

## **INTRODUCCION**

### **1. Generalidades**

Para que se pueda reconocer la existencia de un hecho socialmente lesivo es necesaria la verificación no solamente del tipo antijurídico sino también de la culpabilidad, entendida la misma como el conjunto de circunstancias que determinan que al autor de una acción típica y antijurídica se le pueda exigir responsabilidad penal en la medida en que se le pueda reprochar personalmente por su conducta siempre que haya podido actuar de otra manera motivado por el derecho.

Ahora bien, existen tres postulados fundamentales que necesariamente se deben tomar en cuenta para poder determinar la existencia de la culpabilidad: La imputabilidad, la presencia de las formas de aquella, es decir, del dolo o de la culpa y la exigibilidad de una conducta legal determinada por el poder del sujeto para obrar conforme al deber.

Ahora bien, cuando las circunstancias o condiciones del hecho en que el individuo actúa son tales que hacen imposible o muy difícil la formación de un querer humano, autónomo y libre de defectos, no será exigible un comportamiento sujeto a ley y, por tanto, no habrá culpabilidad.

La investigación que comprende el presente trabajo esta dedicada precisamente al análisis de la faz negativa de la exigibilidad, esto, es, la no exigibilidad.

Considero que la no exigibilidad de otra conducta constituye un principio de importancia no sólo en el ámbito penal, sino también mas allá de las fronteras del derecho primitivo, en otras ramas del derecho. Lo significativo del mismo radica en el hecho de que surge como un escudo protector de la libertad de las personas en situaciones en las cuales no pueden actuar de modo distinto al observado.

El tema en sí conlleva un problema de actualidad permanente ya que el derecho no puede exigir conductas heroicas o épicas y, la idea de inexigibilidad se desprende de la naturaleza limitada e imperfecta del ser humano quien a veces se ve empujado irremediabilmente a actuar contra el derecho sin que pueda determinarse libremente.

En cuanto a la doctrina, a la fecha existen dos posiciones imperantes: La primera que admite sin reservas la aplicación de la inexigibilidad, tanto en los delitos dolosos como en los culposos (Freudenthal, Sainz Cantero, Jiménez de Asúa, Bettiol, entre otros). La segunda admite la aplicación de la no exigibilidad pero con reservas o restricciones (Mezger, Welzel, Rodríguez Muñoz, Romero Soto, entre otros). Al respecto, nos adherimos a la primera postura por considerarla mas acorde con la finalidad de realización de la justicia.

De otra parte, en lo que se refiere al desarrollo jurisprudencial comparado, los jueces tudescos encontraron que en la fórmula del estado de necesidad (Art. 54 del Código Penal Alemán) no podían subsumirse una gran cantidad de estados necesarios. A su vez, en España se resolvió que la causal de inexigibilidad se puede alegar para completar la ley positiva. En los tribunales argentinos también se ha debatido el problema de la no exigibilidad de otra conducta aplicando en muchos casos el principio. Lo propio se observó en la Suprema Corte de México.

En la jurisprudencia boliviana no se conocen casos en los que se hubiera aplicado el principio el mismo que además no se encuentra expresamente consagrado en nuestra normatividad penal existiendo un vacío legal al efecto.

## **2. Problema Científico:**

¿Constituye una necesidad el incorporar de manera clara y expresa el principio de no exigibilidad en nuestra legislación penal?

### **3. Objetivos**

#### **- Objetivo General:**

Demostraremos con base doctrinal la necesidad de incorporar el instituto de la no exigibilidad de otra conducta en nuestra legislación penal para aplicarlo como instrumento de interpretación o regulativo a todos los casos no contemplados en las causas de justificación y de inculpabilidad.

#### **- Objetivos Específicos:**

- a) Análisis teórico – doctrinal y fundamento filosófico del principio de no exigibilidad.
- b) Analizar el desarrollo jurisprudencial comparado y casos doctrinales para luego efectuar un análisis comparativo con el tratamiento que da nuestra legislación al principio de no exigibilidad.
- c) Identificar la ubicación de la no exigibilidad dentro de la estructura del hecho punible y establecer su delimitación.
- d) Determinar la presencia o no del principio de no exigibilidad en el derecho penal boliviano.

### **4. Hipótesis**

El vacío legal por la ausencia del principio de no exigibilidad en el derecho penal boliviano y el catálogo tan cerrado de eximentes de justificación y de inculpabilidad, dejan sin regulación aspectos de la realidad social y da lugar a la responsabilidad penal de personas que no pueden actuar de otra manera.

## **5. Variables**

- **Variables Operacionales:**

- a) **Variable Independiente**

- Aspectos de la realidad social.
- Responsabilidad penal de las personas que no pueden actuar de otra manera,

- b) **Variable Dependiente**

- Vacío legal por la ausencia del principio de no exigibilidad en el derecho penal boliviano.
- Catálogo tan cerrado de eximentes de justificación y de inculpabilidad.
- 

- **Variables Conceptuales**

- Vacío legal
- Principio de no exigibilidad
- Legislación penal
- Culpabilidad
- Libertad de las personas

## **6. Definición Operacional de Términos**

- Vacío Legal: Inexistencia de una regulación adecuada del principio de no exigibilidad.
- Principio de no exigibilidad: Faz negativa de la exigibilidad como postulado esencial de la culpabilidad consistente en que el que humanamente no pueda actuar conforme al derecho no tiene el deber de hacerlo y no le debe ser exigible que lo haga.

- Legislación Penal Boliviana: Código Penal.
- Culpabilidad: Como juicio que recae sobre el autor imputable de un hecho injusto, por haberse comportado dolosa o culposamente, pudiendo obrar de modo distinto.
- Libertad de las Personas: Como estado natural de las mismas.

## **7. Métodos y Técnicas**

### **Métodos teóricos**

- Método de Análisis y Síntesis.- A utilizarse en el análisis teórico doctrinal y fundamento filosófico del tema.
- Método Comparado.- A utilizarse en el estudio del desarrollo jurisprudencial que sobre el tema han tenido otros países.
- Método Exegético.- A emplearse en el análisis del texto de la ley.
- Método Inductivo.- Deductivo.-

### **Métodos empíricos:**

De Consulta a Expertos.- (Entendidos en materia penal).

**Técnicas:** Entrevistas a jueces, fiscales y abogados dedicados al área penal.

## **8. Resultados Esperados**

Proponer las bases legales para la incorporación del principio de no exigibilidad en la legislación penal boliviana.

## **CAPITULO 1**

### **1. ANALISIS DOCTRINAL Y FUNDAMENTO FILOSOFICO DEL PRINCIPIO DE NO EXIGIBILIDAD**

#### **1.1. Origen**

Algunos autores han querido ver en la doctrina y jurisprudencia italianas el origen de la **Teoría de la No Exigibilidad** al mostrar como sus iniciadores a Carrara, Filangieri y Rossi, al advertir asimismo la presencia de ésta en sentencias de las Cortes de Turín (1881), Florencia (1882), Roma (1881), asimismo, tras la entrada en vigencia del Código de Zanardelli, en fallos de la Corte de Apelación de Palermo (1906) y del Tribunal de Monza (1920).

Igualmente podríamos encontrar en otras latitudes la presencia implícita del pensamiento de la no exigibilidad<sup>1</sup>. Sin embargo, aunque el tema haya sido tocado anteriormente, la verdadera elaboración del instituto en estudio se debe a los tribunales y autores alemanes puesto que han sido aquéllos quienes lo han estudiado con rigor científico, estructurándolo en forma coherente y situándolo dentro de la Teoría del Delito.

Ahora bien, en este punto de nuestra exposición conviene preguntarse por que motivos los juristas alemanes desarrollaron y estudiaron más ampliamente el principio de la inexigibilidad. Consideramos que dos son las razones que explica este hecho.

La primera, la insuficiente regulación del estado de necesidad en el Art. 54 del Código Penal Alemán que solo cobijaba como eximentes situaciones referentes al

---

<sup>1</sup> Ver a SAINZ CANTERO, José, La Exigibilidad adecuada a la norma en Derecho Penal. Pág.12.

peligro para la vida y la integridad corporal del autor o de un pariente, dejando fuera situaciones que atentaban contra otros bienes jurídicos, razón por la cual la jurisprudencia y la doctrina alemanas intentaron llenar ese vacío o insuficiencia legal a través de la creación de la casual supralegal de inexigibilidad.

La segunda razón radica en el hecho de que es la doctrina alemana la que elabora el concepto normativo de la culpabilidad según el cual, para cumplir con el deber impuesto por el precepto penal debe serle posible al sujeto adecuar su conducta a la norma y si no le es posible actuar conforme al precepto, no será culpable.

Es la inexigibilidad una muestra de cómo se puede aprender partiendo de los errores, de cómo se puede ampliar y profundizar las fronteras del derecho a partir de los defectos de la ley. El esfuerzo hecho por los penalistas alemanes para salvar el escollo planteado por el Art. 54 del Código Penal Alemán ha rendido sus frutos y hoy en día la doctrina italiana, española y latinoamericana, entre otras, continúan ese esfuerzo que en el fondo no contribuye sino al perfeccionamiento del Derecho Penal Universal.

## **1.2. Posiciones doctrinales en cuanto a la aplicación del principio de no exigibilidad**

Podríamos reducir a dos las posiciones imperantes en la doctrina: a) La primera admite sin reservas la aplicación de la no exigibilidad tanto en los delitos dolosos como en los culposos. b) La segunda admite la aplicación de la no exigibilidad pero con reservas o restricciones, bien en ambas formas de culpabilidad, bien en la culpabilidad dolosa o bien en la culpabilidad culposa.

- a) Hagamos una reseña de las opiniones de los juristas que apoyan la aplicación de la no exigibilidad tanto en los delitos dolosos como en los delitos culposos:

Para Freudenthal<sup>2</sup> la inexigibilidad es aplicable tanto en el ámbito del dolo como en el de la culpa, porque cuando las circunstancias son tales que cualquiera habría actuado como lo ha hecho el autor, falta la presencia del dolo y de la culpa desapareciendo la posibilidad de formular un reproche y, por tanto, desaparece la culpabilidad. Añadiendo luego: "...lo que para la culpa es justo no debe serlo para el dolo y así se puede preguntar porque se exige menos en la forma más grave de la culpabilidad, que en la menos grave".

El profesor español SAINZ CANTERO<sup>3</sup> afirma al igual que JIMENEZ DE ASUA que la intención dañosa y la imprudencia no se elevan a la categoría de dolo o culpa, sino cuando efectuadas las valoraciones se demuestra plenamente que la motivación era reprochable. "Así entendido – afirma Sainz Cantero – no vemos dificultad alguna en la aplicación de la no exigibilidad en el área del dolo. Tampoco ofrece dificultades en el campo de la culpa..."

Por su parte Bettiol, Scarano, Henkel y Jiménez de Asúa<sup>4</sup> no hacen distinciones en la aplicación del principio de no exigibilidad tanto en el dolo como en la culpa.

b) De otra parte, otro grupo de autores manifiesta sus reservas en cuanto a la aplicación de la no exigibilidad.

Mezger<sup>5</sup>, quien en principio acogió la posición de Freudenthal, más tarde la abandona para afirmar que no podía aplicarse indiscriminadamente la inexigibilidad en el campo del dolo, porque según él, puede muy bien acontecer que frente a un resultado prohibido, previsto como punible (culpa), no pueda exigirse otra conducta al agente. Mientras que frente a un resultado prohibido previsto como seguro (dolo), esa exigencia si exista.

---

<sup>2</sup> FREUDENTHAL, *Schuld and Vorwurf*, Pág. 10 Citado por SAINZ CANTERO, Op. Cit. Pág. 66.

<sup>3</sup> SAINZ CANTERO, Op. Cit. Pág. 75.

<sup>4</sup> En el T. VI de su Tratado ya citado, en la Pág. 984 JIMENEZ ASUA rechaza la posición de Mezger quien pide precaución en la aplicación de la no exigibilidad y acoge la posición Freudenthal.

<sup>5</sup> MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*. Págs. 272 y ss.



Welzel<sup>6</sup>, en cuanto a los delitos dolosos también tiene sus reservas y por ello sostiene que en ellos el derecho exige al autor con mucha mas fuerza que determine su obrar conforme al precepto.

En la doctrina española, Rodríguez Mourullo, al contrario de los autores que venimos tratando, opina que en el campo del dolo no hay dificultad ya que se puede distinguir claramente el dolo de la no exigibilidad. El problema surge en el campo de la culpa pues los elementos de esta se encuentran ligados y a veces confundidos con la inexigibilidad.

Concluye el profesor Rodríguez Mourullo<sup>7</sup> aconsejando prudencia en su aplicación tanto en el dolo como en la culpa.

En el ámbito de la culpa, para afirmar su existencia se requiere que pueda exigirse al sujeto el cumplimiento del deber de precaución, es decir, que pueda determinarse de acuerdo con el mismo. Esto conlleva a que cuando en los delitos culposos no existe ese poder, faltaría no la exigibilidad, sino la culpa misma que junto a la imputabilidad es requisito indispensable del juicio de reproche. En este punto debemos conceder que la falta de culpa tiende a confundirse con la inexigibilidad, pero de esa confusión no puede inferirse necesariamente la no aplicación de la inexigibilidad a los delitos culposos.

En Colombia Romero Soto<sup>8</sup> limita la aplicación de la inexigibilidad a los delitos culposos. Pérez<sup>9</sup> se pronuncia en el mismo sentido con el argumento de que los delitos dolosos quedan cobijados bajo la coacción insuperable. Por último, expresa

---

<sup>6</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. Parte General. Págs. 248 y ss.

<sup>7</sup> RODRIGUEZ MOURULLO La culpabilidad en el tratado de Mezger, en “Revista de Derecho Público” Págs. 151 y ss. Citado por SAINZ CANTERO, Op. Cit. Pág.69.

<sup>8</sup> ROMERO SOTO, Luis. Derecho Penal. Vol. II. Págs. 267 y 228.

<sup>9</sup> PEREZ, Luis Carlos, Tratado de Derecho Penal. Pág. 863.

Mahecha<sup>10</sup>: “No creemos, por vía de lógica, que la excluyente ideada por la doctrina alemana tenga cabida respecto del dolo, por que este supone la voluntad consciente dirigida a la producción del resultado antijurídico y porque para esta especie de la culpabilidad existe en el derecho moderno un amplio desarrollo de las causas que pueden excluirla; pero es válida en el ámbito de la culpa, cuando a pesar de ser previsible el resultado o haberse previsto, no sea posible exigir al agente una conducta distinta a la realizada...”.

En lo concerniente a nuestro criterio, aceptamos la posición doctrinal que propugna la vigencia del principio en análisis tanto en el ámbito del dolo como en el de la culpa. Consideramos que la culpabilidad esta determinada no solo por sus formas: dolo y culpa, sino que requiere además de circunstancias concurrentes que permitan al autor actuar conforme a derecho, es decir que para formular el juicio de reproche son esenciales aparte de las formas ya indicadas, la exigibilidad de una conducta. Si faltaría uno solo de estos presupuestos quedaría excluida la culpabilidad. De lo ya señalado se deduce que si las circunstancias son tales que harían inexigible la conducta conforme al precepto, definitivamente quedaría excluida la culpabilidad sin importar que el resultado haya sido doloso o culposo. Mas aún, no importa en estos casos el grado de intensidad del dolo o de la culpa, lo que en verdad interesa es que se configure correctamente la situación de inexigibilidad, pues, así exista por ejemplo el dolo mas intenso, solo habrá reproche si el agente pudo actuar libremente.

### **1.3. Fundamento filosófico**

Tomando en consideración la concepción personal de lo ilícito que se fundamenta en la necesidad de que aquél, como hecho social, se diferencie de los meros sucesos naturales explicables por la causalidad; en lo que corresponde al principio en estudio, es necesario partir de la siguiente premisa : El derecho es un criterio

---

<sup>10</sup> GAITAN MAHECHA, Bernardo. Curso de Derecho Penal General. Pág. 195.

de valoración de la actividad humana. El derecho se refiere a acciones, valorándolas. No podemos aplicar los predicados de justo o injusto, lícito o ilícito sino a una actividad humana y los hechos naturales no pueden ser calificados con tales adjetivos.

El valor que tiene para nosotros lo anotado precedentemente es fundamental ya que el acto humano que puede dar lugar a lo ilícito se debe caracterizar por llevar en si los elementos que permitan afirmar su contradicción con el orden social. En consecuencia la comprobación de la causalidad de la lesión del bien jurídico es insuficiente, pues la materia de lo ilícito requiere que se tomen en consideración elementos de la persona que realiza la acción

Si bien es cierto que el derecho en ocasiones regula algunos hechos naturales (la muerte, la accesión por aluvión, etc.), también es cierto que solo los regula con un carácter meramente preventivo, pero no los valora y por tanto no los califica como contrarios o acordes con el derecho, sino que simplemente los conduce para que la actividad humana relacionada con ellos se acomode a la justicia.

Aclarado este punto, es necesario establecer el alcance del término actividad humana. En palabras de **Giorgio Del Vecchio**<sup>11</sup> “**La acción consta de dos elementos:** uno extrínseco, que es una manifestación objetiva, una realidad que pertenece al mundo físico: el otro intrínseco, que es una entidad síquica, una intención, un estado de ánimo, una afirmación de voluntad”. Ahora bien, en la acción estos dos elementos están unidos esencialmente entre sí. El sólo elemento psíquico no es jurídicamente trascendente, igualmente, el sólo hecho externo tampoco es relevante para el derecho. Solo lo es cuando puede ligarse ese elemento físico (extrínseco) con el elemento psíquico (intrínseco), caso en el cual nos encontramos frente a una acción en sentido

---

<sup>11</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. Filosofía del Derecho. Pag. 312.

estricto. El elemento psíquico y el material están unidos esencialmente en los actos y al estar separados o al faltar uno de ellos éstos pierden su calidad de tales.

Resulta indudable entonces que la acción es el motor del acontecer, la naturaleza del sujeto activo que endereza su voluntad hacía una determinada actividad. En cuanto a la voluntad, su existencia se da en el estudio de su aparición obligada, en la concurrencia y sus formas de aquélla. Así, una consecuencia reprobada, plasmada en la ley, marca la dirección personal del impulso volitivo –dolo-, el resultado desviado, el que se da en el hecho culposo y que desemboca en un acto desaprobado también jurídicamente.

Entonces, la conducta presupone siempre un hecho humano voluntario. Toda la vida comunitaria del hombre se estructura sobre su actividad. Esto implica que los miembros de la sociedad pueden actuar de manera conciente y elegir los medios para ello. Se diferencia del simple suceso de la naturaleza en cuanto este no es dirigido concientemente. Se atribuye así una determinada conducta a una persona cuando su actividad (o su inactividad) es el resultado de su motivación.

