

**SOBRE LA EXIGIBILIDAD E INEXIGIBILIDAD
DENTRO DE LA TEORÍA DEL DELITO⁷⁸⁰**

Dra. Sandra Eugenia Zúñiga Morales

Jueza de Apelación de Sentencia

“La consideración de que a quien actúa en circunstancias tales que no le es humanamente posible determinarse de acuerdo con lo dispuesto por el Derecho no le debe ser exigido que lo haga, que el ordenamiento jurídico no exige conductas heroicas por estar dictado para hombres y no para héroes o santos, y que más allá del propio poder nadie está obligado, es algo que parece evidente a la razón humana. (...) Pero una cosa es este sentimiento y otra, muy distinta, la idea de hacer de él un principio jurídico y tratar de aplicarlo como solución a las situaciones de hecho presentadas ante los Tribunales de Justicia”.⁷⁸¹

RESUMEN: Este artículo trata el tema de la no exigibilidad o la inexigibilidad de otra conducta dentro de la teoría del delito. Este tema que ha sido tratado para su aplicación en delitos culposos así como en delitos de omisión impropia, sin embargo no así en delitos dolosos de acción. Por ello, interesa especialmente tratar en esta obra el aporte que la inexigibilidad de otra conducta pueda dar en el estudio de la culpabilidad en los delitos dolosos de comisión.

⁷⁸⁰ Dra. Sandra Eugenia Zúñiga Morales

⁷⁸¹ SÁINZ CANTERO, José Antonio, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Universidad de Granada, 1965, p. 9.

PALABRAS CLAVE: teoría del delito, delitos culposos, delitos de omisión impropia, delitos dolosos de acción, causas de exculpación, inexigibilidad de otra conducta, culpabilidad.

ABSTRACT: This article addresses the issue of non enforceability or unenforceability of other behavior within the theory of crime. This topic has been treated for application in culpable crimes as well of improper omission crimes, however, not in crimes of action with criminal intent. Therefore, is a particularly interest of this work the contribution that the unenforceability of other behavior may result in the study of guilt in intentional crimes of commission.

KEYWORDS: Theory of crime, not intentional crimes, crimes of improper omission, willful misconduct of action, causes of exoneration, unenforceability of other conduct, guilty.

Fecha de recepción: 4 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 8 de octubre de 2013.

Representa para mí un honor participar de este homenaje al Doctor Francisco Castillo, con quien nos encontramos en deuda todos cuya praxis profesional gravita en torno al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal; son innumerables sus valiosos aportes a la doctrina, de reconocimiento en América y Europa, con un sello imperdible: una justicia a tono con los lineamientos de un verdadero Estado de Derecho.

He escogido el tema de la no exigibilidad o inexigibilidad, porque lo percibo como un tópico injustamente ignorado en la discusión jurídica nacional, relegado a un segundo plano, en ocasiones utilizado sin tener plena consciencia de su invocación, pero que en definitiva resulta de importancia, pues no se ocupa de interesantes y extraños casos de “laboratorio”, sino de supuestos propios del cotidiano quehacer jurisdiccional.

La no exigibilidad de otra conducta es una figura cuya apreciación en su utilidad, ha sido mutante, aunque hay un importante consenso sobre su aplicación en los delitos culposos, así como en los delitos de omisión impropia; no en cuanto a los delitos dolosos de acción⁷⁸². Mientras unos ven en ella una causa suprallegal de inculpabilidad, otros la reducen a los casos expresamente previstos en la ley, a supuestos variantes en el tiempo y el espacio, siendo las más comunes el encubrimiento entre parientes, exceso de legítima defensa, estado de necesidad disculpante y, entre otros, supuestos de miedo insuperable..

El propósito de esta intervención es establecer no solo cuáles situaciones han sido previstas por el legislador costarricense como causas de inexigibilidad, sino reflexionar sobre el valioso aporte de la doctrina de exigibilidad y la no exigibilidad en la construcción de la teoría del delito, tanto, que veremos sobrepasa el tema de la culpabilidad y ha resultado de suma utilidad a nivel de la tipicidad y de la antijuricidad; pero especialmente, el interés es ponderar si es preciso una incursión más profunda en el aporte que la no exigibilidad de otra conducta, pueda dar dentro de la culpabilidad y tratándose de delito dolosos de comisión.

1) EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La doctrina de la exigibilidad surge a partir de la teoría “normativa” de la culpabilidad, pero antes de entrar en boga dicha corriente, predominaba la denominada teoría “psicológica” de la culpabilidad. La culpabilidad conforme con la teoría psicológica se entendía como un nexo psicológico entre el autor y el injusto (resultado), agotándose su contenido en dos formas de culpabilidad: el dolo y la culpa, conforme a la intensidad de la relación psicológica existente entre el autor y el resultado. Pero se hicieron ver varias debilidades, como la discusión de la culpa inconsciente (donde era imposible establecer esa conexión

⁷⁸² Vid. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 605.

síquica)⁷⁸³; o con supuestos de miedo insuperable (que no excluían el dolo o la culpa) y no se encontraba una explicación o justificación satisfactoria, para excluir la culpabilidad. En suma, entre otros, la teoría psicológica de la culpabilidad no tenía la capacidad de dar una explicación al significado dogmático de las causas de exculpación.⁷⁸⁴

En consecuencia, la única vía para excluirla la culpabilidad en esos supuestos, era descartar el criterio del vínculo psicológico y esa respuesta fue dada por la teoría normativa de la culpabilidad, con la idea de la reprochabilidad (que en un principio se hizo depender del dolo y la culpa).⁷⁸⁵ Fue gracias a la obra de FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (1907) que operó el cambio, al ampliar el concepto de culpabilidad y al introducir en él la imputabilidad y el visualizar circunstancias externas que podían asistir en la comisión del delito. FRANK consideró había un grave error en la teoría psicológica dominante al considerar importantes solo el dolo y la culpa como especies (ignorando la imputabilidad y las circunstancias que concurren en la comisión del delito) de la culpabilidad (su género).

Se reconoce que con los aportes de FRANK, así como de otros como GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL se desarrolló el concepto de exigibilidad⁷⁸⁶, la culpabilidad requería de reprochabilidad, no siendo suficiente la imputabilidad (ni el dolo o culpa), era preciso la exigibilidad, de manera que si al sujeto se le podía exigir otra conducta, había culpabilidad; pero si de las circunstancias personales y del entorno no era exigible otro comportamiento, había exculpación.

⁷⁸³ SÁINZ CANTERO, José Antonio, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada, 1965, p. 14.

⁷⁸⁴ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, PG, 5ª edición, 2ª reimpresión, 1998, p. 618. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Penal*, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 608.

⁷⁸⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, PG, 5ª edición, 2ª reimpresión, 1998, p. 618.

⁷⁸⁶ SÁINZ CANTERO, José Antonio, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada, 1965, p.16.

GOLDSCHMIDT ideó el concepto de normas de deber (que motivaban el comportamiento interno del agente), como contrapuestas a las normas de Derecho (que prohibían conductas); entonces, la infracción de las normas de Derecho afectaba la antijuricidad; las de las normas de deber, incidían en la reprochabilidad necesaria para la culpabilidad, pero con un límite: lo que fuera exigible al sujeto. FREUDENTHAL fijó la exigibilidad precisamente como el fundamento de la reprochabilidad, postulando la causa suprallegal de no exigibilidad que excluía la culpabilidad si en el caso concreto, no era exigible al individuo un comportamiento ajustado a Derecho, sin importar las eximentes legales previamente previstas por el legislador⁷⁸⁷.

En suma, se ha reconocido a la doctrina alemana el surgimiento de la no exigibilidad como un principio jurídico, pues su construcción dogmática solo tuvo lugar una vez que los presupuestos de la denominada concepción normativa de la culpabilidad se consolidan y al sujeto solo se le puede considerar culpable, si le era factible adecuar su conducta conforme a la norma. Si la conducta legal no era exigible al sujeto, su acto antijurídico, no le era reprochable.

Doctrina que se inspiró, desarrollo y llegó a sucumbir con los desarrollos realizados en varias sentencias del Tribunal del Reich. En un momento de difícil situación económica para Alemania, años de inflación y donde muchos ciudadanos se vieron enfrentados a condiciones extremas, e incluso, al dilema de infringir la ley para atender sus necesidades básicas⁷⁸⁸, surge el caso conocido como *Leinenfänger*, emblemático dentro de la teoría de la inexigibilidad de otra conducta, señalado como punto de partida de esta controvertida construcción jurídica de la ciencia jurídico-penal; fue esta sentencia la que

⁷⁸⁷ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, PG, 5ª edición, 2ª reimpresión, 1998, p. 618 y 619.

