modificado. Si el desarrollo psicológico del hombre y su personalidad comienza a gestarse desde el nacimiento, culmina la formación de la última cuando aún se es adolescente, las variaciones psicológicas son mínimas, llegan a ser en ocasiones irreconocibles entre unos y otros, por la poca diferencia que existe en el desarrollo psicológico de éstos, los cuales presentan las mismas características (Colomer, 1998).

El adolescente una vez convertido en un hombre o mujer sexualmente, aún vive en muchos aspectos en el estado de ánimo de la niñez. Delante de él hay un largo camino hacia el mundo de los adultos y el llegar a dicha edad es muy duro y trabajoso, pero solo entonces se habrá convertido anímica y corporalmente en un adulto. Los pasos que se siguen suelen ser de una manera ordenada y armoniosa por la mayoría de los jóvenes, aunque la velocidad en el tránsito es muy diferente según el área de la que se trate.

c. La adultez es la etapa que se encuentra en un período estable del ciclo vital, a partir de la adolescencia y por lo tanto el sujeto, posee una capacidad plena de autodeterminación. Comienza a aceptar responsabilidades, fijarse metas y mejorar su comprensión de resolver problemas. Desde el punto de vista emocional o social, es ser capaz de dar y recibir, tener un sentido de la justicia y estar preparado para ayudar a los demás espontáneamente, tener y mantener un empleo, independencia económica y forma su propia familia.

En dicha etapa de la vida el proceso de maduración física se cierra porque está completo, pero el paso a la edad adulta implica una evolución psicológica. El punto primordial del tránsito hacia dicha edad es la consolidación de la autoestima, en el cual se expresa una actitud positiva o negativa hacia un objeto particular, el sí mismo. Pero el desarrollo del concepto de sí mismo y su aceptación es algo muy difícil debido a que existen algunos factores asociados al mismo, entre ellos el nivel de autoestima, la imagen del propio cuerpo y el ambiente social.

5. 3. Fundamentación de la edad penal

El Código Penal y el Código Civil⁷⁷ no definen el concepto de persona natural, pues no es necesario, ya que el hombre es un ser humano individual. En su acepción jurídica, persona es todo ser capaz de tener derechos y

⁷⁷ Ley No. 59, Código Civil de Cuba de 16 de julio de 1987, Gaceta Oficial Extraordinaria de 15 de octubre de 1987, Ministerio de Justicia, La Habana, Cuba.

obligaciones, prescinde de que eventualmente los tenga o no en realidad. Sin embargo, a no todo ser humano puede exigírsele responsabilidad penal, sucederá únicamente cuando se trate de un sujeto imputable, por reunir ciertos requisitos de índole personal, capacidad para comprender la ilicitud de sus actos y auto-determinarse.

La capacidad exigida por el Derecho Penal a un sujeto determinado para que responda en el orden jurídico-penal requiere que el mismo posea un determinado nivel de salud mental, como una cierta madurez de las facultades intelectivas, afectivas y volitivas. Si la salud mental está totalmente abolida o si el nivel de madurez psíquica resulta insuficiente, se dice que el individuo es inimputable. La razón de la inimputabilidad por la menor edad, según Quirós Pérez (2002), es idéntica a la de por enfermedad mental, con la única diferencia de que cuando se trata de la minoría de edad no consiste en una perturbación patológica, sino en una realidad biológica.

De acuerdo al Código de la Niñez y la Juventud, el menor de edad, es aquella persona cuya edad no supera los dieciocho años. Si por diversas causas incurren en hechos ilícitos previstos como delitos y faltas por la ley penal, deben responder por los mismos pero no como un adulto, sino como un menor en proceso de desarrollo, previo un juzgamiento, que debe ser paralelo al de los adultos. En el cual se tiene mayor recelo en el cumplimiento de garantías procesales, debido a la especial condición del menor y además, a que es el Estado quién habrá fallado al no proporcionar los medios necesarios para que dicho menor se integre paulatinamente a la sociedad conforme a su desarrollo.

El Decreto Ley 64 de fecha 30 de diciembre de 1982 organiza el sistema para la atención a menores con trastornos de conducta y manifestaciones antisociales en Cuba. En el mismo se reconoce el papel destacado del Sistema Nacional de educación en la formación integral y multifacética de las niñas y niños y, se establece la responsabilidad y función de la escuela en la atención especializada a los alumnos que presentan problemas de disciplina o de conducta.

La minoría de edad punible muestra en general una progresiva restricción del Derecho Penal a los menores. El Código Penal de Cuba, en su artículo 16, apartado 2^{do}, establece que "la responsabilidad penal es exigible a la persona natural a partir de los dieciséis años de edad cumplidos en el momento de cometer el acto punible". De forma similar, el derogado Código de Defensa Social de 8 de octubre de 1938, fijaba la mayor edad punible en los dieciséis años. El legislador, por razones de seguridad jurídica opta por marcar un

límite exacto, deja afuera de la norma penal al menor de dieciséis años que comete un delito.

El fundamento de la edad penal de dieciséis años, se basa en algo más que la presunción de inimputabilidad a los menores de la misma, a saber: en la moderna convicción político- criminal de que los menores no deben ser castigados como los mayores ni ir a la cárcel como ellos, sino que han de ser objeto de medidas educativas no penales sino preventivas. Doble es, el fundamento de la actual edad penal. Por una parte la suposición de que antes de cierta edad no concurre la imputabilidad. Por otra parte, en los menores de mayor edad, que en términos clásicos pudieron ser imputables, en una idea o razón de política criminal.

Los niños y las niñas, son inimputables, según Roxin (1997), se trata de una presunción irrefutable de inimputabilidad, que denomina una gran ficción. Se trata de una regulación de exclusión de la responsabilidad que se basa en que el niño y la niña todavía no es normativamente asequible o bien en que no existe ninguna necesidad preventiva de punición. La exclusión de la responsabilidad se halla en el Derecho material, pues la minoría de edad penal, procesalmente no conduce a la absolución, sino a un sobreseimiento del proceso.

El adolescente es imputable, pero la culpabilidad misma se encuentra disminuida debido a que no es capaz de auto-determinarse ni motivarse por el derecho igual que un adulto, pues el joven en su proceso de desarrollo y formación no recibe lo necesario, su capacidad de motivación es anormal o disminuida. La motivación del adolescente se encuentra ligada a su capacidad como ser humano en desarrollo. Tiene en cuenta las prestaciones positivas que la sociedad realiza para el ejercicio pleno de sus derechos, es motivado por la norma en la posibilidad que pueda conocerla, mediante el sistema educativo. Ello no significa que su aceptación represente la disminución del respeto y reconocimiento a su calidad de persona sujeta a derechos y el desconocimiento de sus derechos y garantías, es decir los de la edad para el adolescente.

El adolescente que incurra en una conducta de tipo penal merece una respuesta por el ente estatal. El Estado tiene el deber de brindar lo necesario e indispensable para que se desarrolle dentro de un proceso donde las garantías deben ser mayores que las de los adultos, determinar su responsabilidad en el hecho y ser merecedor de una pena, pero de diferente dimensión y naturaleza que la de los adultos, argumenta Roxin (1997). Considera el aludido autor que en el caso de los adolescentes se debe comprobar la

imputabilidad en cada caso concreto y fundamentarse en la sentencia. Aun cuando exista la capacidad de comprensión del injusto, en ocasiones falta la capacidad de inhibición. Se puede excluir la responsabilidad, aunque exista una pequeña medida de culpabilidad, resulta adecuado por razones preventivas reaccionar con otras medidas distintas a la de la pena criminal. No es una causa de exclusión de la culpabilidad, sino una causa de exclusión de la responsabilidad.

Para Soler (1976), la madurez espiritual, dentro de la ley, no tiene un sentido psicológico, sino que está fijada por un límite jurídico cuantitativo de la edad. Puede un menor poseer el discernimiento pleno de sus actos o, inversamente, un mayor no haber alcanzado el límite mental que debe tener el menor para considerarlo adulto y la situación no cambia.

Para el mencionado autor por encima del límite de madurez presumida por la ley, actúan otras causas de inimputabilidad, que la ley llama estados de inconsciencia o de insuficiencia o alteración morbosa de las facultades. La disposición no se guía por un criterio psiquiátrico puro, requiere que esas perturbaciones tengan por efecto alterar la comprensión de la criminalidad del acto o la facultad de dirigir las acciones, con lo cual se integra por los elementos normativos.

Para Zaffaroni (2002), no es posible considerar que un adolescente de quince años, once meses y treinta días sea inimputable y, por el mero transcurso de la media noche de su cumpleaños, adquiera capacidad psíquica de culpabilidad. De acuerdo con lo expuesto, siempre el menor de dieciséis años tendrá una culpabilidad menor que el adulto, no será porque no tenga capacidad de conocerla antijuridicidad sino de comprenderla, en razón de la inmadurez emocional propia de la etapa evolutiva en que se halla.

Pronuncia el aludido autor, que cuando el adolescente se encuentra sometido al Derecho Penal, la ley establece que la pena no se aplica cuando resulta innecesario a la luz de los informes, modalidades del hecho, antecedentes del menor y la impresión directa recogida por el juez. Es decir, cuando las características personales del adolescente, las del hecho, la víctima y la evaluación de los efectos del encierro, operan como una causa personal de exclusión de la pena.

Cuando el adolescente es penado, nada excluye que se opere una imputabilidad o culpabilidad disminuida, manifiesta Zaffaroni (2002), pues la ley entiende que puede haber un ámbito de autodeterminación estrechado aunque sea imputable. No significa que el menor de dieciséis será siempre inimputable y el joven entre esa edad y la del adulto resulte semi-imputable. El

primero está excluido de la pena, aunque en ocasiones puede cometer delitos, en tanto que el segundo, cuando comete una infracción, está sometido a castigo, aunque puede reconocerse que haya actuado con un mínimo de culpabilidad.

Expresa Zaffaroni (2002), que la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, son indicadores o características de su personalidad, que denotan su ámbito de autodeterminación. La edad indica el grado de madurez que alcanza el adolescente, o la permanencia de ciertos caracteres de la personalidad, los que hacen más fácil o difícil la evitación de la conducta prohibida. La edad es básica para la cuantificación penal, porque de ella depende por regla general la perspectiva de vida del sujeto. Para la determinación de la edad penal, se tiene en cuenta la evolución cultural de la sociedad, así como los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos, que permiten determinar, a partir de un cierto grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural cuando es posible atribuir al individuo el hecho cometido y hacerle responsable del mismo (Rivero García, 2000).

En concordancia con la fundamentación expresada, el artículo 17, apartado 1º, del Código Penal cubano, regula que “en el caso de personas de más de dieciséis años de edad y menos de dieciocho, los límites mínimos y máximos de las sanciones pueden ser reducidos hasta la mitad, y con respecto a los de dieciocho a veinte, hasta en un tercio. En ambos casos predominará el propósito de reeducar al sancionado, adiestrarlo en una profesión u oficio e inculcarle el respeto al orden legal”. La decisión para atenuar la sanción de los jóvenes es la mayor sensibilidad penal de la misma, es la presunción de que los fines de reeducación de la pena son susceptibles de ser alcanzados, con respecto a los jóvenes, en menor tiempo que el que requieren los adultos, según expone (Rivero García, 2000).

Si se considera que la madurez personal implica un proceso progresivo de incrementos de la capacidad cognitiva, volitiva y afectiva del individuo, se está en presencia de un caso de imputabilidad disminuida por razón de la edad. La atenuante de la responsabilidad penal, conformada con una gradación de la pena entre los dieciséis y veinte años de edad fue concebida por el legislador.

Rivero García (2000), entiende como efectuada la edad penal, cuando la persona tiene dieciséis años de edad cumplidos en el momento de cometer los hechos punibles, y para la determinación de la edad, en ocasiones, es forzoso determinar mediante la certificación de nacimiento del infractor, expedida literalmente, a fin de que consten en la misma todos los datos exigibles para la inscripción de nacimiento.

Con la puesta en vigor de la Instrucción No. 175 de 21 de julio de 2004, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, se “recomienda con carácter general, evitar la imposición de la sanción de privación de libertad efectiva, en los casos de delitos donde la ley prevé sanciones de multa, o es posible su sustitución por penas subsidiarias, especialmente, cuando se trate de acusados jóvenes, menores de 21 años de edad y de normal conducta anterior”. En el cual se les da un tratamiento diferenciado a los adolescentes, el cual es facultativo por parte del órgano juzgador al momento de imponer la pena y responde a cuestión de política criminal.

5. 4. Análisis de la regulación jurídica de la edad en otros textos normativos

El Código Penal cubano en su artículo 16.2 ya mencionado, define el límite de la edad penal y fija el momento en que la imputabilidad por razón de la edad comienza. El artículo 17.1 del citado código, en su parte primera establece que “en los casos de personas de más de dieciséis años de edad y menos de dieciocho años, los límites mínimos y máximos de las sanciones pueden ser reducidos hasta la mitad y con respecto a los de dieciocho a veinte, hasta un tercio”. Es potestativo del tribunal, es decir es una apreciación facultativa del órgano jurisdiccional, el que puede hacer uso o no de ello. En ambos casos predomina el propósito de reeducar al sancionado, adiestrarlo en una profesión u oficio e inculcarle el respeto al orden legal. El precepto es facultativo al igual que el regulado en el código cubano.

El estudio comparado de la regulación jurídica de la edad penal en las legislaciones resulta trascendente y permite establecer confrontaciones con Códigos de diferentes países. Para lo cual fueron seleccionados España, Francia, Italia, Alemania e Inglaterra, entre otros, por ser los más representativos al fijar la edad penal superior a los dieciséis años y a la vez resaltar por ser abanderados de las teorías más avanzadas sobre la temática.

El Código Penal de España, el cual, se encuentra regulada la minoría de edad penal en el artículo 19, disponiéndose que los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente y su tratamiento en caso de delinquir, lo dispone la ley reguladora de la responsabilidad del menor. Además, en su artículo 69, establece que al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrá aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que la misma disponga. De lo expuesto, se aprecia en relación al Código Penal cubano, que en el momento se prevé una mayor amplitud en cuanto al término de la edad para responder penalmente. Se asemejan en

que ambos preceptos legales dan un tratamiento al adolescente diferenciado al de los adultos.

El procedimiento penal en Francia, establece un sistema de justicia de menores de carácter titular y asistencial. La mayoría de edad es mantenida en los dieciocho años, pero se suprime la cuestión del discernimiento. Por debajo de esa edad el menor es irresponsable penalmente y aparece sometido a medidas de protección, asistencia, vigilancia y educación, desprovistas de carácter represivo.

Respecto a los menores de edad comprendidos entre los trece y los dieciocho años, puede imponérseles solo medidas educativas o protectoras apropiadas al caso particular, por ejemplo: remisión a los padres o persona digna de confianza, internamiento en una institución de educación o formación profesional, internamiento en un establecimiento médico o médico-pedagógico, remisión a los servicios de asistencia a la infancia, libertad vigilada, entre otros. Los antes aludidos pueden ser objeto de una sanción penal cuando lo exijan las circunstancias personales del menor, que puede ser combinada con una medida de libertad vigilada.

La legislación aplicable en Alemania distingue tres grupos, niños, jóvenes y jóvenes adultos, para los cuales se establece un tratamiento diferenciado desde la posición del Derecho Penal. Solo respecto de los dos primeros, aparece el problema de la capacidad de culpabilidad. Respecto al joven adulto, no es un principio planteado, la edad es un elemento tenido en cuenta para graduar la sanción y en casos excepcionales, para la aplicación de las sanciones previstas para los jóvenes.

De acuerdo con el párrafo 3 de la Ley de Tribunales Juveniles, solo es responsable penalmente si su desarrollo moral y mental posee suficiente madurez para captar el injusto del hecho y actuar de acuerdo con esa comprensión, en función de los cuales se decide la capacidad de culpabilidad del joven cuya edad oscila entre los catorce y los dieciocho años, se debe comprobar las capacidades indicadas para afirmar la responsabilidad jurídico-penal.

En relación a Italia el código reconoce dos períodos: uno de irresponsabilidad absoluta y otra estipulada, en la cual se establece una presunción absoluta de incapacidad con respecto a los menores de catorce años. Aquellos de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años son declarados imputables si poseen capacidad de entendimiento. Lo anterior, se valora por el juez y en caso afirmativo se les impone una pena atenuada.

En los artículos 224 y 225 se determinan las medidas que el juez puede acordar respecto a los menores que delinquen y son peligrosos, se distinguen

entre los no imputables y los imputables. En cuanto al menor entre catorce y dieciocho años reconocido como inimputable pero peligroso, puede el juez tener en cuenta la gravedad del hecho y las condiciones morales de la familia en que vive, internarlo en un reformatorio o ponerlo en libertad vigilada. El Código analizado con respecto al Código Penal cubano, presenta diferencias entre la edad comprendida para responder penalmente y además, se regula un tratamiento diferenciado a los adolescentes.

Por su parte en relación a la responsabilidad penal, en la República de Chile, en el artículo 10 del Código Penal están exentos los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho a no ser que conste que ha obrado con discernimiento. En su artículo 72 manifiesta que al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivo que obró con discernimiento, se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable. Se diferencia el mencionado código con respecto al Código Penal cubano, que en el primero prevé la reducción del límite mínimo de la sanción de forma preceptiva, por lo que el juez tiene que reducir obligatoriamente dicho límite.

