

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

**CONSIDERACIONES ACERCA DE LA VIGENCIA DEL
LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO COMO
CAUSA EXCULPATORIA EN EL CÓDIGO PENAL
GUATEMALTECO**

TINIBELL RENDÓN PADILLA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2010

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

**CONSIDERACIONES ACERCA DE LA VIGENCIA DEL
LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO COMO CAUSA
EXCULPATORIA 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

TINIBELL RENDÓN PADILLA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, agosto de 2010

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

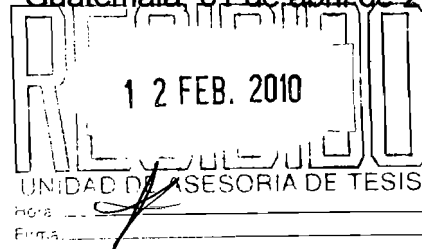
DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V	Br. Luis Gustavo Cirraiz Estrada
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

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 del Examen General Público).

LICDA. ROSA HERLINDA ACEVEDO DE ZALDANA
ABOGADA Y NOTARIA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Guatemala, 01 de abril de 2010



Licenciado

Marco Tulio Castillo Luján

Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

En cumplimiento de la resolución emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha trece de enero del año dos mil diez, en la cual se me nombró asesora de la bachiller **TINIBELL RENDON PADILLA**, en la elaboración del trabajo de tesis titulado: **“CONSIDERACIONES ACERCA DE LA VIGENCIA DEL LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO COMO CAUSA EXCULPATORIA 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 Público, me permito exponer los siguientes aspectos:

El contenido científico y técnico de la tesis, estriba en el análisis de las entidades o instituciones penales denominadas causas eximentes de responsabilidad penal, especialmente en lo tocante a la obediencia debida la cual es una causa de inculpabilidad según lo norma el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y el cumplimiento de un deber que se cree subsumido en la causa de justificación legítimo ejercicio de un derecho del mismo cuerpo de leyes mencionado.

Los métodos empleados son: el inductivo, el deductivo, el analítico y el sintético. En cuanto a las técnicas que empleó la estudiante son las bibliográficas y las de campo.

La redacción del trabajo en general, es apegado a las reglas que la sintaxis y la gramática establecen para tal efecto, logrando en forma clara y concreta, presentar sus principales afirmaciones en torno al tema en cuestión.

La bibliografía empleada evidencia lo antes mencionado, ofreciéndose una convincente trama de citas en relación con autores nacionales e internacionales.

La contribución científica del trabajo es proponer una reforma a la normativa penal en el sentido de derogar de su contenido la obediencia debida como causa de

LICDA. ROSA HERLINDA ACEVEDO DE ZALDAÑA
ABOGADA Y NOTARIA



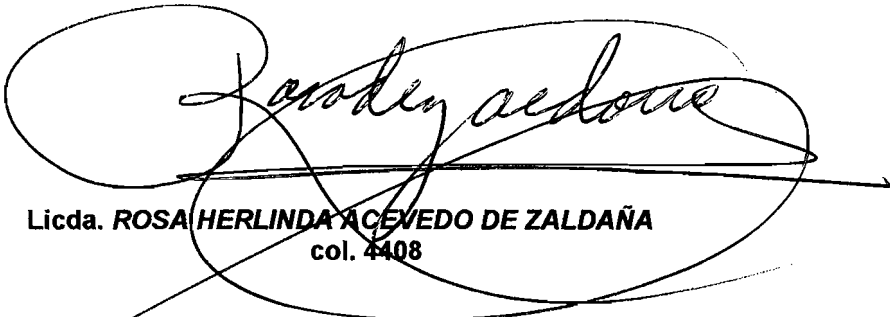
inculpabilidad, quedando subsumida la misma en el cumplimiento de un deber, que ha de desarrollarse en mejor forma entre las causas de justificación penal.

Estoy de acuerdo con las conclusiones y recomendaciones de la ponente, toda vez que las causas exculpantes de responsabilidad penal, son ya de tratamiento diverso en legislaciones comparadas en relación con la guatemalteca, por cuya virtud, se ha desactualizado de la doctrina penal moderna.