⁷⁸⁸ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T. VI, 3ª ed. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires 1962, p. 934; MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, PG, 5ª edición, 2ª reimpresión, 1998, p. 619; SÁINZ CANTERO, José Antonio, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Universidad de Granada, 1965, p. 13.

primero reconoció –en el ámbito de la culpabilidad- la no exigibilidad de otra conducta⁷⁸⁹:

“En alemán se llama LEINENFÄNGER al caballo de tiro que tiene la habilidad de sujetar la reinda con la cola, una vez que ha sido enganchado, entorpeciendo con esto la labor del que lo dirige. El dueño de una cochera de carruajes de alquileres ordenó al cochero que enganchara a uno de estos caballos y saliera con él a prestar servicio. El cochero, previendo el peligro, trató de negarse, amenazándole el propietario con el inmediato despido si no obedecía. El cochero obedeció y, ya en la calle, se desbocó el animal, causando lesiones a un transeunte. La solución del RG alemán, fue absolver al cochero, considerando su acción inculpable por “no exigibilidad de otra conducta”, admitiendo ésta como causa supralegal de inculpabilidad.”⁷⁹⁰

Al resolver el proceso mediante sentencia del 23 de mayo de 1897, de la Sala IV de lo Penal, el Tribunal absolvió al acusado por no podersele exigir se negara a realizar la conducta, que el mismo sujeto visualizaba como peligrosa para sí mismo y terceros, pero que realiza ante el riesgo de perder su trabajo.

La doctrina cita otros casos de los Tribunales alemanes como ilustrativos en la aplicación del criterio de la inexigibilidad de otra conducta. Uno famoso, estudiado por FREUDENTHAL, identificado como “*la cigüeña ante los jurados*”. Cuenta que en un distrito minero donde la empresa explotadora minera, concedía al obrero dispensa de trabajo con sueldo, en la fecha del nacimiento de su hijo; los encargados de la empresa se percataron que ningún niño nacía domingo o día festivo, así que investigando se enteraron que los mineros habían amenazado a la comadrona que les asistía a los partos, con no volverla a

⁷⁸⁹ SILVA, Jesús María/CORCOY BIDASOLO, Mirentux/BALDÓ LAVILLA, Francisco, Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales, Parte general, Barcelona, J.M. Bosch, 1996, p.324 y 325

⁷⁹⁰ SÁINZ CANTERO, José Antonio, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Universidad de Granada, 1965, p.71 y 72. Más detalles sobre el caso, así como la exposición de otros, en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p. 935.

contratar, si no accedía a reportar el día del nacimiento en uno laborable; accediendo la partera a dicha pretensión ante el temor de no ser más contratada, realizando en consecuencia, una serie de inscripciones falsas. Otros curiosos ejemplos de la aplicación de esta doctrina corresponden a uno donde se absolvió en un proceso por “celestinaje contra el marido”; y al encubridor de un delincuente. En el primero, el hombre había tolerado la “conducta impúdica” de su mujer en la casa de habitación, alegando sentirse presionado ante la amenaza proferida por ella, de escándalos. En el segundo, al sujeto acusado por encubrimiento, se dijo no podía exigírsele la no prestación de auxilio al delincuente, si se exponía a sufrir una sanción. Bueno, como era de esperar, el propio Tribunal del Reich mostró alarma ante la aplicación generalizada de la no exigibilidad, situación que incidió de forma decisiva en el propio desarrollo y aceptación posterior de esta figura.⁷⁹¹

Los antecedentes históricos de esta doctrina van de una etapa de encanto, que luego cede a un abrupto temor, a causa de un uso ligero y no justificado a algunos casos, que motivan la desconfianza y llevan a una reflexión sobre el peligro de dejar abierta la opción del recurso de la inexigibilidad de otra conducta como causa supralegal de exculpación. Pero, no obstante los recelos y la crítica, veremos que la doctrina de la exigibilidad e inexigibilidad ha ido silenciosa avanzando, hasta que hoy día tiene un comprobado impacto en todos los elementos del delito.

⁷⁹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p. 936. En esta obra el autor realiza una interesante exposición de jurisprudencia española e, incluso, latinoamericana, donde se ha discutido la aplicación de la no exigibilidad de otra conducta, destacando desde mi perspectiva uno muy interesante de la Corte Suprema mexicana (juicio de amparo 2934 de 1958): el procesado conducía un autobús que chocó contra un automóvil causando importantes daños. El acusado alegaba que al iniciar el trabajo le manifestó a sus jefes los problemas de la dirección del autobús, pero se le indicó, que de todos modos hiciera el servicio, determinándose en la investigación que si el chofer desobedecía la orden de su patrón, lo hubieran despedido. En este caso, uno de los ponentes señaló: “No es humano –dijo- exigirle a un infeliz trabajador que desobedezca a su patrón. Si hay un responsable aquí, será el patrón que le ordenó salir con un vehículo en malas condiciones”. Ibid., p. 966.

2) CONCEPTO DE EXIGIBILIDAD E INEXIGIBILIDAD DESDE LA CULPABILIDAD

La concepción normativa de la culpabilidad entiende que el reproche personal surge cuando el autor se ha comportado de un modo contrario al deber, entonces, actúa con culpa quien podía y debía comportarse de un modo distinto al prescrito en la norma. Por ende, la exigibilidad es la esencia de ese deber, representa una característica general de la culpabilidad; mientras la no exigibilidad de otra conducta, impide emerja el juicio de reproche (que implica la culpabilidad)⁷⁹².

Como explica COBO/VIVES "... exigibilidad e inexigibilidad no son, en el seno del juicio de culpabilidad, conceptos simétricos, de suerte que quepa hablar de inexigibilidad en todos los casos en que falte la exigibilidad. (...) La inexigibilidad no se funda en la ausencia de capacidad para 'motivarse' conforme a la norma, ni en la falta de conocimiento necesario para adecuar el querer a los requerimientos normativos, sino en la presencia de circunstancias que determinan la anormalidad del proceso motivador. En las situaciones de no exigibilidad, la norma prohibitiva o preceptiva no despliega su ordinaria eficacia motivadora frente al sujeto, porque existe un 'contramotivo', jurídicamente relevante, determina que no pueda exigirse al sujeto la realización del comportamiento jurídicamente correcto; o dicho con otras palabras: que el individuo no se halle obligado a llevar a cabo una conducta jurídicamente justa"⁷⁹³.

⁷⁹² COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho Penal, P.G. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 617.

⁷⁹³ COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho Penal, P.G. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 618 y 619.

En suma, la conducta sigue siendo antijurídica, pero es excusable o disculpante, por lo que la no exigibilidad constituye una dispensa dada por el ordenamiento frente a específicas situaciones⁷⁹⁴.

3) NATURALEZA JURÍDICA

El cuestionamiento sobre la naturaleza jurídica de la exigibilidad e inexigibilidad de otra conducta ha tenido en doctrina diversas respuestas. A continuación algunas de ellas.

3.1. COMO CAUSA DE EXCULPACIÓN SUPRALEGAL

Existen dos vertientes claramente distinguibles entre quienes propugnan la inexigibilidad de otra conducta como una causa supralegal de exculpación y, sus detractores, que niegan de forma tajante dicha opción.

3.1.1. DEFENSORES DE LA INEXIGIBILIDAD COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPACIÓN

Para FREUDENTHAL la exigibilidad constituía el fundamento general de la reprochabilidad, postulándola como una causa supralegal de no exigibilidad, que excluía la culpabilidad, si en el caso particular no era exigible al sujeto una conducta acorde a Derecho. Desde la perspectiva de dicho autor, cualquier situación de inexigibilidad (aun no establecida legalmente) lleva a la absolución de la acción.⁷⁹⁵ Sin embargo, esta teoría no se pudo imponer como lo pretendía

⁷⁹⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho Penal, P.G. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 619.

⁷⁹⁵ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, P.G., 5ª edición, 2ª reimpresión, Barcelona, 1999, p. 618 y 619.

FREUDENTHAL, pues en esta fase defendía que la inexigibilidad debía determinarse de modo subjetivo, es decir, conforme al autor concreto.⁷⁹⁶

Otro autor alemán importante en la defensa de la inexigibilidad como causa supralegal de exculpación fue James GOLDSCHMIDT, argumentaba: “Así como el reconocimiento de las causas de justificación ‘supralegales’ estriba en la idea básica del interés preponderante para la comunidad jurídica, el reconocimiento de causas de exculpación ‘supralegales’ estriba en el concepto básico de que no hay motivos que el ordenamiento jurídico deba reconocer como superiores al motivo de deber en relación a un hombre medio”.⁷⁹⁷ A este autor le siguieron otros, como Edmundo MEZGER (aunque luego cambio de criterio), quien trató de forma más amplia y como causa supralegal de culpabilidad la no exigibilidad de otra conducta.⁷⁹⁸ En el contexto latinoamericano se reconoce a JIMÉNEZ DE ASÚA⁷⁹⁹ y a RIVACOBAY RIVACOBAY⁸⁰⁰ como vehementes defensores de la exigibilidad como una causa supralegal de exculpación para todos los delitos: dolosos, culposos, de acción o de omisión.