Fijando nuestra atención en ese elemento psíquico del acto, vemos que éste no se nos presenta de una manera única, sino en diversidad de formas, dependiendo de los niveles de conciencia, voluntad y libertad con que actúa el sujeto. (Vale la pena aclarar que cuando hablamos de elemento psíquico del acto nos referimos a la acción como al despliegue de un poder concretamente humano de proyectar sobre el mundo las propias decisiones transformando la realidad, o sea, como la síntesis extrema de las capacidades superiores del ser humano por cuanto contiene siempre una forma de comprensión de la realidad y un complicado proceso decisorio en el que se entrelazan imágenes de cosas actualmente existentes con las de otras que hay que crear, acción que siempre pasa de una faz subjetiva a una faz objetiva).

Es así como podemos construir una escala que comprende un número infinito (o casi infinito) de formas posibles de ese elemento subjetivo:

- a) En primer lugar encontramos situaciones en las cuales la conciencia, la voluntad y la libertad se presentan de manera plena e intensa, por ejemplo, en el homicidio doloso.
- b) Luego podemos ubicar un estado interno del sujeto en el cual sus facultades intelectuales y morales están un poco disminuidas, pero presentes: por ejemplo, en el homicidio culposo.
- c) Por último encontramos situaciones en las cuales el sujeto carece de dichas facultades (un homicidio cometido en estado de hipnosis) y pasa a ser un simple objeto de las circunstancias.

Nos enfrentamos aquí a un problema de todo el derecho: ¿Cuál es esa línea limítrofe (entre los puntos b y c) que determina a partir de qué momento el hombre actúa apoyado por sus facultades intelectuales y morales, o en ausencia de ellas?

Definitivamente la no exigibilidad es un criterio que ayuda a aclarar esta cuestión. Pero podemos ir aún más allá y preguntarnos: ¿Es el hombre un ser predeterminado o un ser libre?

Caemos aquí en la disputa filosófica que enfrenta al determinismo y al libre albedrío o indeterminismo<sup>12</sup>, discusión tan antigua como apasionada y que aún sigue siendo objeto de extensos debates.

Quienes apoyan la tesis del libre albedrío consideran que el hombre es dueño de su propia conducta, entienden que el hombre no está dejado inexorablemente a un cúmulo de causas y efectos. De todas las posibilidades que tiene el hombre puede escoger, prueba de ello es que en este preciso momento podemos cambiar de actitud y

---

<sup>12</sup> RECASENS SICHES, Luis, Filosofía del Derecho. Págs. 83 y ss.

elegir una nueva. Y además nuestras decisiones son fruto no de un antecedente que se nos impone sino de nosotros mismos y por ello es que al actuar nos sentimos responsables de esa acción y de sus consecuencias, nos sentimos satisfechos o inconformes, pero nunca indiferentes.

Según los deterministas nada ocurre en la naturaleza que no tenga una razón antecedente: inclusive las mismas acciones del hombre están determinadas como si fuesen fenómenos naturales por unos antecedentes.

Más aún, afirman los deterministas si conociésemos todos esos antecedentes que determinan el actuar del hombre, podríamos predecir su conducta. En consecuencia, la libertad en el hombre parece no existir y por lo tanto no tiene sentido valorar su conducta ni adjudicársela o reprochársela, porque no es él quien obra sino el destino.

Pierde así sentido la noción jurídica de culpabilidad, la valoración de la conducta humana y el derecho mismo.

Entendemos como tesis más acertada la del libre albedrío del ser humano. La ley del determinismo que afirma que todo hecho tiene un antecedente y a la vez un consecuente del cual es causa, es equivocada. Incurren en error quienes afirman que todo ese universo de causas y efectos inexorables también rigen la conducta del hombre. En efecto, si ello fuese así, ¿por qué puede el hombre deducir mediante su propia conciencia esta ley del determinismo natural, escapándose de ese gran caudal de antecedentes y consecuentes, dominándolo y comprendiéndolo? En este mismo instante nosotros podemos cambiar de actitud o permanecer inertes o mantener nuestra posición original y ese cambio o permanencia no depende de una causa externa sino solamente de nosotros. Debemos pues llegar a la conclusión de que el hombre por estar dotado de intelecto y voluntad puede decidir libremente sin estar predeterminado. Por lo tanto, sus decisiones son suyas, por ello podemos imputarle su conducta y aún reprochársela o alabarla. Porque es él quien obra y no la providencia.

Adquiere así sentido la noción jurídica de culpabilidad, la valoración de la conducta humana y el derecho mismo.

Arriba hemos indicado que todo ser humano puede elegir libremente y hemos utilizado este término (puede), porque existen casos en los cuales por las circunstancias externas que rodean al sujeto o por sus condiciones personales, éste no está en posibilidad de determinarse libremente. Entonces; si el ser humano opta libremente, su conducta le es reprochable, porque es él quien obra puesto que elige y decide. Pero cuando el sujeto no actúa libremente su conducta no le es reprochable, porque no es él quien actúa sino el azar, se convierte en un simple instrumento de las circunstancias que superan su capacidad de elegir. En todo caso lo que el ser humano siempre tiene latente es su capacidad de libertad, siempre en potencia a pesar de las circunstancias. La libertad es una cualidad propia de todo ser racional, aunque a veces se vea coartada por alguna eventualidad. Así por ejemplo, quien hurta deliberadamente y en forma libre y quien lo hace forzado por una coacción insuperable, conservan su capacidad de libertad, a pesar de que uno haya tenido momentáneamente limitada la misma y el otro no.

Pues bien, es en esa libertad del hombre donde encontramos el fundamento filosófico de la no exigibilidad que afirma que: no es culpable quien actúa en circunstancias tales que no le permiten adecuar su conducta al derecho. Quien actúa en condiciones tales que no le permiten elegir libremente, no puede ser culpado porque los resultados de su conducta no dependen de él sino de las circunstancias.

Culpar a alguien que no ha tenido la oportunidad de decidir libremente es negarle su libertad y de paso su dignidad. Al contrario, quien actúa libremente es responsable de las consecuencias negativas y positivas de su actividad porque tuvo la oportunidad de valorar sus alternativas e inclinarse sin limitaciones por una de ellas abandonando las otras, y por tanto, los resultados de su actuar dependen de él y le pertenecen.

Para que a una persona pueda exigírsele un comportamiento conforme al derecho, es presupuesto indispensable que goce de un coeficiente mínimo de libertad electiva que le permita acomodar su conducta a las exigencias de la norma. Si no existe ese mínimo de libertad, no podrá exigírsele al sujeto un obrar adecuado al precepto. **Es así como la libertad humana se convierte en el presupuesto esencial, en el requisito indispensable, en el fundamento filosófico de la exigibilidad o no exigibilidad de una conducta determinada.**

De lo expuesto en el presente capítulo podemos resumir lo siguiente:

- a) El derecho es un criterio de valoración de actos y no de hechos.
- b) Los actos están constituidos por un elemento material (extrínseco) y por un elemento psíquico (intrínseco).
- c) El elemento psíquico de los actos se presenta en diversidad de formas dependiendo del grado de libertad, conciencia y voluntad con la que actúa el hombre.
- d) La libertad es una cualidad propia del ser humano a pesar de que en ocasiones, debido a las circunstancias, ésta se encuentre más o menos limitada.
- e) Es exigible una conducta adecuada a derecho al sujeto que al actuar tuvo la oportunidad de elegir libremente (entre conducirse jurídicamente o no); porque su conducta y los resultados de la misma, dependen únicamente de él.
- f) No es exigible una conducta adecuada al derecho a quien no tuvo la oportunidad de elegir libremente, por lo tanto, la libertad es el fundamento filosófico de la no exigibilidad.



En suma, para que el derecho pueda valorar correctamente los actos humanos es necesario observar el componente psíquico de los mismos con la finalidad de apreciar si el sujeto actuó con un mínimo aceptable de capacidad de autodeterminación, de libertad electiva. Si ello es así, le será exigible una conducta jurídica. Caso contrario, no habrá exigibilidad.

De esta manera, la libertad humana se constituye en el factor determinante, en el verdadero fundamento de la no exigibilidad o no exigibilidad de una conducta conforme a derecho.

## **CAPITULO II**

### **2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL COMPARADO, NATURALEZA Y CASOS DOCTRINALES**

#### **2.1. Desarrollo jurisprudencial**

Los jueces tudescos encontraron que en la fórmula del estado de necesidad (Artículo 54 del Código Penal Alemán) no podían subsumirse una gran cantidad de estados necesarios. En esta situación era inhumano por ejemplo aplicar el precepto a quien se había visto impulsado irremediabilmente a invadir abusivamente un fundo o a omitir la prestación de socorro o a destruir un bien ajeno de escaso valor para salvar el propio de gran valor. De otra parte en el Código Alemán se encontraban reconocidos casos concretos de estados de necesidad que no hacían referencia a la vida o a la integridad corporal, como: omitir una denuncia penal o declarar falsamente para salvar a un pariente que ha delinquido.

Si en estos casos, razonaban los jueces alemanes, la ley protege a quien trata de salvar a otro, con mayor razón debería proteger a quien trata de salvarse a sí mismo en el estado de necesidad, ya que no puede exigírsele un comportamiento diferente a quien actúa bajo esas circunstancias.

Apoyados en el razonamiento anterior fueron resueltos por la jurisprudencia alemana algunos casos particulares, entre ellos, el del “Leinenfänger” o caballo que recoge las riendas con la cola. Fue un caso ocurrido el 19 de julio de 1896. En él recayó sentencia de la Sala 4ta. (Penal) del Reichgericht el 23 de marzo de 1897. El tribunal inferior absolvió de la acusación de lesiones culposas y recurrió el fiscal. Los hechos eran los siguientes: El acusado había estado al servicio de K. zu G, propietario de coches de alquiler, desde octubre de 1895. Durante este tiempo condujo un carruaje tirado por dos caballos. Uno de ellos era de los llamados Leinenfänger, es decir, a

veces tenía la costumbre de pasar la cola por encima de las riendas y abatirlas, aprisionándolas fuertemente contra el cuerpo. Este defecto era conocido tanto por el acusado como por el amo. En un viaje hecho por el acusado el 19 de julio de 1896, consiguió el mencionado caballo enlazar las riendas con la cola cuando iban por la calzada con dirección a G. Al intentar vanamente el acusado librar las riendas, el caballo se desbocó y el acusado perdió por completo el dominio sobre el vehículo atropellando al herrero B que marchaba a un lado de la acera, cayendo este bajo el carro sufriendo la fractura de una pierna. La sentencia aludió a la situación coactiva del agente, al deber que tenía de obedecer a su patrón, así como a la razonable preocupación, si se negaba a salir con el caballo, de perder su colocación y su pan. Concluyendo que no se podía exigir como un deber perder su puesto, no saliendo aquel día<sup>13</sup>.

A diferencia del caso anterior, la jurisprudencia alemana extendió el principio de la no exigibilidad al dolo, al fallar en un asunto que se conoció como la “cigüeña (Klapperstorch)” ante los jurados. Según la tradición alemana esta ave trae a los niños. He aquí los hechos ocurridos en una región minera de Alemania: La empresa minera tenía acordado que cuando la cónyuge de un trabajador diera a luz en día laborable, el trabajador tendría ese día libre y percibiría su sueldo. Los obreros amenazaron a la partera del lugar con no utilizar sus servicios si no declaraba falsamente en el registro que los partos ocurridos en día festivo habían sucedido en día laboral. Temerosa la comadrona de perder su trabajo hizo una serie de inscripciones falsas. En este caso el tribunal absolvió a la autora teniendo en cuenta que en el trance en el que se encontraba no se le podía exigir que actuara de otra manera a riesgo de perder su empleo.

Los tribunales alemanes estudiaron otros casos que se mueven dentro de la esfera de la culpabilidad culposa, entre ellos podemos mencionar: el del padre que se opone a que se practique en su hijo una operación quirúrgica necesaria alegando motivos que

---

<sup>13</sup> RODRIGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español. Parte General. Pág. 615.

son aprobados por la ley moral; asimismo, el caso de una legítima defensa en la que se causa lesión a un tercero y otras situaciones en las que se admite la no exigibilidad en los delitos dolosos de omisión<sup>14</sup>.

En España, el primer caso de no exigibilidad, según Jiménez de Asúa<sup>15</sup> “fue conocido y sentenciado por la Sección Cuarta de la Audiencia de Madrid el 23 de mayo de 1935. Se trataba de un caso relativo al Artículo 34 de la Ley de Divorcio y el debate forense hubo de girar sobre si la negociación de alimentos que el marido había de prestar a la que fue su cónyuge, debía reputarse culpable o no, requisito taxativamente exigido por dicha norma para configurar la infracción delictiva. Los hechos eran éstos: La cantidad para alimentos que se había acordado que el marido pasaría a la mujer no podía seguirla abonando por haber padecido grandes mermas en sus ingresos. He ahí la causa de no satisfacer aquellas sumas. Alegado por el defensor ante la Audiencia que no se le podía exigir otra conducta, prospero la defensa y el Tribunal reconoció la no culpabilidad en cuestión”.

En otro caso en el que el mismo Jiménez Asúa alegó la inexigibilidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales de España; éste resolvió que la causal de inexigibilidad se puede alegar para completar la ley positiva, pero que en el caso concreto una mera aspiración política no podía tener fuerza suficiente para exculpar la violación dolosa de deberes jurídicos señalados en la ley y, por lo tanto, negó la aplicación de la causal supralegal en el tema en concreto, pero reconoció su existencia como causal de inculpabilidad.

En los tribunales argentinos también se ha debatido el problema de la no exigibilidad de otra conducta. Los hechos de la situación que ahora relatamos ocurrieron en Tucumán: En junio del año 1940 una reclusa de la penitenciaría del Buen Pastor se fugó del establecimiento a través de los tejados de las casas contiguas saliendo

---

<sup>14</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal. T. VI. Pág. 937.

<sup>15</sup> Ibidem. Pag. 955

inmediatamente a la calle. Al encarar el cargo de violación de domicilios la acusada fue absuelta por un juez tucumano quien aplicó la doctrina de la no exigibilidad. En la parte fundamental del fallo afirmaba que: En las anotadas condiciones de hecho a las que llegó por conducta exenta de dolo y, por lo menos, libre de antijuricidad, no es posible exigirle que por evitar el riesgo de alterar la tranquilidad de los vecinos (bien jurídico menor) retorne el camino andado y se entregue perdiendo su libertad (bien jurídico mayor). En esta exacta evaluación de los bienes jurídicos haciendo que prime el de mayor valor sobre el de menor valor, radica la ausencia de lo injusto. Es así que de la aplicación estricta de la doctrina de la “no exigibilidad de una conducta conforme a derecho”, en circunstancias excepcionales importa una causa de exención de conformidad a la naturaleza funcional del derecho proclamando la justicia como su finalidad. Opera la institución sobre el elemento subjetivo de la culpabilidad y, al hacer resaltar su ausencia, suprime el carácter delictuoso atribuido al acto<sup>16</sup>.

Esta sentencia fue revocada por el Tribunal Superior de Tucumán en fallo de noviembre de 1941. Al decidir el recurso de alzada el tribunal consideró que no era aplicable la doctrina de no exigibilidad de una conducta conforme a derecho, porque en la raíz de la situación de hecho se encontraba el quebrantamiento de un deber.

Los tribunales argentinos han seguido aplicando el principio de no exigibilidad. A continuación transcribimos apuntes de dos fallos en los cuales se hace referencia a ese principio<sup>17</sup>.

“Del contenido de autos – dicen los altos jueces de Tucumán – aparece, prima facie, una obra de viraje imprudente del automóvil conducido por el procesado, pero también hay que tener en cuenta que el nombrado, en una situación repentina como el avance veloz de otro automóvil que quería pasar al chocado, pudo verse en el dilema de afrontar uno u otro supuesto, pues virando en contrario tal vez se le ofrecía igual riesgo. Situaciones como ésta pueden tomarse como no exigibilidad de otra conducta,

---

<sup>16</sup> Aparte obtenido de JIMENEZ DE ASUA, Op. Cit. Tomo VI. Págs. 960 y 961

<sup>17</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, OP. Cit., Pág. 961.

verdadero estado necesario que elimina la culpabilidad”. (Suprema Corte de Tucumán. Julio de 1994).

Otro fallo de la Cámara Nacional Penal de la Capital sostiene en sentencia de mayo de 1956 “...que el agente procesado reconoce el hecho de la fuga del menor que se hallaba bajo custodia, ocurrido en las circunstancias acreditadas en la causa, pero manifiesta en su descargo que esa fuga se produjo en momentos en que se encontraba obligado a alejarse por una necesidad imperiosa abandonando por tres minutos la vigilancia que le estaba encomendada- (Tratábase de una necesidad fisiológica)... en la urgencia del caso, del teléfono instalado en la sala o de otro medio de comunicación con el exterior y, según resulta de la inspección de Fs. 93, no le era exigible otra conducta que la observada, porque (la observada) le fué impuesta por una imposibilidad física de permanecer en su puesto y por una razón de decoro en que parece obvio insistir”.

En México, la Suprema Corte acogió la no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho en sentencia del año 1958 que Jiménez de Asúa<sup>18</sup> transcribe en lo esencial: “No exigibilidad de otra conducta. (Legislación del Estado de Nuevo León). No puede formularse el juicio de reproche, como elemento normativo de la culpabilidad imputando a una persona de ser la causa eficiente de un evento dañoso por manejar un vehículo de servicio público que se encontraba en malas condiciones de la dirección, si se demuestra que el trabajador puso en conocimiento de la empresa de transportes, advirtiendo las consecuencias que podía ocasionar su manejo y, a pesar de ello, recibió órdenes terminantes para que lo guiara”. Este caso no es más que una versión moderna del Leinenfanger alemán que a pesar de encontrarse en otro lugar y época y bajo una legislación distinta, admite la misma solución: Inculpabilidad por no exigibilidad.

---

<sup>18</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, Op. Cit. Pág. 966.

En Colombia, en la colección de Jurisprudencia de Alberto Vergara Molano<sup>19</sup> aparece un asunto de estado de necesidad supralegal estudiado por el Tribunal Superior de Bogotá en marzo de 1982. Los hechos pueden sintetizarse así: La Juez Penal Municipal de Fusagasugá, por informaciones recibidas de actos de deshonestidad del secretario, abrió un proceso disciplinario contra él que terminó con la destitución del mismo. Como dicho empleado estimará que tal decisión era contraria a la ley, formuló denuncia contra la juez por haberlo destituido intempestivamente.