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,



Licda. ROSA HERLINDA ACEVEDO DE ZALDAÑA
col. 4408

Licda Rosa Acevedo de Zaldaña
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintidós de febrero de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARCOS ANIBAL SÁNCHEZ MÉRIDA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante TINIBELL RENDÓN PADILLA, Intitulado: "CONSIDERACIONES ACERCA DE LA VIGENCIA DEL LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO COMO CAUSA EXCULPATORIA 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".

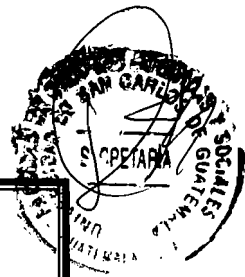

LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

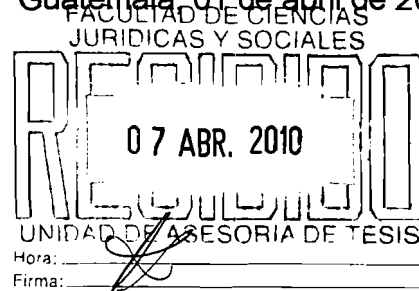


LIC. MARCOS ANIBAL SANCHEZ MÉRIDA
ABOGADO Y NOTARIO

7ª avenida 19-02, Zona 1, 2do nivel
Tel. 5850 - 6616



Guatemala, 01 de abril de 2010



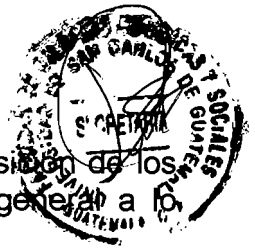
Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Atendiendo al nombramiento de fecha dieciocho de marzo de dos mil nueve, para que en calidad de revisor de la Bachiller **TINIBELL RENDON PADILLA**, en la elaboración del trabajo de tesis titulado: **“CONSIDERACIONES ACERCA DE LA VIGENCIA DEL LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO COMO CAUSA EXCULPATORIA EN EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO”**, para rendir el informe respectivo, de conformidad con lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me complace manifestarle que contiene cuatro capítulos: el primero, constituye los aspectos generales del tema; el segundo, los eximentes de la responsabilidad penal. En el tercero se explica el tema de obediencia debida y el legítimo ejercicio de un derecho en la legislación penal comparada, para contener en el cuarto, la obediencia debida como causa de justificación regulada conjuntamente con el legítimo ejercicio de un derecho.

La contribución científica en el presente informe, la constituye un estudio profundo acerca de las eximentes de responsabilidad penal. Es una verdadera reflexión en torno a este tema de trascendencia en el medio guatemalteco, sobre todo con la importancia que reviste la justicia penal hoy día.

El carácter científico técnico del informe de tesis, se encuentra en el contenido dogmático o doctrinario del mismo, producto del análisis de los libros de texto y las obras de tratadistas y autores diversos que versan sobre el tema de la obediencia debida y las eximentes de responsabilidad penal en general.

La metodología empleada por la estudiante en el desarrollo de su trabajo, se basa fundamentalmente en la inducción, la cual le ha servido para conducir sus aseveraciones más elementales hacia la comprobación de la hipótesis, en el sentido de reformar el tratamiento legal de dichas causas eximentes penales.



Asimismo se utilizó el método deductivo, especialmente en la exposición de los temas, permitiendo de esta manera la estructuración del trabajo de lo general a lo particular.

Las técnicas de campo se observan principalmente en la abundante cita de autores nacionales y extranjeros que enriquecen el trabajo, especialmente por el evidente uso de fichas bibliográficas.

Asimismo la bibliografía se ve enriquecida con lo mencionado al respecto de los autores citados.

La redacción de todo el trabajo es clara y adecuada a la estructura y naturaleza de estas investigaciones que exige el normativo mencionado.

Las conclusiones del autor resultan acertadas, pero es preciso hacer énfasis en una de ellas, quizá la más emblemática de todo el trabajo, en cuanto a que la obediencia debida ya no está regulada en el derecho comparado, especialmente el español, en la forma en que la ley penal guatemalteca lo contiene. En consecuencia su *recomendación* más importante la constituye el hecho de plantear una reforma a dicha regulación legal.

