

**ESTUDIO SOBRE LAS EXIMENTES DE
RESPONSABILIDAD PENAL CON ÉNFASIS EN LAS
CAUSAS DE INCULPABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL
GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CÉSAR AUGUSTO PINEDA ARTEAGA

previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2005

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO: Lic. Boanerge Mejía Orellana
Vocal I: Lic. Eddy Geovanni Orellana Donis
Vocal II: Lic. Gustavo Bonilla
Vocal III: Lic. José Francisco Peláez Cordón
Vocal IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
Vocal V: Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO: Lic. Avidan Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. Saúl de León Estrada
Vocal: Lic. Byron Castañeda Galindo
Secretario: Lic. Hector Manfredo Maldonado

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ronald Orantes Ortiz
Vocal: Lic. David Sentes Luna
Secretario: Lic. José Efraín Ramírez Higueros

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 25 del Reglamento para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diecisiete de mayo del año dos mil cinco.-----

Atentamente, pase al LIC. CÉSAR AUGUSTO MORALES MORALES, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante CÉSAR AUGUSTO PINEDA ARTEAGA. Intitulado: "ESTUDIO SOBRE LAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL CON ÉNFASIS EN LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO" y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.-

~~MIAE/SH~~



7ma Av. 15-13 Zona 1
Edificio Ejecutivo 6to nivel
Tel. 22538921

Guatemala,
08 de agosto del 2005

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a su persona con el objeto de informarle que por resolución de fecha diecisiete de mayo el año dos mil cinco, fui designado revisor del trabajo de tesis del Bachiller **CÉSAR AUGUSTO PINEDA ARTEAGA** el cual se titula **ESTUDIO SOBRE LAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL CON ÉNFASIS EN LAS CAUSAS DE INculpABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**.

Manifiesto al señor Decano que con las recomendaciones indicadas en su oportunidad, el trabajo de investigación comprende los requisitos que se exigen para poder sustentar en su oportunidad el respectivo examen.

Me es grato suscribirme del señor Decano como su deferente servidor.

ID Y ENSEÑAD A TODOS



Lic. César Augusto Morales Morales
Revisor
Col. 1341

César Augusto Morales
ABOGADO Y NOTARIO





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, ocho de septiembre del año dos mil cinco--

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del estudiante CÉSAR AUGUSTO PINEDA ARTEAGA, intitulado "ESTUDIO SOBRE LAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL CON ÉNFASIS EN LAS CAUSAS DE INculpABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO", Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de tesis.-----

~~MI AE/stlh~~





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por concederme la inteligencia y sabiduría necesaria para culminar la meta propuesta, bendito seas mi Señor, todo poderoso.
- A MIS PADRES:** **María Magdalena Arteaga y Juan Pineda García (+).** Por haberme dado la vida, como reconocimiento a sus esfuerzos y el amor que siempre me han demostrado.
- A MI ESPOSA:** **Lidia Noemí Orellana Morán,** por tu incasable apoyo y comprensión, para ti la mayor parte de este triunfo.
- A MIS HIJOS:** **Jhonatan Augusto y César Josué,** el noble orgullo de mi existencia, para que sean ejemplo de superación y de utilidad a Guatemala.
- A MIS HERMANOS:** No puedo nombrar a ninguno en especial para no ser injusto, gracias por su cariño incondicional y ser compañeros de mis sueños e ilusiones.
- A MI FAMILIA:** **Por creer en mi.** A mis abuelos, a mis tíos, primos, sobrinos y cuñados.
- A LA TRICENTENARIA:** **Universidad de San Carlos de Guatemala,** especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por albergarme en sus aulas y darme la oportunidad de superarme tanto académica como profesionalmente.
- A MIS COMPAÑEROS:** Universitarios ya que juntos compartimos momentos de alegrías y tristezas, agradezco su amistad y les deseo muchos éxitos en el futuro.
- A LOS PROFESIONALES:** Edgar Armindo Castillo Ayala, Omar Ricardo Barrios Osorio, Milton Iván Ochoa González, Eduardo Arreaga Ríos y Pedro José Luis Marroquín Chinchilla.
- A USTED:** Con respeto y agradecimiento por compartir conmigo este momento trascendental de mi vida.

ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1.	Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.....	1
1.1	Concepto de circunstancias.....	1
1.2	Definición de circunstancias.....	7
1.3	Clases de circunstancias que modifican la responsabilidad penal.....	8
1.4	El principio de accesoriedad.....	11

CAPÍTULO II

2.	Las causas de inculpabilidad.....	28
2.1	Concepto.....	28
2.2	Clasificación.....	28
2.3	Diferentes causas de inculpabilidad.....	29
2.3.1	Miedo invencible.....	29
2.3.2	Fuerza exterior.....	29
2.3.3	Obediencia debida.....	30
2.3.4	Omisión justificada.....	30

CAPÍTULO III

3.	El error.....	32
3.1	Naturaleza jurídica.....	32
3.1.1	Definición.....	34
3.2	Clases de error.....	36

CAPÍTULO IV

4.	Omisión justificada.....	45
4.1	Aspectos generales de la omisión.....	45

4.1.1	Naturaleza jurídica.....	45
4.1.2	Concepto.....	48
4.1.3	Clases de omisión.....	49

CAPÍTULO V

5.	El cumplimiento de un deber.....	55
5.1.	Naturaleza jurídica.....	55

CAPÍTULO VI

6.	Necesidad de reformar el Artículo 25 del Código Penal.....	59
----	--	----

CONCLUSIONES.....	62
-------------------	----

RECOMENDACIONES.....	63
----------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	64
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

Históricamente la sociedad cambia y con ella, el derecho en cada una de sus ramas. Guatemala es un país que necesita de cambios estructurales a efecto de que exista un derecho eminentemente humano, con una filosofía y mística que tienda a expandir una justa y cumplida justicia, para darle a los gobernados una paz duradera dentro de un marco jurídico que tenga sus cimientos en el bien común.

La legislación guatemalteca ha sido tentada por diferentes gobiernos con ideologías que no encuadran en la idiosincrasia nacional, y más pareciera que fueran dirigidas a una sociedad distinta, y en cada uno de esos casos jamás han llegado a resolver la raíz del problema: la reinserción de aquéllos que transgreden la ley y la búsqueda de construcción de normas jurídicas que estén acordes a las acciones que se realicen, es decir, han olvidado la creación de una tipología abstracta para la aplicación de una consecuencia jurídica verdadera.

No es de extrañar que no se hagan cambios en los delitos y acciones enumeradas dentro del capítulo penal relativo a las causas de inculpabilidad, toda vez que los legisladores en la mayoría de casos obedecen a intereses de naturaleza económica, siempre van encaminados a debilitar a los ciudadanos para mantener un órgano de control administrativo que corresponda directamente a cubrir los intereses económicos pudientes en nuestro medio.

En el presente trabajo se han desarrollado seis capítulos, los cuales han sido tratados a efecto de hacer conciencia de que la legislación penal, específicamente en lo referente a la inculpabilidad, sean reformados y que se alcance un mejor performance jurídico para estar a un nivel internacional penal, que trate en mejor forma los delitos y las penas en ese sentido.

Encontramos dentro de esta monografía las siguientes temas:
a)Circunstancias modificativas de responsabilidad penal; (b) Causas de inculpabilidad; (c) El error; (d) Omisión justificada; (e) El cumplimiento de un deber; (f) Necesidad de reformar el Artículo 25 del Código Penal, los cuales se relacionan entre sí para llegar a aquellas conclusiones que tiene por objeto proponer recomendaciones a efecto de que nuestro ordenamiento penal sufra una reforma que sea contemplada en la iniciativa que se encuentra en manos de nuestros legisladores guatemaltecos.

CAPÍTULO I

1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

1.1 Concepto de circunstancias

El tema de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, pese a que no es un tema de la teoría del delito, es una aproximación a la misma.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no le pertenecen al tema del delito, puesto que resulta más propio del sujeto delinciente.

No es la posición sistemática objeto de la teoría del delito, como algunos tratadistas lo han visto, puesto que las consideran los terceros elementos del delito, es decir elementos accidentales del delito, como el caso de Muñoz Conde¹. En otras palabras, esta postura de ver a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal consistirían en el tercer elemento en la teoría del delito, cuando los primeros son los elementos positivos y los segundos los negativos.

Más bien como se ve, resulta más aceptable la clasificación que le dan otros tratadistas como los casos de Bustos Ramírez² o por otro lado Berdugo de la Torre y

¹ Muñoz Conde, Francisco, **Derecho penal parte general**, págs. 44 y 45

² Bustos Ramírez, Juan, **Derecho penal español**, pág. 337

Arroyo Zapatero³, que lo tratan en sus manuales como tema del delincuente, por ser modificativos a la responsabilidad penal y por tanto objeto de las relaciones que se establecen con el delincuente mas que con el delito. Sin embargo, como se apuntó, son una aproximación bastante efectiva a la teoría del delito, porque le sirve a esta para establecer las modalidades del hecho u omisión delictiva que no aparecen con la sola investigación de los hechos de un ilícito o de la aplicación de los elementos del delito.

La teoría del delito es aquella que "se preocupa del estudio de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de la acción. No implica el estudio de los elementos que describen cada uno de los tipos de delito en particular, sino de aquellos que concurren en todo hecho punible"⁴.

Tiene por objeto proporcionar los instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por el autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena, Para alcanzar esta meta la teoría del delito procede mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas que facilitan la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales, de esta manera, la teoría del delito rechaza como adecuada a su función una apreciación total o global del hecho, la afirmación de que un determinado suceso protagonizado por un autor es un delito dependerá por lo tanto, no de una intuición total, sino de un análisis que permita comprobar cada una de las notas

³Berdugo de la Torre, Ignacio y Luis Arroyo Zapatero, **Derecho penal**, pág. 246.

⁴Arango Escobar, Julio Eduardo, **Las sistemáticas finalista y causalista en la legislación guatemalteca**, pág. 5.

correspondientes al concepto del delito, trata de dar una base científica a la práctica del derecho penal proporcionándoles a los juristas un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad.⁵

Los albores de la Teoría del delito, los encontramos en la Edad Media, con “la preocupación de los canonistas de establecer una relación personal o subjetiva entre el sujeto y su hecho, lo que era una lógica consecuencia del sentido expiatorio... que se le daba a la pena...”⁶ por lo que “la culpabilidad no solo surge como un presupuesto y fundamento de la pena, sino al mismo tiempo permite graduarla”⁷ lo que permite una medida a su imposición.

