

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**El tratamiento del miedo insuperable en la legislación penal
ecuatoriana**

Andrés Gualberto Miranda Espinoza

Tutor: Pablo Encalada Hidalgo

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Andrés Gualberto Miranda Espinoza, autor de la tesis intitulada “El tratamiento del miedo insuperable en la legislación penal ecuatoriana”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

30 de marzo del 2021

Firma: _____

Resumen

Cabe destacar lo establecido en el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal publicado el 10 de agosto de 2014 por medio del mismo nos detalla las categorías dogmáticas del delito las mismas que son: a) la conducta; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; y, d) la culpabilidad. Al respecto, se indica que una vez que se haya evidenciado que estas categorías convergen al momento de que una persona consume una conducta criminal, se estaría ante el cometimiento de un delito, el cual es sancionado por el mismo código.

En tal virtud, se manifiesta que en la presente investigación se realizará un análisis de carácter legal, doctrinario y jurisprudencial de la figura del miedo insuperable, pero bajo la categoría de la culpabilidad, con el objeto de evidenciar por medio de estudios del derecho penal, que cuando una conducta es impulsada por miedo insuperable debería tratarse como una de las causas de no exigibilidad de otra conducta, mas no como se lo ha venido realizando en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como una atenuante, conforme lo prescribe el artículo 45 numeral 2 del referido Código Orgánico Integral Penal.

Por tales razones, se puede decir que cuando una persona comete una infracción por miedo insuperable, se encuentra privada de su voluntad de pensamiento y su libertad de actuar, por ello a este individuo que ha transgredido los bienes jurídicos de mayor valor a los que el protege no se debería dar un reproche penal, por cuanto la sociedad no le puede exigir otra conducta distinta a la que el actuó, como se deja señalado su actuar fue en defensa de sus derechos propios o de terceros por tal motivo no ameritaría sanción penal, peor aún una sentencia condenatoria en su contra.

Para mis hijos Sebastián y Mishell, mi esposa Joanna, mis padres Gualberto y Amelia, a mi sobrino Matheo y mi hermana Isabel, por su apoyo, paciencia, ánimo, en cada segundo de mi vida.

Agradecimientos

A mi tutor Dr. Pablo Encalada Hidalgo, por su perseverancia y grandes consejos compartidos durante todo el desarrollo de este trabajo, su profesionalismo es un ejemplo a seguir, su humildad y sobre todo su vasto conocimiento, hacen de él un ser inigualable. A mí querida alma mater Universidad Andina Simón Bolívar sede Quito, a su planta docente y administrativa, que, con su arduo trabajo, hacen la mejor Universidad de pos grados del país y la región.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero El miedo insuperable como eximente de responsabilidad en la culpabilidad	15
1. La culpabilidad	15
2. Conceptualización de la culpabilidad como categoría dogmática del delito.....	18
3. Elementos de la culpabilidad.....	19
4. Conocimiento de la antijuridicidad del actuar	21
5. Exigibilidad de otra conducta.....	23
6. El miedo insuperable o coacción moral.....	25
7. Naturaleza jurídica del miedo insuperable	27
8. Los requisitos del miedo insuperable	32
Capítulo Segundo	35
El miedo insuperable en el Código Orgánico Integral Penal.....	35
1. Análisis histórico del miedo insuperable.....	35
2. La culpabilidad en el Código Orgánico Integral Penal.....	36
3. Causas de inculpabilidad según el COIP.....	37
4. El tratamiento del miedo insuperable en el Código Orgánico Integral Penal	42
5. Aplicación del miedo insuperable por la Corte Nacional de Justicia antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal	44
<i>Análisis del recurso de casación de la Corte Nacional de Justicia</i>	<i>47</i>
6. La fuerza irresistible en el Código Penal de 1971	51
7. Caso fortuito o fuerza mayor	54
Capítulo Tercero.....	57
Alternativas de aplicación del miedo insuperable en la actualidad.....	57
1. Proyecto de reforma al Código Orgánico Integral Penal.....	57
2. Aplicación de la fuerza moral irresistible como eximente en nuestra legislación penal ecuatoriana.....	61
3. Miedo Insuperable como causa de inimputabilidad	63
4. El miedo insuperable como causa de justificación.....	64

7. El estado de necesidad.....	67
Conclusiones.....	71
Bibliografía.....	75

Introducción

Las cuestiones relacionadas con la Teoría del Delito, constituyen un estudio de gran complejidad en nuestro Código Orgánico Integral Penal. Cabe señalar que, en nuestra legislación Penal, no encontramos la figura del miedo insuperable como una exclusión de la culpabilidad, la vamos a tener como una atenuante al menos de esta manera el legislador ha tratado de incluirla conforme consta en el Art.- 45 del Código Orgánico Integral Penal.

Nuestra legislación penal ecuatoriana nos entrega causas de justificación, las que las vamos a encontrar en la categoría dogmática de la antijuridicidad, siendo estas el estado de necesidad, la legítima defensa y el actuar en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.

Para poder obtener un mejor estudio y análisis sobre la figura del miedo insuperable, la misma se va a llevar a efecto cuando en el subconsciente de un individuo entra en una inhabilitación para responder ante un peligro que percibe (se anula la libertad de actuar), por lo tanto, se encuentra en un estado de incompetencia, para decidir entre los diferentes comportamientos que pudiera adoptar, además su carácter psicológico restringe su voluntad.

Académicos como Roxín, Paredes Vargas, Cuerda Arnau, Quirós Pérez, entre otros, establecen claras distinciones entre el miedo insuperable y la antijuridicidad, sobre todo con el estado de necesidad. Dentro de los problemas que con frecuencia se aducen para la inclusión del miedo insuperable encontramos: el psicológico, el mismo que impone una diferenciación marcada con el estado de necesidad. Por su parte en el estado de necesidad el individuo debe salvar la lesión al bien jurídico, mediante la toma de cualquier decisión consciente, en el miedo insuperable el individuo se priva de esta opción, por cuanto el miedo es real, el temor producido en el individuo es total, sus emociones no confluyen de manera adecuada por lo que la persona queda imposibilitada de utilizar otro medio para evitar el daño.

La figura del miedo insuperable debe establecerse en el Código Orgánico Integral Penal, como una exclusión de la culpabilidad, por cuanto en el mismo Código se ha dejado de manera aislada un elemento que es de trascendental estudio, como es la no *exigibilidad de otra conducta*, en la que se está sancionando a un sujeto al que no se le exige un

comportamiento diferente al realizado, directamente en este campo estamos frente al miedo insuperable.

Los legisladores con la creación del Código Orgánico Integral Penal, podemos aducir que de manera correcta y en base a una escuela finalista, utiliza e incorpora a nuestra legislación penal la teoría del delito y al mismo tiempo agrega la culpabilidad pero dentro de esta categoría de gran relevancia, ha dejado a un lado a su elemento de exigibilidad de otra conducta, lo que nos acarrea que todo sujeto que actué de forma contraria, debe de ser responsable de un reproche penal, por lo tanto se está haciendo un abuso del derecho penal, contra aquellas personas, por cuanto los mismos han actuado por una fuerza externa que ha fracturado su forma de elegir o actuar entrando en un estado psicológico totalmente afectado por un miedo insuperable.

La realidad en nuestro país es que, con la falta de la figura del miedo insuperable en nuestra legislación penal, los operadores de justicia de una manera equivocada, utilizan las causas de antijuridicidad relacionándola directamente con el estado de necesidad y de esta manera confundiendo en derecho esta causa exclusión de la culpabilidad, lo que ha conllevado que se utilice de manera incorrecta, pero que en el resultado de esta investigación, sería una de las respuestas ante la falta de tipificación.

Necesitamos que el miedo insuperable sea incorporado a nuestro sistema penal ecuatoriano, como un elemento de inexigibilidad del actuar de otra conducta, con ello mejoraríamos la normativa penal de nuestro país y lograríamos delimitar de manera correcta y adecuada, con su debida incorporación en las categorías del delito y brindaríamos a los jueces de nuestro país una correcta aplicación de esta figura legal.

Capítulo primero

El miedo insuperable como eximente de responsabilidad en la culpabilidad

El miedo insuperable está situado en la categoría dogmática de la culpabilidad, en tal razón se considera de suma importancia, efectuar un análisis inicialmente de esta categoría dogmática, para en lo posterior conceptualizar el miedo insuperable y analizar cada uno de sus elementos, así como también el tratamiento normativo como una excluyente de la culpabilidad. Navarrete nos indica “exigibilidad de otra conducta, al autor no le corresponde ningún juicio de culpabilidad cuando a él no le pudo haber sido exigible otro comportamiento”¹, como lo deja señalado el autor, justamente el miedo insuperable está dentro del elemento de la no exigibilidad de otra conducta, al sujeto que no tuvo otra manera más que actuar, por cuanto se encontraba restringido su libertad de actuación por un factor externo una vis compulsiva y en si esta inseparabilidad le hace merecedor de una exclusión de la culpabilidad es decir el sujeto o persona que arremetió contra bienes jurídicos protegidos no se le podrá dar un reproche penal, por cuanto incluso el resto de personas teoría del hombre medio, están totalmente de acuerdo con su actuación inclusive llegando a la conclusión que ellos lo hubieran realizado de la misma manera, por ello importante inicial el análisis de esta categoría dogmática de la culpabilidad.

1. La culpabilidad

El Código Penal de 1938, fue uno de los cuerpos legales más representativos en el Ecuador, el cual sufrió varias modificaciones en el transcurso de los años, estando vigente hasta el 09 de agosto de 2014, posterior entra en vigencia nuestro Código Orgánico Integral Penal. En el indicado código se reguló el poder punitivo del Estado, a través del establecimiento de los tipos penales y las penas.

¹ Polaino Nvarrete, *Derecho Penal Parte General* (Lima: Ara Editores, 2015), 503

Una de las diferencias más notorias entre el Código Penal y el Código Orgánico Integral Penal, es lo referente a la teoría del delito, ya que en los anteriores códigos no se conceptualizaba esta institución jurídica como tal, teniendo de manera dispersa y la teoría del delito se encontraban desordenadas en varios cuerpos legales, las cuales tuvieron una gran influencia del causalismo.²

Al respecto, se indica que la categoría de la culpabilidad por ejemplo se analizaba, (en el causalismo), el dolo y la culpa; en tal sentido la doctrina señala: “Para el causalismo, la diferencia entre el delito doloso y el imprudente había de ser analizada en la culpabilidad de forma que la tipicidad era idéntica en uno y otro caso”.³

Con la incorporación del Código Orgánico Integral Penal el 10 de agosto de 2014, este cuerpo legal mantiene un mayor predominio la escuela finalista, en donde el dolo y la culpa ya no son analizados dentro de la culpabilidad, sino más bien forman parte de los elementos subjetivos de la tipicidad como otra de la categoría de la teoría del delito.

Se puede enfatizar claramente que el mayor predominio que existe en el mundo es la escuela finalista, ahora como podemos determinar una teoría finalista, en palabras más sencillas será cuando la conducta es causa del resultado. Gran pionero de esta escuela es el maestro Welzel, quien nos deja señalado que esta acción puede ser ontica y prejurídica; es decir es una conducta voluntaria dirigida a un fin común.

Welzel nos manifiesta sobre la escuela finalista que “ es una óptica por el ser y además ontológica por que estudia el deber ser, prejurídica porque se considera que la acción procede al tipo y al derecho penal”⁴.Sostenemos lo analizado en líneas anteriores, por cuanto ya en la actualidad podemos darnos cuenta que era muy notorio lo desordenado que teníamos anteriormente nuestro sistema penal, clara noción de esto fue, justamente que no existía nada relacionado con la teoría del delito, así como, por ejemplo, nuestro sistema penal del año 1938 en su artículo 1 nos decía “Leyes penales son todas aquellas que contienen un precepto sancionado con la amenaza de una pena”⁵, y el Art.- 10 “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar”⁶.

² “Su iniciador fue el penalista alemán Ernst Beling, quien fue el primero en diseñar la teoría del delito a base de la fórmula que con el paso del tiempo se volvería insustituible: el delito es un acto típico, antijurídico y culpable” (Ernesto Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Código Orgánico Integral Penal, Parte General, Quito: Ediciones legales, 2015), 51

³ Adeodato Valencia, *Derecho penal y poder punitivo* (Quito: Jurídica LYD, 2010), 421

⁴ Mario Salazar Marin, *Teoría del delito, con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal* (Bogotá: Ibañez, 2014), 147

⁵ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial Suplemento No. 147, 22 de Enero 1971, artículo 1

⁶ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial Suplemento No. 147, 22 de Enero 1971, artículo 10

De esta manera podemos comprender que no existía un orden con referencia a la teoría del delito, en el código penal del año 1938 con una escuela causalista, y por ello es evidente que ya en su artículo 1 al expresarse sobre una defunción de leyes penales, está aterrizando sobre la tipicidad, como referencia y una gran diferencia con nuestro “nuevo” sistema penal ecuatoriano que es nuestro Código Orgánico Integral Penal, que tiene un escuela finalista, y el hecho de tomar en cuenta dentro de la tipicidad el concepto del dolo, rebasamos y se puede salir de lo que teníamos en el pasado una confusión de la dogmática penal y principalmente de la teoría del delito, incluso ya con las normas que hemos estudiado del código de 1938, en nuestro Coip la tipicidad está establecida en su artículo 18 en donde nos entrega de manera ordenada, todas las categorías dogmáticas del delito, sin estar dispersadas en otras normas o leyes penales.

Este gran salto que logra dar la legislación penal Ecuatoriana ha sido un arduo trabajo con muchos errores que hasta la actualidad tenemos, pero es necesario entregar en este trabajo de investigación como se dieron ciertos hechos, con relación varias reformas que han existido sobre este cambio de análisis en el Coip entorno a la teoría del delito, específicamente lo que tiene que ver con el dolo, por ello nuestro Código Orgánico Integral Penal hasta antes de las reformas del año 2019, se podía indicar que, quien actuaba con dolo, era el sujeto o la persona que tenía un designio de causar un daño, y cabría por delito preterintencional, cuando el sujeto o la persona, producto de su acto u omisión se ha dado como resultado un hecho más grave que el que dicho sujeto o persona quería causar, esto lo teníamos en el Art. 26 del Coip derogado. Es importante dar a conocer, mediante esta investigación, al futuro lector de la misma, que esta reforma fue totalmente aprobada por nuestros “idolatrados legisladores”, de aquel tiempo en la Asamblea Nacional, pero como sabemos tuvo que pasar ante el poder Ejecutivo, con ello existió un veto parcial a esta reforma y como concepto de dolo fue de la siguiente manera: actúa con dolo la persona, que tiene conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, ejecuta voluntariamente la conducta, gran paso para poder tener ya ordenada de mejor manera, identificado en la categoría dogmática del delito de la tipicidad al Dolo, con ello es una gran diferencias a todo nuestro sistema penal anterior que lo mantuvo disperso, desordenado, por más de 150 años.

Esto no concluye únicamente con estas últimas reformas, como sabemos y es una realidad y no únicamente en nuestro país, también a nivel mundial, los códigos y las normas varían y cambian, en nuestro sistema realmente uno de los factores más importantes para estas reformas es que nuestros “ilustrados legisladores”, en su gran

mayoría carecen de conocimientos vinculados a la materia y no se diga más aun a un alto estudio de la dogmática penal o de las escuelas del derecho, pero en fin, vamos a encontrarnos con la reforma del año 2019 al Coip, nuevamente en la que tratamos sobre el Dolo, que ya con una visión más centrada y con un concepto más directo a la categoría dogmática de la tipicidad, se ha reformado de la siguiente manera, que hasta la actualidad mantenemos Art.- 26 “Dolo.- Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta”⁷, como lo dije en líneas anteriores, este es uno de los asertos más importantes, para poder indicar que una gran influencia de la escuela finalista, ha permitido tener una diferenciación en el concepto del dolo en la ubicación correcta en un sistema de categorías dogmáticas del delito.

2. Conceptualización de la culpabilidad como categoría dogmática del delito

Dentro de este orden de ideas se manifiesta que la culpabilidad en stricto sensu es: “El reproche basado en las capacidades individuales del autor”.⁸

Así mismo Roxin señala: “La culpabilidad, en sentido estricto, significaba la voluntad de la capacidad de acción como causa de una antijuridicidad; la culpabilidad en el recto sentido, significa, entonces, la desaprobación jurídica, porque el hecho era evitable según la voluntad del derecho y de esa forma, cumplir el deber jurídico”.⁹

De lo expuesto por los autores, se puede decir que la esencia de la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, efectuada por el individuo al cometer la infracción penal, es decir que la sociedad no acepta la conducta ejercida por el autor, que actuó con conocimiento no solo del hecho típico, es decir el delito establecido por la legislación penal, sino además que actuó con comprensión de la antijuridicidad, teniendo como resultado un reproche penal.

Para que esta culpabilidad, tenga un asidero legal y de la misma manera pueda existir un reproche penal a la persona o sujeto que ha transgredido a la norma, nuestra actual legislación penal, nos indica que es sumamente muy importante que este acto (humano), haya existido conciencia y voluntad, por ello es importante hacer una

⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 26

⁸ Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena, Imputación delictiva* (Buenos Aires: Astrea, 1995), 185

⁹ Claus Roxin, *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1979), 136

comparación con lo que manteníamos anteriormente con nuestro código penal, que aceptaba una mera presunción del hecho, es por ello que se consideraba a los actos consientes y a los actos voluntarios, en todas las infracciones penales, mientras no se compruebe lo contrario. Actualmente en nuestro Coip, al tener de manera adecuado y tipificado la categoría dogmática del delito de la Culpabilidad, nos va a entregar dos requisitos para que exista el reproche penal, el primero que es que sea imputable y que su actuación haya sido con conocimiento de la antijuridicidad, por ello lo importante de conocer cuáles serán inimputables y quienes tendrán causas de exculpación de la culpabilidad.