⁷⁹⁶ MAURACH, Reinhart, Derecho Penal, PG 1, Buenos Aires, 1994, p. 557.

⁷⁹⁷ GOLDSCHMIDT, James, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p. 938.

⁷⁹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p. 936 a 943.

⁷⁹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p. 985.

⁸⁰⁰ RIVACOBAY RIVACOBAY, citado por CASTILLO GONZÁLEZ, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 606, “... considera que la culpabilidad es reprochabilidad, pero por no considerar y desvalorar el acto en sí solo, sino con relación al autor, se basa en la exigibilidad. Por ello, afirma este autor que cuando excepcionalmente un caso ‘no culpable’ no puede ser subsumido en las causas de exculpación existentes, ‘va de suyo que corresponde declararlo inculpable supralegalmente’, cuando ‘por predominar sobre el deber jurídico otros motivos, preponderantes para el sujeto y aceptables para la comunidad para el trance cuestionado’, los sujetos ‘no pueden humanamente obrar de acuerdo a derecho, por lo que no se les puede exigir tal cosa ni reprochar la que han realizado’.

3.1.2. ADVERSARIOS A LA INEXIGIBILIDAD COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCULPACIÓN

Debe reconocerse que parte mayoritaria de la doctrina rechaza la inexigibilidad como causa suprallegal de exculpación por las supuestas implicaciones en el debilitamiento de la eficacia de la prevención general y consecuente inseguridad jurídica⁸⁰¹, al punto de asignarle un interés puramente histórico⁸⁰².

3.2. COMO PRINCIPIO INFORMADOR DE LAS CAUSAS DE EXCULPACIÓN

Un examen de las diversas causas de exención dispuestas normativamente, da cuenta que el legislador consciente o no, ha considerado el principio de inexigibilidad para determinar si a un individuo, pese a ser imputable, se le impone una sanción por la típica y antijurídica conducta realizada, sea dolosa o culposa.⁸⁰³

Se afirma que la inexigibilidad también puede configurar una eximente si se aplica por analogía (*in bonam partem*) con otras causas legales de exculpación

⁸⁰¹ En ese sentido, COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho Penal, P.G. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p.622 y 623; MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, P.G., 5ª edición, 2ª reimpresión, Barcelona, 1999, p. 619; SÁINZ CANTERO, José Antonio, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Universidad de Granada, 1965, p. 90s.

⁸⁰² Así lo ha manifestado MAURACH, Reinhart, Derecho Penal, PG 1, Buenos Aires, 1994, p. 557, quien además hace una crítica a partir de la presunta similitud entre las causas de justificación y las de exclusión de la culpabilidad (responsabilidad), que el autor afirma imposible, precisamente porque el derecho penal tiene sus propias leyes y un concepto especial y cerrado de culpabilidad.

⁸⁰³ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho Penal español, Parte General, 18ª ed., Madrid, Dykinson, 1995, p. 643; SÁINZ CANTERO, José Antonio, La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal, Universidad de Granada, 1965, p. 85; OCTAVIO DE TOLEDO Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, Derecho Penal, Parte General (teoría jurídica del delito), 2ª ed., Madrid, Rafael Castellanos, 1986, p. 370; Por su parte MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, PG, 5ª edición, 2ª reimpresión, 1998, p. 611, además de entender la inexigibilidad como el fundamento de las causas de exculpación reconoce que puede servir de "principio regulativo" general (subrayado en el original).

(para mantener su justificación y fundamento), basados en principios generales jurídicos, como el principio de eficacia o idoneidad, así como el de culpabilidad, negándose cualquier vulneración al principio de legalidad y, por el contrario, afirmando se contribuye a una solución justa al caso. Aclarándose en dicho supuesto, la no equiparación con una causa supralegal de exculpación de estilo difusa y sin límites, abierta a la arbitrariedad de los operadores del Derecho; porque sería una causa supralegal de exculpación por inexigibilidad penal individual supeditada a la comprobación de determinadas condiciones⁸⁰⁴.

A este tipo corresponde por ejemplo el estado de necesidad exculpante en la legislación española, debido a que la legislación no prevé la exención, se considera por algunos de tipo supralegal, fundamentada en la analogía con otras eximentes legales como el miedo insuperable⁸⁰⁵. Otros, aún cuando prefieren negar tajantemente dicha opción como la admisión de la inexigibilidad como una causa supralegal (criticable por constituir un medio de creación judicial del Derecho), igual, terminan reconociendo la necesidad de una interpretación un tanto abierta, imprescindible para la evitación de resultados injustos⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 557.

⁸⁰⁵ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 569.

⁸⁰⁶ Tal es el caso de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, Derecho Penal, P.G. 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 623, quien comenta: "... por lo que al Código penal español respecta, el principio de legalidad rige en forma rigurosa, impidiendo el recurso a eximentes supralecales, sean causas de exclusión de la antijuricidad o causas de inculpabilidad. No obstante, y conforme se ha manifestado igualmente, la regulación de la exenciones de responsabilidad criminal en el Código contiene dos cláusulas generales, constituidas por la *eximente 7ª del artículo 20* y la *'culpabilidad dolosa o imprudente'* a la que se hace referencia en el artículo 10, si se entienden así sus términos, que hacen de la regulación de las causas de justificación y exculpación, respectivamente, una regulación, hasta cierto punto abierta. *Dada a la función normativa de la definición del delito, ha de admitirse pues, la posibilidad de que la no exigibilidad pueda producir ciertos efectos exculpatorios fuera de las hipótesis específicas a las que sirve de genuino fundamento.* Negar tajantemente dicha posibilidad puede producir ciertas consecuencias indeseables. Tales efectos exculpatorios deben reconducirse, necesariamente, en cuanto a su apoyo legal, a la interpretación *a contrario* del artículo 10; pero un procedimiento de esta índole se aproximaría a la recusable creación judicial

A nivel nacional el Doctor CASTILLO GONZÁLEZ rechaza la exigibilidad como una causa supralegal de exculpación, también el uso de la analogía. Señala: *“Otros autores, sin reconocer una causa (supralegal) de exculpación, abogan por dejar abierta la posibilidad de exculpar al autor también en casos de delitos dolosos de comisión por aplicación analógica con situaciones reguladas por el legislador, en donde se reconozca la no exigibilidad de una conducta conforme a derecho, por ejemplo, por analogía con el estado de necesidad exculpante. Ahora bien, ¿En qué se diferencia esta analogía propuesta de la tesis de la exigibilidad como causa supralegal de justificación? Básicamente, en que no se reconoce una causa general y supralegal de exculpación, sino que los efectos de la no exigibilidad se limitan a casos ya regulados por el legislador. En realidad, la diferencia es de detalle y los efectos de admitir la exigibilidad como causa supralegal de exculpación y la exigibilidad a través de la analogía de casos regulados es prácticamente la misma”*.⁸⁰⁷

3.3. COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD

Un punto de vista interesante es presentado por MAURACH, pues a partir del reconocimiento de la categoría “responsabilidad por el hecho”, considera que el juicio sobre la exigibilidad de la conducta adecuada a derecho es ahí donde debe realizarse; es decir, en ese elemento intermedio entre la antijuricidad y la culpabilidad se valora la inexigibilidad. Señala:

“... no debe confundirse el juicio individualizador de reproche con la cuestión acerca de la exigibilidad. Con la situación de necesidad no decae el reproche personalísimo, sino el juicio generalizador de que el autor no se ha comportado como lo haría el promedio. Por esa razón, ante la existencia de una situación de

del Derecho penal si el *sentido* de dicho precepto no viniese ejemplificado y, por eso mismo, *rígidamente limitado* a través del artículo 20”.

⁸⁰⁷ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal., P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 606.

necesidad reconocida se excluye la responsabilidad por el hecho. En este contexto, ni siquiera debe plantearse la pregunta acerca de la culpabilidad. Por lo mismo, también los incapaces de culpabilidad pueden invocar la exclusión de responsabilidad antes situaciones de necesidad reconocidas. Consecuentemente, la inexigibilidad... no se encuentra al final de la teoría de la culpabilidad, como lo propone la doctrina dominante, sino en su comienzo".⁸⁰⁸

Postura que deriva en consecuencias importantes, pues sin responsabilidad por el hecho, por ejemplo, se excluyen también las medidas de seguridad.