El Código Penal Colombiano estipula en su artículo 34 que están exentos de responsabilidad criminal el menor de dieciséis años y el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento. El Tribunal de Menores respectivo hará declaración previa sobre el punto para que pueda procesársele. El artículo 34 del Código Penal de Uruguay regula que no es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido la edad de dieciocho años.

Concerniente a Venezuela, el Código Penal regula en el artículo 71, que el hecho punible cometido por el mayor de quince años, pero menor de dieciocho, será castigado con la pena correspondiente, disminuida en una tercera parte. A diferencia del Código Penal Peruano en el cual se estipula, en el artículo 20, apartado 2, que está exento de responsabilidad penal el menor de dieciocho años de edad. En su artículo 22 establece la responsabilidad restringida por la edad, la cual permite reducir prudencialmente la pena señalada para el hecho punible, cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años.

Todos los países analizados al exigir la responsabilidad penal, los mismos se promedian en los dieciocho años de edad. En los mismos se les da un tratamiento diferenciado a los adolescentes entre dieciocho y veintiún años de edad, preceptuado en algunos casos de forma facultativa y en otros

preceptivamente. Notándose una diferencia en relación al Código Penal cubano que define la edad penal a partir de los dieciséis años y de dieciséis a veinte años dispone la reducción de los límites mínimos y máximos de la pena de forma facultativa.

5. 5. La atenuación de la pena debido a la madurez psíquica del adolescente

De acuerdo con lo analizado en los epígrafes que anteceden, la pena se fundamenta en el grado o medida de la culpabilidad que posee el sujeto. En consecuencia, el adolescente, el cual no ha alcanzado la plena madurez psíquica, es imputable incompleto ya que posee la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida y por tanto, la sanción a imponerle debe ser proporcional a la culpabilidad que se aprecia en el mismo.

Para identificar los requisitos que permiten fundamentar la atenuación obligatoria de la pena, se procedió a analizar un total de veinte sentencias emitidas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, las cuales resuelven recursos de casación, interpuestos por la defensa solicitando en el mismo, la apreciación del artículo 17.1 del Código Penal. Luego de estudiarlas se aprecia que en correspondencia con lo solicitado, el órgano judicial ratificó las mismas sanciones estipuladas en primera instancia, declarando sin lugar la pretensión, para ello, se amparó en las siguientes razones:

1. Que la sanción es justa y adecuada a las características del acusado y a la gravedad del hecho ejecutado. Lo anterior, muestra cómo el órgano judicial, se basa al momento de imponer la pena, en elementos relacionados con las circunstancias en que ocurrió el ilícito y características del sujeto activo. Obvia la culpabilidad del infractor de la ley, cuando se establece que la sanción ha de ser proporcional a la misma.
2. Que la condición de existencia de antecedentes penales indican que el fin de la sanción se cumple con la pena impuesta. Lo anterior, muestra como el órgano judicial, de forma similar a lo antes expresado, se limita a cuestiones relacionadas con las características del sujeto y obvia la capacidad de culpabilidad que el mismo presentaba al momento de ejecutar el hecho.
3. Que la rebaja de los límites del marco sancionador constituye una facultad discrecional del tribunal de instancia, que no ata su concesión a la solicitud de las partes. Lo anterior, muestra como el órgano judicial, obvia lo preceptuado en la teoría de la proporcionalidad de la pena, pues se aprovecha de que la ley regula de forma facultativa, la rebaja de los marcos sancionadores a los adolescentes.

Según lo antes expuesto, el Código Penal cubano prevé que el juez al momento de imponer la pena a las personas de más de dieciséis años de edad y menos de dieciocho, pueda reducir hasta la mitad sus límites mínimos y máximos y respecto a los de dieciocho a veinte años, hasta en un tercio. Dicha facultad es discrecional y no se atempera a lo expresado en relación a la apreciación de la culpabilidad como fundamento de la pena.

Como consecuencia de lo expuesto, se inobserva el principio de proporcionalidad, el cual establece que la magnitud del castigo debe ser adecuada a la culpabilidad. Derivado de lo antes expresado, en los pronunciamientos del órgano judicial se produce falta de certeza jurídica, lo cual impide la realización de una norma por otra. Como resultado del menoscabo de la ley penal y su aplicación, una función básica del Derecho Penal, la prevención de los delitos, se imposibilita y disminuye la efectividad de la lucha contra la delincuencia como prioridad del Estado por la importancia social que tiene.

De acuerdo con lo examinado, se puede establecer los requisitos que fundamentan la atenuación obligatoria de la pena cuando la culpabilidad se encuentra disminuida debido a la madurez psíquica que posee el adolescente. Los mismos son:

1. El adolescente no ha alcanzado la plena madurez psíquica.

La madurez psicológica se entiende como la plenitud consciente de todas las cualidades físicas, psíquicas y espirituales, bien armonizadas e integradas entre sí. Los adolescentes se caracterizan por estar sujetos a transformaciones biológicas, psicológicas y sociales lo que trae consigo inestabilidad en su comportamiento ante la sociedad, no tienen autodeterminación acabada por lo que resultan ser dependientes y de fácil influencia. En esta etapa comienzan a desarrollar su personalidad y aún no han alcanzado madurez psicológica.

2. La capacidad de comprensión que posee el adolescente se encuentra disminuida debido a que no es capaz de auto-determinarse y motivarse por el Derecho.

El adolescente presenta una capacidad de comprensión menor con respecto al adulto por razón de su madurez psíquica propia de la edad, ligada a su capacidad como ser humano en desarrollo, pero es capaz de auto determinarse y motivarse por el derecho. Se reconoce que es imputable pero en menor culpabilidad al no saber discernir correctamente entre el bien y el mal y determinar debidamente el desarrollo del mundo exterior, por tanto es diferente en dimensión y naturaleza a la de un mayor.

Si se tiene en cuenta que la madurez personal implica un proceso progresivo de incrementos de la capacidad cognitiva, volitiva y afectiva del individuo, se está en presencia de un caso de imputabilidad disminuida por razón de la edad. Esa disminución de la pena tiene su fundamento en la presunción acerca del carácter simplemente disminuido de la imputabilidad. Por tanto, no se dispone que el sujeto sea inimputable, sino que se encuentra en plena imputabilidad, pero depende del nivel que haya alcanzado la madurez psíquica del joven.

Se aplicó la entrevista a veinte especialistas, de las cuales el total para un 100% de los entrevistados, coinciden en considerar que debido a lo anterior, la capacidad de comprensión del adolescente se encuentra disminuida y en consecuencia, no es capaz de autodeterminarse y motivarse por el Derecho.

3. La pena ha de ser proporcional a la culpabilidad.

La culpabilidad y la pena son un binomio perfecto, donde la última depende de la primera. El adolescente al no tener totalmente desarrollado su psiquis, su culpabilidad es menor y la pena en consecuencia debe estar en correspondencia con la misma, cumpliéndose con ello el Principio de Proporcionalidad. Imputabilidad disminuida no es que sea en parte imputable, sino que es, simple y plenamente, un imputable cuya medida o grado no alcanza a suprimir toda especie de capacidad de culpabilidad.

La política de prevención se fundamenta ideológicamente por los ajustados principios éticos de la Revolución, dando lugar al desarrollo de políticas sociales concretas. El esfuerzo unido del Estado, sus órganos, las organizaciones sociales y las amplias masas de trabajadores en el control social, se utilizan como medio eficaz para asegurar la dirección de los procesos sociales y al mismo tiempo prevenir fenómenos negativos antisociales.

El desarrollo del control social es una premisa ineludible para el perfeccionamiento consecuente de la actividad dirigida a la prevención de manifestaciones conductuales, inmorales y delictivas, convirtiéndose en uno de los más importantes medios de trabajo profilácticos de los delitos y contravenciones. La prevención social en Cuba descansa, en la actualidad, en los logros políticos, ideológicos y socioeconómicos, del proyecto social cubano, y en los principios y valores que lo respaldan.

Entre la prevención social y la prevención del delito existe un nexo evidente que se valora por la Criminología, diferencia un nivel de prevención social general y uno de prevención criminológica especial. A la primera se le atribuye un carácter indirecto al abarcar las directrices de la sociedad en materia de difusión de la educación y la cultura, para elevar el bienestar material

y espiritual de las personas. La segunda abarca la actividad de aquellos organismos que enfrentan directamente la actividad delictiva, como son los tribunales, la fiscalía, y la policía. Para que la prevención de la delincuencia sea apropiada, es preciso el papel rector del gobierno en el reconocimiento de la prevención como mecanismo primordial del desarrollo social, además de incluir a la comunidad en la planificación y aplicación de los programas de prevención del delito.

De lo expuesto hasta el momento se concluye que el adolescente presenta la capacidad de culpabilidad disminuida, por tanto si se parte del principio general de que la pena no puede superar la medida de la culpabilidad, es evidente que una imputabilidad notablemente disminuida debe comportar también una pena notablemente disminuida, que la sola atenuación potestativa es una clara vulneración del principio de culpabilidad y debe ser corregida interpretándola como precepto obligatorio.

Capítulo VI. La enfermedad mental como causa de la disminución sustancial de la capacidad de culpabilidad en el Derecho Penal cubano

Esp. Yoruanys Suárez Tejera
Lic. Madelaine Fernández Calcines

6. 1. La regulación de la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida en los códigos penales que han regido en Cuba

En el Derecho Penal para poder afirmar la comisión de un delito ha de quedar establecido que se trata de una acción u omisión, o sea, un comportamiento humano regido por la voluntad. También se requiere que la conducta se subsuma en una hipótesis legal y que no encuentre justificación en el ordenamiento jurídico, manifestándose la tipicidad y la antijuricidad. Por último debe estimarse la culpabilidad cuya misión consiste en acoger aquellos datos relacionados con el autor del delito que, sin pertenecer al tipo penal ni a la antijuricidad, son imprescindibles para la imposición de una sanción (Rivero García, 2000).

Rivero García (2000), plantea que una acción típica y antijurídica cometida por un sujeto, no conlleva a la imposición de una pena si el comisor no es culpable, por lo que el autor queda exento de responsabilidad penal. Incluso, la pena se atenúa cuando el sujeto presenta la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida.

El reconocimiento de la culpabilidad en un supuesto específico implica el cumplimiento de determinados requisitos. Los mismos permiten afirmar que el autor de una acción típica y antijurídica, es culpable. Las exigencias que deben concurrir para su valoración son: la imputabilidad, el conocimiento virtual de la antijuricidad y las condiciones normales de exigibilidad.

En relación al primer requisito, Righi (2003), considera que para poder estimar que el autor de un hecho es imputable, en el momento de su ejecución el sujeto debe haber sido capaz de obrar responsablemente. Se refiere a la capacidad que debe tener el agente para comprender y valorar la desaprobación jurídico-penal de los actos que se realizan y dirigir el comportamiento de acuerdo a esa comprensión.

La expresión imputable alude a un significado distinto al de atribuirle un comportamiento a un sujeto; se asocia a una persona con capacidad de culpabilidad. La teoría de la capacidad de culpabilidad, según Quirós Pérez (2002),

parte de la idea de que *“el contenido fundamental de la culpabilidad, en cualquiera de sus formas, consiste en conocer y querer el hecho antijurídico, y como la imputabilidad radica en la capacidad del sujeto para conocer y querer, ella no resulta más que la capacidad de culpabilidad del sujeto”*.

De acuerdo con lo anterior, el agente ha de ser capaz de comprender y valorar el deber de respetar la ley penal, pues debe auto-determinarse espontáneamente. Lo antes analizado supone en el autor del hecho la existencia de inteligencia y voluntad. Por ello, en la imputabilidad se incluyen los supuestos referidos a la falta de madurez y el padecimiento de trastornos psiquiátricos, pues de manifestarse, el sujeto carecería de las facultades cognoscitivas y psíquicas para ser motivado racionalmente por la norma.

Al determinarse que la persona ha alcanzado el desarrollo cognoscitivo requerido para que pueda comprender y valorar su actuar, se procede entonces a verificar la existencia del supuesto psiquiátrico. En el artículo 20.1 del Código Penal cubano se regula la enajenación mental, el trastorno mental transitorio y el desarrollo mental retardado como causas que anulan en el sujeto que comete el hecho delictivo la facultad de comprender el alcance de su acción o dirigir su conducta. En el mismo se prevé la inimputabilidad del autor que debido a las razones antes relacionadas no haya podido comprender la criminalidad del acto o regir sus acciones.

Desde el siglo XIX según Vannini, Del Cero & Saulnier (2005), se conocen disposiciones legales que admiten la existencia de sujetos que se hallan en situaciones caracterizadas por la doctrina de la época como estados intermedios entre la imputabilidad y la inimputabilidad. Al respecto Zaffaroni (2002), indica que *“es totalmente falso negar grados de imputabilidad y por consiguiente de culpabilidad”*. Manifiesta además que hay sujetos que tienen capacidad psíquica de culpabilidad, pero se halla disminuida en comparación con otros que hubiesen podido cometer el mismo injusto.

Para Roxin (1997), la imputabilidad notablemente disminuida *“no es una forma autónoma de semimputabilidad que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión”*. Las razones expuestas sirven de base para la investigación y en lo adelante se adoptará la expresión empleada en las mismas para identificar la capacidad de culpabilidad disminuida.

No se puede desconocer la existencia de situaciones en las que la persona sin perder su capacidad de comprensión de lo ilícito ni la autodeterminación, experimenta una sensible disminución de dicha capacidad. En tales casos,

el sujeto cuya capacidad de culpabilidad se encuentra sustancialmente disminuida para alcanzar el grado de conocimiento y de autodirección de un hombre anímicamente normal debe esforzar mucho más su inteligencia y su voluntad.

Al proceder a determinar la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida como un caso de imputabilidad, preexisten diversas problemáticas en el orden teórico práctico que se reflejan en lo social. Las mismas están relacionadas con las causas y los requisitos que han de estimarse para que pueda considerarse que el autor de un hecho presenta imputabilidad incompleta.

En relación a las causas, es decir, las razones por las que se puede considerar que un sujeto posee la capacidad disminuida, no existe un dictamen esclarecedor al respecto. En cuanto al presupuesto psiquiátrico, que es el de interés para la investigación, conforme a Rivero García (2000), no existe consenso en determinar si para apreciar la capacidad notablemente disminuida se requiere o no la previa existencia de alguna de las causas que anulan totalmente la capacidad de culpabilidad. La ley cubana no lo precisa aunque parece ceñirse al supuesto psíquico pues es la única que reconoce para el sujeto que carece de plena capacidad y al encontrarse refrendada en el mismo articulado, se deduce que ha de ser similar.

En relación a los requisitos que deben manifestarse en las causas antes analizadas para que se pueda determinar que un sujeto tiene la capacidad disminuida, no existe tampoco un dictamen esclarecedor. Sobre el presupuesto psiquiátrico el Código Penal cubano aunque regula la imputabilidad incompleta en el apartado 2) del antes mencionado artículo 20, no precisa los requerimientos que debe tener en cuenta el juez para estimar la capacidad de culpabilidad disminuida.

Lo anterior se debe a la inexistencia de fundamentos teóricos que establezcan los elementos a valorar para reconocer cuándo un sujeto al momento de cometer un ilícito presenta su imputabilidad incompleta. Derivado de lo antes analizado, el juez al impartir justicia puede cometer el error de estimar culpable pleno a un sujeto que no lo es. Por tanto, urge fijar los requisitos que permitan determinar la eximente incompleta de enfermedad mental, cuestión que no corresponde resolver a la Psicopatología, a la Psiquiatría o a la Psicología, por cuanto la valoración de la conducta en el caso concreto es exclusivamente jurídica.

Se precisa como objetivo general: Identificar las causas y requisitos que permitan establecer cuándo la capacidad de culpabilidad en un sujeto activo

durante la ejecución de un delito se encuentra disminuida para comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta.

En el período que va desde el inicio de la colonización española en 1512 por Diego Velásquez hasta 1879 no existía en Cuba Derecho Penal en forma codificada. La situación jurídica de la Isla hasta esa fecha es precaria y la justicia penal se aplica arbitrariamente. Al igual que en la metrópoli, se aplican las disposiciones del Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas y la Novísima Recopilación. En ellas no se encuentran pronunciamientos respecto a la enfermedad mental ni a otra categoría que pueda tener relación con la capacidad de culpabilidad disminuida.

Lo expresado anteriormente demuestra que las influencias fundamentales que recibe Cuba en aquel entonces son de España y a fines del siglo XIX, empieza entonces un movimiento renovador y liberal del Derecho. Es decir, se empiezan a promulgar códigos penales, como el de 1870, que para la época era un código proporcionado e inclusive progresista.

El aludido Código Penal se introdujo en Cuba mediante el Real Decreto de 23 de mayo de 1879. El mismo está conformado por tres libros. En el Libro primero, Título I, De los delitos y las faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, en el artículo 8, se establece que no delinquen, por lo que están exentos de responsabilidad criminal, el imbécil y el loco, a no ser que haya obrado en un intervalo de razón. Agrega que si el hecho ejecutado es calificado por la ley como grave, el tribunal decretará su reclusión en un hospital de los destinados a los enfermos de esa clase, del cual no podrá salir sin la previa autorización del órgano judicial.