3. Elementos de la culpabilidad

a). *Imputabilidad*.- “La imputabilidad constituye la capacidad psíquica de una persona para comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar ésta a esa comprensión; de tal manera que una persona es imputable o no, es decir que no existen ni caben términos medios”¹⁰; lo que significa que una persona entiende completamente que su conducta y acción fue realizada con total conciencia, de tal manera que a su consecuencia lesionó algún derecho, motivo por el cual la persona que incurrió en esa acción resulta ser totalmente responsable de la misma y por ende, reprochable por la sociedad.

La ejecución de una conducta típica y antijurídica no declara la culpabilidad de un delito; razón por la cual debe cumplir con mínimas condiciones, tanto intelectuales como físicas que le conlleven a entender la antijuridicidad de su accionar, para lograr adecuar esa conducta a dicha comprensión y a la capacidad de culpabilidad de la persona.

Según el autor Pablo Encalada, “la imputabilidad, conocida también como capacidad de culpabilidad, es la facultad de comprender la ilicitud del comportamiento y la de determinarse de acuerdo a tal comprensión”¹¹; involucrando y dando cabida en este concepto a la idoneidad de una persona en cuanto a su culpabilidad y, lo que significa ser competente para dilucidar y entender la actuación y conducta ilegal que lo involucra directamente en el delito.

¹⁰ Oscar Peña Gonzáles, *Teoría del delito, Manual Práctico para su aplicación en la teoría del caso* (Perú: Nomos & Thesis E.I.R.L., 2010), 212

¹¹ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría Constitucional del Delito* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones: 2015), 90

Es por ello que el Dr. Encalada, realiza un análisis más profundo, respecto a que imputabilidad conlleva a la conformación de dos elementos sucintos para él, que son por una parte un elemento del pensamiento y por otra parte un elemento de la voluntad. El primer elemento, se halla principalmente con la comprensión de los actos que realiza o ejecuta y no por el cometimiento de los hechos, como en el caso del dolo, dado que este elemento se caracteriza por provenir de la mente y el intelecto de la persona que comete el delito, porque conoce la acción que efectúa y está muy clara que va contra la ley. El segundo elemento, se encuentra relacionado intrínsecamente con la posibilidad y viabilidad de auto dirigirse o auto determinarse, lo que conlleva la ejecución de la acción en base de la voluntad netamente.

Lo contrario a la imputabilidad, viene a ser la inimputabilidad, que constituye la inexistente capacidad de autodeterminación de un sujeto cuando ha realizado un delito y por ende ha violentado una norma penal, siendo lo exigible por el orden jurídico para que no se pueda declarar la responsabilidad de la acción cometida, bajo los efectos de una conducta que no es comprendida por su ejecutor lo que consecuentemente exime a la persona de cualquier responsabilidad penal. Resulta importante destacar que como causas de la inimputabilidad se encuentran enmarcadas dos aristas de trascendental relevancia; que a continuación se detallan:

Inmadurez psicológica: Esta causa es un estado en el cual inexiste el completo desarrollo de la personalidad de un individuo; sin embargo, resulta muy complicado establecer el momento en el que una persona cuenta con la suficiente madurez que le permita comprender las consecuencias y efectos de sus acciones, debido a que puede variar en base a las diferentes circunstancias endógenas y exógenas a los que los seres humanos estamos expuestos.

A partir de ello, un referente ha sido la Convención sobre los Derechos del Niño, y en relación a la misma se ha establecido que un niño, es aquel que tiene una edad menor a dieciocho años; originándose que de una manera generalizada se ha convenido que la referida causa de inimputabilidad, sea atribuible a las personas que se encuentren en la edad menor a los dieciocho años, debido a que un niño no se encontraría con todo la comprensión de lo que significa todas y cada una de las implicaciones de sus actos, puesto que las irá percibiendo con el pasar de los años y también con la educación.

Enajenación mental: Se refiere a las perturbaciones de la personalidad en el que se ha visto involucrado lo afectivo, la voluntad y también lo intelectual de una persona, que conduzcan a una supresión o deducción de la facultad de darse cuenta o de auto

determinarse; conllevando al apareamiento de patologías permanentes así como también de trastornos pasajeros y transitorios, como en el caso de la pérdida de un miembro de la familia o un rompimiento de una relación sentimental, además de la embriaguez patológica y del sueño.

Los trastornos mentales o enajenación mental, tienen una influencia de relevante importancia en cuanto a la inimputabilidad, sobre todo al momento de la ejecución de un delito, porque en este caso la conducta no será punible, debido a la falta de capacidad para el entendimiento de los hechos y la falta de auto determinación, siendo que este estado deberá ser establecido por los profesionales médicos, que verifiquen esta condición para convertir al autor de un delito como inimputable.

Conocimiento de la antijuridicidad del actuar: Constituye un elemento de la inimputabilidad que centra su acción en el precepto que establece que: “el conocimiento de la antijuridicidad del actuar es el conocimiento de que la conducta realizada es contraria al derecho, es antijurídica”¹² de tal manera que al desconocer que la acción realizada va en contra de la ley, no podrá ser considerado como merecedor de un reproche por parte de la sociedad, puesto que el entendimiento de la antijuridicidad involucra que el individuo deba conocer que su actuación está perjudicando o afectando a otra u otras personas, además debe contener ética de responsabilidad que implica que la conducta es condenable por la sociedad cuando la persona que cometió el delito haya tenido conocimiento del derecho, es decir que haya sabido que esa acción realizada va contra la ley.

De lo expuesto, se manifiesta que para que la persona sea imputable, debe haber actuado con conocimiento de que está lesionando bienes jurídicos protegidos en la esfera de lo penal, de lo contrario no podría ser culpable, es decir, si desde su percepción no ha lesionado los bienes jurídicos de otras personas. En este contexto, se indica que se han presentado dos tipos de error. El error de tipo invencible que excluye y descarta el dolo y la culpa; y error de prohibición invencible que excluye el conocimiento de la antijuridicidad del actuar y en consecuencia a la culpabilidad

Al ser un tema de gran importancia, en el desarrollo de la presente investigación, a continuación, se procede a realizar un estudio sobre cuándo y por medio de que teoría surgen estos dos errores en la esfera del derecho penal.- *La teoría del error*, en tal sentido, y por medio del análisis de estudio del trabajo, estamos de acuerdo con la postura que

¹² *Ibíd.*, 93

este tema sobre el error, se verá estudiada, mediante la categoría dogmática del delito como es la culpabilidad, y es por ello que es menester, indicar lo que nos manifiesta el maestro Zaffaroni: “la culpabilidad se conecta con el vínculo personal del injusto con el sujeto activo, que se establece tomando en cuenta la forma en la cual opera la peligrosidad del sistema penal, es decir, la mayor o menor probidad de criminalización que recae sobre una persona”¹³.

Con esta clara postura sobre la culpabilidad y, cuando se tiene toda la capacidad de culpabilidad, explicándolo de una mejor manera cuando se es una persona imputable, únicamente allí se podrá, realizar todo tipo de ejercicio para poder determinar si la persona o sujeto estuvo en total entendimiento y comprensión de que su acción iba en contra de una norma es decir si tuvo el conocimiento de la antijuridicidad, es decir si existió o no la capacidad de comprender que estaba yendo contra una norma tipificada en resguardo de bienes jurídicos protegidos, para una sociedad.

Una vez que ya se ha evidenciado que estamos frente a una persona que es imputable, he aquí la gran importancia de tener operadores de justicia sumamente preparados, ya que los mismos tendrán la posibilidad de realizar un razonamiento sobre si existieron ciertas eventualidades sobre el sujeto que hasta este momento es imputable por el derecho penal, es decir pudieron generarse por el sujeto ideas totalmente equivocadas en su accionar, y las mismas van a repercutir sobre si es o no merecedor de un reproche penal, es decir si es punible, con ello se podrá tener dos resultados, que al sujeto se le pueda atenuar la responsabilidad penal y el otro que se le pueda excluir su culpabilidad.

En tal sentido podemos ya empezar a tomar un concepto sobre qué es el error y, podemos indicar que converge en la falta de comprensión de la realidad, pudiendo darse por una ignorancia y, por la falta del conocimiento de todas y cada una de las circunstancias que han influido en el acto ejecutado, es decir por una equivocación, varios son los estudiosos o maestros del derecho que a estos errores los han dividido en dos, un error de tipo y un error de prohibición:

Error de tipo, varios autores han dado sus definiciones entre los que podemos resaltar su estudio son Jescheck y el profesor Zaffaroni: “el error de tipo se configura si

¹³ Eugenio Raúl Zaffaroni, “*Derecho Penal. Parte General* (Segunda Edición), (Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002), 654

la persona no conoce uno de los elementos a los que el dolo debe extenderse, según el tipo que corresponda”¹⁴

El error de tipo es aquel error o ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo como: la calidad del sujeto activo, la calidad de víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas y medios de la acción, el objeto material, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado activo u omisivo.¹⁵

De lo expuesto por los autores, debe señalarse que el error de tipo, será un falso entendimiento de una realidad, y esta no comprensión nos dará como resultado un desconocimiento sobre los elementos que forman parte de la tipicidad, es decir los elementos objetivos del tipo.

De la misma manera, para el profesor Zaffaroni, relacionados al error de prohibición nos indica “se presenta si el sujeto cree estar actuando conforme a derecho, es decir, desconoce la prohibición o antijuridicidad de su conducta, este error se explica mediante el conocimiento o no de la ilicitud de lo que se hace o se deja de hacer”¹⁶

Como hace mención el profesor, se refiere específicamente, a la falta de conciencia y de conocimiento que la conducta implicada en la acción realizada es antijurídica. Cabe destacar que el error de prohibición, ha tomado gran fuerza en naciones plurinacionales como en la nuestra, lo cual ha implicado el respeto por la diversidad de culturas y nacionalidades, que ha conllevado a que se resalte la inimputabilidad a través del error de prohibición ocasionándose un injusto penal.

Es así como, debemos de comprender que mediante los dos tipos de error que se ha hecho referencia, existiría una posibilidad que sean de manera vencibles e invencibles, serán tanto el error de tipo como el error de prohibición vencibles, cuando el sujeto quien realiza la acción (sujeto activo), podía preverla o inteligenciarse sobre las regulaciones, y serán en la esfera de error de tipo y error de prohibición de manera invencible, cuando no existió ningún tipo de mecanismo que posibilite la separación de una falsa concepción de la realidad, tanto de manera normativa como de manera fáctica.

Exigibilidad de otra conducta: Es el último elemento de la culpabilidad, la exigibilidad de otra conducta, lo que quiere decir que, el agente o agresor no será culpable si logra demostrar en el proceso penal, que no pudo tener otra solución más que la de

¹⁴ *Ibíd.*, 531

¹⁵ Percy García, *Derecho Penal, Parte General* (Lima: Jurista, 2012), 42.

¹⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, “*Derecho Penal. Parte General* (Segunda Edición), (Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002), 531;532.

perpetrar el ilícito penal, por encontrarse en una situación forzada u obligada que no le permitió obrar conforme a derecho.

En tal sentido, la doctrina señala: “Junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad subjetiva o individual que se refiere a determinadas situaciones externas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello, comportaría un excesivo sacrificio para él”.¹⁷

De lo expuesto por el autor, se puede decir que entre los elementos de la culpabilidad de acuerdo al artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal, es cuando la persona ha actuado con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Pero existen ciertas ocasiones en las cuales, si bien el sujeto tiene cierta percepción, no puede esperarse que el mismo actué como lo emana el ordenamiento jurídico y vamos a estar frente a la no exigibilidad de la conducta, la cual viene a constituirse la excepción a la regla.

En tal sentido el Dr. Pablo Encalada señala: “En principio el cumplimiento de los mandatos o prohibiciones establecidos en la ley penal, debe ser exigido a todas las personas. Sin embargo, existen circunstancias en las cuales no puede hacerse juicio de reproche debido a que el común de las personas habría actuado de la misma forma, es decir habría realizado el injusto penal”.¹⁸

Según el autor, la exigibilidad de la conducta, comprueba que no puede solicitarse al individuo la ejecución de su proceder, conforme a derecho, ya que en ciertas circunstancias se ve obligado a quebrantar el ordenamiento jurídico; es decir, si bien la conducta es lesiva de derechos de terceras personas, el agente no podrá ser declarado culpable, por cuanto, la única alternativa que tuvo para actuar o defender bienes jurídicos como la vida, por ejemplo, es cometer el injusto penal. Dentro de la exigibilidad de otra conducta, se puede hacer referencia al estado de necesidad disculpante y al miedo insuperable.

Estado de necesidad disculpante. En relación con este término, de acuerdo a la doctrina se indica: “En el estado de necesidad disculpante es aquella situación en la que los bienes jurídicos que colisionan son del mismo valor y en la que es comprensible la realización del injusto penal”.¹⁹

El estado de necesidad disculpante podría ser aplicado en ciertas ocasiones, especialmente cuando se presenta una situación en la que existe eminentemente un riesgo

¹⁷ Francisco Muñoz, *Teoría General del Delito* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003)127

¹⁸ Encalada, *Teoría Constitucional del Delito*, 102

¹⁹ *Ibíd.*,103

sobre un bien jurídico y que no puede ser superado, y su única solución es violentar otro bien protegido.

Con lo expuesto, se indica que en el estado de necesidad disculpante se debería dejar sin sanción o reproche penal, a quien actúa en esas circunstancias, en donde el agente o autor actúa bajo una anómala presión psíquica que excluye de su capacidad de observancia de la norma y por lo tanto de comportarse conforme a derecho. Por tales motivos, debe estar presente el mal que se amenaza y por otra la acción lesiva del salvamento.

De acuerdo a la doctrina el estado de necesidad disculpante debe cumplir con los siguientes presupuestos.

Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar

Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

Que el sacrificio del bien amenazado por el mal, no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí, o en su caso a aquel de quien se lo aparta siempre que ello tuviese o pudiese estar en conocimiento de quien actúa.²⁰

Cabe considerar que, de acuerdo a la doctrina, se deberían cumplir los presupuestos antes indicados para que el estado de necesidad disculpante, sea un eximente de responsabilidad penal, por cuanto con dichos requisitos se podría evidenciar que la persona obró contrario a derecho y por tal motivo no es culpable. A continuación, se estudia al miedo insuperable como otra de las causas de no exigibilidad de otra conducta dentro de la culpabilidad.

El miedo insuperable o coacción moral: Previo a analizar este tema, es necesario conceptualizar el miedo insuperable desde distintos puntos de vista, motivo por el cual a continuación se realiza el análisis de su definición:

Distinciones conceptuales: Para definir el miedo insuperable es necesario partir de la conceptualización del miedo en general. Al respecto, se indica que el miedo desde el ámbito psicológico señala lo siguiente: “El miedo como tal altera los ánimos de un individuo produciendo angustia ante un eventual peligro ya sea como consecuencia de la imaginación o sea propio de una realidad que la persona vive en ese momento que siente esta emoción”.²¹

²⁰ Joaquín Vasque Amarales, “*El Estado de Necesidad Exculpante*” (tesis Licenciado, Universidad de Chile, 2015), [11http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/131818/Estado-de-Necesidad-Exculpante.pdf?sequence=1&isAllowed=n](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/131818/Estado-de-Necesidad-Exculpante.pdf?sequence=1&isAllowed=n).

²¹ Julián Pérez y María Merino, “*Definición de miedo*”, 01 de enero de 2012, párr. 1, <https://definicion.de/miedo/>

En estas mismas líneas, Gómez López, considera que el miedo podría definirse como una “reacción emocional primaria y básica de defensa, al servicio de la seguridad mínima personal y actual”.²²

En tal sentido, se indica que el miedo se podría decir que se produce por una percepción de la realidad que el individuo ha logrado percibir a través de sus sentidos; es decir, llega a considerar que va a pasar un hecho y como tal ese hecho le va a producir algún tipo de perjuicio a su persona o a sus seres queridos.

Con estos antecedentes, se indica que en el ámbito penal el miedo viene a constituirse en el origen del cometimiento de un delito, es decir que esta emoción impulsa a una persona a perpetrar una conducta, que lesiona bienes jurídicos que están resguardados por nuestra ley penal, aunque no la haya previsto, no la haya premeditado, no la haya pensado, es decir ocasionó un perjuicio no querido por el agente y, el término insuperable, se refiere a que el miedo que llegó a sentir la persona privó de su voluntad al momento de cometer el delito; es decir el individuo no tuvo otra opción más que realizar lo que ejecuto por cuanto a su saber, obró justamente por miedo insuperable y en ninguna parte de nuestro código indica que la persona que no actué en su papel de héroe tendrá un reproche.

Con estos antecedentes, se manifiesta que Díaz Palo conceptualiza el miedo insuperable de la siguiente manera: “El miedo insuperable surge cuando el sujeto obra compelido de un miedo invencible de un mal igual o mayor. El miedo invencible se da en los casos en que la fuerte emoción producida por la perspectiva de un mal deja al sujeto un margen de opción entre soportar que lo amenacen o eludirlo realizando un acto punible”.²³

En este sentido, se comprende que la persona, que comete una conducta delictiva por miedo insuperable es para evitar a su vez otra conducta en su contra, que le puede producir un mal igual o mayor, que la conducta que le puso en una posición psicológica de miedo insuperable.

De lo expuesto, se puede decir que el agente en ciertos casos podrá elegir entre la opción de soportar la amenaza o eludir la conducta que posiblemente va a transgredir sus derechos propios o de terceros (familia) o elegir cometer la conducta punible para eludir

²² K. mc Innes, “*Esoterismo Floral. Una prescripción Astro-floral* (Segunda Parte. Correspondencia entre la serie del Dr. E Bach y el zodiaco natural)”, (Buenos Aires: Editorial Dunken, 2014), 684.

²³ Fernando Díaz Palos, *Miedo insuperable* (Barcelona: Francisco Seix, 1978), 56

un mal mayor o igual; pero en el caso de que actúe por miedo insuperable se da porque la elección que realiza el autor está basada en la disminución de su voluntad al momento de que el agente finalmente elige la conducta punible.

