

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL ABERRATIO IURE O LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL
GUATEMALTECO**

MIRNA LORENA ABICHE RUANO

GUATEMALA, MAYO DE 2010

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL ABERRATIO IURE O LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA 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

MIRNA LORENA ABICHE RUANO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2010

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

DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Erick Rolando Huitz-Enríquez <i>Luis Fernando López Díaz</i>
VOCAL IV	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Fase pública:

Presidenta:	Licda. Alma Judith Castro Tejada
Secretario:	Lic. Jorge Mario Yupe Carcamo
Vocal:	Lic. Victor Manuel Soto Salazar

Fase privada:

Presidente:	Lic. Jorge Eduardo Aviles Salazar
Secretario:	Lic. Ronán Arnaldo Roca Menéndez
Vocal:	Lic. Nicolas Cuxil Güitz

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

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

DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTÍCO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Fase pública:

Presidenta:	Licda. Alma Judith Castro Tejada
Secretario:	Lic. Jorge Mario Yupe Carcamo
Vocal:	Lic. Victor Manuel Soto Salazar

Fase privada:

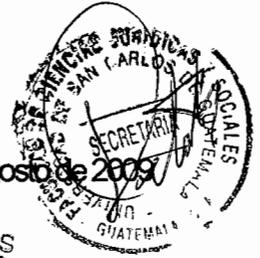
Presidente:	Lic. Jorge Eduardo Aviles Salazar
Secretario:	Lic. Ronán Arnaldo Roca Menéndez
Vocal:	Lic. Nicolas Cuxil Güitz

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. DEISY MARISOL POP CHÍQUIN

9ª Avenida 2-36 Zona 3

Tel. 2951 - 4369



Guatemala, 17 de agosto de 2009

Licenciado **Carlos Castro Monroy**
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Como asesora de tesis de la Bachiller **MIRNA LORENA ABICHE RUANO**, en la elaboración del trabajo titulado: "**EL ABERRATIO IURE O LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**", con base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, me complace manifestarle que contiene: cuatro capítulos, en los cuales se hace una exposición adecuada del tema del error en la legislación penal guatemalteca.

La contribución científica del trabajo consiste un aporte al derecho penal, desde el punto de vista criminológico.

El carácter científico técnico de la investigación, estriba en un estudio serio, a criterio de la asesora, al respecto de lo que la doctrina penal moderna denomina *aberratio iure*, es decir error de derecho. Haciendo con ésto, la ponente de la investigación, una atinada presentación del tema del error penal, calificado por algunos tratadistas como ella misma lo consigna en el contenido del trabajo como legítima defensa putativa.

Las técnicas de investigación empleadas son las fichas bibliográficas y la observación científica, lo cual es evidente con las citas de distintos autores.

Los métodos empleados por la sustentante son: el inductivo, el cual utiliza para establecer sus conclusiones que se comentan más adelante; el deductivo, que sirve para establecer su exposición de contenido en el informe; especialmente las

figuras del error y finalmente el sintético, el que empleó para estructurar textuales.



La autora del trabajo de mérito señala entre sus conclusiones la falta de regulación adecuada del error penal, por cuanto se encuentra construida (la actual regulación) sobre la base de una atrasada concepción del error de tipo y error de derecho, comportando así una serie de formas de comisión de este, que no se encuentran incluidas en la legislación penal.

La principal recomendación de la estudiante, consiste en lograr una regulación más adecuada a la dogmática penal moderna, permitiendo ver su preocupación en cuanto a la modernización que demanda nuestro derecho penal hoy día, y que además busca dejar dicha preocupación también, en todo aquel que tenga acceso a este texto.

He guiado personalmente a la sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada, con lo cual **comprueba la hipótesis planteada** conforme a la proyección científica de la investigación.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,



Lic. Deisy Marisol Pop Chiquín
Abogado y Notario
col. 6654
Deisy

Licda. Deisy Marisol Pop Chiquín
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

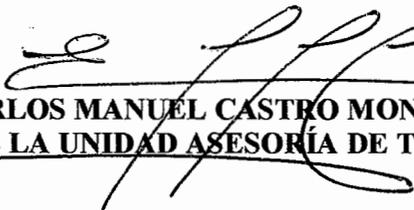
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiuno de agosto de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ROSA MARÍA LÓPEZ YUMAN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MIRNA LORENA ABICHE RUANO, Intitulado: "EL ABERRATIO IURE O LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



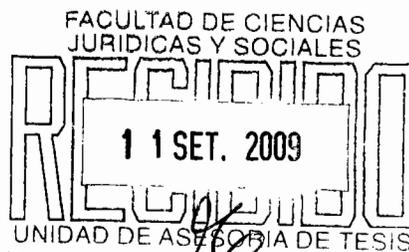
cc.Unidad de Tesis
CMCM/mbbm.

LIC. ROSA MARIA LOPEZ YUMAN
18 ave. C, 12-73 zona 1
Tel. 2221 - 2816



Guatemala, 02 de septiembre de 2009

Licenciado **Carlos Castro Monroy**
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Hora: _____
Firma: _____

Como revisora de tesis de la Bachiller **MIRNA LORENA ABICHE RUANO**, en la elaboración del trabajo titulado: "**EL ABERRATIO IURE O LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**", con base al Art. 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, me complace manifestarle que: el trabajo de mérito esta compuesto de cuatro capítulos, con sus respectiva conclusiones y recomendaciones.

La contribución científica del trabajo de mérito, consiste en un aporte al Derecho Penal, al realizar un estudio extenso y acertado de la figura del error.

El carácter científico y técnico de la investigación, es el estudio que en materia jurídica se establece del tema central, especialmente desde un punto de vista criminológico y deontológico.

Como metodología se utilizó la inducción y la deducción. El primero de los cuales para el estudio particular del error de tipo. La deducción para el análisis de las distintas clases de error penal.

La redacción empleada por la autora del trabajo de investigación, es la correcta y adecuada conforme al tema de esta causa de inculpabilidad penal.

La sustentante no necesitó de cuadros estadísticos o de otra clase, para demostrar la veracidad y acertada exposición de la hipótesis y sus distintas

aseveraciones.



Las técnicas que empleó la estudiante, sirven para sustentar de forma doctrinaria sus afirmaciones, principalmente en el caso de las fichas bibliográficas.

La conclusión fundamental en el trabajo de investigación es bastante interesante por cuanto importa una relevante propuesta de concepción legal del error en forma novedosa si se hace una comparación con la actual regulación del Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

He guiado personalmente a la sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada; con lo cual **comprueba la hipótesis planteada** conforme a la proyección científica de la investigación.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Lic. Rosa María López Yuman
Abogada y Notaría
col. 5626

Licda. Rosa María López Yuman
ABOGADA Y NOTARIA



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciséis de febrero del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MIRNA LORENA ABICHE RUANO, Titulado EL ABERRATIO IURE O LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO.

Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por permitirme con su bendición alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES:** Quienes con sus enseñanzas y consejos me han mostrado el camino, siendo sus palabras un aliento en mi vida.
- A MI ESPOSO:** Con todo mi amor y respeto, por ser mi compañero desde el primer día de clases y estar a mi lado hasta el día de hoy. gracias por tu apoyo incondicional.
- A MIS HIJAS:** Stephanie y Jennifer, dos ángeles, que con su mirada tierna e inocente motivaron mis noches de cansancio.
- A MIS HERMANAS:** Liz y Julieta. Por incentivar me y brindarme su calidez, elementos que han sido fundamentales para que este logro sea también de ustedes.
- A MIS CUÑADOS Y SOBRINOS:** Quienes son parte importante de mi familia y me han apoyado en todo momento.
- A MIS AMIGAS:** Adela y Maria Marta, Con mucho cariño por estar siempre a mi lado.
- A:** Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales,

A:

Universidad De San Carlos De Guatemala



ÍNDICE



Introducción.....

CAPÍTULO I

1.	El error penal.....	1
1.1.	Generalidades del error.....	1
1.2.	Legítimo ejercicio de un derecho.....	46
1.3.	Evolución histórica.....	52
1.4.	Definición de error.....	56
1.5.	Clasificación.....	56
1.6.	Teorías.....	56
1.7.	Teoría de la acción social.....	61
1.8.	Sistemática finalista.....	62

CAPÍTULO II

2.	El error en la doctrina penal moderna.....	67
2.1.	Definición de error de tipo.....	68
2.2.	Clasificación del error de tipo.....	69
2.3.	El Error de tipo según el grado de vencibilidad.....	69
2.4.	El error de tipo según la naturaleza del elemento sobre el cual Recae.....	71

CAPÍTULO III

3.	El error en la legislación guatemalteca.....	79
3.1.	El error de prohibición según exculpe o disminuye la culpabilidad.....	80
3.2.	El error de prohibición según el agente ignore o conozca la norma prohibitiva violentada.....	82
3.3.	Planteamiento del problema.....	86



3.4. Error en el ordenamiento penal proyectado.....

CONCLUSIONES.....91

RECOMENDACIONES.....93

BIBLIOGRAFÍA.....95

INTRODUCCIÓN



El presente estudio nace la inquietud que provoca el hecho del atraso en la regulación legal que acusan algunas instituciones del derecho penal guatemalteco.

El error penal o *aberratio iure*, llamado también en doctrina legítima defensa putativa, se encuentra regulado de forma poco técnica en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, por varias razones:

En primer lugar no se ha actualizado su tratamiento y por lo tanto acusa un atraso con respecto a los adelantos doctrinarios que se han dado paralelamente.

Por otro lado, no se establece una distinción conceptual en su regulación legal, con respecto a lo que es error de tipo y error de prohibición, aún persisten la obsoleta conceptualización, de error de hecho y error de derecho, lo cual es parte de una equivocada visión civil en el derecho penal.

La hipótesis que orientó el presente trabajo consiste en la necesidad de reformar el Código Penal en el sentido de regular de forma técnica el error penal.

Entre los objetivos trazados están: Determinar los tratamientos modernos que se le dan en la doctrina al error penal; y, establecer cuáles son aquéllos que deben ser regulados por la legislación penal actual.

Todo lo cual, debido a que la actual regulación y concepción general de tal causa de inculpación penal ya no se presta para los hechos sociales y las condiciones criminales actuales; y, en consecuencia se debe regular más adecuadamente a la dogmática penal moderna.



La presente investigación se ha dividido en tres capítulos, el primero explica lo relativo a los aspectos generales del error, el segundo su clasificación y el cuarto, se explica concretamente la problemática de la actual regulación.

Los principales métodos de investigación empleados son: el inductivo, el deductivo, el analítico y el sintético.

En cuanto a las técnicas se recurrió a las bibliográficas y de campo. Debe hacerse énfasis en la utilización de la observación científica como medio de abordar cualquier fenómeno a estudiar.



CAPÍTULO I

1. El error penal

Por error en sentido general se entiende, "la ignorancia o falsa apreciación de una situación"¹. Sin embargo en palabras de Jiménez: "la diferencia notoria, (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"².

Sin embargo, para poder explicar de mejor forma toda la teoría del error, es preciso hacer un recorrido por aquellos temas de donde se origina este.

1.1 Generalidades del error

El delito es una conducta realizada por un sujeto, la cual puede consistir en hacer o en dejar de hacer, es decir que dicha conducta puede ser una acción o una omisión. Esta conducta además debe estar reñida con los valores que defiende la ley y por tanto, estar prohibida por la misma, es decir ser ilegal. Sin embargo, para poder estar prohibida en la ley, debe primero estar contemplada en ésta como un delito o una falta, a la cual se le asigna dentro de la misma ley una sanción, que se aplica al responsable.

¹Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**. Pág. 257.

²Jimenez de Azúa, Luis. **Lecciones de derecho**. Pág. 260.



Para establecer el concepto de delito, debemos buscar el mismo en el ámbito jurídico del derecho penal vigente, puesto que de lo contrario, por ejemplo aplicar el concepto del Código Penal derogado, aún habiendo sido éste legal, estaríamos aplicando una noción descatalogada que más bien puede ser una concepción moral o una eticización subjetiva, es decir un concepto producido en un ámbito prejurídico.

El Código Penal vigente, en su Título II, que regula del delito, establece una clasificación y una enumeración de cuando y en que forma debe perpetrarse una acción o dejar de realizarse ésta, para tomarse como delito, sin embargo, no existe un Artículo que señale lo que se debe legalmente tener por delito o en su lugar, falta. Por lo que resulta difícil fijar la postura del Código con relación a las distintas corrientes dogmáticas que tratan de interpretar al delito por medio de la teoría del delito. Y no se puede fijar tal postura sin caer en apreciaciones individuales, que por acertadas o idóneas que parezcan, no dejaran de ser eso: la apreciación personal de su jurista.

Se puede sin embargo, establecer ciertos parámetros para concebir al delito desde las posturas que enuncia el Código Penal, como en el caso del Artículo 10, la relación de causalidad, y la forma de concebir determinadas figuras delictivas, como el caso del homicidio, el hurto y el aborto, las cuales no son más que la manifiesta aplicación del Artículo 10o, mencionado, y por lo mismo pueden constituir una idea de lo que en 1973, año en que se promulga el Código, el Legislador concebía como delito.



Pero el hecho de que el Código Penal guatemalteco no ofrezca una definición legal de delito, no es una cosa difícil de entender, sobre todo cuando se percibe que la teoría del delito, herramienta básica para entender al mismo, tiene apenas un siglo de existir, y los tratadistas aún no llegan a un acuerdo sobre la forma con la cual debe estructurarse la misma y por lo tanto tampoco a una definición de aceptación universal. Aunque es gracias a la teoría del delito que se ha podido llegar a determinados consensos, también es cierto que en cuanto a la estructura del delito (elementos o elementos positivos o negativos), aún existen discusiones. La existencia de los elementos en general (tipificada, antijuridicidad y culpabilidad), sirven para definir doctrinariamente al delito (y en algunos países como España, también de manera legal) “Podríamos incluso apuntar una sucinta idea de cada uno de esos elementos sin que tampoco existieran graves discrepancias. Así, la exigencia de una conducta humana se evidencia por la propia función del derecho penal y del resto del ordenamiento jurídico: ordenar la convivencia de las personas”³.

De manera que por la teoría del delito, se establece de forma tripartita que el mismo es: una conducta típica, antijurídica y culpable. Además que esta conducta debe tener establecida en la ley una pena, es decir, debe adolecer de punibilidad. Este último elemento, la punibilidad, deja en claro el conocimiento equivocado sobre que delito es una conducta mala, no es sino una apreciación vulgar y nada científica,. Por cuanto el delito, es aquella conducta que tiene asignada en la ley penal, una sanción.

³ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit;** Pág. 144.



Es lo establecido en éste último párrafo lo que debe sentar la diferencia entre el derecho penal con cualquier otra rama del derecho, y lo que sienta las bases para la discusión sobre qué conductas puede el Estado penalizar y cuales no. Qué clase de pena establecer y cuál no. Qué magnitud debe tener la pena. A éste subtema (la pena), habrá que referirse con posterioridad en la presente investigación, cuando se tengan los suficientes elementos de las conductas a las que puede el Estado aplicar su *ius puniendi* (facultad de penar).

El concepto que se debe tener a cerca de lo que es delito, tiene que incluir el hecho de que la conducta calificada como tal, es una actividad contraria al orden jurídico y que este protege ciertos intereses. Se establece que los intereses que protege el legislador al definir una conducta como ilícita debe reñir con la generalidad, es decir, el grupo de personas que se afecta con la conducta ilícita debe ser la mayoría de la sociedad. Interés social, que es parte del status quo que protege el Derecho. Esa vulnerabilidad de la cual adolecen la sociedad y que se encuentra regulada en ley se puede clasificar como "bienes jurídicos tutelados".

En suma, la conducta de quien comete un delito reviste de antijuridicidad, puesto que es contraria al orden jurídico establecido. Es por tanto, un injusto penal. Este injusto debe sancionarse, por lo que la conducta tipificada como antijurídica e ilícita, tiene asignada una pena.



La tipicidad no implica precisamente una pena, y la punibilidad reviste un elemento totalmente autónomo en el delito. El problema de la punibilidad, estriba en que se deben establecer las condiciones objetivas o externas que se presente en determinada conducta. Sin embargo, como se dijo, el delito debe ser considerado en tres aspectos especiales: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Dado que la presente investigación constituye un trabajo individual que implica la síntesis de los temas estudiados y la redacción de los mismos en expresión de lo que se piensa, se precisa que el delito, cualquiera que sea, es una conducta típicamente antijurídica, por estar contenida en una norma penal que protege intereses o bienes jurídicos ordenados en torno a una estructura social, y que dicha conducta debe además ser culpable, por las características que revista la acción o la omisión, así como las aptitudes del sujeto, y que dentro de la misma norma penal que la contiene, se le asigna una clase y categoría de pena cualificada y cuantificada de acuerdo con el derecho penal vigente.

Por la alusión que se hizo en la exposición previa a la anterior conclusión, de los intereses que protege el derecho penal especial, y la forma en que lo hace, es necesario explicar en párrafos aparte el tema del bien Jurídico tutelado a manera de fundamentar lo que se trata posteriormente, sobre los principios del derecho penal.

Bacigalupo señala que: "delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena"⁴.

⁴ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit**, pág. 126.



De esta forma también lo explica Muñoz Conde, quien afirma además que “siendo asimismo trata de llevar a su justa dimensión el principio de legalidad penal: *Nullum crimen sine lege*”⁵.

Es decir que para poder construir una definición más completa, se debe agregar a lo apuntado párrafos arriba que el delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable y que dicha conducta es un acto o una omisión a la cual el Estado ya sea en uso de su poder o en cumplimiento de su deber, asigna una pena.

La teoría del delito tiene por objeto proporcionar los conceptos que permitan establecer que un hecho es precisamente el mismo que la ley penal describe como supuesto para que se le aplique una pena al autor.

Para alcanzar esta meta, la teoría del delito descompone el concepto de delito en categorías jurídicas que facilitan la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales. De esa manera, la teoría del delito rechaza el análisis por intuición y además, que la apreciación del delito sea absoluta, sino un análisis que permita comprobar cada una de esas categorías jurídicas. Trata de dar una base científica a la práctica de los jueces proporcionándoles “un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad”.⁶

⁵ **Ibid.**

⁶ Bacigalupo Enrique, **Elementos de la teoría del delito**. Pág. 13.



La teoría del delito es la encargada de proveer de instrumentos o herramientas al derecho penal objetivo, para que éste pueda definir las figuras delictivas e incorporarlas a la legislación. Con esto se contribuye a aplicar justicia penal lo más apegado al principio de legalidad posible. Es decir, la justa aplicación de los tipos penales, es un aspecto de competencia plena de la teoría del delito.

La teoría del delito, expresa una serie de elementos que se presentan de forma común a todo delito, lo que permite una apreciación más general, además de fijar una postura jurídica dentro del ordenamiento jurídico-penal. Cada legislación penal en el mundo se ve influenciada directamente por alguna doctrina penal, a la misma se le llama dogmática, la cual se manifestará en la parte especial del Código Penal guatemalteco, o descripción de cada figura delictiva.

El Código Penal, surge en la década de los años setenta, (se promulga en 1973), fecha para la cual, modernas dogmáticas llamadas más propiamente: sistemáticas, sobre la concepción de la teoría del delito, apenas y comenzaban a llegar a conclusiones importantes. Por lo que el Código Penal, surge desprovisto de dicha influencia.

La tendencia intervencionista del Estado social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios, lo que culminó en el período entre las dos guerras mundiales. La experiencia de los horrores que ello trajo, primero en la paz y luego con la guerra, hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un sentido



democrático. Surgió, así, la fórmula sintética de *Estado social y democrático de derecho*.

Esta aparece en la Constitución alemana después de la guerra, y sirve de punto de partida a la Constitución española de 1978. El derecho penal de un Estado habrá de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan.

Esta forma constitucional, debe legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto derecho penal de un Estado democrático de derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte siguiendo la tradición liberal del Estado de derecho y en parte reforzándose por la necesidad de que sea democrático.

Es importante no sólo la eficacia de la prevención, sino también limitar al máximo sus costos, es decir, de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el derecho penal del Estado social y democrático de derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados como la venganza privada o pública o desprovistos de garantías como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas antedelictuales, o que otras formas de derecho penal autoritario. Este tema, tiene especial importancia en la presente investigación y se relaciona directamente con el objeto central de estudio, en que la actuación policial o de las fuerzas del Estado en muchas ocasiones en la historia de Guatemala, a conllevado



al uso excesivo de la fuerza o de la violencia. Por ello, en muchas ocasiones alega por parte de subordinados de la Policía que simplemente cumplen órdenes, en otros casos, que actúan en el legítimo ejercicio de un derecho. Esa discusión se analiza más adelante, como consecuencia del estudio de las causas de justificación o de inculpabilidad mencionadas; pero que ocupa la principal repercusión de un Estado democrático y de derecho.

Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que el modelo de Estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.

Sólo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo de afirmación del Derecho propio de un Estado social y democrático de derecho, y sólo así podrán conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención general positiva.

La función del derecho penal se manifiesta en la función de la pena y de la medida de seguridad, pero no se agota en ella. El derecho penal no es sólo aplicación de sanciones, sino también de normas que prohíben los delitos a los ciudadanos (es decir de prevención general). También en éstas tiene que de reflejarse la función del derecho penal, puse también tienen la función de prevención limitada que corresponde al derecho penal de un Estado social y democrático de derecho.



Al prohibir los delitos, esas funciones pretenden motivar al ciudadano para que no delinca pero exigiendo del derecho penal determinados requisitos mínimos en el concepto de delito y en particular en la teoría de la antijuricidad como infracción de la norma penal. Hay que tomar en cuenta que un análisis tan profundo del derecho penal como es el incluir antijuricidad, no cabe una concepción puramente intimidatoria de la prevención general, pero sí la prevención general científicamente estructurada, por medio de las normas penales de la ley correspondiente.

También la teoría del delito y no sólo la de la pena, debe basarse, en la función de prevención limitada que corresponde al derecho penal del estado de derecho.

Según Émile Durkheim, aunque: “la delincuencia parece ser un fenómeno inherente a cualquier sociedad humana, el valor que se le atribuye depende de la naturaleza y de la forma de organización de la sociedad en cuestión”⁷.

En un principio, la infracción fue valorada en función de criterios religiosos o mágicos, y la transgresión de lo prohibido producía, por lo general, la exclusión de la sociedad, ya fuera por muerte o por alejamiento, para el violador de la norma. Más tarde, la dominación ejercida por las grandes religiones monoteístas (véase Monoteísmo) en sus respectivos ámbitos derivó en materia de derecho y un acto se consideraba infracción cuando violaba una prohibición expresa de los textos sagrados o de su interpretación.

⁷ Ibid.



La progresiva separación entre lo religioso y lo temporal, iniciada en la edad media, no consiguió sin embargo hacer desaparecer el carácter religioso de la infracción. Esta visión justificó, por ejemplo, el reconocimiento en diferentes épocas de la historia de la responsabilidad penal de los niños e incluso de los animales. En el siglo XVII, en la mayor parte de los países europeos, el derecho penal se basaba en el principio de la responsabilidad individual, favoreciendo la aplicación de penas intimidantes de gran severidad, como la rueda, el látigo o las galeras.

En el llamado siglo de las luces, se produjo una ruptura con lo anterior a través de la búsqueda de una definición legal y universal de lo permitido y lo prohibido, con la idea de fundamentar la aplicación de delitos y penas, según fue formulada por el italiano Cesare Beccaria en su obra, publicada en 1764. Esta búsqueda se inscribía en el marco de una nueva definición más general del hombre como ser social, con derechos y obligaciones, que evolucionaba en una sociedad donde, sin tener que buscar su legitimidad en la religión, podía cuestionarse la naturaleza de las infracciones y las escalas de sanciones aplicables a todas las personas, cualquiera que fuera la calidad del delincuente. Este principio fue retomado en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano (1789), en cuyo artículo 7 puede leerse: "La ley sólo puede establecer penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado salvo en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicable".



En el transcurso del siglo XIX se hizo hincapié en la vertiente social de la acción criminal y se estudió el libre albedrío del delincuente, observando que resultaba posible modificar su conducta a través de su educación y de las condiciones de vida. Estos trabajos abrieron el camino a los estudios sobre la readaptación de las penas y la reinserción del delincuente. Por su parte, la abolición de la pena capital (véase Pena de muerte) en numerosos países supuso el abandono del valor 'mágico' del castigo y, aunque la toma de conciencia del delincuente sigue siendo uno de los objetivos del encarcelamiento, éste tiene como primera finalidad la de ser eficaz en lo social.

Según se ha señalado en las lecciones anteriores, cada modelo de Estado exige una particular concepción del derecho penal y de su función. La imagen del Estado social y democrático de derecho debe ofrecer el punto de partida para determinar la función del derecho penal, pero ésta a su vez debe servir de base no sólo de la teoría de la pena, sino también de la teoría del delito. Si el modelo de Estado debe determinar una concepción del derecho penal, ésta ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicas, la pena y el delito: Estado, derecho penal, pena y delito se hallan en una estricta relación de dependencia. La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídicamente prohibido y punible.



El entendimiento del derecho penal de un Estado social como medio de prevención servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir a las normas que castigan con una pena el delito (normas secundarias) la función de crear expectativas que motiven en contra de la comisión de delitos. Pero la función de prevención que corresponde al derecho penal de un Estado no sólo social, sino también democrático y de derecho, ha de estar sujeta, como sabemos, a ciertos límites.

El principio de legalidad impone, por una parte, que el delito se determine con la suficiente precisión: el delito ha de estar específicamente tipificado; y, por otra parte, exige que el delito constituya infracción de una norma primaria. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obliga a concebir el delito como un ataque a un bien jurídico-penal, cuando dicho ataque no esté justificado por la necesidad de salvaguardia de otro bien jurídico prevalente.

El principio de culpabilidad (en sentido amplio) exige que dicho ataque pueda imputarse objetiva, subjetiva y personalmente a su autor en determinadas condiciones. Finalmente, el carácter de ultima *ratio* del derecho penal ha de condicionar la punibilidad del hecho a que manifieste una suficiente gravedad y necesidad de pena.

Estos son los elementos que trata de articular en un sistema la teoría del delito, sistema no sólo dotado, en cuanto tal, de valor científico y práctico, sino también legítimo en la medida en que es el resultado de una evolución que ha ido recogiendo las exigencias



que la concepción del Estado dominante en el ámbito de cultura impone el derecho penal.

En principio, la realización de una conducta descrita en la ley como delito supone la aplicación de una pena a su autor. Pero los códigos, en su parte general, contienen un catálogo de causales que eximen de responsabilidad penal, bien porque el agente sea inimputable, bien porque legitimen el acto, o bien, porque en determinadas circunstancias, la comisión del hecho típico no sea reprochable.

Son circunstancias eximentes de responsabilidad penal, aquellas que permiten que el delincuente no sea sancionado por la ley que la pena establece, sin perjuicio que el hecho constitutivo de delito se encuentre acreditado, la existencia de la circunstancia eximente de responsabilidad penal, hace que el delincuente no sea sancionado.

En Guatemala, el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala contiene la división de las eximentes de responsabilidad penal en tres grupos:

- Causas de inimputabilidad (contenidas en el Artículo 23 del Código Penal)
- Causas de justificación (contenidas en el Artículo 24 del Código Penal)
- Causas de inculpabilidad (contenidas en el Artículo 25 del Código Penal)



La imputabilidad es el conjunto de condiciones subjetivas que debe reunir el perpetrador de un delito, suponiendo en él la capacidad de conocer y comprender dicha ilicitud para que sea factible colocar en sus manos las consecuencias de su acto.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad.

La inimputabilidad es uno de los temas más difíciles y exquisitos en el ámbito de las ciencias penales. La mayor parte de las legislaciones consideran que existen cierto número de individuos que por su especial situación (trastorno mental, sordomudez), deben recibir un trato diferente por parte de la ley al cometer un hecho legalmente descrito. A estos individuos se los denomina “inimputables” y al fenómeno que los cubre la inimputabilidad.

El Dr. Julio Andrés Sampedro Arrubia dice “La inimputabilidad es la incapacidad del sujeto para ser culpable siendo determinante la falta de conocimiento de la ilicitud y/o la alteración de la voluntad , siempre y cuando ocurran en el sujeto al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito”⁸.

En Guatemala, el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, señala que hay dos causas de inimputabilidad:

No es imputable:

⁸ Ibid.



- El menor de edad.
- Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.

Las causas o los fundamentos de la justificación se encuentran en todo el Ordenamiento Jurídico, es así indiferente que la realización de la acción típica esté autorizada por el derecho civil, administrativo o penal. Por ejemplo, el derecho de retención que también rige en materia civil.