Dicho código no regula la imputabilidad disminuida, lo que evidencia que solamente reconoce que un sujeto es imputable o inimputable, por lo que no deja lugar para aquellos cuya culpabilidad se encuentre disminuida notablemente. Sin embargo establece la circunstancia atenuante del artículo 9.7 del Capítulo I, denominado: De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal; la cual no se puede equiparar con la imputabilidad disminuida pero sí manifiesta cierta relación. Dicha atenuante consiste en obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación.

Posteriormente al reiniciarse la lucha revolucionaria en 1895, la actividad legislativa fue mayor. En lo concerniente al ámbito jurídico penal se pusieron en vigor la Ley Penal de la República en Armas, el Reglamento del Cuerpo Jurídico Militar y la Ley Procesal Penal de la República en Armas. La mencionada ley penal acordada por el Consejo de Gobierno del poder revolucionario

de Cuba en Armas no reglamenta la imputabilidad disminuida. En el artículo 5 inciso 4 de la Sección I, Atenuantes, del Capítulo I, establece la atenuante de obrar con arrebató y obcecación, y lo hace de la misma forma en que aparece regulada por el Código Penal español, lo cual fue anteriormente tratado (Carreras, 1985).

Desde el año 1879 comienzan a elaborarse numerosas reformas al Código Penal Español, el cual se aplica en Cuba hasta los primeros años de la pseudo-república en los que se realizan varios intentos de redacción de proyectos de Códigos Penales por iniciativa de legisladores cubanos, lo cual contribuye al proceso de formación del Derecho Penal cubano. Entre ellos se debe destacar el Proyecto Lanuza de 1908 a 1910, realizado durante la segunda intervención militar norteamericana y que constituye el primer proyecto de Código Penal de Cuba. De acuerdo con sus ideas básicas consideraba como atenuante la semilocura, la reincidencia se reglamentaba aceptándose la genérica y la específica, con la exigencia de que el sujeto fuera sancionado por sentencia firme, y también trató el estado de necesidad. De esos proyectos solo se convierte en Ley el Código de Defensa Social de 1936.

El Decreto Ley No. 802 de 4 de abril de 1936, Código de Defensa Social, está compuesto por IV libros. El primero de los libros se dedica a la Parte General. El segundo corresponde a las leyes represivas en él determinadas. El tercer libro trata de las leyes represivas en cuanto a las contravenciones y, en el cuarto se establecen las medidas de seguridad. El Capítulo I del Título III se denomina De las causas eximentes de la responsabilidad criminal. En el artículo 34 distingue entre las causas de inimputabilidad y las causas de justificación.

Establece en el artículo 35 como causas de inimputabilidad la enajenación mental, el trastorno mental transitorio, el estado de embriaguez, el cual debe ser pleno, fortuito, no habitual ni preordenado. Además acoge el estado de perturbación mental por la ingestión, absorción o inyección de sustancias narcóticas o estupefacientes cuando se manifiesten las cuestiones acotadas anteriormente respecto al estado de embriaguez.

En el artículo 37 A inciso 1 del Capítulo I, denominado: De las circunstancias atenuantes personales de menor peligrosidad, que considera como tales a todas las circunstancias eximentes cuando no concurren todos los requisitos exigidos para eximir al agente de responsabilidad penal, el cual establece como excepción la del artículo 35 A inciso 1. En el mismo se manifiesta que en los casos de semilocura o perturbación incompleta, en cualquier forma, de las facultades mentales intelectivas o volitivas, el Tribunal podrá disponer

la supresión de la sanción impuesta al reo y colocarlo en observación en un manicomio criminal hasta que se encuentre curado.

Posterior al 1 de enero de 1959, se proclama la Constitución socialista de La República de Cuba el 24 de febrero de 1976. Se aprueba también la Ley No. 21, Código Penal de 15 de febrero de 1979, que entra en vigor el 1^{ro} de noviembre de 1979 y deroga al antiguo Código de Defensa Social, objeto de múltiples enmiendas. El aludido código está estructurado en dos libros. El primero referido a la Parte General, y el segundo a la Parte Especial. En el Título V, De la responsabilidad Penal, Capítulo I, se regulan las eximentes de la responsabilidad penal. A diferencia del Código de Defensa Social no hace alusión expresa a la inimputabilidad, sino que en el artículo 20.1 se refiere a la enfermedad mental como causa eximente. En ella se incluye la enajenación mental, el trastorno mental transitorio y el desarrollo mental retardado.

Es en el apartado 2 del citado artículo se establece que la sanción de privación de libertad para el delito que se perpetre, se reduce a la mitad si en el momento de la comisión el agente solo posee la facultad disminuida sustancialmente para comprender el alcance de sus actos y dirigir su conducta. Con el referido Código es que comienza verdaderamente a cumplirse el principio de culpabilidad y de proporcionalidad, pues otorga al sujeto cuya capacidad de culpabilidad estuvo disminuida al momento de cometer el delito, un tratamiento más adecuado. Además, la reducción de la sanción es obligatoria lo cual es favorable para el sujeto.

En el artículo 78 del referido cuerpo legal se considera estado peligroso a la enajenación mental y al desarrollo mental retardado, siempre que pueda presumirse que se violará la norma y que existe proclividad a delinquir. A esos casos corresponde las medidas terapéuticas previstas en el artículo 83 del propio texto. Como se puede apreciar no se establece medida para la capacidad disminuida, lo cual constituye una diferencia con el Código de Defensa Social, pues aquel preveía para la semilocura o la perturbación incompleta, el internamiento en un manicomio criminal. También se infiere que sustenta el criterio de que las personas con capacidad de culpabilidad disminuida no son más peligrosas que el resto de los imputables.

El Código Penal actual, al igual que la Ley No. 21, no regula la inimputabilidad, sino su ausencia, ni clasifica las eximentes de la responsabilidad penal. En el Título V, De la responsabilidad penal, se encuentra en el Capítulo I, como eximente, la enfermedad mental. También se emplea la fórmula mixta, es decir, la biológica-psicológica, pues de acuerdo al criterio de Pérez González (2013), no basta con determinado tipo de trastorno mental, sino que el mismo debe representar cierto grado de desorganización del psiquismo para

determinar la presencia total o parcial de la eximente. La condición biológica se encuentra en relación a un cierto grado de salud mental del autor, de manera que, de acuerdo al Artículo 20.1 carecerá de ella quien padezca enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado.

La condición psicológica se halla referida a la ausencia de capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones conforme a dicha comprensión, siempre a condición de que se halle presente la condicionalidad biológica. Ello resulta así porque las causales mencionadas deben conducir a la supresión de las posibilidades psíquicas de percepción, ideación, juicio y decisión. También se regula la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida y contempla el beneficio cuantitativo para el agente, pues debe ser apreciado de forma obligatoria por el Tribunal, y no facultativamente.

Entre tanto, es ostensible la distinción existente entre la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida como eximente incompleta, y la atenuante genérica prevista el artículo 52, inciso f, del Código Penal cubano. Una de las diferencias radica en que las atenuantes genéricas son elementos accidentales del delito, mientras que la semiximente es una modificación valorativa de los elementos del delito. Las atenuantes solo inciden en la adecuación de la sanción, a criterio del tribunal, sin la posibilidad de variar los marcos legales establecidos para cada delito en particular. Por su parte, la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida origina, en la legislación cubana, la rebaja obligatoria de la pena.

Según las razones expuestas y lo planteado por García González (2008), "la circunstancia del artículo 20.2 posee una naturaleza dogmática específica como especie del género eximente incompleta que la distingue de las atenuantes genéricas por ser especial incidencia sobre la culpabilidad como elemento esencial del delito". Además es importante destacar que la regulación de la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida en el Código Penal cubano, evidencia superioridad con respecto al resto a otros códigos.

6. 2. Los trastornos mentales como causas que disminuyen la capacidad de culpabilidad. Cuestiones generales

Al analizar la regulación de la capacidad de culpabilidad disminuida en el Código Penal cubano se evidencia que para su apreciación deben manifestarse en el agente del delito los mismos trastornos mentales que para la declaración de la inimputabilidad. Los aludidos trastornos en la eximente incompleta en vez de excluir totalmente las capacidades intelectivas y

volitivas, las disminuyen notablemente. Discernir a quién otorgar la causal de capacidad de culpabilidad disminuida es una labor que le compete al juez, no obstante, para su apreciación deben imperar criterios clínicos que permitan identificar la naturaleza del trastorno mental, así como la verificación de que el mismo es una causa contribuyente en la aparición del delito.

Para valorar la responsabilidad penal de una persona afectada de una enfermedad mental habrá de tenerse en cuenta no solo el diagnóstico biológico, sino también la forma en que los síndromes diagnosticados afectan su personalidad y, sobre todo, hasta qué punto el acto realizado es tributario de aquella enfermedad. Es decir, hasta qué punto existe una relación causal entre la enfermedad del sujeto y el acto ilícito cometido, sin que sea suficiente para afirmar la disminución de la capacidad de culpabilidad respecto al acto concreto, una coincidencia cronológica anomalía-delito. Ha de exigirse desde el punto de vista del Derecho Penal, que exista una relación causal entre el estado mental del autor y el hecho por él cometido.

a. Clasificación de los trastornos mentales

Pérez González (2013), manifiesta que etimológicamente los trastornos mentales pueden dividirse en dos grandes grupos convencionales: orgánicos y funcionales. Los primeros dependen de una lesión estructural que se evidencia en el Sistema Nervioso Central (SNC) y puede ser reversible denominada aguda, o irreversible, la cual se conoce como crónica. Las mismas provocan una alteración notable de la estructura del SNC. Las alteraciones estructurales que provocan y su traducción de a la vida psíquica del enfermo están en dependencia de la intensidad y duración de su acción, del lugar o lugares que afecten y de la tolerancia o debilidad propia de cada SNC. Es por ello dichas alteraciones no se manifiestan de igual manera en todas las personas.

En cuanto a los trastornos orgánicos funcionales expresa el citado autor, manifiestan un trastorno psicopatológico, incluso sigue patrones clínicos característicos, pero el SNC del enfermo no muestra cambios estructurales. Constituye una clasificación en la que concurren trastornos con distintos grados de gravedad, los cuales pueden ser de presencia clínica continua, aparecer por crisis o brotes, o evidenciarse durante un período para desaparecer después.

La distinción realizada es importante porque demuestra que la enfermedad mental no siempre puede ser argumentada sobre la base de cambios cerebrales, puede estar presente en unas etapas y en otras no. Además, la presencia de un agente que pudiera ocasionar un trastorno al SNC y con el

mismo una afectación del psiquismo, no significa que, por necesidad, ellos se hayan producido en una magnitud penalmente trascendente.

b. Niveles psicológicos de funcionamiento

Durante la manifestación de un trastorno la intensidad de la afectación psíquica puede ser variada, es por ello que la Psiquiatría en auxilio al Derecho Penal establece una correlación entre las categorías psiquiátricas y la inimputabilidad, la cual se aprecia a través de los niveles psicológicos de funcionamiento. Los niveles indicados se pueden evidenciar tanto en cuadros orgánicos como funcionales. El primer nivel es el normal, característico de personas sanas que al no presentar trastornos mentales y tener capacidad de culpabilidad para comprender el alcance de sus actos y dirigir su conducta resultan imputables, o sea, tienen responsabilidad penal.

Otro de los niveles es el neurótico, en el cual el trastorno, de acuerdo a Pérez González (2013), no llega a presentar cambios cualitativos del psiquismo, por lo que el sujeto no pierde el contacto con la realidad ni consigo mismo y es competente para relacionarse socialmente y actuar según las normas de la sociedad. Por tanto, es capaz de percatarse de que está enfermo y de las limitaciones que ello puede provocarle.

Los síntomas y signos que se detectan son cuantitativos, porque son fenómenos que en mayor o menor grado pueden verse en una persona sana en determinadas circunstancias, como la ansiedad, la tristeza, el mal humor. Los sujetos que funcionan en el nivel neurótico evidencian esas manifestaciones sin las causas que habitualmente las determinan de manera directa en una persona normal, o las presentan en una intensidad desproporcionada a las causas que la desencadenan. En las personas que funcionan a ese nivel se presentan afectaciones de la calidad de vida, de las relaciones sociales, pero no están imposibilitadas para razonar y actuar según las exigencias de la sociedad y de sí mismas. Por tanto, pueden ser imputables y responder penalmente cuando sus capacidades intelectivas y volitivas no se encuentren afectadas, de estarlo, se aprecia la capacidad de culpabilidad disminuida, por lo que la responsabilidad penal del sujeto resulta atenuada.

El otro nivel es el psicótico en el cual, según Pérez González (2013), los síntomas y signos son de tal magnitud que representan la desorganización de la personalidad y la captación de la realidad, la cual es borrada o sustituida por percepciones e ideas que determinan la conducta, en lugar de las habituales capacidades, informaciones, afectos y motivaciones propias de una persona. Como expresión de ese extremo nivel de desajuste la persona es incapaz de darse cuenta o de admitir que está enferma, pues los fenómenos

morbosos que presentan constituyen su realidad. Es una persona a la cual le resulta imposible responder a los requerimientos sociales y a sus propias e históricas necesidades y motivaciones.

En este caso el sujeto es incapaz de comprender el alcance de sus actos y de dirigir su conducta de acuerdo a esa comprensión por lo que es inimputable, o sea, no responde penalmente ya que el trastorno mental constituye causa de incapacidad de culpabilidad. Si bien se ha afirmado con anterioridad que la capacidad de culpabilidad disminuida no es una categoría independiente que se encuentra entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad, entonces el nivel de funcionamiento en que ella se manifiesta es el neurótico.

6. 3. Los trastornos mentales

Manifiesta Vannini, et al. (2005), que la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida adquiere vigencia con el psiquiatra francés Grasset en 1906, quien bajo el nombre de semialienados agrupa la cuarta parte de los trastornos psíquicos conocidos en aquel entonces por la Psiquiatría. Según el destacado autor la lista estaría compuesta por: neurosis, alcoholismo crónico, debilidad mental, deterioros seniles y preseniles, defectos esquizofrénicos como esquizofrenias residuales, pos conmociones de cráneo, pos encefalitis, epilepsias equivalentes, toxicomanías, encefalopatías, afasias.

El señalado autor manifiesta que a los trastornos mencionados se agregan los siguientes casos: retraso del desarrollo mental por sordomudez, epilepsia en el intervalo entre uno y otro ataque, las enfermedades mentales en fase de desarrollo o de remisión, casos de perturbaciones de conciencia, como las depresiones durante la menstruación o el embarazo, arrebatos coléricos, entre otros. Por su parte, Roxin (1997), plantea que la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida *“es mucho más frecuente en la práctica que la exculpación por inimputabilidad y tiene su ámbito de aplicación en cada uno de los cuatro estados o diagnósticos de conexión bio-lógico-psicológico”*.

Al respecto señala que la misma se evidencia en los supuestos de defectos paráliticos esquizofrénicos leves, en las manifestaciones incipientes de demencia arterioesclerótica y senil, en las formas leves de la epilepsia o de la oligofrenia, en las lesiones cerebrales con escasas repercusiones psíquicas, en los estados pasionales, estados de embriaguez, neurosis, psicopatías y anomalías del instinto sexual. También alude a la dependencia de estupefacientes cuando su consumo durante largos años produzca alteraciones de personalidad muy graves o el sujeto padezca fuertes síntomas de abstinencia

y sea empujado por ellos a procurarse drogas mediante la comisión de un delito, así como la comisión de un delito en estado de embriaguez actual bajo determinadas circunstancias.

Los trastornos antes referidos son una muestra de los principales estados psíquicos que han sido reconocidos en el ámbito de la imputabilidad disminuida. A continuación se sistematizan los principales trastornos mentales con incidencia en la disminución de la capacidad de culpabilidad a los cuales se ha arribado como resultado de la investigación. Con ello se pretende la obtención de ideas básicas y precisas sobre cada uno de ellos de forma tal que le sean útiles al Derecho.

6. 4. Trastornos orgánicos no psicóticos

Es de especial interés para la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida los trastornos orgánicos no psicóticos. Los mismos resultan consecutivos a una lesión orgánica del cerebro, según planteamientos de Pérez González (2013). Manifiesta además, que constituyen cambios cuantitativos en la personalidad, que se presentan por la acción de factores causales pero que bien sea porque su repercusión no fue lo suficientemente intensa, o recibieron tratamiento acertado y rápido, su acción duró poco tiempo, o el sujeto que los sufrió tuvo una especial tolerancia a los mismos, o debido a combinaciones de esas razones no se produjo una total desorganización o deterioro de personalidad.

A su vez los referidos trastornos pueden ser crónicos o agudos. Los crónicos son defectos permanentes o cambios cuantitativos de la personalidad que quedan como resultado de una afectación del cerebro, su magnitud no borra las funciones psicológicas, ni transforma totalmente la personalidad. Los agudos constituyen trastornos de la afectividad, el pensamiento, la conducta y otras funciones que se manifiestan en transitorios cambios de la personalidad habitual del sujeto, pero sin llegar a su total desorganización. No obstante, dependen tanto del efecto del agente que provoca el desequilibrio orgánico, no tan severo, como de la personalidad subyacente.