El fallo, luego de encontrar improcedentes las causales de justificación del Art. 29 del Código Penal Colombiano reconoció que “no por ello puede alegremente afirmarse que todas las posibles hipótesis admitían solución legal, hoy quedarán algunas como el caso que ocupa la atención de la Sala...” y para dar solución a esas hipótesis no contempladas la Sala abrió paso a siguiente doctrina: Estado de Necesidad Supralegal: Cuando colisionan bienes o intereses reconocidos por normas legales, entendiendo éstas en sentido material y no formal, no es contrario al derecho el acto cuando desconoce o viola un interés de menor valía, en circunstancias que se apartan del estado de necesidad reconocido expresamente en el ordenamiento penal.

En base a esta teoría el Tribunal sobreseyó definitivamente a la sindicada; sin embargo, debemos aclarar que aunque se aplicó una causal supralegal esta no fue considerada como de inculpabilidad sino como casual supralegal de justificación; esto y no otra cosa es lo que quiso decir dicho Tribunal al expresar: “no es contrario a derecho”. Pese a lo anterior señalamos que es de importancia esta sentencia porque los razonamientos contenidos en ella podrían ser utilizados para la aplicación de otras causas supralegales como la no exigibilidad. Lo mismo puede decirse de la sentencia de 15 de febrero de 1980 dictada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la cual también se tocó el tema de la justificación supralegal, igualmente, sin hacer referencia a la no exigibilidad.

---

<sup>19</sup> VERGARA MOLANO, Alberto, 14 años de Jurisprudencia. T. I., Págs. 329 y ss.

## **2.2. Naturaleza**

Son diversas las posiciones de la doctrina frente a la cuestión: ¿Qué es la No Exigibilidad?

En efecto, en principio muchos estudiosos consideran que es una causa supralegal de inculpabilidad, otros que es un principio regulativo del derecho penal y otros que es un principio que recoge la esencia de las causas de inculpabilidad, aplicable por analogía a los casos no regulados taxativamente.

A continuación presentamos un análisis crítico de las distintas corrientes académicas:

### **2.2.1. Como causa supralegal**

Históricamente esta fué la primera tesis que vio la luz con los fallos de los tribunales alemanes que acogieron el principio de no exigibilidad y con la aparición de la teoría normativa de la culpabilidad. En realidad esta tesis no supone otra cosa que la extensión de la doctrina de las justificantes supralegales al campo de la culpabilidad. La doctrina de las justificantes supralegales sostenía que no sólo existía una antijuridicidad formal constituida por una contradicción entre la conducta y el tipo penal, sino también una antijuridicidad material conformada por la contradicción entre la conducta y la norma. Esta última forma de antijuridicidad constituía la base de las causas supralegales de antijuridicidad. Este razonamiento se quiso hacer extensivo a la culpabilidad, hablándose de una culpabilidad material y de causas supralegales de inculpabilidad aplicables a conductas no reprochables omitidas por el legislador en la enumeración de las exculpantes legales.

Para los normativistas cuando desaparece la exigibilidad de una conducta conforme a derecho desaparece la culpabilidad, por ello los casos de inexigibilidad no deben limitarse a los expresamente formulados por el legislador ya que existen situaciones



no contempladas que excluyen la culpabilidad y que no pueden ser castigadas en aras de mantener el formalismo legal.

Mezger quien apoyó, al menos al principio de su carrera académica, el carácter de causa supralegal de inculpabilidad de la no exigibilidad, sostuvo que esta “garantiza las últimas posibilidades de negar la culpabilidad del autor por su acción. En esta zona fronteriza más extrema de la culpabilidad penal, impera el pensamiento de las consideraciones valorativas, aunque ciertamente orientadas legalmente. Como en el caso de la teoría de la justificación (principio valorativo de los bienes), también la teoría de las causas excluyentes de culpabilidad (no exigibilidad) se concluye con la referencia a un principio genérico que hace posible la adaptación individual de la ley a un caso concreto. Esto no es arbitrario ni una renuncia a lo positivo del Derecho, sino tan solo la expresión de una necesidad lógica<sup>20</sup>”.

El pensamiento jurídico penal es siempre pensamiento individualizador, por ello según Mezger los criterios formales rígidos del derecho se deben hacer flexibles para adaptar en él diversas hipótesis de la vida concreta. Jiménez de Asúa, quien también apoya la tesis que venimos comentando nos dice que el mérito mayor de Edmundo Mezger fué abrir dos grandes respiraderos en el formalismo legal: Sobre la ley, lo que no quiere decir por encima del derecho, ha construido en las causas de justificación un estado de necesidad supralegal, que nosotros hemos llamado más bien causa general y supralegal de justificación por conformidad teleológica con la norma de cultura, donde pueden alojarse casos de evidente ausencia de lo injusto que no tienen riguroso acomodo en las concretas disposiciones del Código Penal ni en las causas de inculpabilidad. De otra parte, tenemos un estado general y supralegal, denominado no exigibilidad de una conducta conforme a derecho.

---

<sup>20</sup> MEZGER, Edmund. Strafrecht. Allg. Teil. Ein Studienbuch Págs. 374. Citado por JIMENEZ DE ASUA LUIS. Op. Cit. T. VI. Pág. 983.

Por ello, para Jiménez de Asúa<sup>21</sup> la eficacia de esta causal radica en el hecho de ser supralegal y general para así poder llenar los vacíos que el rigorismo legal y la evolución permanente de la sociedad van creando<sup>22</sup>.

A pesar de que acogemos la teoría normativa de la culpabilidad no podemos aceptar el carácter supralegal de la no exigibilidad porque como bien lo dice Sainz Cantero<sup>23</sup> “Si bien la antijuricidad por su conexión al ordenamiento jurídico general permite la existencia de causas supralegales de exclusión, no puede afirmarse lo mismo de la culpabilidad porque, en este punto, son distintos uno y otro elemento del delito: El primero no se limita al área del derecho penal, depende de todo el campo del derecho; en ella el legislador opera con conceptos que recibe del ordenamiento jurídico general. La culpabilidad, por el contrario, es un concepto enteramente penal y toma sus excepciones exclusivamente del ordenamiento penal”.

Por ello, la teoría de las justificantes supralegales no puede extenderse al campo de la culpabilidad para crear eximentes supralegales.

De otra parte, la admisión de causas supralegales tiene una base extrajurídica, es decir, el procedimiento de las causas supralegales no se encuentra autorizado ni implícita ni explícitamente en el ordenamiento jurídico, a diferencia de otros procedimientos que si son autorizados como sucede por ejemplo con la analogía, con la interpretación extensiva y con los principios generales del derecho.

Las causas supralegales, como su nombre mismo lo indica, superan la ley y, por tanto, la olvidan, lo cual puede conducir a abusos y a un reblandecimiento del derecho.

---

<sup>21</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. T. VI. Pág. 983

<sup>22</sup> JIMENEZ DE ASUA, LUIS, El criminalista. T. II. Pág. 309.

<sup>23</sup> SAINZ CANTERO, José, Lecciones de Derecho Penal Parte General. T. III. Pág. 102.

La ley penal nos exige que cumplamos sus preceptos salvo que ella fije una excepción o nos autorice a crear la misma y, las causas supralegales no son excepción autorizada en ordenamiento alguno.

### **2.2.2. Como principio regulativo del derecho**

Como ya lo hemos anotado, para Henkel la no exigibilidad es un principio regulativo del derecho en general, aplicable no solo en el campo de la exculpación sino también en el de la tipicidad y la antijuricidad, para delimitar los contornos dudosos de la ley penal. Aun más, considera que el principio puede ser aplicado en otras ramas del derecho.

En cuanto a la posibilidad de considerar a la no exigibilidad como causa suprallegal de inculpabilidad, Henkel<sup>24</sup> divide el problema en dos temas que erróneamente siempre se trataron unidos: 1º) La admisión de causas supralegales de inculpabilidad. 2º) La consideración de la no exigibilidad como causa suprallegal de inculpabilidad.

Según el citado autor la primera cuestión es una consecuencia necesaria de la concepción normativa de la culpabilidad porque la relación de causas de inculpabilidad que el legislador consagra no agotan la infinidad de hipótesis que nacen con la cambiante realidad.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, Henkel enseña que la no exigibilidad no puede considerarse como una de esas causas supralegales. Para él la no exigibilidad tiene una naturaleza muy distinta que no es otra que la de un principio regulativo, que ayuda en la creación y aplicación del derecho, sirviendo como herramienta para determinar los límites legales dudosos.

---

<sup>24</sup> HENKEL, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip. Pág. 295. Citado por SAINZ CANTERO, José, La Exigibilidad...Op. Cit. Pág. 87 y ss.

Así, a diferencia de los principios normativos que consagran una regla de medida o un contenido valorativo, la no exigibilidad se constituye en un principio regulativo que no anticipa una valoración del caso concreto sino que da una orientación al juez o al legislador. Es así como en los delitos de omisión en los cuales el deber de abstención está poco determinado o difuso la no exigibilidad nos muestra la desaparición del deber ayudando así a delimitar los contornos del tipo. Igualmente ocurre en las situaciones de error en las cuales hay que determinar su evitabilidad o inevitabilidad en el caso concreto y para ello es de gran utilidad la fórmula de la no exigibilidad.

De aquí que la no exigibilidad ejerza su función de principio regulativo no solo en el campo de la culpabilidad sino también en el área de la tipicidad y de la antijuricidad.

Debido a esa misma naturaleza de principio regulativo que da una directriz u orientación al juez en la interpretación del derecho es que se puede ampliar su aplicación a otras ramas del derecho. Así, en el Derecho Civil en lo referente a la modificación fundamental de las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato o en el Derecho Administrativo para determinar la esfera de libertad privada de los particulares frente a la intervención del Estado o en el Derecho Internacional en lo referente a la cláusula “*rebus sic standibus*”.

Hans Heinrich Jeschek<sup>25</sup> acepta que “la inexigibilidad constituye en ciertos supuestos un principio regulativo, pero ni siquiera entonces puede entenderse como una causa general de exculpación supralegal”. Y luego recoge varias hipótesis en las cuales el principio ha sido utilizado como instrumento de interpretación, sobre todo, para limitar los contornos del deber de cuidado.

---

<sup>25</sup> JESCHEK., Heinrich Hans, Trarado de Derecho Penal. Pág. 688.

Debemos aceptar la importancia de la inexigibilidad como medio de interpretación de las normas y como principio latente en todas las ramas del derecho. Pero el reducir la no exigibilidad a la categoría de principio regulativo, es sacarla de su verdadero contexto como elemento negativo de la culpabilidad, es negar que la exigibilidad es un elemento constitutivo de la culpabilidad, negando de paso toda la concepción normativista moderna.

### **2.2.3. Como principio dotado de una noble naturaleza**

Esta reciente doctrina solo la encontramos escuetamente comentada en las también importantes e ilustrativas “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, pag.. 109, del profesor español Sainz Cantero. Por no estar bien informados sobre esta tesis nos limitamos a reproducir las palabras del mismo sobre el punto: “En la doctrina española, Cobo del Rosal y Vives Antón han ofrecido un nuevo entendimiento de la naturaleza de la no exigibilidad, que me parece lleno de interés.

Postula, una doble naturaleza de la inexigibilidad: En los delitos dolosos constituye un tercer momento del juicio de reproche, sobreañadido a la imputabilidad y al dolo.

En los delitos culposos, se integra en la esfera correspondiente a la propia forma de culpabilidad. De acuerdo con ello en los delitos dolosos actuará como causa de inculpabilidad y en los delitos culposos afectará a la existencia misma de la culpa”<sup>26</sup>.

Ahora bien, respecto al primer aspecto es claro que la postura guarda relación con la estructura o escalones que se deben seguir para poder determinar la culpabilidad en un caso concreto.

---

<sup>26</sup> SAINZ CANTERO, José, Op. Cit. Pág. 104.

De otra parte, en relación a la segunda afirmación resulta claro que la inexigibilidad en los delitos culposos no puede de por sí implicar la inexistencia de la culpabilidad dejando de lado las circunstancias concomitantes al hecho puesto de que tanto la intención dañosa como la imprudencia no se elevan a la categoría de dolo o culpa sino cuando del análisis efectuado se establece fehacientemente que la motivación era reprochable.

#### **2.2.4. Como principio que recoge la esencia de las causas de inculpabilidad aplicables por analogía a los casos no regulados taxativamente**

Esta posición parte de la base de que la no exigibilidad es la “ratio” o fundamento de todas las causas de inculpabilidad. La ley ha tomado en consideración el principio y con base en él ha establecido la no responsabilidad de quienes actúan típica y antijurídicamente en situación de inexigibilidad. Por lo tanto los defensores de esta tesis entienden que en los casos de no exigibilidad no previstos por el legislador, procederá la aplicación analógica –in bonam partem- del principio para exonerar de responsabilidad al agente.

En palabras de Bettiol<sup>27</sup>, otro de los propugnadores de la postura, se presenta la posición que venimos analizando de la siguiente manera: “Scarano ha demostrado ampliamente que la no exigibilidad constituye la ratio de las causas de exclusión de la culpabilidad y solamente de ésta, por lo cual solo para las hipótesis similares puede dicha ratio, en los casos no expresamente previstos por la ley, adquirir entidad normativa. Y una vez adquirida ésta a través del procedimiento analógico, es la norma en su función imperativa la que pierde eficacia ya que el imperativo nunca es incondicionado, pues para su validez deben tenerse presentes todas las circunstancias del actuar”.

---

<sup>27</sup> BETTIOL, Giuseppe. Derecho Penal. Págs. 417 y 418.

Dos objeciones se han efectuado a esta teoría. En primer lugar, según la fórmula, no puede exigirse humanamente en tales circunstancias una conducta distinta. No representa una ratio que sea susceptible de aplicación analógica por tratarse de un criterio vago y obvio de por sí que carece de la concreción que sería necesaria para constituir un principio jurídico superior al que pudieran reconducirse los supuestos no contemplados expresamente por la ley. Ahora bien, a nuestro entender esta crítica no es del todo fundada ya que la presunta vaguedad del principio desaparece con los límites o criterios de determinación que muchos autores han impuesto al mismo y de otra parte la falta de concreción que se le endilga a la inexigibilidad implica una contradicción porque es inconcebible que un principio general del derecho sea al mismo tiempo concreto. Los principios jurídicos son abstracciones y como tales deben delimitarse, precisarse o determinarse en su esencia y, se reitera por su importancia, exigir su concreción constituye simplemente un absurdo-

A su vez, la segunda crítica radica en que la aplicación o no de la inexigibilidad por vía de analogía dependería de la consagración o no de la analogía *in bonam partem* dentro de la estructura jurídico-positiva de cada ordenamiento en particular. De esta manera, si la ley positiva permite la analogía, al menos *in bonam partem*, la tesis que sostienen Bettiol y Scarano cobraría vigencia, caso contrario, perdería eficacia. En todo caso, es claro que la tesis que venimos comentando se podría mantener aún cuando encontrara impedimentos legales para su efectividad, porque a diferencia de las causas supraleales, la analogía *in bonam partem* constituye un procedimiento reconocido (aunque no por unanimidad) por la doctrina y por algunas legislaciones penales, de donde se impone la superioridad de esta frente a las causas supraleales.

En definitiva, podemos concluir en que por las fallas que encontramos en las tesis expuestas primeramente y por la solidez que vemos en la formulada por Bettiol, acogemos plenamente esta última y rechazamos las otras, excepto la referente a la doble naturaleza de la inexigibilidad la cual ni la rechazamos ni la aceptamos, ya que simplemente la comentamos porque la escasa información que existe sobre ella, nos impide profundizar nuestro análisis.

### 2.3. Casos doctrinales

Hans Welzel<sup>28</sup> al tratar el estado de necesidad como exculpante supralegal, señala la situación en que se “encontraron numerosos médicos de un hospital en virtud del llamado decreto de eutanasia de Hitler para dar muerte a los enfermos mentales. Ellos solo podían salvar a los enfermos que se les había confiado y afectados por la orden secreta, dejaban a un cierto número a merced de la acción destructiva, pero con ello liberaban a una parte considerable; si al contrario hubiesen rehusado toda colaboración, habrían sido reemplazados por médicos complacientes que habrían sacrificado a todos los enfermos”.

Cargaría con una mayor culpabilidad el médico si permitiese la muerte de todos los enfermos, que sacrificando solo a una parte de ellos. Por haber preferido el injusto menor frente al injusto mayor no se les podía formular el juicio de reproche según Welzel.

El mismo autor trae otro caso en el cual el cirujano jefe decide, luego de consultar a sus colegas, retirar de una máquina a un enfermo que tenía pocas probabilidades de vida para colocar en ella a otro con muchas mas posibilidades. En este caso según Welzel estaríamos frente a un caso de necesidad supralegal.

Antolisei<sup>29</sup> quien es uno de los más agudos críticos de la inexigibilidad afirma que los ejemplos planteados por la doctrina para apoyarla no son nada persuasivos, por ejemplo, el taxista que atropella a un transeúnte y huye para evitar ser linchado por el público omitiendo prestar ayuda al lesionado.

El alpinista que abandona a su compañero lesionado para salvar su vida. El médico que omite visitar a un enfermo por el gran cansancio que lo agobia.

---

<sup>28</sup> WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General. P. 256 y ss.

<sup>29</sup> ANTOLISEI, Francesco, Manual de Derecho Penal, Vol. I P. 311.



El profesor Raúl Carranca y Trujillo<sup>30</sup> nos trae el ejemplo de un ayudante de laboratorio que permite que una fórmula química secreta sea conocida, con el fin de ayudar a un enfermo de gravedad. En este caso señala el tratadista, no podría inculparse al ayudante de laboratorio por revelación de secretos.

Goldschmidt en su libro *Concepción Normativa de la culpabilidad*<sup>31</sup> trae el siguiente ejemplo: “La madre deja sólo a su niño de tres años mientras ella va a trabajar. La no previsión de que el niño puede así dañarse puede ser reprochable. Sin embargo, a pesar de ello, no hay negligencia porque no le quedaba a la madre otra posibilidad”.

Se ha hecho clásico el ejemplo de la Tabla de Carneades (Académico que vivió en Roma alrededor del año 150 A.C.). Después de un naufragio se salvan dos personas mediante un madero que sólo puede sostener a una de ellas, por lo que uno de los naufragos da muerte al otro para salvar su propia vida. Y a propósito de naufragos también es recordado en la literatura jurídica el caso del Mignotte ocurrido en Inglaterra hacía el año 1885. Dos naufragos al borde de la muerte por inanición dan muerte a un tercero para salvar sus vidas.

Como se puede observar, de todos los casos señalados precedentemente se puede afirmar que existen situaciones objetivas en las que la inexigibilidad se encuentra presente, ello tomando en consideración que la idea que en todo momento nos acompaña es la de que las personas en condiciones normales pueden y deben cumplir con los mandatos establecidos en el ordenamiento jurídico, el que sin lugar a duda alguna ha sido creado e integrado para que pueda tener vigencia plena, existiendo sin embargo y de manera excepcional determinadas circunstancias que escapan a ello, como en el primer ejemplo mencionado referente al decreto de eutanasia de Hitler.