En contra de esta tesis, referente a que el miedo no descarta la voluntad de la acción, Mir Puig, señala que el miedo insuperable no excluye la voluntariedad de la acción, sino que la priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse penalmente al sujeto. Razón está por la cual no puede aplicarse una pena cuando la persona no tenga una justa oportunidad de adecuar su comportamiento al imperio legal".²⁴

Al respecto, se indica que la voluntad si bien no está excluida, la coacción que se ejerce en contra del sujeto, que procede por miedo insuperable no se encuentra, en la capacidad de adecuar su conducta, a lo no prohibido por las leyes penales y en tal virtud comete la infracción penal, pero de acuerdo al autor coincide también que no debería recibir sanción penal alguna. Por tales consideraciones, es necesario efectuar un análisis del miedo insuperable en la legislación nacional.

Como se deja ya anotado, este miedo insuperable, trata sobre supuestos, en los que se va a poder excluir la culpabilidad, por cuanto ha existido una desaparición de la libertad de actuar por quien ha cometido un injusto; este resultado ocasionado por el miedo insuperable deberá ser puesto en examen las condiciones del sujeto, tanto personales y en un sentido de contraste social en concreto, debiendo siempre tener muy en cuenta, que la base principal para que pueda operar esta eximente de culpabilidad, deberá ser exactamente la insuperabilidad relacionada con el miedo, esta situación nos dará como resultado final, una falta de capacidad de dominar la voluntad de la persona, excluyendo nuestra acción y, nuestra libertad de escoger libremente nuestra actuación, recayendo sobre el elemento de la culpabilidad como es la no exigibilidad de otra conducta (al sujeto), que no teniendo otra manera más de actuar se ha visto obligado por un factor externo a violentar bienes jurídico protegidos de igual o mayor valor, esto sin ningún tipo de reproche penal por ningún miembro o sociedad dentro de un estado, por cuanto cualquier persona hubiese obrado de la misma manera que lo hizo aquel sujeto o persona que estuvo bajo el miedo insuperable en determinado momento.

4. Naturaleza jurídica del miedo insuperable

²⁴ Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: TECFOTO, 1999), 621.

Entre los académicos e investigadores, no existe un consenso en torno a la cuestión. Los académicos no se ponen de acuerdo en si se debe considerar como causa de inimputabilidad, de justificación o de inexigibilidad.²⁵ En este sentido Quirós Pérez refiere que las causas que justifica un comportamiento son aquellas circunstancias o condiciones en las que el actuar ilegítimo o contrario a derecho de un individuo, se convierten en legítimas y por ende permitida por la ley.²⁶

De esta consideración resulta que un componente relevante lo es la cuestión vinculada a la antijuridicidad, elemento de vital importancia para considerar que un hecho reviste o no caracteres de delito. Así, sobre la concepción de antijuridicidad se erigieron dos teorías relevantes, la que lo consideraba que la antijuridicidad es formal y otros que propugnan la materialidad, aunque fue Liszt el primero que se refirió a esta cuestión señalando que “cuando un comportamiento realizado por un sujeto es contrario a la norma jurídica y aquella conducta que atenta contra los principios y bienes jurídicos protegidos por la sociedad.”²⁷

En este sentido, si bien para hablar de antijuridicidad material, se hace imprescindible la exigencia de lesividad sobre un bien jurídico, también es cierto que ese bien jurídico protegido por el ordenamiento penal, solo puede ser violentado por una conducta que entre en contradicción con él, por tanto, se coincide con gran parte de la doctrina, en que no pueden existir dos conceptos de antijuridicidad.²⁸ Al respecto dice Muñoz Conde²⁹, que ambas son “aspectos del mismo fenómeno”, porque incluso se materializa un daño efectivo en la formal.

En este sentido han sido diversas los aspectos o criterios clasificatorios de estas causas. Un primer aspecto tipológico se refiere a las genéricas, que a consideración de los autores que las entienden así, las delimitan por encontrarse referenciadas en la parte

²⁵ Antón, “*Derecho Penal*”, 301; Herbert Lionel Adolphus Hart, “*Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law (Second Edition)*” (New York: Oxford University Press, 1968), 16.

²⁶ Quirós, *Manual de Derecho Penal*, 142.

²⁷ Franz von Liszt, “*Tratado de Derecho Penal (Traducción de la 20ª Edición por Luis Jiménez de Asúa)*” (Madrid: Editorial Reus S.A., 1929): 330

²⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, “*Derecho Penal. Parte General (Segunda Edición)*”, (Buenos Aires: Editorial Ediar, 2000): 600; Manuel Cobo del Rosal y Tomás Salvador Vives Antón, “*Derecho Penal. Parte General (Quinta Edición corregida, aumentada y actualizada)*” (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999): 296; Claus Roxín, “*Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura del la Teoría del Delito (Traducción de la 2da edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Pena, Miguel Dial y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal)*” (Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997): 562.

²⁹ Francisco Muñoz Conde, “*Teoría General del Delito (Segunda Edición)*” (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1991), 84.

general de las normas penales sustantivas, y se podrían aplicar a cualquier injusto tipificado en la norma.

Al contrario de estas, los autores señalan la existencia de las específicas, que son aquellas que se encuentren vinculadas estrechamente a un delito en sí, generalmente presente en la propia redacción del ilícito.³⁰

También esta causal ha sido concebida como una causa que genera inimputabilidad. Las posturas que han defendido esta concepción, es porque lo vinculan estrechamente con las enfermedades mentales, que implica que un individuo en determinados momentos, circunstancias y condiciones, se comporta y reacciona de un modo diferente a como lo haría una persona normal, porque esa incapacidad física de la mente, no le permite reflexionar adecuadamente. Esta concepción ha sido casi abandonada, aunque aún es considerada como tal por autores y normativas penales.³¹

Para el académico Quirós Pérez, las causas de inimputabilidad serían aquellas condiciones por las cuales el sujeto o se veía incapacitado para responder de la forma en que el ordenamiento jurídico prevé, y por ello se ve imposibilitado de responder penalmente.³² Teniendo en cuenta ello, un aspecto importante, para que concurra esta causa de inimputabilidad, es que debe estar presente durante su desarrollo, no bastando que exista una enfermedad mental, porque por ejemplo, la esquizofrenia, por lo general, se produce por brotes y si al momento del hecho el esquizofrénico pasaba por un estado de lucidez, no puede alegarse la causa de inimputabilidad analizada.

Como aspecto conclusivo, este temor también ha sido considerado con una causal que genera ausencia de culpabilidad, erigiéndose como una de las tendencias que mayor cantidad de adeptos posee en la doctrina y la legislación. Es menester señalar que, el comportamiento ilícito asumido por un individuo con capacidad de culpabilidad, no cesa en su ilicitud cuando concurren, sino de lo que se trata es, que si se sustenta una noción psicológica del concepto de la culpabilidad³³, determinadas circunstancias que pueden

³⁰ Raúl Guillermo López Camelo y Gabriel Darío Jarque, *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2004), 234.

³¹ Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal Tomo I* (Barcelona: Editorial Ariel, 1972), 358; Antón, "Derecho Penal", 310; Gonzalo Quintero Olivares, *Derecho Penal. Parte General (Tercera Edición. Con la colaboración de Fermín Morales y Juan Miguel Prats Canut)* (Barcelona: Editora Cedecs, 1996): 437-439; Luis Jiménez de Asua, *Tratado de Derecho Penal Volumen VI. El elemento de la culpabilidad en la Teoría del Delito, su exclusión, excusas legales absolutorias, inimputabilidades* (Buenos Aires: Editorial Losada, 1950), 905.

³² Quirós, *Manual de Derecho Penal*, 150.

³³ Ernest von Beling, *Esquema de derecho Penal. La doctrina del Delito – Tipo* (Traducción de Sebastián Soler) (Buenos Aires: Editorial El Foro, 2002), 30-31; Francesco Carrara, "Programa del Curso

aparecer en el hecho, eliminarán el vínculo psicológico del sujeto con ese hecho antijurídico; en cambio si se analiza la culpabilidad desde una idea normativa³⁴, los criterios de inculpabilidad serán los que no permitirán que se exija una acción de enjuiciamiento al sujeto, porque cualquier persona en iguales condiciones necesariamente actuaría de ese modo.

El terror: es cuando el sujeto o persona, tendrá una pérdida no solo de su intelecto a más de ello también será sobre su sensibilidad afectiva, existirá una anulación total de su potencia motriz y de memoria. Una vez que se ha dado inicio a este terror muchas de las veces habrá una gran confusión con un simple miedo, cuando sus resultados han sido totalmente distintos, en ese momento la conducta estará de manera desorganizada en su parte funcional, de esta manera destruyéndose toda intensidad o inhabilidad, de una mejor oportunidad de una reacción seguido de muy altos niveles de ansiedad y de angustia, con ello podemos coincidir que este terror es una forma de miedo intenso en la que surgirán fenómenos fisiológicos y psicológicos de la mano de emoción la misma que ha dado como resultado que el sujeto no tenga un auto control, con ello podemos resaltar que este terror afectara la libre voluntad o auto determinación del sujeto provocando su pérdida de auto control para que pueda reaccionar adecuadamente ante un mal que lo amenaza.

El terror psicológico, en el contexto literario, es una derivación de la ficción terrorífica que enfatiza su interés en los miedos que pueden percibir y manifestar los personajes, sus faltas, convicciones y creencias. El miedo trata de incentivarse a través de la creación de escenarios de marcada filiación con los padecimientos que experimentan los personajes y atmósferas naturalmente lúgubres.

Con la finalidad de poder comprender si tenemos regulado el terror en el sistema penal ecuatoriano bajo un estudio netamente de derecho mas no solo psicológico, es importante enfocarnos a estudios a nivel internacional que nos llevan directamente a la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 8 de marzo de 1999, donde por medio de la misma se marca un precedente de muchísima importancia sobre la protección y derechos de los seres humanos, mandando un claro mensaje de protección a todos los gobernantes del mundo a fin de que de que busquen y apliquen normas y medidas de carácter legislativo para defender los derechos humanos. Con ello el terror en derecho

de Derecho Criminal. Parte General Tomo i (Traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos)” (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944), 67; Franz von Liszt, “Tratado de Derecho Penal”, 300-387.

³⁴ José Cerezo Mir, “Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría Jurídica del Delito (Sexta Edición)” (Madrid: Editorial Tecnos, 2004): 34; Cobo del Rosal y Vives Antón, “Derecho Penal. Parte General”, 448.

penal nos dirige al tipo penal de terrorismo, lamentablemente ya en la dogmática jurídica no tenemos un concepto claro, así Rodríguez expresa que “El terrorismo busca ante todo sembrar pánico e inseguridad en la población, pero también la certeza de la vulnerabilidad de todo espacio geográfico en cualquier lugar del planeta”³⁵, con esta definición podemos comprender que estos grupos terroristas su fin común es disuadir los estados, gobiernos incluso a poblaciones, poniendo en práctica el terror.

En nuestros sistemas penales ecuatorianos, tanto en nuestros códigos penales anteriores 1971 hasta llegar al Coip de fecha 10 de agosto del 2014, realizando un análisis ,como estaba establecido históricamente este delitos, sabemos que lo encontrábamos en el capitulo en el capítulo IV denominado de los delitos de sabotaje y terrorismo, tipificaba varias conductas con sus respectivas sanciones, en general, ellas “eran las referentes a la paralización de prestación de servicios como la salud y servicios públicos; el impedir el socorro en situaciones de emergencia; la destrucción de instalaciones públicas o privadas y de sistemas de transmisión; la toma de materias de producción, consumo, y/o abastecimiento; el producir alarma colectiva; el portar, utilizar y/o fabricar explosivos; y en general, el cometimiento de delitos contra la seguridad común de las personas”³⁶; pues ahora ya en la actualidad en el Coip, lo tenemos tipificado en el capitulo séptimo, sobre el terrorismo y su financiación, específicamente el Artículo. 366 nos indica:

“que cometen este delito la o las personas que provoquen o mantengan estado de terror a la población, a través de actos que pongan en peligro la integridad física, libertad o la vida misma de las personas; también se refiere al hecho de poner en peligro edificaciones, medios de comunicación, transporte, en especial si, y enumera una serie de conductas parecidas a las delimitadas por Naciones Unidas y la comunidad internacional sobre medios de transporte terrestre, naves o aeronaves, plataformas fijas marinas, puertos, aeropuertos, instalaciones de áreas estratégicas, materiales nucleares y explosivos”

Así como actualmente tenemos tipificado, es muy evidente que vamos a tener como elementos comunes del tipo, la certeza, determinación, que no vamos a cumplir con la naturaleza del mensaje de las Naciones unidad en torno a este delito de terrorismo, ya que en nuestro Coip se amplia de manera muy generalizada las conductas las mismas que no van a estar acorde de la naturaleza del delito de terrorismo. Con ello podemos delimitar que la figura como terror no la mantenemos reglada en el ordenamiento penal ecuatoriano, lo que nos entrega el estudio que mantenemos tipificado el delito de

³⁵ Tania Rodríguez, “*El terrorismo y nuevas formas de terrorismo*”, (México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2013), 75

³⁶ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial Suplemento No. 147, 22 de Enero 1971, capitulo IV

terrorismo, de la misma manera podemos entender que en el aspecto psicológico podemos estar frente a grandes similitudes del concepto del terror juntamente con el miedo insuperable, debiendo dejar marcado una gran línea diferenciada que es la protección de bienes jurídicos iguales y la excepción a la regla con el miedo insuperable con protección a bienes jurídicos de mayor valor.

5. Los requisitos del miedo insuperable

Varias son las consideraciones en torno a ello. La jurisprudencia española ha sido fructífera en este sentido, determinando diferentes presupuestos que deben materializarse para considerar la existencia del miedo insuperable. A tenor de ello, la Sentencia del Tribunal Supremo Español No. 240 de fecha 29 de marzo de 2016, solucionando el Recurso de Casación No. 1832 del año 2015³⁷, la Sala determina la necesaria existencia de requisitos fácticos y normativos, dentro de los primeros ubica la existencia de un mal que ubique al individuo en un escenario de “temor invencible” provocador de la supresión de la capacidad volitiva en el que sufre la situación.

Como otro de los requisitos fácticos, deben comprenderse la consideración de que dicho miedo, sea consecuencia de una situación o condición objetiva, seria, verdadera, inmediata, de forma tal que no sea una consideración del sujeto que evidencia claramente la posibilidad concreta de poder evadir la misma.

Otro requisito de gran relevancia es que ese miedo, sea verdaderamente insuperable, y ello quiere decir que sean inexpugnables, de forma tal que un individuo común no sea capaz de controlar su voluntad. Finalmente, el alto Tribunal Español, refiere que ese miedo debe ser la exclusiva causa de que el sujeto dirija su comportamiento de la forma en que lo hace, sin la existencia de ningún otro vicio.

Sobre este aspecto, Ruiz Gutiérrez refiere como requisitos considerados por la academia se consideran que la situación hubo de generar en el individuo un estado de tal gravedad que se halla inhabilitado su capacidad de razonar, de tal forma que le hubiere sido imposible adoptar otro comportamiento al que ilegalmente asumió.

³⁷ España. Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, [Sentencia desestimatoria en contra de HH por Recurso de Casación por Homicidio y Lesiones], en *Centro de Documentación Judicial (CENDOJ)*, 29 de marzo de 2016.

Otro de los elementos es que la perfección de ese mal que ha sido temido por el sujeto, tiene que ser realmente de mayor entidad que el que ha sido provocado por el comportamiento ilícito.

Unido a ello es pertinente considerar que la perfección del temor provocado por ese miedo insuperable, debe haber sido de tal intensidad que debió neutralizar la capacidad decisiva del individuo.³⁸

Teniendo en cuenta ello, es claro que es necesario delimitar determinadas cuestiones referidas con los requisitos exigidos en el miedo insuperable. En primer lugar debe manifestarse una anulación psicológica de la voluntad del individuo, esto es, que el acontecimiento particular, deba generar una invalidación de la capacidad decisiva del individuo³⁹. Otro elemento se refiere a los caracteres que deben contener la situación o condición que genera el miedo y, debe reunir determinados elementos que delimitan la inminencia de afectación al individuo y su contrariedad al ordenamiento legal.⁴⁰

Derivado de ello, un elemento importante es la inseparabilidad del miedo, la que hace alusión a la inhibición de su capacidad volitiva⁴¹, aunque no todos los autores coinciden con que sea necesaria esta supresión.⁴²

Como se ha señalado, por el Tribunal Español, que es un referente en la aplicación de esta eximente de culpabilidad, como lo es el miedo insuperable, estas características lo distinguen notoriamente, de los demás elementos de cada categoría dogmática del delito, partiendo como un resumen desde el primero que tenemos que es la acción, dentro de ella vamos a tener los elementos negativos del acto, que son circunstancias en donde la acción humana no puede ser considerada como responsabilidad penal, entre ellas nos entrega la Vis absoluta que es directamente la fuerza física irresistible, que nos dice en

³⁸ Ruiz, *Diccionario Índice de Jurisprudencia Penal*, 638.

³⁹ Haydée Martínez Vasallo y Belkis Martínez Vasallo, “El miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal y su implicación en las Ciencias Médicas” *Revista Médica Electrónica*, Volumen 35, No. 1 (Matanzas, enero-febrero, 2013), 81.

⁴⁰ Mario Arboleda Vellejo, “Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial (Séptima Edición)”, (Bogotá: Editorial LEYER): 208; Fernando Velásquez, “Manual de Derecho Penal. Parte General (Tercera Edición)”, (Medellín: Editorial COMLIBROS): 422-426; Daniel Varona, “La Eximente de Miedo Insuperable (artículo 20-6 CP)” (tesis doctoral, Universitat de Girona, España, 1999), 28-29.

⁴¹ Juan Armando Mata Elías, “El miedo insuperable” (tesis doctoral, Universidad de El Salvador, El Salvador, 1998), 21.