La forma más sencilla y común de los trastornos agudos son los cambios que acompañan a la administración de sustancias con efectos neuropsíquico, cuyo efecto puede durar horas o días si se mantiene el consumo. También pueden ser consecuencia de enfermedades benignas o malignas, que provocan cierto estado de agotamiento extremo, lo cual determina que el sujeto durante un período un poco más extenso de días o semanas, experimente astenia, dificultades en la concentración, la memoria y un déficit

en la actividad intelectual. Se considera que los pacientes que presentan trastornos del tipo no psicótico, ya sean crónicos o agudos, presentan una disminución habitual de sus facultades. Dicho deterioro de acuerdo a Pérez González (2013), puede llegar a ser sustancial y determinar la capacidad de culpabilidad disminuida.

6. 5. Los trastornos funcionales

Entre los trastornos funcionales se destacan los trastornos de la personalidad. Al respecto Pérez González (2013), expresa que una personalidad mal formada se manifiesta en constantes desajustes en las relaciones con las otras personas o grupos de ellas; en inadaptación que, más que condicionada por exigencias externas, se produce por las propias limitaciones que tiene la persona para proporcionarse respuestas armónicas con su contexto social, incluso no ya a las externas sino a las propias. En personalidades anómalas pueden concretarse rasgos de carácter conflictivos, especialmente acentuados, que en el análisis dramático de cada caso se evaluarían como las causantes inmediatas de los problemas del sujeto Este sin llegar a perder el sentido de la realidad ni ser inhábil para la captación crítica de sí y de sus obligaciones, sufre por los requerimientos del medio y por la insatisfacción de los propios, hace sufrir a quienes lo rodean, o crea problemas en ellos, o ambos.

El citado autor considera que se está ante un trastorno de personalidad cuando habituales y acentuados rasgos del carácter, de la comúnmente llamada forma de ser o forma de relacionarse de la persona, provoquen consuetudinariamente las ineficiencias y desajustes antes descritos. En esos casos el sujeto no llega a niveles de desorganización psicóticos.

Los trastornos de personalidad no son dependientes de disturbios orgánicos, sino de la dinámica funcional bio-psicosocial integradora de la personalidad. Según Pérez González (2013), cuando los problemas caracteriales dependen de un trastorno orgánico, este será incluido en los trastornos orgánicos no psicóticos, como cambio cognitivo o como trastorno de personalidad de base orgánica. Agrega que en ocasiones a los trastornos se suman elementos orgánicos que no son su causa, pero en cierta medida lo agravan o combinan determinados elementos que se le suman como contribuyentes; en ese caso es empleada la expresión de trastornos de personalidad con elementos orgánicos.

La expresión psicopatía y sus derivados como psicopático, personalidad psicopática y similares, son técnicamente sinónimos de trastorno de

personalidad, a veces en el sentido del tipo específico sociopático o anti-social. Los mismos constituyen un subgrupo psicopático o caracteropático dentro del nivel neurótico de funcionamiento.

Entre los tipos de trastornos de la personalidad se encuentran el paranoide, el histérico, el obsesivo, el ciclotímico, el dependiente, el explosivo, el antisocial también conocido como disocial o sociopático. Ellos pueden ser causa de capacidad de culpabilidad disminuida siempre que sean muy acentuados y favorezcan e influyan en la comisión del acto delictivo de que se trate. El primer requisito referente a la acentuación puede deberse tanto a que se trate de un trastorno habitualmente grave, como que sea un trastorno coyunturalmente acentuado, descompensado, debido al contexto en que se produce el delito.

Pérez González (2013), es del criterio de no considerar de oficio una capacidad de culpabilidad disminuida en los trastornos graves de personalidad por su simple existencia, si este no guarda alguna relación circunstancial con el delito. De acuerdo a Fonseca Morales (2007), debe ser apreciada la existencia incompleta cuando existe un grave trastorno de la personalidad que provoque en el sujeto una seria alteración de sus facultades intelectuales y volitivas por afectar la anormalidad en grado importante al núcleo de la personalidad. Es además necesario que la misma actúe en adecuada relación con el delito cometido.

Se considera necesario hacer referencia a las personalidades o estados limítrofes, los cuales, según Pérez González (2013), son cuadros que inicialmente aparecieron incluidos dentro de los trastornos de personalidad como una variante peculiar y especialmente grave de los mismos. La tendencia actual los clasifica de manera independiente y en un grupo junto a los estados esquizofrénicos, aunque no constituyen un tipo de esquizofrenia. Constituyen los denominados estados limítrofes, ubicados entre ambos tipos de trastornos.

Uno de los tipos de trastornos en los cuales se manifiesta es el esquizotímico que se presenta como un cuadro bizarro manifiesto desde tempranas etapas de la vida, evidente desde la adolescencia o pre-adolescencia, pues no es una enfermedad que afecte o deteriore la personalidad, sino una forma especialmente anómala de personalidad. Quienes lo padecen suelen ser personas extremadamente excéntricas y con anomalías del pensamiento y la afectividad. En cuanto a la capacidad de culpabilidad, plantea Pérez González (2013), que en su estado habitual es, cuando menos, notablemente disminuida, por lo que puede determinar la disminución de la imputabilidad en cualquier caso en que este trastorno se diagnostique.

También se debe hacer mención al trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad cuya fundamental predisposición los lleva a conducirse de modo impulsivo, con pobre valoración de las consecuencias y, generalmente, con un estado de ánimo inestable y caprichoso. Presentan arrebatos iracundos con violencia y explosividad. Las personas que presentan este trastorno tienen una imagen distorsionada de sí y de sus intereses, preferencias y objetivos, incluso los sexuales, lo que implica que de pronto se vean inmersos en relaciones muy intensas, pero que ya no desean o no los motivan, desencadenándose entonces crisis emocionales repetitivas marcadas por sucesiones de autoagresiones o heteroagresiones. Su importante afectación del control de impulsos determina siempre, de acuerdo a Pérez González (2013), la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida.

Los trastornos funcionales también comprenden a los trastornos neuróticos, clásicamente llamados neurosis, los cuales son un tipo específico de enfermedades. Es importante aclarar que los estados neuróticos no incluyen a todos los trastornos ubicables en el llamado nivel neurótico de funcionamiento, o viceversa, no siempre estas neurosis se ubican necesariamente en dicho nivel. Son trastornos crónicos funcionales, caracterizados, como regla, por la presencia de cambios cuantitativos que son dependientes fundamentalmente de ansiedad intensa o mecanismos de defensa contra ella. Consecuentemente, en la neurosis no suele haber una pérdida de la posibilidad objetiva de captación de la realidad y de sí mismo, aunque el sujeto suele experimentar síntomas de tipo afectivo en forma persistente con períodos de mayor o menor intensificación.

Lo más frecuente en la neurosis, de acuerdo a Fonseca Morales (2007), es que de acuerdo a su naturaleza o intensidad incidan y modifiquen de forma notable la capacidad de culpabilidad, lo cual determina la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida. Lo anterior solo se aprecia cuando se trata de trastornos neuróticos muy graves y unidos a otra patología, alcohol o drogas, además de que la misma juegue un papel vinculante al delito. Fuera de casos mencionados dichos trastornos o no tienen repercusión penal o tienen solo cierta incidencia, por leve merma de las facultades intelectuales y volitivas del sujeto pudiéndose aplicar la atenuante del artículo 52 inciso f del Código penal cubano.

Hay que hacer referencia también a las reacciones de estrés grave y a los trastornos de adaptación, los cuales constituyen, según Pérez González (2013), trastornos mentales determinados directamente por el impacto de un psicotrauma sobre la personalidad. Dentro este resulta de interés para la investigación el trastorno de estrés post-traumático. Uno de sus rasgos

esenciales es que se trata de una respuesta de aparición tardía, o relativamente retardada, ante una situación vital que fue traumatizante. La persona reacciona ante esta experiencia con miedo, impotencia, que revive de manera persistente el suceso, e intenta evitar que se lo recuerden.

Las principales características clínicas del mencionado trastorno, plantea Fonseca Morales (2007), son la reexperimentación dolorosa del suceso, un patrón de evitación y embotellamiento emocional, y una hiperactivación del sistema nervioso autónomo. Los síntomas referidos se acompañan de sentimiento de culpa, ansiedad, depresión, y no son raras las ideaciones suicidas. Entre los síntomas asociados destacan la agresividad, la violencia, un déficit en el control de los impulsos y trastornos relacionados con sustancias. Expresa Pérez González (2013), que como todo trastorno neurótico, el de estrés post-traumático en su mayor severidad y potencial asociación con las motivaciones directas del delito, pudieran llegar a justificar la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida.

En cuanto a los trastornos afectivos las manifestaciones fundamentales en ellos son alteraciones de la afectividad, las cuales se presentan tanto en el sentido de la tristeza o depresión, como de la manía o alegría patológica. En la depresión el síntoma cardinal es la tristeza, la cual en los casos más graves, es experimentada asiduamente o casi constantemente por el sujeto. La misma suele estar acompañada de dificultades en la concentración, en la eficiencia para la grabación de recuerdos y el uso de la memoria, de ansiedad e irritabilidad, afectación en el razonamiento y el aprendizaje, proclividad al pensamiento pesimista, trastornos del sueño, entre otras. En esa gradación depresiva se encuentran los niveles de afectación leve, moderada y grave. En las formas moderadas de depresión, a medida que de acuerdo a la medida en que se vinculen con el delito en cuestión, puede considerarse la incapacidad de culpabilidad o la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida.

En la manía el signo cardinal es la alegría exagerada o hipertimia, la cual no está vinculada con una causa externa que la justifique según planteamientos de Pérez González (2013), el maniaco pierde el trato formal, fácilmente tutea y bromea con cualquier persona, también el sentido erótico y emplea un lenguaje soez. La persona que presenta este trastorno es proclive a sobrevalorarse, por lo que manifiesta ideas delirantes de grandeza, fantasiosas, eróticas y delirantes. En ella también se presentan niveles de los cuales el leve, denominado hipomanía representa cierto grado de hipertimia, extroversión, exaltación e incremento en la actividad, durante la cual está sociable y vierte ideas, organiza reuniones y fiestas, pero no llega a provocar rechazo social ni

abandona sus actividades y obligaciones habituales. La hipomanía vinculada causal y temporalmente con el delito, de acuerdo a los planteamientos del mencionado autor es causal de capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida.

Con la aplicación de entrevistas a 10 profesionales del Derecho, de ellos 2 fiscales, 4 abogados, 2 jueces y 2 profesores, se demuestra que existe entre ellos coincidencia en relación a las causas que producen disminución sustancial de la capacidad de culpabilidad. El indicador tomado en cuenta para la selección de los mismos, es la experiencia profesional en materia penal por un periodo mayor de 5 años.

En relación a la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida 10 profesionales que representan el 100 % manifiestan que las causas que la producen son la enajenación mental, el trastorno mental transitorio y el desarrollo mental retardado. Lo anterior evidencia que todos se limitan a lo que establece el Código Penal.

Las causas arribadas a través de la investigación que inciden en la disminución de la capacidad de culpabilidad se pueden dividir en dos grupos. El primero corresponde a los trastornos orgánicos no psicóticos. Dentro de la referida clasificación se destacan los crónicos como la epilepsia cuando se manifiesta no psicótica, y el retraso mental moderado. También se evidencia en los agudos como la embriaguez simple y el estado de abstinencia moderado y ligero.

El segundo grupo se relaciona con los funcionales dentro de los cuales se encuentran los trastornos de personalidad, los neuróticos, el estrés post-traumático, y en los afectivos se aprecia la depresión moderada y la manía moderada. En esta última clasificación a diferencia de la anterior, no se puede considerar de oficio la existencia de capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida, sino que hay que comprobar la intensidad del trastorno y que el mismo tenga relación directa con el hecho.

6. 6. Requisitos para apreciar la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida

Una vez analizados los trastornos que pueden incidir en la disminución considerable de la capacidad de culpabilidad del sujeto activo de un delito, se lleva a cabo la determinación de los requisitos que deben reunir para que el juez aprecie la concurrencia de la eximente incompleta. Los mismos son:

1. Biológico: se fundamenta en la existencia de un trastorno mental en el sujeto activo del delito. El Código cubano es expreso al establecer que

para apreciar la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida se requiere la presencia de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado.

2. Cronológico: se evidencia en que el trastorno mental debe ser simultáneo al hecho. Con ello se entiende que la capacidad de culpabilidad disminuida no se aprecia por la simple existencia de un trastorno mental en el sujeto activo del delito, sino que debe comprobarse que el trastorno tenga lugar al mismo tiempo que la acción antijurídica. Se trata de un dato temporal imprescindible para la aplicación de la eximente incompleta.
3. Psicológico: la existencia de un trastorno mental que sea simultáneo al acto delictivo es un requisito esencial que debe concurrir en todo caso, pero no resulta suficiente para declarar la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida al sujeto que la padezca. Para ello es imprescindible que el mismo, por causa de dicho padecimiento, genere un efecto psicológico en el individuo. El efecto consiste de acuerdo al artículo 20.2 del Código penal cubano, en la disminución de la capacidad para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a dicha comprensión. La primera de las aludidas capacidades se identifica como el elemento intelectual de la imputabilidad y la segunda con el elemento volitivo. Basta con uno de ellos se encuentre afectado para que se aprecie la capacidad de culpabilidad disminuida.
4. Nivel de funcionamiento: es característico que la persona que presente disminuida la capacidad de culpabilidad funcione en el nivel neurótico. Lo manifestado quiere decir que el sujeto no pierde el contacto con la realidad ni consigo mismo y es competente para relacionarse socialmente y actuar según las normas de la sociedad. Por tanto, es capaz de percatarse de que está enfermo y de las limitaciones que ello puede provocarle.
5. Relación causal: resulta necesaria una relación de sentido entre el trastorno mental que produce la disminución en el sujeto de sus facultades intelectivas y volitivas y el hecho por él cometido. Se traduce en la existencia de una relación causal, o sea, hay que analizar la forma en que los síndromes diagnosticados afectan la personalidad del agente y hasta qué punto el acto realizado es tributario del estado mental de la persona que realiza la conducta antijurídica.
6. Involuntariedad: este requisito se manifiesta en que el trastorno mental no sea auto-provocado intencionalmente ni previsible en su ocurrencia por el agente del delito.
7. Individualización: se manifiesta en que la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida tiene que ser comprobada en relación al sujeto específico y el tipo de delito en concreto. Ello quiere decir que para declarar que un individuo presenta disminuida su capacidad de

culpabilidad hay que acreditar, respecto a este, los requisitos aludidos con anterioridad.

La realización del análisis de los aludidos trastornos mentales es una cuestión psiquiátrica pero la investigación se ha limitado a los aspectos de interés jurídico. En cuanto a los requisitos se evidencia que están en correspondencia con las exigencias del Derecho. Ambos aspectos contribuyen a asentar las premisas para la correcta interpretación de la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida de forma tal que el juez basado en ellas pueda hacer una valoración justa y no juzgue a una persona cuya capacidad se encuentre disminuida como si fuera plenamente capaz.

Capítulo VII. El cumplimiento de un deber, el ejercicio de derecho, profesión, cargo u oficio y la obediencia debida

MSc. Ramón Enrique Machado Chaviano
Lic. Yalili Rodríguez Valladares

La actuación de una persona en acatamiento de lo ordenado o autorizado por alguna norma jurídica no puede generar responsabilidad penal. Constituiría indudable contradicción que, de una parte, el ordenamiento legal impusiera el deber de actuar de cierto modo o autorizara una determinada conducta y, de otra, que ese propio ordenamiento legal declarara ilícito tal comportamiento.

Al realizar un análisis de Códigos Penales vigentes en otros países de Latino América vemos que el nicaragüense se refiere al cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo como si se tratara de cinco categorías diferentes. Sin embargo, el ejercicio de autoridad, oficio o cargo solo pueden justificar en cuanto impongan un deber o concedan un derecho, que son las verdaderas causas de justificación.

El hondureño, trata la obediencia debida dentro de las causas de justificación por considerar que la obediencia jerárquica es una modalidad especial del cumplimiento de un deber. Hoy, sin embargo, gracias al aporte de Mayer (1915), se comprende que la obediencia es en realidad una causa de inculpabilidad. En efecto, cuando el agente ejecuta un hecho típico en cumplimiento de una orden lo hace en la creencia de que lo ordenado es legítimo. Hay entonces un error de prohibición que suprime la culpabilidad de quien obra por error; pero el hecho continúa siendo antijurídico y es responsable de él quien lo ordenó. Las legislaciones, en general, han seguido en la previsión normativa de este grupo de eximentes tres direcciones principales:

Omitirlas por considerarlas inútiles, toda vez que aluden a una cuestión sobreentendida. Aplicar el principio solo en cuanto a determinados delitos. Fijar la norma en la Parte General del Código Penal a fin de generalizar su aplicación (criterio adoptado por la legislación penal cubana).

El artículo 25.1 del Código Penal establece, en lo atinente, que “está exento de responsabilidad penal el que causa un daño al obrar en cumplimiento de un deber”. Ese daño constituye, en realidad, el resultado de la comisión de un hecho delictivo.