Se iniciaba con todo aquello una nueva corriente de pensamiento, sobre todo analítico, que más tarde vendría a incorporar la antijuridicidad, como acompañante unida indisolublemente a la culpabilidad, dentro de la teoría del delito. Lo que va generando diferentes momentos dentro de la concepción del delito. El tipo por otra parte, constituye un presupuesto necesario y en cierta forma especial, en cuanto a la política legislativa del crimen, que ha de considerarse de esta forma, para el establecimiento de normas tuitivas. Solo son hechos delictivos aquellos que aparecen descritos en un tipo legal. Tipo Legal, es por tanto, aquella parte de una disposición legal que describe un determinado hecho.

⁵ Bacigalupo, Enrique, **Teoría del delito**, pág. 13.

⁶ Bustos Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 131.

⁷ **Ibid.**

Los elementos o “entidades” (como le llama Eugenio Cuello Calón⁸), en la Teoría del delito, permiten una descripción del problema complejo que se enfrenta, cuando se trata de estudiar al delito, visto, por tanto, no como un todo englobado, sino como un todo integrado en varias partes, susceptibles cada una de ser reformadas.

Tal como se señaló en la definición que aceptamos para entender el delito, y que quedó apuntada, el delito debe definirse de forma tripartita, incluida en ésta; la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad. Sin embargo; los elementos del delito son: la acción o conducta humana, la tipicidad, la antijuridicidad, o antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad. Nombrándose en algunos casos, a los mencionados como elementos positivos del delito, y a sus respectivas formas antagónicas como elementos negativos del delito.⁹ Sin embargo, para la Investigación presente, nos encontramos en los tres elementos mencionados.

Por medio de ésta, el Juez puede aproximarse a ciertas condiciones del delito que se ha cometido y que manifiesta a la vez cualidades del delincuente con respecto a él mismo. No se trata de móviles, sino de los aspectos más bien accidentales que en favor o en contra del delincuente operan en el hecho u omisión ilícita. Por lo que es un tema más propio del delincuente que del delito.

⁸ Cuello Calón, Eugenio, **Derecho penal**, pág. 188.

⁹ De Mata Vela, José Francisco y De León Velasco, Héctor Aníbal, **Curso de derecho penal guatemalteco**, pág. 141

Una circunstancia se trata de “un accidente de tiempo, lugar, modo etc. que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho”¹⁰. En el caso de un ilícito penal la circunstancia o circunstancias pueden ser cualidades de condición, de estado, de edad, de parentesco, de salud de los sujetos y cualquier otra particularidad.

Estas circunstancias, pueden beneficiar o perjudicar al delincuente y no son precisamente accidentales, porque el sujeto haya pensado en que alguna circunstancia podría afectar el juzgamiento del hecho más adelante, sino por su carácter de complementarias del delito.

Se dice que el sujeto que comete parricidio, puede no haber tomado en cuenta su relación de parentesco con la víctima, porque este hecho agrava la pena que se le impone por el delito.

En el caso de parricidio la circunstancia de ser familiar de la víctima puede curiosamente perjudicar o beneficiar al delincuente, todo depende de la participación o autoría directa, que haya tenido el sujeto encartado.

Contrario a dicho caso, el cónyuge que da muerte a su esposa porque la encuentra con su mejor amigo, no le perjudica dicha circunstancia, puesto que puede más bien incidir en disminuir la pena, es decir (en palabras más técnicas), atenuar la pena, como consecuencia de haber cometido el delito en estado de emoción violenta, lo

¹⁰ **Diccionario de la real academia de la lengua española**, pág. 286.

que nuestro Código llama Estado emotivo (Artículo 26 del Código Penal, numeral tercero).

Por todo lo expuesto, las circunstancias están presentes en el hecho, con la conciencia del delincuente y/o sin ella.

Las circunstancias en el derecho penal, son un tema importante, cuando se trata de juzgar a un delincuente, pero sobre todo cuando se aplica una pena. Es decir, que las circunstancias del delito que rodean al delincuente abren una página especial para el conocimiento del pensamiento que éste tuvo en el momento de consumir su delito, y que debe tomar el juez muy en cuenta.

La relevancia de enfatizar estas circunstancias radica en la modificación que puede darse en la pena que se le aplique al culpable de un delito, que se ve afectado por cualidades o modalidades diversas que son estas mismas circunstancias.

El Juez se ve condicionado por dichas circunstancias a examinar la responsabilidad penal, puesto que no es lo mismo dar muerte a alguien por el descomunal interés y objetivo de acabar con su vida como en el caso de quien mata por emoción mayor a sus fuerzas, o por quien se ve beneficiado económicamente por dicha muerte.

Importante tarea tiene entonces las circunstancias que rodean un delito, puesto que le permite al Juez aplicar una condena más severa o más benigna según el caso. Y es importante también que los jueces apliquen a todos los casos dichas circunstancias.

Muchas sentencias de muerte pueden verse afectadas en su ejecución o inclusive para no imponerse de conformidad con las circunstancias que operen a favor o en contra del delincuente o para agravar o atenuar la pena.

1.2 Definición de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

Se establecen dos conceptos diferentes de lo que debe tomarse como circunstancias. Circunstancias en sentido general y circunstancias en sentido estricto.

En sentido general circunstancias son "los accidentes, modalidades de tiempo lugar, modo, condición, estado, edad, parentesco, salud y demás particularidades que acompañan a algún hecho o acto"¹¹.

Por el contrario en sentido estricto podemos tomar como definición de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal la apuntada por Bustos Ramírez que establece por circunstancias del delito los: "elementos accidentales

¹¹ Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, pág. 69

nominados o innominados dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación de la pena"¹².

1.3 Clases de circunstancias que modifican la responsabilidad penal

5.1 Tradicionalmente se conocen las circunstancias atenuantes y las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, muy probablemente porque son las únicas dos clases de circunstancias reguladas en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. Sin embargo, existen otras formas en que se pueden presentar, siendo estas las llamadas (por la generalidad) circunstancias mixtas.

El tratadista Juan Bustos Ramírez las nombra como circunstancia Mixtas, sin embargo otra gama de tratadistas las nombra como circunstancia mixtas de parentesco. Entre esta gama de tratadistas se encuentran: Ignacio Berdugo Gómez de la Torre; Luis Arroyo Zapatero; Juan Carlos Ferré Olivé; José Ramón Serrano Piedecabras; Nicolás García Rivas y otros ya mencionados en esta investigación.

Las circunstancias mixtas o de parentesco son aquellas que pueden atenuar o agravar la pena del condenado según el caso. Es precisamente ese el hecho que se planteaba en los primeros párrafos de el presente contenido, estableciéndose que una circunstancia modificativa puede beneficiar al condenado al atenuar o privilegiar su pena, por su relación de parentesco, como en el ejemplo del marido que mata a su

¹²Bustos Ramírez, **Ob. Cit;** pág. 361.

mujer porque la encuentra con otro, y por el estado emotivo dicha circunstancia beneficia al cónyuge.

Por otro lado puede perjudicar al encartado si es el mismo caso de dar muerte pero la víctima es pariente por consanguinidad, lo que en Guatemala se considera un parricidio.

Es precisamente este último caso el que provoca la problemática en Guatemala (y el cual se explica más adelante), puesto que ya existe el caso de calificación o agravación con un tipo específico en el Artículo 131 del Código Penal o Decreto 17-73 del Congreso de la República, el cual regula el parricidio.

En tal sentido Berdugo señala: “La regulación legal de la circunstancia mixta de parentesco no presupone que el parentesco sea utilizado necesariamente como atenuante o como agravante en relación con determinado grupo de delitos. Por el contrario, el Juez sólo debe tener en cuenta la naturaleza, los motivos y los efectos del delito para valorar si la pertenencia al ámbito parental o familiar debe beneficiar o perjudicar al sujeto penalmente responsable, o no optar por lo uno ni lo otro, recurriendo a la no- aplicación de esta circunstancia mixta...”.¹³

Estas circunstancias se encuentran reguladas en el Artículo 31 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República el cual señala: “Podrán ser

apreciadas como circunstancias atenuantes o agravantes, según la naturaleza, los móviles y los efectos del delito: ser el agraviado cónyuge o concubinario, o pariente del ofensor por consanguinidad o por afinidad dentro de los grados de ley; así como las relaciones de respeto, amistad gratitud, dependencia u hospitalidad que existan en el imputado con respecto al ofendido...”

Por otro lado, existe una clasificación doctrinaria de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, la cual consiste en dividir las en personales y materiales. Pero no así en los códigos penales, aún y cuando en el Artículo 30 se refieran a “factores o caracteres meramente personales del delincuente” (Artículo 30 del Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.)

En el caso de las circunstancias modificativas personales se trata de aspectos de parentesco. Lo importante en el caso de estas circunstancias es que son incommunicables dado su aspecto personal.

En el caso de las circunstancias modificativas materiales se trata de las que por su naturaleza si resultan comunicables, siempre y cuando el sujeto haya tenido conocimiento de ellas previamente a la realización del hecho delictivo.

¹³ Berdugo, **Ob. Cit**; pág. 275.

Esta distinción resulta relevante para la presente investigación, toda vez que son en las primeras mencionadas en donde radica la problemática de toda la hipótesis.

1.4 El principio de accesoriadad

Este principio surge como complemento de la necesidad de viabilizar una forma de introducir a los sujetos que sin ser autores directos de un delito, toman parte en la realización del mismo.

Tiene como fundamental objeto establecer que todo delito tiene un determinado autor, que surge respecto de la realización del correspondiente tipo legal, lo que constituye el hecho principal; todo otro interviniente realiza una acción accesoria. La accesoriadad entonces tiene el privilegio de enfatizar que existe un hecho principal, del cual se desprende la participación eventual de otros sujetos, quienes son indispensables o no en la relación del delito.