3.4. COMO CRITERIO REGULATIVO JURÍDICO GENERAL

HENKEL divide las cláusulas generales en normativas y regulativas. Las primeras tienen contenido y criterios valorativos, son creadas por el legislador y actúan como normas, estableciendo líneas generales superiores para la decisión judicial conforme al caso concreto. Por el contrario, las cláusulas regulativas, no presentan un contenido o criterio valorativo, de manera que al ser creadas por el legislador, solo tienen el propósito de indicar al juez que conforme al caso particular, él debe establecer los límites de los derechos y obligaciones en casos dudosos.⁸⁰⁹

HENKEL expuso la no exigibilidad de otra conducta como un principio regulador e informador de todo el ordenamiento jurídico y que como "criterio regulativo jurídico general" es aplicable a todos los elementos de la teoría jurídica del delito como inexigibilidad jurídica general en el área del injusto, como

⁸⁰⁸ MAURACH, Reinhart, Derecho Penal, PG 1, Buenos Aires, 1994, p. 552.

⁸⁰⁹ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 602.

inexigibilidad penal general en la tipicidad penal y, como inexigibilidad individual o subjetiva en la culpabilidad⁸¹⁰.

“Desde Henkel se admite por un amplio sector con razón que la inexigibilidad es un criterio regulativo jurídico general, y que, si es inexigibilidad sólo individual por circunstancias particulares de un sujeto concreto, es una mera causa de inculpabilidad o de exculpación, pero que si se trata de inexigibilidad general, o sea que no se puede, no se quiere o no conviene exigir a nadie en ciertas circunstancias que se abstenga de cometer el hecho, ello excluye la antijuricidad. Pues bien, hay que precisar que, si se trata de inexigibilidad jurídica general, entonces efectivamente excluirá toda la antijuricidad y constituirá una causa de justificación supralegal; pero que puede haber supuestos en que jurídicamente (extrapenalmente) sí sea exigible abstenerse del hecho, pero no sea exigible bajo amenaza de pena a nadie tal comportamiento, porque no merezca la pena o no convenga exigir con tanta dureza la conducta totalmente correcta, sacrificada, solidaria, etc.: inexigibilidad penal general, que excluye la tipicidad penal, pero no la responsabilidad jurídica extrapenal”⁸¹¹.

Posición seguida por autores como MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *“La idea de la no exigibilidad de otra conducta no es sin embargo privativa de la culpabilidad, sino un principio regulador e informador de todo el Ordenamiento jurídico”*.⁸¹²

⁸¹⁰ Seguidores de esta tesis, entre otros, LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Causas de atipicidad y causas de justificación”. En: Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, 1995, p. 31 y 32; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 407; TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Indicaciones Metodológicas sobre el concepto material de culpabilidad", en: Cuadernos de Política Criminal, No. 36, 1988, p. 761.

⁸¹¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Causas de atipicidad y causas de justificación”. En: Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, 1995, p. 31 y 32.

⁸¹² MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, PG, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 1996.

Estimo que esa esencia del poder-deber que caracteriza a la exigibilidad o inexigibilidad, en definitiva, ha constituido y sigue siendo un principio regulativo general; pero esa cualidad no le ha impedido ser concebida como cláusula normativa que hoy reconocemos en una serie de preceptos que excluyen la responsabilidad del sujeto.

En el contexto penal son fácilmente reconocibles normas relativas a la inexigibilidad que afectan la antijuricidad de la conducta (presentadas como causas de justificación); o presentan relevancia en términos de tipicidad, pues integran la eximente dentro del tipo penal (como ocurre con el delito de omisión de auxilio); pero también existe un grupo donde la inexigibilidad cobra relevancia dentro de la culpabilidad, como una causa de exculpación que integra los fundamentos de esta figura, pero mediante eximentes como el estado de necesidad disculpante, obediencia debida, etc., pero que además, desde mi punto de vista no excluyen la posible creación de una eximente de inexigibilidad en sentido estricto, que de aplicación excepcional sea capaz de dar respuesta justa a supuestos donde no tiene sentido la imposición de la pena, o es pertinente al menos, una disminución de la abstractamente dispuesta en el tipo penal.

4) TIPOS DE INEXIGIBILIDAD

Con el propósito de visualizar esa especial naturaleza jurídica de la inexigibilidad es oportuno puntualizar su rol en el ordenamiento jurídico general, luego, en el penal.

4.1) INEXIGIBILIDAD GENERAL U OBJETIVA

Cuando estamos bajo un supuesto de inexigibilidad general no se puede, quiere o conviene exigir a nadie bajo ciertas condiciones, abstenerse de cometer el hecho penado por ley, de manera que se excluye la tipicidad o la antijuricidad, al menos, la de tipo penal.

4.1.1. INEXIGIBILIDAD PENAL GENERAL (AUSENTE LA TIPICIDAD PENAL)

Se trata de supuestos donde jurídicamente sí es exigible abstenerse del hecho, pero no es exigible con amenaza de pena; es decir, se excluye el delito, pero no la responsabilidad jurídica extrapenal que pueda surgir. Se cita como ejemplo, la inexigibilidad prevista en el artículo 410.2 CP español, para los funcionarios que desobedecieran órdenes manifiestamente infractoras a la ley, pero pese a ello no eran nulas, solo anulables o irregulares, por lo que seguían siendo obligatorias. Por ende, aunque no generaban responsabilidad penal, sí podían provocar una de tipo disciplinario⁸¹³.

Pero además de este supuesto, se presentan otros asuntos donde la no exigibilidad de otra conducta elimina la tipicidad del hecho, así sucede en el caso de los delitos culposos, de comisión por omisión, e incluso, en el delito de omisión de auxilio, cuya descripción típica lleva expresamente inserta una cláusula que excluye la exigibilidad. En cada uno de estos supuestos, el examen de no la no exigibilidad debe realizarse a nivel del tipo, sin necesidad de seguir en la ponderación de los otros elementos del delito, si se establece la inexigibilidad de otra conducta, por falta de tipicidad.

A. EN DELITOS CULPOSOS

En los delitos culposos la no exigibilidad es reconocida como un mecanismo valioso para limitar el alcance del tipo penal. Se afirma existe no exigibilidad de otro comportamiento bajo este supuesto, cuando el autor se ve de forma improvisa en una situación no generada por él, que provoca confusión, miedo, etc., entrando en un estado bajo el cual es posible, pero muy difícil, esperar una conducta distinta a la que tuvo⁸¹⁴.

⁸¹³ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 345 y 394.

⁸¹⁴ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 70

Se citan como ejemplos, casos de la jurisprudencia alemana: (i) El padre absuelto, por la omisión de llevar a tiempo a su hijo enfermo al hospital, a petición de éste, porque hacía poco su mujer había muerto en ese mismo hospital. (ii) Otro caso es de la esposa del minero quien estando aplanchando escucha la noticia de un accidente de la mina, desesperada corre a la mina y olvida desconectar la plancha provocando un incendio. Donde determinar si se le imputa o no al padre o, a la mujer su falta al deber de cuidado, dependerá de establecer la posibilidad de exigirle o no otra conducta.⁸¹⁵ Refiere CASTILLO GONZÁLEZ: "... hay razones específicas, ligadas a los hechos culposos, que excluyen el reproche de culpabilidad. En tales casos, faltan la previsibilidad y la evitabilidad subjetivas de la lesión al deber de cuidado, es decir, faltan los presupuestos del hecho culposo. La cuestión de la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho se plantea en situaciones en los que el motivo para el seguimiento del derecho está en contradicción con intereses elementales propios del agente. Tales situaciones se caracterizan por la circunstancia de que el autor solamente puede protegerse del peligro para el bien jurídico propio por medio de un comportamiento que lesiona el deber objetivo de cuidado".⁸¹⁶

Como se había adelantado, la no exigibilidad de otra conducta se considera uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad culposa, discutiéndose solo la conveniencia de colocar el criterio de inexigibilidad dentro del delito culposo, siendo que no se acepta como causa supralegal de exculpación, sino como una limitación a la obligación al deber de cuidado.

En ese sentido⁸¹⁷: (a) Hay quienes afirman que la inexigibilidad limita la obligación objetiva de cuidado, concibiéndola como un elemento típico de la lesión

⁸¹⁵ Sobre estos ejemplos consultar CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO, DERECHO PENAL., P.G., T.III, 2010, p. 71; ROXIN, Claus, Derecho Penal, P.G. T.I., Traducción de la 2ª edición, Civitas, 1997, p. 1041.