Se habla de cumplimiento de un deber, en la esfera del Derecho penal, cuando alguna persona está obligada a comportarse como lo hace porque una norma jurídica se lo impone en razón de sus funciones o de su actividad laboral, a pesar de que con tal comportamiento incurre en la comisión de un delito.

La eximente de cumplimiento de un deber se caracteriza porque con ella se origina una “colisión”, pero no de intereses, sino de “deberes”: de una parte el deber genérico de acatarla prohibición contenida en la figura legal y, de otra, el deber específico que impone al sujeto la obligación de actuar. Ese deber específico es de tan elevado interés que en la aludida colisión prevalece sobre el genérico, convirtiendo en lícita la actuación del sujeto.

Esta eximente –según se infiere de lo expresado– constituye una causa de justificación y por ello es que se confiere predominio a un “deber superior” sobre otro de menos valía. Esta prevalencia del interés social se explica porque quien al cumplir su deber jurídico causa daño a otro lo hace para satisfacer una legítima pretensión jurídica, para modificar positivamente una situación de alteración del orden público, para restablecer el orden jurídico perturbado por la comisión de un delito, en suma, para garantizar el orden y el bienestar social. La ilicitud de la conducta del testigo que al declarar en proceso penal relata hechos lesivos para el honor de un tercero, quedará exenta de responsabilidad penal, siempre que en sus manifestaciones no traspase los límites del deber de información que legalmente le está impuesto por los artículos 167 y 314 de la Ley de Procedimiento Penal.

La eximente de cumplimiento de un deber es, por su naturaleza de causa de justificación, de contenido objetivo; no se basa en consideraciones de índole subjetiva del agente, sino en el hecho de actuar conforme al mandato legal. La motivación personal del sujeto para nada influye en la reprobación jurídica de su conducta cuando ella se ajusta plenamente al deber que le incumbe: el policía que legalmente detiene a una persona, cumple su deber y, por lo mismo, la privación de libertad que ha causado no es antijurídica, con independencia de que el detenido sea para él un desconocido o un amigo.

Esta eximente se estructura sobre la base de los tres elementos siguientes: el deber; la conducta del sujeto y el nexo causal entre el deber y la conducta del sujeto.

El término “deber”, según lo dispuesto en el artículo 25.1 del Código Penal, no tiene otro sentido que el jurídico, aun cuando el precepto no aluda expresamente a este carácter. Por consiguiente, quedan excluidos del terreno de la eximente el cumplimiento de los deberes morales, religiosos, familiares,

sociales, etc., por cuanto responden a concepciones personales sin fuerza vinculante. Es preciso que el deber emane de una norma jurídica, de carácter general, la cual impone al individuo, expresa o implícitamente, la obligación de actuar de una manera que es formalmente delictiva (sentencias Nos. 107 de 15 de abril de 1959, 243 de 6 de mayo de 1966).

Si entraran en colisión deberes jurídicos y otros deberes no jurídicos de índole moral, religiosa han de predominar siempre los deberes jurídicos.

El concepto deber jurídico no se limita a las obligaciones emanadas de una ley en su sentido formal, sino que comprende también las obligaciones instituidas por otras disposiciones de menor jerarquía normativa, a las cuales habrá que acudir, en cada caso, para concretar la cuestión relativa a si el sujeto obró o no dentro de los límites de sus deberes. Ejemplo de ello funciones establecidas para el cargo que desempeña, o deberes funcionales en el caso de tratarse de un militar.

No obstante, la disposición jurídica que se acata debe ser de naturaleza general. En esta particular característica radica la diferencia entre las eximentes de cumplimiento de un deber y de obediencia debida. Si se tratara de una disposición de índole particular, no se estaría en el caso de cumplimiento de un deber, sino en el de obediencia debida siempre que concurren los demás requisitos de esta eximente: el cumplimiento de las órdenes concretas que imparte el superior a su subordinado no daría lugar a la eximente de cumplimiento de un deber, por cuanto el acto singular constituiría una orden y el subordinado no podría alegar un deber genérico de ejecutar la norma jurídica, sino un deber específico de obedecer la orden.

Lo expresado no significa que la orden impartida por el superior al subordinado no tenga su base normativa en una disposición jurídica de carácter general; lo que ocurre es que en los casos de la eximente de obediencia, el deber de actuar, de ordinario, no llega al subordinado de modo directo de la ley, sino a través de otra persona distinta, que es quien imparte la orden.

La obligación de actuar debe tener una base jurídica real, cierta, porque si el deber es erróneamente supuesto o imaginado por el sujeto que actúa, la eximente aplicable no es la de haber obrado en cumplimiento de un deber, por cuanto este no existe, sino la de error, siempre que concurren los requisitos que se establecen en el artículo 23 del Código Penal. En este tema queda comprendido lo que se ha denominado ayuda necesaria, o sea, los casos en que una persona un tercero contribuye al cumplimiento de una determinada función pública, sin tener expresa obligación para ello. En mi opinión, en estos casos, la eximente debe amparar por dos razones: primera, porque el

sujeto actuante persigue un fin lícito; y segunda, porque el artículo 25.1 del Código Penal no se refiere a su deber lo cual implicaría una atribución específica conferida a la persona investida del deber, con exclusión de cualquier otra, sino a un deber.

La conducta del sujeto, en la eximente de cumplimiento de un deber, consiste en la realización de un acto que, en sus características formales, coincide con el supuesto de hecho definido en alguna figura delictiva. Para que dicha eximente sea aplicable se requiere que la conducta del sujeto resulte necesaria y proporcional.

La cuestión se torna complicada cuando se trata de precisar con exactitud ese límite de lo estrictamente necesario y proporcional. Si bien una determinación casuística ha sido el método más o menos empleado por la práctica judicial, creo que, no obstante, serían posibles ciertas precisiones, capaces de propiciar alguna utilidad a los fines de alcanzar un deseable nivel de interpretación. Según la práctica judicial (sentencias Nos. 86 de 9 de marzo de 1960, 133 de 2 de mayo de 1966, 292 de 30 de mayo de 1967, 111 de 1º de marzo de 1968, 204 de 18 de abril de 1968, 108 de 17 de enero de 1979): el requisito de la necesidad y la proporcionalidad significa que la eximente solo se integra cuando: el sujeto, para el cumplimiento satisfactorio del deber, no tenga a su disposición otro medio menos dañoso o pacífico, que no sea el de la perpetración del delito, capaz de cumplirlo apropiadamente, o esos otros medios pacíficos o menos dañosos se hayan agotado o no estén al alcance del sujeto.

El sujeto se vea precisado a emplear la violencia que representa el acto delictivo, como único medio de hacer valer el deber o respetar la ley que se vulneraba.

El medio empleado sea racionalmente indispensable para conseguir la finalidad perseguida. En los casos en que alguna disposición jurídica prevé la solución de un conflicto que implique la posibilidad de causar daño a otro, puede señalar o no el procedimiento que debe seguirse para alcanzar el resultado pretendido. En estos casos se aplicarán las reglas siguientes:

1. Cuando estuviese instituido el correspondiente procedimiento, quien cumple el mandato debe adecuar su conducta al procedimiento jurídicamente establecido si quiere ampararse en la eximente de cumplimiento de un deber. Si el sujeto excediera los límites que en dicho procedimiento se instituyen incurrirá en responsabilidad penal. Ejemplo de ello el agente de la PNR que procede a la detención de un ciudadano que se encuentra alterando el orden público, la emprende a golpes contra esta persona

con la tonfa de reglamento, para luego colocarle las esposas y conducirlo a la Estación de la PNR.

2. Cuando no estuviere instituido jurídicamente el correspondiente procedimiento, la acción quedará justificada en la medida en que el sujeto cumpla el mandato en la forma que mejor se ajuste a la finalidad pretendida, causando el menor daño posible y tomando en consideración las circunstancias personales de los intervinientes así como las que rodean el hecho en el momento de producirse.

La conducta realizada por el sujeto debe constituir la consecuencia de una causa determinante e inmediata: el cumplimiento estricto de un deber. En los casos comprendidos en la eximente, la justificación se produce no solo respecto del acto impuesto por la ley o sea, el ejecutado para cumplir el deber, sino también en cuanto a todos los actos que la ejecución de aquel presupone. Con tal exigencia quedan excluidos del ámbito de esta eximente dos órdenes de casos: primero, aquellos en los que móviles extraños ajenos al cumplimiento del deber impulsan al sujeto; y segundo, aquellos en los que circunstancias accidentales ajenas al deber justifican la necesidad racional de emplear medios adecuados para contrarrestar cualquier acto ilegítimo, tendente a impedir el cumplimiento del deber.

El antes mencionado artículo 25.1 del Código Penal establece además, que *“está exento de responsabilidad penal el que causa un daño al obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, profesión, cargo u oficio”*.

Esta eximente, en general, se caracteriza no solo porque atribuye facultades, sino que también impone deberes: el abogado, la enfermera o el funcionario tienen derecho a emplear unos u otros medios de defensa, de curación o de administración, pero también tienen el deber de defender el asunto que se les confía, de cuidar al enfermo o de proteger el interés estatal que se les atribuye.

Esta eximente demanda la concurrencia, común a todas las modalidades que comprende, no solo que al obrar se ejerza un derecho, profesión, cargo u oficio, sino que, además, ese ejercicio sea legítimo. Con el empleo de este vocablo se hace alusión a tres conceptos que condicionan, en su conjunto, la eximente.

Primero: Por legítimo se entiende que el derecho, la profesión, el cargo o el oficio tienen que ser ejercidos por la vía que la ley autoriza, o sea, que el mencionado ejercicio tiene que discurrir por los cauces legales y que los medios utilizados tienen que ser jurídicamente idóneos, conforme a las normas

y condiciones que delimitan su ejercicio (sentencia No. 32 de 13 de febrero de 1956).

Segundo: Por legítimo se entiende que el ejercicio del derecho, la profesión, el cargo o el oficio ha de estar amparado en un título que lo legitima (sentencia No. 137 de 17 de mayo de 1938).

Tercero: Por legítimo se entiende que la legislación penal lleva a cabo un reenvío a otros órdenes normativos civil, administrativo, de familia, etc, los cuales deberán ser examinados, de modo necesario y en cada caso, para que pueda afirmarse su existencia en el supuesto penal.

No obstante, en la interpretación de estas tres modalidades del concepto legítimo debe tenerse en cuenta que fuentes distintas de la ley, aun cuando subordinadas y sometidas a ella, pueden crear derechos o regular profesiones, cargos u oficios con eficacia justificante. Mediante la remisión normativa contenida en el artículo 25.1 del Código Penal se amplía el ámbito de la justificación a la operatividad de otras fuentes que, siquiera sea de manera mediata, pueden determinar casos en los cuales la realización de hechos típicos se halla justificada, En este sentido, el término legítimo no significa legal, sino jurídico.

Aun cuando la exención de la responsabilidad penal por obrar en el ejercicio de un derecho, profesión, cargo u oficio se halla configurada, en el artículo 25.1 del Código Penal, como si constituyera una causa eximente única, no obstante, merece un tratamiento más preciso, independizando las modalidades de obrar en el ejercicio de un derecho; obrar en el ejercicio de una profesión u oficio y obrar en el ejercicio de un cargo.

El ejercicio legítimo de un derecho. Se ha dicho que calificar de legítimo el ejercicio de un derecho constituye una redundancia, por cuanto el ejercicio de cualquier derecho ha de ser legítimo. Sin embargo, la ley habla de ejercicio de un derecho refiriéndose a la realización de su contenido y, en este sentido, es evidente que junto a una realización legítima puede existir una realización ilegítima o arbitraria.

Obra en ejercicio legítimo de un derecho la persona que materializa determinado comportamiento porque una disposición legal le autoriza actuar en esa forma. Este concepto significa de una parte, que el titular de un tal derecho puede ser un particular o un funcionario, por cuanto su ejercicio no depende de la calidad personal de quien realiza la conducta permitida, sino del hecho mismo de que la ley la autoriza, y de otra, que el comportamiento puede estar autorizado por cualquier norma jurídica, sin limitación de rama.

El derecho que, conforme a esta eximente, se autoriza ejercer sin incurrir en responsabilidad penal debe constituir un derecho subjetivo, o sea, una facultad emanada de un derecho objetivo, consentida por la norma jurídica y, por consiguiente, capaz de originar la justificación de la conducta siempre que al actuar el sujeto se haya limitado a ejercer la facultad que dimana de esa fuente (la norma jurídica objetiva), sin traspasar sus límites.

Lo esencial de esta eximente es la existencia real de tal derecho subjetivo. De esta noción principal se infieren dos conclusiones: primera, la eximente concurre aun cuando se trate de un derecho discutido, siempre que realmente exista; y segunda, la eximente no concurre cuando el sujeto, equivocadamente, cree, supone o se imagina que el derecho existe, aunque la exención sería susceptible, en su caso, de ser dilucidada en el terreno del error (artículo 23 del Código Penal).

El fundamento de la eximente de ejercicio de un derecho es, como en todas las causas de justificación, la protección del interés preponderante como solución a un conflicto de intereses. Si se tiene en cuenta que el sujeto actúa según la norma que le autoriza a obrar de ese modo, o sea, según una particular disposición legal, no se podría imputar como ilícita esa propia conducta, sin incurrir en una ilógica contradicción, aunque haya transgredido normas que representan un genuino interés social como lo es el delito.

Ese conflicto de intereses se entabla entre el interés derivado de la norma jurídica que faculta el ejercicio de un derecho y el interés derivado de la norma jurídica que define el delito cometido por el propio sujeto. El mencionado conflicto debe resolverse según el principio del interés preponderante, a favor del interés representado por la norma legal que autoriza el ejercicio del derecho, por cuanto procura satisfacer exigencias de contenido social.

La ley reclama que para justificar el acto previsto en la correspondiente figura de delito, el ejercicio del derecho se realice de manera legítima, o sea, que el titular del derecho no se exceda de los límites establecidos por la norma jurídica de la que el derecho emana. Si bien la eximente de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, que en su origen pudo haber sido una concesión al absolutismo de los romanos (el *iusutendi et abusendi*) no puede tener hoy tal alcance. Para argumentar lo expresado bastaría con señalar, por ejemplo, que el Código Penal sanciona al que, en lugar de recurrir a la autoridad competente para ejercer un derecho que le corresponde o que razonablemente cree corresponderle, lo ejerza por sí mismo, en contra de la voluntad expresa o presunta del obligado (artículo 159.1), figura de delito a la que jamás podría alcanzar la eximente, limitada al ejercicio legítimo de un derecho.

El ejercicio autorizado por el artículo 25.1 del Código Penal tiene como límite insuperable el abuso del derecho. Hay abuso en el ejercicio del derecho en los casos siguientes: cuando se trata de los actos realizados por el sujeto traspasando los límites de su derecho, tanto respecto al objeto de este, como respecto a la forma de ese ejercicio. Cuando se trata de los actos realizados por el sujeto que carezcan de utilidad propia, los realizados con la finalidad exclusiva de perjudicar a otro y los realizados por motivos éticamente reprochables como, por ejemplo, la venganza.

Se abusa del derecho siempre que su titular lo ejerza sin tener en cuenta el fin que con él debe pretenderse y el indispensable equilibrio de intereses individuales y colectivos que la vida social presenta y exige. La conciencia social reprueba el uso arbitrario del derecho, su ejercicio contra el destino económico-social del propio derecho subjetivo.

Por supuesto, el ejercicio de un derecho no tiene siempre igual extensión; el ámbito de su aplicación y la fijación de sus límites en cada caso concreto, se halla determinado por la propia naturaleza del derecho de que emana y por la relación valorativa que el tribunal debe establecer entre el interés ajeno que se lesiona al ejercitarlo y el interés preponderante que tiene la sociedad en que algunos derechos se ejerzan aun cuando lesionen o pongan en peligro intereses, ajenos. La justificación por el obrar en el ejercicio de un derecho ampara no solo al acto formalmente punible ejecutado para ejercer el derecho, sino también todos los actos que la ejecución de aquel presupone.

El Código Penal (artículo 25.1) instituye también, como eximente de la responsabilidad penal la de obrar en el ejercicio legítimo de una profesión u oficio.

En ocasiones los vocablos profesión y oficio han sido asociados dentro de la denominación común de derecho profesional, aunque tal vez esta designación resulte aún demasiado estrecha para el complejo contenido de derechos y obligaciones que se le otorgan e imponen a la persona que ejerce una profesión, practica un oficio o desempeña un cargo. Lo cierto es, sin embargo, que esta propia denominación de derecho profesional está indicando la real aproximación conceptual que existe entre los mencionados vocablos, lo cual contribuye también a complicar la labor definitoria. No obstante pudieran proporcionarse algunas ideas en torno a dichas nociones, con la única finalidad de procurar cierta distinción.

En tal sentido, por profesión se entenderá aquella dedicación laboral que requiere, para su ejercicio, de título o certificado expedido por centro de enseñanza superior o universitaria. El Estado, por intermedio de entidades

especializadas (universidades, escuelas e institutos superiores, etc.) otorga al individuo que ha cumplido los requisitos académicos correspondientes, título que lo autoriza para el ejercicio de una determinada actividad profesional. El título mencionado lleva implícita la facultad de ejecutar aquellos actos necesarios para la consecución de los fines propios de la respectiva profesión, aun en el caso que la realización de tales fines implique la amenaza o lesión de bienes jurídicamente protegidos.