Conforme la participación en el delito se gradúa la responsabilidad penal de los sujetos que están vinculados con el delito. De tal manera que si varios sujetos participan en un hecho delictivo pueden presentarse dos casos, o que su participación sea exactamente la misma, (en cuanto a responsabilidad), lo que conlleva tomarlos a todos como coautores, o bien que uno o más sean los responsables directos y otros

participantes simplemente tengan relación de complicidad. A todo lo cual la ley y la doctrina nombra como “participación en el delito”.

La relevancia del análisis que brinda el estudio de la presente figura, consiste en que se debe determinar si una persona que contrata a otra para cometer un homicidio o un asesinato: ¿Participa como autor o como cómplice en la perpetración de dicho ilícito?.

La participación es “la intervención en un hecho ajeno”. Dada esta circunstancia, de ser "ajeno", esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal. Este hecho, como lo señala Bustos Ramírez¹⁴, tiende a ser un hecho omitido por varios tratadistas, y en efecto en Guatemala, solo se toma en cuenta para efectos de la aplicación de la pena, y no para la actividad de juzgar. De este modo desaparece la situación de autor y partícipe, este segundo como instigador, como accesorio, como encubridor o como cómplice.

Por lo escrito anteriormente la participación en el delito es distinta de la autoría toda vez que el cómplice es partícipe del hecho que lleva a cabo un autor. Ahora bien, en cuanto a los Artículos del Código Penal que se refieren a esta institución, se tiene que, el autor es partícipe también, esta aseveración desde dos puntos de vista. Primero por la forma en que se redacta el Artículo 36 del cuerpo de leyes mencionado. El autor aparece en dicha norma, ofreciendo algo a cambio o alentando a otro a perpetrar un

delito, lo cual en la autoría según la doctrina no puede ser cierto toda vez que el autor es quien lleva a cabo un delito o en todo caso se pone de acuerdo con otro para dicho fin, y tan solo se reparten papeles como coautores.

Por otro lado, tanto la figura del autor como la del cómplice se encuentran ubicados sistemáticamente abajo del título “participación en el delito”, lo cual hace suponer por lo menos en apariencia, que el autor también es un partícipe, hecho que se desmiente al hacer una lectura comprensiva de los autores en doctrina.

En cuanto a la participación en el delito, Muñoz Conde¹⁵ señala: “Este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables e importantes particulares de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con las legales. Desde el primer momento conviene dejar establecido con claridad que una cosa es lo que, para los efectos de la pena, el Código Penal considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales”.

De tal manera que debemos aclarar que el partícipe no realiza un delito, ilícito o conducta que tenga personal interés en realizar, sino que es motivado por el interés de la persona que lo contrata para realizar dicha acción, con lo que se rompería la teoría

¹⁴ Bustos Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 229.

¹⁵ Muñoz Conde, Francisco, **Ob. Cit**; pág. 391.

del tipo legal, puesto que el dolo del sujeto que contrata no es el de realizar la acción él mismo, como lo señala el artículo respectivo, sino pagarle o inducir a alguien más a hacerlo, por lo que el primero de los mencionados no desarrolla el tipo, por lo tanto no se le puede acusar de desarrollar dicha conducta tipificada. Tampoco se trata de crear un tipo legal, para cada partícipe. De tal forma que tendríamos atiborrado de posibles figuras delictivas, nuestro Código Penal.

No debemos perder de vista que la participación en el delito es un asunto de parte general y no de parte especial del derecho penal.

Nuestro Código Penal, establece dos figuras como los responsables penalmente del delito: Autores y cómplices. Situación que se presta a no individualizar figuras como la de encubridores o instigadores, que aunque tengan contemplada una figura delictiva determinada en la ley, se colige que a los mismos se les toma como autores directos, eliminando de esta forma también la teoría de la participación en el delito, para este efecto.

Dentro de la doctrina española, la participación en el delito, presupone la existencia de un autor... y para este hecho basta con tener la intención criminal; de este modo desaparece la distinción entre autor y partícipe, entre hecho principal y actividad accesoria... La participación es "la intervención en un hecho ajeno"¹⁶. Dada esta

¹⁶ **Ibid.**

circunstancia, de ser "ajeno", esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal".¹⁷

En Guatemala, según el Código Penal en su Título V, capítulo I, autores son aquellos que:

1. Toman parte en la ejecución directa de un delito.
2. fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutar un delito.
3. Cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.
4. Estén presentes en el momento de su consumación, habiéndose concertado con otro u otros para la realización del mismo.

Se coligen claramente las grandes contradicciones que sustentan las mencionadas formas, puesto que en el numeral segundo, tenemos una manifestación de instigadores, que ya es contemplada como figura delictiva, y que si bien es concordante dentro de la lógica del Código, no hace repercusión de las principales teorías en cuanto a la participación en el delito. Toda vez, que como se mencionó, la participación en el delito es un asunto de parte general y no de parte especial.

A parte de lo mencionado, debemos aclarar que, cooperar en la realización de un delito, es una actividad claramente de cómplice, y no de autor, como lo establece el numeral tercero del Artículo 36, del Código Penal.

¹⁷ Bustos Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 289.

No obstante lo anterior, es poco difícil distinguir entre autor inmediato y autor mediato, que es lo que se argumenta por algunos autores guatemaltecos como De Mata Vela, De León Velasco o Gálvez Barrios. Este último realiza un análisis más específico de esta situación en su folleto “participación en el delito”, señalando que: “la doctrina dominante y el derecho penal alemán distinguen, cuando varias personas participan de un hecho punible, entre autoría como forma de participación principal y complicidad e inducción como formas de participación secundarias”.¹⁸ Esto mismo es sostenido por el profesional mencionado, como regulación que se presenta en Guatemala, para los efectos de autoría mediata e inmediata, siento el primero alguien que puede simplemente “participar” al ofrecer ayuda en la comisión de un hecho ilícito, y luego el segundo, es decir el autor inmediato quien realiza el hecho directamente. Este criterio no se comparte en la presente investigación, y aunque no es el tema central de la misma, se puede afirmar que el Artículo 36 del Código Penal, si bien pareciera responder a esta concepción, se considera equivocada cuando en el Artículo 37, relativo al cómplice se señalan como expresa en la presente investigación, elementos claros que son eminentemente de un autor.

Según Mir Puig: “El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos. La doctrina entiende que dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como

propio alguno de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo”.¹⁹

Según, Claus Roxin: “Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde”.

Según María González: “En la actualidad, la ciencia del derecho penal reconoce la existencia de la categoría de la autoría mediata, a través de la cual se permite imputar la comisión de un ilícito a título de autor al que se vale de otra persona para ello (autor inmediato o instrumento).

Señala Muñoz Conde²⁰ que la complicidad es una forma de participación. Por la cual una persona contribuye con la realización de un acto, que tiene como autor a otra persona.

Son cómplices, según el Artículo 37 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República:

- ⊗ Quienes animan o alientan a otro en su resolución de cometer un delito.

¹⁸ **Gálvez Barrios, Carlos Estuardo, Participación en el delito, pág. 2.**

¹⁹ Mir Puig, Santiago, **Derecho penal, parte general**, págs. 385-446.

²⁰ Muñoz Conde, **Ob. Cit**; pág. 395.

- ⊗ Quienes prometen ayuda o cooperación para después de cometido un delito.
- ⊗ Quienes proporcionan informe o suministran medios necesarios para la realización de un delito.
- ⊗ Quienes sirvan de enlace para obtener la concurrencia de estos en el delito.

El primero de los mencionados casos de complicidad, presenta grandes dificultades para individualizarlo de lo que se considera autor que "coopera" en la perpetración de un delito (numeral 30. del Artículo 36 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República).

Para el segundo de los casos de cómplice, se nos ocurre la pregunta, de que medios de prueba materiales puede haber para comprobar que alguien ha prometido una "ayuda" para luego de cometido el delito. Se trata pues en el numeral segundo, del Código Penal, en nuestro criterio de una tesis indefendible, puesto que la ayuda se tendría que materializar y no solo estar "prometida".

En el tercer caso, "Quienes proporcionan informes o suministran medios necesarios para la realización de un delito". Probablemente sea el caso más cercano a cómplice, es aquí donde toma capital importancia el hecho de que este tipo de informes o medios que suministra y que constituyen el elemento que los convierte en cómplices,

debe regularse con mayor exactitud, a manera de adecuar la figura del cómplice simple, distinguiéndola de la del cómplice necesario.

Finalmente el último de los casos, “Quienes sirvan de enlace para obtener la concurrencia de estos en el delito”.

Se trata pues de una actividad no definida correctamente, puesto que el sujeto que realiza dichas actividades puede que las realice como parte de un plan, y esto lo convierte en autor. Sin embargo, lo que nos interesa es que no entra en la esfera de cómplice. Aunque claro está, que justificándose la necesidad de reformar la figura del cómplice debe también hacerse lo mismo con la del autor.

Existen para la doctrina dos clases de cómplice, el simple y el necesario. En el primero de los casos se puede señalar que, cómplice simple es quien sin su participación el delito puede llevarse a cabo, siendo su participación meramente eventual o circunstancial. En el segundo caso, el cómplice necesario es quien logra con su participación que el hecho delictivo se consume, en caso de no participar en el delito puede no llevarse a cabo el mismo. No obstante, esta participación indispensable en el caso del cómplice, no significa que el mismo haya tenido conocimiento del hecho antes de su participación, porque la complicidad depende de que no haya “dominio del hecho” previamente, lo cual es privilegio del autor.

El problema fundamental de la complicidad, consiste en que el sujeto que participa bajo esta figura en la perpetración de un delito o ilícito, puede hacerlo de diferentes formas y grados de participación. Es decir, su participación puede revestir importancia, esencialidad, como puede que no la tenga.

En el caso de que la participación de un sujeto reviste esencialidad, es decir, que sin su concurso el delito no podría haberse llevado a cabo, entonces se dice que su participación en dicho ilícito es “necesaria”. Claro, si el sujeto no presta esa complicidad, el ilícito puede no llevarse a cabo.

Esta participación imprescindible, genera dos problemas. Por un lado es urgente establecer una frontera entre el cómplice necesario y el coautor. Y por otro lado, se debe tener cuidado en los objetos que constituyen la complicidad, puesto que algunos pueden no ser tan útiles o necesarios en la perpetración del injusto o ilícito.

