

**Universidad San Francisco de Quito USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**Estado de Necesidad Justificante vs. Estado  
de Necesidad Disculpante; y, su correcta  
aplicación en la Legislación Ecuatoriana**

**Gabriela Gómez Huilca**

Director: Xavier Andrade Castillo

Trabajo de titulación presentado como requisito  
para la obtención del título de  
Abogada

Quito, 18 de julio de 2017

## UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

### EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO DE TITULACIÓN

**TESINA/TITULO:** Estado de Necesidad Justificante vs. Estado de Necesidad Disculpante; y, su correcta aplicación en la Legislación Ecuatoriana

**ALUMNO:** Gabriela Gómez Huilca

#### EVALUACIÓN:

##### a) Importancia del problema presentado.

Tanto la doctrina clásica como la moderna han planteado problemas referentes a los actos que produzcan la vulneración de bienes jurídicos bajo supuestos de si deben o no ser punibles. Es decir, si un individuo lesiona un bien jurídico, deben tomarse en cuenta o no sus circunstancias fácticas, de manera que, pueda ser justificado, no culpado o simplemente no señalarle pena, debido a que los hechos que motivaron la conducta son de tal naturaleza que no le interesan al derecho penal. Al entrar en vigencia el Código Orgánico Integral Penal se produjeron notables cambios, entre ellos, justamente el Capítulo I sobre la conducta penalmente relevante en cuanto a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, particularmente sus causas de exclusión (Art. 30). El problema se centra en que al haber vulneración de bienes jurídicos fundamentales probablemente exista un choque legítimo de dos de ellos de la misma o distinta jerarquía, haciendo que la respuesta punitiva sea diferente, en cuanto a las categorías dogmáticas del delito, por un lado y, por otro, además, las "circunstancias circundantes" que hoy por hoy pueden ser determinantes en la existencia o móvil de este choque jurídico. Cobra vigencia cuando el mismo cuerpo legal señala en ciertos casos la impunidad de actos lesivos, como por ejemplo los casos de aborto no punible, pero en otros, cuando la lesión es de vida versus vida queda abierta la posibilidad de interpretación o una valoración abstracta alejada de los principios básicos del derecho penal. Debido a ello, se presentan múltiples problemas de aplicación de las figuras de las causas de justificación y/o eximentes de culpabilidad. Definir el problema a más de encontrarle una solución, es fundamental en el ámbito de la justicia penal, por las múltiples connotaciones que genera, haciendo del problema planteado, por la estudiante, algo trascendente.

##### b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis del problema planteada y sostenida por la investigadora a lo largo de los tres capítulos de su trabajo de titulación más conclusiones y recomendaciones, se centra en plantear una inclusión de causas de inexigibilidad de otra conducta, es decir, que si un sujeto comete un delito, en una situación tal, que le era imposible "NO" cometerlo, debe estar regulado para que existan herramientas normativas que el juez pueda aplicar en la administración de justicia, la cual se concreta en señalar que de esta forma se respetaría la libertad y la dignidad humanas.

La respuesta al problema que identifica la autora, radica en generar legislación dentro del COIP, Art. 34 una regla que establezca la inexigibilidad de otra conducta, esto es, que a un individuo

común no se le puede exigir un comportamiento diferente si cualquiera en ese mismo lugar haría la misma conducta ya que no hay otra opción, es la única para salvaguardar su bien jurídico o el de un tercero. Incluso recomienda la no aplicación de pena por estado de necesidad exculpante (pp. 63-64). La hipótesis la sustenta a través de la investigación de múltiples teorías y explicaciones jurídicas dentro de la dogmática penal contemporánea, además de normativa tomada de otras legislaciones y casuística internacional.

**c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.**

El presente trabajo de titulación escrito recoge bibliografía de autores nacionales (dos) y en su mayoría internacionales (España, Perú, Argentina, Colombia, México), cuarenta y cuatro textos, encontrando obras que van en ediciones desde 1943 -1956 (Ricardo Núñez-texto argentino y Hans Welzel-texto argentino, respectivamente) hasta el año 2016 (Diego Luzón Peña-texto español), en derecho penal parte general (teoría del delito) y textos especializados en imputación (culpabilidad). Los materiales bibliográficos son suficientes y adecuados para el levantamiento de información y el desarrollo del contenido argumental para un trabajo de titulación de carácter investigativo conforme al tema planteado.

**d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).**

El desarrollo argumental de la tesina se verifica en tres capítulos más conclusiones y recomendaciones. El primer capítulo, desarrolla varias definiciones y origen de la antijuridicidad (pp. 3-6). Luego pasa a revisar lo que es la antijuridicidad material (pp. 6-7) tomando en cuenta las ideas de F. Muñoz Conde (español) y C. Roxin (alemán). Revisa rápidamente a la antijuridicidad formal tomando en cuenta la opinión de autores alemanes y un mexicano (S. Medina) que curiosamente cita a autores alemanes (p.8). Continúa con un concepto muy básico de causas de justificación para iniciar con el estado de necesidad justificante, al cual empieza a revisar con teorías como la de Kant y la diferenciadora (pp. 10-13) señalando los casos de "manual" para cuestionar la justificación desde el punto de vista de la circunstancia y el bien jurídico en colisión. Luego plantea el tema de la culpabilidad como concepto y una muy rápida evolución de este, mencionado para el efecto a autores como R. Zaffaroni, Mir Puig y Gómez López (pp. 13-14). Establece elementos positivos de la culpabilidad, partiendo de que la culpabilidad tiene un elemento de autodeterminación (libre determinación), a lo que la autora sostiene que es el elemento base de configuración del juicio de reproche que se le hace al sujeto. Este juicio tiene dos elementos que son: conocimiento de la ilicitud (capacidad) y exigibilidad de la conducta ajustada a derecho (p. 15). Enumera sin análisis mayor a los elementos negativos (p. 15) y continúa con las teorías de culpabilidad. En su análisis aborda, en casi todos los temas, la importancia de los elementos según cada teoría. Su estudio es sobre la base de las teorías más relevantes que tratan a la culpabilidad desde las más antiguas o clásicas hasta las más modernas o de imputación objetiva (G. Jakobs, p. 21) con lo que termina este capítulo de manera simple y rápida. El capítulo 2 presenta al estado de necesidad justificante bajo sus elementos estructurales. Aquí la autora estudia los elementos objetivos y subjetivos de la justificación. Es importante relatar que su estudio lo hace desde el punto de vista de varios autores clásicos y actuales (pp. 22-24). Inicia aquí con la revisión de los elementos que señala el Código Orgánico Integral Penal artículos 30 y 32, haciendo observaciones y críticas de fondo

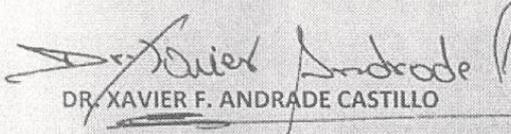
como por ejemplo (p. 32) al señalar que no existe distinción entre el estado de necesidad disculpante y el justificante en cuanto a la colisión de bienes jurídicos. Lo relevante aquí es que se hace una observación de cada requisito para estar en justificación tomando en cuenta varias opiniones, con el enfoque de lo que debería ser lo correcto, bajo los principios doctrinarios que rigen a esta figura (pp. 23-30). Luego aborda al estado de necesidad disculpante (p. 32) con la enunciación del un solo tema de relevancia: el conflicto de bienes jurídicos, profundizando cuando existen conflictos en los de igual jerarquía, esto es, cuando el bien salvado y el sacrificado son de la misma naturaleza proteccionista. Continúa con la revisión de los elementos estructurales o requisitos del estado de necesidad (p. 39) señalando y definiendo que son: situación de peligro o necesidad para un bien jurídico (p. 41); peligro de un mal jurídico (p. 38); y, la proporcionalidad de males (pp. 42-43). Aborda los criterios de ponderación de bienes y los límites a la ponderación en la dignidad de la persona (pp. 43-45). Continúa con la falta de provocación intencional y la acción salvadora o necesaria (pp. 45-46). Uno de los temas de importancia única en este trabajo, es la parte objetiva que analiza en detalle los bienes protegibles, idoneidad y tendencia salvadora, bienes o deberes lesionados; la colisión de deberes (pp. 46-47), y el tema de la inexigibilidad de otra conducta (pp. 48-49) sustento del problema y de ello, su hipótesis planteada. Avanza su análisis con la parte subjetiva como elemento de relieve del estado de necesidad disculpante. De manera muy simple y elemental estudia a la evitación de un mal propio o ajeno. Algo curioso en este capítulo que es plantea la posibilidades en los que no cabe la exculpación, como el peligro causado por el propio sujeto y especiales deberes de soportar el peligro (pp. 50-51), con lo que termina. Finalmente, el capítulo 3 desarrolla la confrontación de los dos estados, el justificante y el disculpante o exculpante, bajo la teoría del delito. Hace una interesante revisión de la teoría de la unificación y de la diferenciación, así como de la diferenciadora, sustento de su trabajo de investigación. Hace la distinción del estado de justificación en la antijuridicidad (p. 57) y el estado de necesidad disculpante en la culpabilidad (p. 59) y la razón de su sustentación. Precisa el problema de no hacer esta distinción y las consecuencias en la punibilidad y derechos fundamentales desde el punto de vista constitucional, con lo que concluye este capítulo, haciendo una brevísimas lectura del problema, la hipótesis. La autora termina su trabajo de investigación (p. 62) con las conclusiones y recomendaciones sosteniendo que "se debe ampliar la normativa que habla de culpabilidad, incorporando una norma en el Art. 34 en la Sección Tercera de culpabilidad en el COIP, que hable sobre el estado de necesidad disculpante y sus elementos, o solo de la no exigibilidad de otra conducta". La metodología seguida por la autora de la investigación a lo largo de sus sesenta y un páginas, verifica sin duda un problema jurídico, discutida con doctrina internacional bastante amplias; curiosamente confronta las razones conceptuales por las que debe realizarse la distinción de los estados de necesidad y justifica su hipótesis de manera concreta, cuando asegura que esta ausencia normativa, provocará inevitablemente desaciertos judiciales.

**e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.**

El plan de investigación para la elaboración de la tesina fue presentado en julio del 2016. El primer borrador con el primer capítulo fue entregado el 20 de septiembre de 2016, al cual se le

formularon varias observaciones de contenido, puntuación, ortografía, citas y errores de fondo, correcciones de capítulo que fueron entregadas el 18 de noviembre del año señalado. El capítulo 2, fue entregado el 24 de enero del 2017, el cual fue enviado a reformular en su totalidad por la falta de contenido, sin aporte argumental y errores de concepto. Su reformulación y correcciones fueron presentadas el 13 de marzo para un mes después, el trabajo final (12 de abril de 2017), el cual también fue enviado a realizar correcciones de contenido y forma. Finalmente, para la revisión completa de todo el trabajo, se presentó el 6 de junio -trabajo final- con todas sus correcciones, esto es, once meses aproximadamente de investigación y desarrollo argumental. Se cumplieron todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de trabajos de titulación según las exigencias y reglamento de la USFQ, por lo que, lo apruebo.

FIRMA DIRECTOR

  
DR. XAVIER F. ANDRADE CASTILLO

## **DERECHOS DE AUTOR**

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: \_\_\_\_\_

Nombres y apellidos: Gabriela Gómez Huilca

Código: 00103088

Cédula de identidad: 1717092520

Lugar y fecha: Quito, Junio 2017

## RESUMEN

Considerando la falta de regularización adecuada en nuestra legislación, es necesario realizar un estudio exhaustivo tanto del estado de necesidad justificante como del estado de necesidad disculpante. El primer estado se lo debe tratar en la antijuridicidad de acuerdo al análisis doctrinario y a las concepciones de las distintas teorías y el segundo debe ser estudiado en la culpabilidad. Dado que no existe un análisis exhaustivo de las distintas teorías del delito, en nuestro país se los tiende a confundir y a tratar como uno solo, el error que se comete es mencionarlo en la antijuridicidad sin realizar una distinción clara. En el Ecuador existen varias concepciones del tratamiento de estos estados, pese a esto hay pocos tratadistas que los analizan desde una teoría de diferenciación, por el contrario la mayoría lo hacen desde una concepción unificadora.

Con estos antecedentes mi propuesta en la presente tesina, es que el estado de necesidad debe ser estudiado según la teoría que diferencia entre una causa de justificación y una de exculpación, incorporando una norma dentro del Artículo 34 de culpabilidad en nuestro Código Orgánico Integral Penal, donde hable sobre el estado de necesidad disculpante, tal como se estipula para el estado de necesidad justificante; llegando a esta conclusión a través de un análisis exhaustivo de la legislación ecuatoriana, en base a las distintas teorías de la escuela clásica y finalista de la antijuridicidad y culpabilidad donde se sitúan ambas conductas.

Palabras claves: estado de necesidad justificante, antijuridicidad, culpabilidad, estado de necesidad disculpante, pena, culpa, causas de exculpación, causa de justificación.

## ABSTRACT

Taking into account the inexistence of an adequate regularization in our legislation, a thorough study should be conducted of both, the status of justifying need and the status of excusing need. The first status should be treated in the antijuridicity context, in line with a doctrinarian analysis and conceptions from diverse theories, and the second one should be considered within the guiltiness context. Due to the fact there is no exhaustive study on diverse crime theory, in our country, they are frequently confused and treated as one. The error consists in mention them under the antijuridicity context without clearly distinguishing them. In Ecuador there are various conceptions to treat such status; in spite of which, few authors analyze them under a differencing theory; dislike, most of them do it from a unifying conception.

With such backgrounds, hereby I propose studying status of need in accordance to the theory that establishes a difference between a justifying cause and an exculpation one, by introducing a regulation in the article on guiltiness in our Integral Penal Organic Code. It should refer to the status of excusing need and elements, as provided for the status of justifying need, after an exhaustive analysis of the Ecuadorian legislator body, based on diverse theories used by the classic and finalist school of antijuridicity and guiltiness regarding their location.

**KEYWORDS:** status of justifying need, antijuridicity, guiltiness, status of excusing need, penalty, guilt, causes for exculpation, cause for justification.

## **AGRADECIMIENTO Y DEDICATORIA**

A Dios, por su amor, luz y dirección durante toda mi vida estudiantil hasta culminar mi carrera titulándome como Abogada.

A mi Director de Tesis, Dr. Xavier Andrade Castillo, quien con su pasión y sapiencia al enseñar me transmitió el gusto por el Derecho Penal, guiándome y apoyándome a lo largo del desarrollo del presente Trabajo de Titulación.

A mis padres (Dr. Luis Gómez) quien me inculco desde pequeña el amor por las Ciencias Jurídicas y por su apoyo incondicional a lo largo de toda mi vida. A mi madre (Lcda. Patricia Huilca) quien con su amor, comprensión y ternura me han formado en el ser humano que soy ahora.

A mi abuelito (Luis Gómez) por siempre estar al pendiente de mi carrera estudiantil.

A mi querida Universidad San Francisco de Quito, por mi formación personal y profesional.

# Índice

<b>RESUMEN</b>	<b>7</b>
<b>ABSTRACT</b>	<b>8</b>
<b>AGRADECIMIENTO Y DEDICATORIA</b>	<b>9</b>
<b>ÍNDICE</b>	<b>10</b>
<b>INTRODUCCION</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO I: ANTIJURIDICIDAD</b>	<b>14</b>
1.1 ANTIJURIDICIDAD MATERIAL	17
1.2 ANTIJURIDICIDAD FORMAL	18
1.3 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	20
1.3.1 <i>Estado de necesidad justificante</i>	21
1.4 CULPABILIDAD	24
1.4.1 <i>Elementos positivos</i>	25
1.4.2 <i>Elementos negativos</i>	26
1.5 TEORÍAS DE CULPABILIDAD	26
1.5.1 <i>Visión de culpabilidad psicológica</i>	26
1.5.2 <i>Culpabilidad normativa</i>	27
1.5.3 <i>Teoría compleja de culpabilidad</i>	29
1.5.4 <i>Teoría normativa pura de culpabilidad finalista</i>	29
1.5.5 <i>Teorías de culpabilidad funcionalistas</i>	31
<u>1.5.5.1</u> <i>La culpabilidad para Claus Roxin</i>	31
<u>1.5.5.2</u> <i>Culpabilidad para Günther Jakobs</i>	32
<b>CAPÍTULO II: ESTRUCTURA DEL ESTADO DE NECESIDAD</b>	<b>33</b>
2.1 REQUISITOS DE CONFIGURACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE	33
2.1.1 <i>La situación de necesidad</i>	33
2.1.2 <i>Elemento subjetivo</i>	34
2.1.3 <i>Interés preponderante</i>	37
2.1.4 <i>La acción justificada</i>	39
2.1.5 <i>Ausencia de provocación</i>	41
2.2 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 32 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	43
2.3 ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE:	45

2.3.1	<i>Conflicto de bienes</i>	47
2.4	ESTRUCTURA O REQUISITOS DEL ESTADO DE NECESIDAD	49
2.4.1	<i>Situación de peligro o necesidad para un bien jurídico.</i>	49
2.4.2	<i>Peligro de un mal jurídico</i>	51
2.4.3	<i>Proporcionalidad de males</i>	52
___2.4.3.1	<i>Criterios de ponderación</i>	53
___2.4.3.2	<i>Límite a la ponderación en la dignidad de la persona</i>	55
___2.4.4	FALTA DE PROVOCACIÓN INTENCIONAL	55
___2.4.5	LA ACCIÓN SALVADORA O NECESARIA	56
___2.4.5.1	<i>Parte objetiva: Bienes protegibles, idoneidad y tendencia salvadora; bienes o deberes lesionados; colisión de deberes</i>	57
___2.4.5.2	<i>Parte subjetiva</i>	57
2.4.6	INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA	59
2.4.7	EVITAR UN MAL PROPIO O AJENO	60
2.5	SITUACIONES QUE IMPIDEN LA EXCULPACIÓN	61
2.5.1	<i>Peligro causado por el propio sujeto</i>	62
2.5.2	<i>Especiales deberes de soportar el peligro</i>	62
	<b>CAPITULO III: CONFRONTACIÓN DE LOS DOS ESTADOS DE NECESIDAD:</b>	<b>63</b>
3.1	TEORÍA DE LA UNIFICACIÓN	64
3.2	TEORÍA DIFERENCIADORA	66
3.3	ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE EN LA ANTIJURIDICIDAD	67
3.4	ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE EN LA CULPABILIDAD:	70
	<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>73</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>75</b>

# INTRODUCCION

A partir de la puesta en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP), los conceptos dogmáticos de la legislación ecuatoriana necesariamente deben empezar a actualizarse, tanto en forma general y específicamente en la teoría general del delito. A pesar de ser el COIP un avance en el ámbito jurídico, no contempla lo que la dogmática moderna denomina causas de no exigibilidad de otra conducta, las mismas que son actos extremos en las que el sujeto actúa presionado por las circunstancias, por lo cual no se le podría formular el reproche de culpabilidad, y ser sancionado con una pena.

El tema de investigación de mi trabajo es relevante debido a que en nuestro sistema jurídico penal no ha existido el análisis suficiente con respecto a situaciones que se podrían dar en cualquier momento y/o circunstancia que le lleven al sujeto a tomar una decisión de sacrificar la vida de otro por salvar su vida. A diferencia de otros países en los que ha sido incorporada en su normativa penal de forma clara la descripción y tratamiento de cada conducta, lo cual ha servido como base bibliográfica para mi investigación. Con estos antecedentes la intención de mi investigación es dar una estructura conceptual general de las causas de justificación y la no exigibilidad de otra conducta.

Para el desarrollo de la presente tesina se ha dividido en tres capítulos, donde el capítulo uno, presenta el problema, el marco teórico con conceptos generales de antijuridicidad, las causas de justificación, culpabilidad analizando sus elementos y los diferentes enfoques que presentan las teorías de culpabilidad desde su concepción psicológica, hasta las concepciones funcionalistas.

En el capítulo dos, contiene la estructura del estado de necesidad realizando un análisis de los requisitos de configuración del estado de necesidad justificante entre los que tenemos la situación de necesidad, los elementos subjetivos, el interés preponderante, la acción justificada y la ausencia de provocación. También contempla un pequeño análisis de la legislación penal ecuatoriana. Asimismo se analiza el estado de necesidad

disculpante, el conflicto de bienes, su estructura, así como también situaciones que impiden la exculpación.

En el capítulo tres, se trata la confrontación de los dos estados de necesidad a través del estudio de la teoría unificadora y diferenciadora. El Análisis del estado de necesidad justificante en la antijuridicidad y el estado de necesidad disculpante en la culpabilidad.

Finalmente, se concluye con una recomendación que es la incorporación de una norma en el Código Orgánico Integral Penal, en la culpabilidad que hable sobre las causas de no exigibilidad de otra conducta.