⁸¹⁶ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 71.

⁸¹⁷ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 70.

de cuidado, es decir, como perteneciente al injusto del hecho culposo. (b) Otro sector de la doctrina lo visualiza como una limitación al deber subjetivo de cuidado, sea, un reproche por culpa solo es factible si el sujeto pudo haber previsto y evitado la realización del tipo penal, por lo que se relaciona con la previsibilidad individual, o bien, la evitabilidad individual. (c) Un tercer grupo la considera una causa supralegal de exculpación⁸¹⁸; o bien, le reconocen una doble función, como causa de exclusión de la culpabilidad pero también como límite al deber de cuidado⁸¹⁹.

B. EN LOS DELITOS POR COMISIÓN POR OMISIÓN

El artículo 18 CP define las formas del hecho punible: “El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo”.

Como se advierte, el hecho punible puede ser realizado por acción u omisión, pero además, el último párrafo prevé el denominado delito de “comisión por omisión”, u “omisión impropia”. “Este artículo establece la regla de que el

⁸¹⁸ Por ejemplo, JAKOBS, Günther, Derecho Penal, PG, 2ª edición corregida, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997, p. 709, mantiene esa posición cuando afirma: “Los presupuestos de la culpabilidad y de la exculpación rigen todos también para el comportamiento imprudente. A la culpabilidad pertenecen, pues: el injusto, la imputabilidad, la responsabilidad por desconocer la norma (evitabilidad del desconocimiento de la norma) y, en su caso, especiales elementos de la culpabilidad”. Por su parte ROXIN, Claus, Derecho Penal, P.G. T.I., Traducción de la 2ª edición, Civitas, 1997, p. 1042, sobre el tema señala: “... existe diversidad de pareceres sobre si la inexigibilidad en los delitos imprudentes se ha de reconocer como causa de exculpación (supralegal) autónoma o si se trata aquí de una ‘limitación del deber subjetivo de cuidado’. No obstante, estas dos ubicaciones no son incompatibles entre sí. Pues es verdad que la inexigibilidad limita la responsabilidad de la conducta culpable-imprudente; pero como la misma posee una ratio propia en la insignificancia, ello no excluye el concederle el carácter de causa de exculpación autónoma, cuyo reconocimiento general está afianzado hoy como Derecho consuetudinario”.

⁸¹⁹ Afirma: “Es nuestra opinión que la no exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho en el delito culposo tiene un doble papel: por un lado, limita la obligación de cuidado del agente y, por el otro lado, es una causa de exculpación para el delito culposo, que deriva de la aplicación analógica del estado de necesidad exculpante (art. 38 cód. pen.)”. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 72.

cumplimiento de la obligación de impedir el resultado tiene como límite, a nivel del tipo penal, la posibilidad real de evitar el resultado. Los delitos de omisión impropia pueden ser dolosos o culposos. En consecuencia, la no exigibilidad de otra conducta se aplica en los delitos de omisión impropia a los delitos dolosos y culposos”.⁸²⁰

La inexigibilidad para algunos (en una posición que es hoy minoritaria) se aplica a cualquier delito doloso como causa supralegal de exculpación, pero para otros, solo es aceptada en delitos dolosos de omisión impropia al suponer que el autor de este segundo tipo de delitos, tiene una menor culpabilidad (debe soportar menores escrúpulos) que el autor doloso comisivo. Argumento sin relevancia hoy, cuando la doctrina reconoce la existencia de una cláusula de equivalencia entre los delitos de omisión impropia y los delitos de acción⁸²¹.

Un sector aboga por la inexigibilidad en los delitos de omisión impropia como causa de justificación, pero como afirma CASTILLO GONZÁLEZ esta tesis confunde la situación de las obligaciones de acción impuestas al agente (con posición de garante) con el problema de la exigibilidad de una conducta conforme a derecho⁸²². Sin embargo otros, califican la exigibilidad en este tipo de delitos, como un elemento no escrito del tipo penal de omisión impropia, que elimina la tipicidad cuando la conducta no le es exigible. Así sucede en el caso costarricense, donde se estima pertinente aplicar la cláusula de exigibilidad dispuesta en el artículo 144 CP (que regula el delito de omisión de auxilio) como parte del tipo penal, para los delitos dolosos de omisión impropia.

⁸²⁰ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 603.

⁸²¹ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 192.

⁸²² CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 192.

C. EN EL DELITO DE OMISIÓN DE AUXILIO

El artículo 144 CP de Costa Rica dispone: "Quien encuentre perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o amenazada de un peligro cualquiera y omita prestarle el auxilio necesario según las circunstancias, cuando pueda hacerlo sin riesgo personal, será reprimido con una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley N° 7337, del 5 de mayo de 1993. El juez podrá aumentar esta sanción hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y la gravedad de la acción".

Como se observa, se condiciona la comisión del delito, la propia obligación de prestar auxilio a una cláusula de exigibilidad: "*según las circunstancias, cuando pueda hacerlo sin riesgo personal*", que forma parte del tipo penal. Sobre el tema puntualiza LUZÓN PENA "... *si el riesgo es de poca gravedad por los bienes jurídicos afectados, es un caso de mera inexigibilidad penal general, aunque no esté justificada la omisión, pero si la impunidad de las omisiones de dichos preceptos es por un riesgo propio o ajeno de cierta gravedad, y por ello de importancia igual o superior al mal que supondría la correspondiente omisión, estamos ante una manifestación de inexigibilidad jurídica general, concretamente del estado de necesidad*".⁸²³

4.1.2. INEXIGIBILIDAD JURÍDICA GENERAL (AUSENTE LA ANTIJURICIDAD DE LA CONDUCTA)

Se suele hablar de exigibilidad *objetiva o normal* en aquellos casos donde el ordenamiento jurídico determina unos niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier ciudadano; pero un paso más allá de esa exigibilidad denominada "normal", ya el ordenamiento está en imposibilidad de imponer al sujeto el cumplimiento de sus normas o mandatos. En estos casos, si hay inexigibilidad jurídica general se excluye toda antijuricidad y surge entonces, una

⁸²³ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 395.

causa de justificación (supralegal, o bien, regulada expresamente en la ley), pues emerge conforme a criterios sociales y jurídicos del Derecho en general (no específicamente del penal)⁸²⁴.

Sabemos que las causas de justificación surgen por disposición expresa de ley (denominadas causas de justificación legales), ya sea penal o extrapenal; pero también hay causas supralegales de justificación.

Como causas de justificación legales penales tenemos en nuestra legislación interna el cumplimiento de un deber legal o ejercicio legítimo de un derecho (artículo 25 CP), consentimiento del titular del bien jurídico (artículo 26 CP), estado de necesidad, siempre que el sujeto no tenga la obligación de sacrificarse en razón de su oficio o cargo (artículo 27 CP) y la legítima defensa⁸²⁵ (artículo 28 CP). Incluso, dentro de los tipos penales del CP el numeral 121 contiene uno que lleva dentro de su estructura típica una causa de justificación; establece: *“No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios”*.

A nivel extrapenal debe considerarse que el concepto de ilicitud o antijurídico es general, es decir, válido para todo el ordenamiento jurídico, variando solo las

⁸²⁴ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 394.

⁸²⁵ Sobre esta causa de justificación, el concepto de inexigibilidad se vincula directamente con la “necesidad razonable de la defensa empleada para impedir o repeler la agresión”. “En efecto, esta necesidad de la defensa es negada si el atacado puede esquivar el ataque y esto para él era exigible. No es exigible para el atacado una huida vergonzosa, aunque si le es exigible una huída si es atacado por un niño, por loco, por un borracho o en ciertos ataques de familiares. También le es exigible al agredido esquivar el ataque y no hacer frente al agresor con una defensa masiva si él provocó o ayudó a provocar el ataque, aunque algunos autores critican esta posición porque consideran que la necesidad del ataque debe interpretarse en el sentido de una defensa adecuada. Igualmente, algunos autores consideran que debe aplicarse el concepto de exigibilidad para valorar si la acción defensiva era o no requerida”. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.III, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 604.

consecuencias atribuidas a ese acto; de ahí que las fuentes de las causas de justificación puedan encontrarse en cualquier rama del ordenamiento jurídico. Dentro de esta categoría se encuentran todas aquellas causas de justificación previstas fuera de la legislación penal, pero que aplican en ese ámbito por el principio de unidad del ordenamiento jurídico, como sucede con la prevista en el Código Civil en el artículo 314 CC: *“Es lícito a los labradores destruir en cualquier tiempo los animales bravíos que perjudiquen sus sementeras y plantaciones”*.⁸²⁶

Respecto a las causas de justificación supralegales se reconocen tres diversas fuentes: (a) la doctrina o la jurisprudencia *“Ejemplo de una causa de justificación creada por la Sala Constitucional costarricense es su resolución sobre el derecho del periodista de grabar mediante cámara escondida actuaciones ilícitas de funcionarios y de particulares (por ejemplo, estafas dirigidas a un número indeterminado de personas) que afecten a la comunidad y de difundir la grabación por medios radiales o televisivos. Ejemplo de creación doctrinal de causas de justificación es el consentimiento presunto del titular del bien jurídico, la cual no se encuentra regulada ni el código penal ni en una ley extrapenal”*⁸²⁷. (b) el derecho consuetudinario, como es el derecho de los padres a un castigo moderado de los hijos con fines correctivos⁸²⁸ y por último, (c) el Derecho internacional, como ocurrió con el caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica, donde se declaró que un periodista está justificado ante el reclamo

⁸²⁶ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 55; MUÑOZ CONDE Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 327 y 407.