⁴² El autor Mario Garrido Montt refiere que “(...) la insuperabilidad del miedo ha de considerarse en términos normativos; (...) debe alcanzar intensidad, pero no inhibir la voluntad del que lo sufre. Por miedo insuperable debe entenderse aquel que permite no exigirle al que lo sufre un comportamiento diverso; un miedo que lo presione psicológicamente, de modo que una persona normal no pueda vencerlo en las condiciones que enfrentó el afectado (...) la insuperabilidad del miedo conlleva su actualidad. La inexigibilidad de otro comportamiento queda limitada a las alternativas que enfrenta aquel que en el momento de actuar sufre el estado emotivo; la actualidad se refiere al instante en que el sujeto realiza el acto típico”.*

palabras mucho más sencillas, que el sujeto que haya realizado un acto, por una fuerza externa (ej. El viento) y producto de la misma se haya violentado un bien jurídico protegido, como característica necesaria que sea de manera absoluta es decir que no haya podido por ningún manera evitarla (ej., el carro que choca con otro y producto de ello se va contra un peatón y el mismo muere vis absoluta), no podrá considerarse como una responsabilidad penal.

Ahora nos debemos trasladar hasta la categoría dogmática de la antijuridicidad, donde vamos a encontrar, las causas de justificación, que principalmente el estudio y varios maestros, como lo hemos señalado, no conllevan a entender que la figura del miedo insuperable debe de estar enmarcada en el estado de necesidad, partiendo de ello, se puede tratar de entender desde esta perspectiva, que esta fue una de las causales para que nuestros legisladores no hayan incluido la no exigibilidad de otra conducta en nuestro sistema penal ecuatoriano (Coip), como un elemento de eximente de culpabilidad, por cuanto existen varias confusiones entre las dos eximentes, una de las más notorias e importantes es que en el estado de necesidad, quien ejecuta el acto tiene la Capacidad escoger y entender el accionar de su conducta, es decir está en capacidad de realizarla, mientras tanto que en la figura del miedo insuperable esta capacidad de voluntad no se encuentra en el sujeto, la misma está destruida, anulada, principal diferencia para que no se pueda cometer este gigante error de tratar de escudar la tipificación de las causas de justificación, primordialmente el estado de necesidad en vez del miedo insuperable, como se deja anotado son dos eximentes muy diferentes, tanto más que la primera esta como causa de justificación y la segunda en la culpabilidad.

Es importante señalar que sobre los requisitos se han erigido varias teorías o posturas doctrinales. La teoría de la insuperabilidad psíquica⁴³, refiere que el sujeto es incapaz de dominar su ubicación en tiempo y espacio debido a la generación de dicho temor, lo que le imposibilita dirigir sus actos. Otra teoría es la del Hombre Medio, que alude al hecho de que el temor fundado no podría ser superado por la cualidad del hombre medio en la sociedad, por lo que excluye aquellas personas preparadas o con condiciones determinadas que las ubican en una situación que los capacita para enfrentarse de forma normal, a determinadas situaciones, en nuestro medio estaríamos frente a los señores agentes del orden, militares, etc.

⁴³ Juan Córdoba Roda, *“Comentarios al Código Penal. Parte General (Primera Edición)”*, (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2011), 336-337.

Capítulo Segundo

El miedo insuperable en el Código Orgánico Integral Penal

1. Análisis histórico del miedo insuperable

En la historia republicana del Ecuador desde el año de 1830, las leyes penales tradicionalmente castigaban a los ciudadanos que cometían conductas delictivas, expidiéndose por primera vez el Código Penal de 1837, publicado en el Registro Auténtico el 14 de abril de 1837, en el cual no existen antecedentes históricos a mencionar que se relacionen con el miedo insuperable. Es decir, en este primer Código no se incluyeron en sus disposiciones, el temor o miedo, como atenuante o dentro de una de las categorías del delito.

En el siglo XVIII, específicamente en el año de 1871, existió una evolución normativa en el régimen penal, a través de la expedición del Código Penal de 1871, publicado bajo el Registro Auténtico el 03 de noviembre de aquel año. En el referido Código encontramos uno de los antecedentes más remotos del miedo insuperable, pues en su artículo 90 se estableció:

Son circunstancias atenuantes además de que la ley declare en tales casos particulares, las que del algún modo disminuyen la intensidad de las infracciones o su malicia o alarma que hayan producido, como por ejemplo: la provocación del momento, el exceso de la defensa propia, el temor, la indigencia, la corta edad del delincuente y otras que dan un indicio favorable al carácter al individuo.⁴⁴

De lo expuesto, se colige que el miedo insuperable se originó por primera vez en dicho Código Penal, como una circunstancia atenuante bajo el término “temor”, lo cual disminuía la peligrosidad del delincuente, su malicia al momento de actuar; es decir, no se encontraba en ninguna categoría dogmática del delito, manifestando que han transcurrido aproximadamente más de 150 años y este particular no ha cambiado mucho en la actualidad, por cuanto también en el COIP, se considera como una circunstancia atenuante.

Por otra parte, se manifiesta que, en el siguiente Código Penal del Ecuador de 1889, el miedo insuperable siguió manteniéndose como una circunstancia atenuante, de hecho, se reguló en la misma forma que se encontraba establecido en el precedente Código Penal de 1871.

⁴⁴ Ecuador, *Código Penal*, Registro Auténtico, 03 de noviembre de 1971, art. 90

Así mismo, se indica que en el Código Penal de 1906, el miedo insuperable también estuvo incluido en la ley penal, pero con una pequeña modificación a saber: “Cuando el culpado ha delinquirido por temor o bajo violencia, aunque no sean insuperables.”⁴⁵ Es decir, que se consideraba en aquel entonces como atenuante a la conducta que se producía como temor, indistintamente si ese temor era o no superable, o sea, que no necesariamente debía ser miedo insuperable para que se considere como una circunstancia atenuante.

En el Código Penal de 1938 y de 1971, de igual forma el miedo insuperable, sigue considerándose como una circunstancia atenuante en su artículo 29 numeral 4, sin mayores modificaciones a indicar, por cuanto al igual que los Códigos Penales de 1906 y 1938, se aplicaba la atenuante, aunque el temor sea o no insuperable.

Con estos antecedentes, se puede indicar que en el Código Orgánico Integral Penal, al establecerse el miedo insuperable como una atenuante en su artículo 45 numeral 2, que se puede aplicar cuando se demuestre que la persona actuó por temor intenso, que vendría a ser lo más cercano al miedo insuperable desde el ámbito normativo que se ha legislado en nuestra normativa penal actual, pudiéndose concluir además que durante la vigencia de todos los códigos penales, nunca fue incluido el miedo insuperable como una de las categorías dogmáticas del delito, ni en la antijuridicidad, tampoco en la culpabilidad.

2. La culpabilidad en el Código Orgánico Integral Penal

La culpabilidad se encuentra establecida dentro del Libro I, Capítulo I, Sección Tercera del Código Orgánico Integral Penal, norma en la cual no se define a la culpabilidad como tal, pero si se encuentra dentro del capítulo en donde se analizan todas las categorías dogmáticas del delito de manera ordenada en la ley penal.

Al respecto, el artículo 34 del referido Código Orgánico Integral Penal señala: “Culpabilidad.- para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”.⁴⁶ Es decir, si bien no se define a la culpabilidad, si se exige sus requisitos siendo estos la imputabilidad y la antijuridicidad de la conducta.

⁴⁵ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial, Suplemento 61, 18 de abril de 1906, art. 32. Num. 4

⁴⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 34

Es este sentido, la doctrina dice: “Para que se configure la culpabilidad como categoría dogmática del delito es necesario que converjan los siguientes presupuestos: “Que el autor actuó con capacidad de culpabilidad, que tuvo la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y la exigibilidad de una conducta adecuada al ordenamiento jurídico”.⁴⁷

Dentro de este orden de ideas el autor, adiciona un elemento en la culpabilidad, el cual es la exigibilidad de otra conducta, el mismo que no se encuentra desarrollado en el COIP. Por tal razón, el Dr. Pablo Encalada señala: “Preocupa y llama la atención el hecho de que no se menciona la exigibilidad de otra conducta como presupuesto de la culpabilidad con lo que el Estado estaría en la obligación de sancionar a quien la sociedad no le exige un comportamiento diferente del realizado”.⁴⁸

Por tales razones en el presente trabajo, se analizó anteriormente, no únicamente las dos causas de inculpabilidad establecidas en el COIP, sino además este tercer elemento que es la exigibilidad de otra conducta, el cual ha sido ampliamente aceptado por la doctrina, en el cual se incluye al miedo insuperable, conforme los análisis que se realizan a continuación:

3. Causas de inculpabilidad según el COIP

a. Conductas penales cometidas por los menores de edad. De conformidad con lo establecido en el artículo 35 del Código Orgánico Integral Penal los menores de edad se someterán a las normas establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia, manifestando que quienes cometen estos delitos se les conoce con el nombre de adolescentes infractores.

En tal razón, es importante indicar que para que se demuestre un reproche a un sujeto, no debe formar parte de las personas que son inimputables, como, por ejemplo, el caso de los adolescentes infractores que son las personas que se encuentran comprendidas entre los 12 y los 18 años de edad. En tal sentido la doctrina señala:

La nueva legislación de menores establece (Arts. 305 y siguientes) que los adolescentes son penalmente inimputables, que no serán juzgados por los jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales. Agrega que los adolescentes,

⁴⁷ Liuver Camilo Momblanc y Ernesto Ortiz Imbert, “La Arquitectura de la eximente de miedo insuperable”, 10 de marzo de 2015, 208, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaArquitecturaDeLaEximenteDelMiedoInsuperable-6043565%20(3).pdf

⁴⁸ Pablo Encalada, *Teoría constitucional del delito* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones 2015), 105

por su responsabilidad en la comisión de hechos que la ley tipifica como delitos, estarán sujetos a las medidas socio-educativas previstas por este mismo Código.⁴⁹

En función de lo planteado, se manifiesta que los adolescentes deben ser sometidos al proceso de juzgamiento establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, en donde no se sanciona penalmente a este grupo de atención prioritaria, sino que más bien se dictan en su contra medidas socioeducativas en razón de su edad, pero únicamente a los adolescentes, por cuanto si la infracción penal es cometida por un niño, es decir que no haya cumplido los doce años de edad, este será entregado a sus padres sin ningún tipo de trámite, o sea que ni siquiera se dictarán en su contra medidas socioeducativas, pero los padres podrán responder civilmente por los daños ocasionados.

b. Trastorno mental. Así mismo, conforme se desprende del mismo código son inimputables las personas que tienen un trastorno mental debidamente comprobado que les prive tanto del conocimiento como de la voluntad al momento de perpetrar la conducta penalmente relevante.

En tal virtud el COIP señala: “No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado”.⁵⁰ Consiguientemente, la doctrina dice: “El Código Penal para estos casos, establece claramente en el artículo 35 una situación general de imputabilidad. El principio básico según el inciso primero, es que no tendrá responsabilidad alguna la persona que realiza un acto en el momento que está por enfermedad, en tal estado mental, que se halle imposibilitado de querer o entender”.⁵¹

De acuerdo al COIP y a la cita expuesta, se puede decir que es lógico que la persona con trastorno o enfermedad mental sea inimputable, por cuanto estos individuos están privados totalmente de su voluntad y conciencia, “de querer hacer” y por lo tanto no amerita someterle a un proceso penal que concluya con una sentencia condenatoria, por el cometimiento de algo, que nunca tuvieron la intención de hacer daño.

Por tales motivos, si la persona comete el delito en estas circunstancias se le deberá dictar por parte del juez competente una medida de seguridad⁵² pero previamente se

⁴⁹ Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 38

⁵⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 35

⁵¹ Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 51

⁵² “Medida de seguridad. Internamiento en un hospital psiquiátrico.- El internamiento en un hospital psiquiátrico se aplica a la persona inimputable por trastorno mental. Su finalidad es lograr la superación de su perturbación y la inclusión social. Se impone por las o los juzgadores, previo informe psiquiátrico, psicológico y social, que acredite su necesidad y duración” (*Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 76)

deberá determinar durante la etapa de instrucción fiscal o en cualquier etapa del proceso penal antes de la sentencia que efectivamente la persona tiene un trastorno mental, ello en base de exámenes periciales realizados por médicos psiquiatras y equipos técnicos debidamente validados por el Consejo de la Judicatura, lo cual deberá ser aceptado por el juez para que pueda aplicarse la medida de seguridad.

Dentro de algunas enfermedades mentales que se consideren al encontrarse en etapas avanzadas o al no haberse tratado adecuadamente, podrían privar a la persona de pensamientos lucidos y consecuentemente incurrir en delitos. Entre estas enfermedades se encuentran: La esquizofrenia; demencia precoz, la psicosis maniaco depresiva, el retraso mental, la demencia senil las psicosis infecciosas, tóxicas y traumáticas.

c) El estado de embriaguez. Otra de las causas de inculpabilidad que podrán privar del conocimiento y razón del individuo al momento de incurrir en una infracción penal, es el estado de embriaguez, el cual puede originarse como consecuencia del consumo o por el hecho de que el individuo injiera bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Por consiguiente, cuando un individuo comete un delito en estado de embriaguez, puede ser causa de eximente de responsabilidad, o también ser una circunstancia atenuante o agravante de la infracción, según la forma como fue producida u originado el estado de embriaguez de la persona.

Así será eximente de responsabilidad, si la embriaguez se produjo de caso fortuito⁵³, es decir cuando una persona no quiso ingerir licor o sustancias estupefacientes y psicotrópicas, pero lo hizo como consecuencia de acciones ajenas a su voluntad, como por ejemplo que una persona le haya drogado sin su consentimiento y, en ese estado comete un delito, no será responsable penalmente, justamente porque la persona no quiso entrar en ese estado, nunca lo buscó, sino más bien fue provocado culposa o dolosamente por terceras personas.

Alban señala: “En el estado de embriaguez por caso fortuito la persona actúa sin conocimiento, tampoco de voluntad que impulsa su conducta y perpetra un delito, no recibirá sanción penal alguna, por cuanto su conducta no es reprochable ya que no tuvo

⁵³ “Si deriva de caso fortuito y priva del conocimiento al autor en el momento en que comete el acto no hay responsabilidad” (*Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 37)

la capacidad de entender sus acciones, actuó sin conocimiento de la antijuridicidad de su conducta”.⁵⁴

Será atenuante por otra parte, si el estado de embriaguez disminuye la capacidad del sujeto, pero no le priva totalmente de la razón, es decir si tuvo la posibilidad de evitar el delito, pero no lo hizo porque está disminuido del manejo de sus capacidades intelectuales; en este caso el agente recibirá un tercio de la pena mínima, prevista para el tipo penal, es decir habrá una sanción penal disminuida.

Por otra parte, si previo a cometer el acto delictivo, la persona ingiere alcohol o sustancias estupefacientes y psicotrópicas para perpetrar el delito, es decir en forma premeditada, no existirá eximente de responsabilidad sino más bien se constituirá en una circunstancia agravante, en la cual al agente se le deberá imponer un tercio más de la pena máxima prevista para el tipo penal. A esta forma de embriaguez se la ha denominado como embriaguez premeditada.

Finalmente, cuando el estado de embriaguez no se deriva de caso fortuito, no agrava ni atenúa la responsabilidad penal de la persona, esto se da cuando se comete el delito sin que exista premeditación, no será considerada como ninguna circunstancia de la infracción.

La actio libera in causa, nos lleva a ciertas circunstancias, en las que el sujeto que ha cometido una infracción, lo ha realizado mediante un estado de inimputabilidad, pero que éste estado ha sido causado por el mismo sujeto, es decir por la misma persona que ha infringido o cometido una infracción, en los casos en la que se puede ver reflejada el *actio libera in causa*, se darán en el estado de embriaguez, como por ejemplo, cuando una persona para llegar a dar muerte a otra persona, pero para poder llegar a su objetivo el mismo se embriaga y con ello, trata de justificar un estado de embriaguez y de esta manera alegar una presunta falta de voluntad y conciencia, es por ello que esta persona que ha delinquido como un inimputable, a la esfera y la luz de la verdad y la lógica del derecho penal, esta persona si es imputable desde el momento en el que ha planeado el hecho y con ello se ha beneficiado, por ello el operador de justicia no podrá decláralo como inimputable. Como se mantiene señalado en los párrafos anteriores, el estado de embriaguez dentro del marco normativo penal, se puede resolver mediante tres aristas, están son como una eximente, como una atenuante y principalmente como una agravante, por ello el estudio de esta cualidad especial de causas de inculpabilidad al ser de muy

⁵⁴ Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 51

importante trascendencia, por su gran significado probatorio a fin de que el operador de justicia emita su sentencia.

A la esfera del estudio planteado en este tema de investigación que va dirigido a la eximente del miedo insuperable, vemos y comprendemos cada uno de sus requisitos y los mismo nos ayudan trascendentalmente marcar grandes diferencias entre estados de justificación como causas de exculpación de la culpabilidad, pero no podemos confundirlas y uno de los factores es incluso tratar de plantear un actio libera in causa como una causa de no poder dar un reproche penal a una persona inimputable cuando ya la doctrina ha demostrado que la misma puesta en causas de inimputabilidad centralmente al estado de embriaguez, el sujeto o la persona que lo hace, jamás ha perdido la voluntad o se ha visto destruido su libertad de actuar, el mismo ha tomado una decisión libre sin coacción moral peor de irresistibilidad de ninguna manera, ello marca grandes diferencias con nuestro miedo insuperable ya que en el mismo la capacidad de auto dirigirse esta anulada y de voluntad de la misma manera por una inseparabilidad por un factor externo, lo cual deja claro las distinciones entre estas dos esferas analizadas.

Como se puede apreciar, en el Código Orgánico Integral Penal, son muy limitadas las causas de inculpabilidad e inimputabilidad en las que pueden incurrir las personas y que no son objeto de responsabilidad penal, manifestando que existen también otros casos en los cuales los individuos pueden llegar a actuar privadas de la razón o voluntad al momento que se ejecuta un acto, como por ejemplo cuando se comete un delito por miedo insuperable.