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 mencionada; 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, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Lic. MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
col. 5247

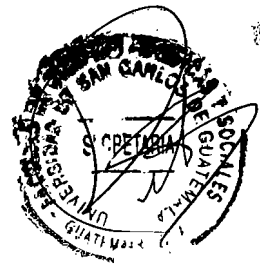
MARCOS ANIBAL SANCHEZ MERIDA
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

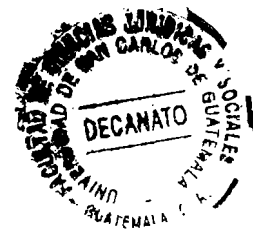


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, catorce de julio del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante TINIBELL RENDON PADILLA, Titulado CONSIDERACIONES ACERCA DE LA VIGENCIA DEL LEGÍTIMO EJERCICIO DE UN DERECHO COMO CAUSA EXCULPATORIA 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/slh.



DEDICATORIA



- A DIOS:** Creador del universo.
- A MIS PAPÁS:** Azucena y Gabriel, por haber hecho de mi lo que soy ahora; gracias, por su infinito amor.
- A MI ESPOSO E HIJO:** Edwin y Pablo. Porque ellos son mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Isis y Raúl, por estar siempre conmigo.
- A MIS AMIGOS:** Gracias.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Tricentennial University of San Carlos of Guatemala.

ÍNDICE



Introducción.....

CAPÍTULO I

1.	La teoría del delito.....	1
1.1.	Aspectos generales del delito y su teoría.....	1
1.2.	La teoría del delito en el derecho penal de un estado social y democrático de derecho.....	7
1.3.	Antecedentes históricos de la teoría del delito.....	13

CAPÍTULO II

2.	Eximentes de la responsabilidad penal.....	21
2.1.	Generalidades.....	21
2.2.	Causas de inimputabilidad.....	22
2.3.	Causas de justificación.....	23
2.3.1.	Legítima defensa.....	25
2.3.2.	El estado de necesidad.....	40
2.3.3.	Legítimo ejercicio de un derecho.....	50
2.4.	Causas de inculpabilidad.....	57
2.4.1.	Miedo invencible.....	58
2.4.2.	Fuerza exterior.....	58
2.4.3.	Error.....	58
2.4.4.	Obediencia debida.....	59
2.4.5.	Omisión justificada.....	59

CAPÍTULO III

3.	La obediencia debida y el legítimo ejercicio de un derecho en la legislación penal comparada.....	61
3.1.	La obediencia debida en el derecho penal comparado.....	61



3.2. La obediencia debida y el legítimo ejercicio de un derecho en el derecho penal español.....

3.3. Otras legislaciones comparadas..... 70

CAPÍTULO IV

4. La obediencia debida como causas de justificación regulada conjuntamente con el legítimo ejercicio de un derecho en el Código Penal guatemalteco..... 73

4.1. Diferencias entre causas de inculpabilidad y causas de justificación.....73

4.2. La obediencia debida como causa de justificación..... 76

4.3. Forma de regulación conjunta de la obediencia debida y el legítimo ejercicio de un derecho..... 80

CONCLUSIONES..... 83

RECOMENDACIONES..... 85

BIBLIOGRAFÍA..... 87



INTRODUCCIÓN

El objeto central de estudio en la presente investigación lo constituye el tema la obediencia debida; mismo que se encuentra regulado en el Código Penal como causa de justificación; pero tal situación permite determinar a un sujeto que comete un delito y alega esta causa para su perpetración, como, inculpable, lo que teóricamente resulta inadecuado.

El principal fin de la presente investigación es determinar que la obediencia debida no puede ser una causa de inculpabilidad, pues en tal virtud un sujeto resulta exculpado del delito que cometió, alegando tal causa como eximente de responsabilidad penal.

La hipótesis y principal aseveración de la presente investigación consiste en establecer que la ubicación sistemática de la obediencia debida, debe ser como causa de justificación y no de inculpabilidad, como actualmente se encuentra regulada.

La trascendencia en la ubicación sistemática de una institución penal dentro del Código es tal que, si se le coloca como causa de justificación, únicamente podrán argumentarla como causa de que le exime de responsabilidad penal, aquellos sujetos que trabajan para la administración pública, si no, si se le ubica sistemáticamente en el Código Penal, como causa de inculpabilidad penal, (tal como se encuentra normada actualmente en el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala), entonces podrá argumentarla cualquier persona.