La principal característica de la causa de justificación, es que excluye totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no solo la penal, sino también la civil, administrativa etc., no solo respecto al autor, sino también a quienes le han ayudado o inducido, a diferencia de las de inculpabilidad y las excusas legales absolutorias, en las cuales subsiste la responsabilidad civil y la responsabilidad de los partícipes.⁹

Para autores como Bacigalupo y Jescheck el número de causas de justificación no quedará nunca cerrado, es decir que por ley no podrán limitarse y definirse las causas de justificación posibles, por el contrario, lo que fundamenta la calidad de una

⁹ Bacigalupo, Enrique. **Manual de derecho penal**. Pág. 117.

circunstancia como causa de justificación, es la decisión referente a que esa circunstancia debe tratarse bajo las reglas de las causas de justificación.



La existencia de una causa de justificación depende de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de las mismas: el elemento objetivo se refiere a la existencia real de la situación objetiva justificante y el elemento subjetivo al conocimiento de la existencia de la situación objetiva justificante y el querer ejercer el derecho de esa causa de justificación.

Bacigalupo al analizar la teoría de la justificación afirma: “Un punto de vista que combine el criterio objetivo y subjetivo, resulta ser en verdad, el que mejor responde a una estructura de lo ilícito que reconoce un disvalor del resultado junto con un disvalor de la acción y que, en la teoría de la justificación debe requerir paralelamente la exclusión tanto del disvalor del resultado como del disvalor de la acción.”¹⁰

Líneas arriba puntualizamos sobre los efectos de la existencia de una causa de justificación, a saber la exclusión de la responsabilidad penal y civil para el autor y la extensión del efecto justificante hacia los partícipes, por ejemplo a quien induce a otro a defenderse dentro de los límites de la defensa necesaria o a obrar dentro del estado de necesidad. Pero es necesario desde ahora señalar que para que tales efectos se produzcan deben en general concurrir las siguientes condiciones en toda causa de justificación: que la situación que de lugar a la permisión no sea provocada, que la

¹⁰ **Ibid.** Pág. 121.



justificación se limite a la acción necesaria por parte del autor para salvar el bien jurídico el cual no podía ser protegido de otra manera y que el autor obre con conocimiento de las circunstancias de la causa de justificación.

A partir de estas comprobaciones iniciales, se determinará en cada caso en particular si se está ante situación justificante o bien si operó algún tipo de error, exceso o simplemente no se trata de ninguna circunstancia que deba verse bajo este análisis.

Según el Artículo 24 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República:

- De acuerdo a quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:
 - o Agresión ilegítima;
 - o Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;
 - o Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretende entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.



Dentro de este apartado vamos a enunciar las principales características que tanto la legislación como la doctrina señalan sobre este instituto, pero con mayor relevancia expondremos el por qué de su existencia, es decir, como se justifica que esta figura, que excluye la antijuridicidad de la acción y que por tanto exonera por completo de responsabilidad penal sea una constante en todos los ordenamientos, tanto los mas conservadores como los de avanzada, debiendo anotar además que esta institución se remonta incluso hasta el Derecho Natural.

En pocas palabras Wetzel señala que “el Derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto”.¹¹

Asimismo, se indica por la doctrina que la legítima defensa transforma lo típicamente injusto en justo.¹²

Se podría continuar transcribiendo expresiones que intentan definir que es en el fondo, esta causa de justificación. No obstante, se puede afirmar que es un tipo permisivo que se aplica cuando se presenta una situación determinada, que reúne todas las características que el mismo exige, excluye la antijuridicidad de la acción, por lo que lejos de violar el derecho el acto lo reafirma y defiende. Siempre será una conducta referida a evitar o repeler la agresión ilegítima de que se es objeto. Más adelante se expondrá en detalle cuáles son esas características que el hecho debe reunir para que opere la legítima defensa, y sobre todo qué es agresión ilegítima.

¹¹ Wetzel, Hans. **Derecho penal alemán**. Pág. 122.

¹² Quintano Ripolles, Antonio. **Compendio derecho penal**, Pág. 244.



Lo dicho hasta ahora, no difiere para el tratamiento de las demás causas de justificación que conoce la doctrina y que nuestra legislación acoge. Específicamente, en cuanto a particular que ahora nos ocupa se ha señalado como su fundamento, que nadie está obligado a soportar lo injusto, por lo que la legítima defensa se presenta cuando el sujeto se ve obligado a defender sus bienes jurídicos porque el Estado no puede concurrir a tiempo en su defensa.¹³

De modo entonces, que ante una situación conflictiva el sujeto puede actuar legítimamente porque el Estado no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos, la protección de esos bienes jurídicos. Debe entonces de tratarse de una situación en la cuál dicha protección no puede ser suministrada de otra manera, de ahí que Zaffaroni hable de la “naturaleza secundaria de la legítima defensa”.¹⁴

Refiriéndose a la fundamentación filosófica de la legítima defensa Antonio Quintano Ripollés hace un breve recorrido sobre las diferentes visiones que se le han dado, las cuales vale la pena retomar a efecto de tener un marco más amplio para el posterior desarrollo de la misma: “En el Derecho y la práctica germánicos, la legítima defensa sufrió deformaciones que amenazaron en convertir su ejercicio excepcional y supletorio en una regresión a los tiempos de la justicia privada, confundiéndose el derecho con el deber de venganza de la sangreEn la dialéctica hegeliana de las tesis y las antítesis se anunció de la siguiente manera: siendo el delito (agresión) la negación del derecho, la defensa al ser negación de la negación, venía a afirmarlo. Abundando en estas ideas

¹³ Chirino, Alfredo y otro. **La legítima defensa**. Pág. 23.

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio **Ob. Cit**; Pág. 121.



otro gran jurista alemán, Binding, consideró tal derecho de defensa como originario, es decir, no derivado de una presunta delegación del Estado por imposibilidad de otro inmediato, ficción grata a la doctrina clásica italiana. Como excepcional puede ser considerada en la filosofía alemana la actitud de Kant de estimar a la legítima defensa como intrínsecamente injusta, impune por consideraciones utilitarias¹⁵.

Podría parecer innecesario recalcar la calidad justificante de la legítima defensa, pero no son pocos los casos en que se escucha que excluye el dolo, o bien que es una eximente o una causal de exculpación. La legítima defensa actúa en el nivel de la antijuridicidad del injusto, por lo que la tipicidad como tal subsiste, aunque no se puede hacer el juicio de reproche porque el injusto quedó incompleto y no tiene sentido analizar lo referente a culpabilidad, es decir, resulta innecesario llegar hasta ese nivel.¹⁶

Se considera que con estas acotaciones hemos reseñado sobre todo cuál es el fundamento de esta causa de justificación. Al intentar definirla hemos admitido que en el fondo lo que existe es un estado de necesidad ante el cual el sujeto que se enfrenta a la situación de conflicto debe actuar, con esto surge desde ahora la necesidad de delimitar la aplicación de ambos tipos permisivos: a saber, el estado de necesidad y la legítima defensa.

Zaffaroni admite la diferencia en los siguientes términos:

¹⁵ Quintano Ripollés, Antonio. **Ob. Cit.** Pág. 246.

¹⁶ Chirino, Alfredo. **Ob. Cit.** Pág.27.



“En el estado de necesidad se hace necesario un medio lesivo para evitar un mal mayor, en tanto que en la legítima defensa el medio lesivo se hace necesario para repeler una agresión antijurídica. Esta diferencia hace que en el estado de necesidad debe mediar una estricta ponderación de lo males: el que se causa y el que se evita, debiendo ser mayor el que se quiere evitar, en la legítima defensa no hay una ponderación de esta naturaleza, porque en uno de los platillos de esa balanza hay una agresión antijurídica, lo que la desequilibra totalmente.”¹⁷

Como idea medular se tiene entonces que en la legítima defensa no hay una valoración de males, puesto que no hay una colisión de “intereses jurídicos” en situación tal de que exista riesgo de uno de ellos y posibilidad de salvar otro, simplemente existe la necesidad de responder frente a una agresión ilegítima.

Ricardo Núñez, analizando el fundamento o justificación de la legítima defensa, sostiene que el mismo se encuentra en la prevalencia del interés que el Derecho tiene en la defensa del bien atacado frente al que tiene en mantener incólume el bien del agresor lesionado por el agredido o por el tercero que lo defiende, de modo dice El que hay un interés prevaleciente, pero que no determina un mayor valor intrínseco de un bien sobre otro, sino por la ilicitud de la agresión y la razonabilidad de la defensa del titular del bien agredido.¹⁸

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio. **Ob. Cit.** Pág. 522.

¹⁸ Núñez, Ricardo. **Derecho penal argentino.** Pág. 344.



En la legislación, esta causal de justificación está contemplada en el artículo 17 del Código Penal.

Con fundamento en esta norma y lo expuesto hasta ahora, corresponde analizar cuáles son las condiciones, los caracteres o requisitos, según se quieran llamar, que debe reunir la legítima defensa para que opere como tal y surta todos los efectos previstos.

Se tiene como base el tipo penal transcrito: Refiere el Código Penal, que son defendibles las personas o derechos propios o ajenos. De esto deducimos que es objeto de defensa todo bien jurídicamente protegido, ya sea titular el agente o un tercero.

Cuando interpreta el artículo similar al guatemalteco, que contiene la legislación Argentina, Ricardo Núñez advierte que no siempre se ha interpretado con tanta amplitud la extensión de este artículo y que por el contrario se restringió a la defensa de la persona como tal.¹⁹ Sin embargo ya ese concepto restringido de la protección de ciertos bienes por la legítima defensa ha sido superada por la mayoría de las legislaciones modernas, y por el contrario se le ha dado, en algunos casos una interpretación bastante amplia, por ejemplo, Núñez, en cuanto al objeto de protección de la legítima defensa sostiene:

¹⁹ Núñez, Ricardo. **Ob, Cit.** Pág. 351.



“Hoy, no es algo discutible que el Código Penal admite la legítima defensa, no solo de la vida o la integridad personal, sino, de acuerdo con la mayoría de las legislaciones más adelantadas, defensa específica no vinculada a la de aquellos bienes del honor y el pudor, el patrimonio, el domicilio y la libertad. En realidad el vocablo derechos que utiliza la ley, no solamente incluye la protección de facultades o pretensiones personales, reales o de familia reconocidas por el Derecho y exigibles a otro en justicia, sino que también comprende la preservación de atributos esenciales de la persona que, aunque no puedan ser exigidos como derechos subjetivos a un tercero en justicia, son defendibles privada, policial o judicialmente por hechos o acciones impeditivos, reparatorios o represivos de la ofensa...Como también son el sentimiento y afecto patrio, el sentimiento moral y las ideas religiosas u otros intereses del individuo que atañan a su tranquilidad personal.”²⁰

En este mismo sentido se expresa la mayoría de la doctrina consultada. Así, Zaffaroni, agrega que cualquier bien jurídico siempre que la defensa sea racional.²¹ Quintano Ripollés, analiza la legislación y la jurisprudencia española e indica que la expresión persona y derechos es muy amplia, contrario a lo tradicional que fue la salvaguardia de la vida o valores supremos del sujeto agredido, señala como dato interesante que la jurisprudencia de su país ha limitado el concepto no a cualquier bien, sino que se requiere la presencia de un acto físico, de fuerza o acometimiento y cita una sentencia de 11-11-1942. Para él deben excluirse la defensa contra el honor en injurias y

²⁰ **Ibid.** Pág. 354.

²¹ Zaffaroni, Eugenio. **Ob. Cit.** Pág. 523.



calumnias.²² Wetzel por ejemplo indica que todo bien jurídico reconocido por el derecho es susceptible de defensa, no solo los reconocidos por el Derecho Penal; así la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, los esponsales, la propiedad, la posesión.²³

Para finalizar la exposición sobre los bienes que pueden ser objeto de defensa, resulta pertinente citar también la posición de Jescheck, quien refiere el carácter individual de la legítima defensa, es decir que solo puede ejercerse para proteger bienes jurídicos individuales, y no el orden público o el ordenamiento jurídico, salvo que se haga a través de un particular. Dice el Autor que los bienes jurídicos del Estado o de otras personas jurídicas de Derecho Público son defendibles si poseen carácter individual.²⁴

Asimismo, si vemos el artículo 24 del Código Penal es claro al señalar que se trata de derechos de la persona, por lo que nos inclinamos por la tesis de que solo podría invocarse la protección de intereses de una persona jurídica o del Estado, a través de la protección de un interés individual.

Cuando se habla de agresión ilegítima se debe cuestionarnos qué vamos a se entiende como tal, así podemos afirmar que se trata de una conducta por parte del agresor, lo cual significa que debe actuar con conocimiento y voluntad de lo que hace, así se excluiría la legítima defensa frente a los casos de involuntabilidad, caso fortuito y fuerza mayor.²⁵ En este mismo sentido Zaffaroni refiere que no hay agresión sino hay

²² Quintano, Ripollés. **Ob. Cit.** Pág. 248.

²³ Wetzel, **Ob. Cit.** Pág. 123.

²⁴ Jescheck, **Ob. Cit.** Pág. 563.

²⁵ Chirino, y Otro. **Ob. Cit.** Pág. 41.

conducta, como sucede cuando se trata del ataque de un animal o un infortunable, pues como se requiere que la agresión sea ilegítima (antijurídica) , no lo es algo que no es conducta, en estos casos según su criterio se aplica el estado de necesidad, también la excluye en los casos en la agresión es culposa, para él la agresión debe ser intencional.²⁶



Jeschek, al respecto, sostiene una tesis diversa y admite la legítima defensa frente a casos de ebriedad, enfermos mentales, niños y personas que actúan bajo error o imprudentemente. El fundamento de su postura es que al requerirse que la agresión sea antijurídica, es decir que vulnere objetivamente el Ordenamiento Jurídico, basta para ello que se produzca el injusto del resultado, sin que sea preciso un comportamiento doloso o culpable del agresor.²⁷

Se puede considerar acertada la postura de Jeschek, y se cree que efectivamente ante una agresión de esa naturaleza si puede alegarse legítima defensa, se trata de una agresión a un bien jurídico tutelado, que produce un daño y ante esto el derecho penal debe permitir al ciudadano su defensa. En los de error, donde se elimina el dolo y la persona actúa inculpablemente, si podríamos cuestionarnos si se podría alegar el amparo de la causal, pues no se trata de una agresión ilegítima, ya que el sujeto no actúa de manera intencional y se podría causar un daño desproporcionado.

²⁶ Zaffaroni, **Ob. Cit.** Pág. 523.

²⁷ Jescheck, **Ob. Cit.** Pág. 465.