---

<sup>30</sup> CARRANCA y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. T. II. Pp. 33-34.

<sup>31</sup> GOLDSCHMIDT. *Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Págs. 34 y ss. Citado por Bernardo Gaitán Mahecha. *Curso de Derecho Penal General*. Pág. 195.

En cuanto al estado de necesidad exculpante (como en la cita respecto a la Tabla de Carneades), la doctrina mayoritaria entiende que este se produce en dos situaciones, bien cuando los bienes jurídicos son de idéntica naturaleza (este presupuesto es cada vez mas discutido sobre todo porque cada día se le concede mayor relevancia a la ausencia de castigo para los partícipes), o bien, cuando la acción no es justificada, esto es, que en el caso en concreto existían mas y mejores posibilidades de actuación por parte del agente.

De otra parte, es al mismo tiempo importante tomar en cuenta que, en el supuesto del miedo insuperable que duda cabe de si la voluntad del sujeto se encontraba coaccionada y de que además estaba presente la insuperabilidad (elemento objetivo que implica que cualquier ciudadano en su situación hubiese actuado de forma mas o menos similar), aparece entonces la virtualidad atenuatoria y con ella la exención de la pena.

### **CAPITULO III**

#### **3. UBICACIÓN DE LA NO EXIGIBILIDAD DENTRO DE LA ESTRUCTURA DEL HECHO PUNIBLE Y DELIMITACIÓN**

En este capítulo trataremos de solucionar el problema de si la inexigibilidad constituye una causa de justificación, de inculpabilidad o quizás de exclusión de la pena, es decir, trataremos de situar a aquélla dentro de la estructura del hecho punible.

##### **3.1. Antijuridicidad**

Entendemos por antijuridicidad el carácter propio de una conducta típica que lesiona o pone en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley, es la calidad del hecho que determina su oposición al derecho, es decir, la acción para ser ilícita no solo debe adecuarse a la descripción típica sino que también debe oponerse a las finalidades perseguidas por el derecho.

En fin, la teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo que condiciones y en que casos la realización de un tipo penal no es contrario al derecho viniendo a ser de esta manera una teoría de las autorizaciones para la realización del comportamiento típico. Afirmar que una conducta esta justificada equivale a señalar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del ordebnamiento jurídico para obrar como obró.

La antijuridicidad de esta manera tiene un aspecto positivo y un aspecto negativo. El primero se configura por la acción típica que lesiona o intenta dañar el bien jurídico protegido por la norma. El segundo se configura por la ausencia de una causa justificante, es decir, que la conducta es considerada contraria a derecho en virtud de que no se presentan determinadas circunstancias que excluyen la antijuricidad del hecho.

Ahora bien, dentro del aspecto negativo de la antijuridicidad del delito debemos adoptar ciertos criterios que nos permitan establecer cual es la distinción que existe entre las causales excluyentes de la antijuridicidad y las que eliminan la culpabilidad. Todo esto con el fin de poder ubicar correctamente a la no exigibilidad bien como justificante o bien como exculpante.

Al respecto, entre unas y otras, suelen señalarse las siguientes diferencias:

- a) Mientras que las causas de justificación a pesar de no tener un principio o elemento común claro dan lugar a que la norma imperativa que contiene el tipo no quiere regir, eliminándose el disvalor, en las causales de inculpabilidad se presenta un juicio de disvalor, más no de reproche.
- b) Las justificantes son objetivas porque miran al cumplimiento de un deber o al ejercicio de un derecho o a un interés preponderante y legítimo, todo lo cual hace referencia al ordenamiento jurídico objetivamente considerado sin tener en cuenta las condiciones personales del sujeto.

Las exculpantes son subjetivas, dejan intacto el delito y la violación del bien jurídico protegido, al tiempo que miran circunstancias personales del sujeto como por ejemplo, el error inevitable que determina al agente a violar la norma. Es ésta una cuestión personal y no objetiva.

- c) De lo anterior se deriva que los efectos de las justificantes deben ser erga omnes, es decir, se justifica el delito respecto de todos los partícipes en el mismo y, al contrario, cuando se presenta una causal de inculpabilidad se disculpa únicamente a quien esta amparado por ella.
- d) “Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, si puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio tratándose

de los justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrea ninguna consecuencia, ni civil ni penal....”<sup>32</sup>.

- e) Frente a una acción justificada no es posible ejercer contra ella una legítima defensa puesto que dicha acción es lícita, mientras que contra una acción disculpable si hay lugar a la legítima defensa.<sup>33</sup>

Teniendo en cuenta los anteriores criterios, pasamos al análisis de las exposiciones de quienes consideran a la inexigibilidad como causal de justificación.

Fontán Balestra<sup>34</sup> en forma muy técnica califica a la no exigibilidad como causal de justificación de la siguiente manera: “La no exigibilidad de otra conducta es, en el fondo la esencia de todas las causas de justificación; en algunos casos esa esencia es sobrepasada por el fundamento de la justificante; así ocurre cuando se actúa en el legítimo ejercicio de un derecho y en el cumplimiento de un deber, casos en los que no solamente no le puede ser exigido al autor que obre de modo distinto, sino que debe obrar o está expresamente facultado para obrar como lo ha hecho. Esa facultad y ese deber nacen de otras normas y son refrendados por la ley penal. En otros supuestos de justificación, la ley penal misma ha dado jerarquía de causa justificante legal a determinados supuestos de no exigibilidad; tal ocurre con el estado de necesidad y la legítima defensa....”

Sin embargo, no compartimos la opinión de tan connotado tratadista porque ya en el Capítulo Primero de este trabajo hemos sostenido que en las situaciones de no exigibilidad el agente se ve obligado a violar el precepto; no tiene oportunidad de

---

<sup>32</sup> CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Pág. 182.

<sup>33</sup> Estos y otras diferencias en:

a) CASTELLANOS, Fernando, Op. Cit. Págs. 182 y 183.  
 b) MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. T: II Pág. 46.  
 c) FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. T: II pág. 78.  
 d) SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. T: II págs. 74 y 75.

<sup>34</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos Op. Cita T: II pág. 92.

elegir, sino que se ve determinado necesariamente a violar la norma penal. Por el contrario en las causas de justificación el agente no está irremediamente determinado a contrariar la norma, sino que simplemente esta autorizado por el derecho para actuar antijurídicamente. Así por ejemplo, en el ejercicio de un derecho el sujeto no está condenado a ejercer su derecho, puede optar por ejercerlo o no; igual ocurre con la legítima defensa, en la cual el sujeto agredido en muchos casos puede evadir la agresión o afrontarla, sin estar obligado exclusivamente a lo segundo. En cambio en verdaderas situaciones de inexigibilidad como cuando se trata de una coacción ajena insuperable, el agente no puede elegir libremente, se ve aplastado por una fuerza superior que acaba o disminuye significativamente su libertad.

Por consiguiente, siendo que en las causas de justificación el agente puede elegir entre actuar justificadamente o abstenerse, sin estar irremediamente determinado; debemos concluir en que estas no son muestras de no exigibilidad y que esta no constituye a la esencia de las causas de justificación.

Al afirmar que la inexigibilidad no es causa de justificación nos asiste otro argumento: Las causas de justificación son objetivas, según el mismo Fontán Balestra señala en obra ya citada, debido a que hacen referencia al derecho objetivamente considerado al cual hay que recurrir para ver si existe el deber que se cumple o el derecho que se ejerce o se defiende, etc. Al contrario, para saber si una conducta es exigible o no hay que mirar las circunstancias personales del sujeto, así por ejemplo, en un asunto de coacción insuperable, para determinar si hubo coacción o no y si fué insuperable o, es necesario acudir a las circunstancias que rodean al sujeto, ver si tuvo medios o mecanismos para sobreponerse o no a la coacción sin tener que acudir a una normatividad jurídica en particular.

De otro parte, para **Francesco Antolisei**<sup>35</sup> “...la denominada **inexigibilidad debería situarse sistemáticamente** entre las causales de exclusión de la antijuridicidad y no entre las de exclusión de la culpabilidad, en cuanto determinaría la decadencia de la norma en su momento imperativo”. La tesis de este jurista italiano puede derribarse con los argumentos antes expuestos y además podemos añadir otros: Si al decir de Antolisei la no exigibilidad determina la decadencia de la imperatividad de la norma y la consecuente ausencia de antijuridicidad; deberíamos concluir que cuando en la coparticipación un partícipe obra en situación de inexigibilidad y el otro no, ambos quedarían cobijados por la causal como ocurre con las justificantes. La decadencia de la imperatividad de la norma les favorecería a ambos lo cual resulta absurdo. En efecto, si uno de los copartícipes hurta como única solución para pagar la operación quirúrgica salvadora de un pariente y el otro lo hace para aumentar su fortuna, sería ilógico que la inexigibilidad los ampare a ambos.

36

Otros defensores del carácter justificante de la inexigibilidad son Hell Muth Mayer, Petrocelli, Nuvolone y Nelson Hungría, entre otros. Respetamos pero no compartimos la posición de esos juristas por las razones antedichas.

### **3.2. Punibilidad**

Delito y pena han unido siempre en la historia del derecho punitivo sus respectivas existencias de manera tal que el uno implica siempre de manera general al otro.

Así, la teoría de la pena no es sino la exposición sistemática del instituto jurídico que se sintetiza en la reacción represiva que sigue al delito tal como surge del derecho positivo y según el material que proporciona el análisis interpretativo de cada norma, brindando sus conceptos, sus distintos tipos y sus regulaciones al mismo tiempo que se establece su esencia y la finalidad que pueda admitir arribando también a la

---

<sup>35</sup> ANTOLISEU FRANCESCO. OP. Cit., Pag. 310

consideración de los medios de aplicación de la sanción de manera justa y proporcionada al sujeto que deba soportarla mediante la graduación e individualización y con la regulación de institutos subordinados.

Ahora bien, en este punto es preciso señalar además que la punibilidad consiste en la posibilidad jurídica de imponer una sanción penal al autor de una conducta típicamente antijurídica y culpable.

Hay quienes entonces han sostenido que la no exigibilidad de una conducta adecuada al derecho es una causal de exclusión de la punibilidad. Sin embargo, las causas de exclusión de la punibilidad se caracterizan por eximir de pena a una persona cuya conducta ha sido típica, antijurídica y culpable, debido a que se presentan algunas circunstancias extraordinarias de distinto género. Así podemos mencionar como causas de exclusión de la pena al indulto, la prescripción, entre otras. En todas ellas ha existido una conducta además de típica y antijurídica, culpable, puesto que se puede formular un juicio de reproche en contra del agente ya que este tuvo poder para determinarse libremente pero por circunstancias de variada índole como puede ser el interés público o la seguridad jurídica, no se aplica la pena.

En los casos de inexigibilidad no ocurre lo mismo, en ellos no hay culpabilidad y aquí adelantamos nuestra posición al respecto: No hay reproche porque las circunstancias superan el poder del hombre para autodeterminarse. Por ello debemos concluir que la no exigibilidad no es una causa de exclusión de la punibilidad.

Asimismo, podría pensarse que la no exigibilidad es una causal de atenuación de la punibilidad, un criterio de dosimetría de la pena. En el capítulo referente al fundamento filosófico de la no exigibilidad se advierte que existen niveles o grados en el actuar del hombre dependiendo de sus niveles de conciencia, voluntad y libertad. Dijimos entonces que era posible construir una escala que comprendiese todas las posibilidades. Así en primer término podríamos colocar las acciones en las



cuales el sujeto obra con plenitud de conciencia, voluntad y libertad. En segundo lugar situaciones en las cuales las antedichas facultades aparecen disminuidas pero presentes y por lo tanto, al igual que en el primer nivel, los actos se podrían reprochar al sujeto. No obstante en el tercer nivel no habría reproche porque el intelecto, voluntad y libertad están ausentes o disminuidos a tal punto que el individuo pasa a ser un simple objeto de las circunstancias.

Olvidándonos de la conciencia y de la voluntad, elementos que integran la imputabilidad y quedándonos con la libertad, elemento radical en la inexigibilidad, podemos apreciar nuevamente los tres niveles indicados: En el primero hay completa libertad por lo tanto al sujeto le es exigible una conducta conforme a derecho. En el segundo hay una libertad disminuida pero presente, por lo tanto podríamos hablar de una conducta legal (menos exigible). En el tercero no hay libertad o hay vestigios tan pequeños de ella que no se puede exigir al sujeto un actuar conforme a derecho.

En su momento señalamos el problema que existe para encontrar una línea limítrofe entre los dos últimos niveles, que nos determine cuando una persona actúa por sí misma en uso de sus facultades y cuando es un simple instrumento de las circunstancias. Existen situaciones que parecen ubicarse sobre dicha línea limítrofe, verbigracia, la situación del campesino que indigente, falto de ilustración, apremiado por un hambre ancestral, decide secuestrar, extorsionar y asesinar en nombre de la revolución. Podríamos decir que el mismo obró libremente? O que solo tenía la alternativa que eligió? Qué habrían hecho otras personas en iguales circunstancias? Parece ser que el legislador se ha hecho estas mismas preguntas y ha decidido no dejar una puerta abierta para la impunidad de una atenuación punitiva cuando las circunstancias reducen la esfera de libertad del sujeto a tal punto que se hace “menos exigible” una conducta conforme a derecho. En efecto el Código Penal Boliviano en su Art. 40 (Atenuantes Generales) Num. 1) parece estar impregnado en algunas de sus causales de atenuación punitiva por el principio de no exigibilidad al señalar que la pena podrá atenuarse cuando el autor haya obrado por un motivo honorable o

impulsado por la miseria o bajo la influencia de padecimientos morales graves e injustos o bajo la impresión de una amenaza grave o por el ascendiente de una persona a la que deba obediencia o de la cual dependa. De la misma manera, el Num. 4) de la precitada disposición legal establece la atenuación para el agente que sea indígena, carente de instrucción y cuando se pueda comprobar su ignorancia de la ley.

Algunas de las circunstancias de atenuación punitiva están imbuidas del concepto de inexigibilidad, pero éste, en estricto sentido, no es en sí una causa de atenuación punitiva, como veremos mas adelante.

### **3.3. Culpabilidad**

La culpabilidad es quizás el tema más debatido en la doctrina penal moderna: es por ello que antes de entrar a estudiar la posibilidad de ubicar la no exigibilidad dentro del campo de la misma, es necesario hacer una reseña de las distintas concepciones que del nombrado elemento del delito existen en la ciencia penal moderna. Luego podremos encuadrar la inexigibilidad como causal de inculpabilidad o no, dependiendo de la concepción que adoptemos al respecto.

#### **3.3.1. Teoría psicológica**

Durante largo tiempo el problema de la culpabilidad no existía en la doctrina. Los escritores sostenían que además de la causalidad material era necesaria una causalidad moral, una conexión psíquica entre autor y acto ejecutado. La culpabilidad consistía en un mero nexo entre el autor y el acto, entre el agente y la transformación del mundo externo. Ese nexo psíquico podía tener distintos grados de intensidad. Así el dolo y la culpa se convertían en especies de la culpabilidad, diferenciables por el colorido e intensidad del vínculo psicológico.

Respecto a esta teoría podemos efectuar dos críticas: La primera radica en el hecho de que la conexión psíquica puede hallarse en el dolo y también en la culpa consciente o con previsión, pero es imposible encontrarla en la llamada culpa inconsciente o sin previsión; parece ser que en estos “delitos de olvido” la teoría psicológica deja un vacío, puesto que en ellos no se encuentra un instante psicológico. La segunda crítica fue adelantada por Frank en una monografía publicada en 1907. Allí el jurista alemán ataca la teoría entonces dominante por considerar relevantes únicamente el dolo y la culpa, dejando de lado la imputabilidad y las circunstancias que concurren en la comisión del delito. Con esa concepción restringida es imposible precisar la medida de la culpabilidad. Así, la culpabilidad de un alto ejecutivo que hurta para llevar una vida disipada no es igual a la de un cajero que hurta para pagar la operación quirúrgica salvadora de un pariente. En ambos casos hay dolo pero las circunstancias concomitantes hacen que el reproche sea más intenso en uno que en el otro.

A la luz de la teoría psicológica no tiene cabida el concepto de no exigibilidad de una conducta conforme a derecho porque en ella las circunstancias concurrentes al momento de actuar son de esencial importancia y en la nombrada (se reitera) teoría psicológica no tienen cabida dichas circunstancias.

### **3.3.2. Teoría normativa**

Reinhard Frank puede ser señalado como el padre de la Teoría Normativa. En su estudio denominado: *Deber Den Aufbau des Schildbegriffs* publicado en 1907, inicia la exposición de la teoría dominante en el derecho penal moderno.

“Para la concepción normativa de la culpabilidad esta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo de un hecho concreto psicológico ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica dolosa o

culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Solo podremos llegar a la reprobación de su hacer y omitir su responsabilidad penal si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que sí se le podía exigir un comportamiento distinto al que observó; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las prescripciones del derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos, en la caracteriología del agente) y en la exigibilidad”<sup>37</sup>.

En principio, Frank además de considerar el dolo y la culpa dentro de la culpabilidad, incluyó la normalidad de las “circunstancias concomitantes” que, si faltan, conllevan una causa de exclusión de la culpabilidad. En aquella época se le objetó a Frank el uso del término “circunstancias normales concomitantes” por no ser otra cosa que un elemento de la culpabilidad en su reflejo subjetivo; de allí que reemplazase ese término por el de “motivación normal” que a su vez reemplazaría por el de “dominio sobre el hecho”. En todo caso siempre mantiene presente en su innovadora teoría la necesidad de apreciar las circunstancias o motivaciones o dominio sobre el hecho para determinar el grado de exigibilidad de una conducta conforme a derecho y con ello el grado de culpabilidad<sup>38</sup>.

Goldschmidt<sup>39</sup> a pesar de que parte de la concepción de Frank, crítica a éste el uso de la “motivación normal” pues es un elemento psicológico de la culpabilidad al igual que el dolo, la culpa y la imputabilidad. Hay que buscar un elemento normativo para que la culpabilidad sea verdaderamente normativa y no psicológica.

Ese elemento lo encuentra en la “norma de deber”. Al lado de toda “norma de derecho” que exige del sujeto una determinada “conducta externa”, existe

---

<sup>37</sup> JIMENEZ DE ASUA. Op. Cit. T: V. Pág. 164

<sup>38</sup> Ibidem. Pág. 165.