## Capítulo I: Antijuridicidad

En el presente capítulo se analizarán las causas de justificación para saber si se las debe estudiar desde la perspectiva de la antijuridicidad o desde el punto de vista de la culpabilidad.

La antijuridicidad se configura cuando existe una conducta típica de un sujeto que es contraria al ordenamiento jurídico. Para que esta conducta sea considerada como delictuosa debe ser: Típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, no todas estas conductas son susceptibles de pena, existen elementos que determinan el que lo sean o no, por ello es necesario analizar cada uno así como los tipos de antijuridicidad que existen: Material y formal, cuyo detalle se realizará más adelante. Se partirá del concepto de la antijuridicidad.

“La antijuridicidad es una conducta permitida por el orden jurídico, por tanto, el ordenamiento jurídico en general, considera a este tipo de acciones como legítimas o lícitas”.<sup>1</sup> Es considerada como una acción conforme al derecho, por lo tanto, una acción justificada no puede ser considerada un hecho delictivo, en conclusión, no puede existir una pena para sancionar estas actuaciones. Estas normas que se encuentran en el ordenamiento jurídico son conocidas como permisivas, es decir, que el derecho autoriza una conducta, esto significa que la norma permite que se cometan ciertas conductas que pueden llegar a dañar un bien jurídico protegido, a lo que se conoce como causas de justificación.

Zaffaroni considera que “para que una conducta típica sea considerada como delito se requiere que también sea antijurídica”.<sup>2</sup> Las características para que exista delito son: Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La descripción de la conducta que regula la tipicidad y la antijuridicidad es denominada por la doctrina como injusto. La conducta típica pero antijurídica, que parte del concepto de delito *lato sensu*, es denominado injusto penal, siendo ésta una conducta que no es delito en sentido estricto, sino ausencia de la

---

<sup>1</sup>JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del Delito*. 1a ed. Bogotá: Ediciones Doctrinaria y Ley Ltda., 2003, p. 505.

<sup>2</sup>EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 1ª ed. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 29.

antijuridicidad y la culpabilidad o la culpabilidad solamente. “El injusto penal no es cualquier conducta antijurídica, sino sólo la que es penalmente típica”<sup>3</sup>.

Según Eugenio Zaffaroni, se acepta que los tipos permisivos suponen la existencia previa de un tipo de prohibición o mandato, en consecuencia, traerá consigo un verdadero juicio de reproche, que no puede deducirse, puesto que sería absurdo impedir lo que no está prohibido por el ordenamiento.

Von Liszt, tratadista pionero en usar el término de antijuridicidad material, afirma que:

Una acción es formalmente antijurídica como contravención a una norma estatal, a un mandato o a una prohibición de orden jurídico, es considerada como conducta socialmente dañosa, a su vez es la agresión a intereses vitales protegidos por la norma jurídica de un individuo, la lesión a un bien jurídico <sup>4</sup>.

Se entiende que por más que su fin sea proteger los intereses vitales, es inevitable la colisión de dos bienes jurídicos, y cuando se halla frente a situaciones de peligro, el ordenamiento exige que se sacrifique el bien de menor valor con respecto al de mayor valor, esto será materialmente aceptado en derecho, pese a ir en contra de intereses jurídicos protegidos.<sup>5</sup>

Sin embargo, para Sergio Medina no existe una distinción marcada entre lo formal y lo material, puesto que siempre será material, debido a que implica necesariamente una afectación a un bien jurídico, y el legislador tiene que remitirse a parámetros sociales de conducta; y es formal cuando su fundamento parte de lo estipulado en el ordenamiento. En este sentido Medina coincide con Zaffaroni al expresar sobre la antijuridicidad formal: “Es la mera relación de contradicción entre la conducta típica y ordenamiento jurídico, cuando una acción constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o prohibición legal.”<sup>6</sup>

Por otro lado, para Gómez López la antijuridicidad es entendida por exclusión, es todo lo contrario al orden jurídico, éste debe ser el desconocimiento y lesión real a ese orden

---

<sup>3</sup>*Id.*, 562.

<sup>4</sup>VON LISZT. Citado en EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR. *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Óp. cit.*, p. 562.

<sup>5</sup> *Id.*, p. 560.

<sup>6</sup>SERGIO MEDINA. *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva*. 1ª ed. España: Causar Ediciones, 2005, p. 117.

de bienes jurídicos establecidos, de esta manera el contenido de la antijuridicidad se deduce de todo el ordenamiento jurídico entendido en su conformación material.

“Si lo jurídico está constituido por valores y deberes de la sociedad, lo antijurídico será la lesión, la negación de los bienes y desconocimiento de los valores sociales”<sup>7</sup>. “El mismo autor considera, además, que lo injusto es una conducta contraria al ordenamiento, el cual no tiene normas que justifican la acción o que permitan esta conducta.”<sup>8</sup>

La antijuridicidad se da cuando existe una lesión a un bien jurídico protegido por el Estado, pero no hay una norma que autoriza la realización del acto prohibido por el ordenamiento jurídico.

Cobo del Rosal considera que para que una conducta sea constitutiva de delito es necesario que el sistema lo reconozca como disvaliosa, es decir, que sea antijurídica. Este autor parte de dos premisas—puesto que hace una disquisición—la norma como un *deber ser ideal* y como un *deber de obligación*. “Del deber ser ideal se desprende el juicio de antijuridicidad, posteriormente, del deber de obligación resulta el juicio de culpabilidad”<sup>9</sup>.

Para Agudelo Betancur, la antijuridicidad es el único elemento constante e indispensable en el esquema del delito, es estudiada “como relación de contradicción entre un comportamiento y un sistema valorativo o normativo, esta contradicción se la conoce como digna de sanción”<sup>10</sup>, esta violación puede deberse ya sea al desacato o a la transgresión de las normas interpuestas por el sistema. Betancur considera “que al delito, en la antijuridicidad, se debe estudiar como una violación a un deber o el daño que causa a un hecho”<sup>11</sup>.

“La presencia de ciertos rasgos subjetivos que se pueden dar en la antijuridicidad, no significa que se la confunda con la culpabilidad, pues sería errado atribuir todo el objetivo a lo injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad”<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup>JESÚS ORLANDO GÓMEZ. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 500.

<sup>8</sup>*Id.*, p. 508.

<sup>9</sup>TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN Y MANUEL COBOS DEL ROSAL. *Derecho Penal. Parte General*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Banch Ediciones, 1999, p. 293.

<sup>10</sup>*Id.*, p. 294

<sup>11</sup>JOSÉ AGUDELO BETANCUR. *Esquema del delito*.

[https://www.academia.edu/24931802/Esquemas\\_del\\_Delito\\_Nodier\\_Agudelo](https://www.academia.edu/24931802/Esquemas_del_Delito_Nodier_Agudelo)(acceso: 18/09/2016).

<sup>12</sup>RICARDO C. NÚÑEZ. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 1ª ed. Córdoba: Ediciones Lerner, 1999, p. 363.

No obstante, por más cuidadosa que fuere la delimitación de los intereses vitales que con la protección jurídica se elevan a bienes jurídicos, no puede excluirse la lucha de interés, es decir, la coalición de bienes jurídicos. El fin de la vida humana en común, cuyo logro y garantía configura la última y más alta tarea del orden jurídico, exige que se sacrifique el interés de menor valor en cualquiera de tales contradicciones, cuando solo a este precio pueda ser conservado el interés de menor valor, de allí resulta que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es solo antijurídica cuando contradice los fines de la vida en común, regulada por el orden jurídico <sup>13</sup>.

Parte de la doctrina, con su principal exponente Franz v. Liszt, y sobre todo de la idea neokantiana, consideran que se debe hacer una distinción a la antijuridicidad en dos aspectos: Material y formal.

Para Roxin:

Una acción antijurídica es formalmente antijurídica, en la medida que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente jurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nocivos y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales <sup>14</sup>.

A continuación, se exponen las consecuencias de la acción antijurídica y el detalle de cada uno de sus tipos:

### **1.1 Antijuridicidad material**

Para Francisco Muñoz Conde la antijuridicidad material se presenta cuando hay “una relación de oposición que existe entre la acción y la norma, existe un contenido de antijuridicidad material en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger”<sup>15</sup>. Se evidencia que para este autor no existe una diferencia sustancial entre la antijuridicidad formal y material, sino que son aspectos que integran el mismo fenómeno.

No obstante, a criterio de Muñoz Conde, mientras no se haya dado una ofensa real a un bien jurídico protegido por el ordenamiento, sería absurdo hablar de antijuridicidad,

---

<sup>13</sup>EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR. *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Op. cit.*, pp. 562- 563.

<sup>14</sup>CLAUS ROXIN, citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal, Parte General, Tomo III*. Argentina: Editores Rubinzal- Culzoni, 2008, p. 17.

<sup>15</sup>FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Teoría General del Delito*. 1ª ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, p. 66.

puesto que si no existiese tal ofensa no se violaría ninguna norma, esta postura concibe una interpretación restrictiva de los tipos penales.

“En el caso que ocurriera tal ofensa real a un bien jurídico, el injusto material de la ofensa de los bienes jurídicos puede excluirse, debido a que en el caso de colisión de dos bienes se prefiere el interés por el bien jurídico más valorado al menos valorado, en consecuencia, pese a que se sacrificó un bien, se prefiere al de mayor valor, lo que es socialmente aceptable porque no se produce un daño jurídico socialmente relevante.”<sup>16</sup>

Roxin considera que es necesario determinar tres consecuencias que se obtienen del estudio de la antijuridicidad material, siendo la primera:

La graduación que se le hace al injusto; en segundo lugar, se proporciona al legislador los medios para que pueda interpretar la teoría del tipo error y solucionar los problemas siendo socialmente aceptados; por último, distingue los criterios en los que se basan las causales de exclusión y su alcance<sup>17</sup>.

Es necesario entender a la antijuridicidad material, puesto que a partir de este concepto se marcan las pautas para determinar la culpabilidad del autor del delito y de los tipos y valores que tiene como base.

López Gómez considera que, en la antijuridicidad material, en la estructura del delito se requiere que la conducta sea injusta, así se configurará un delito susceptible de punibilidad. Es necesario además que se establezca la ilicitud, pues si falta esta característica se estaría frente a una causa de exclusión o de justificación, las cuales se encuentran estipuladas en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador. “El delito debe ser injusto, esto es materialmente contrario al ordenamiento jurídico y lesivo del interés jurídico protegido”<sup>18</sup>, lo que quiere decir que si el sujeto demuestra que el bien no se encontraba en peligro, a pesar de su acción, se excluye el carácter injusto de la misma por tanto, no sería un delito punible

## **1.2 Antijuridicidad formal**

Está estrechamente ligada con el derecho de igualdad<sup>19</sup>, o sea, es la contradicción de la conducta con una norma legal. “Es la mera relación de contradicción entre la conducta

---

<sup>16</sup>ROXIN. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal, Parte General. Óp. cit.*, p. 18.

<sup>17</sup>*Id.*, p. 19.

<sup>18</sup>JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 510.

<sup>19</sup>*Id.*, p. 512.

típica y ordenamiento jurídico, cuando una acción constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o prohibición de la ley”<sup>20</sup>.

La antijuridicidad formal es conocida también como violación de la norma penal, establecida en el supuesto hipotético que no encuentra amparo en las causales de justificación, en definitiva, es la adaptación de los hechos a la norma jurídica.

Jescheck y Weingerd manifiestan que se debe hacer un análisis, según las normas jurídicas que establece el legislador como vinculantes, para regular el comportamiento del ser humano, las mismas que son los mandatos o prohibiciones.

La esencia de la antijuridicidad formal se da cuando existe una conducta que “infringe un deber de acción u omisión cuyo contenido se encuentra en la norma”<sup>21</sup>, es la vinculación de la norma con la conducta, cuando el sujeto infringe una norma, como se menciona anteriormente.

Maurach y Zipf consideran a la antijuridicidad formal así “una acción es formalmente antijurídica, cuando se halla en oposición al contenido de la norma penal”<sup>22</sup>.

La antijuridicidad formal está íntimamente ligada con las fuentes del derecho penal como manifiesta Cobo del Rosal “si el delito es, por definición un hecho antijurídico, entonces, la antijuridicidad es formal según se asuma como fuente de derecho penal, la sola Ley positiva u otras fuentes”.<sup>23</sup> Sin embargo, Roxin, criticando la teoría de Liszt, considera que la antijuridicidad formal y material pueden coincidir pero a la vez, pueden diferenciarse, que no es presumible esta contradicción pero tampoco está excluida, por lo cual el juez está vinculado por ley solamente, entonces, para Liszt, la antijuridicidad formal “era una categoría de derecho positivo, y la antijuridicidad material un principio político criminal.”<sup>24</sup>

La teoría de la correspondencia manifiesta, que no hay diferencia entre la antijuridicidad formal y material, puesto que todo formalmente ilícito es a la vez materialmente ilícito a la luz del derecho penal, tal como manifiesta Von Liszt, “realizar

---

<sup>20</sup>SERGIO MEDINA. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 117.

<sup>21</sup>REINHART MAURACH Y HEINZ ZIPF. citados en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 20.

<sup>22</sup>*Id.*, p. 21.

<sup>23</sup>TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN Y MANUEL COBOS DEL ROSAL. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 293.

<sup>24</sup>EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 23.

un acto en contra de un mandato que daña un bien jurídico protegido por el Derecho, ataca de igual manera al interés de la sociedad.”<sup>25</sup>

La tesis intermedia, sostenida principalmente por Molina Fernández, considera que debe existir una distinción entre la antijuridicidad material y formal, pues el material parte de un concepto jurídico en el cual un bien jurídico sufre un ataque, sin que exista una norma prohibitiva o mandato infringido, porque no existiría una antijuridicidad formal, y puede suceder viceversa. <sup>26</sup>

### **1.3 Causas de justificación**

El ordenamiento no sólo está construido por prohibiciones sino también por normas permisivas, lo que permite que cuando un sujeto se encuentra en situaciones de extrema necesidad, donde debe obrar presionado por la situación, la norma autoriza a ejecutar este acto, puesto que el tipo penal describe la materia de la prohibición. Todo esto significa que el legislador permite este hecho por circunstancias sociales y jurídicas. Cuando existe una causal de justificación, la antijuridicidad queda desvirtuada debido a la presencia de éstos, convirtiendo al hecho en típico, autorizado por el ordenamiento. “A diferencia de lo que sucede con las causas de inculpabilidad, las causas de justificación no solo impiden que se pueda imponer una pena, sino que convierten ese hecho en lícito”<sup>27</sup>.

Para Jesús Orlando Gómez López:

La existencia de un hecho típico supone la realización, por parte del sujeto activo, de un hecho prohibido o la omisión de un hecho ordenado, pues el tipo penal describe lo que está prohibido, siendo esto lo que el legislador quiere evitar que los ciudadanos cometan. El ordenamiento jurídico hace excepciones y permite realizar estos actos prohibidos por razones políticas, sociales o jurídicas<sup>28</sup>.

Esto significa que el ordenamiento desvirtúa el indicio de antijuridicidad por la presencia de una causal de justificación, la cual convierte el hecho en típico, “lícito” y aprobado por el sistema. “Cuando concurre a través de una norma permisiva, se afirma

---

<sup>25</sup>FRANS VON LISZT. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, p. 234. Citado en JAVIER JIMÉNEZ. *Los elementos del delito, antijuridicidad y justificación*. 1ª ed. México: Ángel Editor, 2010, p. 58.

<sup>26</sup>FERNANDO MOLINA. *Antijuridicidad Penal*. 1ª ed. México: Editorial, 2000, p. 46. Citado en JAVIER JIMÉNEZ. *Los elementos del delito, antijuridicidad y justificación*. *Id.*, p. 59.

<sup>27</sup>FRANCISCO MUÑOZ. *Teoría General del Delito*. *Óp. cit.*, p. 67.

<sup>28</sup>MANUEL LÓPEZ Y JOSÉ DANIEL CESANO. *Teoría del Delito*. 1ª ed. Bogotá: Ediciones Doctrinaria, 2003, p. 102.

que la conducta es jurídica, pues lo que está autorizado por el derecho, no puede ser a la vez injusto”<sup>29</sup>.

El autor, que está incurso en las causas de justificación, debe tener la voluntad de producir el acto, consciente de las consecuencias que va a tener dicho acto, debe a su vez, conocer de la agresión, actual e injusta, y el peligro inevitable que va a causar para salvar otro bien; por lo cual, la antijuridicidad no puede ser un simple juicio de valoración del resultado, sino también el acto realizado por el autor que como consecuencia tuvo el resultado.<sup>30</sup> En la legislación ecuatoriana las causales de justificación son: Estado de necesidad, legítima defensa, cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.

### **1.3.1 Estado de necesidad justificante**

A partir de 1900 se añaden dos regulaciones del estado de necesidad que se encuentran vigentes hasta hoy y son: Defensa frente a cosas y el estado de necesidad agresivo jurídico civil.

Estas medidas se mantuvieron hasta 1930, cuando se impuso la opinión científica que se oponía a la doctrina unitaria, manifestando que no todas las causas se deben considerar como causas de exculpación o como causas de justificación, de esta manera nació una nueva teoría diferenciadora, que defendía que “los casos de estado de necesidad deben enjuiciarse en parte como causa de justificación y en parte como exculpación”<sup>31</sup>. Se reconoció así al estado de necesidad justificante, como causal de justificación, y al estado de necesidad disculpante, como causal de exculpación.

En el estado de necesidad supralegal se admitieron dos teorías:

La primera: conocida como la teoría del fin, la que manifiesta que no son antijurídicas las intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que suponen un medio adecuado para conseguir un fin que es reconocido por el Estado; la segunda: la teoría de la ponderación de bienes, que reconoce que no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de menor valor, si sólo de ese modo se puede salvar uno de mayor valor<sup>32</sup>.

Es importante tomar en cuenta que el legislador debe distinguir entre una norma imperativa y la norma de excepción, es decir, entre la norma que protege un bien jurídico

---

<sup>29</sup>JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del Delito*. Óp. cit., p. 556.

<sup>30</sup>*Id.*, p. 557.

<sup>31</sup>CLAUS ROXIN. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. España*: Thomson Civitas, 2008, p. 671.

<sup>32</sup>*Ibíd.*

que obliga al sujeto, bajo una sanción penal y la excepción, de esta manera entran en juego las causas de justificación que elimina la antijuridicidad.

Es así como el estado de necesidad, se presenta frente a una situación de peligro no ante un ataque. El riesgo proviene de:

(...) Una situación social tal como, miseria, conmoción pública, revolución, etc; de un proceso biológico como, hambre, evacuación, frío extremo, insolación extrema; de un fenómeno natural tal como huracán, terremoto, inundación; de un accidente, de animales o de cualquier otra situación peligrosa <sup>33</sup>.

Se manifiesta cuando aparece una situación de peligro y necesariamente se debe lesionar bienes propios o ajenos, ya que es la única forma de evitar un mal que amenaza un derecho propio o ajeno; es inevitable realizar una conducta típica. “Lo que implica que existe una colisión de derechos y deberes, de dos bienes jurídicos de valores diferentes, el uno de mayor valor con respecto al otro, y por la situación que se da es preciso sacrificar el de menor valor, con el fin de salvar al de mayor valor”<sup>34</sup>. Se expresa también cuando hay una situación de conflicto de bienes, donde se salva el bien de mayor valor, sacrificando de esta manera el de menor valor, ponderando de esta forma los bienes, en consecuencia, siempre habrá una causal de justificación que se halla en la antijuridicidad.

Para el sistema argentino, el mal evitado debe ser comparado con el mal causado y debe existir, por tanto, una valoración jurídica basada en la proporcionalidad por parte del juzgador. Es necesario estudiar a la antijuridicidad para entender, cual es el origen, el significado, y en qué parte la doctrina ubica al estado de necesidad justificante, así como saber cuál es el trato adecuado para los sujetos que comenten este tipo de conductas antijurídicas, que ponen en peligro un bien jurídico de menor o igual valor para salvar su propio bien jurídico protegido o el de otras personas.

Existen varias teorías que justifican la acción que el autor toma para sacrificar un bien por otro. Por un lado, la teoría de la adecuación “afirma que la razón estriba en la situación de apremio, urgencia o premura psicológica, en que tiene que decidirse quien enfrenta un peligro, la necesidad no tiene ley”<sup>35</sup>. Esta teoría declara que el acto de sacrificar un bien por otro es injusto; sin embargo, por la premura no puede sancionarse, debido a la situación psicológica de apremio y coacción en que obra el autor, sin justificar la lesión

---

<sup>33</sup>JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 632.

<sup>34</sup>*Ibid.*

<sup>35</sup>*Id.*, p. 636.

causada sino excluyendo su culpabilidad. La acción realizada no es conforme a Derecho pero no puede castigarse por acciones de equidad.