Parte de la doctrina sigue la tesis de que en estos casos de defensa frente al ataque de un inimputable, un menor o un animal puede hablarse de un estado de necesidad, sin embargo esto podría llevar a que no opere la causal al tener que cumplir el requisito de la ponderación de bienes y de que se evita el mal mayor, cosa que como dijimos no debe demostrarse en la legítima defensa.

La acción debe ser contraria al Ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, lo cual no significa que deba constituir delito. (Nuestra Jursiprudencia así lo ha resuelto: Sala Tercera de la Corte n. 168 de las 10 horas del 17 de junio de 1988, Tribunal Superior de Pérez Zeledón N. 258 de las 18:40 horas del 18 de noviembre de 1988)

Siguiendo con las características de la agresión se dice que esta debe ser inminente, lo cual significa que el agresor puede llevarla a cabo cuando quiera, la doctrina habla también de que debe ser actual, es decir que amenaza en forma inmediata, tiene lugar efectivamente o todavía continúa. En este sentido vale citar a Wetzel quien hace una síntesis de estos requisitos: "La agresión es actual si es inminente o si aún perdura, no es necesario que la agresión haya alcanzado ya la forma de tentativa punible del delito (legítima defensa del guardabosques contra el cazador furtivo que al ser requerido no depone el arma). La agresión perdura aún después de la consumación formal del delito, mientras ella mantiene intensivamente la lesión del bien jurídico, de ahí que es admisible la legítima defensa del ladrón que huye con el botín."²⁸

²⁸ Wetzel. **Ob. Cit.** Pág. 121.



Los ejemplos siempre pueden resultar muy discutibles, lo cierto es que la agresión debe ser actual e inminente en los términos descritos, y este requisito debe analizarse en cada caso concreto, tomando en cuenta que la defensa se puede ejercer desde que se presenta el peligro para el bien jurídico derivado de esa amenaza inminente y aún mientras se prolongue el estado antijurídico como en los delitos permanentes.²⁹

La defensa tiene que ser voluntaria y proporcionada de acuerdo a las circunstancias, esto significa que sea racional.³⁰ Se hace la aclaración en cuanto a la voluntad de la defensa, para distinguir casos como los de riña en los cuales se confunden defensa y agresión.

Las acciones defensivas deben ser necesarias para el fin de la defensa. Al decirse que esta necesidad debe ser racional, se quiere especificar que se utilicen en forma adecuada los elementos de defensa de que se dispone con relación al ataque. No significa sin embargo una equivalencia total de medios, todo depende del análisis de las circunstancias de cada caso, de las personas que intervienen, los medios de que se dispone para defenderse, situaciones de tiempo y lugar, el fin del ataque, su intensidad, etc.

No debe perderse de vista, que no se trata de lo que imaginó el agredido sobre la magnitud de la agresión ilegítima, sino lo que resulta de la situación objetivamente considerada, pues si se sigue un criterio meramente subjetivo, cualquier medio

²⁹ Jescheck. **Ob Cit.** Pág. 466.

³⁰ Breglia Arias, Omar. **Código penal y leyes complementarias.** Pág. 131.



empleado pudiese parecer racional, aunque sea totalmente desproporcionado de acuerdo a la situación real que se presenta.

La necesidad de la defensa debe enjuiciarse objetivamente y ex ante, es decir, según la valoración de las circunstancias, desde una perspectiva de un tercero prudente colocado en la situación del agredido. La comprobación de esa necesidad no requiere equiparación tampoco de valores de los bienes afectados, basta que de acuerdo a las circunstancias del caso se utilice el medio menos lesivo y peligroso para defenderse en forma eficaz, pues no se trata de que deba huir el agredido.

En Costa Rica por ejemplo, según lo exponen Alfredo Chirino y Ricardo Salas, el examen de la necesidad racional de la defensa se realiza desde la perspectiva ex post del Juez, quien observa imparcialmente las circunstancias que rodearon el hecho y la conducta del agresor, y las condiciones del agente. Se toma en cuenta, no la visión del sujeto que actuó, sino la del Juzgador, quien observa todas las situaciones particulares del caso.

En varios votos recientes el Tribunal de Casación de este país ha entrado a analizar la necesidad del medio empleado, indicando que este concepto no puede medirse únicamente por la proporción que debe existir entre la magnitud e intensidad de la agresión y la reacción defensiva, proporcionalidad que se da entre los medios o armas de la defensa, porque tampoco el agredido está obligado a huir. Se debe interpretar que no se trata de enfrentar armas u objetos contundentes de la misma especie o



exactamente iguales, ante la inminencia de una agresión, sino que se utiliza el único medio que se tiene disponible para defenderse. La solución debe darse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias y estudiando los hechos y las personas en cada caso para decidir.³¹

En cuanto a la necesidad de la defensa se debe partir, como lo hemos expuesto líneas arriba, de la afirmación de que la conducta de defensa debe ser suficiente para neutralizar el ataque, pero agregan que la medida que se adopte debe hacerse en correspondencia con los fines de convivencia, que son la base genérica de los tipos permisivos. Lo anterior, implica una jerarquización de bienes jurídicos, para analizar el punto de la racionalidad del medio empleado. Ponen como ejemplo, una propiedad protegida por un sistema mecánico, mediante el cual quien lo toca se electrocuta. “Definitivamente estos medios no pueden ser admitidos”.³²

En la doctrina y la legislación al tratar sobre los requisitos de la legítima defensa se expone la provocación suficiente. Puede analizarse este aspecto cuando se trata la necesidad de la defensa empleada, en tanto el Titular del bien jurídico ha propiciado la actitud del agresor, pero no funciona como un requisito independiente. En las legislaciones donde se encuentra impuesto funciona como un elemento negativo del tipo, ya que hace cesar la causa de justificación. Pues el principio general de que nadie está obligado a soportar lo injusto, se aplica en el tanto no se haya provocado la situación injusta con una conducta inadecuada para la normal convivencia. Se exigen

³¹ Sala Tercer de la Corte. 1990 Voto 218- F de las 9 horas del 18 de agosto y 1992. Voto 327-F de las 8:45 del 24 de julio.

³² Chirino. **Ob.Cit.** Pág.64.



dos requisitos para considerar la exclusión en estos casos de la legítima defensa: a) que la conducta sea suficientemente provocadora y b) que haga previsible un ataque "por parte del que está siendo provocado".³³

Otro tema en torno a la legítima defensa al cual la doctrina le da importancia y lo analiza en forma separada es la presencia de un tercero, ya sea que se le defienda, o cuando hay un tercero de por medio en la situación de legítima defensa.

El artículo 24 del Código Penal contempla la posibilidad de defensa de los bienes o derechos de un tercero, en este caso se aplican al defensor todas las circunstancias que exige el tipo para su aplicación. Se discute qué sucede cuando el agredido manifiesta que rechaza esa defensa, tratándose de bienes de los cuales puede disponer pareciera que, al manifestar su deseo de no defenderse, la agresión deja de ser ilegítima y ya el tercero, si insiste, no estaría amparado por la causa de justificación, pero si se trata de un bien indisponible como la vida, esta desautorización no cambia en nada la situación objetiva justificante.

Asimismo, es importante señalar otra circunstancia que se toma como requisito para analizar la conducta del tercero, y así lo menciona Zaffaroni y es la circunstancia que el tercero no haya participado en la provocación del agresor, pues aunque la misma exista y él conozca que se dio por parte del titular no está inhabilitado a actuar, pues el injusto es personal.³⁴

³³ Zaffaroni, **Ob. Cit.** Pág. 525.

³⁴ Zaffaroni, **Ob. Cit.** Pág. 531.



Otro caso donde puede aparecer un tercero se da cuando la persona que se defiende legítimamente afecta con su acción a otras personas que no lo han agredido, quienes reciben el efecto de la defensa no queriéndolo el que se defiende. En estos casos el Tercero perjudicado, si responde, no puede alegar legítima defensa porque no existió agresión del Agente, podrá tratarse de un Estado de Necesidad donde se valoran los intereses del tercero amenazado y el riesgo que corría el agredido, en caso de ser este superior se considera que el justificado respecto del daño al tercero actúa antijurídicamente. Existe una jurisprudencia que resolvió un caso de afectación a un tercero que consideró que el titular del Derecho actuó amparado a la causal de legítima defensa, en tanto existió una agresión ilegítima y la defensa empleada fue razonable, solo que un tercero se interpuso y resultó lesionado.³⁵

El Artículo 24 Del Código Penal finaliza regulando la figura que ha sido denominada por la doctrina como defensa presunta o privilegiada. Se entiende que concurre la causa de justificación, cuando sin importar el daño que se ocasiona al agresor, el individuo extraño se encuentra dentro de una edificación o sus dependencias con peligro para los que la ocupan o la habitan.

En estos casos la doctrina refiere que se presume "*juris tantum*" que hay legítima defensa si se prueba la existencia de los supuestos de la ley. Pero también significa que si se demuestra que la situación justificante no se dio debido a las circunstancias

³⁵ Tribunal Superior de Puntarenas Voto número 207 de las 10:50 horas del 19 de noviembre de 1980.



del caso, no existe ningún privilegio. El calificativo de privilegiada se debe a que se justifica cualquier daño ocasionado al agresor.

En el caso de las causas de inculpabilidad, algunos tratadistas alemanes, como Max Ernesto Mayer o Augusto Köhler, las llaman causas de exculpación, y entendemos por las mismas, las causas que absuelven al sujeto de la comisión de un hecho delictivo en lo que Luis Jiménez de Asúa llama juicio de reproche.³⁶

Opera cuando el elemento subjetivo del delito que es la voluntad del agente no existe o no está justificada, es el elemento negativo de la culpabilidad. Cuando el acto puede ser típicamente antijurídico, y el actor un imputable, falta la culpabilidad por cualquiera de las siguientes causas: 1. Miedo Invencible. 2. Fuerza Exterior. 3. Error. 4. Obediencia debida. Y, 5. 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.

Se presenta cuando no se actúa de acuerdo a la libre voluntad se da la conducta compulsiva, o sea un tipo de violencia psicológica o moral que influye directa y objetivamente en el ánimo del sujeto, que se ve amenazado de sufrir un daño igual o

³⁶Jimenez de Asúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**. Pág. 259.

mayor al que se pretende que cause. En cuanto al miedo, debe ser invencible, que no sea posible sobreponerse; y en cuanto al mal, debe ser real y que sea injusto.



Se refiere a la conducta absoluta, o sea la violencia física o material que se torna en irresistible, ejercida directamente sobre la humanidad del sujeto activo, o sea que un tercero le hace obrar como un instrumento; existe falta de acción, la fuerza irresistible debe ser empleada directamente sobre el sujeto activo.

Es un conocimiento equivocado, un juicio falso sobre algo; la importancia de esto es que el sujeto debe actuar con conocimiento y querer hacer, lo que hace o bien no haberlo sabido y querido, teniendo al menos la posibilidad de prever el carácter típicamente antijurídico de la acción por el realizada (culpa), este aspecto es conocido en nuestra legislación como legítima defensa putativa, que es un error en hecho (*aberratio ictus*), o error propio, que es cuando el sujeto activo rechaza una supuesta agresión contra su persona, al creerse realmente atacado, pero ésta solo ha existido en la mente del agente. De igual manera se habla del error de derecho que es una equivocación que versa sobre la existencia de la ley que describe una conducta como delictiva; nuestra ley la denomina ignorancia, y es atenuante (Artículo 26, num. 9 C.P.), también denominado error impropio, es el error en el golpe, que es la desviación entre lo imaginado por el sujeto y lo efectivamente ocurrido, cuando va dirigido contra una persona, causando impacto en otra (*error in personae*) Artículo 21.

Es cuando existe un actuar en cumplimiento de un deber jurídicamente fundado de obedecer a otra persona, y como consecuencia de ello aparece la comisión de un delito, opera esta eximente y se da la responsabilidad de quien ordenó el acto, pero el mandato no debe tener notoria infracción clara y terminante de la ley, debido a que si es ilícito, no es obligatorio; debe emanar de una autoridad superior al que se debe obediencia.



Es la conducta pasiva en contra de una obligación de actuar que imponen algunas normas, cuando el sujeto se encuentra materialmente imposibilitado para hacerlo, quedando exento por inculpabilidad; pero esa causa debe ser legítima (real) e insuperable que impide el actuar.

La obediencia debida (también llamada obediencia jerárquica, cumplimiento de mandatos antijurídicos o cumplimiento de órdenes antijurídicas), en Derecho penal, es una situación que exime de responsabilidad penal por delitos cometidos en el cumplimiento de una orden impartida por un superior jerárquico; el subordinado, autor material de los hechos, se beneficia de esta eximente, dejando subsistente la sanción penal de su superior.

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.



En el caso del error se tiene 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.

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.

Para exponer la presente causal de justificación, al igual que el caso de la legítima defensa, debemos empezar por definir un poco su concepto y justificación.

El Dr. Rodríguez Devesa sostiene que El Código Penal Español no contiene una definición de lo que es Estado de Necesidad, por lo que señala que hay una definición que parece aceptada en doctrina que considera que consiste en una situación de tal índole que no hay otra opción que lesionar un bien jurídico de otra persona (o infringir un deber) o sufrir la destrucción de un bien jurídico propio (o dejar de cumplir otro deber, si de colisión de deberes se trata).³⁷

Su justificación para algunos autores está en que el principio de que necesidad carece de ley, pues lo ineluctable cae fuera de las normas ordinarias que regulan la conducta humana tanto de orden moral, como jurídico. De este modo se trata de una pugna de

³⁷ Rodríguez Devesa. **Ob. Cit.** Pág 569.



intereses que nace de una situación de hecho que no implica licitud inicial, de modo que el agente puede reaccionar de igual modo frente a lo lícito y lo ilícito.³⁸

Debe aclararse el concepto de necesidad y sus implicaciones. Existe necesidad en casos extremos, y estos casos se fijan mediante un proceso abstracto en el que se toma en consideración la naturaleza misma del interés jurídico que se trata de salvar en sacrificio del otro, así por ejemplo la vida es el bien jurídico superior a todos los individuales, y además la índole concreta del peligro que surge en la colisión con el bien jurídico que se sacrifica.

Cita el autor Quintano que se han dado muchas justificaciones filosóficas y jurídicas sobre la existencia del estado de necesidad, ubicándolo como algo ajeno al derecho, o como algún resabio de la naturaleza primitiva del hombre, o bien producto de la debilidad humana, a quien no se le puede exigir heroísmo. Todas estas justificaciones son de índole subjetiva, y harían parecer estas situaciones como exculpantes y no como justificantes. Por lo que la doctrina moderna le da un sustento objetivo, partiendo de Hegel, con la afirmación de que la la colisión de derechos crea Derecho, sea que la base objetiva de que se parte es la pugna entre derechos e intereses.