<sup>39</sup> Ibidem. Pág. 166 y ss.

implícitamente, una “norma de deber” que le exige una determinada “conducta interna” que corresponda a las exigencias que el derecho establece respecto de su conducta externa. La conducta del sujeto tiene frente a la ley penal dos aspectos, el de su legalidad (adecuación de la conducta externa a la norma de derecho) y el de su exigibilidad (adecuación de la conducta interna a la norma de deber). Al comparar la conducta interna del sujeto (motivación) con la norma de deber, se deduce el juicio de reproche o no, ya no se contenta con apreciar la motivación del sujeto sino que la refiere a una “norma deber”, con lo cual la culpabilidad adquiere su carácter normativo.

Freudenthal<sup>40</sup>, en su “Schuld und Worfurf” (1922) crítica a Frank el haber concebido las circunstancias concomitantes como simple medida de la culpabilidad, puesto que pueden tener significación para decidir si el individuo ha actuado culpable o inculpablemente y no solamente para determinar la medida del juicio de reproche.

Para Freudenthal tiene vital importancia la idea de “poder”. El reproche se hace al sujeto que viola el derecho “pudiendo” y debiendo comportarse de otra manera. Por eso cuando por las circunstancias en que actúa, le ha faltado el poder al sujeto para comportarse de otra manera, no podrá formularse el reproche de culpabilidad.

Lo fundamental en Freudenthal es que la falta de poder para determinarse conforme al precepto hace inexigible una conducta conforme al derecho, no sólo frente a la culpa sino también frente al dolo.

Mezger<sup>41</sup> termina de configurar la teoría normativa de la culpabilidad. Sin embargo su posición respecto a la inexigibilidad va evolucionando a lo largo de su vida académica. En un principio se declara partidario de la doctrina de la no exigibilidad como causa genérica y supralegal de exclusión de culpabilidad, pero advierte que la adecuación individual de la valoración que debe ser garantizada por la no exigibilidad

---

<sup>40</sup> FREUDENTHAL, Schuld und Vorwurf p. 6 Citado por SAINZ CANTERO, José. Op. Cit. p. 22.

<sup>41</sup> MEZGER, Edmund. Derecho Penal Pág. 272 y ss.

no puede alterar las valoraciones derivadas de la ley positiva, sino más bien completarlas.

Posteriormente Mezger modifica parcialmente su posición al aceptar que la no exigibilidad como causa general y supralegal de inculpabilidad puede conducir a excesos, creándose una “excusa de culpabilidad demasiado ancha”, por lo que recomienda restringir el uso del pensamiento de no exigibilidad.

Podríamos concluir este apartado indicando que el principio de no exigibilidad tiene absoluta cabida como causal de inculpabilidad dentro de la teoría normativa, pero más aún debemos concluir que fueron los seguidores del normativismo quienes por primera vez incluyeron la exigibilidad como elemento positivo de la culpabilidad y la inexigibilidad como elemento negativo de la misma.

### **3.3.3. Teoría finalista**

Esta teoría ha sido desarrollada por Hans Welzel<sup>42</sup> quien sostiene que no se deben dividir los delitos en culposos y dolosos porque con ello se destruye la estructura unitaria de la acción.

Es así como los sostenedores de esta teoría llevan el dolo al tipo del injusto y sacan también la culpa de la teoría de la culpabilidad, despojan a ella de todo elemento psicológico dejándola reducida a un juicio de valoración sobre el proceso de motivación. Sus elementos esenciales son la imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad, y la exigibilidad de una conducta conforme a derecho. Se trata de tres componentes puramente valorativos. La imputabilidad es un juicio sobre la capacidad general de motivación del sujeto. La posibilidad del conocimiento de la antijuricidad se deduce a través de un juicio que determina si el sujeto estaba en situación de conocer la antijuricidad de su acción; la exigibilidad valora el poder

---

<sup>42</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Págs. 256 y ss.

actuar del sujeto con relación al deber. Cada uno de estos elementos contiene pues un juicio de valoración y en su conjunto determina el juicio de reproche o culpabilidad.

Partiendo del normativismo luego se aleja de él al ubicar el “delito doloso” verdadera acción finalista que desde el principio busca su objetivo y el “hecho penal culposo” – evitable finalista- en la acción o sea en el tipo penal separando la culpa y el dolo de la culpabilidad. A esta teoría se le critica el hecho de que la ocurrencia del tipo no sólo determina la antijuridicidad del hecho sino también la culpabilidad; por ello se afirma que la concepción finalista no distingue lo injusto de lo culpable y además la acción contenida en el tipo queda impregnada de atributos y valoraciones, lo cual es indeseable.

Son muchas las críticas que se han hecho a la teoría finalista. Sin embargo en este trabajo nos basta con destacar los puntos que dentro del sistema ideado por Welzel tienen que ver con la no exigibilidad. Estos son:

- a) La culpabilidad para Welzel es reprochabilidad, pero la reprochabilidad presupone que en el caso concreto el agente haya podido determinar su voluntad hacia lo justo.
- b) Hay situaciones legales en las cuales no puede exigirse al autor imputable un actuar jurídico. Cuando falta esa exigibilidad no habrá culpabilidad.
- c) Para determinar si una conducta es exigible o no es necesario considerar la probabilidad del peligro y la importancia objetiva del daño causado. “En cuanto al problema de si era exigible al autor la mantención del cuidado objetivo hay que poner en relación –asegura Welzel<sup>43</sup>- lo distante del peligro con la gravedad del daño que amenaza por la omisión de la acción descuidada:

---

<sup>43</sup> WELZEL, Hans. Op. Cit. P. 256.

Mientras más cercano y mas grande el peligro y mientras menos considerable sea el perjuicio que amenaza al autor, con menor razón puede exculparse la lesión cognoscible del deber de cuidado”.

- d) En los delitos dolosos se debe dispensar indulgencia de manera restringida; por el contrario en los delitos culposos la indulgencia en casos de inexigibilidad es más amplia.
- e) “Las causas supralegales de exculpación presuponen: a) Que la acción del autor era el único medio para protegerlo de una desgracia mayor. b) Que el autor ha elegido realmente el mal menor. c) Que ha perseguido subjetivamente el fin de salvación”<sup>44</sup>.

Debemos pues concluir que la no exigibilidad tiene plena cabida dentro de la teoría finalista.

### **3.3.4. La culpabilidad fundamentada en la teoría del fin de la pena**

Sostiene Roxin en síntesis que la culpabilidad puede apoyarse como un puro criterio político a partir de la finalidad de la pena lo que significa que si no hay posibilidad de evitar el injusto carece de sentido sancionarlo. En todo caso, el principal obstáculo a esta teoría radica en que invierte el planteamiento general de la cuestión según el cual debe conocerse si hay delito para saber si se debe aplicar una pena y no a la inversa. Al respecto consideramos que la culpabilidad debe estimarse como un juicio de reproche en el cual al sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que las circunstancias en las cuales actuó no le hayan reducido su ámbito de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo

En conclusión, el principio no puede ubicarse dentro de la estructura del delito como una justificante, tampoco como una forma de exclusión de la punibilidad; por tanto

---

<sup>44</sup> WELZEL, Hans. Op. Cit. Pág. 257.



debemos encuadrar a la misma como un elemento negativo de la culpabilidad advirtiéndole que no aceptamos la teoría psicológica por incompleta ni tampoco la finalista por artificiosa, aceptando en todo caso a la teoría normativa la cual nos ofrece un concepto mas avanzado de la culpabilidad encuadrando perfectamente al instituto que nos ocupa dentro de la misma. En cuanto a lo sostenido por Roxin, ya hemos adelantado criterio sobre el particular-

### **3.4. Delimitación**

El principio de no exigibilidad suele presentarse por la doctrina en forma vaga y difusa, de allí que sus críticos funden la mayoría de sus objeciones en la indeterminación y oscuridad del principio. **Creemos que la mayoría de los obstáculos que algunos autores encuentran para la aplicación de la no exigibilidad radica en la falta de circunscripción del concepto, resulta por ello necesario encontrar criterios que delimiten la idea de la no exigibilidad.**

Es por ello que trataremos de encontrar algunos parámetros que nos muestren la esencia de la inexigibilidad y al mismo tiempo nos ayuden a diferenciarla de otros conceptos. Para lograr nuestro objetivo procederemos de la siguiente manera: Primero, expondremos las principales críticas hechas a la inexigibilidad por sus detractores, luego reseñaremos algunos intentos doctrinales dirigidos a delimitar la no exigibilidad; y por último, trataremos de exponer lo que a nuestro juicio son los principales límites de la no exigibilidad de una conducta conforme a derecho. Para encontrar dichos límites utilizaremos primero el método deductivo y luego el método inductivo. De esta forma veremos como el concepto abstracto de inexigibilidad se verifica en las hipótesis concretas de exculpación (deducción) y luego, indagaremos en esos casos concretos sus elementos y características comunes para utilizarlos como criterios de delimitación de la inexigibilidad (inducción).

#### **3.4.1. Los límites de la no exigibilidad**

Como ya hemos mencionado, para encontrar dichos límites, combinaremos los métodos deductivo e inductivo. Primero confirmaremos la presencia de la no exigibilidad en las causales de inculpabilidad, yendo así del concepto genérico de inexigibilidad a las situaciones específicas contenidas en las causas de inculpabilidad (deducción) y luego de esas hipótesis de inculpabilidad, por vía de inducción, obtendremos sus elementos comunes que nos servirán como criterios de delimitación de la no exigibilidad.

Existen algunos tratadistas que inclusive llegan a afirmar que la no exigibilidad está presente en todas las causas de inculpabilidad. En efecto, así lo expresa José Rafael Mendoza<sup>45</sup> al decir que “...cuando hay coacción moral o fuerza mayor son estas mismas circunstancias las que intervienen para eximir, pero siempre la razón suprema es la causal de inculpabilidad por no exigibilidad, que es común a todas las de inculpabilidad”. También comparte esta opinión Jiménez de Asúa<sup>46</sup> para quien: “En esta última instancia y teniendo en cuenta que la culpabilidad normativa se caracteriza por la posibilidad de exigir una conducta conforme a derecho, podríamos decir que el fundamento de todas las causas de inculpabilidad está en que no puede exigirse esa conducta adecuada a la norma, bien porque el error esencial del agente le hizo creer que su acción estaba justificada o porque la violencia moral o la situación del individuo en sí misma o en su ligamen, con otras personas, no le permitiría ajustarse a lo que él consideraba como justo y que en otra coyuntura hubiera respetado”. No obstante, a renglón seguido el mismo autor divide, acaso por razones pedagógicas, las causas de inculpabilidad en tres: las que tienen su fundamento en el error, las que la tienen en la inexigibilidad y las que tienen que ver con la inexigibilidad supralegal.

---

<sup>45</sup> MENDOZA, José Rafael, Curso de Derecho Penal Venezolano. Tomo II. Pág. 270.

<sup>46</sup> JIMENEZ DE ASUA. Op. Cit. Tomo VI. Pág. 303 y ss.

A nuestro entender la no exigibilidad está implícita y constituyen su fundamento una serie de eximentes contenidas inclusive algunas en el Código Penal Boliviano, cuya existencia se explica por la situación de inexigibilidad que en ellas se presenta. Ejemplo:

### **3.4.2. Eximentes contempladas en el Código Penal Boliviano**

Entre las eximentes contempladas en el Código Penal Boliviano, tenemos las siguientes:

#### **3.4.2.1. Estado de necesidad subjetivo**

La doctrina y sobre todo la doctrina española<sup>47</sup> tiene sentado que cuando los bienes jurídicos en conflicto en el estado de necesidad son de distinto valor y se sacrifica el de menor valor estamos ante un estado de necesidad objetivo cuya naturaleza es la de una justificante legal, pero cuando los bienes jurídicos en conflicto son de igual valor y se sacrifica uno de ellos para proteger al otro nos enfrentamos a un estado de necesidad subjetivo<sup>48</sup>, cuya naturaleza es la de una causa de inculpabilidad. Pues bien este último estado necesario encuentra su fundamento en el principio de no exigibilidad de una conducta distinta a la observada por el agente.

“El legislador exime de responsabilidad criminal a quién actúa impulsado por un estado de necesidad subjetivo, porque la decisión de voluntad adoptada ha seguido a un anormal proceso de motivación que hace que no le sea exigible actuar de otro modo, en cuanto a que cualquier hombre situado en idénticas condiciones hubiera

---

<sup>47</sup> JIMENEZ DE ASUA. Op. Cit. T: VI: Pág. 986.

<sup>48</sup> A pesar de esta distinción doctrinaria el Art. 29 N° 5° del C.P. Colombiano acoge ambas formas del estado de necesidad en una misma causal de justificación.

actuado lo mismo<sup>49</sup>”. Queda configurada así con toda claridad la situación de inexigibilidad en el estado de necesidad subjetivo.

En la legislación boliviana ambas formas del estado de necesidad son consideradas como causas de justificación. Empero, en el campo doctrinal sigue siendo válida la distinción que hemos hecho. De otro lado, el legislador penal boliviano parece no haber tomado en cuenta que en el estado de necesidad debe existir cierta proporcionalidad entre el bien sacrificado y el bien protegido. En palabras del Dr. Reyes Echandía<sup>50</sup>, la deficiencia legal queda superada de la siguiente manera: “Aun cuando este requisito no aparece taxativamente exigido en la disposición legal que comentamos, como si ocurre para la legítima defensa, es indudable que una cierta proporcionalidad debe existir entre la acción ejecutada para salvarse a sí mismo o a otro y la entidad del peligro que se afronta como asimismo respecto a la lesión causada al interés jurídico de persona inocente.

#### **3.4.2.2. Error de tipo y error de prohibición**

Podemos decir que incurre en error de tipo quien obra bajo la creencia errada e invencible de que en su acción u omisión no realizaba el tipo legal. “Al hablar de “error de tipo” aclara Rodríguez Devesa empleamos,... la palabra tipo en un sentido más restringido que el tipo del injusto. Hay que excluir de éste no solo los elementos negativos sino todos aquellos positivos que no dependen de la voluntad del agente porque al no poder ser queridos no es necesario que tenga conocimiento de ellos para afirmar la responsabilidad criminal por el delito de que se trate. Quedan excluidas por consiguiente las condiciones objetivas de penalidad. También, por razones obvias, los elementos subjetivos del injusto. El tipo de que aquí se trata es el “tipo legal”, es decir, aquellas características

---

<sup>49</sup> SAINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal Tomo III. p. 106.

<sup>50</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso, La Culpabilidad. Pág. 220.

positivas y objetivas cuya realización depende de la voluntad del sujeto. Es indiferente en cambio, que sean de índole descriptiva”<sup>51</sup>.

Ejemplos del error de tipo pueden ser, el sujeto que creyendo disparar sobre una presa de caza en realidad lo hace sobre un ser humano y el sujeto que ignorando la ajenidad de la cosa, la toma para sí.

En estos casos existe un desconocimiento de las circunstancias objetivas que la figura típica contiene, desconocimiento referido bien a los sujetos u objetos del tipo bien a las calidades jurídicas que se expresan en él.

En cambio en el error de prohibición el sujeto sabe que realiza el tipo pero cree de manera errada e invencible que está amparado por una causa de justificación. Conoce la tipicidad de su acto pero no su antijuricidad, por ejemplo, el sujeto que piensa equivocadamente que un amigo le agrede injustamente cuando en realidad le estaba jugando una broma y bajo esa creencia lesiona o mata a éste creyendo estar amparado por una legítima defensa.

A nuestro juicio, ambos tipos de error reflejan situaciones de inexigibilidad porque en ellos el sujeto tiene una representación equivocada de la realidad y dicha representación orienta la voluntad del sujeto en una dirección que no habría tomado de no existir el error. El intelecto y la voluntad aparecen limitados por el error a tal punto que el sujeto se ve empujado vitalmente a la comisión del tipo y, en razón de ello, sería absurdo exigir un comportamiento conforme a derecho.

En el caso fortuito asimismo el agente no puede obrar de manera distinta a como lo hace. En la coacción insuperable y en el estado de necesidad subjetivo el sujeto casi no puede obrar de otra manera, salvo que decida convertirse en héroe y elija sufrir el

---

<sup>51</sup> RODRIGUEZ DEVESA, Op. Cit. Págs. 597 y 598.

mal amenazado (coacción) o afrontar el peligro actual o inminente (estado de necesidad).

En el error ocurre algo parecido, a pesar de que el individuo puede optar por otras alternativas, la equivocación insuperable que lo agobia lo impulsa hacia la realización del tipo con tanta intensidad que sería ilógico exigirle un obrar conforme al precepto, así por ejemplo, el cazador que cree disparar a la pieza de caza cuando en realidad está cometiendo un homicidio, bien puede abstenerse de disparar o puede dirigir su descarga contra otras presas, pero el error que lo aqueja disminuye a tal punto su facultad de autodeterminación que se podría decir que el ilícito se debe no tanto al sujeto sino a la circunstancia de error que lo hizo determinarse a violar el precepto.

Debemos aclarar que al igual que en el caso fortuito la mayoría de los autores considera que en el error quedan excluidos el dolo y la culpa siempre que sea esencial e invencible y por ello se erige en eximente. Quienes así razonan afirman que el error esencial e invencible impide el conocimiento del hecho tipificado o la significación antijurídica del mismo, por lo tanto, el sujeto que incurre en error no sabe que el hecho es punible desapareciendo así el elemento intelectual del dolo<sup>52</sup>.

Además como ese error es invencible, el sujeto aún empleando toda la diligencia posible, no lo hubiera podido evitar, desapareciendo así la culpa<sup>53</sup>.

Compartimos esta doctrina en todas sus partes pero consideramos al igual que lo hicimos respecto al caso fortuito que si el error excluye ciertos casos en cuanto al dolo y a la culpa, ello no quita ni contradice lo que hemos venido sosteniendo a lo largo de esta investigación, que ambos tipos de error reflejan situaciones de inexigibilidad. Lo que ocurre es que en el error esencial e invencible los elementos intelectual y volitivo aparecen tan limitados que no sólo se hace inexigible un

---

<sup>52</sup> PUIG PEÑA, Federico. Derecho Penal. V: I. Pág. 296 y ss.

<sup>53</sup> RODRIGUEZ DEVESA. Op. Cit. Pág. 600 a 602.

comportamiento distinto sino que también desaparecen el dolo y la culpa. Es comprensible que en ciertas causas de inculpabilidad desaparezcan dos y no solo uno de los elementos esenciales de la culpabilidad normativa, las formas de culpabilidad y la exigibilidad.

En conclusión, la no exigibilidad de otra conducta se encuentra implícita en el fondo de las causas de exculpación estudiadas. Estas causas de inculpabilidad son manifestaciones concretas del principio más abstracto de la inexigibilidad; por ello consideramos que al extraer de dichas exculpantes sus elementos comunes, encontraremos en ellos la esencia, o mejor, los límites específicos del principio de inexigibilidad.