Al respecto, cabe indicar que el miedo insuperable no ha sido tomada en cuenta como una causa para exclusión de la culpabilidad del sujeto, sino más bien como una atenuante conforme se desprende del artículo 45 del COIP, es decir que la persona que actúe bajo temor intenso y cometa un delito en este estado mental (por miedo) igual será sancionada penalmente aunque haya sido obligada a cometer la conducta penalmente relevante o el delito y, aunque no haya actuado con culpa o con dolo, peor aún con premeditación; podrá ser condenado, lo cual no se consideraría justo.

Por tales consideraciones, a continuación, se realiza un enfoque y estudio del tratamiento jurídico del miedo insuperable en la legislación nacional, así como también desde el punto de vista doctrinario a fin de que se identifique de mejor manera si el miedo insuperable debería ser una causa de inculpabilidad o atenuante como lo señala el COIP, en la actualidad o si existen otras posiciones teóricas que lo incluyan en otra.

4. El tratamiento del miedo insuperable en el Código Orgánico Integral Penal

En el Código Orgánico Integral Penal no se encuentra establecido en forma textual el miedo insuperable, menos aún su conceptualización, sino se utiliza el término de “temor intenso” como un medio de disminución de la infracción, y de esta manera estamos dando un reproche penal a una persona que estaba afectado de manera insuperable su voluntad de pensamiento.

Las circunstancias atenuantes disminuyen la gravedad de la infracción, la peligrosidad del delincuente, pero igual permite la imposición de una pena atenuada, generalmente se rebaja un tercio de la pena en varios tipos penales cuando se han aplicado dos o más circunstancias atenuantes.⁵⁵

En relación al miedo insuperable, el Código Orgánico Integral Penal señala: “Circunstancias atenuantes de la infracción. Son circunstancias atenuantes de la infracción penal: “2. Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia”.⁵⁶

De lo expuesto, se colige que el miedo insuperable en la legislación ecuatoriana no ha sido ubicado y/o incluido por el legislador en ninguna parte de teoría del delito (acto, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), motivo por el cual no se podría decir que se podría considerar como un eximente de responsabilidad penal, sino más bien como una circunstancia atenuante cuya aplicación puede disminuir la pena; con una gran regla, que se hayan configurado al menos dos circunstancias atenuantes conforme lo indicado en líneas anteriores, pero igual la persona, va a ser condenada y privada de su libertad.

El actuar por temor intenso puede ocurrir en varias circunstancias, que como se indicó anteriormente priva de su libertad de actuar al agente que perpetra el delito, siendo excluida su conducta, como por ejemplo: si un delincuente o banda criminal organizada secuestra a la familia del gerente de una entidad bancaria y el mismo es capturado por su agresor y es trasladado a un determinado lugar y obligado a que entregue las claves bancarias de la entidad para poder perpetrar el delito de apropiación ilícita electrónica,⁵⁷

⁵⁵ “Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto para el tipo penal reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción”. (Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, 2014, artículo 44)

⁵⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 45 num. 2.

⁵⁷ “La persona que utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones para facilitar la apropiación de un bien ajeno o que procure la transferencia no consentida (...), será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años” (Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, 2014, artículo 190)

es decir transferir montos económicos a otras cuentas no autorizadas; sin embargo el gerente se niega a realizarlo, por cuanto sabe y está consciente que posiblemente incurriría en un delito.

Ante tal negativa del gerente, el delincuente hace una video llamada a un cómplice el cual amenaza con dispararle y matarle a su hijo, sino entrega las claves y, el gerente por miedo insuperable en este caso entrega las claves bancarias y con ellas en ese mismo instante el delincuente accede a las cuentas de la entidad y realiza transferencias ilegales y/o no consentidas a cuentas en el exterior indicadas por el autor material del delito, lo que hace que se consume la infracción penal.

En el caso expuesto, es evidente que la persona actuó bajo miedo insuperable, es decir nunca tuvo la intención de causar daño a los bienes económicos del banco, tampoco quiso beneficiarse del dinero de la entidad bancaria, así mismo no benefició a un tercero intencionalmente, no actuó con culpa por cuanto no omitió ningún deber objetivo de cuidado, ya que fue secuestrado y obligado a perpetrar un delito en este caso de apropiación fraudulenta de medios electrónicos al ejecutar la transferencia de dinero a cuentas no autorizadas.

Es decir, actuó para evitar que le maten a su hijo; pero, sin embargo, este individuo que efectuó su actuar en contra de la ley penal y bajo estas circunstancias de miedo insuperable, deberá ser castigado con pena privativa de libertad de uno 1 a 3 años según el artículo 190 del Código Orgánico Integral Penal, que como se indicó anteriormente, no se consideraría justo.

En el caso en análisis, evidencia como sería el tratamiento jurídico del miedo insuperable como se encuentra escrito en nuestro Código Orgánico Integral Penal, es decir, que no sería eximente de culpabilidad, ya que la conducta de la persona fue forzada de manera severa, es decir no le quedó otra alternativa, de allí que el miedo insuperable, le privó al gerente del banco obrar conforme a derecho.

En este contexto, es preciso señalar que la pena a aplicarse por la referida conducta penal ejemplificada anteriormente, podría ser atenuada, siempre y cuando exista a favor del gerente otra circunstancia atenuante, caso contrario, ni siquiera podría tener una pena atenuada; ya que para que se disminuya en un tercio de la pena mínima según lo señala el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal deberán coexistir dos circunstancias atenuantes, caso contrario si la persona solo logra justificar que actuó con temor intenso o violencia, pero no justifica una segunda circunstancia atenuante podría ser sancionado

con las penas previstas para el tipo penal, no atenuadas, aunque haya actuado bajo temor intenso miedo insuperable.

Por tales motivos, es preciso señalar que la persona que actúa con temor intenso o miedo insuperable no debería ser responsable penalmente de la infracción penal, siendo necesario que la legislación nacional otorgue un tratamiento jurídico diferente para la persona que perpetra un delito en esas circunstancias y no como que se tratara de un delincuente más como en la actualidad se lo realiza.

5. Aplicación del miedo insuperable por la Corte Nacional de Justicia antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal

Es necesario establecer que el miedo insuperable si ha sido una eximente de responsabilidad penal aplicada por el máximo órgano de administración de justicia del Ecuador que es la Corte Nacional de Justicia, manifestando que a la fecha que transcurrieron los hechos, así como a la fecha en la que se dictó la respectiva sentencia estaba vigente el Código Penal del Ecuador.

En este sentido se indica que en el Código Penal publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 147 de fecha 22 de enero de 1971 el cual si bien sufrió varias modificaciones estuvo vigente hasta el 09 de agosto de 2014, es decir hasta antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

En el derogado código tampoco se encontraba regulado el miedo insuperable como tal, pero si constaba como una de las circunstancias atenuantes el actuar con temor superable. Al respecto el artículo 29 numeral 4 señalaba:

Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor (...)
4. Haber delinquido por temor o bajo violencia superables.⁵⁸

Según la citada norma legal, la atenuante era el miedo “superable”, es decir se refería al miedo que no privaba de voluntad a la persona en forma total, sino únicamente disminuía, de allí el término “superable”, pero por el contrario el miedo “insuperable” que es aquel que, si privaba en forma total de la voluntad a la persona, no se encontraba

⁵⁸ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento del Registro Oficial No. 147, 22 de Enero 1971, artículo 29 numeral 4.

legislado en el Código Penal del Ecuador, ni como circunstancia atenuante ni como eximente de responsabilidad penal.

Con estos antecedentes, a continuación, se realiza un estudio de la sentencia en donde se aplicó el miedo superable como un eximente de responsabilidad penal en donde la Corte Nacional de Justicia, encuadró al miedo insuperable dentro de la culpabilidad, siendo uno de los antecedentes más importantes de la aplicación de esta eximente.

La principal finalidad de traer alusión el presente caso, es dar un mejor entendimiento a los futuros lectores de este trabajo investigativo, que realmente, se puede aplicar la eximente del miedo insuperable en nuestro marco penal ecuatoriano, es decir mediante nuestro Coip, debiendo estar sumamente claro en cada uno de sus requisitos, para cada caso en lo particular, por ello, se desea entregar a todos nuestros operadores de justicia, que puedan tener un referente de jurisprudencia, en donde con la aplicación de metodologías de ámbito comparado, de estudios y análisis psicológicos mediante la aportación de las pruebas periciales, se pueden evidenciar claramente, cada uno de los factores que han influido en el sujeto que ha violentado bienes jurídicos de otro, es decir directamente en el presente caso, como la capacidad volitiva se ve destruida por un factor externo, que no ha permitido una libre actuación en el injusto penal, por ello debemos de entender y comprender que el derecho penal su fin no es dar cárcel a todo acto humano que haya ido en contra de normas penales, en todo lo contrario el derecho penal es un retenedor de todo el poder punitivo que pueden ejercer los mandatarios de turno, con ello impulso a todos los involucrados en el derecho a tener claro esos principios del derecho penal y saber que con la falta de tipicidad del miedo insuperable, estamos dejando que todo el poder y el reproche que la sociedad no está de acuerdo en contra de la persona que no teniendo otra opción más que hacer y someter bienes ajenos, tenga como resultado la cárcel, por ello a continuación detallo los detalles más importantes del caso:

Datos del caso:

- **Órgano jurisdiccional:** Corte Nacional de Justicia / Sala de lo Penal
- **Nro. de proceso:** 1315-2012 / Fecha: 25 de abril de 2013.
- **Procesada:** Piedad Mercedes Ramírez Cuvina /
- **Víctima:** Alejandro Guaynilla Yugcha
- **Delito:** Asesinato. Artículo 452 del código Penal
- **Narración de los hechos:**

En la provincia de Pichincha en el Cantón Quito, la señora Piedad Mercedes Ramírez Cuvina habría recibido maltrato de carácter físico y psicológico de violencia intrafamiliar desde que tenía 13 años por parte de su novio, quien luego fue su esposo.

Al casarse con el señor Alejandro Guaynilla Yugcha quien fue Policía Nacional, seguía recibiendo dichos maltratos en un constante círculo de violencia intrafamiliar.

Es decir, desde que era niña la procesada recibió dichos maltratos y luego se casó con su agresor es decir con el Policía que fue su esposo; lo cual le produjo serias afectaciones de carácter físico y psicológico, hasta que con fecha 15 de octubre del 2011, se produjo una discusión entre los dos, en la cual su marido le dijo que le iba a abandonar por otra mujer, como consecuencia de aquello la acusada tomó el arma de fuego de su esposo y mientras este libaba descargó sobre el 7 disparos en el cuerpo ocasionándole la muerte.

Por tales consideraciones, se le inició el proceso penal en contra de la señora Piedad Mercedes Ramírez Cuvina, en donde Fiscalía había sostenido que si bien la procesada se encontraba con enfermedad mental, la misma no le privaba totalmente de sus capacidades mentales, sino más bien le disminuía su conciencia, por lo que debía ser condenada, es decir fiscalía solicitó que se le sancione penalmente a la procesada pero aplicando la circunstancia atenuante establecida en el artículo 29 numeral 4 del Código Penal vigente a esa fecha, que se refería a la actuación por temor o violencia “superables”, mas no “insuperable”. Así mismo, solicitó que se aplique la circunstancia agravante de la infracción como lo es la alevosía prevista en el artículo 450 numeral 1 del mismo cuerpo legal.

Por su parte, la procesada desde el inicio del desarrollo de la causa penal señaló que era inimputable por cuanto sostenía que cometió el delito en un estado de shock psicótico y que ello le privo completamente de la razón; es decir que no actuó con voluntad ni conciencia al momento de haber asesinado a su esposo, aduciendo que el shock psicótico se produjo por cuanto la misma fue agredida en forma reiterada por su esposo desde que tenía 13 años, es decir antes de casarse con el mismo y ello incidió en forma directa en su salud mental hasta que el día que se produjo el crimen, no supo lo que hacía.

Con estos antecedentes, se manifiesta que la procesada luego de haberse seguido el debido proceso penal fue sentenciada por Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha a la pena privativa de libertad de 6 años, al haberse demostrado a criterio del

tribunal que perpetró el delito de asesinato de su cónyuge tipificado y sancionado en el artículo 452 del Código Penal vigente a esa fecha.

Por tal razón, tanto la acusación particular que eran los familiares del Policía que falleció, así como la condenada interpusieron recurso de apelación, conociendo el mismo la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, órgano jurisdiccional que rechazó el recurso interpuesto por el acusador particular quien señaló que en el delito se produjo con agravantes al ser la esposa de la víctima; y por el contrario aceptó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la condenada Piedad Mercedes Ramírez Cuvina, modificando le pena privativa de libertad de 6 a 4 años, manifestando que ni el síndrome de mujer maltratada, ni el trastorno agudo transitorio o shock psicótico producen un imposibilidad absoluta de querer o entender. Es por estos motivos que la sala de apelaciones rechaza la teoría de inimputabilidad alegada por la procesada.

Con estas consideraciones ambas partes interpusieron recurso de casación para ante la Corte Nacional de Justicia quien dictó sentencia el 25 de abril de 2013, en donde la corte incluye el miedo insuperable en su fallo, de acuerdo a lo expuesto en el siguiente análisis:

Análisis del recurso de casación de la Corte Nacional de Justicia

La Corte analiza los hechos partiendo de las circunstancias que tuvo que vivir la procesada manifestando que durante 9 años en forma sistémica fue víctima de violencia intrafamiliar de carácter físico y psicológica lo cual le produjo una anulación de su personalidad, ya que se detectó que tiene un trastorno de personalidad dependiente hacia su agresor, autoestima baja, estados depresivos, es decir tuvo afectación mental grave por síndrome de mujer maltratada, conforme lo expuesto por el perito psicólogo que examinó a la procesada, concluyendo la Corte que al momento que cometió el delito, la misma se encontraba en un shock psicótico según las pruebas analizadas y que obran del expediente judicial.

Los señores magistrados de la Corte Nacional de Justicia, en su tan acertado análisis debiendo nuevamente dejar señalado que estos hechos fue con nuestro código penal anterior (derogado), directamente con lo manifestado por la procesada, empezando por: a.- La procesada inicio una vida de pareja con el hoy occiso basada en una situación de violencia sexual, “El hoy occiso y la procesada se conocieron desde que ella tenía 13 años, iniciando desde entonces una relación de pareja, lo que, de acuerdo a nuestra legislación

penal, constituye delito de violación sexual”⁵⁹, no puede alegarse que la relación fue consensuada puesto que la condición del Código Penal (derogado), para considerar la existencia del delito de violencia sexual, es simple y llanamente que la víctima tenga menos de 14 años de edad, no consta en el artículo transcrito, excepción alguna a esta circunstancia, toda persona, en su niñez y adolescencia tienen derecho a un sano desarrollo de su sexualidad, propendiendo a un ejercicio de sus derechos sexuales, entendidos como el poder contar con condiciones seguras para construir dicho ejercicio, sin violencias ni abusos, la señora Piedad Mercedes Ramirez Cuvina, *no* tuvo garantizado este derecho.

La sentencia impugnada, al referirse al testimonio de la psicóloga perita señora doctora María Miranda, expresa: “...con las experticias realizadas por Barbarita Miranda, en calidad de Psicóloga... viene a conocimiento de los señores magistrados que conforman la sala, que la sentenciada habría conocido al hoy occiso desde los 13 años, y a los 15 años habría ya incidentes de violencia física y psicológica; que la víctima consumía alcohol a partir de los 17 años; que la sentenciada se ha adaptado a las condiciones de maltrato que sufría por parte de su cónyuge, en razón del abuso del alcohol, manifiesta rasgos de personalidad dependiente...”

La violencia intrafamiliar, es una especie de violencia de género y, por lo tanto un karma extremo de discriminación, que en el presente caso afecto a la procesada. La Corte Interamericana de derechos humanos, en el caso Gonzalez y otras ("Campo Algodonero") vs. México, en sentencia de 16 de noviembre de 2009 indico: la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo *que* tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

La Convención Belém do Para señala, que la Violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, la procesada fue sometida a violencia física y psicológica, desde los quince años de edad, por parte del hoy occiso,

⁵⁹ Ecuador Corte Nacional de Justicia “Sentencia 1051-2013” *Corte Nacional de Justicia*, accedido 13 de junio de 2019, párr. 27

quien desde los 17 años consumía alcohol, sin que esto constituya un factor justificativo de la conducta mal tratante, sino un factor de riesgo para la persona agredida.

Lamentablemente la procesada, por nueve años, fue privada de sus derechos fundamentales, pero además permaneció por tiempo prolongado en un espacio sin derechos, sometida a agresiones físicas y psicológicas, lo que es una característica que asimila, sin confundir, a la violencia intrafamiliar con la tortura. Espacio que en circunstancias de respeto e igualdad de derechos constituye el lugar, donde todas las personas encontramos protección y seguridad. No fue el caso de la procesada y sentenciada, la convención de la ONU Contra la Tortura la define como "un acto premeditado contra una persona por medio del cual se causa severo dolor o sufrimiento, físico o mental", como castigo, intimidación, o coerción, "o por cualquier razón basada en la discriminación"⁶⁰ se ha podido indicar que la violencia intrafamiliar es una forma extrema de discriminación.

La Convención Inter-Americana para la Prevención y el Castigo de la Tortura en su definición de la tortura incluye "los métodos usados contra una persona que buscan destruir la personalidad de la víctima o la destrucción de sus capacidades físicas o mentales, aun si dichos métodos no le causan angustia física o mental"⁶¹, la violencia intrafamiliar como en la tortura, la violencia física, esta íntimamente vinculada a la violencia psicológica, con uso de métodos muy elaborados y sistemáticos, que en la violencia doméstica, a diferencia de la tortura, muchas veces son utilizados inconscientemente y que, tienen como resultado el debilitamiento mental de la persona agredida.

La Corte Nacional de Justicia, realiza citas de casos similares en otros países en donde los tribunales de justicia han declarado el estado de inocencia de varias mujeres que mataron a sus esposos como consecuencia de la violencia intrafamiliar que vivieron con el mismo, es decir casos análogos, como, por ejemplo:

- <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/mujer/mujer-absuelta-por-matar-a-su-pareja-quiero-ver-a-mis-hijos/2013-01-12/075622.html> (enero de 2012. Karina asesinó a su marido tras 18 años de maltratos. Este viernes el tribunal la dejó en libertad.)