Lo anterior, demuestra que el Estado de Necesidad no siempre ha sido aceptado como eximente, y para ello se parte e dos razones: Unas veces la impunidad ha sido otorgada por una razón subjetiva que toma en cuenta el ánimo del autor, y otra es

³⁸ Quintano Ripollés, **Ob. Cit.** Pág.262.



tomada en cuenta un criterio objetivo de los bienes en juego, y el mayor interés que tiene el Derecho en el bien jurídico defendido por el autor.

Para legislaciones como la Argentina, la española, y la nuestra el Estado de Necesidad es causa de justificación porque prevalece el mayor interés que tiene el Derecho en que se evite el mal mayor, es decir sigue un criterio objetivo.

Wetzel trata el Estado de Necesidad que ahora exponemos como una causa suprallegal en el derecho alemán, pues como sabemos ellos conocen solo el exculpante al seguir según lo expuesto un criterio subjetivo, pero elabora una definición doctrinal sobre el mismo que nos aclara el concepto que nos interesa: "Quien actúa en un peligro actual, no evitable de otro modo, para la vida, integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, a fin de alejar de sí o de otro el peligro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, esto es, de los bienes jurídicos afectados y del grado de peligro de la amenaza, el interés protegido prevalece esencialmente sobre el perjudicado"³⁹.

Los anteriores conceptos y otros que enmarcan la figura, se encuentran recogidos en el Artículo 24 inciso 2) del Código Penal. Seguidamente, se desarrollan los requisitos que exige la ley para que se configure el Estado de Necesidad:

³⁹ **Ibid.**



Resulta innecesario transcribir de nuevo la enunciación del estado de necesidad que contiene el Artículo 24, pero debemos puntualizar algunos aspectos. Parte del estado de peligro para un bien propio o ajeno, se trata de aquella situación extrema que ya definimos. Situación de necesidad que no debe haber sido provocada de manera intencional por quien la sufre, pero que sí puede resultar de un actuar doloso o culposo de un tercero o culposo del agente. El problema se plantea cuando se provoca de modo doloso ese estado, que en principio no puede beneficiar a quien ha actuado en forma dolosa para facilitarse la comisión de un delito. Pero el Autor Rodríguez Devesa plantea un caso en que a pesar de que se provoca el estado de necesidad, efectivamente se evita el mayor previsto.

La protección de bienes puede ser a propios o ajenos, pues lo que determina el Estado de Necesidad es la situación objetiva y la relación del agente activo frente al conflicto en un momento determinado. El mal que se evita, es decir la transgresión a estos bienes jurídicos no es necesario que encuadre en un tipo penal o que provenga de una conducta humana, ya que se trata de una situación real objetiva de amenaza, pero si el mal que se infringe en salvaguarda de esos bienes, tiene que estar dirigido contra bienes o deberes que sean objeto de tutela penal, pues de otra manera el ataque a los mismo no constituiría delito y no habría nada que justificar. Lo mismo que debe tratarse de bienes ajenos, pues la destrucción del bien propio no puede ser delictuosa, porque es disposición por parte del autorizado para ello.

Pasamos ahora a cuestionar que se debe entender por evitar un mal mayor. Esto lleva a cuestionar en qué consiste esa valoración de bienes que implica el estado de necesidad, como se sabe que el mal que se evita es menor, o en otras palabras que el bien sacrificado es de menor jerarquía y por tanto era el que se debía sacrificar. Definitivamente el criterio debe ser meramente objetivo, en tanto lo determinante no es el valor que el autor le atribuye a esos bienes, sino el que les asigna el Derecho.⁴⁰ Surge otra interrogante, ¿Qué pasa cuando los bienes en colisión de igual valor, de la misma especie y el daño que se causa y se evita son iguales? “Algunos autores como Ricardo Núñez”⁴¹ partiendo de una concepción liberal del derecho piensan que es preciso tomar en cuenta la mayor estima que el individuo tiene por sus propios bienes que por los ajenos, eso resolvería el caso para cuando se trata de evitar un mal propio, pero no cuando se trata de uno ajeno. Rodríguez Devesa “comentando esta situación, señala que cuando son bienes de igual valor solo entra a regir la eximente cuando el mal que se causa es menor que el que se trata de evitar, a contrario sensu”⁴², cuando los posibles males son iguales no opera la eximente y el Sujeto activo debe asumir el mal, porque evitarlo significa sacrificar otro bien con igual valor que el que protege y con iguales resultados.

El Código Penal parece seguir la tesis de que para que opere la eximente necesariamente debe evitarse un mal mayor, de ahí que la solución es igual a la del derecho español.

⁴⁰ Núñez, Ricardo. **Ob. Cit.** Pág. 322.

⁴¹ **Ibid.**

⁴² Rodríguez Devesa, **Ob. Cit.** Pág. 573.





Estos conceptos pueden parecer familiares pues ya fueron abordados al hacer referencia a alguna de las características que debe tener la agresión ilegítima para que se justifique una situación de legítima defensa. En efecto ese estado de peligro, esa amenaza de un mal mayor debe ser inminente. Lo anterior exige que el peligro de sufrir un mal debe ser efectivo y de realización inmediata. No basta un mal posible, que se le vea lejano, es necesario que el mismo exista objetivamente.

Se vuelve al concepto de ese estado de verdadera necesidad, en donde el autor está ante la alternativa de actuar o de que no actuando o procediendo de manera más benigna se efectiviza el riesgo para el bien más valioso.⁴³

Anteriormente se ha referido un poco a este requisito al referir las situaciones que podían provocar la situación de peligro inminente. Es conteste la doctrina en este requisito, por lo que referimos que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

Se habla de que el autor debe ser extraño al mal inminente, aunque puede haber contribuido a su causa material. Así, es el caso de quien por negligencia provoca un incendio y para salvarse debe dañar cosas ajenas. Lo importante es que se tenga claro que al Autor no se le puede reprochar la situación de peligro, porque si se demuestra su intencionalidad, es decir su provocación consciente, la eximente no se produce.

⁴³ Núñez. **Ob. Cit.** Pág. 328.



A la relación causal entre el peligro causado y al acción que del Autor, debe agregarse esa intencionalidad, pues como ya se dijo si la provocación del peligro que por imprudencia, negligencia, falta de previsibilidad, la causal de justificación tiene aplicación.

Esta es una exigencia que no la contienen todas las legislaciones.

Con ella, se refiere el legislador a que el agente debe prever que el mal inminente no pueda ser evitado de otro forma. A contrario sensu, no opera la eximente si analizando el caso ex post nos encontramos con que el mal se hubiera evitado con consecuencias menores si el Agente hubiese actuado de una forma diferente a como lo hizo. Este requisito debe analizarse vinculado con la necesidad creada por la amenaza de un mal mayor.

En otras palabras quizá resulte más importante ver de acuerdo a las circunstancias objetivas de la situación si el autor no excedió la medida racionalmente necesaria para evitar el peligro, ya que luego de pasada la situación de necesidad, pueden aparecer muy diversas formas de resolver el conflicto, pero es diferente estar ante la situación apremiante.

Deben analizarse los conceptos disponibilidad y efectividad, sea el medio disponible, más efectivo y que cause el menor daño posible.



En este sentido Breglia Arias refiriéndose a los requisitos de la jurisprudencia Argentina expone: “....mientras que en otras ocasiones se sostiene que la ausencia de disposición expresa en la ley no da pie a exigencia tan absoluta, y que el criterio con que debe apreciarse la situación necesaria debe ser estrictamente concebida desde el punto de vista de un sujeto razonable en el momento de peligro.”⁴⁴

Se cree que este requisito debe interpretarse en el sentido de utilización del medio para evitar el peligro que resulte ser el menos dañoso de acuerdo a las circunstancias, y está así regulado para evitar excesos al amparo de una situación de necesidad, pero no pensamos que signifique exigir al agente que entre en una serie de valoraciones que podríamos hacer ya en frío, pues entonces no estaríamos hablando de un estado de necesidad.

Quien tiene la obligación de afrontar el riesgo no puede ampararse en esta eximente. Estos casos son de sacrificio de lo propio en servicio de lo ajeno.

Así, en condiciones normales, la madre debe afrontar los riesgos del embarazo y del parto. Los médicos y enfermeras deben afrontar los riesgos de un contagio, porque prevalece el interés de la salud de sus pacientes. el salvavidas de una piscina no podrá eludir su obligación de salvar al bañista ante el peligro de ahogarse. Tampoco quienes trabajan en un Hospital Psiquiátrico podrán eludir suministrar el tratamiento a un loco alegando peligro de ser atacados, o bien no podrán causarle un daño ante el peligro de

⁴⁴ Breglia Arias, Fernando. **Ob. Cit.** Pág. 122.

ser atacados. Los ejemplos pueden seguir, así el bombero, el capitán de un barco, el piloto de una aeronave. Todas estas personas ante una situación de peligro inminente en razón de su especial posición no pueden eludir el peligro y ampararse en la eximente que analizamos.



Al desarrollar este tema la doctrina señala algunas limitaciones que deben tomarse en cuenta.

El deber de afrontar el peligro de estar jurídicamente impuesto, ya sea mediante la ley o la convención. La obligatoriedad obra solo en los límites de la función legal o contractualmente impuesta, es decir en la medida que obliga al autor a actuar de determinada manera, que significa precisamente enfrentar el riesgo. Con ello se excluyen los deberes puramente morales, pues el Derecho no se puede fundar en situaciones de la vida interna de las personas.⁴⁵

En el caso en que la persona obligada alegue ignorancia de su obligación, o error, podría pensarse en la posibilidad de alguna causal de exclusión de la culpabilidad, pero no existiría una situación objetiva que lo exima de la obligación que le era exigible.

Por último, debe tomarse en cuenta que el derecho está construido para ser aplicado de manera racional, lo cual aplicado al tema que ahora analizamos significa que aún en

⁴⁵ Núñez, Julio. **Ob. Cit.** Pág. 336.

el caso de las personas que deben asumir el riesgo ante situaciones de necesidad, no se les obliga a actuar siempre, aun cuando les cueste la vida por salvar bienes de inferior valor, definitivamente esa no es la intención del legislador. Esa obligación de sacrificio no es ciega e ilimitada, opera aquí también el criterio de la proporcionalidad de los bienes, pues si la diferencia es grande, como en el caso de un bombero que a costa de su vida saca bienes materiales de una casa incendiada, resulta razonable concluir que esa obligación de actuar cede ante el valor muy superior del sujeto obligado jurídicamente a actuar.



Señala el Código Penal en su Artículo 25: No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho.

La doctrina no trata en forma amplia esta causal. Su fundamento o justificación se ha señalado en la preponderancia del interés que tiene el Derecho en la observancia de un deber jurídico especial impuesto al individuo, sobre el interés que tiene en la preservación del bien jurídico tutelado por la pena.⁴⁶

Con base en el texto legal se desarrollan sus elementos:

⁴⁶ **Ibid.** Pág. 400.

1.2. Legítimo ejercicio de un derecho



En cuando al ejercicio legítimo de un derecho que también contempla la norma que se exponen, se debe empezar por diferenciarlo del cumplimiento de un deber legal pues en ocasiones se utilizan indistintamente o se confunden. La principal distinción radica en que respecto del deber legal el sujeto no tiene opción y debe actuar conforme se lo exige la ley, mientras que quien ejerce un derecho tiene la facultad de renunciar a ese ejercicio, es decir ante un derecho legítimo la persona puede hacer o no uso de él. De modo que la causal de justificación operaría en el tanto se haga uso del derecho.

El ejercicio del derecho debe ser legítimo, lo cual implica que los medios por los cuales se hace valer deben ser los prescritos por el ordenamiento, dichos medios no deben ser constitutivos de delito. Por otro lado ese ejercicio tampoco es ilimitado y hay ciertas esferas de la convivencia social que deben respetarse, como por ejemplo la reservada a las tribunas. Así, aunque haya sido víctima de un robo no estoy facultado para recuperar mis bienes a matar o herir al receptor.

Dentro de esta causal los casos típicos son los que se refieren a los derechos correccionales y al ejercicio de algunos deportes, en el primer ámbito se incluyen las situaciones en que una persona tiene el derecho de corrección sobre otra, sea derivado de la ley o de un contrato, este derecho de corrección debe entenderse conferido solamente en la medida necesaria para lograr los fines educativos expresamente establecidos.



La clave será la moderación. De tal suerte que se justifican algún acto de represión o maltrato leve, pero jamás expresiones injuriosas o lesiones constitutivas de delito, se puede justificar alguna restricción a la libertad de movimiento, pero nunca el secuestro.

Respecto a la práctica de deportes se ha analizado dentro de esta causal en tanto se entiende que algunas lesiones están justificadas cuando se ejerce el derecho a practicar un determinado deporte, en donde todos los que participan aceptan las reglas del juego.

De hecho la práctica del deporte es lícita y hasta fomentada por el Estado, por lo que es una actividad amparada por el derecho. Lo anterior significa que se excluyen de protección los deportes prohibidos por la administración. Así por ejemplo las lesiones y hasta la muerte producidas en una competición de boxeo pueden estar justificadas por esta eximente, en el tanto no se haga un uso ilegítimo de la práctica del deporte, en otras palabras si se han respetado las reglas del juego.

Se excluye la aplicación de la eximente si en el caso concreto se demuestra que la práctica del deporte fue utilizada para la comisión de un delito. Lo mismo que los casos imprevistos y que no caen dentro de la naturaleza misma de la actividad deben resolverse por las reglas comunes de la responsabilidad.



El Código Penal, lo describe en el Artículo 24 con el título: Causas de justificación.
causas de justificación:

3º.- Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia.

Todos estos efectos son predicables por igual de todas las causas de justificación que reconoce el ordenamiento jurídico. Del catálogo de eximentes recogidas en el Código Penal, tienen el carácter de causas de justificación: la legítima defensa, el estado de necesidad, y el legítimo ejercicio de un derecho que bien puede ser equiparado al caso fortuito, al cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho y la obediencia debida.