⁸²⁷ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 56. Vid. MUÑOZ CONDE Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, P.G., 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 326,.

⁸²⁸ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p 56.

por la violación del artículo 152 VP (que sanciona a quien publique o reproduce ofensas al honor) si reproduce una publicación de otro periódico “serio”⁸²⁹

4.2) INEXIGIBILIDAD INDIVIDUAL O SUBJETIVA

2.1. INEXIGIBILIDAD PENAL INDIVIDUAL (CAUSA DE EXCULPACIÓN⁸³⁰)

Frente a situaciones anormales o extremas, el ordenamiento jurídico no puede exigir al agente un comportamiento heroico, porque como se dijo al inicio de esta ponencia: el Derecho no fue creado para héroes o santos. Es posible entonces nos enfrentaremos a supuestos de lesión a bienes jurídicos tutelados superiores a los salvaguardados, surgiendo la necesidad de reflexionar sobre las exigencias del Derecho a los destinatarios de la norma, en estos casos, con mayor rigor porque, después de todo, la conducta debida o la abstención de la prohibida, siguen siendo exigidas por el ordenamiento⁸³¹.

Es por esa razón que me considero partidaria de la inexigibilidad de otra conducta como norma reguladora expresa de la **exclusión de la culpabilidad**, es decir, de su no reprochabilidad (o disminución de reproche), pero con concretas exigencias, pues siempre se tratará de casos excepcionales.

Es indefendible solo argumentar que frente a determinadas situaciones el Derecho no puede exigir al individuo otra conducta, porque en definitiva van a resultar lesionados bienes jurídicos superiores y tutelados por el ordenamiento,

⁸²⁹ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010, p. 56.

⁸³⁰ Es decir, cuando el individuo pese a poseer imputabilidad (normalidad psíquica) que le permite acceso a la norma, presenta una relevante dificultad situacional en el momento del hecho, que excluye o afecta de forma grave su capacidad individual de motivación normal por la norma. LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 544.

⁸³¹ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 554.

siendo vital mantener la prohibición inserta en la norma, pudiendo exigirse cumplir la conducta ordenada o abstenerse de la prohibida en la normalidad de los casos. Por con la certeza sobre la válida justificación de una previsión específica de inexigibilidad individual, se hace indispensable una previsión legislativa concreta, que prevea para supuestos excepcionales, donde el individuo en ese hecho preciso, estaba imposibilitado o enfrentaba enorme dificultad para motivarse conforme a la norma, por demostrarse un contramotivo poderoso, pero además, comprensible y aceptable, para incumplir el imperativo.

El fundamento de la inexigibilidad penal individual se encuentra en un elemento fáctico y otro normativo o valorativo⁸³².

a) ELEMENTO FÁCTICO

Corresponde a la determinación del hecho y su examen sobre la enorme dificultad o problema, casi imposibilidad de la motivación normal, debido a situaciones de excepción, extremas; que pueden surgir del individuo en concreto y las peculiaridades del entorno o de la especial condición o estado en que se encuentra.

b) ELEMENTO NORMATIVO O VALORATIVO

A partir de los principios de eficacia o idoneidad, así como el de culpabilidad se valora como no negativa la específica dificultad motivacional situacional, o incluso a partir de otros criterios como el principio de igualdad (que impide tratar igual a los culpables de los que no lo son, o lo son en menor grado) o el de justicia. Recordemos que conforme al principio de efectividad o idoneidad, el Derecho penal solo debe intervenir cuando sea adecuado y eficaz

⁸³² Al respecto LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 554 y 555, 27 a 29.

para la prevención del delito, teniéndose que renunciar a él cuando sea contraproducente para evitar delitos, o bien, inoperante, inadecuado o ineficaz para evitar delitos⁸³³. Por otro lado el principio de culpabilidad a partir de los postulados: no hay pena sin culpabilidad y el de la pena proporcional al grado de culpabilidad (normal o disminuida). La sociedad entiende que si un sujeto no es culpable al cometer un hecho, es innecesaria la pena para la prevención general, sin que ello afecte a la intimidación de los otros sujetos⁸³⁴.

5. CAUSAS DE EXCULPACIÓN PREVISTAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO

5.1. EN LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL (CP)

En nuestro ordenamiento encontramos causas de exculpación en la parte general del Código Penal, es decir, de inexigibilidad penal individual, ampliamente reconocidos por la doctrina nacional: la coacción o amenaza (artículo 38 del Código Penal y que se asocia al conocido como estado de necesidad disculpante o exculpante); también la obediencia debida (artículo 36), grupo dentro del cual estimo también está el error de prohibición invencible.

a. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE O DISCULPANTE (COACCIÓN)

Artículo 38.- No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no puede exigírsele una conducta diversa.

⁸³³ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 28.

⁸³⁴ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 29.

b. OBEDIENCIA DEBIDA

Artículo 36.- No es culpable el que actúa en virtud de obediencia, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que la orden dimanase de autoridad competente para expedirla y esté revestida de las formas exigidas por la ley;
- b) Que el agente esté jerárquicamente subordinado a quien expida la orden; y
- c) Que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible.

c. ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE

Artículo 35.- No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena...⁸³⁵

⁸³⁵ En este último caso (error de prohibición invencible), es de necesaria cita el voto N° 561-F-93 de 15 de octubre de 1993 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolviendo un recurso de casación ante la condena por el delito de abandono agravado de incapaz. Se alegaba que la imputada pertenecía a un grupo religioso conocido como “Hijos de Dios”, que le llevó a interiorizar una ideología religiosa basada en la creencia de que Dios era el único médico “eterno e infalible”, motivo por el cual los acusados acudieron a Dios y no a los médicos terrenales, para que si era su voluntad, salvara la vida del niño, o bien, se la quitara (salvando su alma inmortal). En la sentencia del tribunal de juicio se estableció que la afectación en la salud del menor (bronconeumonía) no se podía curar sin el auxilio de un médico, por lo que en modo alguno, era factible justificar la falta de auxilio por parte de los justiciables, amparados en un culto religioso. La sala de casación entendió había un error de comprensión culturalmente condicionado (siguiendo a Zaffaroni), pero al no estimarlo invencible, disminuyó la pena. Considero que el caso ilustra un error de prohibición invencible, especialmente cuando en el pronunciamiento se establece: “... *No podemos exigirle a la acusada que interiorice estos valores cuando está de por medio un cálculo de los posibles peligros del alma inmortal de su hijo frente a las imposiciones de la Ley terrenal, esto no es desaplicar para el caso concreta la ley estatal, todo lo contrario, es tomar atención que la acusada estaba haciendo una medición del enfrentamiento de bienes jurídicos que le impedía una correcta apreciación de la pauta normativa (...) no puede pasar desapercibido para nosotros que la señora X estaba tomando en cuenta las circunstancias de una nueva creencia religiosa con la que estaba comprometida, no solo por una convicción personal que quedó patente en las incidencias del proceso, sino también al comprobar lo que dijo el líder religioso y el resto de los testigos sobre el particular*”.

5.2. EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL (CPP)

El CPP contiene en el artículo 281 la obligación de denunciar, cuyo incumplimiento configura el delito previsto y sancionado en el artículo 322 CP⁸³⁶, pero también, en su párrafo final se establece una causa de exculpación. Dispone el precepto:

Artículo 281 CPP.- Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

a) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

b) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar, que conozcan esos hechos al presar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté protegido por la ley bajo el amparo del secreto profesional.

c) Las personas que por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico tengan a su cargo el manejo, la administración, el cuidado o control de bienes o intereses de una institución, entidad o persona, respecto de delitos cometidos en su perjuicio o en perjuicio de la masa o patrimonio puesto bajo su cargo o control y siempre que conozcan el hecho con motivo del ejercicio de sus funciones.