Por oficio se entenderá toda ocupación laboral que exija determinados conocimientos técnicos, no universitarios, fundamentalmente de naturaleza práctica, pero cuyo ejercicio pueda estar amparado o no por título expedido por centro de enseñanza tecnológica.

El haber obrado en el ejercicio de una profesión u oficio constituye una causa de justificación cuando los actos realizados, con formal adecuación a una figura de delito, se ejecutan en la estricta esfera de derechos y deberes que la profesión o el oficio facultan o imponen (sentencia No. 86 de 9 de marzo de 1960). De otro modo, equivaldría a conceder impunidad a los profesionales o a los que ejercen un oficio por toda acción que perpetren, lo cual es inaceptable frente al texto del Código Penal que se refiere al ejercicio legítimo de su profesión u oficio.

En ocasiones se ha negado la utilidad de la previsión legal de esta eximente, aduciéndose que con haber aludido el Código Penal al ejercicio de un derecho hubiera sido suficiente, por cuanto quien obra en ejercicio de una profesión u oficio, si está exento de responsabilidad penal, es a consecuencia de que ejerce un derecho reconocido en atención a su profesión o a su oficio. Tal criterio, a mi juicio, resulta demasiado limitativo para el complejo contenido de derechos y obligaciones que se le otorgan o imponen a la persona que ejerce una profesión o un oficio.

Notables diferencias existen entre el obrar en ejercicio de un derecho y el obrar en ejercicio de una profesión u oficio, diferencias que justifican la previsión normativa de ambas modalidades. La eximente de ejercicio legítimo de una profesión u oficio exige, para su apreciación, la concurrencia de los requisitos siguientes:

- El sujeto debe ejercer alguna profesión u oficio lícitos. El oficio o la profesión son lícitos cuando están legalmente reconocidos o cuando, pudiéndose ejercer sin permiso legal, tienen finalidad socialmente útil.
- El sujeto debe tener idoneidad para actuar en la esfera de la respectiva profesión u oficio.

- Se entiende por idoneidad, en este caso, la capacidad del sujeto para aplicar adecuada y eficientemente los conocimientos propios de su profesión u oficio a una concreta situación.
- El sujeto debe cumplir estrictamente las normas de conducta legalmente establecidas para el ejercicio de la profesión o del oficio. Con arreglo a este requisito, el sujeto no solo debe ostentar el título o licencia que demuestra su idoneidad, sino adecuar estrictamente su conducta profesional a la respectiva reglamentación. El sujeto, con su acción, debe perseguir la finalidad propia de su oficio o profesión (el médico ha de actuar en el caso concreto para curar, el abogado para que se haga justicia).

Deja de ejercerse legítimamente una profesión o un oficio cuando se exceden los límites de la ley y se comete un hecho delictivo en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas. A este respecto, han de tenerse en cuenta la naturaleza de las funciones que se ejerzan y los fines a los que propenden la profesión o el oficio, para estimar autorizado el empleo de un medio dañoso sin que en todo caso sean permitidos a su amparo extralimitaciones o abusos.

Esto significa que el ejercicio legítimo de una profesión u oficio no excusa del cumplimiento de los elementales deberes que la prudencia y la diligencia imponen para evitar consecuencias socialmente peligrosas, y no puede servir de fundamento para eximir de responsabilidad penal cuando esta se deriva de un acto imprudente que ha ocasionado un resultado delictivo.

El artículo 25.1 del Código Penal también instituye como eximente de la responsabilidad penal, la de haber obrado el sujeto en el ejercicio legítimo de un cargo. No constituye una tarea sencilla la de elaborar un concepto de cargo que defina con exactitud sus diferencias con los otros conceptos el de profesión y, en particular, el de oficio, así como que no reduzca su contenido al de tener asignadas determinadas funciones de dirección, porque asimilaría el concepto genérico de cargo al específico de cargo de dirección o sea, al de autoridad y excluiría, sin razón, a los empleados. Con vista a lo expresado podría llegarse a la conclusión de que lo más aceptable es patrocinar un concepto alcanzable por la vía, poco deseable, de la eliminación. Por cargo se entendería entonces el ejercicio de aquellas plazas con funciones administrativas que pueden requerir o no de titulación profesional, pero que implican predominante actividad de índole administrativa.

La primera cuestión que debe dilucidarse es la relativa a la extensión del contenido de dicho artículo 25.1 del Código Penal, en lo que concierne al tipo de cargo a que se refiere la ley penal. Se ha dicho que el concepto jurídico-penal de cargo es el que los refiere únicamente a los que son de índole

estatal. Sin embargo, a mi juicio existen suficientes razones para pensar que tal interpretación es demasiado restrictiva en relación con la aplicación de la eximente.

En el artículo 25.1 del Código Penal no se distingue respecto a la clase de cargo que debe ostentarse, ni se le califica, como se hace en otras ocasiones: por ejemplo, se alude al funcionario del Estado o del Gobierno (en el artículo 101.1 del Código Penal); al funcionario judicial o administrativo (en el artículo 134); al funcionario público (en los artículos 133, 136, 137, 141.1, etc.). De la comparación de estos casos, en mi opinión, se infiere que al no señalarse en el artículo 25.1 del Código Penal la clase de cargo a que se refiere, deba entenderse que cualquier tipo de cargo, sea estatal o no estatal, se halla comprendido en el indicado artículo.

Además, si al aludirse al ejercicio de las profesiones no se hacen distinciones, quedando comprendidos dentro del ámbito del artículo 25.1 del Código Penal tanto el jurista que desempeña sus funciones profesionales en un organismo administrativo del Estado como el abogado que labora en alguno de los Bufetes Colectivos, implicaría una interpretación restrictiva del precepto el limitar el ámbito de la eximente a quienes exclusivamente ocupan cargos estatales.

Para que el hecho delictivo cometido en el ejercicio de un cargo quede amparado en esta eximente se requiere la concurrencia de los requisitos siguientes:

1. El sujeto debe tener competencia para llevar a cabo el hecho (este debe hallarse dentro de la esfera de atribuciones del sujeto).
2. El sujeto debe cumplir, en la ejecución del hecho, las formalidades establecidas por la ley.

Particular atención merece el problema de las facultades discrecionales, tema que en lo concerniente a la eximente de obrar en el ejercicio de un cargo, suscita serias dificultades para concretar la legitimidad del ejercicio de ellas, por cuanto a diferencia de las facultades regladas, en las discrecionales el funcionario disfruta de una libertad de actuación tan solo limitada por la idea del abuso o desviación del deber.

Cuando un funcionario ejecuta un hecho que sería delictivo si no estuviera justificado por el ejercicio legítimo del cargo, y ese deber no viene establecido por una norma concreta, sino que se deriva del fiel cumplimiento de esa misión, será preciso determinar con la máxima precisión si al obrar el funcionario usó legítimamente de las facultades inherentes a sus funciones o si, por

el contrario, existió abuso o desviación de poder, caso en el cual, no podrá ser justificada su conducta, porque lejos de ejercer legítimamente el cargo, habrá faltado a sus deberes funcionales.

La solución de este problema no es sencilla. Personalmente comparto la opinión de quienes consideran que la fórmula preferida es la siguiente: si la acción, para ser considerada oficial, requiere, por parte de quien desempeña el cargo, un previo examen conforme a deber, solo podrá estimarse como ejercicio legítimo del cargo, si concurre tal examen y la decisión se formula dentro de dichos límites de arbitrio. Lo que interesa al respecto no es si ex ante el funcionario realizó un examen adecuado al deber, apareciendo la medida adoptada, como la correcta. Naturalmente, para que la conducta resulte justificada, no basta con que al funcionario actuante le parezca correcta; la apariencia de corrección no ha de medirse con el criterio individual del funcionario que actúa, sino con un criterio social y genérico.

La diferencia entre la exigente de obrar en el cumplimiento de un deber y la relativa a obrar en el ejercicio legítimo de un cargo radica en que en aquella (el cumplimiento de un deber) las obligaciones se imponen al individuo en atención a circunstancias particulares y en el obrar en el ejercicio de un cargo las facultades y obligaciones son inherentes al cargo de que se trate.

El artículo 25.1 del Código Penal dispone, en lo atinente, que “está exento de responsabilidad penal el que causa un daño al obrar [...] en virtud de obediencia debida”. Esta exigente se hallaba regulada en el Código Penal de 1879 (artículo 8, inciso 13), en el Código de Defensa Social (artículo 36, inciso j), y en el Código Penal de 1979 (artículo 25.1). La fórmula empleada en todos es prácticamente la misma, aun cuando en el Código Penal de 1879 y en el Código de Defensa Social estaba prevista de modo independiente, separada de las exigentes de cumplimiento de un deber y de ejercicio legítimo de un derecho, profesión, cargo u oficio, mientras que en los Códigos Penales de 1979 y 1988, se halla formulada conjuntamente con las mencionadas exigentes.

El artículo 25.2 del Código Penal define la obediencia debida del modo siguiente: “Se entiende por obediencia debida la que viene impuesta por la ley al agente, siempre que el hecho realizado se encuentre entre las facultades del que lo ordena y su ejecución dentro de las obligaciones del que lo ha efectuado”. La obediencia debida no puede ser alegada por quien no está legalmente obligado a obedecer. Por ley ha de entenderse, a los efectos del señalado artículo, cualquier tipo de norma jurídica, con independencia de su jerarquía normativa.

La eximente de obediencia debida se estructura sobre la base de dos elementos principales: la existencia de una determinada relación jerárquica entre dos personas; y la existencia de una orden impartida por un superior a su subordinado.

La obediencia debida se fundamenta, en primer término en la existencia de una relación jerárquica constituida entre el superior (que es quien de acuerdo con las correspondientes normas jurídicas tiene facultad legal para imponer su voluntad a otros) y el subordinado (que es quien en razón del vínculo jerárquico está obligado a obedecer las órdenes que se le impartan por su superior). El deber de obediencia equivale, por lo tanto, a la obligación de cumplir los mandatos impartidos por un cierto sujeto. Para determinar los supuestos en que dicha obligación se constituye, es preciso acudir a todos los preceptos del ordenamiento jurídico que den lugar a un tal deber, porque en este caso se trata de un deber jurídico.

De ordinario se ha afirmado que la eximente de obediencia debida se refiere exclusivamente a la llamada obediencia jerárquico-administrativa, o sea, aquella que se establece entre la autoridad administrativa que imparte la orden y el subordinado que está obligado a obedecer, con lo cual quedaría excluido cualquier otro tipo de obediencia (la laboral, la familiar, etc.). De tal modo, se ha entendido que a los efectos de la aplicación de esta eximente debe considerarse que existe relación de dependencia jerárquica siempre que alguna persona que cumple función pública, se encuentra, con respecto a otra que también desempeña iguales funciones, en relación de subordinación (sentencias Nos. 549 de 29 de septiembre de 1966, 754 de 21 de diciembre de 1967, 110 de 17 de febrero de 1970). Tal criterio, a mi juicio, debe ser revisado. La formulación de una orden por parte de un superior con respecto a su subordinado, puede ciertamente ocurrir con más frecuencia en las relaciones desarrolladas en el ámbito de la administración estatal, pero ello no significa que en las restantes esferas de la vida social sea imposible. Cualquier relación jerárquica motivadora de un deber de obediencia puede originar la apreciación de la eximente desobediencia debida.

Dos argumentos a favor de este criterio son alegables: primero, si se tiene en cuenta la definición que de la obediencia debida se formula en el artículo 25.2 del Código Penal, se advertirá que en ella no se alude expresamente a una relación jerárquica determinada, sino que en el concepto son subsuimibles las relaciones jerárquico-administrativas (que siempre resultarán las más frecuentes), pero también otras relaciones que tienen lugar fuera del ámbito de la administración estatal; y segundo, hasta los mismos defensores del criterio restrictivo de la relación jerárquica los que lo reducen a las relaciones

desenvueltas exclusivamente en la esfera de la administración estatal tienen que aceptar que en ocasiones los particulares han de obedecer órdenes expedidas por autoridades judiciales o administrativas por ejemplo, la orden de presentarse ante la autoridad judicial, etc.

En cuanto a la relación jerárquico-administrativa, no basta que quien dé la orden sea un funcionario de superior categoría a quien la recibe, sino que resulta preciso que este se halle con respecto a aquel en situación de dependencia. En tal sentido, no está obligado a obedecer y, por lo tanto, no puede alegar esta eximente un jefe de departamento que haya recibido una orden de un director que pertenece a distinto servicio administrativo, por más que tenga superior categoría.

No obstante, aun tratándose de funcionarios de distinto servicio, cuando se dé el caso de que quien recibe la orden tenga el deber de obedecer al otro, la eximente puede ser de aplicación. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, entre las autoridades judiciales y los funcionarios de establecimientos penitenciarios. Por consiguiente, lo fundamental en esta materia es el hecho de la existencia del deber concreto de obediencia.

En general, la relación de dependencia jerárquica tiene carácter permanente, pero también puede ocurrir que se presente con carácter eventual, como cuando un particular, por obligación o voluntariamente, viene a hallarse a las órdenes de una autoridad estatal para el cumplimiento de una función o un servicio público. Por ejemplo, en el artículo 147 del Código Penal se sanciona “al particular que desobedezca las decisiones de las autoridades o los funcionarios públicos, o las órdenes de los agentes o auxiliares de aquellos dictadas en el ejercicio de sus funciones”.

El otro elemento de la estructura de la eximente de obediencia debida es la emisión de una orden por el superior jerárquico. Si no consta probado que el superior diera orden alguna al subordinado no es de apreciarse la exención por obediencia debida (sentencia No. 137 de 8 de mayo de 1959). La conducta del sujeto debe ser consecuencia de la orden y no deberse a otra causa.

Por orden ha de entenderse la manifestación de voluntad de un superior que este dirige a su subordinado para que haga u omita algo. Se trata de un mandato con pretensión de vinculación con respecto a la voluntad ajena. Una simple indicación no puede motivar la apreciación de la eximente de obediencia debida, por cuanto aquella carece de fuerza vinculante. Si se tiene en cuenta la definición que de ella se contiene en el artículo 25.2 del Código Penal, se llegará a la conclusión de que los requisitos de esa orden

deben estar relacionados con los tres aspectos siguientes: la competencia para impartir la orden; las características formales de la orden; y el deber de obedecer la orden.

La orden debe provenir de un superior jerárquico competente para emitirla, lo cual implica que ese superior jerárquico no puede, al expedir la orden, exceder los límites ordinarios o extraordinarios de sus atribuciones. La práctica judicial (sentencias Nos. 137 de 8 de mayo de 1959, 2 de 16 de enero de 1962, 71 de 2 de febrero de 1966, 548 de 29 de septiembre de 1966, 549 de 29 de septiembre de 1966, 754 de 21 de diciembre de 1967, 511 de 17 de noviembre de 1969), ha declarado, en torno a la competencia para impartir la orden que:

- La eximente de obediencia debida solo puede ser apreciada si la orden del superior ha sido dictada dentro de la esfera de sus funciones.
- No es posible apreciar la eximente de obediencia debida cuando consta que el sujeto ha obrado por propia iniciativa.
- La orden debe referirse a las relaciones regulares y las obligaciones habituales entre el que manda y el que obedece.

La obediencia al superior jerárquico tiene el carácter de un deber jurídico. Si el acto ordenado constituye una desviación de los fines sobre los cuales se asienta la relación jerárquica, deja de existir el deber de obediencia y con ello se carecería de base para apreciar esta eximente.

El problema de las características formales de la orden se ha abordado conforme a dos criterios: de una parte, en la práctica judicial se ha exigido para la apreciación de la eximente de obediencia debida que la orden haya sido dictada con observancia de todas las formalidades legales (sentencia No. 133 de 2 de mayo de 1966); y de otra parte, en el artículo 25.2 del Código Penal (en el que se define la obediencia debida) no se halla prevista la exigencia de los requisitos formales de la orden. Esto requiere, por lo tanto, de conveniente y previa decisión.

Los partidarios de exigir la concurrencia de los requisitos formales en la orden para que el subordinado que la cumpla pueda ampararse en la eximente de obediencia debida, aducen que si bien su demanda no aparece en el artículo 25.2 del Código Penal, en cambio tal exigencia se encuentra consignada en la definición del delito de desobediencia (artículo 134 del Código Penal): ***“el funcionario judicial o administrativo que no dé cumplimiento a resolución firme u orden dictada por tribunal o autoridad competente y revestida de las formalidades legales”***, y en Capítulo II de la Ley No 22 de 1977

Ley de los Delitos Militares específicamente en el delito de Insubordinación (artículo 7 de la Ley de los Delitos Militares) ***“el que se niegue a cumplir una orden del jefe relacionada con el servicio o la disciplina militar o la incumple intencionalmente”***. A este argumento se ha respondido alegándose que resulta absolutamente infundado apelar a requisitos ajenos al concepto legal de la obediencia debida como eximente, o sea, recurrir a los requisitos que se requieren para todo lo contrario, es decir, para configurar la infracción del deber de obedecer como delito y, por lo tanto, teniendo como consecuencia una sanción, lo cual constituye una situación jurídica completamente opuesta al caso de la obediencia debida como eximente.