### **3.4.3. Otras eximentes no contempladas expresamente en el Código Penal Boliviano**

Tenemos asimismo entre ellas a:

#### **3.4.3.1. Coacción ajena insuperable**

También se encuentra esta causal inspirada en el principio de no exigibilidad. En este caso el sujeto sabe que el hecho que va a realizar supone una infracción de la norma y que producirá la lesión de un bien socialmente protegido, sin embargo, determina su voluntad hacía el quebrantamiento del deber porque los motivos anormales mediante los cuales llegó a esa determinación estaban condicionados por unas circunstancias externas (la amenaza de un mal) que al ser interiorizadas limitan arduamente en gran medida su capacidad de autodeterminación.

En la situación de coacción insuperable el sujeto pasivo no queda totalmente privado de su capacidad de entendimiento ni de su libertad electiva, estas simplemente se ven disminuidas considerablemente a tal punto que al sujeto pasivo solo le quedan dos alternativas, o sufrir el mal proyectado, o violar el precepto. Ante una situación

---

semejante no se puede formar libre y normalmente la determinación de la voluntad. En esa situación el ordenamiento jurídico no le exige al sujeto que se abstenga de realizar el injusto típico adoptando una situación heroica<sup>54</sup>. Es sin duda la situación de inexigibilidad la que determina la exculpación del sujeto.

### **3.4.3.2. Caso fortuito o fuerza mayor**

El caso fortuito consiste en una situación externa imprevisible que determina necesariamente al sujeto hacía el delito. La esencia del caso fortuito radica en que el resultado no se previó porque era absolutamente imprevisible.

La fuerza mayor consiste en una energía externa irresistible que aunque sea previsible determina inevitablemente al sujeto hacia el delito.

Son clásicos los ejemplos de caso fortuito, el del automovilista que a pesar de observar las leyes de tránsito arrolla a un peatón que inesperadamente cruza la calle, de tal manera que hace imposible evitar el resultado y, el del señalador que en el ejercicio de tiro aparece anticipadamente recibiendo el disparo.

El caso fortuito en el campo jurídico siempre se ha identificado con la fuerza mayor otorgándosele los mismos efectos exculpantes, a pesar de que lo imprevisible - característica fundamental del caso fortuito - no es ciertamente indispensable en la fuerza mayor.

La razón fundamental que lleva a elevar el caso fortuito a la categoría de exculpante radica en el hecho de que todo lo imprevisible sale de la esfera de lo intelectual y de lo volitivo. Al terminar la culpa inconsciente encontramos la imprevisibilidad

---

<sup>54</sup> En apoyo de esta posición citamos a SAINZ CANTERO, La Exigibilidad.... Op. Cit. Pág. 134 y ss. y Jiménez de Asúa. Op. Cit. T. VI. Pág. 985. Aunque habla de “violencia moral” y no exactamente de coacción insuperable.



absoluta en la cual se excluye la culpabilidad por imposibilidad de exigir un comportamiento distinto<sup>55</sup>. El sujeto cuya acción es afectada por lo fortuito no tiene la posibilidad de determinar su voluntad en otra dirección, es decir, “el caso fortuito excluye la culpabilidad, por cuanto hace desaparecer la posibilidad de una motivación distinta<sup>56</sup>”. En efecto, el automovilista prudente y diligente que lesiona al peatón que inesperadamente se atraviesa en la vía, lo hace porque las circunstancias imprevisibles –como son la aparición súbita del transeúnte- lo determinaron irremediablemente a causar las lesiones, por lo tanto no se le puede reprochar a este su conducta ya que no se le podía exigir, bajo las circunstancias en que se encontraba, que actuara de modo distinto.

Si en la coacción ajena insuperable y en el estado de necesidad subjetivo el agente únicamente tiene dos alternativas – violar la norma penal o sufrir un perjuicio -, en el caso fortuito el individuo ni siquiera tiene esas alternativas ya que la imprevisibilidad elimina cualquier vestigio de libertad electiva y el sujeto se ve inexorablemente conducido por las circunstancias a la violación de la norma. El sujeto no tiene la más mínima posibilidad de optar entre alternativas posibles, su libertad aparece limitada absolutamente, por ello no puede exigírsele que obre de modo distinto y tampoco puede formularse un juicio de reproche.

En conclusión el caso fortuito representa una clara situación de inexigibilidad.

Sin embargo muchos autores consideran que el caso fortuito se fundamenta en que elimina el dolo y la culpa y con ello la culpabilidad. Quienes así opinan razonan de la siguiente manera: El caso fortuito elimina la posibilidad de prever el resultado y si el sujeto no puede prever el resultado mucho menos puede representárselo y querer su ocurrencia (dolo) y tampoco podrá anticipar su ocurrencia (culpa), por lo tanto, ante

---

<sup>55</sup> BETTIOL, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 422.

<sup>56</sup> Ibidem. Pág. 424.

lo absolutamente imprevisible desaparecen tanto el dolo como la culpa. Compartimos plenamente esta opinión ya que ello no excluye ni contradice lo que anteriormente expusimos, es decir, que el caso fortuito es esencialmente una situación de inexigibilidad. Lo que ocurre es que en el caso en estudio lo intelectual y lo volitivo aparecen tan limitados que no solo desaparece el poder de autodeterminación del sujeto y la exigibilidad de una conducta conforme a derecho, sino también el dolo y la culpa.

La no exigibilidad también está representada por la fuerza mayor. En esta, al decir de Cavallo, hay “una energía externa, natural o subhumana, que es mayor que la energía física que el autor puede oponer para contrarrestarla y le arrastra como instrumento a la realización de un hecho del cual es ella la verdadera causa”<sup>57</sup>. En esta situación existe una acción externa que permite prever el resultado pero a la que no puede oponerse el agente y por ello se ve empujado o determinado hacia la realización del tipo. El sujeto no puede actuar de modo distinto y si no puede hacerlo no debe exigírsele que lo haga. Con toda claridad queda configurada la situación de inexigibilidad.

#### **3.4.4. Los elementos comunes entre las causas de inculpabilidad determinan los límites de la no exigibilidad**

Con base en esos elementos comunes podemos decir que para que se presente una situación de inexigibilidad se requiere:

##### **3.4.4.1. Que haya una condición que obligue al agente a violar el precepto**

Hablamos de condición no en el sentido civilista de un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de una obligación, sino en el sentido

---

<sup>57</sup> CAVALLLO, Vincenzo. Diritto penaie. Vol. II. Pág. 484 Citado por Jiménez de Asúa. Tratado..... Op. Cit. T. VI. Pág. 223.

común del término como un hecho presente y cierto – una situación – que limita o condiciona algo; en el caso que nos ocupa lo que está condicionado o limitado es la capacidad de autodeterminación o libertad del sujeto y ello es tan cierto que de no existir dicha condición el sujeto tendría un amplio abanico de posibilidades, podría actuar de modo distinto como lo hizo y, por tanto, le sería exigible una conducta legal.

Esa condición puede ser interna como en el caso del error o externa como en el caso fortuito que está completamente fuera de la interioridad psíquica del sujeto.

Igualmente esa condición puede tener manifestaciones distintas, así, en el estado de necesidad la condición está constituida por un peligro actual o inminente, en el caso fortuito está constituida por un imprevisto, en la coacción puede ser una amenaza, en el error una representación errada de la realidad. Pero todas estas manifestaciones resumen una misma realidad que no es otra que la limitación grave de la capacidad del sujeto de auto determinarse, lo cual hace que sea inexigible un comportamiento distinto y decimos que es grave dicha limitación porque si no existiese esa condición el sujeto podría y por tanto debería actuar de modo distinto, es decir, conforme al precepto. De todas formas, la presencia de una condición que obligue al agente a violar el precepto es un elemento común en todas las eximentes estudiadas.

#### **3.4.4.2. Que dicha condición sea invencible**

Si la condición que limita al sujeto fuese vencible el agente podría escapar de esa situación que lo agobia y por consiguiente podría actuar conforme a derecho haciéndose exigible una conducta. Este requisito está presente en las causas de justificación y de inculpabilidad del Código Penal Boliviano; aunque aparece mencionado con terminología disímil en el primer caso, en el fondo la

---

invencibilidad de la condición aparece clara. En el estado de necesidad se exige que el peligro actual o inminente no sea “superable de otra manera” y, en el error – tanto de tipo como de prohibición – debe tener la condición de “invencible”.

Y aunque respecto del caso fortuito, no se encuentra el mismo previsto en nuestra normativa, por esencia debe ser absolutamente imprevisible y por lo tanto invencible como así también la coacción ajena insuperable. Con claridad se ve que todos estos términos convergen en una misma idea: Lo invencible, es decir, lo que no se puede evitar aún con el empleo de todas las fuerzas volitivas e intelectuales. La imposibilidad de superar la situación de inexigibilidad es común en todas las eximentes estudiadas.

#### **3.4.4.3. Que la condición se produzca con independencia del agente**

La condición puede obligar al sujeto a realizar el injusto y puede ser invencible o insuperable o inevitable o irresistible – que es en esencia lo mismo -, pero si el sujeto premeditadamente o por negligencia se coloca en la situación de inexigibilidad para luego cometer un delito, sería ilógico exculparlo, porque en el fondo la situación de inexigibilidad se produce por un acto libre – no condicionado – bien negligente o bien intencional, pero en todo caso reprochable. Aclaremos con un ejemplo, si en el caso de la Tabla de Carmeades el sujeto que da muerte al otro para salvar su vida, previamente hubiera planeado y ocasionado el naufragio con el fin de cometer el crimen, la situación de inexigibilidad desaparecería porque en última instancia el hecho típico y antijurídico tiene su origen en un acto libre no condicionado y por ello debería hacerse el juicio de reproche, ya que sería absurdo exculpar a quien obra en esta forma. La condición de invencible que determina el injusto no puede ser imputable ni a título de dolo ni a título de culpa del agente.

Igualmente en el caso fortuito aunque la ley no contemple esta situación, el resultado injusto debe producirse con independencia del agente, esto es, por causa no imputable a dolo o culpa de quien comete el tipo. Luís Carlos Pérez<sup>58</sup> al enumerar los requisitos para que se configure el caso fortuito señala que, “Silvela encontró cuatro condiciones para moldear el caso: a) Que se cause un mal. b) Que el mal se produzca con ocasión de o al ejecutar un acto lícito. c) Que ese acto lícito se lleve a cabo con la debida diligencia y que, por lo tanto, no haya culpa. d) Que el resultado sobrevenga por puro accidente, esto es, sin intención (dolo) y sin descuido o negligencia (culpa).

Del último requisito mencionado se ve claro que si el caso fortuito o la fuerza mayor surgiesen por causa imputable a dolo o culpa del agente, este sería responsable puesto que en principio pudo actuar de otra manera.

La coacción insuperable por definición legal debe surgir con independencia del agente, puesto que debe ser “ajena a él, debe provenir de otra persona”. Llegamos pues de manera necesaria a la siguiente conclusión: La situación insuperable debe surgir de manera autónoma, sin relación con el sujeto en cuestión.

#### **3.4.4.4. Que la condición invencible lo sea para el sujeto individualmente considerado**

Lo que para un sujeto puede ser una coacción insuperable para otro podría ser una simple limitación fácilmente salvable y lo que para un sujeto puede ser vencible para otro podría ser imposible de superar. En suma, frente a una situación determinada, a un sujeto le podría ser exigible un actuar conforme al derecho y frente a idéntica situación a otro sujeto, debido a sus condiciones personales, podría no serle exigible un obrar adecuado a la norma.

---

<sup>58</sup> PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal. Págs. 306 y 307.

Mucho se ha discutido por los comentaristas sobre este punto. Algunos afirman que para saber si la conducta es exigible o no hay que utilizar un criterio objetivo como el del hombre medio y preguntarse si éste puesto en iguales circunstancias que el sujeto activo habría obrado conforme a la norma. Si la respuesta es afirmativa será exigible una conducta conforme al precepto y, por lo tanto, habrá culpabilidad. Al contrario, si la respuesta es negativa, no habrá exigibilidad ni tampoco culpabilidad.

Otros sostienen que para determinar si existe o no exigibilidad hay que considerar al sujeto dentro de sus propias circunstancias y características personales, hay que compararlo no con el arquetipo del ciudadano medio sino consigo mismo.

Haremos una exposición razonada de estas dos tendencias y luego reseñaremos nuestra posición al respecto.

#### **3.4.4.1. Criterio Concreto**

Según este criterio la exigibilidad o no exigibilidad de una conducta conforme al derecho ha de determinarse estudiando todas las circunstancias en concreto, tanto las externas que rodean al sujeto activo como sus condiciones personales. Dentro de las circunstancias externas quedarán incluidos el ambiente social y familiar que rodea al individuo, sus condiciones económicas, etc. Por otra parte, las circunstancias internas o condiciones personales incluirán todas sus características psíquicas y físicas. Como consecuencia de esta teoría nos encontramos con que para saber si existe o no el poder para determinarse conforme a derecho es necesario analizar cada caso en concreto.

No pocas críticas se han dirigido contra este criterio. Algunos juristas afirman que la falla del mismo radica en que no mide a todos los sujetos con la misma regla, sino que crea una regla de medida para cada sujeto en particular. Sin embargo, el derecho y particularmente el derecho penal no mide a todos los sujetos con la misma regla. A

pesar de que el derecho penal se aplica en general a todas las personas y de ahí la igualdad de todos ante la ley penal, sin embargo, toma en cuenta las condiciones personales de cada persona a objeto de calificar la responsabilidad penal. Las circunstancias de atenuación y de agravación son una clara muestra de que el legislador no desea medir a todos los hombres con una misma regla, sino mas bien, desea tomar en cuenta “los motivos nobles o altruistas” con que obra el sujeto o “sus apremiantes circunstancias personales o familiares” o su estado de indigencia o falta de ilustración, las relaciones de parentesco, etc.

Lo anterior nos permite concluir que el legislador pretende la individualización del juicio de reproche teniendo en cuenta al sujeto en concreto y no a un sujeto en abstracto concebido como un “ciudadano medio”.

Hay quienes acusan a esta teoría subjetiva de provocar un reblandecimiento del ordenamiento jurídico porque podrían escapar a la sanción jurídica individuos con condiciones personales que los llevan a ser delincuentes reincidentes. A nuestro entender las condiciones personales del sujeto que deben tenerse en cuenta para determinar la exigibilidad son aquellas que no dependen del sujeto; es decir, que no le son reprochables, como: su edad, bajo coeficiente intelectual, su experiencia personal, etc. Mientras que las características personales que tienen origen en la negligencia o la mala voluntad del sujeto, o sea, las que sí le son reprochables, no deben ser tomadas en cuenta para concluir que una conducta es inexigible, más al contrario, las condiciones personales reprochables al sujeto deben hacer más exigible una conducta conforme a derecho; así será mas intenso el juicio de reproche al delincuente reincidente que al novato. Al tiempo que existen circunstancias personales que atenúan o eliminan la exigibilidad de una conducta conforme a derecho, existen otras que aumentan o confirman dicha exigibilidad, por lo tanto efectuada esta distinción entre circunstancias personales no reprochables y reprochables al sujeto, creemos que el criterio objetivo o concreto ayuda a precisar la existencia o no de la inexigibilidad.

La gran virtud del criterio concreto radica en que permite un juicio más cercano a la realidad y por lo tanto una apreciación más científica de los hechos, lo cual a su vez nos conduce a una justicia más perfecta. Empero no podemos ignorar que cuando no sea posible probar las circunstancias concretas del obrar y las condiciones personales del agente, el juez quedará desamparado y sin una herramienta adecuada para impartir justicia, este es a nuestro juicio, el gran defecto del criterio concreto.

#### **3.4.4.2. Criterio Abstracto**

Los defensores de este criterio sostienen que si en las circunstancias en que el autor actuó, el hombre medio hubiere realizado la misma conducta, al autor no le puede ser exigido un obrar distinto. No se preocupa este criterio por la personalidad del sujeto ni por sus especiales condiciones subjetivas, simplemente se interesa por las circunstancias de hecho que rodearon al agente para actuar como habría actuado un ser abstracto – el hombre medio – frente a tales circunstancias. La culpabilidad del autor radica no en que pudo o no actuar conforme a derecho dependiendo de sus condiciones personales, sino en la discordancia entre su individualidad y la del hombre medio.

Este criterio es el acogido por un mayor número de estudiosos pero tampoco está exento de objeciones. En efecto, hay quienes afirman que el concepto del hombre medio por ser una abstracción es muy difícil de definir y quizás cada persona puede tener un criterio distinto acerca del concepto del mismo. Sin embargo al decir de Sainz Cantero<sup>59</sup>. “Estos argumentos carecen de peso, porque como con razón dice DOLCE, abstracción no significa irrealidad. Se trata de una operación mental mediante la cual se prescinde de caracteres diferenciales para hacer un acopio de los que son comunes a diversos objetos”. Así pues, una vez realizada esta abstracción con

---

<sup>59</sup> SAINZ CANTERO, José. La Exigibilidad.... Op. Cit. Págs. 105 y 106.



criterios lógicos y científicos se puede llegar a una definición acertada del hombre medio lo cual nos permitiría aplicar válidamente este criterio.

Otros apuntan más contra el juez que aplica el criterio que contra el criterio mismo, sosteniendo que aquél en lugar de preguntarse como habría actuado el hombre medio, debería interrogarse como habría actuado él mismo ante idénticas circunstancias. Sin embargo, esta objeción carece de base porque una vez determinado el concepto de hombre medio no hay razón para que el juez atienda a otras consideraciones. Además el juez debe ser una persona lo suficientemente competente para no dejarse llevar por situaciones personales, sino por criterios científicos que le permitan adoptar una decisión imparcial. A pesar de superar las anteriores objeciones consideramos que la gran crítica que se puede formular contra el criterio en estudio consiste en que no busca un juicio individualizador basado en la realidad concreta sino que se conforma con un juicio genérico que olvida las particularidades propias de cada individuo. Unos ejemplos nos pueden mostrar las fallas e incluso las injusticias a que puede conducir este: Supongamos que un hombre medio se enfrenta a una situación insalvable no ocasionada por él, en la cual tiene que decidir entre atropellar a un niño o colisionar con un bus escolar, cualquiera que sea su decisión no le es exigible una conducta conforme a derecho. Pero si el agente no es un hombre medio sino un conductor experto cuyas habilidades le hubiesen permitido evitar fácilmente el dilema anteriormente señalado y a pesar de esas habilidades, causa la lesión a un determinado bien jurídico, no parecería justo tratar de igual manera al conductor experto que al hombre medio, porque si se procede de esa manera el conductor experto consciente de que se le absolverá, podría valerse de ello para realizar una conducta antijurídica a pesar de haberla podido evitar. Veamos otro ejemplo, si un hombre medio es sometido a una coacción física ajena que intenta arrastrarlo a la comisión de un delito, pero dicha coacción física es fácilmente superable o vencible, le será exigible un comportamiento conforme a derecho. Pero si la misma coacción física ajena, idéntica a la anterior, es dirigida contra un vetusto anciano con escasos aprestos físicos, muy difícilmente podrá superar o vencer dicha fuerza que limita su

capacidad de autodeterminarse por lo que sería injusto exigirle un actuar conforme a derecho. En las hipótesis descritas anteriormente se ve con absoluta claridad como la aplicación del criterio abstracto del hombre medio puede llevarnos a soluciones injustas e incluso contradictorias. Por ello nos sumamos a quienes opinan como Bettiol<sup>60</sup> quien – refiriéndose a la previsibilidad del evento lesivo – declara que: cuando se habla de previsibilidad se debe tratar, no de la del hombre medio, sino de la del individuo en particular. Es el hombre como realidad concreta quien actúa, quiere, prevé, etc. y no el “hombre medio”, abstracción peligrosa que en lo posible debe eliminarse del derecho penal”.