Para explicarlo de mejor forma, en cuanto a los límites que distinguen a un cómplice de un coautor, se debe dar importancia a la teoría de que el primero no tiene un dominio sobre el hecho, puesto que de tenerlo es ya un autor; el hecho de que no hale el gatillo no significa que no haya tenido antes una participación tan indispensable que sin su presencia no hubiera sido posible la perpetración del delito, puesto que desde la formulación de un plan para llevar a cabo el injusto, el que ahora se creía cómplice asumió la responsabilidad de determinada función para que el ilícito fuera un

éxito. Por lo que se debe dejar en claro que el sujeto que tiene todo el dominio del hecho, es un coautor y no un cómplice.

La diferencia en mencionar autor o coautor, consiste en que en los hechos delictivos llevados a cabo por una sola persona solo puede haber autor, mientras que, cuando son varios los que ejecutan el delito, entonces son coautores.

Sin embargo, el coautor no es un cómplice necesario siquiera, puesto que aunque el primero tenga en sus manos un medio por el cual el delito se llevara a cabo y que efectivamente lo entrega o lo pone al servicio de dicho fin, no tiene el dominio del hecho, puesto que no tiene una función o responsabilidad en la perpetración del delito, sino más bien su participación se genera en el momento de consumarse el delito o pese a que se da con anterioridad, es una simple colaboración. Aunque no por esto ha dejado de ser la complicidad una colaboración dolosa.

Es decir que el cómplice necesario, no es un coautor. Un coautor es un autor.

El concepto de necesidad como se dijo, también es el segundo aspecto de la problemática del cómplice necesario, puesto que no se tiene bien definido que se debe entender por medios necesarios para la realización de un hecho delictivo, lo que conlleva a la dificultad de regular la figura del cómplice necesario.

Es aquel que de su participación depende la realización del delito, pero porque entrega un elemento, objeto o instrumento que resulta indispensable para la realización del hecho.

La figura del cómplice necesario la desarrolló Gimbernat²¹, con su famosa teoría de “los bienes escasos”. Según esta, si el autor del delito no cuenta con los suficientes medios para llevar a cabo su injusto, y estos termina por proporcionárselos otro sujeto, éste es el cómplice necesario, puesto que sin él, el autor no comete su delito. A esta figura de Cómplice necesario²², como le llama Bustos Ramírez, Berdugo de la Torre le llama: “Cooperador necesario”.

El cómplice simple por el contrario del anterior, es aquel que participa en el hecho delictivo, pero su participación no es esencial para la perpetración del delito. En otras palabras, sin el concurso de este sujeto, que ha de juzgarsele como cómplice ulteriormente, el delito de todas formas se puede llegar a realizar. Por ejemplo, cuando un sujeto sustrae el bolso de una dama en la calle, sin percatarse que a pocos pasos de él se encuentra un policía que inmediatamente de ocurrido el hecho inicia su persecución, el delincuente cuenta con buena suerte, porque a la vuelta de la esquina se encuentra un motorista amigo suyo, quien no sabe lo ocurrido y no obstante le ayuda a escapar. En este caso, para la realización del delito de robo, no fue necesaria la

²¹ Gimbernat, Enrique, **Autor y cómplice en derecho penal**, pág. 152.

²² Bustos Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 293.

participación del sujeto motorista, pero al final, por haber ayudado a la fuga, se convierte en un cómplice simple.

Es decir que este tipo de cómplice tampoco tiene dominio del hecho, puesto que si no se le toma como coautor, pero, su participación se genera a partir de un comportamiento que no es tan relevante que de eso mismo pueda depender la realización del delito. El sujeto como partícipe puede ser reemplazado por otro sujeto o por algún medio que cumpla su función, desde un punto de vista del autor. Es decir que si el cómplice necesario aportaba un medio indispensable es decir un medio abundante, entonces se constituiría como tal, pues eso mismo sirve para determinar que el cómplice simple es quien no aporta un medio esencial.

Es lógico que este cómplice debe recibir una pena menor que la que se le ha de asignar al cómplice necesario. De ahí su importancia en cuanto a la regulación de ambos. Podemos llamar al cómplice necesario, cooperante necesario o como quiera llamársele; sin embargo, es claro que la participación del mismo no es coautoría. Y por otro lado, al cómplice simple se le puede llamar cooperante no necesario, sin embargo, esta claro que esta es la forma más conocida de cómplice y la que en realidad debe existir con dicho nombre.

Nuestro Código Penal, en su Artículo 39, dice "Delito de muchedumbre";

“Cuando se trate de delitos cometidos por una muchedumbre, se aplicarán las disposiciones siguientes:

Si la reunión tuvo por objeto cometer determinados delitos, responderán como autores todos los que hayan participado materialmente en su ejecución, así como los que sin haber tenido participación material, asumieren el carácter de directores.

Si la reunión no tuvo por objeto cometer delitos y éstos se cometieren después por impulso de la muchedumbre en tumulto, responderán como y, como autores, los que revistieren el carácter de instigadores, hayan tenido o no participación material en la ejecución de los hechos delictivos. Quedarán exentos de pena los demás.

Esta última exención no alcanza a la reunión en sí misma, cuando estuviere prevista en la ley, como delito.

Este Artículo se ubica en la parte general, lo que hace muy difícil distinguir dentro del mismo, cómplices o autores, porque esta es ya una forma de "participación en el delito", y no un delito, como su mismo epígrafe lo intitula ("delito" de muchedumbre).

En tal circunstancia, se debe juzgar según el Código, como cómplices a aquellos que participaron materialmente, y como autores a aquellos que participaron como instigadores. Monumental error, nada más equivocado, porque basta con darle una

breve lectura a lo que el Código Penal considera como cómplice, y en su artículo 370, numeral 10. señala que serán aquellos que animaren o alentaren, a la comisión de un delito; y luego se contradice adelante, en el Artículo 390. al considerar como autores a los instigadores, conducta esta, que puede ser considerada como sinónimo de aquellas del cómplice, además por no existir una definición legal de dichos términos en el Código. El dolo (la intención criminal) o la culpa (cometer un delito por imprudencia) no se presentan con toda la anterioridad necesaria para determinar su existencia.

En otras palabras, suelen no ser tan claros y manifiestos en el mundo exterior. Tenemos el caso de muchedumbres que reunidas con fines muy distintos a la perpetración de un delito, para un evento de cualquier tipo cultural, por ejemplo, se encuentran a un sujeto cometiendo un hurto o asalto, y en muchedumbre finalmente lo linchan (castigar tumultuariamente hasta dar muerte sin ningún proceso). En este caso, aquellos a los que se les compruebe relación directa, no pueden ser cómplices, sin embargo se presenta un grado especial de omisión en aquellos que aunque no tomaron parte directa en la perpetración del injusto, demostraron una conducta permisiva, y nada denunciativa. Por lo tanto, dentro de la muchedumbre pueden haber autores, y otros simplemente cómplices. En otras palabras, en cuanto a lo ya explicado del cómplice simple, hay muchos sujetos en una muchedumbre que pueden participar de esa forma, es decir, pueden simplemente servir para que unos pocos de todo el grupo lleven a cabo el hecho delictivo.

Por lo anterior, se puede determinar que la ubicación sistemática del delito de muchedumbre no debe ser la parte general, sino la parte especial. Toda vez que esto mismo se define del mismo epígrafe del Artículo porque el mismo no es denominado participación en muchedumbre sino delito de muchedumbre.

Para el delito cometido en muchedumbre, lo que nos interesa, es que el Código Penal lo menciona como una forma especial de participación en el delito (Artículo 39 del Código Penal). De manera que cuando un delito se comete por una muchedumbre, y es posible establecer que su reunión fue con ese propósito (un linchamiento por ejemplo), es una participación en grado de autoría. Por el contrario, si se trata de un delito cometido en muchedumbre, que fue reunida sin el ánimo de cometerlo, entonces estamos frente a una participación en grado de complicidad para muchos, y la autoría para unos pocos.

El principio de accesoriedad no es más que el fundamento de la complicidad, por el cual, los cómplices pueden ser tomados como partícipes en la realización de un hecho punitivo. De tal manera que supone la existencia de un hecho principal y de ahí devendrá que el hecho realizado por el cómplice es “accesorio”, por tal motivo el principio de accesoriedad acompaña siempre la acción del cómplice.

La relevancia jurídica del principio de accesoriedad estriba en crear toda una serie de conceptos en torno al cómplice e inclusive del encubridor, pese a que en Guatemala ya éste último cuenta como conducta típica regulada en un Artículo

específico que es del 474 al 476 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Para la presente investigación, la relevancia del principio de accesoriadad consiste en la necesidad que hay de relacionarlo con la forma en que opera en la comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Tal el caso de Juan que en complicidad con Pedro asesinan al padre del primero de los dos. A Juan obviamente se le juzgará como parricida, lo interesante se presenta cuando hay que juzgar a Pedro, quien ha participado como cómplice (según el principio de accesoriadad) en la acción de la que Juan es autor. La pregunta en este caso es si a Pedro ha de juzgársele accesoriamente como cómplice de delito de parricidio (por éste el delito principal) o bien juzgarle por separado por asesinato, lo cual resulta poco técnico e improcedente puesto que en dicho delito no hay autor, porque a Juan no se le juzga por asesinato.

Por otro lado si se le juzga a Juan como autor de asesinato se deja de conocer las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que afecta al caso, puesto que el autor si tiene relación de parentesco con la víctima.

Dicho caso y las implicancias de los contenidos más generales de toda la investigación, expuestos hasta aquí se analizan en los subsecuentes capítulos del presente contenido.

CAPÍTULO II

2. Las causas de inculpabilidad

2.1 Concepto

“Lo contrario de culpa, y afecta al estudio de las causas que la excluyen o modifican”²³.

Algunos tratadistas alemanes, como Max Ernesto Mayer o Augusto Köhler, las llaman causas de inculpabilidad o causas de exculpación, y entendemos por las mismas, las causas que absuelven al sujeto de la comisión de un hecho delictivo en lo que Jiménez de Asúa llama juicio de reproche.²⁴

2.2. Clasificación

Cuando el acto puede ser típicamente antijurídico, y el actor un imputable, falta la culpabilidad por cualquiera de las siguientes causas: a. Miedo invencible; b. Fuerza exterior; c. Error; d. Obediencia debida; e. Omisión justificada.