Junto a ellas se considera también como causas de justificación el consentimiento en los casos en los que la protección de un bien jurídico queda supeditado a la voluntad de su titular. En la doctrina se atribuye esta cualidad al derecho de corrección (que no sería más que un supuesto concreto del ejercicio legítimo de un derecho) y el riesgo permitido (especialmente como justificación en los delitos imprudentes) En todo caso, sin perjuicio de pronunciarnos más adelante sobre cada una de ellas, parece claro que el catálogo de causas de justificación no puede ser un catálogo cerrado, por cuanto las causas de justificación no son un problema específico del derecho penal, sino un problema general del ordenamiento jurídico. Cualquier acto lícito, desde el punto de

vista del derecho público o privado, puede serlo también para el derecho penal a la inversa, cualquier acto justificado de derecho penal es también un acto lícito para las restantes ramas del ordenamiento jurídico.



El concepto de licitud o ilicitud, de jurídico o antijurídico, es, por lo tanto, un concepto general válido para todo el ordenamiento jurídico. Lo único específicos de cada rama del derecho son las consecuencias que se atribuyen al acto jurídico o antijurídico. De aquí se desprende que las fuentes de las causas de justificación pueden tener un origen en cualquier rama del ordenamiento jurídico que, por medio de sus disposiciones (ley, reglamento, derecho consuetudinario, etc.), autorice la realización de un hecho penalmente típico.

La doctrina se ha esforzado por reconducir las causas de justificación a una serie de principios generales que informan su regulación Jurídica concreta.

Las teorías monistas pretender reducir todas las causas de justificación a un principio único que algunos ven en la idea de empleo de medios adecuados para un fin lícito;

Otros en la de más beneficios que perjuicios; y, finalmente, otros en la de la ponderación de bienes. Sin embargo, estas teorías han sido abandonadas, por cuanto utilizan conceptos vagos e indeterminados, incapaces de explicar unitariamente la naturaleza de cada causa de justificación en concreto, ya que cada una responde a ideas diferentes o a la combinación de varias de ellas.-



La doctrina dominante actualmente atiende a varios principios generales reguladores, comunes a diversos grupos de causas de justificación de la misma especie, o similares en su punto de partida, y las clasifica luego en función de estos principios.

De acuerdo con ello, las causas de justificación se suelen clasificar dentro de los dos segmentos y según predomine en ellas:

- El principio de la ausencia de interés o
- El principio del interés preponderante.

En las primeras (El principio de la ausencia de interés): El hecho queda justificado porque el titular del bien jurídico afectado por el hecho renuncia a la protección jurídica en el caso concreto (caso del consentimiento)

En las segundas (El principio del interés preponderante) El hecho queda justificado porque la lesión de un bien jurídico se produce para salvar otro bien de mayor valor (estado de necesidad)

Sin embargo, no son estos principios los únicos informadores de las causas de justificación, ya que, junto a ellos, juegan también un papel importante otros como el de la Prevalencia del derecho, el de proporcionalidad, el de necesidad, etc..., que no siempre son reconducibles a las otras dos.



Realmente debe estudiarse en cada causa de justificación en concreto cuales principios que la inspiran, renunciando a cualquier apriorismo sistemático que, por lo demás, apenas tiene importancia práctica.

Las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos. Para justificar una acción típica no basta con que se dé objetivamente la situación justificante, sino que es preciso, además que el autor conozca esa situación e, incluso, cuando así se exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley para justificar su acción.

Por ejemplo, solo puede actuar en legítima defensa quien sabe que se está defendiendo.

Para la justificación de una acción no es suficiente, por tanto, que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es preciso, además que haya actuado acogiendo en su voluntad la consecución de ese resultado.

No actúa, por ejemplo, en legítima defensa quien mata por venganza a otro sin saber que la víctima estaba esperándolo precisamente para matarlo;

La exclusión de la legítima defensa en este caso no se debe a que se mate por venganza, sino a que el autor no sabía subjetivamente que estaba defendiéndose de la agresión de la víctima.



El elemento subjetivo de justificación no exige, por lo tanto, que los móviles de quien actúa justificadamente sean valiosos, sino simplemente que el autor sepa y tenga la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente.

A continuación se da otro ejemplo: El guardián de presidios puede ejercer su profesión porque es un sádico y disfruta con el dolor ajeno, el que es mayor cuando observa el sufrimiento de los internos del presidio, al momento en que él hace sonar las llaves, pasando el garrote frente a los barrotes de las celdas, etc. pero en la medida en que actúe dentro de los límites legales y sepa y quiera actuar dentro de esos límites, actuará justificadamente.

Lo mismo sucede en las demás causas de justificación. Es equivocado el pensar que la exigencia de un elemento subjetivo de justificación convertiría a los Tribunales de Justicia en confesionarios, porque no se trata aquí en absoluto de valorar los motivos e intenciones últimas del acusado, sino de probar simplemente que conocía la situación objetiva justificante y si actuó voluntariamente dentro de los límites autorizados.

1.3. Evolución histórica

Durante mucho tiempo el delito fue visto con la óptica de la religión, prueba de ello lo constituyen los nombres de algunos de sus temas, como el caso de la pena, que fue durante mucho tiempo una “penitencia” para aquellos con “mala” conducta, o la

culpabilidad, que precedentemente a ser considerada algo psicológico (situación que posteriormente se demuestra también que es una equivocación), se le tomó como asunto de moralidad, y por lo tanto, el sentimiento que necesariamente acompaña al autor de un acto que esta prohibido. Concebir de esa forma al delito y a la culpabilidad en particular, es situarse en un campo flagrantemente prejurídico, como se demuestra posteriormente. Por lo mismo, han sido eliminadas muchas de estas concepciones erróneas, sobre todo a partir de la fundación de la teoría del Delito, que se sitúa mas o menos en la edad media, y coincide con la preocupación de los canonistas por establecer un vínculo entre la acción y el sujeto autor de un injusto. Ésta, la teoría del delito, tiene por objeto proporcionar instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor, es el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena. En palabras más exactas, “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”.⁴⁷

Dichos componentes han generado, como se señaló, una serie de sistemáticas que han tratado de explicar su contenido así como su orientación; es decir la naturaleza de la acción, la de los componentes de la tipicidad; o la ubicación del dolo.

Por ejemplo, en cuanto esto último, la ubicación del dolo, es decir la “voluntad de delinquir”, como parte de la culpabilidad o como parte de la acción típica, y de dicha situación se desprenden temas periféricos como la relevancia de cierta clase de error, y en

⁴⁷ Arango Escobar, Julio Eduardo. **Las sistemáticas causalista y finalista en el derecho penal.** Pág. 5.

suma el aparecimiento de éste, como un tema ya científico dentro del campo del Derecho Penal.



Se puede decir que durante siglos, existió una teoría dominante, que algunos autores la ubican como clásica y que empieza su derrumbamiento a partir de críticas bien fundadas, que se le hacen durante los primeros años de éste siglo, cuando comienza, la teoría que llaman neoclásica, los que insisten en llamar clásica a la anterior, que en otros autores como el español Bustos, se encuentra de mejor forma nombrada a la primera como: "causalismo naturalista y causalismo valorativo a la segunda"⁴⁸. Sin embargo, el nombre poca relevancia tiene, en cuanto a lo bien diferenciado que se manifestaron ambas, el aporte tan significativo a la teoría del delito y que se explica más adelante en el presente trabajo.

Esta segunda etapa sirve como inicio para la afirmación de la existencia de los distintos componentes del delito, y además para la reformulación del contenido de algunos, aunque no tarda más de medio siglo sin derrumbarse, pese a que recientemente se le haya replanteado la concepción de la acción, en lo que se conoció como teoría de la acción social.

Sin embargo, todos los conceptos y significaciones que aportaran las distintas etapas que consolidaron la teoría del delito, sirvieron como base para que antes de empezar la segunda mitad del presente siglo, surgiera la teoría de la acción finalista del delito, y que

⁴⁸ Bustos Ramírez, Juan. **Manual del derecho penal**. Pág. 138.



se consolidara en definitiva para el año de 1965, iniciándose a partir de entonces toda una nueva etapa para los estudios con relación a la teoría del delito.

En Guatemala, pese a que el Código Penal fue aprobado ocho años después, no recibió mayor influencia de la misma, y la mayoría de delitos, así como su parte general, acusa una notoria posición causalista, no solo por el texto del Artículo 10º como se analiza y justifica más adelante.

No se puede decir, como se afirmó, que la teoría finalista sea la forma más adecuada de concepción de todos los elementos del delito, puesto que aún siendo la última, ya ha sido criticada en algunos de sus postulados, sin embargo, es ciertamente la más actual y una de las más tórridas formas de concebir al delito mismo.

Por otro lado, con el correr de los acontecimientos y los avances en la ciencia jurídica, queda abandonada la idea o discusión irrelevante, sobre si es el delito una construcción monolítica concebida en forma totalizadora unitaria; o que si bien es, el delito, una figura atomizadora, que debe concebirse de forma analítica.

Es decir que ya actualmente se concibe al delito como un ente formado por varios elementos y no como una sola unidad, desprovisto de todos sus componentes con los que se le concibe ya hoy día.

Esta corta y lacónica explicación, sirve para introducirnos en la preocupación que hasta hoy es latente, por explicar de forma cada vez más adecuada a la realidad, lo que



debemos comprender por delito y que originó, casi desde el nacimiento del mismo Derecho Penal, las más encontradas posiciones y polémicas discusiones.

Ambas teorías del delito, la causalista y la finalista, se explican a continuación en forma separada para el mejor aprovechamiento de sus diferencias; influencias en el Código Penal guatemalteco y obstáculos que representan en el análisis del problema del error.

1.4. Definición de error

Genéricamente debe entenderse por error "un juicio falso"⁴⁹; "una concepción no acorde con la realidad"⁵⁰.

1.5. Clasificación

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

1.6. Teorías

Se establecen tres momentos, en la sistemática causalista, uno primero al que se le denomina causalismo naturalista, del cual son principales artífices, Von Liszt y Ernesto Beling, basa su contenido en la acción como un simple movimiento más que causal, natural.

⁴⁹De León Velasco, Hector Anibal. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Pág. 98.

⁵⁰Ossorio Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 289.



En segundo lugar encontramos el causalismo valorativo, que surge a partir de las críticas perentorias que formula Radbruch, al sistema de Liszt y Beling, y que da pie para que Edmund Mezger agregue un nuevo concepto que es el valorativo, y formula con esto una variante en la teoría del delito, que se conoce como causalismo valorativo, y que en este estudio constituye un segundo momento.

Finalmente, dentro de la misma sistemática causalista, una forma de revitalizarla, puesto que no constituye mayor aporte transformador como si, complementario de esta, es la teoría de la acción social, elaborada por Eberhard Schmidt, que libera finalmente de su contenido natural al causalismo que había fundado particularmente Liszt, y le da una adecuación social.

- Causalismo naturalista

Establece un sistema "piramidal", en el que la posición más privilegiada es para la acción. Construye un esquema en el que la acción aparece como un simple hecho corporal o un impulso y nada más, por lo que la acción es un hecho natural, sustantivo, todo elemento posterior, es decir la culpabilidad o incluso la tipicidad, resultan adjetivaciones, es decir, calificadores de aquella.



Por lo que el mismo Beling califica al concepto de acción como un “fantasma sin sangre” al que posteriormente se le valora considerándose su dañosidad social, surgiendo de esta forma la antijuridicidad, por lo que señalaba que se le inyectaba sangre, se le aplicaba colorante a aquel concepto incoloro de acción, al calificarlo con un primer aspecto, que en todo caso es complementario y externo.

Luego aplican una segunda inyección de sangre al concepto de acción, puesto que lo que se debe analizar posteriormente de cometido el delito, es decir realizada la acción, que ya encaja (por la primera inyección de sangre) en el molde de un injusto, es la culpabilidad, que para esta época representa o bien el dolo o la culpa.

De tal manera que, se debe determinar la forma en que fue cometido el delito, si fue con dolo o con culpa, lo que demuestra sin lugar a dudas, que la ubicación del dolo en el causalismo naturalista se encuentra en la culpabilidad, aspecto que por dicha razón pertenece a un mundo subjetivo, a un aspecto interno, lo que lo eleva a su categoría psicológica.

Se trata pues, de un modelo natural, tomado de las ciencias naturales, concretamente del positivismo naturalista y que Liszt simplemente lo aplica, creyéndolo infalible, al análisis del delito.

- **Causalismo valorativo**

⁵¹ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit;** Pág. 139.



Lo primero que se le criticó al sistema naturalista fue que no se podía construir un esquema piramidal, es decir, que no se podía argüir el que la acción fuera el centro de todo, puesto que en la teoría del delito, si bien es cierto un elemento encuentra relación con otro, por su propio contenido, cada uno alcanza independencia relativa y por tanto, su propia importancia.

El elemento de la culpabilidad, abordado de forma tan equivocada por los causalistas naturalistas, quizá constituya el dato más importante para eliminar tal teoría. Mezger, establece que la culpabilidad no puede ser estudiada como simple valoración del objeto, pues entonces no se podría valorar la propia culpabilidad.

En otras palabras, el dolo y la culpa no pueden reducirse al mundo subjetivo, porque entonces no pueden valorarse, es obvio por tanto, la necesidad de valorar una cara de la culpabilidad, que los naturalistas no tomaron en cuenta, lo objetivo.

Por ejemplo, no se puede establecer que existe hurto, tan solo porque se toma una cosa ajena, sino que debe valorarse la voluntad o ánimo de apropiación, lo que desde ya, clarifica que si un tipo penal contiene la descripción simple de quien toma cosa ajena, en cuanto al ilícito de hurto, entonces dicho tipo según Mezger, no le brinda posibilidad alguna a la valoración objetiva que se debe a la culpabilidad, es decir a la existencia del dolo o de la culpa. El Código Penal guatemalteco, contiene una redacción, es decir un

tipo penal bastante similar al descrito, en su Artículo 246, lo que es una señal ^{sin lugar a} dudas de que cuando menos este es un delito de tipo causalista.



En lo explicado anteriormente, subyacen dos elementos que se hace imposible no comentar. Por un lado, que dicho elemento mal elaborado por los naturalistas, sirve de base para la construcción de la “valoración”, que a su vez está fundando ya a estas alturas el causalismo valorativo. La culpabilidad pierde la posibilidad de ser valoración del objeto y a la vez, objeto de valoración, al caracterizarse como elemento psicológico, además de quedar en un ámbito a todas luces “prejurídico”.