Por último, pensamos que el criterio del hombre medio contradice la naturaleza del derecho que por esencia parte de realidades concretas de las cuales obtiene abstracciones que a su vez contienen una valoración y que se manifiestan a través de leyes, leyes que deben ser aplicadas por el juez a las situaciones concretas – a las realidades tangibles – de donde surgen. Si se legislara para regular la conducta de un hombre medio abstracto a pesar de que esa abstracción se funde en la realidad, en cierto grado nos alejaríamos de ella. El derecho debe partir de la realidad para formular sus leyes y luego volver a esa realidad concreta ya que quedarse en meras abstracciones sería contrario a la esencia misma de este.

En fin, consideramos como más acertado el criterio concreto, sin embargo, existe la posibilidad de que no puedan conocerse las condiciones personales del sujeto, en este caso y solo en él, el juez de manera supletoria deberá recurrir al expediente abstracto del hombre medio. En todo caso, por deseo de la ley y por razón de lógica debe utilizarse el criterio abstracto cuando no sea posible conocer las condiciones y circunstancias concomitantes al hecho.

### **3.5. Críticas**

---

<sup>60</sup> BETTIOL, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 424.

Quienes enfilan sus ataques contra el principio de inexigibilidad arguyen razonamientos de variada índole, entre ellos mencionamos los más salientes:

- a) El modo de ser excesivamente abstracto que caracteriza a la no exigibilidad de otra conducta. Le falta la concreción necesaria para utilizarla como un principio jurídico penal.
- b) Resulta imposible precisar con certeza los elementos que delimitan el principio de inexigibilidad<sup>61</sup>.
- c) La tesis que sostiene que la no exigibilidad deriva de la esencia del derecho no es convincente porque olvida que las condiciones y los límites de la aplicación de las normas se establecen por las normas mismas. Esta objeción a su vez olvida que esos límites no son rígidos sino elásticos por ello el derecho mismo permite a veces la aplicación analógica y la interpretación extensiva.
- d) Schumacher<sup>62</sup> afirma que el principio es un “peligro para la seguridad y objetividad de nuestra jurisprudencia”.
- e) Un tono crítico también se aprecia en Reinhart Maurach<sup>63</sup> al afirmar que así como falta antijuridicidad cuando la acción típica está permitida por el derecho, igualmente valedero debe ser esto para la culpabilidad que solo se excluye cuando la ley lo dice. En el sentir de Jiménez de Asúa<sup>64</sup> esta crítica no tiene bases porque la culpabilidad al afectar la personalidad del autor debe ser apreciada con un sentido más individualizador.

---

<sup>61</sup> ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. Vol. I. Pág. 310.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Citado por JIMENEZ DE ASUA. Op. Cit. T. VI. Pág. 975.

MAURACH, Reinhart. Op. Cit. Págs. 46 y ss.

<sup>64</sup> JIMENEZ DE ASUA. Op. Cit. V: VI. Pág. 977.

- f) Algunos autores de la época hitleriana reprobaban la exculpante por considerar que debilita la prevención general como objetivo de la pena.
- g) La no exigibilidad implica un reblandecimiento de la estructura del derecho penal, o como se dijo en su momento, una osteomalacia penal. La disciplina punitiva más que cualquier otra exige parámetros y límites legales claros y rígidos que impidan al juez o al reo encontrar ventanas abiertas a la impunidad.
- h) La aplicación del principio que nos ocupa atentaría contra el principio de legalidad y otorgaría al juez facultades para llenar la indeterminación del mismo.
- i) Jescheck cree que “una causa supralegal de exculpación por inexigibilidad implicaría, tanto si se la concibe subjetiva como objetivamente, una debilitación de la eficacia de la prevención general que corresponde al derecho penal y conduciría a una desigualdad en la aplicación del derecho, ya que la “inexigibilidad” no constituye ningún baremo manejable”.

Como se puede apreciar son muchas y muy variadas las objeciones que se hacen al concepto que estudiamos y no solamente por su falta de determinación sino también por su dudosa aplicación en los delitos culposos y dolosos – **asunto que ya tratamos y creemos haber solucionado – y además por su forma de aplicación como causal supralegal o por medio de la analogía, etc.**

Recapitulando, el marco normativo que se impone al principio de no exigibilidad esta determinado por los siguientes componentes:

- 1º Una condición que obligue al agente a violar al precepto.

- 2º Que dicha condición sea invencible.
- 3º Que la condición se produzca con independencia del agente.
- 4º Que esa limitación invencible lo sea para el sujeto individualmente considerado.

Si en una situación concreta se verifican estos cuatro requisitos, el autor no será responsable por falta de culpabilidad, puesto de que por una situación ajena a él e invencible, su voluntad no puede determinarse libremente.

En conclusión, en atención a los fundamentos desarrollados, la no exigibilidad quedaría delimitada de la siguiente manera: “No será culpable el agente que individualmente considerado se ve obligado a violar el precepto debido a una condición invencible surgida con independencia del mismo”.

## **CAPITULO IV**

### **4. LA NO EXIGIBILIDAD EN EL DERECHO PENAL BOLIVIANO**

#### **4.1. El principio de no exigibilidad en el ordenamiento penal boliviano**

A continuación estudiaremos la posibilidad de considerar la presencia de la teoría normativa de la culpabilidad en el ordenamiento penal boliviano, una vez confirmada esta presencia demostraremos que la no exigibilidad es un principio que informa nuestra legislación penal; luego presentaremos algunas hipótesis de inexigibilidad que no están contempladas expresamente por el legislador como causales de inculpabilidad y terminaremos este acápite con un análisis de los distintos mecanismos jurídicos que permitan la aplicación del principio de no exigibilidad a las situaciones de esta naturaleza no contempladas por la ley material.

#### **4.2. Presencia de la teoría normativa de la culpabilidad en el Código Penal Boliviano**

Sin lugar a duda alguna, existe cierta influencia normativa en nuestra legislación penal sustantiva puesto que en ella encontramos algunos elementos fundamentales de aquélla. De esta manera, el Código Penal Boliviano en su Art. 13 establece claramente el juicio de reproche que se formula al autor de la conducta típicamente antijurídica en cuanto se entiende, pudo elegir una conducta distinta a la prohibida; a su vez, dentro de la libertad del autor para obrar en su fase interna tenemos en el Art. 17 a la imputabilidad en su faz negativa y en lo que respecta a la faz externa tenemos la normalidad o anormalidad de las circunstancias en las que el agente obra que si bien no se encuentra este elemento expresamente concretizado, sin embargo, ello se deduce del conjunto de la normatividad en la materia, mas propiamente de las exculpantes, como se expresa en el Art. 16 del nombrado cuerpo de leyes- Luego, en cuanto al fin que persigue el autor conociendo el significado de su conducta o ante la

posibilidad de conocer ese significado tenemos en los Arts. 14 y 15 al dolo y a la culpa. De todo ello se deduce que la teoría normativa ha sido acogida en gran parte por la ley penal de nuestro país.

#### **4.3. Hipótesis de inexigibilidad no consagradas expresamente por el legislador**

Si las eximentes unidas al estado de necesidad subjetivo comprenderían todas las situaciones de no exigibilidad posibles, no tendría objeto estudiar la posibilidad de su aplicación en el régimen penal boliviano, sin embargo, pensamos que existen hipótesis de inexigibilidad que no están consagradas de manera expresa por la ley ya que no pueden ser encajadas en los límites de cada una de las causas de justificación y/o de inculpabilidad, a pesar de constituir situaciones que merecen la exculpación.

Una hipótesis de inexigibilidad que parece escapar del marco legal de la exculpación, a pesar de no ser reprochable, es la del funcionario jurisdiccional que omite o retarda un acto propio de sus funciones debido a que el caudal de negocios que debe atender lo obliga irremediabilmente a violar el precepto. Aquí el funcionario no está sujeto a un peligro actual o inminente y si lo estuviese tendría el deber de afrontarlo, por lo tanto no podemos hablar de estado de necesidad, menos de un caso fortuito porque nada más previsible que un juzgado inundado de expedientes. Sería absurdo pensar que el funcionario judicial está siendo amenazado o coaccionado por alguien para retardar un trabajo que por su volumen es de por sí imposible de realizar dentro de los términos correspondientes. Así, en el universo de posibilidades que nos ofrece la realidad en que vivimos podríamos encontrar otras situaciones de inexigibilidad no contempladas expresamente en la ley.

De acuerdo a ello, en principio, el supuesto de inexigibilidad descrito parece escapar del ámbito legal de las excluyentes de culpabilidad. Ahora bien, si aún existe alguien que considere que todos los casos posibles de no exigibilidad encuentran acomodo en el estado de necesidad y en las exculpantes del mismo cuerpo normativo; podríamos

decir que la realidad es cambiante, novedosa e infinita en las posibilidades que nos presenta, por lo que es posible la aparición de nuevas e insospechadas situaciones de inexigibilidad, no incluidas dentro del ámbito legal, por lo que sigue en pie la necesidad de estudiar la posibilidad de aplicar el principio de no exigibilidad a la luz del derecho penal boliviano. De otra parte no se puede negar la importancia que desde el punto de vista académico tiene el estudio de la figura de la inexigibilidad para una mejor comprensión de la culpabilidad normativa. Podríamos concluir pues que existe o por lo menos puede llegar a existir una diferencia entre la inexigibilidad formal que regula la ley y la inexigibilidad material que nos presenta la realidad, puesto que la última supera o al menos puede superar a la primera resultando de esta manera necesario incorporar expresamente la posibilidad de aplicar la no exigibilidad en nuestro régimen penal.

#### **4.4. Aplicabilidad de la inexigibilidad en el derecho penal boliviano**

No pocos comentaristas han apoyado la idea de aplicar la no exigibilidad como una causa suprallegal de inculpabilidad, sin embargo, ya en páginas anteriores hemos censurado esta posición doctrinal. En su momento objetamos a esta doctrina el que las causas supralegales no son un procedimiento autorizado o permitido por la ley como fuente del derecho. A esta censura sumamos otra consistente en que el procedimiento de las causas supralegales está por encima de la ley y, por lo tanto, se olvida de los límites que ella puede y debe imponer a la no exigibilidad. Admitir la no exigibilidad como causa suprallegal de inculpabilidad implicaría superar la ley, pasar por encima de ella y olvidar los límites que ella debe imponer al principio de no exigibilidad. Fijándonos en uno de los claros límites que la ley tendría que imponer a la no exigibilidad puede apreciarse como el funcionamiento del principio como causa suprallegal produciría consecuencias indeseables. Como antes hemos indicado, uno de los elementos esenciales de la situación de inexigibilidad es que la condición que obliga sea invencible, ahora bien, si se acepta el sistema de las causas supralegales este elemento no sería indispensable porque se trata de un procedimiento que supera



la voluntad de la ley y, por lo tanto, podrían exculparse situaciones vencibles, superables o evitables por un sujeto que el legislador no ha querido exculpar. Por ello no sería aceptable la teoría de las causas supraleales de inculpabilidad como expediente para aplicar la no exigibilidad en el derecho penal boliviano.

Por su lado, la analogía *ad bonam partem* supera todos los inconvenientes que implica acoger las causas supraleales. La analogía *ad bonam partem* no solo es reconocida por un gran número de autores sino que además es un procedimiento que no supera ni olvida las disposiciones de la ley positiva por el contrario parte de ellas.

La analogía en general consiste en extender una norma jurídica que regula un determinado hecho a otro semejante no previsto en ella. Tradicionalmente se ha distinguido la analogía legal de la de derecho. En la primera, el caso no previsto se resuelve con una norma legal que regula un caso semejante. En la segunda, la norma que se aplica al caso no previsto se deduce del ordenamiento jurídico en su conjunto.

En nuestro caso la norma aplicada podría deducirse del conjunto de las eximentes legales – y también del estado de necesidad subjetivo –, para luego aplicar dicha norma abstracta – o sea el principio de no exigibilidad – al caso no previsto. Se trataría entonces de una analogía de derecho. Los requisitos para la aplicación de la analogía son pues: 1º Falta de una disposición aplicable al caso concreto, es decir, que exista un vacío legal. 2º Que exista una semejanza esencial o fundamental entre el hecho regulado y el no regulado.

La llamada analogía *ad malam partem* patrocina el abandono del principio de legalidad ya que si para llenar los vacíos legales se permitiese a los jueces crear por analogía delitos y penas, se podría sancionar a alguien por un hecho no previsto expresamente como punible. Se llegaría así al quebrantamiento del principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*” que está inspirado en el deseo de poner límites tanto al juez como al legislador para que no cometan arbitrariedades. A pesar de ser acogida

en algunos regímenes totalitarios, la doctrina penal en forma mayoritaria ha rechazado la llamada analogía *ad malam partem*. Pero, de otra parte, también mayoritariamente se ha aceptado el procedimiento analógico *ad bonam partem*, o sea, aquel que permite la ampliación de las causas de justificación, de las causas de exclusión de la culpabilidad y de las circunstancias de atenuación punitiva. Y es lógico que se admita este procedimiento porque con ello la libertad individual no es vulnerada por las arbitrariedades de quienes detentan el poder estatal puesto que más bien se tiende a la protección de la libertad humana.

Y sostenemos en nuestra tesis, en función a los argumentos ya expuestos, aunque entendemos la conveniencia de la analogía *ad bonam partem* como procedimiento idóneo para dar flexibilidad a la ley, que ante el vertiginoso cambio social, científico y tecnológico de la vida moderna, corre el riesgo de quedar rezagada dejando aspectos de la realidad social sin regulación alguna.

Ante un catálogo de eximentes tan cerrado como el nuestro debe pensarse seriamente en la posibilidad de consagrar el principio de no exigibilidad de manera expresa a través de una disposición legal.

Sería también conveniente que a la par de consagrar legalmente el principio de no exigibilidad hacer lo propio asimismo con la analogía *ad bonam partem* para las causas de inculpabilidad y permitir así la vigencia del principio de manera restringida para casos de inexigibilidad no previstos por el legislador.

Hasta el momento hemos dicho que no es posible en el derecho penal boliviano la aplicación de la no exigibilidad a través del procedimiento de las causas supraleales, ni a través del procedimiento analógico. Empero, en defecto de su regulación expresa se podría efectuar una interpretación extensiva y lógica de las causas de inculpabilidad y así se lograría ampliar el marco legal de las eximentes para encajar en él las situaciones de inexigibilidad no contempladas expresamente.

La interpretación extensiva se opone a la interpretación restrictiva. En esta el intérprete al ver que la letra de la ley supera su espíritu, restringe el alcance de las palabras para acomodarlas al espíritu legal. En aquélla en cambio la letra de la ley no expresa todo el contenido de la voluntad o espíritu de la misma y se hace necesario que el intérprete dé a los términos un sentido más amplio que el estrictamente gramatical. La interpretación extensiva “en derecho penal tiene solamente aplicación en cuanto se traduzca en beneficio del reo”.

Se hace necesario aclarar que la interpretación extensiva no implica una aplicación analógica. Los fenómenos son sustancialmente distintos. En la primera el caso se halla previsto en la norma aunque no lo parece por la poca amplitud del texto legal. En cambio en la segunda el caso en concreto no está consagrado en aquélla, existe un verdadero vacío legal.

Algunos tratadistas han objetado el uso de la interpretación extensiva frente a las causas de exculpación por considerar que éstas son, “según la clara sistemática de la ley, preceptos excepcionales no susceptibles de interpretación extensiva<sup>65</sup>”.

Somos de la opinión, en consecuencia, de que respecto a las eximentes es admisible el procedimiento analógico conforme a las enseñanzas de los mejores tratadistas a partir de Carrara, quien escribió: “Por analogía no puede extenderse la pena de un caso a otro; debe extenderse de un caso a otro la excusa por analogía”.

Nosotros consideramos que las leyes penales incriminadoras son excepcionales puesto que limitan o exceptúan el principio general que sostiene la libertad e inocencia del sindicado hasta que no se pruebe lo contrario. En cambio las normas no incriminadoras, por ser manifestaciones del antedicho principio, deben ser

---

<sup>65</sup> JESCHECK, Hans Heinrich, Op. Cit. Pág. 688.

consideradas como reglas generales y por tanto, son susceptibles de interpretación extensiva.

Debemos concluir que las causas de inculpabilidad sí pueden interpretarse extensivamente de manera que el sentido literal de la norma se amplíe hasta coincidir con el sentido lógico o racional de ésta, sentido que no es otro que el de eximir de responsabilidad a quien procede antijurídicamente por encontrarse agobiado por una situación de inexigibilidad.

Al igual que la interpretación extensiva, la interpretación analógica puede llegar a constituirse en una excelente herramienta para regular situaciones de inexigibilidad no previstas expresamente, puesto que ella no se detiene en el simple texto legal sino que va mas allá, en busca de su finalidad, de su real voluntad y esa misión la logra buscando la razón fundamental de las normas, la “ratio legis” (elemento racional), poniendo la disposición legal en cuestión en relación con otras normas que configuran la institución jurídica en sí (elemento sistemático), escudriñando en los antecedentes cronológicos de la ley (elemento histórico) y determinando los principios políticos que guiaron al legislador (elemento político).

De acuerdo a lo descrito precedentemente podemos deducir con Sainz Cantero<sup>66</sup> que “...al constituir la razón común de las eximentes estudiadas se establece una intercomunicación entre ellas apareciendo, a nuestro entender, como vasos comunicantes que tienen un fondo común: El principio de no exigibilidad.

Esos casos poseen diferente cabida, determinada esta por los requisitos que para su apreciación la ley exige. En virtud de esta particular situación, cuando el comportamiento de un sujeto se efectuó en circunstancias tales que teóricamente hablando no le pueda ser exigida una conducta adecuada a la norma y por los

---

<sup>66</sup> SAINZ CANTERO, José. La Exigibilidad... Op. Cit. Pág. 153.

requisitos impuestos por el texto punitivo no tenga adecuación en una de las eximentes, podrá intentarse su subsunción, su envasamiento, en alguna de ellas cuya cabida sea mayor”.