Son aspectos negativos de la culpabilidad, es decir, en el hecho no existe dolo, culpa ni preterintencionalidad, es decir que las causas de culpabilidad, al igual que las de justificación y las de inimputabilidad, desaparecen la responsabilidad penal, y no solo reducen el juicio de reproche, sino en este último caso, lo hace perecer.

²³ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 118.

²⁴ Jiménez de Asúa, Luis, **Lecciones de derecho penal**, pág. 259.

Nuestra legislación tan solo contiene 5 de las causas de inculpabilidad: a. Miedo invencible; b. Fuerza exterior; c. Obediencia debida. d. Omisión justificada; e. El error.

“Son en materia penal, las que se derivan de estados psicológicos transitorios independientes de la capacidad penal del autor, que, “con relación a un delito particular, interfieren en esa relación subjetiva entre el acto y el autor” (J. M. Núñez). Entre esa causas figuran el error esencial o la ignorancia de hecho, no imputable, que impide comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Causa de inculpabilidad se aplicaría también por ejemplo, a quien obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente”²⁵.

2.3 Diferentes causas de inculpabilidad

2.3.1 Miedo invencible

Se presenta en una persona, cuando esta, es impulsada por este estado de temor, por lo que se ve compelido actuar u obrar cometiendo un delito.

2.3.2 Fuerza exterior

Aunque suscita mucha controversia, en cuanto a la manera de comprobarse, la persona que actúa violentado por una fuerza superior a su capacidad personal, está

también excluida de la responsabilidad penal, habiendo cometido un acto, que en caso contrario reviste de ilicitud por lo que se debe penalizar.

2.3.3 Obediencia debida

Supone el cumplimiento de un deber. Es decir se comete un acto que de no estar alcanzado por el hecho de ser en cumplimiento de un deber, revestiría de ilícito. Por supuesto que en este caso, la exclusión de la responsabilidad penal, en favor de la persona actor material, no supone lo mismo en la persona de quien ordenó dicha acción.

2.3.4 Omisión justificada

Erróneamente incluida como causa de inculpabilidad, puede estar mejor contenida en las de justificación, dada la naturaleza de su disculpa, aunque de todas formas se trata de desvanecer la antijuricidad, ciertamente lo único que la hace diferente de las causas de justificación es el hecho de que sea una omisión, no hacer. La omisión justificada es en si no actuar según lo ordena la ley, por ejemplo, omitir denunciar un hecho se considera una omisión punible. Si a ese mismo ejemplo le sumamos el posible riesgo del sujeto activo de la relación en cuanto que omite denunciar el secuestro de su hijo puesto que de lo contrario los secuestradores le darán muerte a su hijo, es un caso de omisión justificada, es decir que su acto es posiblemente

²⁵ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 118.

típico pero no antijurídico, por lo que se perfecciona la justificación, puesto que hay un riesgo mayor y eso es actuar por estado de necesidad. En otras palabras se elimina con esto la antijuridicidad del acto de dicho sujeto, puesto que hay una justificación para actuar así. Mientras que por el otro lado, si la omisión “justificada” es considerada una causa de inculpación entonces se trata de aminorar o graduar para menos la culpabilidad del mismo, por lo que si procederían otras consecuencias como que ya se vuelve imposible aplicar un estado de necesidad o de legítima defensa.

La definición que surge del texto de Jiménez de Asúa, cuando dicho autor parafrasea a otros es importante también a saber, por lo mismo se cita textualmente:

“Como ya hemos dicho, la idea de la acción esperada no es original de Mezger. No sólo hay antecedentes en la realidad pensada de Sauer, sino sobre todo en la fórmula anterior de Kollmann: La omisión es el juicio de discrepancia entre la conducta real de una persona y la que, como relativamente posible, se ha representado”²⁶

²⁶ **Ibid.**

5CAPÍTULO III

3. El error

3.1. Naturaleza jurídica

Genéricamente entendemos por error, un conocimiento equivocado, “un juicio falso”²⁷. “Concepción no acorde con la realidad”²⁸, en sentido genérico -equivocadamente- suele comparársele con la ignorancia, sin embargo, la diferencia notoria, estriba en que esta última es la ausencia de todo conocimiento, mientras que en el error, aunque es falsa, si existe alguno.

Es una representación "errónea" de un objeto cierto.²⁹ En derecho penal, el error es crucial, cuando de la presencia de este depende la responsabilidad penal. En otras palabras, si el actor es inducido a obrar por error, entonces la responsabilidad penal se desvanece. El actor no ha obrado sabiendo que quiere causar un mal o cometer un ilícito.

Por error en sentido general entendemos, "la ignorancia o falsa apreciación de una situación"³⁰. Sin embargo, en palabras de Jiménez de Azúa: "la diferencia notoria,

²⁷ De León Velasco, Héctor Aníbal, **Resúmenes de derecho penal**, pág. 98.

²⁸ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 289.

²⁹ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág. 260.

³⁰ Bustos Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 257.

(entre error e ignorancia) estriba en que ésta última es la ausencia de todo conocimiento, mientras que en el error, aunque es falsa, si existe alguno"³¹.

Pese a esa clara explicación existen autores que relacionan el contenido de uno con el otro, del error con la ignorancia. Así tenemos, a Manzini y Florián que afirman que la ignorancia comprende al error. Alimena por su parte realiza una exposición completa, destruyendo las diferencias que puedan existir o alegarse entre ambas.

Genéricamente debe entenderse por error "un juicio falso"³²; "una concepción no acorde con la realidad"³³.

Si el autor de un ilícito es inducido a obrar por error, entonces la responsabilidad penal se desvanece. No ha obrado queriendo causar un mal o cometer un ilícito. Lo que nos demuestra de entrada, la relevancia que en el presente tema tiene el dolo, y que lo ubica definitivamente en la teoría del delito, puesto que lo opera en la misma culpabilidad.

La doctrina penal moderna, establece que existen dos clases de error, el error de tipo y el error de prohibición.

³¹ Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág 260.

³² De León Velasco, **Ob. Cit**; pág. 98.

3.1.1 Definición

“Concepto equivocado o juicio falso. Acción desacertada o equivocada. Cosa hecha erradamente”³⁴.

“El error de tipo es el inadecuado conocimiento de la realidad en cuanto ámbito situacional susceptible de conformarse al momento predominantemente objetivo del tipo legal”.³⁵

Cuando se refiere el tratadista a “conocimiento de la realidad”, lo hace con respecto al dolo. Es decir, que existe dolo, cuando se conoce todo lo relacionado con un tipo penal y aún así se lleva a cabo. Por lo que se afirma que un conocimiento adecuado es la manifestación que hay voluntad de realizar el tipo penal. Si falta ese llamado conocimiento de la realidad o conocimiento adecuado, entonces habrá error.

Como se expuso en el primer capítulo, el causalismo naturalista cometió el grave error de eclipsar la figura del dolo, al colocarla como aspecto de la culpabilidad, por lo que Beling, fundador de dicha corriente, cerraba la posibilidad al desarrollo de una teoría sobre el error. Es más, le cerraba las puertas a la existencia misma del error.

La consecuencia más importante de concebir al dolo como elemento de la culpabilidad, es que el error debe ser sujeto de la culpabilidad, por lo que degeneró en

³³ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 289.

³⁴ **Diccionario de la real academia de la lengua española**, pág. 113.

una continuidad de la concepción del error de hecho (error facti) y error de derecho (error iuris), que no es más que una importación del error del derecho civil al derecho penal.

La teoría finalista, como quedó explicado en el primer capítulo, acuñó la afirmación de que el dolo tiene que ver más directamente con el tipo, que con la culpabilidad. Con esta última no podía quedarse, puesto que se trata de un aspecto de voluntad, es decir, de la intención de llevar a cabo la conducta que establece el tipo, esto es, realizar el tipo y no, simplemente un conocimiento sensitivo de que el acto que se comete es antijurídico. En otras palabras, el dolo no depende del conocimiento que tenga el asesino de que su acto es contrario a la ley, sino que aun conociendo de lo injusto de su conducta tiene por otras consecuencias la decisión de llevarlo a cabo. Por ejemplo, un niño puede lesionar a otro, sin darse cuenta de las consecuencias de su acto. Éste sujeto por tanto, carece de reproche, pese a estar su acto contenido en un tipo penal. En sentido contrario, otra persona puede ser susceptible de reproche (es decir sujeto de culpabilidad), por estar en pleno uso de sus facultades mentales, físicas y volitivas; además de conocer las consecuencias jurídicas de su proceder, sin embargo cometer el delito con toda intención.

Aunque queda explicado que el dolo no es cuestión de culpabilidad, aún en la actualidad persiste la discusión en torno a considerar al dolo como autónomo de cualquier elemento del delito, o ser consecuencia directa, es decir sujeto de captación

³⁵ Armaza Galdos, Julio y Jorge, **Error de tipo y error de prohibición**, pág. 26.

del tipo. Empero, para los efectos del tema del error, descubrir (como se hizo a partir de la tercera década del presente siglo), que el tipo existe con suficiente autonomía, y que el dolo tiene mucho que ver con él, estableció en definitiva la posibilidad de desarrollar una teoría del error de tipo, y básicamente del error en general, que al presente, aún se halla en etapa embrionaria.

La doctrina penal moderna clasifica de la siguiente forma al error de tipo. Primero, la clasificación atendiendo al grado de su vencibilidad, la cual se subdivide en error de tipo vencible y error de tipo invencible. Luego una segunda clasificación atendiendo a la naturaleza del elemento sobre el cual recae, que se subdivide en error de tipo esencial (o de tipo propiamente dicho) y error de tipo accidental (o sobre las circunstancias atenuantes o agravantes del tipo), esta subdivisión conlleva a una división más, al error sobre circunstancias agravantes y el error sobre circunstancias atenuantes.

3.2. Clases de error

El error de tipo según el grado de vencibilidad

Error de tipo invencible: Este error se da cuando el agente, obrando con la diligencia debida, no pudo conocer o conoció inadecuadamente las circunstancias del tipo penal objetivo. Es decir no existe tipicidad. Existe atipicidad en una conducta,

cuando eliminamos el dolo y además la imprudencia. Por lo mismo, no se puede juzgar al agente por delito doloso o culposo.