Efectivamente, el presente trabajo de investigación se puede concebir como estudio teórico, pero como puede verse con el caso expresado en el anterior párrafo, sus alcances son manifiestamente prácticos, pues entonces tal institución penal, la de la obediencia debida, únicamente podrán argumentarla en su defensa, los funcionarios públicos y nada más.



El contenido del estudio se ha dividido en cuatro capítulos: el primero, constituye los aspectos generales del tema; el segundo, los eximentes de la responsabilidad penal; en el tercero se explica el tema de obediencia debida y el legítimo ejercicio de un derecho en la legislación penal comparada; para contener en el cuarto, la obediencia debida como causa de justificación regulada conjuntamente con el legítimo ejercicio de un derecho.

Los métodos utilizados para el desarrollo del presente trabajo son: el inductivo, el cual permitió la aplicación de los juicios particulares a situaciones de orden general, en el sentido de reformar el tratamiento legal de dichas causas eximentes penales; el deductivo, que sirvió para la exposición de los temas, permitiendo estructurar el punto de contenido de lo general a lo particular.

CAPÍTULO I



1. La teoría del delito

1.1. Aspectos generales del delito y su teoría

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.

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 de un Código Penal derogado, aún habiendo sido éste legal, estaríamos aplicando una noción descatolizada 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 cuándo y en qué 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 nos ofrezca una definición legal de delito, no es una cosa difícil de entender, sobre todo cuando en 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”¹.

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.

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 cuáles 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 éste 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

¹ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal español**, Pág. 144.



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"².

De esta forma también lo explica Muñoz Conde, quien afirma además que "siendo así se trata de llevar a su justa dimensión el principio de legalidad penal: *Nullum crimen sine lege*"³.

Es decir que para poder construir una definición más completa, debemos 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.

² Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit**, pág. 126.

³ Muñoz Conde, Francisco. **Derecho penal, parte general**, Pág. 56.



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”.⁴

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

⁴ Bacigalupo Enrique, **Elementos de la teoría del delito**, Pág. 13.



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 70, (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.

1.2. La teoría del delito en el derecho penal de un estado social y democrático de derecho

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*.

Ésta 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 o casos se alega por parte de subordinados de la policía que simplemente cumplen órdenes o 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 reflejarse la función del derecho penal, pues 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, citado por Bacigalupo 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”⁵.

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 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.

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

⁵ Bacigalupo, Enrique. **Ob, Cit;** Pág. 13.



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 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, al 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 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.

Éstos 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 al derecho penal.

1.3. Antecedentes históricos de la teoría del delito

No se puede hablar de una teoría del delito en el medievo. En la Edad Media, no existía una concepción tal del delito, como la que se tiene hoy día. En aquellas épocas de oscurantismo y absolutismo, el delito era un oscuro campo que no permitía distinguir



fronteras entre los actos inmorales o antireligiosos (pecado) y un acto netamente ilícito. Por lo mismo, la conducta del delincuente era tomada como consecuencia de un mal en sí mismo, que era preciso erradicar por medio de una pena o penitencia. Parece extraño, pero aún en nuestra época, el sistema penitenciario guarda en común algo más que solo el nombre, con aquel tipo de concepción.

Con la preocupación de los canonistas de: “establecer una relación personal entre el sujeto y su hecho, como se explicó anteriormente, y con la potencial graduación de la culpabilidad que deberían incorporar a la pena un concepto de expiación, entramos en el análisis de todas aquellas circunstancias que: modifican, agravan, atenúan, o eximen de la culpabilidad”⁶. Empieza por tanto a concebirse ya la idea de que el delito no debe ser, por todo lo mencionado un asunto meramente unitario, único, solitario. Es decir, un simple hecho o una acción que deba aplicar el derecho penal en sus tipos, a quien desarrolla una serie de acciones parecidas a lo que dice ese mismo tipo. Surge por tanto, la necesidad de concebir al delito como un ente más amplio, que no solo es un hecho aislado y nada más, sino un hecho, provisto de una serie de características susceptibles de ser descompuestas en lo que conocemos hoy como sus elementos. Lo que nos hace afirmar que el delito no es monolítico, sino más bien granítico, en otras palabras es un todo, que incluye una serie de elementos que permite observarlo en forma más adecuada a todo delito.