#### **4.5. Semejanzas y diferencias entre la no exigibilidad y algunas instituciones extrapenales.**

A continuación, haremos una exposición sucinta del tema:

##### **4.5.1. El caso fortuito y la fuerza mayor del derecho civil**

Sin duda alguna estas entidades jurídicas tienen una gran similitud con el principio de la no exigibilidad. Los elementos esenciales que la doctrina exige para que se configure el caso fortuito o la fuerza mayor, son en principio los mismos a los que consideramos como necesarios para que se constituya la situación de no exigibilidad. Veamos; según Alessandri y Somarriva<sup>67</sup> para que se presente el caso fortuito es indispensable que el imprevisto – además de su imprevisibilidad – reúna además los siguientes requisitos:

1º Que el hecho se produzca independientemente de la voluntad del deudor.

2º Que el acontecimiento sea insuperable.

3º Que produzca una imposibilidad permanente de ejecutar la obligación.

Se ve con claridad que todos estos componentes coinciden con las condiciones que en páginas anteriores hemos señalado para que se configure la situación de no exigibilidad. Así, mientras los precitados chilenos hablan de un hecho que “se

---

<sup>67</sup> ALESSANDRI Y SOMARRIVA. Curso de Derecho Civil. Vol. III. Págs. 184 y ss.

produzca independientemente de la voluntad del deudor” nosotros, al delimitar el principio de no exigibilidad expusimos la misma idea afirmando que la situación de no exigibilidad debe producirse con independencia del agente que realiza la conducta típica. Al tiempo que la doctrina exige que el acontecimiento fortuito sea insuperable, nosotros, al perfilar la no exigibilidad, hablamos de una condición invencible: ambos términos – insuperable e invencible – son unívocos. Igual semejanza existe entre la “Imposibilidad permanente de ejecutar la obligación” de que hablan los civilistas y la condición que obliga a violar el deber de que hablamos en capítulos anteriores. Por último, ambas figuras se asemejan también en sus efectos, puesto que una elimina la culpa penal y la otra - el caso fortuito- elimina la culpa civil. Por todo esto debemos afirmar que, aunque entre ambos conceptos existen diferencias, la similitud entre ellos es producto de una identidad sustancial proveniente del hecho de que el caso fortuito y la fuerza mayor del derecho civil implican la idea de inexigibilidad en todos sus elementos.

#### **4.5.2. La teoría de la imprevisión**

La teoría de la imprevisión es otra institución que se asemeja grandemente a la no exigibilidad. Esta teoría tiene sus orígenes en el derecho canónico y por ella se entiende que en todo contrato va implícitamente una cláusula denominada “rebus sic standibus”, en virtud de la cual, el contrato surte sus efectos siempre que las condiciones existentes al contratar se mantengan durante la ejecución del acuerdo.

El Dr. Jorge Cubides Camacho<sup>68</sup> deduce cuatro requisitos esenciales para que se configure la imprevisión:

---

<sup>68</sup> CUBIDES CAMACHO Jorge. Derecho de las Obligaciones. Pág. 259.

1. Que se trate de contratos onerosos de cumplimiento futuro. Este requisito no coincide con ninguno de los que hemos señalado como indispensables en la no exigibilidad, sin embargo, todos los elementos de la no exigibilidad están presentes en la imprevisión y esto es lo que importa.
2. Que las circunstancias sobrevivientes sean imprevisibles. Al no poder prever las circunstancias sobrevivientes, estas se convierten en insuperables o inevitables, configurándose así la invencibilidad de que se requiere en la no exigibilidad.
3. Que excluya toda forma de imputabilidad. Es decir que las circunstancias que constituyen la imprevisión surjan con independencia del deudor, cumpliéndose así otro de los requisitos que hemos señalado anteriormente como necesarios para que se configure la inexigibilidad.
4. Que surja un desequilibrio extremo contra el deudor. Este desequilibrio extremo o desproporcionado es la condición que obliga al deudor a incumplir con su obligación contractual. Esta situación externa de desproporción limita la autodeterminación del deudor y lo impulsa al incumplimiento, surge así lo que al delimitar la no exigibilidad denominamos como una condición que impulsa el agente a violar el deber.

Además los efectos de una y otra figura son también análogos, porque una vez probados los elementos de la imprevisión el juez civil puede optar por eximir al deudor de su deber contractual dando por terminado el contrato o atenuar su deber contractual ordenando un reajuste equitativo de los deberes contractuales: El que estaba obligado a pagar 100, por ejemplo, sólo pagará 50. Igualmente en el ámbito penal una vez probada la situación de inexigibilidad el juez deberá eximir al reo de toda la responsabilidad y en otras ocasiones, por el estado de indigencia o por apremiantes circunstancias personales o familiares, por falta de ilustración, etc., en las

que aunque no este perfectamente configurada dicha situación, el juez podrá atenuar el juicio de responsabilidad.

En cuanto a la aplicación de la teoría de la imprevisión, en el ámbito civil aún existen pugnas entre quienes defienden la vigencia de la mencionada teoría y quienes la rechazan. En el fondo la pugna se reduce a que la aplicación de la imprevisión importa una lucha entre la equidad y el principio que establece que el contrato celebrado es ley entre las partes.

A nosotros lo que realmente nos interesa es que la imprevisión en el fondo contiene las características propias de la no exigibilidad a pesar de que la teoría en cuestión tiene elementos adicionales que la distinguen de ésta. Todo ello nos da pie para afirmar que el principio de no exigibilidad está contenido en algunas instituciones del derecho común.

Recapitulando, podemos afirmar que la esencia de la no exigibilidad se encuentra reconocida de manera tácita por la doctrina civil, comercial, familiar, laboral, etc., a través o por vía de la teoría de la imprevisión.

#### **4.5.3. La cláusula “rebus sic standibus” del derecho internacional público**

“Se da el nombre de doctrina “rebus sic standibus” a la teoría según la cual un cambio esencial en las circunstancias de hecho que contribuyeron a la conclusión de un tratado puede dar lugar a la caducidad del mismo o por lo menos a afectar su fuerza obligatoria<sup>69</sup>”.

Según el profesor Charles Rousseau<sup>70</sup> esta teoría, que es aceptada hoy por la mayoría de los autores es susceptible de dos construcciones distintas:

---

<sup>69</sup> ROUSSEAU, Charles. Derecho Internacional Público. Pág. 66.

<sup>70</sup> Ibidem. Pág. 66.



1. Una primera acepción concibe la doctrina del “rebus sic standibus” como una cláusula tacita en todo tratado -fundada en la equidad, el estado de necesidad y en el derecho de conservación- que da derecho a la eliminación de la fuerza obligatoria del tratado vía la denuncia unilateral y discrecional del mismo.
2. “La segunda construcción según Rosseau, consiste en considerar la modificación de las circunstancias como un acontecimiento imprevisto cuyo efecto propio no es el de extinguir automáticamente el tratado sino el de facultar a las partes para obtener la readaptación o revisión mediante convenio a través de un órgano jurisdiccional, de un régimen jurídico que ya no corresponde a la finalidad para la que se creó”.

La cláusula “rebus sic standibus” tiene una evidente relación con la teoría de la imprevisión que hemos estudiado y por lo tanto también la tiene con el principio de inexigibilidad.

Aún cuando la cláusula “rebus sic standibus” es un tema muy debatido por los internacionalistas, una gran parte de los tratadistas especializados, entre ellos: Adolfo Miaja de la Muela<sup>71</sup>, Marco Monroy Cabra<sup>72</sup>, Max Forensen<sup>73</sup>, Modesto Seara Vázquez<sup>74</sup> y el ya citado Charles Rousseau, coinciden en señalar que cuando hay un cambio radical e imprevisible de las circunstancias determinantes en la celebración de un tratado, la regla “rebus sic standibus”, permite afectar la fuerza obligatoria del convenio, bien dando lugar a su caducidad –según algunos- bien modificando las obligaciones existentes –según otros-. El anterior concepto nos permite ver que entre esta cláusula del derecho internacional y el principio de no exigibilidad existe una gran similitud que se hace más notable cuando apreciamos que la Convención de Viena en su Art. 62, palabras más, palabras menos, expone como requisito esencial

---

<sup>71</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Introducción al Derecho Internacional Público. Pág. 153 y ss.

<sup>72</sup> MONROY CABRA, Marco. Manual de Derecho Internacional Público. Pág. 84 y ss.

<sup>73</sup> FORENSEN, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Págs. 249 y 250.

<sup>74</sup> SEARA VASQUEZ, Modesto. Derexcho Internacional Público. Pág. 209 y ss.

para que sea admisible la doctrina del “rebus sic standibus” el que las circunstancias extraordinarias no le sean imputables a quien las alega, esto es, que las condiciones anormales surjan con independencia de la voluntad de la parte que pretenda hacer valer aquélla. En palabras de Adolfo Miaja de la Muela<sup>75</sup> el cambio de las circunstancias no podrá alegarse si “resulta de una violación por la parte que lo alega de una obligación internacional, respecto a cualquiera de las partes intervinientes en el tratado”.

De conformidad a lo señalado precedentemente podemos afirmar, al igual que lo hicimos respecto de la teoría de la imprevisión, que la idea de la inexigibilidad se encuentra implícita en el derecho internacional público a través de la regla del “rebus sic standibus”.

Es interesante ver como algunas doctrinas nuevas del derecho civil referentes al incumplimiento involuntario de una obligación por causa no imputable al deudor guardan un gran parecido con el principio de no exigibilidad. En efecto, lo que Messineo denomina: Causas no imputables, no es más que una causa de inexigibilidad. El precitado autor señala que la causa no imputable consiste en cualquier hecho que se resuelve en mérito a existir un impedimento absoluto de cumplir el deber –es decir una condición que obliga a incumplir-, que dicho impedimento sea invencible –irresistible o inevitable- y que el mismo además no sea imputable al deudor– es decir, que se produzcan con independencia de él. Así, la novedosa teoría de las causas no imputables que pretende superar las deficiencias del caso fortuito y la fuerza mayor está iluminada en el fondo por el principio de no exigibilidad.

Como síntesis de todo lo expuesto hasta el momento podemos decir que el principio de no exigibilidad con los límites que le hemos impuesto, refleja una identidad

---

<sup>75</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Op. Cit. Pág. 156

fundamental o esencial con algunas figuras jurídicas no penales, lo que nos da base para sostener que la no exigibilidad es un principio ínsito en todo el espacio del derecho o, al menos, en el derecho civil, mercantil, internacional público, administrativo, laboral, canónico y, obviamente penal. De acuerdo a ello, se hace necesario determinar las funciones que dicho principio cumple fuera del ámbito del derecho punitivo.

#### **4.6. Funciones que cumple el principio de inexigibilidad en otras ramas del derecho**

En otras ramas del derecho, distintas del derecho penal, el principio de no exigibilidad cumple, a nuestro entender, dos misiones fundamentales. La primera como herramienta de interpretación o “principio regulativo”, si usamos los términos de Henkel. La segunda como principio general del derecho, es decir, como fuente última del derecho a que debe recurrirse para llenar un vacío legal que no ha podido ser colmado a través de las otras fuentes de éste:

##### **4.6.1. Como medio de interpretación**

Ya hemos comentado que Henkel<sup>76</sup> en un trabajo publicado en Alemania considera que el principio de no exigibilidad constituye un medio de gran eficacia para el legislador y el intérprete del derecho en general, por lo que su importancia debe apreciarse en el espacio total del ordenamiento jurídico.

Según Henkel hay que distinguir dos tipos de principios jurídicos, los normativos y los regulativos. Los normativos contienen una regla que tiene un contenido valorativo y, por tanto, encierran una unidad precisa de medida. Al contrario, los regulativos no anticipan un juicio de valor sobre el caso particular, simplemente dan al juez o

---

legislador una orientación. El principio de no exigibilidad según este penalista alemán, debe ser configurado como cláusula general regulativa y, así entendido, no es preciso que se encuentre reconocido expresamente por los ordenamientos jurídicos. El principio tiene pues un valor de elemento regulativo en aquellos supuestos, penales o no, cuyas fronteras aparecen dudosamente perfiladas por el legislador. Es así como el concepto que nos ocupa no sólo sirve para precisar los contornos legales de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, sino también para perfilar otros institutos jurídicos no penales.

Según el mismo Henkel<sup>77</sup> el principio cumple su función regulativa “en el derecho civil, donde se toma en consideración en los casos de incumplimiento de contrato por mutación de las circunstancias contempladas por las partes cuando aquél se redactó”.

También “en el derecho internacional en relación con el incumplimiento y denuncia de tratados donde a través de la cláusula (“*rebus sic standibus*”) el principio de la exigibilidad juega su papel de elemento regulativo. La concepción de Henkel, ya lo hemos señalado precedentemente, no es del todo completa puesto que deja de lado la importancia de la no exigibilidad como elemento negativo de la culpabilidad normativa, pero su formulación no deja de ser verdadera a pesar de ser insuficiente y sin duda completa lo que en capítulo anterior hemos afirmado sobre la naturaleza de la no exigibilidad. De todas formas un examen general de este principio nos muestra sin duda alguna su importancia no solamente en el derecho penal sino también en la Teoría General del Derecho.

Huelga recordar que siempre que se intente una interpretación con ayuda del concepto de la no exigibilidad, es necesario echar mano de todos los procedimientos reconocidos por la doctrina, como el gramatical, el lógico y el sistemático.

---

<sup>76</sup> HENKEL, Heinrich Hans Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit. Pág. 262 y ss. Citado por Sainz Cantero. Op. Cit. Pág. 63.

<sup>77</sup> HENKEL, Op. Cit. Pág. 262 y ss. Citado por Sainz Cantero, Op. Cit. Pág. 63

Solo dentro de este estricto marco legal y doctrinal puede ser empleado el principio en estudio como base de interpretación.

Dicho principio general de inexigibilidad podría exponerse tentativamente a través de la siguiente formula genérica: **El derecho no puede derivar consecuencias desfavorables para la persona que se ve determinada, por una situación invencible y extraña –o ajena-, a actuar del modo como lo hizo.**

Esta fórmula, como resulta obvio, debe adaptarse a las particularidades propias de cada ordenamiento. Así, en el derecho penal la situación de inexigibilidad provocaría la exculpación o exoneración de responsabilidad del sujeto, en cambio, en el derecho administrativo el contratante que incumple por circunstancias sobrevivientes, ajenas e imprevistas que le dificultan la realización de las prestaciones, no será exonerado de su responsabilidad, porque su obligación lleva implícito un interés común propio del derecho administrativo, pero si será ayudado por la administración para que pueda superar el trance por el que atraviesa. En el ámbito civil el contratante agobiado por un riesgo imprevisible podrá ser favorecido según las circunstancias por un reajuste prestacional, o inclusive, por la extinción del vínculo contractual puesto que no hay interés público de por medio. Pero en todo caso, ya sea civilmente, administrativamente, penalmente, etc., para la persona afectada por la situación de inexigibilidad, no pueden seguirse consecuencias desfavorables.

Igualmente el principio de no exigibilidad puede adquirir entidad normativa en supuestos que contemplen obligaciones no originadas en convenios que por situaciones de inexigibilidad sobrevivientes no puedan ser cumplidas total o parcialmente, con el fin de reajustar las prestaciones agravadas o incluso terminirlas. Así por ejemplom, en el caso de las obligaciones alimentarias o de las obligaciones fiscales, entre otras.

Hoy más que nunca ante una realidad cuya esencia es el cambio, ante el crecimiento de los poderes del Estado y el correlativo aumento de los deberes de los particulares, ante la complejidad de los sistemas económicos, políticos y sociales, ante los “craks” económicos que impiden a las personas cumplir con sus deberes legales y obligaciones contractuales, ante la crisis que continuamente afrontan los diversos sectores del sistema económico, ante la permanente revolución científica y tecnológica; en suma, ante una realidad que ha superado ampliamente el marco de la ley –cada día más rezagada- y limitando la libertad de los individuos, cobra vigencia e importancia radical el principio de no exigibilidad como fuente del derecho que permite a un mismo tiempo regular ese nuevo estado de cosas y proteger la libertad del hombre.

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El derecho constituye esencialmente un criterio de valoración de la actividad humana. Los hechos naturales por ejemplo no pueden ser calificados de la misma manera.

**SEGUNDA.-** Todos los actos se encuentran constituidos por un elemento material y por un elemento psíquico presentándose éste último en diversidad de formas dependiendo ello del grado de libertad, conciencia y voluntad con los que actúa la persona.

**TERCERA.-** La libertad es por tanto una cualidad del ser humano a pesar de que en ocasiones se ve mas o menos limitada, por lo que la misma se constituye en el fundamento filosófico del principio, porque “el deber presupone siempre un poder” y este poder presupone a su vez la libertad de decidirse o autodeterminarse.

**CUARTA.-** Es exigible una conducta adecuada a derecho al sujeto que al actuar tuvo la oportunidad de elegir libremente entre conducirse de acuerdo a la norma o no porque su comportamiento y los resultados de este dependieron únicamente de él, caso contrario, la precitada conducta no será exigible.

**QUINTA.-** El marco que se impone al principio de no exigibilidad se encuentra determinado por: a) Una condición que obligue al agente a violar la norma. b) Que dicha condición sea invencible. c) Que la condición se produzca con independencia del autor. d) Que esa limitación invencible lo sea para el sujeto individualmente considerado.

**SEXTA.-** Siendo que la exigibilidad es un elemento esencial en la constitución de la culpabilidad, su desaparición bastará para determinar el decaimiento del juicio de

reproche sin importar que el sujeto sea imputable y/o haya obrado dolosa o culposamente.



## **RECOMENDACIONES**

**PRIMERA.-** Ante un catálogo de eximentes tan cerrado como el nuestro proponemos el que se consagre el principio de no exigibilidad de manera expresa mediante una disposición legal.

**SEGUNDA.-** Sugerimos también insertar la analogía ad bonam partem para las causas de inculpabilidad y permitir de esta manera la presencia del precitado principio de manera restringida para casos de inexigibilidad no previstos por el legislador.

**TERCERA.-** Se debe consagrar al mismo tiempo la interpretación extensiva y lógica de las causas de inculpabilidad para así ampliar el marco legal de las eximentes para subsumir en él las situaciones de inexigibilidad no contempladas expresamente.

**CUARTA.-** Se debe tomar en cuenta para la regulación positiva del principio su naturaleza que no es otra que la de un elemento negativo de la culpabilidad.

**QUINTA.-** La no exigibilidad entonces debe quedar claramente determinada en su esencia de la siguiente manera: “No será culpable el agente que individualmente considerado se ve obligado a violar la norma penal por una condición invencible surgida con independencia de él”.