⁶⁰<https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/cat/pages/catindex.aspx#:~:text=El%20Comit%C3%A9%20Contra%20la%20Tortura,degradantes%20por%20sus%20Estados%20Partes.>

⁶¹<http://siderechos.cancilleria.gob.ec/app/web/wr-resource/ent5q/3/43%20CONVENCION%20INTERAMERICANA%20PARA%20PREVENIR%20Y%20SANCIONAR%20LA%20TORTURA.pdf>

- <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/27/espana/1288195621.html> (octubre 2010. Absuelta la mujer acusada de matar a su marido durante una pelea en Navarra. Sufrió maltratos por años)
- <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/absuelta-por-segunda-vez-la-mujer-acusada-de-matar-a-su-marido> (mayo 2011. Sufría maltratos por parte del marido)

En una de las referidas sentencias se refiere al temor intenso o miedo insuperable en los siguientes términos: “El miedo, entendido como: turbación del ánimo ante un peligro que nos amenaza supone, en el campo de la responsabilidad, un estado emocional en el que, a diferencia de otros que sólo pueden jugar como atenuantes, anula aquélla si concurren los elementos que configuran la eximente y que han sido reiteradamente expuestos por la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”.⁶²

De lo expuesto, se colige que el miedo insuperable ha sido tratado en la legislación comparada de España, como una causa de eximente de responsabilidad penal, no como una atenuante sino como una causa de inculpabilidad, según fallos reiterados por el máximo tribunal de justicia española, manifestando en dicho país que el miedo insuperable anula la voluntad de la persona por lo que no cabe tratarlo como una circunstancia atenuante.

Es decir que la Corte Nacional de Justicia al citar la jurisprudencia española referente al miedo insuperable implícita y explícitamente está aceptando que en determinadas circunstancias las conductas penalmente relevantes bajo temor intenso podrían llegar a constituir como un eximente de responsabilidad, es decir cuando se cumplan con todos los requisitos para que opere el miedo insuperable.

En el caso en análisis la Corte señala además que “la procesada nunca recibió protección del Estado durante nueve años de violencia intrafamiliar”⁶³ y tampoco cuando fue procesada por un hecho que tuvo antecedentes de violencia intrafamiliar, que el delito se cometió en un estado de shock psicótico sin que el Estado, haya garantizado con ninguna medida los derechos de la mujer, lo cual le lleva a una situación de inculpabilidad.

En tal razón, la Corte Nacional de Justicia decide rechazar el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía y por la acusación particular y en su lugar aceptar el recurso de

⁶² Ecuador Corte Nacional de Justicia “Sentencia 1051-2013” *Corte Nacional de Justicia*, accedido 13 de junio de 2019, párr. 20

⁶³ *Ibíd.*, párr. 29

casación planteado por la procesada aduciendo que la Sala de lo Penal no tomó en cuenta las pruebas periciales que conllevaron a determinar que la procesada al momento de cometer el delito no estuvo apta en sus facultades mentales, siendo este el motivo para que la Corte ratifique el estado de inocencia de la señora Piedad Mercedes Ramírez Cuvina y ordene su inmediata libertad.

La sentencia anteriormente expuesta es un antecedente en la jurisprudencia ilustrativa nacional, en la cual por primera vez la Corte Nacional de Justicia acoge una sentencia extranjera que se refería al miedo insuperable como eximente de responsabilidad penal, con dicha sentencia entre otros criterios jurídicos, la Corte fundamentó su resolución para ratificar el estado de inocencia de una persona que mató a su marido en un momento que su salud mental se encontraba seriamente afectada, manifestando que de acuerdo a la sentencia la Corte relacionó al miedo insuperable como causa de inculpabilidad, es decir le ubicó en esta categoría de la culpabilidad, mas no fue considerada como una causa de justificación, esta última se ubica en la categoría de la antijuridicidad.

En base de lo expuesto, se puede decir que, en el Ecuador, si ha sido posible aplicar la figura jurídica del miedo insuperable como eximente de responsabilidad, pero desde la jurisprudencia ilustrativa, mas no vinculante de la Corte Nacional de Justicia, mas no desde el ámbito normativo.

6. La fuerza irresistible en el Código Penal de 1971

El Código Penal anterior, fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 147 de 22 de enero de 1971, es decir estuvo vigente aproximadamente 43 años antes de que sea derogado por el vigente Código Orgánico Integral Penal en agosto de 2014.

En este cuerpo legal, a diferencia del COIP, no se estableció el concepto de infracción penal; sin embargo, de aquello, si constan desarrolladas de forma dispersa las categorías dogmáticas del delito, tales como: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Dentro de este marco, se manifiesta que, en el derogado Código Penal, en el “Título II denominado, de las infracciones en general, en el Capítulo I. De la infracción

consumada y de la tentativa, se tiene lo siguiente: La acción u omisión prevista por la ley, como infracción no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor”.⁶⁴

El caso fortuito o fuerza mayor, se refiere a lo que en la actualidad conocemos como fuerza física irresistible, definida como aquella conducta, no guiada por la voluntad de la persona, pero que lesiona bienes jurídicos, como, por ejemplo cuando un fuerte viento hace mover a una persona, pero que dicho movimiento, produce que la otra persona que se encuentra a su lado se caiga y pierda la vida.

Al respecto, cabe indicar la fuerza física irresistible en el Código Penal anterior, es considerada como eximente de responsabilidad por cuanto en estos casos existe la ausencia del querer y hacer una determinada acción.

Por otra parte, es importante hacer referencia a la fuerza moral irresistible, la misma que de igual manera se encontraba regulada anteriormente: “Capítulo II, denominado: De las circunstancias de la infracción, en su artículo 18 que prescribía: No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir”.⁶⁵

De acuerdo a la referida norma legal, se puede decir que se establecieron varios eximentes de responsabilidad, es decir, que, si se demostraba que la persona cometió un acto típico, en las circunstancias indicadas anteriormente, no se le podría generar responsabilidad penal. Estas circunstancias son: a) cuando el acto está ordenado por la ley o ha sido dictado por autoridad competente; b) o cuando el acto fue cometido por fuerza irresistible.

En el primer caso, que se refiere a la eximente de responsabilidad cuando la conducta está ordenada por la ley, se lo podría relacionar en la actualidad, como una de las causas de exclusión de la antijuridicidad establecidas en el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal; es decir, que en estos casos estas conductas, si bien pueden infringir bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, son legítimas y por lo tanto no se configuraría el delito en contra de la persona.

Y la segunda causa hace referencia a la fuerza moral irresistible, en donde cabe el estudio del miedo insuperable, el cual se genera por aquella presión que una fuerza externa o persona ejerce en contra de otras sobre sus sentimientos, personalidad y

⁶⁴ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 15

⁶⁵ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 18

emociones, para que obre de determinada manera (contra un bien jurídico), es decir de manera insuperable.

De lo expuesto, se colige que, en el Código Penal anterior, si se podía tomar en cuenta a la fuerza física irresistible y al miedo insuperable, lo cual evidencia que no es un tema nuevo, sino que más bien requiere de una mejor regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En este sentido se comprende que podemos abordar el concepto de fuerza física irresistible el mismo que nos indica: “Es la fuerza física material generada externamente al sujeto, que actuando directa o indirectamente sobre el mismo, con una intensidad que no puede resistirse por aquel determina un cierto movimiento corporal.”⁶⁶

En el COIP, la fuerza física irresistible ha sido regulada como una de las causas de exclusión de la conducta en su artículo 24 que señala que no son penalmente relevantes los resultados por los movimientos, reflejos o estados de plena inconciencia, que se hayan comprobado. Al respecto, la doctrina señala: “La fuerza física irresistible requiere la concurrencia de los siguientes elementos requisitos: Que sobre una persona – aquella cuya acción es enjuiciada en el caso concreto, actúe una fuerza irresistible y, que como consecuencia de dicha fuerza el sujeto sobre el que esta se proyecta obre violentado”.⁶⁷

De acuerdo al autor, para que la fuerza física irresistible sea aceptada, necesariamente la persona debe obrar bajo circunstancias ajenas a su voluntad, circunstancias no previstas ni queridas por el agente, sino a una fuerza física material proveniente del exterior de la persona que la sufre, la misma que puede actuar de manera directa o indirecta sobre la propia persona, sobre otras personas o cosas.

Esta eximente implica, una fuerza material física ejercida sobre el sujeto (se excluye, por tanto, la fuerza moral o psíquica) de carácter exógeno (se descarta una emoción violenta del sujeto o un impulso emotivo interno irreprimible) ejercida por un tercero o la naturaleza, que sea irresistible, que no pueda contrarrestarse o vencerse, de modo tal que el sujeto quede convertido en un mero instrumento u otro objeto de la naturaleza. La fuerza ha de ser absoluta, de tal modo que el sujeto se encuentre anulado en su capacidad de reacción.⁶⁸

Este caso podría presentarse, por ejemplo, cuando un automovilista se encuentra detenido en un semáforo y estando en tal posición es alcanzado por otro vehículo en la parte posterior y como consecuencia de aquello arrolla a un peatón que cruzaba frente a él; en este caso, existirá fuerza física que es invencible, es decir, que la persona no pudo

⁶⁶ Martín Pedro, “*La fuerza irresistible*”, (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2000), 5

⁶⁷ *Ibíd.*, 10

⁶⁸ Jorge Pérez, “*Las 15 eximentes de Responsabilidad Penal*”, (Lima: El Buho, 2006), 169

resistirse, ya que no tuvo conocimiento que el otro vehículo al impactarle, provocaría un accidente con el peatón.

Para que esta fuerza irresistible proveniente de lo externo, sea considerada como una exclusión de la acción, es necesariamente que la misma sea de manera absoluta, la doctrina nos describe una *vis absoluta*, sobre la misma nos indica que elimina no solo la libertad de voluntad sobre el sujeto que lo percibe, sino directamente la voluntad que es un elemento principal y fundamental dentro del concepto de acción.

Es importante una vez de haber realizado un análisis de la fuerza física externa, también notar la parte interna de la persona que lo recibe o mejor llamada fuerza moral irresistible, que afectara de manera directa la voluntad y que la dogmática lo ha denominado como miedo insuperable y, que por medio de esta, el sujeto que la percibe tendrá que elegir entre sufrir un mal o poder evitarlo pero teniendo como resultado el causarlo, esta fuerza en análisis afectara directamente sobre la mente del individuo, eliminando la voluntad de afectar bienes jurídicos protegidos pero teniendo la obligación de hacerlo para poder proteger uno de mayor valor.

Esta fuerza moral, al no estar enmarcada sobre una fuerza que sea de manera absoluta que de manera inmediata anule la voluntad de quien la percibe y principalmente al afectar la parte mental del sujeto, no se converge en una exclusión de acción, pero si toma gran importancia su estudio mediante la categoría de la culpabilidad en las causas de no exigibilidad de otra conducta, ahí se tendrá que definir una exclusión de culpabilidad y con ello se protegería a sujetos que siendo impulsados por una fuerza moral irresistible interna, no merecen un reproche penal.

7. Caso fortuito o fuerza mayor

En el Código Orgánico Integral Penal, el caso fortuito o fuerza mayor se encuentra establecido en la culpabilidad, especialmente en lo relacionado al estado de embriaguez. Es decir, cuando una persona comete un delito, en estado de intoxicación, embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes, se deberá identificar si dicho estado de embriaguez se debe a un caso fortuito o fuerza mayor, presentándose las siguientes circunstancias, como lo prevé el artículo 37 del Código Orgánico Integral Penal, como quedó analizado anteriormente.

Cuando el sujeto que transgrede la norma, en estado de embriaguez y si la misma se deriva de un caso fortuito o fuerza mayor, será un eximente de responsabilidad. Esto

puede operar cuando, una persona sin el consentimiento de la otra la droga, por ejemplo, poniéndole una pastilla; y, pierde completamente la razón y en ese estado comete un delito, no podrá ser declarada culpable, porque cometió el delito por efectos de la droga que le puso otra persona.

La segunda circunstancia se ocasiona cuando la persona comete un delito, por estar bajo los efectos del alcohol o de las drogas ocasionadas por caso fortuito; en este caso si la privación de la razón generada por las drogas o alcohol, no fue completa, pero disminuye considerablemente el conocimiento del agente, se le impondrá el tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal.

Como se puede apreciar en el Código Orgánico Integral Penal, se encuentra poco regulado el caso fortuito o la fuerza mayor, de manera especial se podría considerar como un excluyente de la culpabilidad de la persona cuando por caso fortuito o fuerza mayor, no buscado ni querido por el agente, una persona se embriaga y comete un delito.

Capítulo Tercero

Alternativas de aplicación del miedo insuperable en la actualidad

En el presente capítulo se propondrán algunas alternativas de solución que versan sobre la aplicación de la fuerza moral irresistible o miedo insuperable para los administradores de justicia. Así mismo, se propondrá un proyecto de reforma sobre la exclusión de la culpabilidad que versan sobre el miedo insuperable y también se realizará un análisis del miedo insuperable como parte del estado de necesidad, es decir dentro de la categoría dogmática de la antijuridicidad, a fin de identificar ciertas alternativas que permitan al juzgador aplicar esta figura jurídica.

1. Proyecto de reforma al Código Orgánico Integral Penal

En el Código Orgánico Integral Penal no se encuentra establecido en forma textual la fuerza moral irresistible o miedo insuperable, menos aún su conceptualización, sino se utiliza el término de “temor intenso” como una de las circunstancias atenuantes de la infracción, es decir, el actuar de la persona por temor intenso o bajo violencia.

De lo expuesto, se colige que el miedo insuperable en la legislación ecuatoriana no ha sido ubicado y/o incluido en ninguna de las categorías dogmáticas del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), motivo por el cual no es considerado como un eximente de responsabilidad penal, sino más bien como una circunstancia atenuante, conforme lo indicado en líneas anteriores.

En tal razón, se considera necesario que la fuerza moral irresistible o miedo insuperable sea incluido en nuestra legislación penal ecuatoriana como una excluyente de la culpabilidad, dentro de una causa de inexigibilidad de otra conducta, la misma que de acuerdo a la doctrina se funda:

En la inexigibilidad al sujeto de otra conducta en una situación concreta. En estas condiciones exigir que el sujeto se cerciore de la realidad del mal hará inviable la eximente, pues ello solo es posible con completa seguridad una vez que el peligro se haya concretado en la lesión del bien jurídico. Por eso, esta no puede ser una exigencia de la eximente. Para aplicar el miedo insuperable, basta con la creencia seria y fundada en la realidad del mal amenazante. Ello no implica establecer que el sujeto con un mayor cuidado pudo haber superado la creencia errónea.⁶⁹

⁶⁹ *Ibíd.*, 190

En función de lo planteado, se puede decir que la fuerza moral irresistible es una causa de exclusión de la culpabilidad, ya que una persona no debería ser condenada cuando actuó como el resto de las personas habría actuado en esas mismas circunstancias, no se le puede exigir otra conducta contraria; lo cual no es tomado en cuenta al momento de resolver por parte de los jueces en el Ecuador, en este caso por ausencia normativa que regule la fuerza moral irresistible.

Al respecto, se indica que la fuerza moral es: “La coacción o el miedo infundido al sujeto, por el cual este decide realizar un injusto penal. Pero para que la conducta no sea reprochable, debe tratarse de un miedo insuperable, es decir una situación en la que existan fundadas razones para temer”.⁷⁰

En base de lo expuesto, cuando una persona delinque por fuerza moral irresistible, no actúa con la intención de causar daño, tampoco, obra por negligencia o incumplimiento del deber objetivo de cuidado, sino más bien el individuo obra bajo tal (miedo insuperable) que le imposibilitó realizar otra conducta, ya que el miedo incidió de manera directa en el autor para efectuar una acción que no la hubiera realizado si sobre su accionar no estaba la protección de un bien de mayor valor. Cabe indicar que en esta situación no se podrá imputar esta figura de miedo insuperable a personas que su rol no lo permite, como son policías, bomberos, militares, como ejemplo no se puede aceptar que un bombero no acuda a un incendio a cumplir su rol, por miedo al fuego, en este sentido si se merece un reproche penal.

Por tales motivos, es preciso señalar que en contra de la persona que actúa con fuerza moral irresistible o miedo insuperable no debería existir un juicio de reproche, siendo necesario que la legislación nacional otorgue un tratamiento jurídico diferente a la persona que perpetra un delito en esas circunstancias especiales y no como que se tratara de un delincuente más como generalmente se presenta en los actos delictivos.

De este presupuesto es que existe la necesidad de incluir en el Código Orgánico Integral Penal, a la fuerza moral irresistible o miedo insuperable, como parte de la inexigibilidad de otra conducta, la misma que va a excluir la culpabilidad, esto con la finalidad de que los administradores de justicia cuenten con una herramienta jurídica de gran importancia y principalmente que se encuentre en la normativa y se proceda aplicar en los casos que así lo requieran, volviendo a insistir que son aquellas personas que si bien han lesionado bienes jurídicos de otras, es por cuanto no les quedó otra alternativa,

⁷⁰ Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 104

tuvieron que actuar como habría actuado la mayoría de personas en ciertas circunstancias específicas y consecuentemente no deberían tener una sentencia condenatoria.

En el COIP, no se ha tomado en cuenta este particular realmente no es entendible como el legislador omitió dentro de la categoría dogmática de la culpabilidad la exigibilidad de otra conducta y efectivamente la fuerza moral irresistible, de allí la necesidad de incluir a la fuerza moral irresistible, a fin de evitar injusticias, y no permitir la aplicación de manera punitiva que personas que fueron forzadas por una fuerza externa (vis compulsiva) a cometer un delito, protegiendo un bien jurídico de mayor valor, los mismos sean sancionados en el ámbito penal. Por tales motivos, el proyecto de ley reformaría bajo los parámetros enunciados de la siguiente manera.