⁶ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit;** Pág. 131.



Sin embargo, dicha concepción es producto de que a la vuelta de los tiempos, la historia demuestra que el delito debe ser considerado por medio de sus diferentes componentes. Y de la forma en que se pueden ordenar éstos, es que surgen los diferentes autores en el tiempo, para explicar la importancia de cada uno de los elementos del delito, y sistematizarlos así en diferentes teorías. Cronológicamente, aparecen primero, los que como consecuencia de la concepción medieval del delito, consideraban a la acción que provocaba el delito como el elemento más importante de éste. Decían que no podía haber delito si no había acción, sin embargo, poco les importó cuales eran los móviles de aquella acción, en tanto que sí les importó la misma para ordenar en torno a la misma todos los demás elementos del delito. Es decir que la acción como acto meramente humano, (forma en que se le concibe aún en muchas legislaciones del mundo, a la acción, especialmente en Centroamérica), se convierte en el primero de los elementos del delito, y la tipicidad, la antijuridicidad y el resto, resultan meras características del mismo, según esta concepción. En otras palabras, eran formas de calificar a la acción. Esta forma de concebir al delito, duró muchos años, desde finales del siglo XIX hasta casi el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando los principales autores alemanes pierden fuerza a nivel mundial, no solo por la situación internacional a la que fue sometido dicho pueblo como consecuencia de la guerra, sino también por el surgimiento de nuevos autores que empezaron a desmitificar a la acción y por tanto a desmentir que fuera el elemento más importante de toda la teoría del delito.

Es decir, el planteamiento posterior fue el hecho de que no debía concebirse una jerarquía vertical en cuanto a los elementos del delito, sino en una forma horizontal, producto de la



importancia que cobra el análisis de los motivos que tiene el sujeto para delinquir y de la propia importancia de cada uno de los demás elementos de delito.

Retomando la historia de la teoría del delito, hablemos de cuatro momentos durante el desarrollo de la misma. Los cuatro momentos se dan sobre todo en el presente siglo.

Un primer momento sitúa a Beling como el principal fundador de una primera sistemática de la teoría del delito, que en 1906, establecía la relación de la acción como acto natural del hombre. Esta concepción es biológica, como consecuencia del auge que toman los estudios psíquicos en particular del delincuente. Sin embargo, para finales de la Primera Guerra Mundial se inicia un proceso que concluye Mezger para 1929, que establece que si bien la acción es el elemento más importante de la teoría del delito, debe establecerse que dicha acción puede ser resultado también de una omisión, y por tanto ya no es sólo un acto mecánico, puesto que entonces la omisión tendría que ser una actividad también mecánica y dicha tesis es insostenible. Además pudiera ser que exista una acción que siendo la que establece el tipo penal, fuera producto de un error o bien pudiera estar atenuada por alguna circunstancia o causa justificante. Mezger iniciaba con dichas concepciones un segundo momento para la teoría del delito y su principal aporte consistió en la valoración que le daba a las características de la acción.

En el primer momento se habló de una acción natural, por lo que esta etapa de la historia de la teoría del delito es conocida como “sistemática causalista natural”⁷. Y el segundo

⁷ Bustos Ramírez, **Ob. Cit;** Pág. 134.

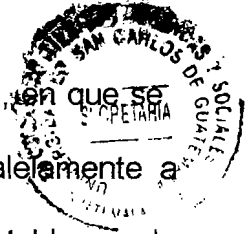


momento, lo establece Mezger, que ciertamente por estar basada en que la acción es un causalismo, pero por incorporar elementos valorativos ha venido en llamársele causalismo valorativo.

Luego, ya para finales de la Segunda Guerra Mundial resultaban poco consistentes aquellos postulados que establecían a la acción como centro de toda la teoría del delito, y en un intento por recuperar toda aquella sistemática, Eberhard Shmidt, citado por Bustos Ramírez afirma que: “la acción que realiza el hombre y que se torna injusta y típicamente antijurídica, tiene raíces claramente sociales, puesto que es la sociedad quien condiciona tanto al individuo para delinquir como a los mismos delitos que son tales por estar contenidos en un tipo penal, que la sociedad a dispuesto de esa forma”⁸. Con este tercer momento, se genera así la teoría de la acción social. Es decir la acción sigue siendo el centro de la teoría del delito, pero en Shmidt, las motivaciones y condicionamientos de esa acción ya no son más naturales, sino ahora lo son sociales.