Roxin manifiesta que en el estado de necesidad justificante “el autor ayuda a que se imponga un interés claramente preponderante, siendo valorada su intervención como socialmente provechosa y legal, la situación”<sup>36</sup>, significa que su conducta no es juzgada como necesitada de pena, pese a que existe una desaprobación por parte del ordenamiento. “A su vez, para la doctrina unificadora al ser una colisión de derechos o deberes, siempre se tendrán que valorar los bienes en conflicto y, pese al valor de cada bien, siempre se estará “frente a un motivo de justificación restando la posibilidad de un exceso”<sup>37</sup>. La teoría de la colisión defiende que el estado de necesidad radica en el mayor valor objetivo que para el Derecho tienen los intereses salvados, en comparación con lo que se sacrifica.<sup>38</sup> Es decir, en caso de colisión debe considerarse justificada y correcta la acción del sujeto y no solo disculpada al autor, la acción de salvar el interés más importante.

Por otro lado, la teoría diferenciadora hace una distinción entre cada bien que se sacrifica, considerando el valor de los bienes en conflicto, puesto que, si el autor ofende un bien de menor valor, estaría frente a una causal de justificación. Mientras que, si el bien en cuestión es de igual o de mayor valor, se estaría frente al estado de necesidad disculpante, si este estuviera en una situación de conflicto en la cual no le es exigible que deje de sacrificar el interés amenazado. Bajo esta perspectiva se hallaría justificada la teoría de necesidad cuando “ocurre la salvación del interés objetivamente más valioso e importante”<sup>39</sup>. En este caso la ley está reconociendo que las demás personas deben ceder su derecho legítimo para poder salvar otro derecho legítimo que se encuentra en riesgo de daño. Así por ejemplo, en el caso del dueño de una farmacia debe ceder su derecho de propiedad en la medicina para salvar una vida afectada por una enfermedad o un accidente, en esta situación la disyuntiva está entre salvar la vida, que es un bien de mayor valor, o la propiedad, bien menor valor, es ahí cuando la ley justifica que una persona deba ceder su interés legítimo, caso contrario, si fuera de un mismo valor el bien sacrificado, el propietario del bien sacrificado tendría el derecho a defenderlo<sup>40</sup>. La ley entiende que

---

<sup>36</sup> *Id.*, p. 638.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. 7ma. ed. Buenos Aires: Editorial Ib de F. 2005. p. 450.

<sup>39</sup> *Id.*, p. 639.

<sup>40</sup> *Id.*, p. 640.

cuando están en juego bienes personalísimos como la vida, integridad física, exigir un sacrificio de ellos sería pedir actuar como héroe pero el Derecho regula conductas de ciudadanos medios. En este caso se debe sacrificar bienes iguales se estaría frente a la exculpación.

#### **1.4 Culpabilidad**

López Gómez manifiesta que para imponer una sanción no basta que la acción realizada sea típica y antijurídica, sino que, es necesario que el autor sea culpable atendidas las condiciones de su determinación al acto injusto, el derecho reconoce que existen circunstancias extremas que tienen que ver con la motivación y la libertad del actuar y que puede hacer inculpable al autor concreto”.<sup>41</sup>

La culpabilidad surge como una condición para que se configure el delito, se realiza una valoración jurídica de las condiciones individuales y sociales en las que el sujeto se desenvuelve y en la cual se creó el acto, y con respecto a la libertad que tiene cada sujeto para decidir y al conocimiento de la ilicitud del acto que está cometiendo.

Sin embargo, López Gómez considera que la culpabilidad no se debe fundamentar en un poder absoluto de libertad de autodeterminación del individuo, sino en la existencia del individuo en la posibilidad de decidirse y actuar por el derecho, lo que involucra la valoración de las condiciones que le llevaron a tomar su decisión.<sup>42</sup>

La culpabilidad se debe estudiar como un juicio de reproche que se le aplica al autor de la conducta decretada por el ordenamiento jurídico como injusto penal:

(...) En consideración a que el Estado y la sociedad le suministraron el mínimo irreductible de condiciones para poder comprender la prohibición y auto determinarse por la misma, por no encontrarse sometido por fuerzas determinantes o que anularon su personalidad como ser digno y libre<sup>43</sup>.

La culpabilidad como juicio de reproche correcto se forma cuando el sujeto está en condiciones sociales para auto determinarse, conforme a lo que manda el ordenamiento jurídico; sin embargo, el sujeto decide por el injusto, ya que si se haría un juicio de reproche sin tomar en cuenta las condiciones individuales y sociales y sin que el Estado

---

<sup>41</sup>JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del Delito*. Óp. cit., p. 831.

<sup>42</sup>*Id.*, p. 832.

<sup>43</sup>*Id.*, p. 833.

facilitare las condiciones adecuadas en las que el autor se desenvolvió, se estaría violando el derecho a la libertad.

Para Zaffaroni el juicio de reproche es aquel que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.<sup>44</sup>

A pesar de que existe un injusto aún no se puede asegurar que ya existe un delito, es necesario que el injusto sea jurídicamente reprochable a la persona que lo cometió, en este caso el autor del delito cometido.

Existen varios supuestos como: Los inimputables, inexigibilidad de la conducta, estado de necesidad, error de prohibición entre otros, en los que el ordenamiento no puede exigir al autor algo diferente a la conducta ya realizada y conforme a derecho; o una conducta que no haga daño, es decir, el Estado no puede realizar un juicio de reproche.

Para que haya delito es fundamental que exista una conducta típica, es decir, que se adapte a las leyes, y que no se ampare en ninguna causal de justificación y que ésta pertenezca a un sujeto al cual se le pueda reprochar la conducta.

Los aspectos que deben existir según López Gómez para que se configure el elemento, acorde a la categoría dogmática de culpabilidad son:

#### **1.4.1 Elementos positivos**

Partiendo de que la culpabilidad tiene un elemento de autodeterminación, se configura como un juicio de reproche que se le hace al sujeto. Este juicio tiene dos elementos que son:

**a.- Conocimiento actual o actualizable de la ilicitud del acto:** “Involucra la imputabilidad y el ámbito de autodeterminación del sujeto que le hace posible decidir al sujeto si actuar conforme a derecho o no”<sup>45</sup>. Según este elemento se presume la capacidad de acción del sujeto.

---

<sup>44</sup>EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR. *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Óp. cit.*, p. 650.

<sup>45</sup>JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 886.

El autor debe estar en la capacidad de entender la ilicitud de su conducta, puesto que el ordenamiento no podría juzgar a una persona que carece de capacidad mental para comprender los valores jurídicos a los que debe someterse. En el concepto de culpabilidad se supone el conocimiento del autor de que su acción fue negativa, así como sus consecuencias y, entre ellas, el ser juzgado por el derecho.

**b.- Exigibilidad de la conducta ajustada a derecho:** “Es la valoración del poder que tiene cada sujeto para obrar de otra manera y valora todas las circunstancias concurrentes”<sup>46</sup> es decir, la autodeterminación del sujeto. Es aquí donde se juega la voluntad de decisión del sujeto, debido a que es libre de decidir cómo actuar frente a determinadas circunstancias. El derecho hará un juicio de reproche de acuerdo a la decisión tomada por el sujeto frente a situaciones de riesgo y se lo juzgara conforme a la valoración de un sujeto medio de su actuar bajo las mismas circunstancias.

#### 1.4.2 Elementos negativos

Según Gómez López, integran esta categorización

- 1) Error invencible de prohibición
- 2) Inimputabilidad
- 3) Insuperable coacción ajena, fuerza mayor o caso fortuito
- 4) Miedo insuperable
- 5) Estado de necesidad
- 6) Exceso inculpa
- 7) Trastorno mental transitorio
- 8) Excepcionales circunstancias sociales de desigualdad pobreza, miseria, ignorancia extremas <sup>47</sup>.

#### 1.5 Teorías de culpabilidad

##### 1.5.1 Visión de culpabilidad psicológica

La visión psicológica de culpabilidad menciona que “una vez que una persona delinque, se deberá comprobar el estado psicológico en el que se hallaba vinculado al hecho que cometió”<sup>48</sup>. Es decir, en esta teoría prevalece la constatación como juicio de culpabilidad, analiza el perfil psicológico del autor para saber si siempre tuvo o no la voluntad de realizar un hecho delictivo, o si por el contrario fueron las circunstancias externas que le llevaron a tener que elegir entre sacrificar una vida por otra.

---

<sup>46</sup>*Ibid.*

<sup>47</sup>*Id.*, p. 888.

<sup>48</sup>VICENTE CABELLO. *Psiquiatría forense en el derecho penal*. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p.184.

Para Mir Puig “en esta teoría, el dolo y la culpa son las dos especies de culpabilidad”<sup>49</sup>, el delito aparece como resultado de una causalidad material (antijuridicidad) y causalidad psíquica (culpabilidad),<sup>50</sup> vincula la capacidad mental del autor con su capacidad de acción.

Esta teoría divide en culpa consciente y culpa inconsciente, en la primera el sujeto es consciente del peligro, sin embargo, actúa porque confía que no se producirá el resultado; y en la segunda, el sujeto no sabe del peligro, tampoco busca el resultado, pero éste se produce <sup>51</sup>.

### 1.5.2 Culpabilidad normativa

Nace como una crítica a la visión de culpabilidad psicológica desde los neokantianos, la misma que fue construida para ser empíricamente comprobable con falencias en base a las contradicciones sistemáticas.

Tratadistas como Edgardo Donna, manifiestan que la culpabilidad psicológica trajo consigo varias críticas, pues se le debía dotar a la culpabilidad de factores valorativos; mientras la teoría psicológica basaba su análisis en observar y describir la conducta del sujeto. “La teoría valorativa basa su análisis en comprender y valorar la conducta del sujeto observando las circunstancias externas que se le presentaron al momento de cometer el acto”<sup>52</sup>; es decir, esta teoría nace con el afán de hacer un análisis de relación del sujeto con la norma, lo que requiere cierto grado de valoración.

En sus inicios se intentó realizar un nexo valorativo a la psicología. Kant con su teoría realizó importantes aportes para futuras teorías: La autodeterminación, que es la posibilidad de actuar de otra manera, y entender a la culpabilidad como la forma consistente en un juicio de valor que es la constatación de no haber satisfecho un deber, que tiene un valor superior por una voluntad teniendo en cuenta los hechos concretos.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup>RICARDO NÚÑEZ. *Bosquejo de la culpabilidad*. Citado en JAMES GOLDSCHMIDT. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 1ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1943, XXIV.

<sup>50</sup>SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General*. 1ª ed. Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2008, p. 529.

<sup>51</sup>REINHARD FRANK. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Título original en alemán: *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. 1ª ed. Buenos Aires: B de F Editores, 2004, p. 64.

<sup>52</sup>XAVIER ANDRADE. *Imputabilidad o inimputabilidad del psicópata*. *Óp. cit.*, p. 66.

<sup>53</sup>EDGARDO ALBERTO DONNA, *Derecho Penal, Parte General*. *Óp. cit.*, p. 69.

El desarrollo de esta teoría es el aporte de James Goldschmit y Berthold Freudental, quienes sostienen que es necesario realizar un estudio exhaustivo de las normas, bajo las cuales el sujeto debió regirse y saber la razón por la que actuaron en contra de esa norma<sup>54</sup>; es decir, concluyen en que la “culpabilidad no es sólo un problema de conciencia y voluntad, sino también de motivación”<sup>55</sup>, se analiza la posibilidad de saber si el sujeto tenía la oportunidad de actuar de otra manera en la misma situación.

Reinhard Frank, pionero en establecer las bases para la construcción de la normativa en la culpabilidad, parte de una concepción psicológica de la culpabilidad en la que menciona: “la exactitud de este punto de vista, y con ello la limitación del concepto de culpabilidad con relación psíquica, es lo que debe ser tomado en cuenta en primer lugar”<sup>56</sup>.

A la culpabilidad también se la debe entender como un juicio de valor que constituye “la constatación de que no se ha satisfecho un deber que tiene un valor superior por una voluntad teniendo en cuenta los hechos concretos”<sup>57</sup>, “el sujeto ha adquirido un deber cuya falta de motivación origina la culpabilidad”<sup>58</sup> es decir, “con el quebrantamiento de la norma jurídica por acción de un sujeto se estaría hablando de un elemento subjetivo; y la valoración objetiva sería el juicio de reproche que se le hace al autor”<sup>59</sup>, el derecho le hace un juicio de valor basada en su conducta si esta fuera cometida con premeditación, es decir con dolo o culpa y en el quebrantamiento de la norma para determinar su nivel de culpabilidad y al final imponer una sanción.

Con respecto al dolo y la culpa, que son los elementos que configuran la culpabilidad, se entienden como la forma en la que el sujeto cometió el acto, que no es lo mismo que la valoración en cuanto a si el sujeto podía o no actuar de manera distinta a como lo hizo<sup>60</sup>.

Los elementos de culpabilidad en esta teoría son: “Imputabilidad como capacidad de culpabilidad, el dolo o la culpa como voluntad defectuosa y la ausencia de causas de exculpación (estado de necesidad exculpante).”<sup>61</sup>

---

<sup>54</sup>LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. 3ra ed. Buenos Aires: Losada, 2002, p. 354-355T.V.

<sup>55</sup>VICENTE CABELLO. *Psiquiatría forense en el derecho penal*. *Óp. cit.*, p. 185.

<sup>56</sup>*Id.*, p. 27.

<sup>57</sup>EDGARDO ALBERTO DONNA, *Derecho Penal, Parte General*. *Óp. cit.*, p.69.

<sup>58</sup>XAVIER ANDRADE. *Imputabilidad o inimputabilidad del psicópata*. *Óp. cit.*, p. 67.

<sup>59</sup> EDGARDO ALBERTO DONNA, *Derecho Penal, Parte General*. *Óp. cit.*, p. 69.

<sup>60</sup>FEDERICO SOTO. *La imputabilidad disminuida como origen del sistema de justicia para menores delincuentes*. 1ª ed. Aguascalientes: CEDH, 2016, p. 117.

<sup>61</sup>SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General*. *Óp. cit.*, p. 532.

### 1.5.3 Teoría compleja de culpabilidad

El máximo exponente de esta teoría es Edmundo Mezger, quien considera que la culpabilidad puede ser mixta, puesto que tiene un nexo entre lo normativo y el aspecto psicológico del sujeto.

Esta teoría se basa principalmente en el estudio de la forma de actuar del sujeto, si éste podía actuar de otra manera, si la norma lo motivó y si éste fue capaz de usar su racionalidad de prevención, para saber que está mal el acto que estaba por cometer. “En el enjuiciamiento de este sujeto se analiza el comportamiento de un individuo promedio en las mismas circunstancias”<sup>62</sup>. Este análisis hace el juzgador para determinar la capacidad de acción de un sujeto motivado por las circunstancias del momento en el cual tuvo que elegir entre salvar una vida frente a otra, es decir, se analiza más allá del resultado de la acción, se analizan todas las circunstancias y motivaciones previas y lo hace tomando como muestra un individuo promedio de la sociedad en la que se desenvuelve el sujeto.

Mezger:

(...) Incluye en la culpabilidad, como elemento de ella, a la capacidad de culpabilidad y a las causales de exclusión de culpabilidad, por ende juzgan necesariamente la personalidad del autor<sup>63</sup> entonces, el dolo y la culpa forman parte del juicio de reproche que se le hace al autor y no es una forma de culpa <sup>64</sup>.

Se puede observar en esta teoría una posición mixta tanto de elementos valorativos como psicológicos en los que se ve envuelto el sujeto.

### 1.5.4 Teoría normativa pura de culpabilidad finalista

Hans Welzel aparece como el máximo representante de esta teoría, da un cambio radical a la visión de las hipótesis estudiadas, puesto que introduce “la intersección sistemática del dolo y la culpa, al tipo penal, dándoles la categoría de elementos subjetivos del tipo penal”<sup>65</sup>. Este tratadista parte del estudio de la culpa y voluntad para producir el resultado final.

---

<sup>62</sup>XAVIER ANDRADE. *Imputabilidad o inimputabilidad del psicópata. Óp. cit.*, p. 69.

<sup>63</sup>EDGARDO ALBERTO DONNA. *Teoría del delito y de la pena*. 2da ed. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 185.

<sup>64</sup>XAVIER ANDRADE. *Imputabilidad o inimputabilidad del psicópata. Óp. cit.*, p.70.

<sup>65</sup>*Id.*, p. 71.

La teoría normativa pura de culpabilidad finalista surge como una limitación a la actividad del legislador debido a que se presentan ciertas realidades que el derecho empieza a prevenir.

Donna manifiesta que “las estructuras lógico-objetivas son constantes antropológicas, que existen previamente al derecho y que no deben ser modificadas por este, y por ende deben ser respetadas por el legislador”<sup>66</sup>. Es decir, es preciso respetar las realidades que van apareciendo en el derecho, en consecuencia, el legislador no puede limitar esta regulación jurídica.

Welzel considera que el mayor componente para la construcción de la teoría del Derecho Penal, es la finalidad que tiene el ser humano en alcanzar los fines que se propone, o lo que es lo mismo, es alcanzar aquello que está en proceso de realización <sup>67</sup>.

Se le da el concepto normativo real a la culpabilidad a diferencia de las otras teorías, pues se confundía el objeto de desvaloración con la valoración del objeto.

Welzel manifiesta que la culpabilidad “hace al autor el reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haber podido omitirla”.<sup>68</sup> En otras palabras el individuo tiene el poder y la libertad de elegir una conducta u otra, es decir, la autodeterminación del sujeto.

Para que el juzgador pueda hacer el juicio de reproche al sujeto por sus actos antijurídicos, los requisitos dependen de su elemento intelectual y otro valorativo, ubicando a la imputabilidad y a la conciencia en primer lugar y luego a la exigibilidad de la conducta. <sup>69</sup>

En cuanto a la culpabilidad el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano establece en su artículo 34: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup>EDGARDO ALBERTO DONNA. *Teoría del delito y de la pena*. *Óp. cit.*, p. 53.

<sup>67</sup>HANS WELZEL. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal*. *Óp. cit.*, p. 80.

<sup>68</sup>*Id.*, p. 80.

<sup>69</sup>*Id.*, p.127.

<sup>70</sup> Código Orgánico Integral Penal. *Óp. cit.*, Artículo. 27.

De lo anteriormente mencionado se puede observar que este artículo encaja perfectamente en la teoría de culpabilidad normativa pura finalista, puesto que analiza la actuación del sujeto y su conocimiento del acto que va a cometer.

En cuanto al caso analizado anteriormente, el deber objetivo de cuidado o la actuación antijurídica, como menciona la norma, Vásquez manifiesta que “normas legales que son constitutivas de la sociedad y por lo tanto pueden ser disponibles subjetivamente por las personas, es decir que la persona puede decidir infringirlas, para evitar su disponibilidad subjetivamente, existe una sanción penal”.<sup>71</sup> Adicionalmente, analiza varios elementos como la imputabilidad enfocada desde la culpabilidad.

## **1.5.5 Teorías de culpabilidad funcionalistas**

### **1.5.5.1 La culpabilidad para Claus Roxin**

Roxin realiza un aporte nuevo a la dogmática tradicional penal que la incluye en las categorías del estudio de su teoría del delito, pone en manifiesto términos como la política criminal y las finalidades del derecho penal.

Observa a la culpabilidad de una manera más amplia y nueva. En este estudio la culpabilidad es identificada con el nombre de responsabilidad y estructurada por dos conceptos: La culpabilidad y la necesidad preventiva de sanción penal.<sup>72</sup>

Roxin, además se opone a este criterio de estudiar la libertad con la que un sujeto actúa en base a su decisión de proceder de una u otra forma. Conceptualiza a la culpabilidad como “una actuación injusta, pese a la existencia de una asequibilidad normativa”<sup>73</sup>, es decir, que el sujeto será juzgado conforme la capacidad que tiene de comportarse con respecto a una norma vigente, debido a que encuentra varias alternativas asequibles psíquicamente<sup>74</sup>. Una vez comprobada tal culpabilidad para el sujeto es necesario contar con una norma penal con criterios preventivos.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup>JUAN FRANCISCO POZO. *Propuesta académica de reforma al Código Orgánico Integral Penal. Óp. cit.*, p. 30.

<sup>72</sup>CLAUS ROXIN. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Civitas, 2010, p. 55.

<sup>73</sup>CLAUS ROXIN. *Derecho Penal, Parte General; Fundamentos; La estructura de la teoría del delito*. Tomo I. España: Civitas 1997, p.58

<sup>74</sup>JUAN FRANCISCO POZO. *Propuesta académica de reforma al Código Orgánico Integral Penal. Óp. cit.*, p. 35.

<sup>75</sup>CLAUS ROXIN. *Derecho Penal Parte General. Óp. cit.*, p.793.