En todos los casos, la denuncia no será obligatoria si razonablemente arriesga la persecución penal propia, del cónyuge, o de parientes hasta tercer grado por consanguinidad o afinidad, o de una persona que conviva con el denunciante ligada a él por lazos especiales de afecto.

⁸³⁶ Artículo 322 CP.- Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años al que, sin promesa anterior al delito, ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a substraerse a la acción de esta u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo.

6. UNA ALTERNATIVA: LA PREVISIÓN CONCRETA DE LA INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO CAUSA DE EXCULPACIÓN.

La aproximación al tema de la inexigibilidad de otra conducta nos ha permitido advertir una figura que surge de la necesidad social frente a procesos que exigían al operador del Derecho una solución no solo legal, justa. Pues en cada supuesto, la imposición de la pena al encartado lucía desproporcional, pero más que ello indebida, injusta.

Ciertamente algunos de los casos que dieron origen a la exigibilidad e inexigibilidad hoy día no representan probablemente mayor disyuntiva, pues al cochero (Leinenfänger) un patrón no lo podría coaccionar a ese extremo, gracias a los aportes del Derecho laboral y muy probablemente, se le declararía al conductor autor responsable de lesiones por su falta al deber de cuidado, pues su preocupación de mantener el puesto laboral no representa un interés preponderante frente a la vida e integridad física de terceros. Pese a ello, en este mundo de relaciones complejas, mutantes, impactadas por los avances científicos, continúan presentándose situaciones anormales, para las cuales debemos preguntarnos si el Derecho penal tiene una respuesta adecuada.

En los últimos tiempos un par de casos han captado mi atención, pues sus soluciones jurídicas me han provocado inquietud y cavilación, sobre la inaplicación que hacemos de la figura de la inexigibilidad de otra conducta, probablemente por las propias limitaciones legales, pero aún cuando no se subsumen en las causales específicas de inexigibilidad prevista en la actualidad, podrían constituir dos ejemplos típicos de la apropiada aplicación de ese instituto.

El primero de ellos, corresponde a un padre de familia a quien se le imponen medidas de protección, en las cuales, figura una que le impide acercarse a su esposa e hijo, debido a un problema de supuesta violencia doméstica. El progenitor tiene noticia sobre la hospitalización de su hijo y aunque consciente de la prohibición impuesta por un juez, se dirige a nosocomio a preguntar por su estado de salud, e incluso, lo visita con la aprobación del médico

tratante; situación que además se demostró, fue favorable al estado anímico del menor. Sin embargo, la esposa al percatarse de la presencia de su marido en el hospital, sale inmediatamente en busca de la policía, para denunciar el incumplimiento de medida. A raíz de lo anterior, el Ministerio Público acusa al sujeto por el delito de “incumplimiento de medida de protección” previsto y sancionado en el artículo 43 de la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres. El asunto llegó a juicio y al imputado se le absuelve por motivos relacionados con la tipicidad de la conducta (para el Ministerio Público discutibles), pero además, porque el hecho no provocó perturbación al menor y se trataba de un asunto de violencia intrafamiliar. El Ministerio Público inconforme con la absolutoria, impugna la sentencia y en apelación, se confirma el fallo, señalando entre otros aspectos: *“Ciertamente existía una orden judicial de no acercarse a la familia ni perturbarla, pero debe tomarse en cuenta que la enfermedad repentina y grave del hijo, es un hecho totalmente extraordinario en la relación padre e hijo, que no fue considerada por la autoridad judicial al momento de imponer las medidas, de manera que la reacción del padre es comprensible de querer estar con su hijo en ese momento tan angustiante, por lo que su comportamiento también se encuentra protegido por esa misma excepcionalidad”*.⁸³⁷

En el otro ejemplo, el ente fiscal acusa a una persona del delito de portación ilícita de arma permitida. Es un sujeto detenido cuando lleva un arma tipo escopeta, calibre 12, con un cartucho sin percutir y sin permiso para portarla (tal y como lo exige la ley). En suma, un arma considerada de tipo “deportiva”, por la cual (se demostró en el proceso), el Departamento de Control de Armas y Explosivos considera no es necesario expedir permisos de portación. Pese a ello, el Ministerio Público aseguraba que legalmente no era exigible la portación de un permiso en los sitios de tiro o destinados para la caza deportiva, pero una vez fuera de esos recintos, el imputado debía tener un permiso, conforme lo

⁸³⁷ Voto N° 1506-2013, de las 8:56 horas del 15 de julio de 2013, Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José.

exigía el artículo 88 de la Ley de Armas y Explosivos⁸³⁸, pues la ley no establecía ninguna excepción al respecto. El Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, mediante voto N°1051-2012, de las 10:28 horas del 30 de mayo de 2012, resolvió: *“A lo que se constriñe este asunto es a determinar si, dado que el Ministerio de Seguridad Pública, por las razones que sea, equivocadas o no... no extiende permiso de portación de ese tipo de armas y la Ley las describe como ‘permitidas’, al encartado se le habría podido acusar y condenar por portar un arma de ese tipo sin permiso. Y la respuesta para este Tribunal es contundente en el sentido que no. Inclusive no estamos frente a un tema de error, ni de tipo ni de prohibición, es decir, que el encartado creyera que no requería ese permiso pues, conforme lo que se ha indicado, no hay elementos para determinar esa duda. Lo cierto es que... si la autoridad administrativa se niega a extender permiso de portación de esas armas en cualquier circunstancia, resulta que no se le puede castigar a los ciudadanos por no portar un permiso que la Administración se niega a efectuar, porque sería condenarlos por algo imposible”*.⁸³⁹

Son casos muy distintos, con bienes jurídicos diversos, donde no hay discusión en cuanto a la tipicidad de las conductas (ambas se adecuan a tipos penales vigentes en el ordenamiento), sin causas de justificación que las amparen; se trata de conductas realizadas por personas imputables, que no han actuado por coacción (estado de necesidad disculpante), obediencia debida o error de prohibición; y como común denominador, los operadores han buscado diversas soluciones para evitar el reproche penal y su consecuente sanción. Pero

⁸³⁸ Artículo 88.- Tenencia y portación ilegal de armas permitidas. “... Se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, a quien porte armas permitidas por esta ley y no cuente con el respectivo permiso...”

⁸³⁹ Al conocerse el recurso de casación formulado en este asunto por el Ministerio Público, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante el voto N° 1036-2013, de las 11:22 horas del 9 de agosto de 2013, se limita a indicar: “En el caso que nos ocupa, quien a fin de cuentas imposibilita que los administrados cumplan con lo estipulado por la ley es la misma Administración, por lo que, contrario a lo que alega el recurrente, sí resulta aplicable la máxima ‘nadie está obligado a lo imposible’, pues inevitablemente el endilgado iba a incumplir con el requisito legal”.

¿la respuesta jurídica fue la adecuada?. Considero que ambos sucesos ilustran la inexigibilidad de otra conducta, sin embargo, el estado actual de nuestro Derecho penal (al no aceptarse causas supraleales de exculpación), y tampoco prever una causa de exculpación específica por inexigibilidad (capaz de dar solución a supuestos tan disimiles como los ilustrados) no llega a brindar una contestación adecuada, aunque me parece, todos podríamos considerar que sí justa (no hubo sanción).

Abogo por una causa específica de inexigibilidad de otra conducta, que sé, ha sido muy polémica en su admisión por la doctrina⁸⁴⁰. No desconozco los temores que ello evoca, especialmente por argumentos relacionados a la seguridad jurídica, válidos y entendibles, pero que pueden superarse con una eximente de excepción, bien articulada, de manera que no quede finalmente al libre adbedrío de los operadores del Derecho, como un portillo a la impunidad y al tráfico de influencias, sino como un instrumento valioso al servicio de la ciudadanía.

Deberá ser una causa de exculpación prevista expresamente por la ley penal, pues como lo afirma JESCHEK “... *la cuestión de si no cabe formular reproche alguno al autor de una acción típicamente antijurídica y culpable a la vista de la disminución del contenido del injusto y de culpabilidad del hecho, sólo puede, en principio, decidirse por el propio legislador con arreglo a criterio jurídico (sic) penales, ya que de otro modo se seguirían las consecuencias de desigualdad ante la ley y subjetivismo*”.⁸⁴¹ En definitiva, la inexigibilidad de otra

⁸⁴⁰ Vid. JAKOBS, Günther, Derecho Penal, PG, 2ª edición corregida, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997, p. 715.