Inclúyase como un inciso final dentro del artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal, lo siguiente: “...no existirá responsabilidad penal, cuando la persona que ha cometido un injusto, lo haya realizado, impulsado por un factor externo es decir bajo miedo insuperable y el mismo haya producido una anulación a la voluntad de pensamiento de manera insuperable protegiendo un bien jurídico de igual o mayor valor al lesionado, esta eximente no podrá alegarse en delitos sexuales...”

Es importante hacer un análisis enfocado sobre el tema de delitos sexuales, que en nuestro sistema tanto constitucional como penalmente son de una protección muy fuerte en la esfera legal, por ello se iniciará con lo que determina nuestra carta magna que lo tenemos tipificado en el Art. 66 numeral 3 “Se reconoce y garantizará a las personas, la integridad física, psíquica, moral y sexual. La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos”⁷¹.

Ya en la esfera de nuestra legislación penal ecuatoriana, en nuestro código orgánico integral penal, vamos a encontrar tipificados los delitos que van en contra de la integridad sexual y reproductiva, dándonos de esta manera en total once conductas, las mismas que son: inseminación no consentida (Art.- 164); privación forzada de la capacidad de reproducción (Art.- 165); acoso sexual (Art.- 166); estupro (Art.167); distribución material pornográfico a menores de edad (Art. 168); corrupción de menores de edad (Art. 169); abuso sexual (Art.170); violación (Art. 171); utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual (Art. 173); oferta de servicios sexuales con menores de edad por medios electrónicos (Art.- 174); y mediante las reformas que se han venido dando en nuestro ordenamiento penal, con la del año 2019,

⁷¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66 numeral 3

el legislador ha creado un nuevo tipo penal que se llama violación incestuosa (Art.-171.1).

Como ya tenemos todas las conductas, es importante tener en cuenta y en consideración las siguientes directrices, *las penas accesorias* que es, la facultad que posee el operador de justicia de que a más de fijar la pena establecida como adicional puede imponer una o varias penas no privativas de libertas. *Suspensión de la patria potestad o cuidado sobre la víctima*, esto va relacionado a cuando el agresor tiene un grado ascendiente o descendente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, el juez de garantías penales como medida cautelar procederá a la suspensión de la patria potestad, tutela, curatela y cualquier otra modalidad de cuidado sobre la víctima, protegiendo de esta manera sus derechos. *Inaplicabilidad de alegar que se actuó bajo temor intenso*, nos indica que no se podrá alegar la atenuante que consta en el Art.-45 numeral 2 del Coip. *Irrelevancia del comportamiento anterior a la víctima*, es entender que el comportamiento anterior de la víctima tanto público como privado, no se considera dentro del proceso. *Irrelevancia del consentimiento de los menores de edad*, es decir que la víctima que es menor de 18 años, su consentimiento es irrelevante a la esfera penal. *Protección especial a las víctimas*, la víctima por delitos sexuales, puede formar parte del programa de víctimas y testigos (Art. 175). *Imprescriptibilidad de las acciones y penas cuando las víctimas son niños, niñas y adolescentes*, con la consulta popular del año 20148 en nuestro país Ecuador, fue notorio y ganador el sí sobre la imprescriptibilidad en delitos sexuales sobre los menores de edad tanto en su acción para iniciarlos como en la pena a imponerse.

Analizado que ha sido con gran claridad estas directrices que recoge nuestro código orgánico integral penal, es muy importante tomar nota justamente la que tenemos tipificada en el Art.- 175 numeral 3 “Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva. Para estos delitos no será aplicable la atenuante prevista en el número 2 del artículo 45 de este Código”⁷², por cuanto la misma nos deriva a un estudio sobre, la atenuante que tiene el Coip en su Art.- 45 numeral 2 “Circunstancias atenuantes de la infracción. Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia”⁷³ y todo lo señalado lo trasladamos a nuestro trabajo de investigación relacionado a la eximente del miedo insuperable. Como hemos dejado señalado, el

⁷² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 75]

⁷³ *Ibid.*, Art. 45

estudiar los delitos sexuales, delimitan una línea de mucha complejidad, por la protección en todo ámbito legal dentro del marco constitucional, penal e internacional sobre ellos, por ello, justamente y con la reforma que como hemos dejado anotado es importante sobre el inciso segundo del Art.- 34, con la implementación de la tipificación de la eximente del miedo insuperable y por cuanto, en ella claramente se establece que esta eximente no será aplicable en temas de delitos sexuales, tanto lo señalado en los artículos 175 y 45 del Coip, seguirán operando de la misma manera, como lo han venido realizando hasta la actualidad, en aras de jamás poder hacer un uso excesivo de la eximente para beneficio sobre delitos de conmoción nacional y que son incluso ya imprescriptibles conforme las últimas reformas.

Con esta reforma se pretende que el administrador de justicia, pueda eximir de responsabilidad penal a la persona que actúe por fuerza moral irresistible o miedo insuperable con su excepción en los delitos de ámbito sexual, claro está siempre y cuando, la misma haya sido comprobada dentro de un proceso penal; es decir que de contarse con esta herramienta jurídica de manera correcta en nuestra legislación penal ecuatoriana debidamente tipificada, el operador de justicia en estos casos, eximirá de culpabilidad a las personas que han vulnerado bienes jurídicos y consecuentemente se evitaría cometer injusticias en contra de las personas que se vieron forzadas u obligadas a cometer una conducta penalmente relevante por un miedo insuperable.

2. Aplicación de la fuerza moral irresistible como eximente en nuestra legislación penal ecuatoriana

En el siguiente tema se abordará algunos medios de prueba que permitan evidenciar dentro de un proceso penal cuando una persona actúa por fuerza moral irresistible o miedo insuperable, lo cual es una tarea muy compleja para el operador de justicia, por cuanto cada caso en particular deberá ser analizado de acuerdo a las circunstancias concretas y así podrá determinar si una persona cometió el acto delictivo por miedo insuperable, una vez que se ha logrado tipificar la eximente del miedo insuperable por medio de la fuerza moral irresistible, damos luces a que el operador de justicia, pueda utilizar de manera adecuada la ley y de esa manera administrar justicia de manera correcta y oportuna.

Al respecto, cabe insistir que lo más adecuado para determinar que una persona actuó bajo miedo insuperable será la narración de los hechos y como se dieron y

sucedieron, de esta manera dar al operador de justicia, aplicando la prueba testimonial, el convencimiento de que el procesado no tuvo otra forma más de actuar y que la sociedad no le merece un reproche penal y, que no puede existir una sentencia penal condenatoria.

Vemos la necesidad de otra vía de llegar al convencimiento del operador de justicia, será una prueba pericial psicológica, la misma que deberá ser pedida según el caso que se sustente pudiendo ser como en la fase pre procesal de indagación o en la etapa de instrucción, evaluatoria y preparatoria de juicio y de juicio, claro está nos basamos a una pericia netamente psicológica y, con todo ello se determina que esta prueba para que tenga eficacia deberá ser expuesta de manera oral en la audiencia de juicio en donde el perito deberá sustentar su informe pericial, el cual de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Reglamento del Sistema Pericial de la Función Judicial deberá contener lo siguiente:

- a) Antecedentes. En el cual consta el objeto de la pericia y la autoridad que lo ordenó.
- b) Metodología y técnicas que se aplicaron en el informe pericial.
- c) Conclusiones y consideraciones técnicas, con la aplicación de los conocimientos especializados sobre el caso concreto
- d) Se adjuntarán los anexos y demás documentación de respaldo, según el tipo de peritaje realizado.

Es necesario que las conclusiones se encuentran debidamente sustentadas, es decir, que se evidencie técnicamente el por qué un perito en este caso el psicológico llegó a determinada conclusión, a fin de que ese informe pericial no deje duda sobre su contenido y pueda ser valorado adecuadamente por los operadores de justicia.

En el caso de fuerza moral irresistible o miedo insuperable, el perito que se puede designar como insistimos es un psicólogo, el mismo que será el profesional experto en evaluar al posible infractor con el objeto de aplicar algunos métodos y pruebas psicológicas que le permitan descubrir si la persona estaría o no incurso en una causa de exclusión de la culpabilidad.

En tal razón, es necesario identificar si en el mismo acto, existió o no una anomalía de carácter psicológico. La doctrina señala: Al derecho penal solo debe interesarle el efecto psicológico o psiquiátrico que causa la anomalía psíquica. El individuo será imputable si tal anomalía psíquica constituye un obstáculo para comprender la licitud de su comportamiento o determinarse conforme a dicho conocimiento. Las perturbaciones intelectuales y volitivas no son suficientes para la determinación de la inimputabilidad⁷⁴.

⁷⁴ Pérez, *Las 15 exigencias de Responsabilidad Penal*, 17

De lo expuesto, se colige que cuando se habla de la fuerza moral irresistible o miedo insuperable, se deberá demostrar a través de informes periciales no solo que la persona al momento de perpetrar una acción delictiva, actuó bajo miedo insuperable, sino además se deberá considerar los rasgos de personalidad de la persona; es decir, si ese miedo insuperable fue generado o no en ese momento de cometer la conducta penalmente relevante o si respondió a otras afectaciones de carácter psicológico que tuvo el agresor con anterioridad al hecho delictivo o que simplemente, en ese momento si tuvo la voluntad y conciencia necesaria para cometer la infracción.

3. Miedo Insuperable como causa de inimputabilidad

Para abordar este tema se cita a Álvarez, quien señala: “La valoración de la prueba persona es competencia del tribunal de instancia que desde la inmediación que preside, analiza y valora el testimonio del perito, no solo por lo que dice sino por las circunstancias que rodea el testimonio y que le otorgan o le niegan verosimilitud y posibilitan la acción del tribunal de instancia”.⁷⁵

Al respecto, se indica que la valoración de la prueba pericial por miedo insuperable, corresponde al Tribunal de Garantías Penales en la audiencia de juicio, la cual será la base para dictar una sentencia siendo esta absolutoria o condenatoria. En el caso de que valore un informe pericial que evidencie si una persona actuó o no con miedo insuperable, dicho informe deberá convencer a los juzgadores que efectivamente la persona al momento de cometer el ilícito, tuvo sobre el un impulso interno que de manera inmediata perturbo su voluntad afectando de manera rotunda sus pensamiento y su forma de llevar la situación ocasionada por un miedo insuperable, dado por una fuerza externa rompiendo de esta manera una libertad de acción, y como lo hemos señalado sujetándose a la no exigibilidad de otra conducta.

En este sentido, se puede tener como un elemento probatorio, la valoración psicológica y de la misma manera el informe pericial respectivo, si el mismo evidenciara que el sujeto o persona que cometió el injusto penal, obro estando privado de su libertad y pensamiento por una fuerza externa, servirá de gran manera para que el operador de

⁷⁵ Segundo Álvarez, *Propuesta de lege ferenda al Código Orgánico Integral Penal, para incluir la situación de no exigibilidad de otra conducta, el miedo insuperable y el estado de necesidad disculpante como causa de inculpabilidad* (Quito: Universidad Central del Ecuador, 2020) 92, <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/20759/1/T-UCE-0013-JUR-028-P.pdf>

justicia, tenga elementos firmes para así poder llegar a obtener una sentencia ratificatoria de inocencia.

Es por ello importante, entender, que todos los medios probatorios son de gran relevancia para poder evidenciar que el miedo insuperable ha influido rotundamente en la libertad de voluntad y de pensamiento sobre quien lo realizo.

4. El miedo insuperable como causa de justificación

El tratamiento del miedo insuperable ha sido abordado desde diferentes ópticas, en tal razón, se ha ubicado como exclusión de la culpabilidad, pero también como causa de justificación, si bien gran porcentaje de la doctrina opina que sería una causa de inculpabilidad, vale la pena analizar el miedo insuperable como causa de justificación. En tal razón, es necesario abordar la categoría dogmática del delito de la antijuridicidad.

Por ello, vemos la necesidad de empezar realizando una definición sobre las causas de justificación, las mismas que serán las únicas que puedan dejar a un lado o excluir la antijuridicidad, cuando un sujeto cometido una acción y producto de ello a violentado normas debidamente tipificadas y pese a que se haya producido un resultado lesivo, esta conducta no podrá ser considerada contraria a derecho y peor aún puede tener un reproche penal. Nuestro Código y como esta señalado correctamente en este trabajo, señala como causas de justificación al estado de necesidad, la legítima defensa y al cumplimiento de un deber legal. Varios son los autores que han tratado de llevar esta figura del miedo insuperable para las causas de justificación, relacionándola con ellas, por ello es importante realizar su estudio desde esta categoría dogmática del delito.

5. La antijuridicidad como categoría dogmática del delito

La antijuridicidad se considera como toda aquella conducta que contraviene o lesiona derechos protegidos por las leyes penales, las cuales, a su vez se legislaron para proteger los derechos establecidos en la Constitución. En tal razón, cuando se lesiona un bien jurídico protegido por las leyes penales, implícitamente conlleva la vulneración de los derechos fundamentales o los establecidos en la carta magna.

En relación a la antijuridicidad, Zambrano, señala: “El objeto de la teoría de la antijuridicidad es determinar bajo qué condiciones se puede afirmar que una acción típica

es además contraria al derecho, lo que presupone que ya ha quedado establecido que el hecho está objetiva y subjetivamente subsumido en un tipo legal”.⁷⁶

Por su parte, el Código Orgánico Integral Penal señala: “Antijuridicidad. Para que la conducta penalmente relevante, sea antijuridicidad deberá amenazar o lesionar, sin causa justa, un bien jurídico protegido por este Código”.⁷⁷ De lo expuesto, se colige que únicamente las acciones que amenazan o lesionan bienes jurídicos, son antijurídicas, siempre y cuando no exista una causa de justificación, es decir que si en la conducta penalmente relevante, se presentaron causas que la justificaron, esa conducta que lesiona bienes jurídicos, no será antijurídica y consecuentemente el acto no constituirá un delito.

En tal sentido, el tratadista Pablo Encalada, señala: “La antijuridicidad implica que la conducta es contraria al derecho, la cual en principio está supeditada a que no hayan causas de justificación que excluyan la antijuridicidad, es decir situaciones en las cuales la conducta típica sea jurídica, así como en los casos de legítima defensa o estado de necesidad”.⁷⁸

Visto de esta forma, se puede decir que la antijuridicidad supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por el ordenamiento y evidenciaría por qué esta conducta es contraria al derecho, aunque en realidad se puede decir que la conducta no está fuera del derecho, sino más bien que este le establece una serie de efectos jurídicos, el más grave la imposición de una pena privativa de libertad al agresor. Así mismo el autor, refiere algunas de las causas de justificación de la antijuridicidad lo cual se analiza a continuación.

6. Las causas de justificación de la antijuridicidad y el miedo insuperable

El Código Orgánico Integral Penal respecto de las causas de justificación en la antijuridicidad, señala: “Causas de exclusión de la antijuridicidad. No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa”.⁷⁹

⁷⁶ Marcelo López, “*La antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio*” (Buenos Aires: Edisofer, 2004), 17.

⁷⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 29.

⁷⁸ Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 72

⁷⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 30

Por las consideraciones expuestas, se indica que las causas de justificación, se refieren a los actos típicos que no se considerarían antijurídicos, cuando de por medio exista una causa de justificación para perpetrar la conducta, que en un principio es típica pero que finalmente no es antijurídica, por no contravenir el derecho. Estas causas de justificación de acuerdo al COIP, son: a) la legítima defensa; b) el estado de necesidad; y, c) el cumplimiento del deber o de órdenes legítimas.

Al respecto, la doctrina señala:

Se denominan también, causas de justificación de lo injusto. Son situaciones admitidas por el propio derecho penal que eliminan la antijuridicidad de un acto voluntario insumible en un tipo de delito y lo tornan jurídicamente lícito. Es decir, las acciones hacen en la tipicidad (el acto de sussume en el tipo), pero no en antijuridicidad, donde el comportamiento es justo.⁸⁰

La teoría del delito en los estudios doctrinales actuales, distingue en la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, las causas de justificación pertenecen a la antijuridicidad, es decir dejan sin efecto el tipo prohibitivo, cuando ellas existen el comportamiento no es antijurídico.

Como se puede apreciar en un primer momento, la fuerza moral irresistible o miedo insuperable, no está constando en nuestra legislación penal, como una causa dentro de la antijuridicidad como lo mantiene establecido la norma penal, por lo que, la persona que comete una conducta que viole una norma jurídica bajo miedo insuperable, es antijurídica, por el hecho de lesionar derechos y/o bienes jurídicos y no encontrarse en ninguna de las causas de justificación que se establece en la ley.

Sin embargo, algunas corrientes doctrinarias ubican al miedo insuperable como causa de justificación, entre los cuales se anota a Paredes, que señala:

El miedo insuperable es una causa de justificación, solo las personas no motivables por el derecho penal actúan sin culpabilidad. Esto no sucede en las situaciones de miedo insuperable, al menos si no se las considera como situaciones de trastorno mental transitorio. En estos casos el sujeto es motivable y el derecho penal por tanto, podría inhibir a las personas a actuar típicamente, podría pero no quiere hacerlo, porque esta asumiendo socialmente que los hechos realizados en tal estado no deben ser punibles en general, en consecuencia el miedo insuperable no es una consecuencia de inexigibilidad, sino de justificación del hecho.⁸¹

⁸⁰ Oscar Peña y Frank Almanza. *“Teoría del Delito Manual Práctico para su Aplicación en la Teoría del Caso”* (Lima: Editorial Nomos, 2010) 130.

⁸¹ César Paredes, *“La Eximente del Miedo Insuperable en el Derecho Penal Peruano”* (Lima: Universidad Mayor de San Marcos, 2015) 42, https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/Human/Paredes_v_c/cap_5.pdf

El autor, al ubicar al miedo insuperable como parte de la justificación, lo encuadraría en la categoría dogmática de la antijuridicidad, lo que equivale a decir que la persona que actúa por miedo insuperable y comete el delito, no podría ser sancionada penalmente, por cuanto dicha conducta estaría justificada.