### 1.5.5.2 Culpabilidad para Günther Jakobs

A diferencia de Roxin interpone un funcionalismo radical. Jakobs parte de un sistema social, es decir, entiende al derecho como parte de un sistema social, dejando de lado la normativa como determinante para el sistema <sup>76</sup>. Jakobs manifiesta que la sociedad exige que se regule el derecho penal y este derecho penal puede exigir que el sujeto respete los parámetros de conducta impuestos por las normas del derecho penal, tomando en cuenta primero la sociedad en la que este se desenvuelve.

En este caso la norma viene a prevenir al individuo que cometa dicha conducta que le otorgará una sanción, tal como señala Jakobs: “culpabilidad es vista desde el lado de funcionalidad, es decir, a la culpabilidad se le entiende según su fin, siendo este fin la prevención a través de la norma, y esta prevención general para Jakobs, es de fidelidad al derecho”.<sup>77</sup> La culpabilidad se fundamenta en base a la existencia de una norma que previene al individuo de cometer dicha actuación, debido a que éste tiene plena libertad de decidir qué hacer respecto a diversas situaciones que se le presentan.

Jakobs siempre parte de un concepto social, enfocado en la persona, la norma y el derecho penal, así las normas legales están disponibles para el sujeto, quien puede infringirlas para evitar su disponibilidad subjetivamente, lo cual provoca una sanción, garantiza su vigencia y las normas quedan estabilizadas en el sistema.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup>JUAN FRANCISCO POZO. *Propuesta académica de reforma al Código Orgánico Integral Penal*. Óp. cit., p.38.

<sup>77</sup>CLAUS ROXIN. *Derecho Penal Parte General*. Óp. cit., p.80.

<sup>78</sup>JUAN FRANCISCO POZO. *Propuesta académica de reforma al Código Orgánico Integral Penal*. Óp. cit., p. 39.

## Capítulo II: Estructura del estado de necesidad

### 2.1 Requisitos de configuración del Estado de Necesidad Justificante

#### 2.1.1 La situación de necesidad

Para que se configure la causal del estado de necesidad es ineludible que exista una colisión de bienes o intereses que desencadenen. Para salvar un bien es forzoso sacrificar otro, para lo cual, el conflicto debe llegar a ser un verdadero estado de necesidad.<sup>79</sup> La doctrina considera necesario que el autor no tenga otra vía para salvar al bien jurídico en peligro, pues éste actúa para evitar el daño.

Es indispensable igualmente estudiar que se debe dar en la situación un peligro inminente, en el instante mismo, si el peligro o la lesión se producen con el paso del tiempo, no se trataría de un estado de necesidad.

Triffterer considera que la necesidad debe entenderse como “intromisión, injerencia en bienes jurídicos ajenos, solamente cuando ello es necesario y cuando no existe otra posibilidad de actuar para escapar del peligro que amenaza dañar el bien jurídico”<sup>80</sup>.

Se entiende por peligro aquellas situaciones especiales que, dada las circunstancias, cuentan con las aptitudes suficientes para ocasionar un daño. Este peligro puede venir de:

Acto consciente de la persona, es decir, cuando a causa de un proceso epiléptico una persona arrastra una lámpara de gasolina y ocasiona un incendio; acto involuntario o voluntario de un tercero y de un hecho puramente natural como por ejemplo en el caso de un terremoto <sup>81</sup>.

Es decir, el legislador está en el deber de realizar un análisis *ex- ante* y ubicarse en las circunstancias del momento donde ocurrieron los daños, tener claro qué sucedió ese momento, para que pueda contrarrestar con la normativa.

Al peligro actual, la doctrina lo define como “presente y no pasado, ni futuro, cuando ha comenzado o es contemporáneo a la acción de estado necesario”<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup>TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN Y MANUEL COBOS DEL ROSAL. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 522.

<sup>80</sup>TRIFFTERER. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal, Parte General. Óp. cit.*, p.322.

<sup>81</sup>ALFONSO REYES. *Antijuridicidad*. 1ª ed. Bogotá: Temis S.A., 1999, p.76.

<sup>82</sup>JAVIER JIMÉNEZ. *Los elementos del delito, antijuridicidad y justificación. Óp. cit.*, p. 227.

Cuando se habla de un peligro inminente, significa que está próximo a convertirse en un evento dañoso, se debe observar, además, la gravedad de un peligro que ya comenzó a mostrar sus efectos o la permanencia en el tiempo de un evento lesivo <sup>83</sup>.

En otras palabras, si el peligro aún no se ha transformado en situación dañosa, debe aparecer como probabilidad realmente próxima, o que puede producirse en cualquier momento; y si el daño se produjo debe persistir en el momento que se actúa<sup>84</sup>, para que se configure la necesidad de salvar un bien que está siendo puesto en peligro ese momento.

Roxin, considera que el medio empleado para hacer frente al peligro, debe ser adecuado y el que cause menor daño de todos a bienes jurídicos ajenos, sin embargo, cabe mencionar que un medio desde un inicio no es idóneo, ya que se debe igualmente sacrificar un bien, no se puede evitar el daño con probabilidad. Asimismo, Cerezo Mir afirma que el mal sea inevitable por medios legítimos o por medios ilícitos que causen menor perjuicio, por tanto, no se dará este requisito de evitabilidad por otro medio menos perjudicial, pues el estado de necesidad tiene que tener un carácter absoluto <sup>85</sup>.

### **2.1.2 Elemento subjetivo**

La existencia de los elementos subjetivos del derecho fue expuesta en el derecho penal por Hegel (1914) y Mayer (1915), desde ese entonces empezó a tener importancia en la antijuridicidad.

Por un lado, Hegel “negaba la capacidad de los elementos subjetivos para eliminar los injustos, en tanto que, Mayer reconocía y destacaba la existencia de los elementos subjetivos en las causas de justificación”<sup>86</sup>. No obstante, otros autores consideran que no se puede hablar en general del elemento subjetivo, sino que se debe hacer un análisis particular para cada caso de justificación que se puedan presentar.

Posteriormente, la posición dominante reconoce que debe existir un elemento subjetivo a todas las causas de justificación, puesto que las acciones justificantes también se las conoce como finales y, por tanto, tienen un aspecto subjetivo, en consecuencia todos los elementos subjetivos deben ser reconocidos como momentos finales de la acción,

---

<sup>83</sup>*Id.*, p. 79.

<sup>84</sup>*Ibid.*

<sup>85</sup>CEREZO MIR. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal, Parte General. Óp. cit.*, p. 323.

<sup>86</sup>EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal II*. 1ª ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 93.

respecto a todas las causas de justificación, esto encuentra su fundamento en la teoría del injusto <sup>87</sup>.

Welzel hizo un aporte importante a la dogmática penal, presentando tres principios: “el concepto ontológico de la acción humana; la segunda la culpabilidad y por último la relación lógico-objetiva que se da en la participación.”<sup>88</sup> Desarrolló la teoría personal de lo ilícito a partir del concepto de acción, la misma que fue entendida como ejercicio final, en ella el dolo y la culpa ya no serían elementos de culpabilidad, sino que el dolo pasaría a ser un elemento subjetivo del delito del tipo.

Cerezo Mir considera que desde el momento que existe en el injusto una diferenciación de estudio del desvalor de la acción y el desvalor del resultado, es necesario tratar los elementos subjetivos en todas las causales de justificación; sin embargo, otra pequeña parte de la doctrina, considera que se debe realizar este estudio y sólo las causas de justificación que lo requieran <sup>89</sup>.

Un sector de la doctrina considera que el elemento subjetivo de justificación debe estar acompañado del dolo, es decir, bajo esta perspectiva la causa de justificación tiene por un lado un conocimiento (intelectual) y por otro lado un volitivo (voluntad) <sup>90</sup> que se debe analizar al momento de determinar el grado de culpabilidad del sujeto en cada situación.

Sin embargo, bajo esta teoría, Roxin considera que son necesarios los dos elementos, mientras que otros estudiosos consideran que basta con el conocimiento.

Para Jakobs, los tratadistas que apelan porque exista un doble elemento exigirían el conocimiento y la intención y se caería en una contradicción en el principio del hecho; en derecho es difícil que se lleve a efecto un comportamiento autorizado sin intención de la justificación <sup>91</sup>.

En consecuencia, para que el sujeto invoque las causas de justificación es necesario que los presupuestos normativos sean conocidos y aceptados por el autor, el mismo que se refiere al dolo, sin que necesariamente sea la intención del sujeto obrar en las causas

---

<sup>87</sup>*Id.*, p. 94.

<sup>88</sup>*Id.*, p. 95.

<sup>89</sup>*Id.*, p. 96.

<sup>90</sup>*Id.*, p. 97.

<sup>91</sup>*Id.*, p. 98.

de justificación. De esta manera se resalta la teoría de Welzel, quien advierte la separación del dolo y la conciencia de antijuridicidad <sup>92</sup>, pues considera que no siempre el sujeto va actuar con dolo y con conocimiento de lo que está realizando es permitido por la ley y por tanto, no sería admisible que este se beneficie en la normativa de su propio dolo.

Por otro lado, existe la teoría de la exigencia de un componente intencional. Para autores del finalismo no basta con que el sujeto conozca y tenga la voluntad de la acción, sino que es ineludible que lo haga con intención de defenderse o de salvar un bien jurídico de un valor alto a fin de obviar un mal propio o ajeno.

Para Cerezo Mir es indispensable que el sujeto actúe con el ánimo de defenderse o de defender el bien de un tercero en el estado de necesidad, de cumplir con su deber y de ejercer un derecho. “La exigencia de este ánimo o voluntad, encuentra apoyo en la misma regulación de las causas de justificación”<sup>93</sup>, es decir, el legislador manifiesta que es absurdo conocer la situación y no tener la voluntad de conseguir el respectivo fin.

Cerezo Mir manifiesta que este elemento adquiere importancia cuando se analiza en el juicio de antijuridicidad, entiende que el tipo permisivo sólo adquiere importancia cuando las acciones emprendidas tienen por finalidad la defensa, salvación o la conservación del objeto en peligro, esto se configura solamente con la intención del autor.

El elemento subjetivo se estructura en base a tres supuestos, tal como manifiesta Cobo del Rosal: que el sujeto tenga el conocimiento necesario y que esté actuando en estado de necesidad; cuando actúa en defensa para evitar un mal a un bien o interés ajeno o propio y, finalmente, la acción para evitar que se produzca una vulneración ya sea propia o ajena de un bien o interés, es decir, se observa la acción final a la cual se quiere llegar. La razón para analizar de esta manera, es que la ley es adoptada desde un punto de vista *ex-ante*, no espera que la acción realizada por el sujeto produzca todos sus efectos.

El reconocimiento del elemento subjetivo trae varias consecuencias jurídicas enumeradas en distintas teorías:

---

<sup>92</sup>*Ibid.*

<sup>93</sup>*Id.*, p. 99.

- Tesis de la impunidad: Reconoce que sólo se conserva el objetivo del injusto, significa que estudia el aspecto objetivo externo de la conducta, no admite la existencia de lo que el sujeto haya querido o haya conocido al realizar la acción.
- Tesis de la consumación: Acepta la presencia de un desvalor de la acción y, dentro de este, la presencia de un componente subjetivo para que se conformen las causas de justificación, caso contrario la conducta típica fracasará por la incongruencia de los elementos objetivos en la causal de justificación.
- Tesis de la tentativa: Su punto de partida son los errores invocados en las causales de justificación, llegando a la solución de la tentativa como derivación lógica de la exclusión del dolo<sup>94</sup>.

### 2.1.3 Interés preponderante

De este requisito habla la teoría diferenciadora con el estado de necesidad disculpante, en el sentido de que si se sacrifica un bien del mismo valor (vida *versus* vida) se halla frente a un estado de necesidad disculpante. Aunque, en este caso, el mal causado para salvar otro bien o interés, debe ser menor al que se intenta evitar para que se establezca el estado de necesidad justificante. “La dogmática manifiesta que es necesario realizar una ponderación de males en cuanto a la lesión que se produjo o que podría originar, teniendo en cuenta los efectos que podrían ocasionarse si se ataca un bien o interés en lugar del otro y/o viceversa”<sup>95</sup>. Cerezo Mir afirma que la ponderación de males supone la consideración de intereses lesionados y los que el sujeto quería proteger<sup>96</sup>. El sujeto debe hacer un análisis exhaustivo antes de realizar una acción de sacrificio de un bien por otro, pues para que se configuren las causales de justificación es necesario que el sujeto en su afán de proteger un bien, lo haga evitando que se produzca un mal mayor.

Para que se realice dicha ponderación de bienes, el juzgador debe partir del análisis de criterios como: Gravedad, lesión, carácter recuperable, afectación, es decir, una comparación valorativa de malos colisionados<sup>97</sup>, bajo un criterio neutral.

Cuando se atañe a bienes jurídicos lesionados se otorga un carácter más fuerte en el juzgamiento, ya que se debe analizar no solo la importancia de los bienes jurídicos sino

---

<sup>94</sup>*Id.*, p. 105.

<sup>95</sup>TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN Y MANUEL COBOS DEL ROSAL. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 524.

<sup>96</sup>EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal, Parte General. Óp. cit.*, p.286.

<sup>97</sup>GONZALO QUINTEROS. *Parte General del Derecho Penal*. 4ta ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2010, p.40.

también si han sido lesionados o puestos en peligro, la gravedad de su lesión o el grado de peligro, además el desvalor de la conducta del mal causado y de aquel que se trató de evitar<sup>98</sup>.

Maurach y Zipf consideran que se requiere un doble examen. Por una parte, la ponderación extensiva de intereses —su resultado es esencial— en la que se observan todas las circunstancias posibles, los bienes jurídicos y el grado de peligro.

La segunda valoración se refiere a la adecuación, la solución dada, debe ser apropiada, la acción sólo será justificada cuando “el bien a salvar goza de una valoración social considerablemente más importante que la del bien a sacrificar”<sup>99</sup>. Es decir, cuando se puede poner en riesgo propiedad privada por salvar la vida de varias personas que se encuentran en peligro.

Roxin considera que no hay una fórmula única para ponderar o justificar la acción en estado de necesidad, únicamente existen directrices o lineamientos que se unifican unos con otros y que deben razonarse de acuerdo al caso en concreto y sopesar de acuerdo a su importancia para un interés u otro. Sin embargo, en todos los supuestos el derecho siempre va a tener decisiones valorativas realizadas por el legislador, sobre todo en el ámbito de la imposición de una sanción.

Se deben estimar ciertos preceptos que la doctrina estipula para determinar la proporción de los bienes jurídicos, los cuales se formulan en tres posiciones:

(...) Los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección frente a daños concretos; los valores de la personalidad como la vida y la dignidad humana tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales; por último, la protección de la vida e integridad fundamentan un interés superior incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales <sup>100</sup>.

Triffterer menciona que en materia de justificación siempre estará en riesgo un bien jurídico que es protegido a costa de un tercero de menor valor, de modo que siempre habrá una competencia entre los dos —bienes en colisión— es ahí cuando el autor sostiene que no sólo se van a exponer bienes jurídicos, sino intereses en conflicto, por eso se debe analizar el grado de riesgo con oportunidad. Esto se refiere “al bien jurídico

---

<sup>98</sup>CEREZO MIR. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal, Parte General. Óp. cit.*, pp. 256-257.

<sup>99</sup>MAURACH Y ZIPF. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Id.*, p. 287.

<sup>100</sup>CLAUS ROXIN. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Id.*, p. 289.

afectado, la posibilidad de una lesión o destrucción, el grado de posibilidad de la entrada de su lesión<sup>101</sup>, para formular este juicio se debe tomar en cuenta:

(...) El valor del bien jurídico en juego, la cantidad de amenaza del perjuicio, la probabilidad del grado de peligro y otros intereses que se debe tomar en consideración, igual análisis se debe hacer con el otro bien en juego y se obtiene cual debe ser rescatado <sup>102</sup>.

Maurach, Zipf y Roxin consideran que cuando se hallan bajo amenaza valores como la vida humana son inadmisibles las cuantificaciones, puesto que toda vida humana tiene el mismo valor, por tanto, no es idóneo asignar un valor a cada una, no existe una vida más o menos valiosa que otra. No es susceptible de sacrificio un delincuente en lugar de una persona con un récord policial intachable, de igual manera, consideran que es inadmisibile la ponderación según el número de vidas humanas que se socorran, por lo que Roxin manifiesta que “cuando hay vidas humanas que entran en peligro en común con otras, pugna con el sentimiento moral utilizarlas como meras partidas contables en una cuenta global”<sup>103</sup>. A pesar de lo cual coexiste la postura de que es preferible que una persona pierda la vida si ello significa salvar las de más individuos.

#### **2.1.4 La acción justificada**

La acción que se presenta para salvar el bien o interés de mayor relevancia debe ser objetivamente idónea <sup>104</sup>, estar encaminada a alcanzar una meta u objetivo. La cual parte de la justificación misma, se observa la aptitud objetiva de la conducta del sujeto para resolver el conflicto de intereses.

La acción de necesidad se verifica sólo cuando el bien a salvar requiere la protección, en la concreta situación de peligro, no se debe soportar el peligro cuando el bien renuncie de forma lícita a su subsistencia. Tal es el caso del médico que no puede interrumpir un embarazo, aunque le sea permitido, sin el consentimiento de la paciente.

Existen varias teorías para justificar la acción de un sujeto, entre ellas:

- Teoría del fin: Manifiesta que “una acción típica no es antijurídica cuando se presenta como un medio adecuado para la consecución de los fines de la vida en

---

<sup>101</sup>TRIFFTERER. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Id.*, p.290.

<sup>102</sup>*Ibid.*

<sup>103</sup>EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal, Parte General. Id.*, p. 287.

<sup>103</sup>CLAUS ROXIN. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Id.*, p. 293.

<sup>104</sup>TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN Y MANUEL COBOS DEL ROSAL. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 526.

común regulada por el Estado”<sup>105</sup>. Con esta teoría se intentaba encontrar un principio único a todas las causales de justificación, además tomaba en cuenta la existencia de un elemento subjetivo. Diversos tratadistas consideraron que mantener una teoría unificada era más beneficioso que el daño, ya que el obrar de un sujeto es jurídico cuando su acción es más provechosa que el perjuicio que se le podía hacer a la sociedad.

- Teoría de Hans Welzel: Sostiene que se puede buscar una base a todas las causales de justificación. Él mismo subordinó la valoración de intereses a la teoría de la finalidad y además instauró un componente social. Así manifiesta que

(...) Hay una doble excepción del precepto, según el cual, una conducta adecuada al tipo es en principio antijurídica: la primera la da la conducta socialmente adecuada, que impide, desde un principio, que la adecuación social indique la antijuridicidad; la segunda está fijada por los fundamentos de justificación que elimina la antijuridicidad indicada, en virtud de determinadas situaciones excepcionales, aquellas comprenden actividades que se mueven todavía completamente dentro del margen de los órdenes de la vida social en forma preponderante, pero que son justificadas a consecuencia de una situación especial de excepción <sup>106</sup>.

- La Teoría del interés preponderante: Existe el caso del interés preponderante, cuando frente a un interés lesionado, aparece otro de mayor valor para ser salvado. En este caso se encuentran las actuaciones en base a deberes predominantes como es el caso de oficiales públicos, las acciones realizadas por ellos se amparan en virtud de una especial justificación, como manifiesta Donna.

Además, es oportuno resaltar que se debe hablar de un consentimiento presunto, pues se trata de una ponderación de intereses, por lo que no se precisa de ningún principio de justificación propio para el mismo, a diferencia del consentimiento que es un caso de atipicidad o exclusión del tipo <sup>107</sup>.

- Teorías que buscan principios materiales limitados: Roxin es el defensor de estas teorías y manifiesta que la justificación para el estado de necesidad, radica por un lado en que exista un principio de protección; y, por otro, el principio de prevalencia del derecho, es decir, el agredido puede hacer todo lo necesario para defenderse del ataque que está sufriendo su bien jurídico. Pero adicionalmente,

---

<sup>105</sup>MAURACH Y ZIPF. Citados en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal, Parte General. Óp. cit.*, p. 57.

<sup>106</sup>HANS WELZEL. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 1956, p. 14. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Id.*, p. 58.

<sup>107</sup>HANS WELZEL. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 59.

para afirmar la vigencia del derecho en la sociedad puede ejercer legítima defensa. Además el estado de necesidad combina también con los principios de proporcionalidad y de autonomía, puesto que si la autonomía del agredido está siendo atacada, no ha participado y el peligro puede contrarrestar la acción porque su autonomía corre riesgo.

Maurach y Zipf manifiestan que estas teorías son pluralistas, pues realizan un estudio de las causales de justificación de manera independiente, es decir, no existe un común denominador para todas las causales; sin embargo se hallan algunos elementos que se dan en las causales de justificación <sup>108</sup>, que pueden ayudar a dar directrices al legislador al momento de dictar una sentencia.