Se cita el ejemplo de Bustos Ramírez: “Pedro en una juguetería coge un revólver y lo dispara, pero resulta que era uno verdadero que se le había quedado a la dueña entre otros de juguete, y en consecuencia hiere a un transeúnte (el sujeto no sabía que mataba, elemento esencial para el injusto del homicidio)”³⁶.

Error de tipo vencible

Este error de tipo se trata de una especie de delito culposo, en el que si por un lado el agente no obra con dolo, si omite la diligencia debida y por lo tanto subsiste un tipo culposo. Sin embargo, deberá para su tipificación en juicio, estar previsto como tal en la ley.

Como ejemplo de obrar sin la debida prudencia tenemos muchos casos, en particular el conocido de que un sujeto hiere a su compañero, en la práctica de la caza nocturna, por considerarlo un animal que se busca cazar.

³⁶ **Bustos Ramírez, Ob. Cit; pág. 298.**

El error de tipo según la naturaleza del elemento sobre el cual recae

Error esencial, si el error se relaciona con una circunstancia perteneciente al tipo del injusto, será esencial; en caso contrario no.

La anterior afirmación determina que el error debe recaer en alguno de los elementos básicos del tipo, es decir no debe tener que ver con los elementos que modifican, alteran o convierten al tipo por ser circunstancias agravantes o atenuantes del mismo. Por ejemplo, en nuestro Código Penal, el homicidio, contenido en el Artículo 123, solo podría conducir a un error de tipo esencial. Sin embargo, en el caso de ser un homicidio por error, por ejemplo, un sujeto cree que su cónyuge le es infiel, y le da muerte, dándose cuenta después que no había tal adulterio, por lo que su conducta tiene base en un error, pero dicho error no recae sobre el tipo básico de homicidio, sino sobre una circunstancia que modifica a dicho delito, y que se encuentra prevista en el Artículo 124 del Código Penal, lo que ya de por sí es un elemento accidental.

El error accidental, como consecuencia del error esencial, queda confirmado que se trata de un error que sin alterar el tipo básico, recae sobre una circunstancia atenuante o agravante del mismo.

El error sobre circunstancias agravantes: Debido a que existe error que recae sobre circunstancias agravantes o atenuantes, lo mismo puede conducirnos a que sea un error vencible o invencible, lo que nos hace aplicar todo lo estudiado en el error clasificado de conformidad con el grado de su invencibilidad. Es decir, puede haber un error de tipo accidental que recae sobre las circunstancias agravantes tipificadas en la ley, y que dicho error sea invencible, es decir inevitable, o por el contrario puede subsistir una forma de error de tipo accidental sobre circunstancias agravantes, tipificadas en ley, que dicho error debe ser vencible, es decir evitable. Lo mismo ocurriría en el caso del error de tipo accidental que recae sobre las circunstancias atenuantes.

En el presente caso, el error accidental que recae sobre circunstancias agravantes, se perfila en el ejemplo siguiente: El sujeto que da muerte a una persona creyendo que es su padre, pero éste en realidad nunca lo fue aunque toda su vida se hizo pasar por tal. En este caso, el homicida, cree haber cometido un parricidio, pero jamás se le podría juzgar por tal, puesto que no subsiste el lazo básico que establece el tipo penal, de padre e hijo. Sin embargo, como prevalece el dolo, y con él, el delito, el mismo es un delito doloso, con error en las circunstancias agravantes.

Error sobre circunstancias atenuantes, cuando se modifica el dolo con relación a las circunstancias atenuantes, es decir, que el sujeto no tiene la intención o voluntad, de causar un mal en las circunstancias en que se presentan finalmente, entonces aunque subsiste la punición porque se presenta el tipo legal, esa punibilidad o represión en contra del autor debe ser modificada por existir error en cuanto a las circunstancias atenuantes se refieren.

Por ejemplo, la mujer que sufre una violación y luego se da cuenta que está embarazada. Relaciona que el fruto de su preñez es consecuencia de aquel hecho, empero, ulteriormente de someterse a un aborto se demuestra clínicamente que su violador es estéril, por lo que la concepción es consecuencia normal de la convivencia con su marido. Por lo tanto, el tipo penal subsiste, pero existe un error en cuanto a las circunstancias atenuantes.

Error de prohibición

Obra en error de prohibición “el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica un bien jurídico tutelado”.³⁷ Dicha creencia equivocada de que su actuar es lícito puede provenir de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico o del pensamiento también equivocado de que su actuar está amparado por alguna causa que exime su responsabilidad penal.

Poca relevancia tiene para esta clase de error, la sistemática que se adopte. Y esto debido a que el error de prohibición recae sobre el conocimiento que se tenga de la norma jurídica que establece como prohibida determinada conducta, y dicho conocimiento puede ser, lo mismo sobre la antijuridicidad del acto, como de que es un acto típico. Es decir, que si somos de una teoría causalista, el dolo es elemento de la culpabilidad, por tanto, al no existir el primero se elimina la segunda. En el caso de la teoría finalista el dolo ya no es parte de la culpabilidad, lo que se ha explicado anteriormente, además lo que sí tiene mucho que ver, (según la teoría de la acción final), es la antijuridicidad con relación a la culpabilidad. En el primero de los casos, si no existe dolo, desaparece la culpabilidad, y el dolo puede no existir al no tener conocimiento de que la ley establece una punición, en contra de determinada conducta. Por lo tanto, el agente desconoce que su acto esta contenido en la ley o que es contrario a esta, por lo que actúa sin dolo, y por tanto este no existe haciendo desaparecer la culpabilidad o el reproche que en caso contrario se le podría hacer al sujeto. En el caso de la sistemática finalista, aunque la antijuridicidad sea parte de la culpabilidad, del conocimiento de la primera, también depende la existencia de la segunda. Por lo que en ambos análisis en último ratio, llegamos a la conclusión de que el error de prohibición hace desaparecer la culpabilidad.

El error de prohibición puede ser considerado desde dos puntos de vista, según exculpe o disminuya la culpabilidad, se puede hablar de error de prohibición invencible o vencible. Y por otro lado, según el agente ignore o conozca la norma prohibitiva

³⁷ **Ibid.**

violentada, estaremos frente a un supuesto de error de prohibición directo o indirecto, al primero también se le conoce como error de prohibición “abstracto” y al último, como error de prohibición “concreto”.

El error de prohibición según exculpe o disminuya la culpabilidad

Esta clase de error se subdivide como se dijo, en error de prohibición vencible y error de prohibición invencible. Y aunque la doctrina y la legislación no se ha puesto de acuerdo en cuanto a esta particularidad del error, se tiene por regla general, que hay error de prohibición invencible, cuando el sujeto no puede superar su error, y en sentido contrario el caso del error de prohibición vencible, cuando el sujeto estuvo en la posibilidad de superar su error.

Es en esta clasificación que toma mucha relevancia jurídica la cultura e idiosincrasia de las personas. Por ejemplo, una persona que habita en la ciudad desde siempre tiene un concepto diferente de las cosas, al que puede tener alguien que habita en el área rural. El hombre de cultura urbana respeta determinados bienes patrimoniales y jurídicos en general que en la cosmovisión de los indígenas de comunidades aisladas pudiera ser concebida de una forma diferente. Para ilustrarlo, se dice que la gente de una comunidad rural, no entiende la propiedad privada sobre determinados jardines, animales de corral, o lugares públicos y privados, como se concibe en su lugar de origen, lo que pueden conllevar a un error de prohibición. Este error sería vencible el caso del ciudadano urbano, y es más probable que se presente

como invencible en el caso del ciudadano rural. Amén de que además puede ser analfabeta.

El error de prohibición según el agente ignore o conozca la norma prohibitiva violentada

Este error de prohibición puede ser directo o indirecto. Será directo el error sobre la ilicitud si el sujeto desconoce el contenido de la norma penal. Puede que conozca incluso la norma, pero por distintas razones puede no creerla vigente. Por ejemplo, una norma de tipo tributario que exonere o no determine pago, y que el contribuyente desconocía su vigencia.

El error de prohibición indirecto se presenta en dos sentidos, uno cuando alguien cree que existe una norma que lo autoriza a actuar de determinada forma y realmente la norma no existe, y luego la otra forma es que se crea que aunque el comportamiento es antijurídico existe una causa justificativa que permite dicho comportamiento. En el primero de los casos un ejemplo clásico es cuando el dueño de una finca procede a matar al ganado de la finca vecina, porque este se encuentra enfermo y como puede contagiar al suyo, cree que la ley le permite dicha conducta. En el segundo de los casos, se presenta el error que sea probablemente el único de todas las clasificaciones mencionadas, que se encuentra regulado por el Código Penal guatemalteco. Por ejemplo, alguien cree que va a ser agredido y se defiende, cuando en

realidad el encartado nunca pretendió hacerle daño. Este es un ejemplo idóneo de legítima defensa putativa, que es el único que contiene el Código Penal. Plantea una figura muy definida, de lo que se debe tomar como error, "Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto" (Artículo 25, numeral 3, del Código Penal). Al establecer dos requisitos elementales en el proceder o conducta que observa el actor en la comisión de la acción en cuestión: Ejecutar dicha acción en el supuesto probable que existe una agresión y que esta es ilegítima. Que la agresión sea en proporción al riesgo supuesto.

CAPÍTULO IV

4. Omisión justificada

4.1 Aspectos generales de la omisión

4.1.1 Naturaleza jurídica

En sentido general, omisión significa: “abstención hacer o de decir”³⁸, por lo mismo, un delito de omisión puede decirse que se trata de no realizar determinada acción y delinquir por el hecho de no hacerlo.

Todas las sociedades, establecen códigos de conducta, normas o prácticas sociales que tienden en determinada medida a tutelar ciertos bienes jurídicos y bienes no jurídicos. En el ejemplo clásico, en la iglesia el feligrés debe quitarse el sombrero en la entrada y no permanecer con él, puesto, en el interior del templo. Por lo tanto, si lo usa, está violando la prohibición, está omitiendo quitarse el sombrero. En el ejemplo queda claro que la sociedad ha impuesto dicho código, y para garantizarlo se establece la norma de aplicación general, (que bien puede ser impuesta por costumbre, puesto que el ejemplo no es de un bien jurídico).