Personalmente entiendo que una u otra posición no constituye fórmulas adecuadas a los apremios de la práctica y a los postulados de la teoría de las eximentes. En mi opinión, debe exigirse, en la emisión de la orden el cumplimiento de las formalidades legales, para apreciar la eximente de obediencia debida, pero las soluciones para los casos de infracción de esas formalidades deben fundarse en la repercusión jurídica que pueda tener el incumplimiento de la formalidad concreta. Esto significa descartar la aplicación abstracta de las consecuencias por el incumplimiento de la formalidad y sustituirla por un criterio concreto que tome como punto de partida la distinción que hace el Código Civil respecto a los actos nulos y a los actos anulables (artículos 67 al 74).

El acto jurídico nulo no puede ser convalidado y es impugnabile en todo momento por parte interesada o por el fiscal (artículo 68.1), mientras que el acto anulable surte sus efectos mientras no sea anulado a instancia de parte interesada (artículo 74) Solo en los casos en que los defectos determinen la nulidad del mandato, corresponderá desestimar la apreciación de la eximente de obediencia debida; por incumplimiento de las características formales de la orden; pero cuando los defectos formales de la orden sean de aquellos que determinen únicamente la anulabilidad del mandato podrá apreciarse dicha eximente, a pesar de adolecer de defectos formales.

La cuestión de la licitud o ilicitud del acto ordenado constituye el tema de más interés y ardua discusión en torno a la eximente de obediencia debida, por cuanto se halla relacionado con los límites del deber de obedecer la orden y con las facultades de inspección de ella, por parte del subordinado, a los efectos de comprobar esa licitud o ilicitud del mandato. Desde este punto de vista, la orden puede ser de tres tipos: de licitud manifiesta, de ilicitud clara y de ilicitud dudosa.

El problema del deber de obedecer surge, en realidad, cuando el contenido del mandato traspasa el terreno de la licitud jurídica, aun cuando la práctica judicial haya declarado, con demasiada generalización, que para la apreciación de la eximente de obediencia debida, el mandato vinculante tiene que recaer sobre actos lícitos y permitidos, por cuanto fuera de la ley no hay obediencia debida (sentencias: 137 de 8 de mayo de 1959, 133 de 2 de mayo de 1966).

Si este criterio fuera totalmente exacto, la eximente en examen, no tendría finalidad, por cuanto los hechos realizados en acatamiento de las regulaciones previstas en una disposición legal estarían comprendidos dentro de la eximente de cumplimiento de un deber y la de obediencia debida sería innecesaria. En estos casos el subordinado carece de toda facultad de inspección, en virtud de la existencia de una norma que le ordena obedecer. Es manifiesto que, con respecto al subordinado, la justificación no radica en la circunstancia de que obedezca, sino en que está obligado a obedecer porque la ley le impone una obligación específica de cumplir la norma, la disposición legal.

Por consiguiente, si la orden se basa en una disposición legal, corresponderá estimar entonces la eximente de cumplimiento de un deber, sin que se suscite la cuestión de la aplicabilidad de la eximente de obediencia debida. De lo expuesto se colige que la existencia de la exención por cumplimiento de un deber conduce a limitar el ámbito de la eximente de obediencia debida a los supuestos en los que el contenido del mandato del superior es de índole ilícita (clara o dudosa).

Descartado del ámbito de aplicación de la eximente de obediencia debida el caso en que el acto ordenado ejecutar por el superior sea manifiestamente lícito (puesto que entonces la causa de exención aplicable sería la de obrar en cumplimiento de un deber), habrá que abordar la cuestión de la facultad de inspección de la orden del superior llevada a cabo por el subordinado. A tal efecto se han propuesto tres criterios: el de la obediencia debida absoluta, el de la obediencia debida relativa y el criterio intermedio o mixto.

En la obediencia debida absoluta, se excluye de manera absoluta la posibilidad de que el subordinado examine críticamente el contenido de la orden recibida: "el subordinado debe cumplir la orden impartida por el superior jerárquico sin discusión o reservas.

Los partidarios de este criterio absoluto sostienen que cuando se trata de una subordinación de tipo jerárquico existe una presunción de mayor capacidad a favor de la autoridad superior y ello suprime la facultad del subordinado de

examinar si el superior había interpretado o aplicado con exactitud una regla jurídica.

En la obediencia debida relativa se le atribuye al subordinado el derecho a inspeccionar la orden impartida por el superior, a discutirla y a no cumplirla cuando resulte evidente que se trata de una orden ilícita y, por lo tanto, si el inferior, a pesar de comprobar la ilegalidad de la orden, la cumple, será penalmente responsable del hecho no lo ampara la eximente de obediencia debida. De la obediencia debida relativa se ha dicho, para combatirla, que la interpretación de las leyes corresponde a la autoridad superior, no a la inferior; que en muchas ocasiones la legalidad depende de condiciones concretas que el inferior puede y tal vez debe ignorar; que el poder de inspección motivaría constantes discusiones entre el superior y el inferior, lo cual es contrario al orden y a la disciplina; y que al convertirse el inferior en juez de la competencia del superior, provocaría el triunfo del desorden en el ámbito de la administración estatal.

Los reparos que se han formulado tanto a la obediencia debida absoluta como a la obediencia debida relativa, han conducido a descartar una y otra posición, predominando un criterio intermedio entre la absoluta inspección de la legalidad de la orden impartida y la absoluta obligación de acatar la orden. Ese criterio intermedio o mixto ha seguido diversas direcciones.

Según una de esas direcciones intermedias, en la obediencia debida mixta se instituye una regla general: la posibilidad de examinar la orden y si procede de un superior que la ha dictado dentro de la esfera de sus atribuciones y con todos los requisitos legales, siempre que no tenga evidente apariencia delictiva, en principio debe ser obedecida. Esa regla general tiene dos excepciones, una objetiva (no hay obligación de obedecer cuando lo que se ordena es la comisión de un delito), y otra subjetiva (aquellos casos en que la orden tiene apariencia de legalidad material por tener atribuidas el inferior facultades de apreciación de las que hace un uso indebido, y entonces el subordinado ha de obedecer sino tiene conocimiento de la ilegalidad). Una variante está constituida por la llamada obediencia debida reflexiva, en la que el subordinado debe advertir al superior jerárquico la ilegalidad de la orden impartida, pero si se reitera la orden, está en la obligación de cumplirla, liberándose de responsabilidad.

En mi opinión, la fórmula más convincente es la intermedia, aun cuando soy partidario de otra vía, dentro de ese propio sistema mixto. En la actualidad resulta un criterio generalizado el que considera que ninguno de los deberes de obediencia establecidos por el ordenamiento jurídico puede ser entendido

en un sentido absoluto, o sea, como una obligación de acatar todos los mandatos del superior, cualquiera que sea su naturaleza.

Todos y cada uno de estos deberes crean una obligación de obediencia en relación con un cierto orden de actividades, o lo que es lo mismo, únicamente imponen la necesidad de acatar determinado tipo de mandatos.

El criterio intermedio que me parece más conveniente parte de la distinción entre la ilicitud clara y la ilicitud dudosa. Según esto, hay órdenes que ninguna persona medianamente sensata, previsora y diligente, puede estimar lícita. Hay casos de ilicitud clara y existen otros cuya apariencia puede inducir al error consistente en creerla legítima cuando en realidad no lo es. Hay casos de ilicitud dudosa.

De esta distinción se ha inferido que si la ilicitud de la orden es evidente, manifiesta, clara y terminante, por no poder inducir a error, el subordinado no debe obedecer. La orden no debe ser acatada y si lo es, la eximente de obediencia debida queda excluida, porque ante tales mandatos el subordinado no debe prestar obediencia.

La práctica judicial ha reconocido que no procede la apreciación de la eximente de obediencia debida cuando la orden constituya la realización de un hecho que evidentemente, o sea, clara y manifiestamente constituya un delito (sentencia No. 71 de 2 de febrero de 1966), por cuanto esta eximente reclama entre sus requisitos que lo ordenado se halle entre las facultades del que imparte la orden y en ningún caso está, entre esas atribuciones, la de perpetrar un delito.

La cuestión más compleja radica en los casos de ilicitud dudosa, por cuanto al no ser manifiesta la ilicitud de la orden puede surgir la errónea creencia por parte del inferior de que se halla frente a un mandato legítimo y, por lo tanto, obligatorio. Esto responde al hecho de que no es fácil decidir, previamente, cuándo una orden es clara y, especialmente, cuándo es dudosa su ilicitud.

De esto se ha derivado la idea de que es en tales casos en los que está justificada la previa inspección de la orden por parte del inferior. La fórmula más fiable para decidir los casos de ilicitud dudosa es la de aplicar la teoría del error y en particular, las categorías del error vencible y del error invencible, según la mayor o menor posibilidad de que el inferior a quien se le dirige la orden, descubra la ilicitud, después de ejercer su derecho a la inspección de la orden.

Se estará frente a un error vencible cuando la orden presenta tal carácter de ilegalidad que el inferior hubiera podido, con una mayor atención, descubrir

dicha ilicitud. En este caso, si el inferior cumplió la orden no podrá ampararse en la eximente de obediencia debida.

Se estará frente a un error invencible, cuando la orden, aun siendo ilícita en el fondo, presenta apariencia de legalidad, de tal magnitud que al subordinado le resultará si no imposible, al menos difícilmente desentrañable su ilicitud. En este caso, si el inferior cumplió la orden podrá ampararse en la eximente de obediencia debida.

Si se tiene en cuenta que es el error vencible o invencible lo que decide la aplicación de la eximente de obediencia debida en los casos de ilicitud dudosa, tendrá que decidirse si tal creencia del subordinado tiene carácter personal subjetivo o carácter objetivo, o sea, si el criterio que debe tomarse en consideración es el correspondiente al subordinado de que se trate o si es el correspondiente a un hombre medio.

A mi juicio, no debe llegarse a la estimación de ilicitud clara o dudosa sobre la única base del examen objetivo de la naturaleza de la orden, sino aplicar un concepto subjetivo, o sea, que debe tomarse en consideración las condiciones personales concurrentes en el inferior, o sea, que este, personalmente, no tenga la orden por ilícita. Lo decisivo vendrá determinado por este criterio personal, sin que frente a él pueda prevalecer el objetivo, referente a la esfera de previsiones atribuibles a un hombre medio.

Si el inferior estima ilícita la orden y en virtud de su cumplimiento lleva a cabo un hecho delictivo, no podrá ser favorecido con la apreciación de la exención de obediencia debida, aun cuando para el hombre medio la ilicitud no fuera manifiesta. Si el inferior, en cambio, desconoce que la orden acatada es ilícita, quedará sometido a la eximente de obediencia debida, aun cuando para un hombre medio, la ilicitud de la orden fuera evidente.

Si el error en que ha incurrido el subordinado al momento de apreciar la ilicitud de la orden es un error vencible se suscitará el problema del tratamiento jurídico-penal de ese error vencible, o sea, se planteará la interrogante de cuál es la justa calificación de los supuestos en los que el inferior ha creído, por un error evitable, en la licitud de la orden impartida. Ciertamente es que no quedará amparado por la eximente de obediencia debida, pero lo que ahora se procura dilucidar es si por haber cometido un delito por error vencible, podría calificarse ese acto punible como un delito por imprudencia, conforme a los términos del artículo 23.2 del Código Penal.

A mi juicio, difícilmente podrá aceptarse, en el caso de error vencible, la inculminación a título de imprudencia. La presunción de licitud de la orden dictada por el superior y la consiguiente creación de una situación de confianza

en el subalterno son las condiciones fundamentales e indebidas) que han propiciado que dicho sujeto el subordinado no se haya cerciorado como era su deber respecto a la licitud de la orden dictada, o sea, que la concurrencia de esas condiciones han implicado visiblemente la supresión o, al menos, la reducción al mínimo, del deber de examen. Si la imprudencia se caracteriza por la infracción del deber de cuidado, y dicho deber de cuidado aparece aquí suprimido, o al menos claramente disminuido, la estimación de la imprudencia, en el referido supuesto, representaría una clara incongruencia.

La eximente de obediencia debida se ha considerado, en la teoría penal, conforme a dos criterios: el de que es una causa de justificación y el de que es una causa de inculpabilidad.

La propia práctica judicial ha sido, en esta cuestión, vacilante, por cuanto si bien en algunas ocasiones ha declarado, directa o indirectamente, que es una causa de inculpabilidad (sentencia No. 2 de 16 de enero de 1962), en otras la ha estimado causa de justificación (sentencia No. 133 de 2 de mayo de 1966).

La opinión tradicional en la teoría penal ha sido la de considerar estimar la obediencia debida como causa de justificación, criterio que predominó, de manera absoluta, hasta principios del siglo XX, en que el jurista alemán Mayer empezó a concebirla en 1915 como causa de inculpabilidad.

Este criterio se basa en la teoría del interés predominante en una colisión de intereses, fundamento común de toda causa de justificación: la obligatoriedad de la orden injusta constituye un mal de menor entidad con respecto al derecho del subordinado a examinar la legalidad de la orden y rehusar su cumplimiento. En su contra se ha dicho que de ser aceptada, se llegaría a una conclusión totalmente ilógica: como la acción ejecutada por el subordinado se tendría por lícita desde el punto de vista objetivo (consecuencia obligada en todas las causas de justificación), no podría hacerse responsable de ella al superior que impartió la orden, conclusión a la que nadie llega, ni incluso los propios partidarios de este criterio, pero que es conforme a la lógica y a las propias previsiones legales.

La noción de la obediencia debida como causa de inculpabilidad ha seguido tres direcciones: la que fundamenta la causa de inculpabilidad en la coacción; la que la basa en la exigibilidad; y la que la sustenta en el error.

Según la tesis de la coacción existe un punto de contacto entre la obediencia debida y la coacción: en ambas, atendiendo a la personalísima situación en que se hallan los que actúan (tanto en obediencia debida como en coacción), no se les puede exigir que hagan del cumplimiento del deber jurídico

el motivo de sus actos y que, por consiguiente, actúen conforme a Derecho, por lo cual tampoco se les puede reprochar lo que han realizado.

Según la tesis de la inexigibilidad, a quien obra en virtud de obediencia debida no se le puede exigir otra conducta distinta, porque el propio Derecho le impone cumplir el mandato de sus superiores, de modo que tampoco se le puede reprochar su proceder.

Según la tesis del error (que es la predominante y la que personalmente comparto) quien obra en obediencia debida cree que lo ordenado es legítimo y por eso actúa. Cuando la orden proviene de un superior impartida dentro de la esfera de sus atribuciones funcionales y llega hasta el subordinado, en la forma requerida, el error es invencible y por serlo, es por lo que al subordinado se le excluye totalmente de culpabilidad. Se trata de un error de prohibición porque el subordinado cree en la adecuación al Derecho de una orden que se le da y cuya ejecución entra en el tipo penal (Maurach, 1962; Jiménez de Asúa, 1977)

Sin embargo, hay dos supuestos en los que la eximente de obediencia debida constituye una causa de justificación: primero, cuando se trata de mandatos legales que precisan completarse con una orden de la autoridad por ejemplo, el policía que cumple la orden que legítimamente le imparte un tribunal para que proceda a la detención de una persona, ejecuta un acto intrínsecamente justo aunque con él se priva de la libertad a una persona; y segundo, cuando se trata de una orden de índole lícita y suponiendo que concurren los requisitos propios de la orden legítima, no parece haber duda alguna de que quien al cumplirla realiza una conducta subsumible en un tipo penal, actúa conforme a derecho y, por lo mismo, su acción está justificada, por cuanto el subordinado se ha limitado a cumplir el deber legal que le incumbe de obedecer la orden del superior jerárquico.

El artículo 25.3 del Código Penal dispone que: “en caso de exceso en los límites de la obediencia debida al afrontar alguna de las situaciones anteriores, el tribunal puede aplicar la atenuación extraordinaria de la sanción”.

El primer problema que debe dilucidarse en cuanto a esta disposición es el concerniente a su alcance, o sea, determinar si el artículo 25.2 del Código Penal solo se refiere a la obediencia debida o si en él están comprendidas las tres eximentes mencionadas en el artículo 25.1 del Código Penal. A mi juicio, si bien en el comienzo de ese apartado 3 se formula una referencia al exceso en los límites de la obediencia, el término obediencia no está limitado a la obediencia debida, (como eximente concreta), por cuanto el cumplimiento de un deber implica también, hasta cierto punto, la obligación de acatar una

orden emitida en este caso por la ley; en realidad, en mi opinión, se alude a todas las eximentes mencionadas en el apartado 1, si se tiene en cuenta que en el propio artículo 25.3 se dice: “al afrontar alguna de las situaciones anteriores”.

A esta misma conclusión se arriba si se toma en consideración los antecedentes histórico-normativos del precepto. En el derogado Código de Defensa Social se enunciaban las eximentes de cumplimiento de un deber y de ejercicio de un derecho, profesión, oficio o cargo (en el artículo 36-I), así como la de obediencia debida en el artículo 36-J). Más adelante, en el artículo 38-B se establecía que eran circunstancias atenuantes provenientes del hecho el haberse excedido el agente en los casos a que se referían, entre otros, los apartados I y J del artículo 36; o sea, que comprendía dentro de las posibles situaciones de exceso, tanto el cumplimiento de un deber, como el ejercicio legítimo de un derecho, profesión, cargo u oficio y la obediencia debida.