Los mismos autores señalan que “de la posibilidad de proteger todo bien jurídico, en estado de necesidad, se deduce la actividad de una ayuda en beneficio del Estado con efectos justificantes, dada una relación valorativa similar”<sup>109</sup>. Esto significa que el Estado también está facultado a actuar en estado de necesidad, siempre dentro del marco constitucional con el fin de recabar pruebas en general en beneficio de la sociedad y del individuo que está siendo juzgado.

Toda causa de justificación concede un verdadero derecho al titular, que en determinadas circunstancias puede hacerlo valer mediante la fuerza, dentro de los límites legales <sup>110</sup>.

### **2.1.5 Ausencia de provocación**

Según la doctrina para que un sujeto este inmerso en esta causal, no debe haber provocado la situación de necesidad de manera intencional, o lo que es lo mismo, querer directa o eventualmente la acción, puesto que una persona que ha provocado no puede beneficiarse de la misma. Bustos Ramírez manifiesta al respecto que “el sujeto que ha provocado de manera intencional la necesidad, no puede ampararse en esta causal, pues el sujeto actúa en conflicto de bienes, no en una situación normal”<sup>111</sup>.

Cerezo Mir concuerda con esta postura al afirmar que el sujeto que haya provocado la situación intencionalmente, por intereses, de modo que se exige sacrificar uno para

---

<sup>108</sup>*Ibíd.*

<sup>109</sup>MAURACH Y ZIPF. Citados en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Id.*, p. 336.

<sup>110</sup>*Id.*, p. 64.

<sup>111</sup>JUAN JOSÉ BUSTOS RAMÍREZ. *Derecho Penal. Parte General. Volumen III*. Quito: Edición Jurídica, 2008, p. 30.

salvar otro, la intención de la que se habla se orienta al querer la situación de necesidad<sup>112</sup>. El autor emplea el término *intención* como sinónimo de *voluntad*, independientemente de querer o no provocar el delito, la eximente quedará excluida. Sin embargo, este autor considera que este tipo de acciones pueden ser valoradas como imprudencia.

Righi manifiesta que el autor no debe ser responsable de crear la situación de peligro, sin embargo considera que por la exigencia de la que hablaba Cerezo Mir—ser extraño a la creación de la situación de peligro— no se puede apreciar de manera adecuada, concluye que:

No puede ampararse en la situación de necesidad, quien intencionalmente causó la situación de peligro, sea que haya obrado con dolo directo o eventual; impide invocar el estado de necesidad una causación meramente culposa de la situación de peligro; sin embargo cuando se trata de auxilio a terceros, la justificación no encuentra impedimento en el hecho de que el beneficiario haya creado culposamente la situación de peligro. <sup>113</sup>

Maurach y Zipf coinciden con Roxin y les parece irrelevante que para que un sujeto invoque la causal de necesidad haya sido provocada por el autor o por el titular del bien a salvar <sup>114</sup>. Consideran que no se alterarían los elementos para que el sujeto pueda invocar la situación de necesidad.

Para Jiménez Martínez cuando un individuo se coloca en una situación de conflicto —por ende en una situación de peligro— su conducta típica no queda cubierta por la justificante, el derecho no reconoce la facultad de un individuo para actuar, sacrificando sus intereses que están protegidos por la ley, pero a pesar de estas circunstancias el individuo provoca la situación de necesidad <sup>115</sup>. En definitiva, el derecho no justifica el sacrificio de los intereses de una persona que se encuentra tutelada o protegida y que después el propio derecho justifique esta acción, por la misma razón estudiada en párrafo anterior no se podría beneficiar de algo que el mismo provocó.

Luis Jiménez de Ansúa describe que en la teoría de Manzini, para eliminar la causa de justificación, es necesario que la situación peligrosa haya sido creada directa y voluntariamente por el imputado, cualquiera que fuera su fin o su motivo, pero si, por otro lado, existe un sujeto que provocó la situación de peligro por negligencia, no basta

---

<sup>112</sup>CEREZO MIR. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Derecho Penal, Parte General. Óp. cit.*, p. 326.

<sup>113</sup>ESTEBAN RIGHI. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Id.*, p. 327.

<sup>114</sup>MAURACH Y ZIPF. Citado en EDGARDO ALBERTO DONNA. *Id.*, p. 331.

<sup>115</sup>JAVIER JIMÉNEZ. *Los elementos del delito. Óp. cit.*, p. 228.

para excluir la justificante. Se fundamenta así “en el criterio de la asunción del riesgo voluntariamente afrontado. Este criterio debe ser limitado por el concepto de causalidad eficiente directa, con exclusión de toda idea de previsibilidad y de previsibilidad del peligro”<sup>116</sup>. Manzini distingue el dolo de la culpa para la provocación del estado de necesidad. La posición de Jiménez de Asúa es similar, puesto que considera que al sujeto que obra con dolo no se le eximiría de pena.

## 2.2 Análisis del artículo 32 del Código Orgánico Integral Penal

Las causales de justificación en la legislación ecuatoriana están determinadas en el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal (C.O.I.P),

**Artículo 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad.-** No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa.

Concordancias (COIP: 33)

“Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal”<sup>117</sup>.

Mientras que el estado de necesidad está descrito en el artículo 32 del mismo Código:

**Artículo 32.- Estado de necesidad. -**

Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos:

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho <sup>118</sup>.

Cuando el sujeto tiene el deber de evitar el mal ajeno o propio, surge una colisión de deberes en la cual entran en conflicto el deber de evitar el mal ajeno y el de abstenerse de realizar la acción prohibida. Entonces se enfrenta una situación de necesidad, es decir, cuando se produce una situación de peligro actual para los intereses legítimos, que sólo puede evitarse mediante la lesión a otros intereses protegidos por el ordenamiento.

---

<sup>116</sup>LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. *Teoría del Delito*. 1ª ed. México: Ara Editores, 2004, p. 278.

<sup>117</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo. 30. Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014.

<sup>118</sup>*Ibíd.* Artículo 32.

Se entiende que el estado de necesidad existe cuando se constata el peligro en estado real y actual que está sufriendo un bien jurídico, entonces se dan varias circunstancias necesarias para protegerlo y la única forma de hacerlo es sacrificando otros bienes jurídicos. Como se observó, la ley plantea varios requisitos en este sentido que están estipulados en el artículo 32 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Una vez revisados los requisitos contenidos en este artículo, se evidencia un problema fundamental desde el análisis de la dogmática penal: el COIP no realiza una distinción entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante, pues en la norma se puede evidenciar que se refiere única y exclusivamente al estado de necesidad justificante y al choque de dos bienes uno de mayor jerarquía con uno de menor jerarquía.

El cuerpo legal en análisis tiende a unificar la teoría en una misma norma, sin diferenciar el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante.

Esto a pesar de que la doctrina establece distinciones entre los dos: El estado de necesidad justificante se basa en un interés preponderante y se lo estudia en la antijuridicidad, mientras que el estado de necesidad disculpante se fundamenta en el principio de la no exigibilidad de otra conducta y se lo estudia en la culpabilidad.

Con estos antecedentes de ninguna manera se puede confundir el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante; o dar un tratamiento a ambos como si los dos respondieran al concepto de estado de necesidad justificante basándoles como elemento de la antijuridicidad como sucede en el este Código, con el que además el Estado justifica el daño a bienes de igual jerarquía o de un valor similar.

Por otro lado, al examinar el numeral 2 del artículo 32 del COIP, se detecta una grave confusión al momento de estipular que "...no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar", lo que significa, que es necesario que exista una ponderación de todos los bienes jurídicos en juego, se debe tener en cuenta la importancia del bien jurídico que se quiere salvar frente al que se quiere sacrificar, así como la forma, la reparación y la gravedad de su lesión.

Es imperioso realizar una ponderación valorativa de acuerdo a cada caso, no se los puede otorgar un valor igual a bienes como la vida frente a propiedad, como manifiesta Roxin en los tres preceptos de valoración:

- 1) Los preceptos sobre el orden general ceden frente a la protección sobre daños concretos
- 2) Los valores de la personalidad tienen preferencia frente a bienes patrimoniales
- 3) La protección de la vida y la integridad fundamenta un interés superior, incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o bienes jurídicos supraindividuales <sup>119</sup>.

Sin embargo, el COIP tal como se encuentra estipulado en la normativa actual permite que el mal que se evitó sea mayor al daño que se produjo y así impedir que se dé esta vulneración de deberes y derechos, es decir, la acción lesiva ejecutada para salvarse a sí mismo o liberar a un tercero del peligro.

Esta acción debió ser la más eficaz y, al mismo tiempo, la que causó menos daño al titular del bien afectado, en consecuencia, si un sujeto lesionó innecesariamente un interés ajeno habiendo otro medio de evitar, no estaría inmerso en este numeral. Es oportuno recalcar que el COIP en esta norma, solo exige que se justifique la finalidad, a pesar que en la doctrina lo que se debe justificar es la acción y no el resultado.

Otro error en el que cae el COIP, según Juan Francisco Pozo, es que no sería susceptible de admisión la legítima defensa, puesto que marcaría una desnaturalización de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, como resultado, se concedería a los sujetos un derecho de disponer de la vida ajena <sup>120</sup>.

Considero que este artículo no se encuentra adaptado a la realidad ecuatoriana, ni existió un estudio previo de la doctrina para redactar el mismo, por el contrario, es similar al artículo 20, numeral 5 del Código Penal Español, cuyo régimen es unificado puesto que está posicionado en el capítulo donde trata única y exclusivamente las causas de eximente de responsabilidad criminal, a esto se refiere el artículo 20 cuyo texto manifiesta lo siguiente: Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar<sup>121</sup>. Artículo que va acorde a la realidad española y a la conducta que se intenta regular.

### **2.3 Estado de necesidad disculpante:**

El estado de necesidad disculpante se produce cuando existe una situación de riesgo para un bien jurídico que está en peligro actual de sufrir un daño, el cual solo puede

---

<sup>119</sup>CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, p. 684. Citado en RAMIRO GARCÍA. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima: Ara Editores, 2014, p. 350.

<sup>120</sup>JUAN FRANCISCO POZO. *Propuesta académica de reforma al Código Orgánico Integral Penal, para incluir situaciones de no exigibilidad de otra conducta como el miedo insuperable y el estado de necesidad disculpante como causas de exculpación*. Tesis de grado. Universidad Central del Ecuador. Quito, 2015, p. 6.

<sup>121</sup> Código Penal Español. Artículo. 20, Numeral 5 de 1995.

salvarse cuando se tiene que afectar o dañar a un bien o interés de un tercero, es decir, solo puede salvarse lesionando otros bienes. La diferencia radica que en el caso del estado de necesidad justificante existe una colisión entre un bien de mayor valor y uno de menor valor, donde se sacrifica el de menor valor; mientras que en el estado de necesidad disculpante existe necesariamente una colisión de dos bienes jurídicos de igual valor, en donde el mal evitado no es mayor al mal ocasionado.<sup>122</sup>, debido a que necesariamente siempre va a existir un daño. Las doctrinas modernas prefieren referirse a la ponderación de los bienes de igual valor como la ponderación de "males" debido a la magnitud de los valores que éstos tienen.

De este concepto se extrae que el estado de necesidad parte de una ponderación de intereses que están protegidos por el ordenamiento, la inexigibilidad de la conducta, y por último,

La inexcusabilidad del remedio, es decir es la inevitabilidad del mal que constriñe al sujeto a la acción lesiva de los bienes ajenos. A diferencia de la fuerza mayor, en la que no se puede escoger, en el estado de necesidad se puede escoger, pero la alternativa que tiene el sujeto de reaccionar de otra manera queda reducida por la premura psicológica<sup>123</sup>

La doctrina española considera que la ley no puede inclinarse por ninguno de los dos bienes o intereses en conflicto. Sin embargo, supone que trae consigo soluciones injustas, como considerar justificado el hecho de intervenir a alguien antes que a otro que se encontraba menos grave, pero que de igual manera necesitaba ser intervenido, no se trata solo de ponderar intereses, sino que la doctrina prefiere realizar una comparación de los bienes en conflicto como una colisión de los males causados y evitados,<sup>124</sup> puesto que al estar en riesgo dos bienes de igual valor siempre sacrificar uno de ellos será una pérdida de un bien jurídico para el derecho que actúa como la institución de protección y tutela.

El estado de necesidad solo podrá ser estimado como causa de justificación cuando se configuren los presupuestos objetivos como son la existencia real del peligro inminente y los subjetivos. Asimismo, la realización del mal o la infracción del deber, que el sujeto

---

<sup>122</sup>JESÚS ORLANDO GÓMEZ. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, pp. 1165-1166.

<sup>123</sup>ANTONIO ZÁRATE CONDE Y ELEUTERIO GONZÁLEZ. *Derecho Penal. Parte General*. 1ra. ed. España: Ediciones La Ley, 2015, p. 261.

<sup>124</sup>FRANCISCO MUÑOZ. *Teoría General del delito*. España: Ediciones Addi, *Óp. cit.*, pp. 80-81.

realiza para evitar otro peor, y que el único camino posible para evitar ese mal sea sacrificar el otro mal para conseguir una "meta salvadora", lo cual significa que esta lesión realizada debe ser necesaria, y valorada desde un punto de vista objetivo, teniendo en cuenta la situación en la que se encuentra el sujeto, las circunstancias y medios a su disposición. En el estado de necesidad se permite lesionar intereses de una persona que no realiza ninguna agresión ilegítima, a diferencia de la legítima defensa donde, la ley permite reaccionar frente a una persona que me agrede antijurídicamente existe un sujeto que infringe el Derecho, el defensor se halla en una situación legítima respecto a su agresor. En el estado de necesidad los dos sujetos se encuentran en una misma posición frente al Derecho. El estado de necesidad solo justifica cuando el mal que se trate de evitar es mayor al que se causa.

### **2.3.1 Conflicto de bienes**

El conflicto de bienes se da cuando por un factor externo ya sea natural u ocasionado por el hombre pone en una situación que se da una colisión entre bienes jurídicos de igual valor, es decir, que el Derecho Penal les da una protección especial, por ejemplo vida vs vida. Esta situación le pone al sujeto predispuesto para cumplir un deber jurídico de protección de un bien en peligro de ser quebrantado y no tiene más remedio que lesionar otro. El ordenamiento permite la actuación no solo cuando se incumple un deber menos importante para poder cumplir otro de superior rango, en cuyo caso, el sujeto está obligado a tomar el rango superior pues de lo contrario el requisito de proporcionalidad de males, no se cumpliría es como lo menciona Luzón Peña.

En el caso de que exista una colisión entre dos deberes de actuación positiva, como es el caso del médico que tiene que salvar a dos personas pero solo puede salvar a una ese momento, la ley justifica su accionar<sup>125</sup>. Cuando hay un conflicto entre dos bienes de igual valor o de distinto valor se debe investigarlos a profundidad, para saber a qué caso la ley justifica, es decir, la ley actúa como un excluyente del delito por cuanto inhibe al elemento antijuridicidad, toda vez que al actuar lesivo del sujeto es permitido por el ordenamiento jurídico.<sup>126</sup> y a qué situaciones disculpa el ordenamiento, en este caso es cuando el sujeto decide salvar una vida en vez de otra o sacrificar un bien ajeno por salvar

---

<sup>125</sup>DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Derecho Penal. España: Ediciones Tirant Lo Blanch, 2002, p. 426.

<sup>126</sup>JOSÉ MOISÉS VERGARA TEJADA. *Manual de Derecho Penal*. México: Ángel editor, 2002 p. 253.

su bien, la doctrina considera en este caso, que la ley debe poner una sanción reducida al sujeto.

Sólo existirá estado de necesidad cuando haya una fuerza que estimule una causa que amenaza al bien que se encuentra protegido por el ordenamiento, cuando esta fuerza no haya sido provocada dolosamente estamos frente a estado de necesidad.<sup>127</sup> A igualdad de legitimidad en las situaciones de los sujetos, lo que decide el conflicto es la importancia de los intereses en juego para Santiago Mir Puig.

Para conocer la valoración de cada bien, que bien tiene mayor valor que el otro, han nacido dos teorías:

1. Valor individual: criterio subjetivo puesto que, depende de las consideraciones del necesitado, pero en estas consideraciones estarán en juego intereses de toda índole, existirá toda una sobrestimación de los valores dados a cada bien frente a otros que se encuentren en colisión, en consecuencia, existirá un desequilibrio de los valores reales de cada bien, debido a que cada individuo le dará valor a cada bien según sus propias convicciones. " Existe un valor comercial, utilitario, afectivo, etc., de acuerdo al enfoque que cada individuo le dé."<sup>128</sup> Es decir, para un individuo puede tener mayor valor un objeto sentimental, como por ejemplo el recuerdo de un ser querido que ha fallecido, respecto a uno de valor económico alto. Sin embargo, el fin del derecho es defender el valor real de los bienes que tienen relevancia colectiva.
2. Valor real: Se debe regir al valor real de los bienes y a las normas de aplicación general de sentir colectivo como la vida, la integridad corporal, el honor. Esta valoración debe ser objetiva, pues se intenta destruir la concepción del valor que cada individuo le da a los bienes tal como lo manifiesta Miguel Villalobos. Cuando hablamos de un conflicto de bienes con uno de menor valor no hay problema, pues la ley menciona que se debe salvar el de mayor valor. La Legislación Penal considera que la pena va a ser más alta si se ha lesionado un

---

<sup>127</sup>ÁNGEL JUDEL PRIETO Y JOSÉ RAMÓN PIÑOL RODRÍGUEZ. *Manual de Derecho Penal*. Tomo I. 4ta ed. Navarra: Thomson Civitas. 2006. p. 233.

<sup>128</sup>FEDERICO PUIG PEÑA Ob. Cit. Indica: pp. 367-368 en <http://www.csj.gov.sv/BVirtual.nsf/0/5c8f494e2fac9ae806256b3e00747bdd?OpenDocument> obtenida el 2017-04-04

bien con una valoración alta tal como defiende Cuello Calón, quien afirma que: “ la Valoración de los bienes en conflicto habría de realizarse con criterios objetivos, en primer lugar conforme a los preceptos legales y si en ellos no se hallare base suficiente para efectuarla, se hará sobre las ideas de derecho y de justicia”<sup>129</sup>, es decir, se le otorga una valorización real, social a los bienes. Por el contrario Puig Peña critica esta concepción manifestando que existen sanciones iguales a lesiones ocurridas a bienes de distinto valor y que por lo tanto, tal sistema no daría la solución<sup>130</sup>. Es decir, no hay una correspondencia entre las penas indicadas y el valor social del bien perjudicado. Mezger considera que se debe basar en las concepciones culturales de cada sujeto luego se deberá tomar en cuenta el valor que tienen estos bienes en derecho. Por otro lado Soler considera que es necesario hacer una interpretación sistemática de la ley y la relación que existe entre el acto cumplido y lo que se evitó.<sup>131</sup> Esta valoración debe realizar el Juez basándose en los principios de equidad, justicia y la proporcionalidad entre uno y otro bien con sus valores reales.

## **2.4 Estructura o requisitos del estado de necesidad**

Para que procure la causal de exculpación es necesario que exista una situación de necesidad y la de intentar evitar un mal propio o ajeno, considerando que en los casos se verificar que el sujeto tenga reducida la capacidad de obrar de una manera diferente a la que obró; así mismo, deben concurrir los elementos que se mencionan a continuación, los cuales son similares al estado de necesidad justificante que se trataron en el primer capítulo Y son: <sup>132</sup>

### **2.4.1 Situación de peligro o necesidad para un bien jurídico.**

La doctrina considera que es un elemento esencial para analizar, puesto que contribuye para valorar de mejor manera si la eximente que se produce en estos casos puede ser parcial o total, partiendo de una situación de peligro que puede amenazar con lesionar un bien propio, ajeno o una infracción a un deber.

---

<sup>129</sup>CUELLO CALÓN. *Derecho Penal General*. I, 11ª. ed. Barcelona: Editorial Bosch Urgel, 1953. p. 380.

<sup>130</sup>EDUARDO CALDERON. *Estado de Necesidad como excluyente de responsabilidad*. El Salvador. 1988 obtenido de <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/5c8f494e2fac9ae806256b3e00747bdd?OpenDocument> el 2017-04-04

<sup>131</sup>SEBASTIAN SOLER. *Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Tip. Edith. 1996. pp. 421-422.