³⁸ Diccionario de la real academia de la lengua española, pág. 1477.

Estas conductas, adquieren relevancia jurídica cuando protegen bienes jurídicos. Por ejemplo, el bien jurídico de la vida, es protegido por normas como las de auxilio en caso de peligro inminente de una vida humana, pero si el sujeto que puede prestar auxilio, omite hacerlo, comete delito de omisión.

La omisión gravita en la existencia de un determinado sistema de relaciones sociales, en que justamente se puede exigir de alguien una forma de acción. La omisión surge en la medida que ésta supone una determinada forma de actuación y está condicionada a la vez por una serie de relaciones sociales que tornan posible exigir del individuo la protección de los bienes jurídicos. De allí que al especificarse este sistema de relaciones sociales, surge la omisión como un delito determinado, desde un punto de vista jurídico.

Es hasta el presente siglo, concretamente la década de 1920, cuando cobra un interés real la figura de la omisión. Casi simultáneamente con el tratamiento de la culpa o delito imprudente. Con el crecimiento poblacional y el desarrollo urbano se aumenta también el interés por establecer conductas que el ciudadano debe tener para proteger los bienes jurídicos.

Doctrinariamente el punto de partida de los delitos omisivos o de omisión, con mayor preponderancia lo encontramos en los cuestionamientos que se le hacen a la teoría causalista naturalista, formulados por Radbruch en Alemania, que basado en

postulados como que no hay posibilidad de reconocer causalidad en la omisión, pues “la nada no produce nada”³⁹.

A la omisión solía aplicársele las mismas reglas de los delitos de comisión, sin embargo este es tan sólo un error de concepción, puesto que mientras en estos segundos se presenta una acción de hacer, en los delitos omisivos o delitos de omisión se presenta un acción de no hacer, un no accionar, una inamovilidad con relación a la conducta que se ordena debe hacerse, porque no existe una omisión en si misma, sino siempre estará esta ligada a una determinada acción. Por lo que siempre detrás de la estructura de omisión existe una norma de mandato de hacer. Por lo mismo no puede haber una norma que mande simplemente una forma posible de actuar, porque en ese sentido siempre se estaría omitiendo. La omisión supone la referencia a determinada acción, de otro modo se pone en peligro el principio de legalidad, puesto que no hay la posibilidad que debería haber hecho el sujeto que al no hacerlo, comete delito.

En la actualidad no existe discusión en torno a explicar que existen ciertamente dos formas de comportamiento atribuibles que son la comisión y la omisión.

³⁹ Bustos Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 243.

4.1.2. Concepto

Según el diccionario, el concepto de omisión es: “abstención de actuar. Inactividad frente a deber o consecuencia de obrar. Descuido, olvido”⁴⁰.

Después del concepto empleado, se puede concluir que la omisión pese a ser parte de un acto humano, el mismo consiste en no hacer, no accionar. Y para la comprensión mejor del tema se encuentra la definición que para el efecto propone Berdugo Gómez de la Torre, se considera bastante acertada y es la que se apunta a continuación:

“Así pues el concepto de omisión típica se podría formular de la siguiente manera: comportamiento consistente en no hacer, normativamente desvalorado”.⁴¹ En otras palabras, es dejar de hacer algo, cuando en la ley se ordena lo contrario, por ejemplo, omitir el auxilio a otro, cuando puede prestarse.

La definición que surge del texto de Jiménez de Asúa, cuando dicho autor parafrasea a otros es importante también a saber, por lo mismo se cita textualmente:

“Como ya hemos dicho, la idea de la acción esperada no es original de Mezger. No sólo hay antecedentes en la realidad pensada de Sauer, sino sobre todo en la

⁴⁰ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 514.

⁴¹ Gómez de la Torre, I. B. **Derecho penal**, pág. 149.

fórmula anterior de Kollmann: La omisión es el juicio de discrepancia entre la conducta real de una persona y la que, como relativamente posible, se ha representado”⁴²

En aras de proponer una lógica más constructiva en la presente investigación se ofrece la siguiente definición: “la omisión es un dejar de hacer en referencia a una acción determinada y de carácter normativo en cuanto a qué es lo exigido en una situación social dada”.

4.1.3 Clases de omisión

Los delitos de omisión se clasifican en omisión propia, y omisión impropia o comisión por omisión.

Es decir surge una omisión propia de las mismas normas de omisión y otra omisión a la que ha venido en llamársele omisión impropia que también recibe el nombre de comisión por omisión.

Delitos de omisión propia

Son delitos de omisión propia aquellos casos que están previstos expresamente por el legislador como tales, o sea la omisión de socorro, la omisión de denuncia. En

⁴² Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág. 240.

estos casos no hay más que aplicar simplemente la ley, alguien no cumplió con el deber que imponía una ordenanza contenida en una norma penal, entonces se le debe acusar y ulteriormente condenar por haber omitido dicha conducta.

Omisión impropia

Son delitos de omisión impropia, “aquellos que no están expresamente tipificados por la ley, sino que surgen en virtud de un recurso interpretativo sobre la base de tipos (de comisión sobre todo), pero que por su estructura permiten también la omisión; tal es el caso del homicidio, para el cual basta matar a otro; luego también, se puede matar a través de una forma omisiva (por ejemplo el clásico de la madre que no amamanta al hijo y lo deja morir de hambre).”⁴³

Se trata de verdaderos delitos de omisión y de ahí el peligro de equivocarse llamándoles de comisión por omisión, pues da la impresión de que en ellos hay una comisión, que se vulnera un precepto prohibitivo. Su problema fundamental no es el de decidir si es una acción o una omisión, pues es claramente omisión, sino su relación con el principio de legalidad, ya que se trataría de injustos que surgen desde el juez y el intérprete y no de la ley, lo cual repercute en las exigencias típicas que se hacen a su respecto para atenerse al principio de legalidad.

⁴³ Bustos Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 314.

En otras palabras, la crítica fundamental para aceptar este tipo de omisión, debe verse en cuanto a lo que Rodríguez Mourullo llama: “el entredicho en que se pone al principio de legalidad por que el delito surge del Juez o el interprete”⁴⁴

La tipicidad en los delitos de omisión

La omisión propia está perfectamente tipificada en ley, es decir que existen figuras delictivas que establecen una punibilidad para las personas que omiten hacer la conducta que la norma les ordena hacer.

Sin embargo, la omisión impropia no se presenta de igual tipificada en ley, como se expresó, en los delitos de comisión por omisión, estos surgen de una mera interpretación de la norma. Se supone el ejemplo de que se encuentra prohibido el homicidio, sin embargo una madre (según el ejemplo tradicional para ilustrar esta forma omisión), que omita alimentar a su hijo (aún y haya sido por imprudencia), y con ello consigue darle muerte.

Delitos omisivos dolosos

Para que haya dolo en un delito omisivo, bastan dos cosas: primero, el saber que hay necesidad de actuar, y por lo tanto la conducta exterior (el no hacer) revela que si

⁴⁴ Bustos Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 340.

hubo intención de no proceder. Por supuesto consecuentemente a estar probado que el sujeto sabía que tenía que actuar.

Lo otro, es que se debe tener la capacidad exigida para realizar la conducta ordenada. Por supuesto no se puede exigir a un minusválido cierta conducta que requiera esfuerzo físico.

Por otro lado se dice que en los delitos omisivos no se puede hablar de que el dolo sea “el querer que el delito se lleve a cabo”, (ese proceso interno del individuo es casi imposible de probar), sin embargo, si se puede hablar de que el dolo esté el saber que hay que actuar, poder hacerlo (además de saber que tal negativa a actuar puede ser delito).

Por las razones expuestas el dolo no es igual en delitos de comisión que en delito omisivos.

Delitos omisivos culposos

La imprudencia, negligencia o falta de cuidado puede darse en los delitos de omisión, por tal razón puede haber delito de omisión culposo y éste ser en tres formas:

La primera forma es una mala apreciación, no se actúa porque se cree que es broma. El sujeto que cree que quien se ahoga le está jugando una broma y por esa razón no lo ayuda.

La segunda forma es por una mala ejecución, se hace el rescate en mala forma, sin poner el debido cuidado.

Finalmente, la culpa en los delitos omisivos se presenta también con malos medios. Alguien que está a punto de resbalar al vacío se le lanza un lazo podrido que finalmente se rompe.

Por lo tanto la culpa en los delitos omisivos no es parte de la omisión sino más bien de la forma de cumplir con la conducta que ofrece la norma.

La antijuridicidad en los delitos de omisión

También en los delitos omisivos puede haber justificación, antijuridicidad, como en los casos de estado de necesidad y de legítima defensa.

Con la justificación, la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal, simplemente desaparece, es decir, se desvanece o más aún, no existe la llamada antijuridicidad o antijuricidad. Con las causas de justificación, que el Código las contiene en su Artículo 24 y que concretamente son 3: a. Legítima defensa; b. Estado de necesidad; y c. Legítimo ejercicio de un derecho, se niega la existencia de una antijuridicidad y el acto que potencialmente es ilícito se convierte a lícito.

La responsabilidad penal, o grados de culpabilidad, pueden ser agravados o atenuados de conformidad con ciertos aspectos en los que se desarrollo el hecho delictivo consumado, y que contiene nuestro Código Penal en sus Artículo 26 y 27.

Carácteres

Dentro de las causas que eximen de la responsabilidad penal, encontramos 3 modalidades en el Código Penal. La primera, las llamadas causas de inimputabilidad, capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y determinarse espontáneamente. Las causas de justificación, que ciertamente eximen de responsabilidad penal, pero no de culpabilidad, aunque reduzcan esta, hasta su nivel más inofensivo. Finalmente, las causas de inculpabilidad: miedo invencible; fuerza superior; error; obediencia debida y omisión justificada. Sin embargo, nos referimos con más detenimiento a este tema, y en particular a la omisión justificada, erróneamente incluida como causa de inculpabilidad, puede estar mejor contenida en las de justificación, dada la naturaleza de su disculpa, aunque de todas formas se trata de desvanecer la antijuricidad, ciertamente lo único que la hace diferente de las causas de justificación es el hecho de que sea una omisión, un no hacer.