En segundo plano, para efectos ulteriores en la presente investigación, establece la imposibilidad de que el dolo sea un simple elemento periférico al delito, una consecuencia de la culpabilidad, lo que lo hace, como se señaló en el párrafo anterior, al establecer la necesidad de que el tipo penal lo describa (es decir que el tipo que contiene al delito de hurto, incluya la descripción de la intención que debe manifestar el autor al perpetrar dicha acción: tomar cosa ajena con el ánimo de apropiársela).

El hecho de que el dolo debe ser parte de la acción típica, y no una consecuencia de la culpabilidad, además de fincar por primera vez los cimientos de la justificación y de figuras como el Estado de necesidad putativa y la Legítima defensa putativa, es decir el error, que constituye el objeto de análisis en el segundo capítulo del presente trabajo; y de todos los delitos omisivos.

Las críticas al sistema naturalista encontraron su sustento definitivo, cuando el mismo que lo criticó desde un principio, Radbruch en 1904, demuestra su inaplicabilidad en el caso de los delitos de comisión por omisión. Es decir, si por un lado podía subsistir la idea de Beling y Liszt con respecto a los delitos de acción, no sobrevivía en los delitos de omisión, en los que en definitiva había que construir un esquema específico y por lo que ya no era aplicable aquel. Este último elemento, sirve de base para la construcción de la teoría de la acción finalista que se explica más adelante.

Sin embargo, el modelo causalista valorativo, que encuentra su fundador en Mezger, se limita simplemente a señalar los mencionados errores de los naturalistas, pero sigue estando fincado en la acción causalista, en la que poco importa el autor, se vuelve al mismo ejemplo utilizado, en la que no importan las características, actitudes y comportamientos del autor, o los componentes descriptivos y valorativos del tipo, lo único que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad.

1.7. Teoría de la acción social

La acción social, no es una crítica al sistema naturalista o incluso al valorativo. Su autor Schmidt, se limita simplemente a establecer que la acción no debe tomarse como un hecho natural, sino social. Esto, pese a no tener mayor relevancia en cuanto fundar un nuevo esquema, si lo es en cuanto a que incorpora la comprensión de que influye definitivamente el medio ambiente, interactuando con la comprensión cultural, que el autor pudiere tener sobre su injusto. En Guatemala, reviste de particular importancia dicho



elemento, (el de la comprensión cultural) dado el plurilingüismo así como la poca instrucción, de la mayoría de la población.



Esto por otro lado, sirve de base para algunos aspectos valorativos del tipo que recoge la teoría de la acción finalista.

La misma crítica realizada al causalismo naturalista, sirve para la de la acción social, puesto que se sigue tomando como centro universal en la teoría del delito a la acción.

1.8. Sistemática finalista

La llamada teoría de la acción final, se conserva sin mayores variantes hoy día, desde que fuera consolidada en 1965. Surge entre otras causas, por la crisis en que entra el positivismo jurídico al terminar la Segunda Guerra mundial, como consecuencia del fracaso del nacional socialismo alemán.

El principal exponente de la sistemática finalista es Hans Welzel, aunque ya existe un número significativo de tratadistas que le siguieron.

En Latinoamérica apenas comienza a sentirse el interés por la misma, sin embargo, ya existen connotados penalistas seguidores de sus postulados. En Guatemala, el Código Penal, recibió casi nada de su influencia, y el Decreto Ley 17-73, del Congreso de la

República se puede considerar como se dijo y se continúa aclarando una ley abiertamente causalista.



Básicamente la teoría de la acción finalista, plantea todos sus enunciados a partir del libre albedrío, es decir, que en esta teoría la acción del autor no surge sin haberse previsto el resultado, o en todo caso, sin considerarse las magnitudes de un injusto; lo que desvincula el carácter causal del hecho punible.

En otras palabras, la acción es final y no puramente causal. Se incorpora no solo lo valorativo sino lo subjetivo, esto que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su actividad, proponerse fines y dirigir los resultados.

En la teoría finalista el acto no es transmitido como meramente mecánico, sino por intelecto dirigido por las específicas capacidades humanas, es decir por su intelecto, el acto es atribuido al autor.

En esta teoría, los elementos adquieren mayor vitalidad, relevancia y sobre todo independencia, pese a la relación estrecha que guarda uno con otro. El tipo penal, constituye la descripción de la materia de prohibición y por lo tanto, la realización del tipo es un indicio de la antijuridicidad. Como se expresó, a los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas son los llamados *tipos*.



Cuando algún hecho realizado por un sujeto, se adecúa a un tipo penal, entonces se genera la tipicidad. Encuadrabilidad de la conducta humana al molde contenido en la ley (es decir el tipo).

En cada tipo, encontramos no un hecho aislado, y por tanto divorciado de los demás elementos del delito, o peor aún, ajeno a las características individuales del delincuente. Todo lo contrario. “En un tipo podemos encontrar elemento subjetivo, lo mismo que uno objetivo”.⁵²

Cuando el orden jurídico no permite determinada conducta, se supone entonces que el actuar en contra de esa disposición, constituiría a un acto contrario a la juricidad, lo que técnicamente nombramos como antijuricidad. Por tanto, es la antijuricidad, el calificativo que recibe todo hecho, que se encuentre reñido con el orden jurídico, lo que constituye un injusto.

Es, por tanto, la antijuricidad, en sentido formal, una relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal. Materialmente hablando, una acción antisocial que pone en peligro un bien jurídico tutelado; y que en un juicio de valor se declara que la conducta no es la que demanda el derecho, por tanto un injusto penal. Es decir, el juicio desvalorativo que un juez penal hace sobre la acción típica en la medida en que ésta pone en peligro un bien jurídico tutelado. Por lo tanto, la juricidad sea el tema, dentro de la teoría del delito, que más controvertida relación enfatiza con el error, puesto que el realizar un hecho contrario a la juricidad, presupone ya un dilema, el preguntarnos, si el sujeto que lo

⁵²Zaffaroni, E. Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general.** Tomo III. Pág. 29.

cometió lo hizo en conocimiento de su antijuricidad, y/o en comprensión de esta misma o por ignorancia raza de lo antijurídico de su actuar. He aquí una de las principales formas y formas del error de prohibición moderno, toda vez que ya se estudia desde el elemento de la antijuricidad a la teoría del error; y que se aborda en el siguiente capítulo.



Lo importante en la sistemática finalista, es la construcción de un modelo en que tienen cabida los diferentes componentes de cada elemento del delito. Por ejemplo en caso del tipo, no solo se habla de elementos descriptivos, sino también elementos valorativos. Es decir, una conducta humana no puede encuadrarse simplemente en la descripción de la norma, tiene además que explicar una serie de elementos que permitan elaborar un juicio de valor sobre la conducta al juzgador. Y es precisamente aquí donde tiene cabida la discusión en torno al dolo o la culpa.

El dolo opera como elemento final de la acción, porque el autor quiere el resultado típico. El dolo se identifica con la voluntad de la acción. En el error de tipo que se aclara más adelante, desaparece el dolo, pero no hace desaparecer la antijuridicidad.

En el caso de los elementos de la antijuricidad, tiene lugar lo que se conoce con el nombre error de prohibición, ubicado en este elemento, debido al conocimiento del injusto que tenga el autor.

La teoría finalista adolece de algunas críticas, como la que se formula por el ejemplo, de que ya no interesa si una persona muere o no, basta con que se proponga el autor darle



muerte para que se le juzgue como si lo hubiere consumado. Sin embargo, esto no es cierto, puesto que se debe recordar que el dolo no es siempre visible ni comprobable en el mundo objetivo.

Finalmente en el teoría finalista, se afirma que el dolo ya no tiene cabida en la culpabilidad, puesto que como quedó demostrado, ya es un asunto de acción típica.

La culpabilidad da lugar a un juicio de reproche, porque el sujeto que actúa en forma antijurídica puede actuar diversamente. Por tanto, entendemos por culpabilidad, la reprochabilidad que en diferentes grados, (y por ende regulable), se le aplica al infractor de una norma penal. En otras palabras, el responsable de un injusto penal típico, tiene necesaria e indisolublemente que relacionarse con la culpabilidad, puesto que existe un nivel de susceptibilidad a ser sancionado, "curado", justificado, inculpado o eximido de toda responsabilidad, de conformidad con el grado de reprochabilidad que resulte asignado a su acción.

Durante mucho tiempo el término de culpabilidad, fue visto, entendido y tratado, desde un ángulo psicológico. Feuerbach hablaba de una "causación psíquica del delito"⁵³. Durante mucho tiempo, la conducta humana que encerraba un hecho ilícito, no se analizó si provenía de un acto deliberado o no. Santo Tomás de Aquino⁵⁴, explicaba que las acciones que podían ser deliberadas eran humanas, aunque no distinguió que las no deliberadas fuesen acciones del hombre.

⁵³Zaffaronia, E. Raúl. **Ob. Cit.** Pág. 14.

⁵⁴**Ibid.** Pág. 9.



CAPÍTULO II

2. El error en la doctrina penal moderna

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. En el derecho, rige el principio *ignorantia vel error iuris non excusat* (o sea: la ignorancia o el error de derecho, no excusan).

El principio viene del derecho romano, ya que en Roma, las leyes se enseñaban a todos.

En base a esto, el derecho romano presumía que las leyes eran conocidas por todos; y si alguien actuaba ignorándolas, o errado con respecto a ellas, era responsable de su hecho y no podía excusarse basándose en el error.

Por excepción, se admitió el error de derecho como excusa, pero sólo cuando la infracción era muy leve, y el autor era una mujer o un rústico.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, las leyes, luego de publicadas, y desde el día que ellas determinen, son obligatorias para todos: y en virtud de esta obligatoriedad se presumen (sin admitir prueba en contra) que son conocidas por todos los habitantes de la Nación.



Por tanto, no es posible alegar desconocimiento de la ley, para excluir la culpabilidad y evitar responsabilidades.

Posición de la doctrina alemana. La doctrina alemana moderna (Mayer, Finger, Binding, Beling, Liszt, Schmidt, Oetker, etc.), niega validez y utilidad a la clásica distinción entre error de hecho y de Derecho, como así también el principio de que el error de Derecho no excusa.

Así, por ejemplo, Mayer sostiene que es indiferente que el error recaiga sobre hechos o sobre el Derecho; lo que interesa, es la consecuencia que el error deba producir: imposibilidad de comprender la criminalidad del acto.

Si el error produce efectivamente esa consecuencia (impide comprender la criminalidad del acto), sea error de hecho o de derecho, debe excluir la culpabilidad.

Finger, por su parte, agrega que el derecho, al referirse a los hechos, los transforma en cuestiones de derecho, con lo cual aparecería sumamente confuso el límite entre las cuestiones de hecho y las de derecho.



Al suponer que, siendo delito la tenencia de estupefacientes sin autorización, yo tengo cocaína sin estar autorizado.

Ahora bien: puede ser que yo ignore la disposición que prohíbe la tenencia sin autorización, o bien, que ignore que la sustancia que tengo es cocaína.

En el primer caso, habría error de derecho; en el segundo, de hecho. Pero en ambos casos ignoro que la sustancia que tengo, está jurídicamente considerada y sometida a determinada reglamentación; con lo cual, la distinción entre error de hecho y de derecho, o aparece suficientemente clara.

La jurisprudencia alemana, no obstante estas opiniones, no adopta tal posición, siguiendo fiel a las fuentes romanas, en el sentido de distinguir entre error de hecho y el de derecho.

Lo que sí aceptó aquella jurisprudencia, fue la opinión que distingue entre error de derecho penal, y error de derecho no penal (o extrapenal), entendiendo que este último, era equiparable al error de hecho y que, por tanto, excluía la culpabilidad.

Esta opinión se funda en que, el derecho penal, contiene prohibiciones de tipo elemental, casi grosero, que por ello mismo deben suponerse conocidas por todos.

Así, no se necesitarían conocimientos muy profundos, para saber que no se debe matar,



estafar, robar, causar daños, etc.

Es por esta razón, que el error del derecho penal no puede considerarse excluyente de la culpabilidad.

En cambio, las normas de derecho no penal (extrapenal), que a veces dan contenido a disposiciones de derecho penal, se consideran, con respecto a este último, situaciones de hecho; por esta razón se entiende que el error que versa sobre normas no penales (ej.: normas de derecho civil, financiero, administrativo, etc.), es equiparable al error de hecho.

Si una ley penal considera delito hacer circular moneda fuera de circulación, el error o la ignorancia de dicha ley penal, no podrá excusar la culpabilidad (hay error de derecho Penal); pero sí excluirá la culpabilidad, la ignorancia de la ley financiera (error de derecho no Penal), que sacó de circulación la moneda en cuestión.

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 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 inimputable puede lesionar a otro, sin siquiera darse cuenta de las consecuencias de su acto, tal lo haría un retrasado mental.

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 del tipo.

Para los efectos del tema del error, descubrir (como se hizo a partir de la tercera década



del siglo anterior), 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, sobre todo para nuestra legislación, que no considera la independencia del error de tipo ni siquiera en la legislación penal que se proyecta reformar.

2.1. Definición de error de tipo

“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”.⁵⁵

Esta definición resulta poco comprensible para quien no se encuentra familiarizado con un léxico jurídico penal más técnico.

Por lo que para explicarla un poco mejor se dice que 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.

⁵⁵ Armaza Galdos, Julio y Jorge. **Error de tipo y error de prohibición.** Pág. 26.



Si falta ese llamado conocimiento de la realidad o conocimiento adecuado, entonces habrá error.

2.2 Clasificación del error de tipo

La doctrina penal moderna clasifica de la siguiente forma al error de tipo. En primera, 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 recaer, 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.

2.3. 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.

Por ejemplo, A compra a B, un vehículo que según su tarjeta de circulación es propiedad de B; (caso muy común en nuestro medio, en el que pese a que la misma tarjeta de circulación de vehículos expresa en su reverso que no constituye prueba de propiedad, la mayoría de documentos traslativos de dominio, basan la prueba de propiedad en dichas tarjetas).

Sin embargo, A ignora que B, lo vendido varias veces y lo recupera para venderlo nuevamente a una nueva persona, robándose a su último poseedor, (situación también muy común en nuestro medio, en el que aunque se compra un vehículo no se hace traspaso).

En el presente caso, si A, es detenido por tener un vehículo robado, este ha obrado por invencible, puesto que al ver la tarjeta de circulación presumió la propiedad, por lo que no existe un dolo de apropiarse del vehículo ilegalmente, y no se obró imprudentemente, puesto que la tarjeta de circulación le concedía la certeza de la propiedad y por tanto, la legalidad del acto.

En tal caso, la conducta de A es inculpable, y su acto, por no encuadrar como delito doloso ni culposo, es un error de tipo invencible.