<sup>132</sup>*Ibíd.*

La doctrina considera que el peligro que puede llegar a lesionar un mal propio o ajeno es lo que, desencadena en el estado de necesidad, es decir, se refiere a un pronóstico que hace que se cause un mal. La jurisprudencia española manifiesta la necesidad de que exista el deseo de causar daño el mismo que debe ser real e inminente, lo que significa la existencia de una situación de gravedad e inminencia no siendo suficiente que se invoque como justificación una estrechez económica o situaciones de angustia<sup>133</sup> Esto hace que se produzca la necesidad de una acción salvadora que pone en sacrificio otros intereses. La situación de peligro puede tener un origen natural por ejemplo cuando existen fenómenos naturales como la explosión de un volcán o del estado ruinoso de un edificio. Puede surgir del control que tiene el hombre por ejemplo: una persona amenaza con suicidarse, un niño no recibe los debidos cuidados por su niñera. " Si el que controla los acontecimientos es autor mediato del acto de liberarse o es solo participe, la situación se denomina estado de necesidad coactivo: Se amenaza de muerte a quien está obligado a prestar juramento si declara la verdad, se llega a la verdad mediante la amenaza usada como instrumento humano"<sup>134</sup>

La actualidad del peligro se debe interpretar como la estudiada en el estado de necesidad justificante, esto se aplica sobre todo a que no existe otra posibilidad para evitar la necesidad de sacrificar un bien. Es necesario mencionar que solo ocurre una situación disculpante cuando existe peligro para la vida, integridad corporal y la libertad de movimientos del individuo como manifiesta Jakobs, pues si se amenaza producirse la pérdida de una vida o que sufra un menoscabo la libertad o salud, no es necesario recurrir a la proporcionalidad.<sup>135</sup>, se puede disculpar la muerte de varias personas para conserva la vida de una sola persona.

Sin embargo, otra parte de la doctrina expresa que es preciso colocarse en el lugar del autor para analizar la situación y determinar cómo un hombre actuó frente a una situación de peligro, donde debía defenderse en concreto y en abstracto para apreciar la eximente total o parcial<sup>136</sup>, en este caso, se debe realizar una ponderación de que no existían otros medios legítimos para evitar el mal causado o que éste sea el menos

---

<sup>133</sup>ANTONIO ZÁRATE CONDE Y ELEUTERIO GONZÁLEZ. *Derecho Penal. Óp. cit.*, pp. 263-264.

<sup>134</sup>GUTHER JAKOBS. *Derecho Penal. Parte General*. 2da. ed. Madrid: Marcial Pons. 1997 p. 691 cita a JESCHECK, AT, I, SCHONKE- SCHODER- LENCKER, p. 32

<sup>135</sup> id. p. 692

<sup>136</sup>*Ibíd.*

perjudicial. No obstante, se considera que el sujeto, debía conocer la situación de peligro, para que, partiendo de ese conocimiento, tenga la voluntad de salvar un bien en peligro realizando una conducta típica, siendo éste el único camino para conseguir un fin salvador<sup>137</sup>. Para que se dé esta situación el peligro debe ser real u objetivo no se puede suponer, sino se caería en la teoría del error de prohibición, el que puede ser vencible e invencible y en las causas de justificación las que pueden ser indirectas si el error se refiere a los límites de las causas de justificación. En el error vencible se atenúa la pena y si es invencible se excluye la culpabilidad.

Si el autor comete la acción típica sin conocimiento de la situación del riesgo del bien, no se encontrará en estado de necesidad, pues no estaría actuando con la voluntad de salvar el bien propio o ajeno.<sup>138</sup> Además el peligro debe ser grave, nivel que se mide con base a la intensidad amenazadora respecto a los bienes jurídicos en conflicto y en la relevancia que este daño puede tener en la sociedad, si no existiera gravedad en el peligro tampoco se estaría ante una situación de necesidad exculpante.<sup>139</sup>

Cuando se analiza la violación de un deber jurídico, el sujeto que lesiona debe violar otro deber jurídico o lesionar otro bien para de esta manera determinar que se encontraba en estado de necesidad, puesto que este bien lesionado puede pertenecer a un tercero ya sea una persona física o jurídica, esta infracción usualmente nace de una omisión por parte del sujeto, en consecuencia, existe una colisión de dos deberes.<sup>140</sup>

#### **2.4.2 Peligro de un mal jurídico**

El peligro es considerado como una probabilidad que un bien jurídico o interés sufra una lesión, “el mal no necesita ser inminente, sino que basta con un peligro futuro pero que haga precisa ya la intervención; la situación de necesidad puede ser prolongada o permanente”.<sup>141</sup> Debe existir un peligro de continuar afectado, y esto depende del grado de peligro que genere una inseguridad suficiente para que el sujeto actúe, este peligro debe ser real, pues si no lo fuera se caería en la teoría del error sobre la causal de

---

<sup>137</sup>JESÚS ORLANDO GÓMEZ. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 171.

<sup>138</sup>*Ibid.*, p. 1172.

<sup>139</sup>*Ibid.*

<sup>140</sup>*Ibid.*

<sup>141</sup>DIEGO LUZÓN PEÑA. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 2da. ed.*, Valencia: Editorial Tirant Blanch, 2012, p. 422.

justificación que se ésta invoca. El peligro puede ser de origen natural o controlable por un individuo.<sup>142</sup> Es decir, ocasionado por una situación extraña al sujeto.

El peligro debe ser actual, por lo que la inculpabilidad alcanza al sujeto que obró ante una amenaza inminente, producida por un peligro actual, ya que no existen otras alternativas de actuación. Para decidir si concurre la probabilidad inminente de peligro, "el juez debe retrotraerse al momento en que actuó el agente (ex ante)"<sup>143</sup> y enjuiciar la situación según como se hubiera comportado un hombre medio con los conocimientos que cualquier sujeto podría tener.

El peligro crea una situación de necesidad de protección o deseos de salvar al bien que se encuentra en riesgo, a esta circunstancia la doctrina denomina situación de conflicto de intereses que se encuentra en peligro de ser vulnerados intereses ajenos por la necesidad de salvar otro, lo que significa que el sujeto ejecuta una conducta típica, realiza una acción salvadora, conocida como un requisito esencial para que se produzca el estado de necesidad, es decir, nace la necesidad de hacer algo, lo cual la doctrina considera que ya supone un sacrificio de un interés propio: la libertad de actuación o de movimiento.<sup>144</sup>

### **2.4.3 Proporcionalidad de males**

En este caso autores como Córdoba Roca señalan que la proporcionalidad no debe considerar una colisión de bienes, sino un conflicto de males pues aquí se hace un análisis exhaustivo del ataque que reciben estos bienes, la trascendencia jurídico - social que trae como consecuencia en el ordenamiento y en la sociedad esta conducta. La ausencia de este requisito permite aplicar la eximente.<sup>145</sup> Esto es, enfocado en el ordenamiento jurídico español, en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano la eximente incompleta para el estado de necesidad no está prevista en el ordenamiento. Es conocido como un requisito no esencial para algunos autores como Luzón Peña. Es preciso "anormalmente" que exista un peligro en los bienes jurídicos, pues en el derecho penal lo que se intenta demostrar al invocar las causales de justificación es que es un mal considerado

---

<sup>142</sup>ESTEBAN RIGHI. *Derecho Penal. Parte General*. 1ra. ed. Argentina: Editorial Lexis Nexis, 2008, p. 345.

<sup>143</sup> SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. Óp. Cit. p. 454.

<sup>144</sup> DIEGO LUZÓN PEÑA D. *Lecciones de Derecho Penal*. Óp. cit., p. 423.

<sup>145</sup> *Id.*, p. 265.

penalmente típico, salvo el caso del estado de necesidad disculpante. El mal que amenaza es tanto subjetivo como objetivo y, además, es considerado un mal jurídico,

Pues, si no amenaza un desvalor jurídico, sino algo jurídicamente indiferente o incluso amparado por un derecho o por otra causa de justificación del resultado por ejemplo, legítima defensa, sería incompatible no solo con la ponderación de intereses sino con la función que cumple el derecho de proteger, que este admita que para evitar resultados indiferentes o valorados positivamente se causen males jurídicos<sup>146</sup>

Esto no cabe en el estado de necesidad. Por ejemplo, en el caso de una persona adulta que debe ser intervenida quirúrgicamente, corre el riesgo de morir en la intervención, lo cual no sería un mal jurídico, pero si el sujeto no diera un consentimiento en el riesgo o si fuera la situación de una persona en huelga de hambre que sufre la amenaza de muerte, esto supondría un desvalor del resultado, un mal jurídico y cabe el estado de necesidad para impedirlo.

Cuando existe una colisión de bienes o intereses y sea necesario salvar un bien sacrificando otro, se exige la proporcionalidad entre los intereses que están en juego, como se dijo anteriormente que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar y el grado del mal del bien que se debe ponderar depende de la lesión o peligro que supone otro bien, del grado de desvalor del resultado, la ley permite causar un mal menor salvando de esta manera un interés preponderante o incluso un mal equivalente al que se va a evitar.<sup>147</sup> El mal que amenaza puede ser propio o ajeno. Cuando se considera que es ajeno, aparece la figura del auxilio necesario y es la colisión de deberes. El auxilio necesario es cuando “alguien resuelve una situación de necesidad de otra persona lesionando un bien jurídico ajeno”<sup>148</sup>, es decir, en lugar de actuar el necesitado lo hace un tercero que lo ayuda.

#### **2.4.3.1 Criterios de ponderación**

**A) Posiciones doctrinales:** La mayor parte de la doctrina parte de una valoración global. Roxin manifiesta que se debe realizar:

Comparación de marcos penales, la diferencia de valor de los bienes jurídicos, la intensidad de su lesión, la prohibición de ponderación entre vidas, el grado de los peligros amenazantes, el principio de autonomía, las regulaciones legales, la situación

---

<sup>146</sup>DIEGO LUZÓN PEÑA D. *Lecciones de Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 422.

<sup>147</sup>*Id.*, p. 428.

<sup>148</sup> SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General. Ób. Cit.* p. 458.

de necesidad, posición de deberes especiales, el injusto, el significado del daño causada y del evitado y el origen de la esfera de peligro. <sup>149</sup>

**B) Valoración penal del bien**, reconocimiento constitucional, afectación de otros intereses: El derecho penal le pone un valor de protección a cada interés o bien ya sea propio o ajeno que se encuentran en colisión. Para Luzón Peña no se puede admitir que por ser un derecho fundamental tenga prioridad frente a otros bienes, pues existen bienes comunitarios que tendrían mayor trascendencia social, reflejado en el mayor desvalor jurídico penal, <sup>150</sup> que el derecho intenta proteger.

**C) Admisibilidad o no de la ponderación cuantitativa:** La doctrina alemana considera que es inadmisibile la ponderación cuantitativa basada en el número de bienes afectados, por un lado; y por el otro, los bienes salvados especialmente cuando entre esos bienes se encuentra la vida, es decir, es inaceptable que para salvar muchas vidas se sacrifique una vida, pues no se le puede dar un valor jurídico a una vida; sin embargo, está de acuerdo con la ponderación cualitativa. <sup>151</sup>

Otro sector de la doctrina sostiene que es admisible la valoración cuantitativa, manifestando que a similares situaciones de peligro y circunstancias, hay un mayor interés y crece de acuerdo al número, por ejemplo de salvar vidas, en este caso ya se admite un estado de necesidad para salvar un interés equivalente que en este caso es la vida, parte de la idea de un interés preponderante y se considera que todas las vidas tienen el mismo valor en principio, pero afirman que no significa que las mismas tengan el mismo peso, valor social y jurídico, al ser un derecho fundamental la vida tiene un alto valor dentro del derecho, si hay peligro para las vidas crece el interés social y jurídico en salvar más vidas, es decir, el Estado debe proteger más vidas en sacrificio de una o dos. <sup>152</sup>

**D) Previa afectación o no al bien por el peligro:** En caso de igualdad de bienes, es necesario analizar su previa afectación o no por el peligro, pues no es lo mismo un bien que no está aún en riesgo que otros bienes que se encuentran ya afectados o vulnerados y habría que reconstruirlos, es decir la prioridad de salvarlos disminuye. Cuando hay dos

---

<sup>149</sup>CLAUS ROXIN. *Derecho*. Argentina: Aras, 1997, p.427. Citado en Diego Luzón Peña. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Editorial Tirant Blanch, 2012, p. 427.

<sup>150</sup>*Id.*, p. 429.

<sup>151</sup>*Ibíd.*

<sup>152</sup>*Id.*, p. 430.

alternativas peligrosas que afectan a un bien “se debe comparar el grado de peligro que supone la acción salvadora con el grado de peligro que con otro origen afecta a ese bien jurídico”<sup>153</sup>, tal es el caso de una madre que arroja por la ventana a su hijo porque el departamento se está incendiando; arroja al niño por la ventana para que caiga en una lona. En este ejemplo el mal menor sería que la madre arroje por la ventana, pues está tratando de evitar la muerte de su hijo.

#### **2.4.3.2 Límite a la ponderación en la dignidad de la persona**

Gran parte de la doctrina sostiene que la dignidad humana es un límite a la actuación de estado de necesidad y ponderación de intereses, es decir, que no se puede afectar la dignidad humana a pesar de que el bien que se quiera salvar sea la vida. En Alemania se sostiene que este límite se apoyó legalmente en una cláusula de adecuación que se introdujo en dicha legislación para evitar que se vulnera la dignidad humana.

En España se le protege con una clausula especial siendo fundamentos de orden político y social, siendo así <sup>154</sup> no es permitido vulnerar la dignidad de una persona con torturas al secuestrador a pesar de que se encuentra en peligro la vida de su víctima.

#### **2.4.4 Falta de provocación intencional**

Para configurar el estado de necesidad, se exige que el sujeto no haya provocado intencionalmente la necesidad, esto quiere decir que, no haya provocado el peligro.

La falta de provocación intencional de la situación, debe ser

Por parte del necesitado, a quienes otros tienen que salvar, es decir es un estado de necesidad ajeno: debido a esto no hay inexigibilidad sino que se le exige al provocador o necesitado el sacrificio de sus intereses y se prohíbe que terceros intercedan para salvar los intereses de este. <sup>155</sup>

Es decir, que no surja de la conducta intencional del sujeto, quedando de esta manera la culpa y se excluye el dolo del sujeto. No opera la exclusión de la culpa cuando se puede comprobar que el sujeto tiene la intención de provocarse un estado de necesidad y poner en marcha la impunidad después de que este haya originado el peligro y luego quiera beneficiarse de él.

---

<sup>153</sup> *Id.*, p. 431.

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> *Id.*, p. 432.

En definitiva, si el estado de necesidad es causado dolosamente por el sujeto la doctrina considera que no puede el sujeto ampararse en la eximente, pues el derecho no puede sacar consecuencias favorables de algo doloso. Pero si la situación de necesidad fue provocada por un acto imprudente el sujeto puede beneficiarse de la eximente, no ha obrado intencionalmente, Sánchez Tijerina dice que responderán por la culpa.

#### **2.4.5 La acción salvadora o necesaria**

La acción de salvación es la que se ejecuta con el único propósito de salvar el bien que se encuentra en peligro, o dicho de otra forma, que el autor conozca el peligro de este bien y que obre con el “propósito de salvaguardar el bien, si no concurre la acción de salvaguardar el bien, estaremos ante un hecho punible”<sup>156</sup>, es decir, debe obrar con la voluntad de protección del bien que se encuentra en peligro, el estado de necesidad se verifica cuando esta acción es ejecutada mientras subsista el peligro.

Ante una situación de estado de necesidad, la acción tomada por el autor debe ser el único camino que se tiene para poder salvar el bien en peligro, la doctrina manifiesta que esta acción debe “constituir, como última ratio, el único y último recurso para salir de ese estado y este debe ser objetivamente indispensable y apta para evitar el peligro”.<sup>157</sup> Es decir, cuando existan otros medios para evitar el peligro y el autor haya decidido tomar el más lesivo, dejará de ser estado de necesidad disculpante, puesto que el autor debe utilizar los medios menos lesivos para salvaguardar el bien que se encuentra en peligro, para no incurrir en una sanción severa impuesta por el ordenamiento. Es necesario que vaya acompañado del elemento de que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Así para autores como Santiago Mir Puig debe distinguirse entre necesidad abstracta y necesidad concreta, donde la primera faltara si no hay necesidad de ninguna acción salvadora y la segunda, si existe dicha necesidad pero podía haberse empleado un medio menos lesivo aquí se aplicaría la eximente incompleta.

La valoración de los bienes no debe ser analizado únicamente por el autor, puesto que tendrán valores subjetivos dependiendo de la conveniencia de quien produce la situación de peligro; por tanto, la propia ley, tratados internacionales y convenciones son los instrumentos legales que dan valores o calidad a los bienes de inalienables,

---

<sup>156</sup>JESÚS ORLANDO GÓMEZ. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 1176.

<sup>157</sup>*Ibíd.*

fundamentales, inviolables, esta apreciación debe hacerla el juez basándose también en la significación individual y social del bien.<sup>158</sup>

#### **2.4.5.1 Parte objetiva: Bienes protegibles, idoneidad y tendencia salvadora; bienes o deberes lesionados; colisión de deberes**

- Bienes protegibles, los intereses o bienes que se trata de salvar pueden ser propios o ajenos, este aspecto es inherente a la subsidiaridad para determinar si es idónea o no la acción salvadora o si existe una verdadera situación de necesidad, parte importante al momento de invocar las causales de justificación.
- Idoneidad y tendencia salvadora, la conducta realizada por el sujeto debe tener la capacidad para salvar los bienes o intereses en peligro, lo que requiere un poco de idoneidad, por ende la doctrina ve al "*para evitar un mal ajeno*", como se habla en el Código ecuatoriano, como la causa de justificación para afirmar que se debe analizar la acción no el resultado obtenido.<sup>159</sup> Esta acción realizada por el sujeto es necesaria pues permite evitar que la amenaza del peligro se concrete en una lesión al bien, el estado de necesidad exige que frente a la situación de peligro que se presenta no se pueda actuar de otro modo. Doctrinarios como Leckner, quien sostiene que «los medios que no incrementan o que sólo incrementan de modo irrelevante las posibilidades de salvación tendrán la consideración de inidóneos y por tanto, no se consideran necesarios»<sup>160</sup> La acción necesaria o salvadora nace de la ley cuando el sujeto realiza un acto para salvar un bien que se encuentra en peligro, es decir, el sujeto no puede actuar de otro modo para salvar su bien o un ajeno, pero si debe elegir vías que causen el menor daño posible. En el estado de necesidad disculpante siempre va a ser el resultado de una acción o de la omisión por salvar un bien matar a otra persona.

#### **2.4.5.2 Parte subjetiva**

La acción salvadora siempre debe ir con el ánimo de socorrer, es un elemento del estado de necesidad, es necesario que el sujeto obre con la intención de salvar para evitar un mal ajeno o propio. Para Luzón Peña este ánimo debe ser un requisito no esencial,

---

<sup>158</sup>*Id.*, p. 1777.

<sup>159</sup>DIEGO LUZÓN PEÑA D. *Lecciones de Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 424.

<sup>160</sup>REINER CHOCANO. *Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: Estado de necesidad agresivo y defensivo*. Obtenido de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_12.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_12.pdf) el 2017-04-05

pues la ausencia de ánimo permite la eximente incompleta, ya que aunque haya un desvalor subjetivo de la acción, si la acción tiene virtualidad salvadora, desaparece el desvalor objetivo de la misma. <sup>161</sup>

El requisito del ánimo depende de la doctrina que se adopte, sin embargo, existe la actuación imprudente, pero pese a ello, lo que mueve a que el sujeto cometa una acción imprudente es evitar un mal ajeno o propio.

También existen casos en los que el sujeto provoca imprudentemente que se dé el estado de necesidad, en estas situaciones sería responsabilidad culposa, pero la actuación final es dolosa y cubierta por estado de necesidad<sup>162</sup>, como es el ejemplo que presenta Luzón Peña, el caso que un conductor adelanta a otro auto en curva cerrada y viene del otro lado un tercer auto de frente abordado por muchos acompañantes, con lo que debe golpearse necesariamente con riesgo de lesionar o matar a alguien para evitar que se dé el choque frontal, causando la muerte de alguien al impactarse lateralmente, en este caso realiza una acción salvadora, es decir, objetivamente hay estado de necesidad, no respondería este sujeto de homicidio doloso si fuera el caso que su maniobra de tránsito ocasiona la muerte de una persona, aquí existe la responsabilidad culposa, pero la actuación final no es imprudente sino dolosa y cubierta por estado de necesidad, este conductor no actúa con la finalidad de un dolo eventual de matar o lesionar pero como su finalidad es salvadora, no responde objetivamente de homicidio doloso. Pero responde de la producción imprudente de estos delitos. Es una:

Construcción paralela a la *actio libera in causa*, que es admisible cuando el sujeto provoca la situación final amparada por una causa de justificación solo de la acción pero no del resultado, pues en su conducta inicial si hay desvalor de la acción, crea una cadena causal que produce finalmente, de modo objetivamente imputable. <sup>163</sup>

Aquí se observa un desvalor del resultado pues la conducta última solo desaparece el desvalor de la acción.

---

<sup>161</sup>Id., p. 426.

<sup>162</sup>Ibid.

<sup>163</sup>Ibid.