CAPÍTULO V

5. El cumplimiento de un deber

5.1. Naturaleza jurídica

En la sentencia del 1 de octubre de 1980, publicada en la Gaceta de los tribunales, en el segundo semestre de 1980, de su páginas 58 a la 93 se señala el siguiente párrafo:

“No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas. Los Estados Partes velarán asimismo porque, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas”.

Un subordinado o un particular al desobedecer alguna orden de su superior o de un funcionario, llega a constituir conducta típica, es decir a cometer un ilícito que bien encuadrarse según el caso, en el delito de desobediencia. Sin embargo, cuando el obligado a cumplir reflexiona que la orden dada puede afectar bienes jurídicos protegidos por otro delito, entraría en conflicto y sopesaría la posible paradoja de que si por un lado cumple, cometerá delito, mientras que si por el otro incumple

cometerá delito de todos modos. Por ejemplo, si a un policía nacional civil, su superior le ordena abrir fuego contra un delincuente en posible huída y que porta un arma de la cual aún no se ha percatado el agente (aunque sí su superior), pero el policía piensa por un momento en que al disparar puede lesionar o dar muerte a la persona del delincuente y este acto tener consecuencias jurídicas en su contra, se encuentra efectivamente en la disyuntiva de cumplir con la orden y evitar así cometer homicidio o lesiones graves. Dicha situación es verdaderamente un “absurdo” como lo llama Bustos Ramírez, cuando señala: “Tal es la situación que se presenta en la obediencia debida... en que el sujeto tiene que cumplir necesariamente una orden, luego sería absurdo que su cumplimiento implicara un indicio de antijuridicidad”⁴⁵.

Para el caso planteado existe una eximente de responsabilidad penal que el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República denomina: obediencia debida, siempre y cuando no exista un tipo penal que haga el cumplimiento una ilegalidad manifiesta como lo establece el Artículo 25 numeral cuatro y requisito “c”, del cuerpo de leyes mencionado. Ahora bien, esta eximente en nuestro derecho penal es considerada una cusa de inculpabilidad, es decir una circunstancia de exculpación.

En la doctrina o en otras legislaciones los hechos planteados pueden adoptar diversas formas, y aunque un gran sector de los autores toleran dicha situación como

⁴⁵ **Bustos Ramírez, Ob. Cit; pág. 254.**

causa de inculpabilidad, otros la ubican como una causa de justificación. Esto permite que se clasifiquen las posturas en torno al tema en dos grandes grupos: el primero de ellos, que la considera causa de inculpabilidad establece que su regulación debe darse como obediencia debida; mientras que en el caso de quienes plantean que el funcionario actúa bajo causa de justificación la situación a de considerarse para su regulación como cumplimiento de un deber.

Las legislaciones también se manifiestan en franca discrepancia, si por un lado Guatemala mantiene la regulación de ejecutar un hecho por el cumplimiento de una orden como obediencia debida, legislaciones como la española y la peruana han eliminado dicha causa inculpabilidad y han regulado ya la misma como legítimo ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber, concibiéndola así como una causa de justificación.

La investigación propuesta, consiste en el análisis de una y otra postura para definir cual es la más adecuada. Haciéndose énfasis en que no se trata de una postura “correcta”, toda vez que en el derecho penal no se puede hablar de absolutos, sino de regulación “adecuada” a la época en que se trate: si hoy consideramos que determinada norma se aplica o adecua a la realidad social dada la coyuntura, el día de mañana pudiera ser que esa concepción de las cosas hayan perdido vigencia y por tanto resulte necesaria la modificación de algún precepto para actualizarla.

Por supuesto que al problema que constituye definirse por una postura específica, es decir confirmar que quien ejecuta una orden en virtud de su cargo, lo hace exculpado o justificado, es preciso aclarar que la hipótesis que guiará la investigación, nos coloca en el grupo de quienes conciben dicha situación como una actuación justificada es decir el cumplimiento de un deber, y no como una inculpación.

CAPÍTULO VI

6. Necesidad de reformar el Artículo 25 del Código Penal

El colocar una institución o tema en determinado Artículo, libro o parte del Código Penal, tiene implicancias más allá de un simple orden; significa que la concepción que ha de dársele a los términos, estará condicionada al título bajo el cual se le ubica en el momento de legislarlo, por ejemplo si un tema se coloca en la teoría del delito los principios aplicables a la teoría del delito serán aplicables a este tema, lo mismo sería en el caso de que se legislara bajo la teoría de la pena, se le aplicarían los principios de pena.

En tal sentido la colocación que se le da a un tema a dentro del Código Penal se le denomina “ubicación sistemática”.

La omisión justificada es el ejemplo, si se concibe a la omisión como una causa de inculpabilidad entonces la ubicación en el Artículo 25 del Decreto 17-73 del Congreso de la República esta bien; sin embargo, si se le concibe como causa de justificación, entonces se trata de un error técnico la ubicación actual, puesto que debiera ser en el Artículo 24, como causa de justificación. Y es que ciertamente analizadas sus consecuencias y los supuestos para aplicarla la misma queda subsumida en el contenido de la legítima defensa o del estado de necesidad.

La omisión justificada es en sí, no actuar según lo ordena la ley, por ejemplo, omitir denunciar un hecho se considera una omisión punible. Sin embargo, si a ese mismo ejemplo le sumamos el posible riesgo del sujeto activo de la relación en cuanto que omite denunciar el secuestro de su hijo porque de lo contrario los secuestradores le darán muerte, entonces estamos frente a un caso de omisión justificada, es decir que su acto es posiblemente típico pero no antijurídico, por lo que se perfecciona la justificación, puesto que hay un riesgo mayor y eso es actuar por estado de necesidad. En otras palabras se elimina con esto la antijuridicidad del acto de dicho sujeto, ya que hay una justificación para su actuación; pero si la omisión “justificada” es considerada una causa de inculpação, entonces se trata de considerar la culpabilidad del mismo, por lo que si procederían otras consecuencias como que ya se vuelve imposible aplicar un estado de necesidad o de legítima defensa.

Acerca de esta cuestión se ha expresado con tanta claridad el tratadista Bustos Ramírez: “En cuanto a las causas de justificación todas ellas tendrían también aplicación respecto de omisiones típicas, por ejemplo ...el sujeto omite denunciar un delito contra la honestidad, porque los delincuentes tienen a su hijo en su poder y amenazan con matarlo si así lo hace: su omisión de poner en conocimiento de la autoridad el hecho delictivo estaría justificada por estado de necesidad”⁴⁶.

⁴⁶ Bustos Ramírez, **Ob. Cit**; pág. 43.

Se establece según la teoría esbozada por el tratadista Bustos Ramírez que entre las causas de justificación tendrían también aplicación las omisiones típicas, por ejemplo el sujeto omite denunciar un delito contra la honestidad, porque los delincuentes tienen a su hijo en su poder y amenazan con matarlo si así lo hace: su omisión de poner en conocimiento de la autoridad el hecho delictivo estaría justificada por estado de necesidad.

Así también se determina que se trata de verdaderos delitos de omisión y de ahí el peligro de equivocarse llamándoles de comisión por omisión, pues da la impresión de que en ellos hay una comisión, que se vulnera un precepto prohibitivo. Su problema fundamental no es el de decidir si es una acción o una omisión, pues es claramente omisión, sino su relación con el principio de legalidad, ya que se trataría de injustos que surgen desde el juez y el intérprete y no de la ley, lo cual repercute en las exigencias típicas que se hacen a su respecto para atenerse al principio de legalidad.

CONCLUSIONES

- 1. Se establece la importancia de distinguir la diferencia entre causas de inculpabilidad y causas de justificación, lo cual implica una mejor concepción del derecho penal en su parte general.**
- 2. Se comprobó que constantemente todas las causas de inculpabilidad cambian en las doctrinas modernas. Además las causas de justificación y sus diferencias con las causas de inculpabilidad.**
- 3. El cumplimiento de un deber jurídico no es causa de inculpabilidad, como obediencia debida, sino una causa de justificación, toda vez que se trata de una conducta legalmente autorizada.**
- 4. Al desaparecer la circunstancia de que la obediencia debida opere como causa de justificación de la conducta del funcionario en el Código Penal, debe entenderse que queda subsumida en la de cumplimiento de un deber toda vez que el funcionario que así actúa no hace otra cosa que seguir la conducta descrita en el Código Penal.**

RECOMENDACIONES

- 1. Debe el Estado de Guatemala, por medio del Congreso de la República, reformar el Código Penal, en cuanto a las causas que eximen de responsabilidad penal, para actualizar su tratamiento.**
- 2. Debe reformarse especialmente en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, que la obediencia debida opera como causa de justificación de la conducta del funcionario en el Código Penal, quedando subsumida en la de cumplimiento de un deber.**
- 3. Debe regularse conjuntamente, el legítimo ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, para realizar la reforma al Artículo 24 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.**

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal, parte general**, 3^a ed, Barcelona, España, Ed. Ariel, S. A.: 1996.
- CLAUX ROXIN. **Teoría del tipo penal**, Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma: 1979.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general**, 7ma ed. Volumen primero; Barcelona, España, Editorial Casa Bosch, S.A.: 1947.
- DE LEÓN VELAZCO, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Curso de derecho penal guatemalteco**, Guatemala, Ed. Centroamericana: 1996.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal fundamental**, Santa Fe de Bogota, Colombia, Ed. Temis. S.A.: 1995.
- IBÁÑEZ G., Antonio J. **Concurso de hechos punibles**, Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Imprenta Nacional: 1991.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Colección clásica del derecho, lectura de derecho penal**, México, D.F., Ed. Harla: 1998.
- MAC IVER, Luis Cousiño. **Culpabilidad**, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile: 1975.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes. **Derecho penal parte general**, Barcelona, Tirant Lo Blanch: 1992.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**, México, Ed. Porrúa S.A.: 1994.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **La defensa penal**, Rubizul Colzoni Editores: 1989.
- VELA TREVIÑO, Sergio. **Culpabilidad e inculpabilidad**, segunda edición, México, Editorial Porrúa: 1983.
- ZAFFARONI, E. Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general**, Tomo III; Buenos Aires, Argentina, Editar: 1989.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República.

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.