- **Error de tipo vencible**

Este error de tipo se trata pues 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.

Que 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 ejemplos, en particular el conocido de que un sujeto hiere a su compañero, en la práctica de la caza nocturna, por considerarlo un ladrón.

2.4. 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, dado el caso.

Sin embargo, en el caso de ser un homicidio por error, es decir, un sujeto encuentra a su cónyuge con otra persona, y equivocadamente concibe la idea de que la primera le es infiel, y por lo mismo les da muerte a ambos.

Posteriormente se confirma que no había ninguna relación entre ambos, 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 de por sí es un elemento accidental.

- **El error accidental**

Este, 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 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 inmediatamente de sufrir una violación y quedar embarazada se practica un aborto, en la creencia racional de que el fruto de su preñez es consecuencia de la violación, empero, ulteriormente se demuestra que el producto que aborto es fruto de la convivencia con su marido y no con su violador.

Por lo tanto, el tipo penal subsiste, pero existe un error en cuanto a las circunstancia atenuante.

CAPÍTULO III



3. El error en la legislación guatemalteca

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.

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 en repetidas ocasiones, 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.

Obra en error de prohibición “el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica un bien jurídico tutelado”.⁵⁶ Dicha creencia equivocada de que su actuar es lícito puede provenir o 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.

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 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”.

3.1. 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 en casi ningún lugar se ha

⁵⁶ Armaza Galdos, Julio y Jorge, **Ob. Cit**; Pág. 61.



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, 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 idiosincracia 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. Además de que adicionalmente puede ser analfabeta.

3.2. 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.



"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".⁵⁷

El Código Penal plantea una figura muy definida, de lo que se debe tomar como error, 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.

- Error (Artículo 25° , numeral 3), error de hecho o error propio según la doctrina, aberratio ictus, legítima defensa putativa.
- Ignorancia (Artículo 26° numeral 9), antiguo error de derecho.

⁵⁷Ver Artículo 25, numeral 3, del Código Penal. Y De Mata Vela J. F. y H. A. De León Velasco. Ob. Cit. pág. 197.

- Error en persona (Artículo 21°), error in personae, error en el golpe según los alemanes, error impropio según la doctrina



Los efectos del error se generan de conformidad con la aceptación del mismo haya en cada legislación.

En consideración personal el error de hecho dentro de la misma, se puede decir que existirán acciones u conductas del ser humano que puede llegar a quedar excluidas de la culpabilidad. Sin embargo, una concepción vaga del mismo, y existirán, (como se da en Guatemala), una positividad e inaplicabilidad de la norma, significativa.

En caso contrario, se advierte que no existe el error, por lo tanto, todo acto que revista antijuridicidad y calificado con categoría de criminalidad, es punible.

Del Artículo 25 numeral 3 del Código Penal Guatemalteco.

Error 3o. 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.

Destacamos dos aspectos principales. El primero de ellos se resume en la pregunta: ¿Qué agresión puede ser legítima?, es decir el Juzgador, debe sopesar la agresión o riesgo supuesto, sin embargo, a este hecho no lo podemos nombrar como "agresión



ilegítima", porque prácticamente estamos cayendo en el ridículo concepto, que alguna vez podemos ser agredidos y esta agresión ser legítima.

El segundo de los aspectos que es necesario resaltar también se resume en una pregunta ¿Cómo se puede medir la magnitud de la agresión y el riesgo?.

La única respuesta posible la partimos, por un lado en el objeto utilizado para la agresión, y el otro, en el fatal resultado de la agresión.

Por lo tanto es importante hacer énfasis en que la construcción del error de hecho contenido en la norma transcrita, adolece de grandes irregularidades, como la mencionada anteriormente, y la segunda que se reserva al hecho de una agresión, puesto que no puede responderse un golpe con una injuria y ser esto un error. El Artículo ó norma es bastante claro al señalar que: la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.

Por último, es necesario manifestar que es notoriamente el error de hecho, la legítima defensa putativa, la que se encuentra contenida en el Artículo 25 numeral 3 del Código Penal, y que una visión tan limitada de la redacción escueta de un tema que suscita abundante discusión en nivel doctrinal y legal, es equivocada, y que esto evidencia aún más el hecho de reformar e incluir una figura más completa que contenga nuevas formas de concebir el error, y que este no solo obedezca a una agresión, sino a otras figuras potencialmente delictivas, así como nuevas clases de error, contenidas en la presente investigación.



3.3. Planteamiento del problema

El error, al igual que todo el derecho penal guatemalteco, se encuentra en un deterioro propio de su poca capacidad de renovación, y el poco interés con que se asume el estudio de esta importante rama del derecho.

Con la agravante que el deterioro en nuestra legislación se da en un nivel general, entrampándose las discusiones en el Congreso de la República de Guatemala y desgastándose la energía del legislador, en leyes de carácter económico.

Pretendiendo ponerle fin o remedio a problemas que tiene un encono social y no económico.

El error, es la consecuencia de una visión muy corta, que se plasmó en el Decreto 17-73, del Congreso de la República, Código Penal, pero que a la presente fecha, a sido modificado varias veces en cuanto aspectos, que recaen en la parte especial del Código.

Sin embargo, como se dijo en un principio, se puede hablar casi nada de la Ciencia del Derecho Penal guatemalteco, porque las teorías a cerca de sus principales institutos, carecen a las postrimerías del siglo XX, de propuestas que las hagan más dinámicas y ofrezcan mejores horizontes en la lucha contra criminalidad.



3.4. Error en el ordenamiento penal proyectado

Sometida a la influencia de la moderna dogmática penal comparada, la comisión designada para la revisión del anteproyecto del Código Penal para Guatemala, no hace mayor cambio en el problema del error, con excepción de incluirlo además en la autoría culposa, en donde como se explica en adelante, se le resume, se le unifica y a la vez se le limita. Refirámonos primero a esto:

Según proyecta la posible legislación penal a futuro, (por lo menos en el último documento presentado a la fecha de la elaboración del trabajo), el error se resume por la naturaleza con que queda concebido, a un par de líneas que lo hacen ser absorbido por la denominada por la comisión mencionada como: “autoría culposa”. Queda resumido, porque en vez de ampliar su tratamiento lo restringen como se dijo, quedando incluido en el tema del delito culposos.

El Artículo 16 inciso c, (según el último documento mencionado), refiriéndose al error lo hace de la siguiente forma: “Quien produce el resultado por ignorancia o **error evitables**, sobre las circunstancias que fundan o excluyen la ilicitud, sin preverlo o previniéndolo, cuando creía que podía evitarlo.”

Se puede colegir de la lectura de esta propuesta de norma, que al unírsele el error a la autoría culposa, esta absorbe al primero pasándolo virtualmente a representarlo,



situación por demás irregular, puesto que el tema del error no encuentra de esta el desarrollo de sus diversas formas de manifestación.

En otras palabras, ya no importa para este proyecto si se trata de un error de prohibición en cualquiera de sus clases o un error de tipo de cualquiera de sus clases, de tal manera que también lo unifica, además de colocarlo, equivocadamente a la par de la ignorancia, tema que como quedó expresado en el capítulo segundo del presente trabajo, es una figura totalmente aparte, y que concebir ambas de la misma forma es solo crear confusión para su aplicación, y por añadidura se puede notar que tampoco se define ésta.

Por todo lo mencionado anteriormente, se dice que en vez de ampliar el tema o el problema como le llaman algunos autores, al error, se le restringe y por tanto se limita, en vez de ofrecer un tratamiento más profundo y adecuado del mismo. Si alguien comete un ilícito por culpa, es decir sin dolo, el juzgador debe analizar si se trata de un hecho cometido por un error evitable o no, se supone, que si se trata de un error evitable, entonces no es acto culposo, sino todo lo contrario, de uno doloso. Por tanto, la culpa pasa a ser la manifestación más importante del error, y una representación casi nulatoria, porque termina por restarle importancia a éste último.

El error queda limitado, además porque no se encuentra en esta exposición de Código Penal, en el Artículo 18, inciso d, repite la redacción del 16 inciso c, de la siguiente forma:

“18. Exclusión. No obra ilícitamente: ...(d) Cuando se obre en virtud de ignorancia o error evitable sobre las circunstancias que fundan o excluyen la ilicitud.”



Por lo que se aprecia que es una repetición, y a diferencia de la legislación actual, se ubica al error en igual categoría que la ignorancia, quedando por tanto en forma peligrosa también incluida la ignorancia, pese al principio de que “nemo jus ignorare licet”, es decir a nadie le es permitido ignorar las leyes.

De tal manera que en lo personal no estoy de acuerdo con la forma que en quedaría contenido el error en la legislación penal proyectada.

De tal manera que con toda la explicación realizada en la presente investigación, se puede aseverar que, para regular de forma técnica el error penal, es preciso reformar su tratamiento en el actual Código o bien contemplarlo en la regulación del Código Penal que se pretende poner en vigencia en Guatemala en el corto plazo.

En dicha tarea, es conveniente realizar una investigación que pueda determinar los tratamientos modernos que se le dan en la doctrina al error y establecer cuales son aquellos que deben ser regulados por la legislación penal actual.



CONCLUSIONES



1. El anteproyecto de Código Penal que se discute en Guatemala desde hace una década y que manifiesta muy poco avances, no refleja un genuino cambio en cuanto al problema del error, por lo que se considera vana la posible normatividad que se propone, la cual no opera ningún cambio en las estructuras obsoletas del error.
2. El Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, no contiene un adecuado desarrollo del tema del error y por ende, la clasificación que hace del mismo es muy poco afortunada para lograr su verdadera aplicación en la realidad práctica, la cual, con la sofisticación delincencial de hoy día ha rebasado la normativa vigente.
3. El Artículo 25, numeral 3, del Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, omite mencionar una serie de posibles formas de comisión del error penal, lo que conduce en la práctica a una insuficiencia legal para regular conductas que se desarrollan muy en relación a tal situación.
4. La estructura actual en la cual se encuentran reguladas las formas de comisión del delito, como dolosos o culposos, no permiten el desarrollo de la figura del error penal, puesto que un tema esta relacionado directamente con el otro, toda

vez que, el conocimiento o no de la juricidad o legalidad de una conducta, no se toma en cuenta para determinar la licitud de su comisión.



5. La estructura actual de toda la legislación penal guatemalteca, se encuentra construida sobre los antiguos y superados conceptos de error de hecho y error de derecho, puesto que por un lado ya existen regulaciones en el derecho comparado que han desarrollado de mejor forma el tema, tal el caso de la legislación penal española y por otro lado, la clasificación es mucho más extensa como se ha podido comprobar.

RECOMENDACIONES



1. Se debe incluir en la legislación penal guatemalteca, especialmente en una reforma al Código Penal, una clasificación más extensa y profunda del problema del error, que sea capaz de contener al error de tipo y de prohibición, y no sólo las antiguas y superadas formas de error de derecho y error de hecho, las cuales son ya parte de una concepción obsoleta en materia de derecho penal.
2. Se debe ajustar la legislación penal vigente, adhiriendo conceptos más propios en cuanto a la teoría del delito, para lo cual la teoría finalista se presta como adecuada, y sobre todo en la medida en que esta contiene la legítima defensa putativa como forma más adecuada de concepción de aberratio iure y no el error de hecho y derecho antiguos.
3. Resulta precisa la reforma del Artículo 25º numeral 3, del Código Penal, derogando el vigente, para incluir en éste, una clasificación más extensa e integral del problema del error. Para ello, se debe regular en forma técnica el error penal en el Código Penal guatemalteco, es necesario incluir en su normativa el error de prohibición.
4. El Congreso de la República de Guatemala, debe modificar la regulación actual de las formas de comisión del delito, dolosos o culposos, e incluir en su redacción, la determinación de que, el conocimiento o no de la juricidad o



legalidad de una conducta, ya no se tome en cuenta para determinar la licitud de su comisión.

5. La Corte Suprema de Justicia, debe emitir una opinión vinculante en cuanto al tema del error penal, de forma que recomiende al Congreso de la República la modificación de la actual clasificación del error penal, de hecho y de derecho, por ya no ajustarse a la moderna teoría del delito, haciendo ver asimismo que la redacción más aconsejable se encuentra en el error de tipo y el de prohibición.

BIBLIOGRAFÍA



- ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Las sistemáticas causalista y finalista en el derecho penal**. Ed. Universitaria, Guatemala, 1991.
- ARMAZA GALDOS, Julio y Jorge. **La pena**, (s.e.), Perú, 1996.
- BACIGALUPO, Enrique, **Elementos de la teoría del delito**, (s.e.), México, 1991.
- BREGLIA ARIAS, Omar. **Código penal y leyes complementarias**. Ed. Porrúa. México, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal parte general**, 3ª. ed., Ed. Ariel, S. A. Barcelona, España. 1996.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**, Tomo IV, Parte General, Volumen primero, 7ma. Ed., Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona, España. 1974.
- CHIRINO, Alfredo y Galdos Jorge. **La legítima defensa**. Ed. PPU, San José Costa Rica, 1989.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco, **Curso de derecho penal guatemalteco**, Ed. Centroamericana, Guatemala, Guatemala. 1998.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio V. **Derecho penal**, Ed. Praxis, España, 1996.
- JESCHECK, Jorge. **Derecho penal formal**, Ed. Porrúa, México, 1995.
- JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. **Colección clásica del derecho, lectura de derecho penal**. Ed. Harla, México D.F. 1998.
- MAIER, Julio, **Derecho procesal penal**, Tomo I, 2a ed., Ed. Editores de Puerto S.R.L., Argentina, 1996.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal parte general**, Ed. PPU, Madrid, España, 1993.



MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al estudio del derecho**, Ed. Impresiones Gardisa, Guatemala, 1980.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán, **Derecho penal parte general**, 2da ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1993.

NÚÑEZ, Ricardo. **Derecho penal argentino**. Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina, 2001.

OSSORIO, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta SRL. Argentina, 1983.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. **Compendio derecho penal**, Ed. Tirant Lo Blach, Madrid, España, 1999.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**, Ed. Porrúa S.A. México, 1994.

Sala Tercer de la Corte. 1990 Voto 218- F de las 9 horas del 18 de agosto y 1992. Voto 327-F de las 8:45 del 24 de julio.

VALENZUELA O. Wilfredo, **Lecciones de derecho procesal penal**. Ed. Universitaria, Guatemala, 1994.

WETSEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Ed. Ariel, Barcelona, España, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio. **Derecho penal**, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1993.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República. 1992.

Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República. 1973.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89, del Congreso de la República de Guatemala. 1989.