En este contexto, Gimbernat, señala:

En síntesis, cuando se dan los requisitos de la causa de justificación, se aplicará esta y no el miedo insuperable, porque debe estimarse preferente la aplicación de la causa de justificación sobre la de exculpación. Por lo tanto, la eximente de miedo insuperable solo podrá entrar allí en consideración donde falte alguno de los requisitos necesarios para la justificación de la conducta.⁸²

El autor, así mismo señala que el miedo insuperable podría considerarse como una causa de justificación, únicamente cuando falte uno de los requisitos para justificar la conducta, es decir, tienen preferencia la aplicación de las causas de justificación como legítima defensa, estado de necesidad, o cumplimiento del deber y, solo si no cabe la aplicación de ninguno de ellos en un caso en particular se deberá considerar el miedo insuperable.

En todo caso, se podría decir que el miedo insuperable como causa de justificación no se encuentra en el ámbito normativo ecuatoriano, tampoco se han identificado sentencias dictadas por la Corte Nacional de Justicia en donde se refieran al miedo insuperable como causa de justificación, por ello, la necesidad de analizar y profundizar este tema, a fin de que el juzgador tenga herramientas que amplíen el ámbito de aplicación de esta institución jurídica. En tal, razón a continuación, se realiza el estudio del miedo insuperable como estado de necesidad.

7. El estado de necesidad

Previo a analizar este tema se considera necesario hacer referencia al estado de necesidad de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal. Al respecto, el referido cuerpo legal señala:

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 los siguientes requisitos: 1) Que el derecho protegido, esté en actual y real peligro; 2) Que el resultado del acto de protección,

⁸² Enrique Gimbernat, “*Estudios de Derecho Penal*” (Madrid: Tecnos, 1990) 224 https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/Human/Paredes_v_c/cap_5.pdf

no sea mayor que la lesión del daño que se quiso causar; 3) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.⁸³

Los requisitos establecidos anteriormente, son concurrentes, es decir que deben cumplirse todos y cada uno de ellos para que se configure el estado de necesidad; a falta de uno de ellos, el injusto penal, sería también antijurídico; por el contrario, cumpliéndose todos, se habrá justificado esa conducta; y consecuentemente no se configuraría el delito.

“El estado de necesidad exige una situación de peligro actual para un bien jurídico propio o ajeno. Pero ese mal debe ser grave e inminente y además imposible de ser evitado por un procedimiento menos perjudicial”.⁸⁴ De acuerdo al autor, serán excepcionales los casos en los cuales opere el estado de necesidad, ya que la persona solo en ciertos casos, es que puede encontrarse en una situación donde se vea obligado a cometer un acto típico, para proteger un derecho propio o ajeno y que además no pudo elegir entre otra conducta menos perjudicial.

Es decir que para que se acepten judicialmente los requisitos que configuren el estado de necesidad deberán existir objetivamente y no solo en la creencia del individuo o del sujeto que se decide actuar, lo que excluye los casos en los cuales, la persona únicamente piensa que el cometer una conducta era la mejor elección, pero en realidad, si existían otras conductas menos perjudiciales, allí no opera el estado de necesidad. Por tales motivos es que, en el estado de necesidad, el principio base es el de la ponderación de bienes y el de la autonomía de la personalidad, pero dicha ponderación debe ser objetiva, mas no subjetiva.

8. El miedo insuperable como estado de necesidad

Unos de los aspectos discutidos en la doctrina, mayormente del siglo anterior, es el hecho de diferenciar al miedo insuperable con el estado de necesidad como causa de justificación; ya que en algunos aspectos podrían tener puntos en común, por ejemplo, que ni en el estado de necesidad ni en el miedo insuperable existió la premeditación, o que, en definitiva, la persona no quiso cometer un tipo penal, sino que estuvo obligada a hacerlo ya que actuó por estado de necesidad o miedo insuperable.

⁸³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 32

Al respecto la doctrina señala: “La eximente del miedo es en realidad un supuesto específico de un estado de necesidad, caracterizado por la presencia del miedo, por cuanto coinciden en la existencia de un mal que amenaza”.⁸⁵ Para la autora, sería una causa de justificación, en donde el agente actuó para defender un derecho propio o ajeno impulsado por el miedo.

En otro criterio se tiene: “Las dos eximentes no difieren en lo sustancial, pues el miedo acaba siendo una subespecie del estado de necesidad cuya diferencia frente al contenido de la eximente estaría en el hecho de no quedar sujeto a la objetiva ponderación de bienes exigida a aquella”.⁸⁶

Otras corrientes doctrinarias diferencian al estado de necesidad del miedo insuperable, para lo cual se acogen algunos criterios de autores que se exponen a continuación:

La diferencia del miedo insuperable con el estado de necesidad no puede obtenerse si no es pensando que el primero ha de ser producido por la amenaza de una tercera persona que viene a insertar en la motivación que antecede a la resolución de voluntad un motivo extraño y de influencia decisiva. Es decir, que de alguna manera quien padece el miedo en primeramente un sujeto pasivo que reacciona ante una acción y en consecuencia termina agrediendo, mientras que en el caso de estado de necesidad el sujeto activa actúa constreñido por la propia necesidad.⁸⁷

De lo expuesto, por el autor, la diferencia radica en el origen que produciría el tipo penal; ya que, en el miedo insuperable, la persona incurre en el acto, por el temor producido por una tercera persona; que, ante la amenaza de un mal insuperable, cometió el delito; en tanto que, en el estado de necesidad, no existe esta tercera persona, sino que actúa por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno, sin que haya existido otro remedio menos perjudicial.

En este sentido, Rodríguez señala: “El estado de necesidad es compatible con la más perfecta serenidad del ánimo, mientras que el miedo insuperable radica en un estado emotivo especial, en el cual no es posible la reflexión. Se trata en suma de un estado emocional privilegiado. La diferencia está en la raíz emocional del miedo”.⁸⁸

El autor, enfoca la diferencia, en la voluntad de la persona, es decir, que mientras en el estado de necesidad la persona actúa de manera consciente y comete el injusto penal;

⁸⁵ María Cuerda, “*La Colisión de Derechos en el Derecho Penal*” (Valencia: Tirant to Blach, 1996)

⁸⁶ Marcelo López, “*La antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio*” (Buenos Aires: Edisofer, 2004), 49

⁸⁷ José Rodríguez, “*Derecho Penal Español. Parte General*” (Madrid: Ariel, 2000) 648

⁸⁸ Gonzalo Quintero, “*Derecho Penal. Teoría del Delito*” (Barcelona: Universidad de Barcelona, 1990) 439

en el miedo insuperable. No actúa de manera consciente, porque el miedo fue de tal magnitud, que privó de su libertad de actuar y por ende en su voluntad.

Por ejemplo: en el estado de necesidad, la persona que acude al hospital para atender a un familiar porque aparentemente le está dando un infarto, se cruza los semáforos, evade las leyes de tránsito; y, llega al hospital, en este caso, no habrá la infracción de tránsito por cuanto, la persona actuó por estado de necesidad y absolutamente consciente de sus actos.

Por el contrario, en el miedo insuperable la persona fue amenazada de muerte, a tal punto que creyó que efectivamente iba a morir; porque las circunstancias se presentaron para que la víctima tenga esta percepción; es decir, existió un arma de por medio, la amenaza de muerte a amigos o familiares; y, en tales circunstancias cometió el delito, porque el miedo se adueñó de su voluntad.

Una vez que se han expuesto varios criterios respecto del estado de necesidad y del miedo insuperable, es preciso señalar que la posición que más se consideraría aceptable es que el miedo insuperable si tiene diferencias marcadas con el Estado de necesidad, desde varios ámbitos:

a) Desde la naturaleza u origen de la acción, en donde en el miedo insuperable se actúa por temor a un daño que pudiere producir, una tercera, persona, lo cual no ocurre con el estado de necesidad; b) que, en el estado de necesidad, la persona actúa con voluntad y conciencia, es decir, sin miedo; en tanto que en el miedo insuperable la persona comete el tipo penal privada de su voluntad, en donde la persona pasó por un estado emocional muy particular.

Conclusiones

En el Código Orgánico Integral Penal, impulsado en parte por la escuela finalista, incorporó a nuestra legislación penal las categorías dogmáticas del delito y por ende la culpabilidad; pero dentro de esta categoría de gran importancia ha dejado a un lado a su elemento de exigibilidad de otra conducta, lo que nos acarrea que todo sujeto que actué de forma contraria debe de ser responsable de un reproche penal, aunque, el común de las personas haya actuado de la misma manera.

La culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta efectuada por el agente al momento de cometer la infracción penal, es decir que la sociedad no acepta la conducta ejercida por el autor que actuó con conocimiento no solo del hecho típico, es decir el delito establecido por la legislación penal, sino además que actuó con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta y que por tales motivos esa conducta se vuelve reprochable. En esta categoría dogmática del delito, no considera al miedo insuperable o fuerza moral irresistible como una causa de inculpabilidad.

En el Ecuador, la Corte Nacional de Justicia ha incluido en una de su sentencia el miedo insuperable, para excluir de responsabilidad penal, a una persona que fue privada de su voluntad al momento de cometer el ilícito, es decir, se lo aplicó como una causa de inculpabilidad, lo que deja evidenciar que en ciertos casos si se puede evitar que una persona que actuó por miedo, es decir, sin su libre actuar y afectado su voluntad sea declarada como culpable del cometimiento de una infracción.

Se concluye además que el tratamiento del miedo insuperable en la legislación ecuatoriana no ha sido ubicado y/o incluido en ninguna de las categorías dogmáticas del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), motivo por el cual no se podría considerar como un eximente de responsabilidad penal desde el ámbito normativo, sino más bien como una circunstancia atenuante cuya aplicación puede disminuir la pena privativa de libertad; pero siempre y cuando se hayan configurado al menos dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, manifestando que podría estar en desacuerdo en la forma de regulación del temor intenso o miedo insuperable ya que una persona no debería ser condenada cuando actuó como el resto de las personas habría actuado en esas mismas circunstancias.

Cuando una persona delinque por fuerza moral irresistible o miedo insuperable, no actúa con la intención de causar daño, tampoco, obra por negligencia o incumplimiento del deber objetivo de cuidado, sino más bien el individuo obra bajo tal angustia que le imposibilitó realizar otra conducta, ya que el miedo incidió de manera directa en el autor para efectuar una acción que no la hubiera realizado de no haber estado sometido a tal presión circunstancial.

Se concluye que existe la necesidad de incluir en el Código Orgánico Integral Penal, como una causa de inculpabilidad, al miedo insuperable, como parte de la inexigibilidad de otra conducta, a fin de que los administradores de justicia cuenten con una herramienta jurídica que se aplique en ciertos casos excepcionales en donde se evidenciaría una causa de inculpabilidad.

Para evidenciar que una persona actuó con miedo insuperable, se deberá realizar pericias psicológicas, conducentes a determinar que el individuo, no pudo elegir entre varios quehaceres posibles al momento de cometer una conducta penalmente relevante, porque estaba privado de su voluntad. De la misma manera será fundamental, los hechos detallados y la demostración con la prueba testimonial, a fin de que el juez tenga el convencimiento y aplique esta eximente.

Por otra parte, se concluye que el miedo insuperable, si tiene diferencias marcadas con el Estado de necesidad, de manera especial desde la naturaleza u origen de la acción, en donde en el miedo insuperable se actúa por temor a un daño que pudiere producir, una tercera, persona, lo cual no ocurre con el estado de necesidad; y, por otra parte, que en el estado de necesidad, la persona actúa con voluntad y conciencia, es decir, sin miedo; en tanto que en el miedo insuperable la persona comete el tipo penal privada de su voluntad, en donde la persona pasó por un estado emocional muy particular.

La fuerza moral irresistible o miedo insuperable debería incluirse como inciso final perteneciente al artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal, estableciéndose que no existirá responsabilidad penal, cuando la persona que ha cometido un injusto, lo haya realizado, impulsado por un factor externo es decir bajo miedo insuperable y el mismo haya producido una anulación a la voluntad de pensamiento de manera insuperable protegiendo un bien jurídico de igual o mayor valor al lesionado, esta eximente no podrá alegarse en delitos sexuales, con la referida reforma, logramos de manera adecuada tener tipificada la figura del miedo insuperable, debiendo tener en cuenta que esta eximente será una eximente de culpabilidad, pero con lo relacionado a delitos sexuales no podrá

ser alegada , justamente por la protección que mantienen este tipo de delitos en el marco constitucional, penal e incluso internacional.

Por medio de todo el desarrollo del presente estudio, dejamos muy en claro que las figura del miedo insuperable es de gran importancia a la esfera del derecho penal, por cuanto por medio de la misma a tener ya todos los conocimientos, a cual categoría dogmática del delito pertenece, siendo la misma la culpabilidad dentro del elemento de la no exigibilidad de otra conducta, estamos seguros que de la mano de la reforma que se ha planteado, es una gran oportunidad para que todo operador de justicia, pueda aplicarla con excepción en el tema de delitos sexuales, que se trata de una esfera de alto rango de protección de bienes jurídicos, por ello es importante tener en consideración que deberá existir una insuperabilidad, para que surta efecto esta eximente, de la misma manera vemos que tenemos grandes diferencias con las causas de justificación , con los términos de terror y principalmente con el pensamiento del legislador que al dejarla como atenuante, lo único que estamos haciendo es dando un reproche penal a un sujeto o persona que no tenía otra manera más de actuar, y que el resto de personas jamás pediríamos conferir un reproche penal por su actuación , por ello la oportunidad por medio de este trabajo de estudio dogmático y a la vez crítico, de tener un derecho penal que no únicamente brinde el resultado de cárcel a toda acción, si no que podamos formar parte de un avanzado consenso académico sobre la aplicación de la referida eximente.

Bibliografía

- Albán Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Código Orgánico Integral.
- Antón, “Derecho Penal”, 301; Herbert Lionel Adolphus Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law, Second Edition*” New York: Oxford University Press, 1968.
- César Paredes, *La Eximente del Miedo Insuperable en el Derecho Penal Peruano* (Lima: Universidad Mayor de San Marcos, 2015) 42, https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/Human/Paredes_v_c/cap_5.pdf
- Claus Roxin, *Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico* Buenos aires: Ediciones de Palma, 1979.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia “Sentencia 1051-2013” *Corte Nacional de Justicia*, accedido 13 de junio de 2019. https://vlex.ec/vid/-478183562_
- Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Código Penal*, Registro Auténtico, 03 de noviembre de 1971
- . *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971.
- . *Código Penal*, Registro Oficial, Suplemento 61, 18 de abril de 1906.
- Edgardo Alberto Donna, *Teoría del delito y de la pena*, Imputación delictiva, Buenos Aires: Astrea, 1995.
- Enrique Gimbernat, *Estudios de Derecho Penal* (Madrid: Tecnos, 1990) 224 https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/Human/Paredes_v_c/cap_5.pdf
- Ernest von Beling, “Esquema de derecho Penal. La doctrina del Delito – Tipo Traducción de Sebastián Soler” Buenos Aires: Editorial El Foro, 2002.
- Eugenio Raúl Zaffaroni, “Derecho Penal. Parte General, Segunda Edición, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2000.
- Fernando Díaz Palos, *Miedo insuperable*, Barcelona: Francisco Seix, 1978.
- Francisco Muñoz, *Teoría General del Delito*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.
- Franz von Liszt, “Tratado de Derecho Penal, Traducción de la 20a Edición por Luis Jiménez de Asúa.” Madrid: Editorial Reus S.A., 1929
- Gonzalo Quintero, *Derecho Penal. Teoría del Delito*, Barcelona: Universidad de Barcelona, 1990.

- Haydée Martínez Vasallo y Belkis Martínez Vasallo, “El miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal y su implicación en las Ciencias Médicas”, *Revista Médica Electrónica*, Volumen 35, No. 1, Matanzas, enero-febrero, 2013.
- Javier Castillo, “*La imputabilidad o inimputabilidad del psicópata en el derecho penal*” (Quito: corporación de Estudios y Publicaciones, 2015).
- Joaquín Vasquez Amarales, “El Estado de Necesidad Exculpante”, tesis, Universidad de Chile, 2015
- Jorge Pérez, “*Las 15 eximentes de Responsabilidad Penal*”, Lima: El Buho, 2006.
- José Cerezo Mir, “Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría Jurídica del Delito” Sexta Edición (Madrid: Editorial Tecnos, 2004).
- José Rodríguez, *Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid: Ariel, 2000
- Juan Armando Mata Elías, “*El miedo insuperable*”, tesis doctoral, Universidad de El Salvador, El Salvador, 1999.
- Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, “*Comentarios al Código Penal Tomo I*” Barcelona: Editorial Ariel, 1972.
- Juan Córdoba Roda, “*Comentarios al Código Penal. Parte General. Primera Edición*”, Madrid: Editorial Marcial Pons, 2011.
- K. mc Innes, Esoterismo Floral. Una prescripción Astro-floral, Segunda Parte. Correspondencia entre la serie del Dr. E Bach y el zodiaco natural” Buenos Aires: Editorial Dunken, 2014.
- Liuver Camilo Momblanc y Ernesto Ortiz Imbert, La Arquitectura de la eximente de miedo insuperable, 10 de marzo de 2015, 208.
- Marcelo López, La antijuricidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio. Buenos Aires: Edisofer, 2004
- . *La antijuricidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio*. Buenos Aires: Edisofer, 2000.
- María Cuerda, La Colisión de Derechos en el Derecho Penal, Valencia: Tirant to Blach, 1996.
- Mario Arboleda Vellejo, “*Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial Séptima Edición*”, Bogotá: Editorial LEYER.
- Martin Pedro, “*La fuerza irresistible*”, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2000.
- Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, Barcelona: TECFOTO, 1999.
- Oscar Peña Gonzáles, *Teoría del delito, Manual Práctico para su aplicación en la teoría del caso*, Perú: Nomos & Thesis

Oscar Peña y Frank Almanza. *Teoría del Delito Manual Práctico para su Aplicación en la Teoría del Caso*. (Lima: Editorial Nomos, 2010).

Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría Constitucional del Delito*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015

Percy García, *Derecho Penal, Parte General*, Lima: Jurista, 2012.

Raúl Guillermo López Camelo y Gabriel Darío Jarque, “Curso de Derecho Penal. Parte General” Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2004.