El principal error en que incurrieron todos los autores mencionados hasta aquí y todos los que les siguieron aceptando sus postulados (además de los que les siguen a la presente fecha), es pensar que la acción es el centro alrededor del cual giran todos los demás elementos del delito. Nada más equivocado, porque si bien la acción tiene una importancia capital, para efectos de establecer finalmente los móviles que incidieron en el sujeto para delinquir, no significa con esto que tenga que restarle importancia a los demás elementos del delito, situándolos en un plano de subordinación a la acción.

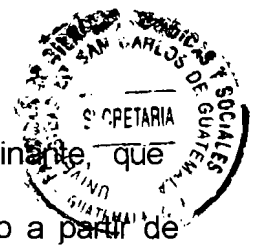
⁸ Ibid.



Es por tanto, más justificado que para finales de la Segunda Guerra Mundial, en que se intenta rescatar aquella teoría nacida casi con el siglo, se empiece paralelamente a suscitar una nueva sistemática en la teoría del delito. Esta sistemática, establece a la acción en un plano de igualdad frente a los demás elementos del delito, y se permite de esa forma estudiar con más adecuación los móviles que tuvo el delincuente para su conducta ilícita.

De tal manera que, los elementos valorativos del tipo pueden servir para valorar también la acción, es decir todas aquellas palabras que deba, por su naturaleza que dárseles una valoración jurídica posterior a cometido el acto, debe saberse con el más alto grado de exactitud si los conocía el sujeto en el momento de delinquir. Aunque no se permita la ignorancia de la ley, para efectos de establecer el grado de culpabilidad es posible establecer una cierta relación con el conocimiento que el sujeto tiene con todos los elementos del tipo.

Por otro lado, ¿Qué tanto, la omisión riñe con el orden jurídico?. Y finalmente, ¿Es posible delinquir ya sea por acción o por omisión, por imprudencia? o simplemente si la acción u omisión se ajusta al tipo penal ¿ya se delinquirió con dolo?. Todas estas preguntas encuentran una respuesta un poco más consistente en esta última forma de concebir a la teoría del delito, que partiendo de los fines que tiene el sujeto para delinquir, establece de esa forma su propia denominación, puesto que a esta sistemática se le conoce como teoría finalista, y constituye el cuarto momento del que se habló en un principio de esta exposición.



Resumiendo, 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 del siglo XX, cuando comienza, la teoría que llaman: “neoclásica”⁹, la encontramos de mejor forma nombrada a la primera como: causalismo naturalista y causalismo valorativo a la segunda. Sin embargo, el nombre poca relevancia tiene, en cuanto a lo bien diferenciado que manifestaron ambas, el aporte tan significativo a la teoría del delito.

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 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 contenido del texto del Artículo 10.

⁹ Bustos Ramírez, Juan. **Ob Cit**, Pág. 144.



No se puede decir, 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, sin embargo, para los efectos de la omisión, como se explica en el segundo capítulo, la teoría finalista enfrenta algunas dificultades de justificación.

La importancia del método elegido por cada sistemática, ha influido en la historia en la aplicación de la ley penal, y por lo tanto, una mejor realización del principio de legalidad.

CAPÍTULO II



2. Eximentes de la responsabilidad 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.

2.1. Generalidades

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)

2.2. Causas de inimputabilidad

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 inimputabilidad.

El Dr. Julio Andrés Sampedro Arrubia, citado por Bustos Ramírez indica que "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"¹⁰.

¹⁰ Ibid. Pág. 144.



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

No es imputable según el Código Penal guatemalteco, Artículo 23:

- 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.

2.3. Causas de justificación

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 absolutas, en las cuales subsiste la responsabilidad civil y la responsabilidad de los partícipes"

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 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."¹²

¹¹ Bacigalupo, Enrique. *Ob, Cit*; Pág. 117.

¹² *Ibid.* Pág. 121.



Líneas arriba se puntualiza 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 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 estamos 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.