⁸⁴¹ JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, PG. T I, 1981, p. 684, sin expresar un no rotundo a las causas supraleales de exculpación, afirma solo pueden admitirse como “excepciones estrictamente delimitadas, refiere además: “... las causas de exculpación se hallan vinculadas a la ley, y en concreto a la ley penal, pues la cuestión de si no cabe formular reproche alguno al autor de una acción típicamente antijurídica y culpable a la vista de la disminución del contenido del injusto y de culpabilidad del hecho, sólo puede, en principio, decidirse por el propio legislador con arreglo a criterio jurídico (sic) penales, ya que de otro modo se seguirían las consecuencias de desigualdad ante la ley y subjetivismo”.

conducta como causa de exclusión de la culpabilidad solo puede estar dirigida a un ámbito limitado de “enjuiciamiento valorativo” como afirmaba MEZGER, que no modifique la “índole positiva de la valoración de los bienes jurídicos”, porque su propósito no es cambiar las valoraciones derivadas de la ley positiva, sino complementarla.

La previsión legislativa debe atender especialmente dos aspectos⁸⁴²:

a) EN CUANTO A LA SITUACIÓN MOTIVACIONAL ANORMAL: VALORACIÓN NORMATIVA Y SOCIAL POSITIVA

Lo primero es constatar el hecho, pues en estos casos resulta insostenible cualquier presunción o generalización. La *situación motivacional anormal* debe ser en primer lugar *real*⁸⁴³, *presente e inminente* y puede tratarse de un evento que represente la presencia o inminencia de un mal, un riesgo, o una situación que el sujeto *no es capaz de sobrellevar, sobreponer, en suma, soportar*.

En segundo lugar requiere que la situación anormal sea humanamente entendible, es decir, no es valorada de una forma totalmente negativa, de manera que por ello se percibe, explica y dispensa al individuo (de infringir la norma), pese a que el comportamiento sigue siendo exigible a los ciudadanos en general, pero a nivel individual, no es penalmente exigible. Por ello, como afirma LUZÓN PEÑA se “comprende, explica y disculpa” al sujeto de infringir la norma en esa específica

⁸⁴² Aunque LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 554, no aboga por una cláusula expresa de inexigibilidad como causa de exculpación, los factores expuestos en esta sección se inspiran en las precisiones que el estimado profesor expone.

⁸⁴³ Por ejemplo, como cita JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, T.VI, 3ª edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1962, p.982: “Si el naufragio que desaloja de la tabula unius capax al primer ocupante de ella, lo hace siendo expertísimo nadador, en tanto que su compañero de infortunio jamás practicó la natación, con mar encalmado y a pocos metros de la orilla, no podemos decir que no se le puede exigir otra conducta, puesto que el mero temor, sin fundamento, de un remotísimo peligro, no basta para abonarle la no exigibilidad de otro proceder”.

situación; pese a que la conducta siga siendo “desvalorada, reprobada y prohibida”; precisamente por ello la inexigibilidad no es jurídica individual (porque jurídicamente sí se exige a la persona acatar la norma) es inexigibilidad **penal individual** (porque solo afecta a ese particular individuo, en ese caso concreto).⁸⁴⁴

b) EN CUANTO AL AUTOR: IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE QUE LA NORMA JURÍDICO-PENAL LO MOTIVE NORMALMENTE

No es suficiente con la verificación de la *situación motivacional anormal*, que en principio haría “entendible” no exigir el cumplimiento de la norma; necesariamente debe analizarse si eso es así para el caso concreto del sujeto enfrentado con esa especial o *sui generis* realidad; porque puede suceder que por sus especiales o particulares características, pese a la situación extraordinaria el individuo no tenga mayor dificultad de enfrentarla y comportarse conforme a la norma.

El individuo no ha perdido totalmente su libertad, pero en el escenario anómalo que enfrenta resulta para él sumamente costoso motivar su comportamiento de una forma jurídicamente correcta; por ende, no es posible exigirle bajo amenaza de pena que cumpla la conducta ordenada o se abstenga de realizar la prohibida⁸⁴⁵. Esta elaboración también exige una comprobación fáctica de la excepcional situación para el sujeto.

⁸⁴⁴ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 554.

⁸⁴⁵ LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 554.

CONCLUSIÓN

Termino con una reflexión de COBO7VIVES:

“La existencia de un deber de actuar o abstenerse de actuar en el sentido requerido por la norma se funda en la posibilidad de llevar a cabo el comportamiento jurídicamente correcto y en la exigibilidad del mismo. Posibilidad y exigibilidad del actuar de acuerdo con los dictados de la norma no son conceptos idénticos: lo imposible no es exigible; pero, en multitud de ocasiones, el Derecho renuncia a exigir comportamientos que el sujeto podría realizar. De manera que, si bien lo imposible no es exigible, lo posible tampoco es, por el mero hecho de serlo, exigible siempre. No todo lo que puede ser realizado, por consiguiente, es jurídicamente exigido y, si ello es así, es porque el Derecho se limita a regular la convivencia externa y sólo demanda de los ciudadanos conductas compatibles con una adecuada regulación de la misma”⁸⁴⁶.

Los conceptos exigibilidad e inexigibilidad son obra de un largo período de formación y evolución, al punto de ubicarlos en un lugar importante en el estudio de la teoría del delito. Han operado mutaciones en el contenido de lo exigible, también respecto a los fundamentos de la legitimación estatal para imponer un castigo, pero la aceptación y utilidad de los conceptos exigibilidad e inexigibilidad es una verdad al margen de toda discusión, no solo en tema de culpabilidad, también tratándose de la tipicidad y la antijuridicidad.

Sin duda, hoy la no exigibilidad de otra conducta es aceptada como un principio regulador e informador de todo el ordenamiento jurídico, pero también debe reconocérsele su importante impacto en el componente culpabilidad, donde obliga al operador a verificar que aún en un sujeto con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuridicidad, es preciso analizar en algunos casos, si se

⁸⁴⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás, Derecho Penal, P.G. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 617.

presentó una situación tan extrema que desde la perspectiva de los fines de la pena, no es necesario o aconsejable, imponer sanción.

El respecto al principio de legalidad y necesidades de seguridad jurídica, hacen imposible abrazar eximentes supraleales de exculpación, no obstante, la existencia de casos donde la responsabilidad penal no solo se ve perturbada cuando el sujeto encuentra afectadas sus condiciones psíquicas, sino también cuando se enfrenta a una situación anormal no exigible; por ello considero se debería crear una causal específica, reguladora de la inexigibilidad de otra -como causa exculpatoria-, en lugar de acudir a complicadas y en ocasiones, poco técnicas soluciones.

BIBLIOGRAFÍA

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., Derecho Penal, Parte General, 4ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996.

CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, Derecho Penal, P.G., T.II, 1ª edición, Editorial Jurídica Continental, 2010

JAKOBS, Günther, Derecho Penal, Parte General (Fundamentos y teoría de la imputación), trad. de J. Cuello y J.L. Serrano, Madrid, Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, trad. de la 3ª ed. y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981; trad. de la 4ª ed. por J.L. Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, , Luis, Tratado de Derecho Penal, T. VI, 3ª ed. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires 1962, p.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Lecciones de Derecho Penal, P.G., 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

- "Causas de atipicidad y causas de justificación", en: Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal (Coord. D.M. Luzón Peña y S. Mir Puig), Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 21-43.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, "Exigibilidad y derecho a no declararse culpable", en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1991, p. 25-43.

MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz, Derecho Penal, Parte General 1 (Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible), trad. de la 7ª ed. alemana por J. Bofill y E. Aimone, Buenos Aires, Astrea, 1994.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, Derecho Penal, Parte General (teoría jurídica del delito), 2ª ed., Madrid, Rafael Castellanos, 1986.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho Penal español, Parte General, 18ª ed., Madrid, Dykinson, 1995.

ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, t.I (fundamentos de la estructura de la teoría del delito), trad. de la 2ª ed. alemana y notas por D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. De Vicente Remesal, 1ª ed., Madrid, Cívitas, 1997.

SÁINZ CANTERO, José Antonio, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Bosch, 1990.

- La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal, Granada, Universidad de Granada, 1965.

- "Las causas de inculpabilidad en el Código penal español (el principio de no exigibilidad)", en: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1963, p. 52-78.

- "El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de no exigibilidad", en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1960, p. 419-453.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/CORCOY BIDASOLO, Mirentux/BALDÓ LAVILLA, Francisco, Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales, Parte general, Barcelona, J.M. Bosch, 1996.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Indicaciones Metodológicas sobre el concepto material de culpabilidad", en: Cuadernos de Política Criminal, No. 36, 1988, p. 759-768.