Para que pueda apreciarse el exceso en el cumplimiento de un deber, en el ejercicio de un derecho, profesión, cargo u oficio o en la obediencia debida, es imprescindible la existencia del deber, del derecho o de la orden de que en concreto se trate, por cuanto ello es condición esencial de los respectivos casos de exención. Por eso no es dable considerar como excesos aquellos casos en los cuales no exista realmente tal deber, derecho u orden.

El exceso habrá de ser estimado cuando el agente, al cumplir el deber, ejercer el derecho u obedecer la orden, rebasa los límites de estos, o sea, hace más de lo que debe hacer (en el cumplimiento de un deber o en la obediencia debida) o de lo que puede hacer (en el ejercicio de un derecho, profesión, cargo u oficio). Esto significa que el exceso consiste en una intensificación de la acción (exceso intensivo). Ello da por resultado que la acción excesiva es de la misma naturaleza, del mismo género, de la acción inicial y no de un género distinto.

El exceso podrá determinar la atenuación extraordinaria de la sanción cuando el sujeto conozca su propio exceso, porque si la actuación del sujeto rebasa lo debido y esto lo hace en la creencia de que no se extralimita, el caso ha de ser comprendido en la eximente de error (artículo 23 del Código Penal) y con arreglo al mismo criterio expuesto al tratar del exceso en la defensa.

El exceso en la obediencia debida se resuelve conforma a las reglas del exceso en el cumplimiento de un deber, por cuanto dada la licitud de lo ordenado, el deber del sujeto es cumplirlo, y si al hacerlo se extralimita, este exceso lo es en el cumplimiento de un deber.

Lo que realmente ocurre es que respecto a la eximente de obediencia debida no puede hablarse de exceso, ya que consistiendo está en la ejecución por error de una orden ilícita, toda la conducta en sí constituye un exceso, puesto que el inferior obedeció un mandato que no debía haber obedecido.

Referencias bibliográficas

- Adolfo, F. J. (1926). La legítima defensa. Madrid: Reus.
- Alcock, J, A. (1998). Animal Behavior, an Evolutionary Approach. Sunderland: Sinauer Associates, Inc.
- Álvarez García, F. J. (1978). Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822. Cuadernos de Política Criminal, (5).
- Arrieta, L. P. (1984). Código de Derecho Canónico. México: Paulinas.
- Asúa, L. J. (1931). La teoría jurídica del delito. Discurso de Inauguración del año académico 1931-1932 en la Universidad de Madrid. Madrid: Imprenta Colonial.
- Asúa, L. J. (1977). Tratado de Derecho Penal, (tomo IV). Buenos Aires: Losada.
- Bacigalupo, E. (1996). Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá: Temis S. A.
- Bacigalupo, E. (1998). Principios de Derecho Penal (5^o ed.). Madrid: Akal.
- Balestra, C. F. (1981). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Beck Robert, C. (2000). Motivation, Theories and Principles (4^o ed.). Nueva Jersey: Prentice-Hall.
- Benítez, M. G. (1984). Teoría jurídica del delito. Barcelona: Civitas.
- Binding, K. (1885). Handbuch des Strafrechts, (tomo I). Leipzig: Weidmann.
- Binding, K. (1916). Die normen und ihre uebertretungeineuntersiechungu ber die rechtmisshandlungund die arten des delikts.(tomo I). Leipzig: Normen.
- Bustos Ramírez, J., & HormazabalMalaree, H. (1994). Lecciones de Derecho Penal (4^o ed.). Madrid: Trotta.
- Camaño Viera, D., & Donnagelo, P. (1997). Hacia un concepto más humano de la culpabilidad. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Cardona, C. (1987). Metafísica del bien y del mal. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Carreras, J. A. (1985). Historia del Estado y el Derecho en Cuba. La Habana: Pueblo y Educación.

- Cobo del Rosal, M., & Vives Antón, T.S. (1996). Derecho Penal, Parte General (4º ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Córdova Roda, J. (1977). Culpabilidad y pena. Barcelona: Bosch.
- Córdova Roda, J., & Rodríguez Mourullo, G. (1976). Comentarios al Código penal. Barcelona: Ariel.
- Coromas Zayas, E., Ramos Smith, G., & De la Nuez, F. (1987). Derecho Penal. Parte General. La Habana: Pueblo y Educación.
- Cuerda Arnau, M. L. (1997). El miedo insuperable, Su delimitación frente al estado de necesidad. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Deckers, L. (2001). Motivation. Biological, Psychological, and Environmental. Boston: Allyn and Bacon.
- Díaz Palos, F. (1977). Miedo Insuperable. In Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona: Francisco Seix.
- Engels, F. (1961). Anti-Dühring. La Habana: Félix Varela.
- Falcioni, M. B. (1987). Imputabilidad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Fernández Bulté, J. (2000). Historia General del Estado y el Derecho. La Habana: Félix Varela.
- Fernández Ruiz, L. (2000). La Personalidad. Algunos presupuestos para su comprensión. La Habana: Félix Varela.
- Fernández, G. D. (2000). El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal. Revista INUDEP, (12).
- Fonseca Morales, G. M. (2007). Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica. Especial referencia a su tratamiento jurisprudencial. (Tesis doctoral). Granada: Universidad de Granada. Recuperado de <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/1584/1/16741006.pdf>
- Frías Caballero, J. (1994). Capacidad de culpabilidad penal. Buenos Aires: Hammurabi.
- García Andrade, J. A. (1998). Reflexiones sobre la responsabilidad médica. Madrid: Edersa.
- García Añón, J. (1993). Métodos y técnicas para la realización de trabajos de investigación. Valencia: Universidad de Valencia.

- García González, G. (2008). La enfermedad mental como causa de exclusión de la capacidad de culpabilidad. (Tesis Doctoral). La Habana. Universidad de La Habana
- Gimbernat Ordeig, E. (1990). Estudios de Derecho Penal. Madrid: Tecnos.
- Giménez-Salinas Colomer, E. (1998) La Justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita. Revista Derecho a Tener Derecho, (2), UNICEF.
- Gómez Benítez, J. M. (1987). Teoría jurídica del delito. Derecho penal, parte general. Madrid: Civitas.
- Gómez López, J. O. (1995). El delito emocional. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Groizard, A. (1870). El Código Penal de 1870 concordado y comentado (segunda edición). Madrid: Burgos.
- Higuera Quimera, J. F. (1991). La eximente del miedo insuperable en el Derecho Penal común. Barcelona: Bosch.
- Hoyo Pérez, A. M., Puentes Hernández, Z., & Veitía Cabaza, I. M. (2003). El miedo insuperable. Boletín Electrónico ONBC, (541).
- Jakobs, G. A. (2000). Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional. Madrid: Civitas.
- Jakobs, G. A. (2003). Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal. Madrid: Thompson Civitas.
- Jescheck, H. H. (2003). Evolución del concepto jurídico penal de la culpabilidad en Alemania y Austria. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 1. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>
- Jiménez de Asua, L. (1977). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Lozada S.A.
- Kant, I. (2001). La religión dentro de los límites de la mera razón. Madrid: Alianza.
- Lewin, K. (1936). Principles of Topological Psychology. Nueva York: McGraw-Hill.
- Madrigal García, C., & Rodríguez Ponz, J. L. (2004). Derecho Penal parte General. Madrid: Capreri SL.
- Mir Puig, S. (1996). Derecho Penal. Parte General (4º ed.). Barcelona: TEC-FOTO.

- Mir Puig, S. (2002). Derecho Penal Parte General. Barcelona: Reppertor.
- Mira y López, E. (2003). Cuatro gigantes del alma, El miedo, la ira, el amor y el deber. Buenos aires: El Ateneo.
- Muñoz Conde, F. (1985). Derecho Penal y Control Social. Jerez: Fundación Universitaria.
- Muñoz Conde, F. (1989). Teoría Jurídica del delito. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (1991). Teoría General del Delito (2º ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2004). Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Núñez Jover, J. (1999). La ciencia y la tecnología como procesos sociales. La Habana: Félix Varela.
- Oneca, A. (1986). Derecho Penal (2º ed.). Madrid: Akal/lure.
- Palmero, F. (2012). Motivación, conducta y proceso. Revista Electrónica Motivación y Emoción, 8(20-21). Recuperado de [http://Reme.uji.es/articulos/numero20/6 motibio/texto.html](http://Reme.uji.es/articulos/numero20/6%20motibio/texto.html)
- Panero, R. (2008). Derecho Romano. Valencia: Tirant.
- Paredes Vargas, C. A. (2002). La eximente del Miedo Insuperable en el Código Penal Peruano de 1991. Su aplicación por los Juzgados y las Salas Penales de Junín. (Tesis Doctoral). Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marco.
- Pérez González, E. (2005). Manual de Psiquiatría Forense. La Habana: ONBC.
- Pérez González, E. (2013). Derecho Penal y Criminología. La Habana: ONBC.
- Petri, H.L. (1991). Motivation. Theory, Research, and Applications. California: Wadsworth Publishing Company.
- Plascencia Villanueva, R. (2000). Teoría del delito. México: Universidad Autónoma de México.
- Quintanar Díez, M. (1998). La eximente del miedo insuperable. Madrid: EDERSA.
- Quintero Olivares, G. (1981). Introducción al Derecho penal, parte general. Barcelona: Bosch.
- Quiroz Pérez, R. (2002a). Manual de Derecho Penal. La Habana: Félix Varela.

- Quiroz Pérez, R. (2002b). Manual de Derecho Penal. La Habana: Félix Varela.
- Quiroz Pérez, R. (2002c). Manual de Derecho Penal. La Habana: Félix Varela.
- Reinhard, F. (2002). Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Montevideo: IB de if.
- Righi, E. (2003). La Culpabilidad en Materia Penal (1° ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Rivero García, D. (2000). La capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Su ausencia en el momento del hecho delictivo, Boletín ONBC, (3) CIABO.
- Rodríguez Devesa, J. M. & Serrano González, A. (1993). Derecho Penal Español, Parte General (Décimo sexta edición.). Madrid: Dykinson.
- Rodríguez Mourullo, G. (1996). Derecho Penal. Parte General. Madrid: Civitas.
- Rodríguez Pérez de Agreda, G. (2000). La culpabilidad ¿un concepto en crisis? Revista Cubana de Derecho.
- Rodríguez Pérez de Agreda, G. (2009). A propósito de la crisis en el concepto de culpabilidad. Revista Cubana de Derecho, (35).
- Roxin, C. (1981). Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Madrid: Reus.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal, Parte General (2° ed.). Madrid: Civitas S. A.
- Roxin, C. (2008). Culpabilidad y Exclusión de la Culpabilidad en el Derecho Penal. Nueva Doctrina Penal, (edición 61). Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar/52fazio.pdf
- Safranski, R. (2000). El Mal. In Enciclopedia católica. Recuperado de <http://ec.aciprensa.com/m/mal.htm>
- Sainz Cantero, J. A. (1985). Lecciones de Derecho Penal, parte general. Barcelona: Bosch.
- Sauras, E. (1955). El mal según Santo Tomas. Madrid: CSIC.
- Solana, Ricardo F. (1993). Administración de Organizaciones. Buenos Aires: Interoceánicas S.A.
- Soler, S. (1976). Temas básicos de Derecho Penal. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Soler, S. (1992). Derecho Penal Argentino. Buenos Aires: Argentina S. A.
- ValdésMenocal, C. (2004). Problemas Sociales de la Ciencia y la Tecnología. La Habana: Félix Varela.

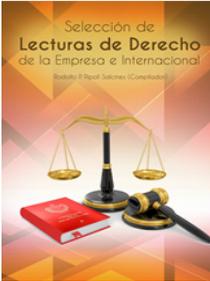
- Vannini, F., Del Cero, M., & Saulnier, A. (2005). Imputabilidad disminuida. *Revista de derecho penal, procesal penal y criminología*. Recuperado de <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,107,0,0,1,0>
- Varona Gómez, D. (2000). *El miedo insuperable, una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. (Tesis Doctoral). Girona: Universidad de Girona.
- Vera Toste, Y. V. T. (2003). *El dominio del hecho, una mirada crítica*. *Revista Cubana de Derecho*, (22).
- Villa Bella Armengol, C. M. (2012). *Investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica*. La Habana: Félix Varela.
- Vives Antón, T. (1996). *Comentario al Código Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Von Beling, E. (1944). *Esquema de Derecho Penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Von Liszt, F. (1927). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Reus.
- Welzel, H. H. (1970). *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Wong, R. (2000). *Motivation. A Biobehavioural Approach*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Woolfolk, A. (2006). *Psicología Educativa* (9^o ed). México: Pearson Educación.
- Zaffaroni, Eugenio R. (1988). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. México: Cárdenas.
- Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal, Parte General* (2^o ed.). Buenos Aires: Ediar.

Índice

Introducción	5
Capítulo I. El fundamento jurídico de la inexigibilidad de otra conducta acorde a derecho	11
1.1. La inexigibilidad a partir del contexto histórico-socio-jurídico en el que se ha desarrollado su reconocimiento por la dogmática penal	11
1.2. La ausencia de libertad de decisión o de voluntad	22
1.3. La ausencia de motivación por la norma.....	26
Capítulo II. Fundamentos jurídicos, filosóficos y psicológicos de la eximente del miedo insuperable	34
2.1. El miedo insuperable como una causa de inexigibilidad de la responsabilidad penal	34
2.2. Las diferencias del miedo insuperable con otras eximentes de la responsabilidad penal.....	39
2.3. Análisis de la regulación de la eximente del miedo insuperable en otros ordenamientos jurídicos	45
2.4. El miedo desde lo psicológico, como elemento de la eximente.....	50
2.5. El mal desde lo filosófico, como elemento de la eximente.....	52
Capítulo III. La eximente del miedo insuperable en el ordenamiento penal cubano.....	57
3.1. Desarrollo histórico-socio-jurídico de la eximente del miedo insuperable en el Derecho Penal cubano	57
3.2. La existencia de una situación de miedo insuperable.....	61
3.3. El mal como causa del miedo.....	67
3. 4. Presupuestos teórico-prácticos que han de darse para que se pueda apreciar la eximente del miedo insuperable	72
Capitulo IV. La agresión como causa de la defensa.....	78
4. 1. Concepto de agresión y sus formas.....	78
4.2. Sujetos actuantes de la agresión.....	80
4. 3. La agresión y la defensa como instituciones en el Derecho Penal....	83

4. 4. Principales contradicciones acerca de su naturaleza jurídica	89
4. 5. La legítima defensa en el Derecho Comparado	96
Capítulo V. La fundamentación jurídica de la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida	103
5. 1. La madurez psíquica como fundamento de la edad penal	103
5. 2. La madurez psíquica del sujeto	105
5. 3. Fundamentación de la edad penal	109
5. 4. Análisis de la regulación jurídica de la edad en otros textos normativos	114
5. 5. La atenuación de la pena debido a la madurez psíquica del adolescente	117
Capítulo VI. La enfermedad mental como causa de la disminución sustancial de la capacidad de culpabilidad en el Derecho Penal cubano	121
6. 1. La regulación de la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida en los códigos penales que han regido en Cuba	121
6. 2. Los trastornos mentales como causas que disminuyen la capacidad de culpabilidad. Cuestiones generales	127
6. 3. Los trastornos mentales	130
6. 4. Trastornos orgánicos no psicóticos	131
6. 5. Los trastornos funcionales	132
6. 6. Requisitos para apreciar la capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida	136
Capítulo VII. El cumplimiento de un deber, el ejercicio de derecho, profesión, cargo u oficio y la obediencia debida.....	139
Referencias bibliográficas.....	163

OTROS TÍTULOS DE NUESTRA EDITORIAL



Selección de Lecturas de Derecho de la Empresa e Internacional

Rodolfo P. Ripoll Salcines (Compilador)

ISBN: 978-959-257-465-6



Expertos y prospectiva en la investigación pedagógica

Raúl López Fernández (Compilador)

ISBN: 978-959-257-464-9



Editorial: "Universo Sur".

Universidad de Cienfuegos. Carretera a Rodas, Km 3 ½.

Cuatro Caminos. Cienfuegos. Cuba.

CP: 59430

La presente obra es el resultado de la compilación de diversas investigaciones realizadas por los profesores del Departamento de Derecho de la Universidad de Cienfuegos. Se realiza con el objetivo de ampliar los conocimientos tanto de nuestros estudiantes como de los profesionales del Derecho en la Disciplina de Derecho Penal y dotarlos de un material de consulta desde el punto de vista teórico y práctico. Los temas que se presentan en el cuerpo de la obra son de actualidad y reflejan problemas existentes en la esfera jurídica de la sociedad cubana, así como estudios históricos realizados. Los contenidos que se abordan abarcan las causas eximentes de la responsabilidad penal tales como el miedo insuperable, la legítima defensa, la enfermedad mental, el cumplimiento de deber, ejercicio de derecho, profesión, cargo u oficio y la obediencia debida. Una vez publicado este libro servirá de material de estudio a todo aquel lector que desee ampliar su cultura jurídica.



ISBN 978-959-257-466-3