#### 2.4.6 Inexigibilidad de otra conducta

El estado de necesidad parte de una situación especial donde habrá una motivación, y una colisión de bienes o deberes, el mismo que origina un estado motivacional o situación psico- social de inexigibilidad de otra conducta.<sup>164</sup>

Es necesario que exista una necesidad "abstracta" de salvar o, en otros términos, de que el sujeto haga algo por salvar o evitar el peligro. Así es necesario que el medio empleado para salvar sea el menos lesivo para el otro bien o interés sacrificado.

En cuanto a la subsidiaridad del estado de necesidad, entra en juego el medio empleado, es decir, si se puede salvar un bien sin hacer el menos daño posible al bien ajeno que está en juego, incluso sacrificando un poco nuestro propio bien.

En el caso de que se produzca un exceso del medio empleado puede ser doloso y dar lugar al error de prohibición, vencible o invencible, indirecto al estar sobre una norma permisiva. El exceso de una causa de justificación está regulado en nuestro ordenamiento COIP en el Art. 31, sin embargo, en el tema de error en las causas de justificación no está regulado expresamente en nuestra norma especialmente cuando es un error vencible. Haciendo una interpretación del Art. 34 del COIP que pide como requisito la culpabilidad, es decir, que exista un conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, determinándose que al no existir conocimiento no hay culpabilidad, de aquí se extrae el error de prohibición pero el COIP no ofrece una manera clara de resolver. Sin embargo, el exceso puede ser "fortuito debido a un error objetivamente invencible sobre la necesidad del medio, en cuyo caso no hay responsabilidad."<sup>165</sup>

Existe la posibilidad de que se den varias causas que debe enfrentar el sujeto que está en la situación de salvar un bien y sacrificar otro, como por ejemplo cuando hay una colisión de deberes de actuación positiva, es decir, un médico que en medio de una catástrofe se encuentra ante dos heridos gravísimos y solo puede atender a uno, en principio tiene el deber de socorrer a los dos debido a su profesión pero únicamente está en capacidad de atender a uno debido a las circunstancias, está justificada su actuación de salvar a cualquiera que elija, es decir cuando hay un conflicto entre un tipo comisivo

---

<sup>164</sup>*Id.*, p. 1778.

<sup>165</sup>DIEGO LUZÓN PEÑA D. *Lecciones de Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 428.

u otro tipo comisivo, la doctrina considera que encaja en el estado de necesidad típico,<sup>166</sup> y el sujeto estaría en la posición de elegir de acuerdo a las circunstancias a quien salvar.

Cuando se hace frente a una colisión de deberes en el conflicto entre un deber de actuación y un deber de abstención, el sujeto debe estar motivado por el grado de peligro que tiene cada bien en conflicto.

Se debe tener el ánimo de salvación, elemento subjetivo de justificación, según la doctrina el requisito del ánimo es incompatible con la actuación imprudente, pero para otros doctrinarios puede existir delitos imprudentes, pero es necesario que el móvil del sujeto sea evitar males propios o ajenos.

Cuando el sujeto no tiene ánimo de salvar por desconocimiento de los presupuestos de estado de necesidad, pero pese a esto su acción de evitar que se dé un mal mayor. Si solo hubo imprudencia, la doctrina lo mira como objetivamente desaparece el desvalor del hecho, quedando impune, pero si hubo dolo, aunque no haya delito consumado, subsiste el desvalor de la acción dolosa, existe pena por tentativa.<sup>167</sup>

#### **2.4.7 Evitar un mal propio o ajeno**

Aquí se puede observar la conducta del sujeto con el único propósito de evitar y mantener su bien a salvo, es necesario analizar este elemento puesto que el ordenamiento determinará de acuerdo a la actuación si es un eximente total o parcial, como es el caso del ordenamiento jurídico español, en el Ecuador esto no se aplica.

No basta con que el sujeto tenga el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos, es decir, conocimiento del estado de necesidad, sino que es necesario que concurra un elemento subjetivo adicional. Debe actuar con el ánimo de evitar un mal propio o ajeno, el mismo que, representa un elemento subjetivo tanto de la causa de justificación como de la causa de inculpabilidad.<sup>168</sup> El sujeto que actué en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, puede realizar acción dolosa pero también puede realizar una acción imprudente sin conocimiento de lo que está haciendo, es decir, no corresponde al cuidado objetivamente para evitar una lesión de los bienes jurídicos,

---

<sup>166</sup>DIEGO LUZÓN PEÑA. *Derecho Penal. Parte General*. 3ra. ed. Madrid: Editorial IB. 2012, p. 647.

<sup>167</sup>*Id.*, p. 650.

<sup>168</sup>JOSÉ CEREZO MIR. *Obras completas. Derecho Penal. Parte General*. 1era. ed. Lima- Perú: ARA Editores. 2006, p. 590.

en este caso el mal causado estará integrado por el resultado material en los delitos imprudentes de resultado producido, como consecuencia de la inobservancia del deber objetivo de cuidado.

El sujeto para evitar el peligro debe haber estado motivado por la voluntad de salvar, pues el mero conocimiento de la situación de peligro no es exculpante. El sujeto que comete acciones por impulso criminal no se lo castiga por su actitud interna, sino por sus hechos, es decir por el resultado producido, se le niega la indulgencia que el ordenamiento le hubiese concedido si hubiera procedido de otra manera.

No es necesario que el motivo que le llevo a alguien actuar haya surgido de impulsos nobles ni que sea su finalidad última, pues quien salvo movido por afectos o por el simple hecho de no parecer cobardes quedan exentos de pena. En caso de conflicto de bienes iguales como es el caso de la tabla de Carneades, el peligro que se trata de evitar también, es considerada una perturbación del orden jurídico, pues en el ejemplo el mal que se trata de evitar implica la misma perturbación del orden jurídico que la lesión que se producirá. Por esta vía puede darse el estado de necesidad justificante<sup>169</sup> según Santiago Mir.

En el caso del cirujano que extrae un ojo de un paciente con el fin de evitar que su otro paciente quede ciego sin el consentimiento del primer paciente estaríamos frente a una situación de una privación dolosa de la integridad física de una persona,<sup>170</sup> es decir, se constituye un mal mayor que el que se evita en este caso la muerte como proceso biológico normal.

## **2.5 Situaciones que impiden la exculpación**

A pesar de que se cumplan los requisitos de estado de necesidad disculpante, no se le exculpa al autor cuando él fue quien provocó el peligro. "La determinación de lo exigible no puede llevarse a cabo sirviéndose del concepto de exigibilidad."<sup>171</sup> es decir, que a pesar de que cumpla con los requisitos solo puede ampararse en esta causal el sujeto que no es responsable por la situación de conflicto.

---

<sup>169</sup>SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. ób cit. p. 464

<sup>170</sup> id. p. 465

<sup>171</sup>GUTHER JAKOBS. *Derecho Penal. Parte General*. 2da. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A. 1997. p.694

### **2.5.1 Peligro causado por el propio sujeto**

Se requiere que el autor haya sido un extraño a la creación de la situación de peligro, sin embargo, la mera relación del autor con la situación de peligro no impide que el autor pueda invocar la necesidad.<sup>172</sup> Esto quiere decir que, quien provocó de manera intencional, no puede ampararse bajo la causal de estado de necesidad, tampoco puede hacerlo la persona que causó el peligro de una manera imprudente. El problema nace cuando el sujeto brinda auxilio necesario de otra persona, se debe decidir si el sujeto es el auxiliador o auxiliado. La doctrina española considera que el necesitado es el que no debe haber provocado la situación de peligro con independencia si el auxiliado la provocó o no, pues la doctrina manifiesta que la ley solo se refiere al necesitado el que no debe provocar la situación dolosamente. Pues si se le castiga al que auxilia, esto supondría que prohíbe auxiliar a quien no tiene ninguna culpa de verse envuelto en la situación de necesidad.

### **2.5.2 Especiales deberes de soportar el peligro**

Cuando un sujeto tiene derechos especiales, de inmediato le convierte en un sujeto que debe soportar situaciones de peligro, como es el caso de: policías, fuerzas armadas, seguridad privada, bomberos, estos no pueden invocar estado de necesidad cuando se encuentran frente a una situación de peligro.

La obligación de soportar el peligro tiene como fuente un deber institucional o de responsabilidad por la organización como es el caso de los guías de montaña, bañeros, tripulantes de un buque, médicos. Solo es exigible ese deber en el marco de lo que se puede llevar a cabo sin sacrificar bienes existenciales.<sup>173</sup>

Para que se de este sacrificio deben estar vinculados a un determinado oficio o cargo, pues no bastaría un deber genérico de sacrificio como la obligación de respetar la buena fe lesionada por el delito de falsedad. Esto trata de un deber jurídico derivado de una norma jurídica y esta misma pondrá los límites que debe tener este deber de sacrificio. Viene dado por deberes institucional.

---

<sup>172</sup>ESTEBAN RIGHI. *Derecho Penal. Óp. cit.*, p. 346.

<sup>173</sup>*Ibíd.*

### Capítulo III: Confrontación de los dos estados de necesidad

Es muy importante analizar el tema de la colisión de bienes o derechos, puesto que para que se configure el estado de necesidad justificante es indispensable que exista una colisión de bienes, uno de mayor valor con uno de menor valor, o dos bienes con un mismo valor, tal como se ha venido analizando a lo largo del presente trabajo.

El estado de necesidad trae consigo colisión de derechos, de deberes, conflicto de derechos y de deberes. Cuando se habla de una colisión de derechos es primordial salvar bienes como la vida, la integridad personal, el domicilio, la libertad, el patrimonio moral o económico, el buen nombre, la dignidad humana, entre otros. Sin embargo, cuando se hace referencia a la vida, no puede ser susceptible de sacrificio, puesto que es el bien más grande que tiene el ser humano, siendo imposible que el ordenamiento jurídico justifique su inmolación.<sup>174</sup> Cuando existiera este tipo de bienes sacrificarlos, se afrontaría un estado de necesidad disculpante y se hablaría del sacrificio de males como hemos venido estudiando ya que necesariamente uno de ellos terminará siendo vulnerado.

Si se cuenta con una colisión de un derecho con un deber o de dos deberes, es preciso que se sacrifique el derecho ajeno para salvar uno propio del peligro, como puede ser el caso de invadir propiedad privada sin autorización alguna para salvarse de ser asesinado, a este caso el ordenamiento jurídico le da una justificación a la acción realizada, cuando se habla de bienes con distinto valor jurídico, se debe salvar el de mayor valor.

Cuando se trata de dos deberes, como en el caso de un médico que decide operar a un paciente en lugar de a otro porque considera que el primero está grave, el legislador debe analizar en ese caso la ponderación de bienes como se ha dicho anteriormente, para salvar la vida de quien corre más peligro<sup>175</sup> en esta situación de peligro, se puede escoger cumplir un deber y sacrificar el deber de menor consecuencia, lo que traerá una repercusión social más baja.

No obstante, Cerezo Mir considera que en el caso de que exista un conflicto entre dos deberes del mismo rango, la conducta del sujeto será lícita si da cumplimiento a cualquiera de ellos, pero si por el contrario, el sujeto actúa cumpliendo un deber de menor

---

<sup>174</sup> JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ. *Teoría del Delito*. Óp. cit., p. 640.

<sup>175</sup> Id., p. 642.

rango, su conducta será considerada ilícita por el ordenamiento puesto que será un atentado a la dignidad humana<sup>176</sup>. Esto quiere decir que nunca se puede sacrificar la dignidad humana a través de la ponderación, puesto que el derecho está para conceder la prelación de los derechos o deberes que pueden ser sacrificados para luego justificar la acción del sujeto.

Existen varias teorías que explican la diferencia entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante y estas son:

### 3.1 Teoría de la unificación

La teoría unificadora también conocida como de la unidad es aquella que considera que toda conducta que se encuentre en estado de necesidad no importa si este fuera justificante o disculpante, se lo debe estudiar en la antijuridicidad,<sup>177</sup> sin realizar un análisis de valoración a cada bien que se encuentra en colisión.

Algunos tratadistas consideran que es necesario unificar los bienes, no importa el valor que tengan, los ubican ya sea en la antijuridicidad como causal de justificación, o por el contrario en la culpabilidad como exculpación, es decir no hay una distinción entre el valor real de cada bien en colisión. Sin embargo, existe otro sector de la doctrina alemana que inicio en 1930<sup>178</sup>, y que considera que es necesario diferenciar entre los bienes, es decir, realizan una ponderación valorativa de intereses, se debe tomar en cuenta, si existe una colisión entre bienes de igual valor como es el caso de vida vs vida, entonces estaríamos hablando de un estado de necesidad disculpante, pero por el contrario si se sacrifica un bien de menor valor se enfrentaría una causal de justificación.<sup>179</sup> pues en este caso el que actúa bajo esta causal justificante, contribuye a que se imponga un interés preponderante, su injerencia valora como socialmente provechosa y legal. Pero por el contrario, cuando hablamos de estado de necesidad disculpante el ordenamiento jurídico

---

<sup>176</sup> JOSÉ CERESO MIR. *Temas Fundamentales de Derecho Penal*. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores, 2001, p. 402.

<sup>177</sup> DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 1era. ed. Madrid: Edición Tirant Lo Blanch, 2016, p. 406.

<sup>178</sup> CLAUS ROXIN. *Parte General. Derecho Penal*. 2da. ed. Alemania: Ediciones Civitas. 2008. p. 896.

<sup>179</sup> JUAN BUSTOS Y HERNÁN HORMAZABAL. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 1ra. ed. Madrid: Editorial Trotta. 2006, pp. 274-275.

considera que quien mata a otra persona por salvar su vida, implica realizar algo que no debería suceder.

A la teoría diferenciadora, se la da una naturaleza de dualista, esta teoría es seguida por Jiménez de Asúa, Rodríguez Muñoz, Cerezo Mir.<sup>180</sup> Esta diferencia también trae consigo varias consecuencias jurídicas, en el estado de necesidad justificante no es admisible una legítima defensa, la participación está justificada y "el error sobre sus presupuestos objetivos o materiales a lo sumo hace posible una pena por imprudencia."<sup>181</sup> A diferencia el estado de necesidad disculpante, existe un derecho de legítima defensa y la participación en el acto es punible.

Estas teorías traen consigo varias críticas, Juan Bustos Ramírez manifiesta que si por un lado se decide tomar la teoría de la unificación, al estar todo justificado y estudiado en la antijuridicidad, sin importar el valor real de los bienes, cualquier sujeto al recibir una agresión ilegítima podría reaccionar para salvar su bien jurídico sin importar el valor que tiene este bien que se quiere salvar, puede ser el caso de propiedad, frente a la vida, en estas situaciones se estaría cayendo en un absurdo; y si por el contrario se afirma la unificación en la culpabilidad, sería tener la concepción de que el derecho es indiferente frente a los bienes jurídicos que protege, se contradijera con el injusto,<sup>182</sup> para lo cual necesariamente debe existir una distinción.

Los principales defensores de la teoría unitaria critican a la teoría diferenciadora, sosteniendo que carece de dogmática, por tanto, solo puede responder a un acto de fe o una interpretación voluntaria, además consideran que no tiene una relación directa con la inexigibilidad subjetiva de la conducta porque se está brindando un auxilio inmediato necesario, es por esto que no cabría en un estado de exculpación.<sup>183</sup>

La mayoría de los tratadistas se inclinan por la teoría diferenciadora puesto que es la única que considera que en el caso de que exista un choque de intereses o bienes jurídicos, con uno de menor valor, salvando el de mayor valor, donde la ley acepta esta actuación debido a las circunstancias que se dio la acción, valorando un interés preponderante. Por

---

<sup>180</sup>CARLOS SUAREZ- MIRA RODRÍGUEZ, ÁNGEL JUDEL PRIETO Y JOSÉ PIÑÓN. *Manual de Derecho Penal. Tomo I.* Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 230.

<sup>181</sup> Claus Roxin id. p. 897.

<sup>182</sup>*Ibid.*

<sup>183</sup>*Id.*, p. 231.

el contrario, cuando hay una colisión de dos bienes de igual valor como es la vida versus vida, se enfrenta ante un análisis exhaustivo de la culpabilidad del sujeto en menor grado si se encontraba en un estado de necesidad disculpante, valorando únicamente el principio de inexigibilidad de la conducta.

### 3.2 Teoría diferenciadora

No toda situación de necesidad da origen a la justificante, debe primar el preservar un interés preponderante para el orden jurídico, pues en función de la jerarquía de los intereses radica la distinción entre estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante.<sup>184</sup>

Países como España consideran que es una causa de justificación en caso de conflicto entre bienes o intereses desiguales, y causa exculpación en el conflicto entre bienes o intereses equivalentes dado que el derecho no tiene preferencia por ningún bien, permite la acción salvadora. La doctrina alemana señala que la distinción se basa en:

La salvaguardia de intereses propios o ajenos claramente preponderantes sobre otros en conflicto como causa de justificación, y la salvaguardia de intereses propios y fundamentales, como vida, integridad y libertad, frente a otros iguales o incluso superiores, pues no hay limitación, como causa de exculpación.<sup>185</sup>

Lo que significa que según la legislación alemana el sujeto actúa sin culpabilidad.

Existen también las conocidas teorías intermedias que tienen como principal exponente a Jakobs Gunther, quien habla sobre algunos supuestos como la colisión de deberes, aborto, etc. como estado de necesidad no justificante ni disculpante sino como una causa de exclusión del injusto penal, lo que se considera que en estos supuestos:

La intervención en el hecho no es penalmente antijurídica, no está penalmente prohibida y desvalorada con carácter general, en ello se diferencia de la solución de la exculpación, que solo excluye con carácter individual la culpabilidad para aquellos intervinientes que sufran un conflicto motivacional disculpante.<sup>186</sup>

“La teoría dominante en la dogmática penal respecto del Estado de Necesidad es la denominada Teoría Diferenciadora”<sup>187</sup> debido a que se le daría un mejor tratamiento de análisis doctrinario a cada conducta y por tanto, una imposición de sanciones justas.

---

<sup>184</sup>JOHANNES WESSELS, *Derecho penal*. 1era. ed. Buenos Aires: Palma, 2002. Citado en Esteban Righi. *Derecho Penal. Parte General*. Argentina: Editorial Lexis Nexis, p. 132.

<sup>185</sup>*Ibíd.*

<sup>186</sup>*Ibíd.*

<sup>187</sup>RAMIRO GARCÍA. *Código Integral Penal Comentado. Tomo I. Art. 1-78. Óp. cit.*, p.351.

Sin embargo, países como España manejan la teoría unificadora, pues considera que el estado de necesidad en general permite que se eviten males iguales, no para bienes jurídicos vitales como es la vida sino para el caso de bienes como la propiedad, además admite no solo el estado de necesidad propio sino el de un tercero.

Al no existir una norma que regule situaciones de la no exigibilidad de otra conducta como se pudo observar a lo largo de la investigación, se debe mencionar que el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, sigue la línea de la teoría unificadora similar a España, como se vio anteriormente, se estudia las dos situaciones sin realizar una distinción entre la una y la otra, en el caso de que si sacrifica un bien ya sea de mayor, menor o igual valor siempre va a ser lo mismo para la normativa tal como se puede observar en nuestra normativa, la que se encuentra en la Sección Segunda que tiene como título la Antijuridicidad, en donde en el Artículo 29 menciona que “Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.”<sup>188</sup> seguido en el Artículo 30 del mismo cuerpo legal que menciona que no existe infracción penal cuando la conducta se encuentra justificada por estado de necesidad y por legítima defensa<sup>189</sup>, en este artículo se puede observar que no realiza ninguna distinción entre los dos estados de necesidad e incluso están incluidos en la antijuridicidad y en el Artículo 32 del Código Orgánico Integral Penal se encuentra al Estado de Necesidad y sus requisitos en general sin realizar ninguna distinción, hablando única y exclusivamente del estado de necesidad justificante. A lo largo de esta investigación lo que se ha venido demostrando es que es necesario que se realice una distinción entre una conducta y otra, es decir, la teoría más conveniente para el Ecuador sería la diferenciadora, de esta manera evitaríamos fallos injustos e incongruentes que afectarían a los sujetos que se encuentran inmersos en esta causal.

### **3.3 Estado de necesidad justificante en la antijuridicidad**

El estado de necesidad justificante se ubica en la antijuridicidad pues la causal de justificación excluye a la antijuridicidad de la conducta, determinan que la conducta realizada es lícita, es decir, va acorde a las normas legales, por tanto se impide en ellas que se imponga una pena o medidas de seguridad para alguien que ha realizado actos u

---

<sup>188</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo. 39. Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014.

<sup>189</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo. 30. Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014.

omisiones típicas y antijurídicas .<sup>190</sup> Significa que al ser lícita dicha conducta y amparado bajo la ley en caso del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), como causa de justificación queda excluida de la responsabilidad penal y civil como resultado de la acción de un acto ilícito.

Desde el punto de vista finalista, la antijuridicidad entiende a las normas como normas prohibitivas y permisivas que componen los elementos objetivos y subjetivos de justificación, de aquí parte la teoría de justificación como la que debe ser doble no solo objetiva sino también subjetiva. Por lo tanto, se debe estudiar la norma como elemento objetivo y la norma subjetiva como elemento subjetivo, en donde el aspecto objetivo es entendido como el cumplimiento de todos los requisitos que pone el ordenamiento ecuatoriano para que se configure la causal de justificación y, por otro lado, el elemento subjetivo es que el autor debe haber actuado con conocimiento de los “hechos justificantes y la base de las facultades que esta le otorga”<sup>191</sup>, por esta razón el estado de necesidad justificante se encuentra en la antijuridicidad.

Gómez López “considera injusta la acción idónea para afectar el bien o el interés legítimo, por tanto, no hay ilicitud si la conducta no lesiona o no coloca en efectivo peligro del daño del bien jurídico protegido”.<sup>192</sup> Es decir, el carácter de injusto de la acción se excluye, por tanto, el ordenamiento está justificando este tipo de conductas. Además, la doctrina considera que cuando no existe un daño relevante tampoco se consideraría que se configuraría el injusto, constituyéndose en un verdadero derecho que tienen los individuos, e incluso un tercero, el mismo que debe soportar este sacrificio de su bien para precautelar el bien o interés de mayor valor.

El estado de necesidad justificante se basa sobre todo en el principio de interés preponderante; es decir, cuando existe una situación de peligro se actúa en favor de los intereses o bienes protegidos. En donde están en disputa un bien jurídico de mayor valor frente a uno de menor valor, es necesario basar la acción salvadora en el valor de los intereses o bienes y se debe utilizar un medio adecuado para conseguir un fin legítimo, por ello la doctrina manifiesta que el daño al bien de menor valor es permitido siempre y

---

<sup>190</sup>JOSÉ CEREZO MIR. *Obras completas. Derecho Penal. Parte General*. 1era. ed. Lima- Perú: ARA Editores. 2006, p. 592.

<sup>191</sup>JAVIER JIMÉNEZ MARTÍNEZ. *Introducción a la Teoría General del Delito*. 1era. ed. México: Ángel Editor. 2010, pp. 300-301.

<sup>192</sup>JESÚS ORLANDO GÓMEZ. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 517.

cuando se salve el de mayor valor, por ende el autor no está yendo en contra del derecho, puesto que el fundamento principal del estado de necesidad justificante es salvar un bien o interés de mayor valor sacrificando el de menor valor en una situación extrema. Por esta razón la ley aprueba que el autor sacrifique el bien o interés de menor valor<sup>193</sup>, en consecuencia la pena no existiría puesto que esta conducta se encuentra justificada para el ordenamiento jurídico.

Se debe tomar en cuenta que no cabe legítima defensa en contra del necesitado puesto que no habrá una agresión ilegítima, ya que el autor actúa ejerciendo su derecho, la doctrina considera que se debe eximir tanto al autor necesitado como al partícipe (cómplice - instigador).

La causa de justificación es para todos, por tanto, no sería susceptible de la existencia de complicidad, instigaciones punibles en actos justificados, pues quien presta colaboración en un acto que es acorde al derecho obra justificadamente<sup>194</sup>.

La doctrina considera que cuando se comprueba que exista una causal de justificación, ya no es necesario que se compruebe la culpabilidad, puesto que se trata de una acción conforme a derecho. Por el contrario, cuando se verifica una justificación incompleta, según nuestro derecho positivo, se debería entender como no apreciable la justificación y por lo tanto, no excluiría la antijuridicidad, lo contrario sucede en otros ordenamientos como en el español, en donde una causa de justificación incompleta, si bien no excluye la antijuridicidad, permite una atenuación de la pena.<sup>195</sup>

Los efectos de las causas de justificación en nuestro Código Orgánico Integral Penal son: Por un lado justifica la antijuridicidad de la conducta, por lo tanto, la conducta sería permitida por el ordenamiento (COIP art.32) y en el caso de que existan partícipes (cómplices), en la conducta justificada, también quedaría justificada la conducta del partícipe, en virtud a la accesoriedad limitada, también estaría justificada la conducta del partícipe. Si la conducta es permitida no puede aplicarse ni pena ni medidas de seguridad.

---

<sup>193</sup>*Id.*, p. 304.

<sup>194</sup>*Id.*, p. 563.

<sup>195</sup>FRANCISCO MUÑOZ. *Teoría General del delito. Óp. cit.*, p. 76.

### 3.4 Estado de necesidad disculpante en la culpabilidad:

El estado de necesidad disculpante tiene como principal exponente Aristóteles, quien considera que se encuentra en la causal de disculpa todo acto realizado por el necesitado si este fuere voluntario, pero si se trata de un acto con coacción no se consideraría estado de necesidad disculpante.

Este aspecto es un antecedente fundamental que lleva a distinguir presupuestos externos e internos de punibilidad, por ello la eximente se ubicó sistemáticamente en el segundo grupo. Algunos doctrinarios consideraron:

Que el autor no debía ser punible, porque al momento de la ejecución del hecho había sufrido una alteración del espíritu. En estas condiciones, como el efecto de impunidad era consecuencia del ánimo con que la persona realizaba el acto, se debía hablar de inculpabilidad del autor.<sup>196</sup>

La culpabilidad en el estado de necesidad exculpante se basa en la idea de la no exigibilidad de otra conducta, sin embargo, Cerezo Mir afirma que es un criterio generalizador y que se debe analizar en base a un prototipo de “un hombre medio, inteligente y respetuoso con el ordenamiento jurídico”<sup>197</sup>, es primordial analizar la capacidad de autodeterminación del sujeto, así como la libertad con la que este obra para poder imponer una sanción al mismo, haciendo una comparación de su conducta con la de otra persona en las mismas circunstancias.

Para Jakobs, el estado de necesidad exculpante se basa en una doble disminución de la culpabilidad: Por una parte está la disminución de un conflicto anímico, y por otra, por un injusto reducido. La reducción de ese injusto se da porque el sujeto actúa para conservar un bien que se halla en un peligro real, lo que se alcanza por la realización de dicha conducta, incluso en ocasiones se puede ver por la disminución del injusto, la exclusión de la posibilidad de participación accesoria o si existe dicha participación se puede atenuar la pena.<sup>198</sup>, pues el fin de la norma es evitar un mal mayor frente a un mal menor.

Para Jakobs, la causal de exculpación en la ley no hace ninguna valoración del resultado, basta con la valoración que hace a la acción. Es decir, el sistema exculpa por

---

<sup>196</sup>*Id.*, p. 316.

<sup>197</sup>*Ibid.*

<sup>198</sup>GÜNTHER JAKOBS. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teorías de la imputación. 2da, ed.* Madrid: Edición Marcial Pons, 1997, p. 699.

la disminución del injusto a quien, para conservar su vida, asesina a varias personas, bajo esta misma lógica estaría exculpada una persona que asesina a un individuo en base a la intención de salvaguardar sus intereses tal como se observó en el primer caso analizado.<sup>199</sup>

Existen varios ejemplos de casos en los que la exculpación se puede observar como una atenuación de la pena que impone el ordenamiento jurídico. "En la medida que un comportamiento no es conforme a Derecho, de manera general, pero si este es socialmente adecuado y aceptado, se puede renunciar a un análisis detallado de la motivación del sujeto para actuar como lo hizo frente a determinada circunstancia."<sup>200</sup>

Esteban Righi razona que decae la culpabilidad cuando se aplica la norma que elimina la punibilidad de acciones realizadas en un contexto de necesidad, la cual fue originada por circunstancias ajenas al sujeto ya sea por un tercero o provenientes de origen natural, por lo cual necesariamente se lesiona un bien jurídico de similar valoración al amenazado, como por ejemplo: El náufrago que se encontraba apoyado en una madera que solo soportaba un peso, un agente extraño o externo a los dos les puso en esa situación, se trata de una causa natural. Cuando alguien asesina a otro para salvar su vida de la amenaza de muerte de un tercero, se considera una causa humana. Estos casos constituyen causas de inculpabilidad y no de justificación, pues no se contempla en la ley un deber de tolerancia ante estas situaciones.<sup>201</sup>

En el estado de necesidad disculpante no se puede exigir heroísmo, como la doctrina lo denomina, al existir una colisión de dos bienes de igual valor (vida vs vida).<sup>202</sup> Es de vital importancia distinguir entre las acciones que pueden ser justificadas por la ley así como las que no son susceptibles de justificación, como es el caso de un individuo que deja caer de una tabla a otro individuo para sobrevivir, la acción del sujeto es considerada porque por más extrema necesidad es propio del heroísmo guiarse por el mero concepto de salvar su propia vida, pudiendo encontrar exculpación en el ordenamiento.<sup>203</sup>

---

<sup>199</sup>*Ibíd.*

<sup>200</sup>*Id.* p. 690.

<sup>201</sup>ESTEBAN RIGHI. *Derecho Penal. Óp. cit.*, pp. 348-349.

<sup>202</sup>LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. *Teoría del Delito. Óp. cit.*, p. 210.

<sup>203</sup>EDGARDO DONNA. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 240.

La exculpación presupone disculpa al autor del injusto, con lo dicho no se quiere decir que se lo justifica, pues no actuó de conformidad con la ley, la conducta no estaba permitida o autorizada, por lo tanto no otorga al autor de este hecho una causa de justificación sino una causa de exculpación como en el caso del *tábulá únix capax*.

En los supuestos donde se ven involucrados una colisión de deberes como es la "libertad de expresión, información y el derecho al honor"<sup>204</sup>, cuando se dan ciertos requisitos la conducta es considerada lícita, debido a que se encuentran amparadas en la causal de justificación del ejercicio de un derecho legítimo.

Cuando se habló en un inicio de una colisión de bienes o intereses de igual valor, se pudo observar que se debe realizar una ponderación de bienes donde se sacrifica el de mayor valor, sin embargo, en casos como el del *tábulá únix capax*, donde un naufrago impide que otro se aferre a la misma tabla debido a que ésta se hundiría con el peso de los dos, no se puede afirmar que se sacrifica por ponderación, porque el derecho protege por igual la vida de todas las personas, es entonces donde la doctrina manifiesta que estos casos donde existen dos bienes en colisión deben ser tratados necesariamente por el estado de necesidad disculpante y quedando el estado de necesidad justificante para los bienes de valores diferentes, sin embargo, se puede denotar que no solo se debe considerar el valor de los bienes, sino también se debe analizar si la vía adoptada por el autor de la acción típica antijurídica era la viable dentro de la sociedad en la que estos se desenvuelven.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup>JOSÉ CEREZO MIR. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.*, p. 980.

<sup>205</sup>FRANCISCO MUÑOZ. *Teoría General del delito. Óp. cit.*, p. 128.

## **Conclusiones y Recomendaciones**

A lo largo de la historia el Ecuador ha sido regulado por seis Códigos Penales desde 1837 y culminando con el nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), que entró en vigencia el 10 de agosto de 2014. Desde sus inicios se puede observar que el derecho penal ecuatoriano no estuvo regido por un código que abarque todas las conductas que se puedan presentar en la realidad social ecuatoriana, respecto a las causas de justificación y las causas de no exigibilidad de otra conducta, lo cual se identificó durante la investigación propuesta. Como se ha demostrado en el Ecuador no se puede divisar de una manera clara la existencia de normas que regulen este tipo de conductas, debido al distanciamiento que existe entre la práctica y la dogmática penal.

Mi investigación fue realizada basada en la legislación ecuatoriana y las teorías de las diferentes escuelas clásica, finalista y funcionalista de la antijuridicidad y de la culpabilidad, donde se sitúan las dos conductas, concluyendo que en el Código Orgánico Integral Penal, las causas de no exigibilidad de otra conducta, no se encuentran estipuladas de forma clara y precisa, es decir, no hay distinción entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad disculpante, a este último se lo debe necesariamente estudiar en la culpabilidad, debido a que, al sujeto no se le puede exigir realizar una conducta diferente a la realizada, pues debido a las circunstancias siempre va a tener que sacrificar un bien para salvar otro, en consecuencia, no se puede imponer una condena como si el sujeto hubiera actuado de forma premeditada, es por ello, que considero que se debe ampliar la normativa que habla de culpabilidad, incorporando una norma en el Art. 34 en la Sección Tercera de culpabilidad en el COIP, que hable sobre el estado de necesidad disculpante y sus elementos, o solo de la no exigibilidad de otra conducta, puesto que no se puede confundir de ninguna manera a esta con el estado de necesidad justificante que ya se habla en la antijuridicidad.

La falta de una regulación adecuada a este tipo de conductas trae consigo una serie de inconvenientes en la práctica judicial, pues el juez no tiene una base en la que pueda sustentar su fallo cuando se presentan esta clase de conflictos, donde se pone en riesgo dos bienes de igual valor, el juez al no tener una base clara en la normativa dictará su sentencia solo en base a la culpabilidad que consta en la ley.

Las causas de no exigibilidad de otra conducta vienen determinadas por situaciones extremas en las que el sujeto debe realizar una conducta penal, pero se encuentra presionado en su voluntad por lo que no es factible realizarle un juicio de reproche de culpabilidad e imponer una pena.<sup>206</sup>

Mi postura frente al problema jurídico planteado, es principalmente respecto a la pena que se impone a la conducta del estado de necesidad justificante, frente al estado de necesidad disculpante, ya que este último no está contemplado en el ordenamiento jurídico de una manera expresa, en una norma que describa al estado de necesidad disculpante. Cabe mencionar que existe un artículo dentro del COIP, donde se habla de una colisión de dos bienes jurídicos de igual valor tal como se menciona en el Artículo 150 del aborto no punible, donde la ley disculpa y compara la salud de la madre versus la salud del que está por nacer, prevaleciendo la salud de la madre, es decir, el ordenamiento resuelve que vale más la vida de la madre, que la del que está por nacer, a pesar de que para el estado ya es considerado vida; es por ello que es necesario que exista en el ordenamiento, una norma dentro de la culpabilidad que hable sobre la no exigibilidad de otra conducta para casos donde haya una colisión de bienes que tengan el mismo valor jurídico y que necesariamente se deba sacrificar un bien para salvar otro.

---

<sup>206</sup>JUAN FRANCISCO POZO. *Propuesta académica de reforma al Código Orgánico Integral Penal. Óp. cit.*, p.115.

## Bibliografía

- Agudelo Betancur, José. «Esquema del delito.» 1998. *Academia*. 18 de Octubre de 2016 .  
<[https://www.academia.edu/24931802/Esquemas\\_del\\_Delito\\_Nodier\\_Agudelo](https://www.academia.edu/24931802/Esquemas_del_Delito_Nodier_Agudelo)>
- Andrade, Xavier. *Imputabilidad o inimputabilidad del psicópata en el Derecho Penal Ecuatoriano. 1ª ed.* . Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2015. p. 63.
- Bustos, Juan y Hormazabal, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 1ra. ed.* Madrid: Editorial Trotta, 2006. pp. 274-275.
- Bustos Ramírez, Juan José. *Derecho Penal. Parte General. Volumen III.* . Quito: Edición Jurídica, 2008. p. 30.
- Cabello, Vicente. *Psiquiatría forense en el derecho penal. 1ª ed.* Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p.184.
- Cerezo Mir, José. *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General. Tomo I.* . Lima: Aras, 2006. p. 694.
- Cerezo Mir, José «*Derecho Penal, Parte General.* Óp. cit.» Donna Edgardo Alberto. Sevilla: Pearson, 2005. 323. pp. 256-257.
- Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal II. 1ª ed.* Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2007. pp. 93, 286.
- Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte General. Óp. cit.* Madrid: Ariel, 2005. p. 23.
- Frank, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Título original en alemán: Uber den Aufbau des Schuldbegriffs. 1ª ed.* . Buenos Aires: B de F Editores, 2004. p. 64.
- Frank, Reinhard, Maurach Heinz Zipf y Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Óp. cit.* Paris: Pearson, 2003. 20.
- García, Ramiro. *Código Integral Penal Comentado. Tomo I. Art. 1-78. Óp. cit.,.* 2010. p. 351.
- Gómez López, Jesús Orlando. *Teoría del Delito 1a ed.* Bogotá: Ediciones Doctrinaria, 2003. pp. 505,508,510,512,556,557.
- Gómez Lopez, Jesús Orlando. *Teoría del Delito. Óp. cit.,.* Madrid: Trillas, 2006. p. 171.
- Günther, Jakobs. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teorías de la imputación. 2da, ed.* Madrid: Edición Marcial Pons, 1997. p. 699.

- Jiménez de Asúa, Luis. *Teoría del Delito. 1ª ed.* México: Ara Editores, 2004. p. 278.
- Jiménez Martínez, Javier. *Los elementos del delito, antijuridicidad y justificación. Óp. cit.,.* Sevilla: Trillas, 2003. p. 227.
- López, Manuel y Cesano, José Daniel. *Teoría del Delito. 1ª ed.* Bogotá: Ediciones Doctrinaria, 2003. p. 102.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 2da. ed.* Valencia: Editorial Tirant Blanch, 2012. p. 422.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 1era. ed.* Madrid: Edición Tirant Lo Blanch, 2016. p. 406.
- Maurach y Zipf. Donna Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte General.* España: Edición Tirant Blanch, 2000. p.287.
- Medina, Sergio. *Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva. 1ª ed.* Madrid: Causar Ediciones, 2005. p. 117.
- Ministerio de Justicia. *Código Orgánico Integral Penal. Artículo. 30. Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014.* Quito: se, 2014.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General. 1ª ed.* Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2008. p. 529.
- Molina, Fernando. «*Antijuridicidad Penal. 1ª ed., p. 46. .*» Jiménez, Javier. *Los elementos del delito, antijuridicidad y justificación.* México: Siglo XXI, 2000. pp. 46,59.
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito. 1ª ed.* Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 66,67.
- Núñez, Ricardo. «*Bosquejo de la culpabilidad. .*» Goldschmidt, James. *La concepción normativa de la culpabilidad. 1ª ed.* Buenos Aires: Depalma, 1943. XXIV.
- Núñez, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal. Parte General. 1ª ed.* Córdoba: Ediciones Lerner, 1999. p. 363.
- Pozo, Juan Francisco. *Propuesta académica de reforma al Código Orgánico Integral Penal, para incluir situaciones de no exigibilidad de otra conducta como el miedo insuperable y el estado de necesidad disculpante, como causas de exculpación.* Quito: se, 2015. p. 6.
- Quinteros Olivares, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal. 4ta ed.* Pamplona: Trillas, 2010. p. 40.
- Reyes, Alfonso. *Antijuridicidad. 1ª ed.* Bogotá: Temis, 1999. p.76.

- Righi, Esteban. *Derecho penal. Parte General. 1ª ed.* . Buenos Aires: Lexis Nexis , 2008. p. 301. .
- Roxin, Claus. «*Derecho Penal Parte General, Tomo III.*» Donna Edgardo Alberto. Buenos Aires: Editores Rubinzal- Culzoni, 2008. 17,18,671,672.
- Salvador, Tomás, Vives, Antón y Cobos del Rosal, Mael. *Derecho Penal. Parte General. 1ª ed.* Valencia: Tirant Lo Banch Ediciones, 1999. pp. 293,294,524,552.
- Soto, Federico. *La imputabilidad disminuida como origen del sistema de justicia para menores delincuentes. 1ª ed.* . Aguascalientes: CEDH, 2016. p. 117.
- Suarez, Carlos, y otros. *Manual de Derecho Penal. Tomo I.* . Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 230.
- Triffeterer. «*Derecho Penal, Parte General.* .» Donna Edgardo Alberto. Cali: Paidos, 2000. 322.
- Von Liszt, Franz. «*Tratado de Derecho Penal. Tomo I 1ª ed.* .» Jiménez de Ansúa, Javier. *Los elementos del delito, antijuridicidad y justificación.* México: Ángel Editor, 2010. p. 58.
- Welzel, Hans. *Derecho Penal, Parte General.* Buenos Aires: Trillas, 1956. p. 14
- Wessels, Johannes. «Derecho penal. 1era. ed.» Righi, Esteban. *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Palma, 2002. p. 132.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. «Tratado de Derecho Penal.» *Parte general.* Ed. Von Liszt. sa. 560,562,563.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Tratado de Derecho Penal. Parte general. tomo 1ª ed.* Buenos Aires: EDIAR, 2000. p. 117.
- Zárate Conde, Antonio y Gonzáles Eleuteri. *Derecho Penal. Óp. cit.,* . Madrid: Trillas, 2010. pp. 263-264.
- Zárate Conde, Antonio y Gonzáles Eleuterio. *Derecho Penal. Parte General. 1ra. ed.* . Madrid: Ediciones La Ley, 2015. p. 261.