2.3.1. Legítima defensa

- 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 impedirla 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, su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) del Artículo 24 del Código Penal, 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 se enuncian las principales características que tanto la legislación como la doctrina señalan sobre este instituto, pero con mayor relevancia se expone 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 más 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”.¹³ Asimismo, se indica por la doctrina que: “La legítima defensa transforma lo típicamente injusto en justo”¹⁴.

¹³ Wetzsel, Hans. **Derecho penal alemán**. Pág. 122.

¹⁴ Quintano Ripolles, Antonio. **Compendio derecho penal**, Pág. 244.



Se puede continuar transcribiendo expresiones que intentan definir que están en el fondo esta causa de justificación. No obstante, es posible 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 expone en detalle cuáles son esas características que el hecho debe reunir para que opere la legítima defensa, y sobre todo qué es agresión ilegítima.

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 al 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".¹⁵

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

¹⁵ Chirino, Alfredo y otro. **La legítima defensa**, Pág. 23.

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”.¹⁶

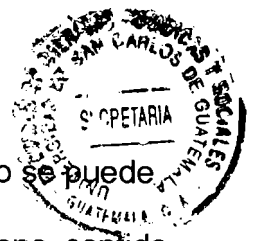


Refiriéndose a la fundamentación filosófica de la legítima defensa Antonio Quintano Ripollés hace un breve recorrido sobre las diferentes visiones que se le han dado, las cuales vale la pena retomar a efecto de tener un marco más amplio para el posterior desarrollo de la misma: “ En el Derecho y la práctica 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 sangre”En 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 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 socorro 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 utilitarias.”¹⁷

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

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio **Ob. Cit.** Pág. 121.

¹⁷ Quintano Ripollés, Antonio. **Ob. Cit.** Pág. 246.



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”.¹⁸

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:

“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.”¹⁹

¹⁸ Chirino, Alfredo. **Ob. Cit.** Pág.27.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio. **Ob. Cit.** Pág. 522.



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 indica: “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”.²⁰

En la legislación, esta causal de justificación está contemplada en el Artículo 24 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.

Tomemos 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

²⁰ Núñez, Ricardo. **Derecho penal argentino**. Pág. 344.



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”²¹. 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:

“Hoy, no es algo discutible que el Código Penal admite la legítima defensa, no sólo 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 impositivos, reparatorios o represivos de la ofensa...Como también son el sentimiento y afecto

²¹ Núñez, Ricardo. **Ob, Cit**; Pág. 351.



patrio, el sentimiento moral y las ideas religiosas u otros intereses del individuo que atañan a su tranquilidad personal.”²²

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”²³. 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 calumnias”²⁴. Wetzal 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”.²⁵

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

²² **Ibid.** Pág. 354.

²³ Zaffaroni, Eugenio. **Ob. Cit.** Pág. 523.

²⁴ Quintano, Ripollés. **Ob. Cit.** Pág. 248.

²⁵ Wetzal, **Ob. Cit.** Pág. 123.



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.

Asimismo, si se ve 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 debemos cuestionarnos qué vamos a entender como tal, así se puede 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”²⁷. En este mismo sentido Zaffaroni refiere que no hay agresión sino hay conducta, como sucede cuando se trata del ataque de un animal o un involuntable, 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”²⁸.

Jescheck, 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

²⁶ Jescheck, **Ob. Cit.** Pág. 563.

²⁷ Chirino, y Otro. **Ob. Cit.** Pág. 41.

²⁸ Zaffaroni, **Ob. Cit.** Pág. 523.



imprudentemente. “El fundamento de su postura es que al requerirse que la agresión sea antijurídica, es decir que vulnere objetivamente el Ordenamiento Jurídico, para ello que se produzca el injusto del resultado, sin que sea preciso un comportamiento doloso o culpable del agresor”²⁹.

Se puede considerar acertada la postura de Jeschek, y creemos 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 se podría cuestionar 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.

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. (la jurisprudencia así lo ha resuelto: Sala Tercera de la Corte n. 168 de las 10 horas del 17 de junio de 1988, Tribunal Superior de

²⁹ Jescheck, **Ob. Cit.** Pág. 465.

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 ésta 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”.³⁰

“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”.³¹

“La defensa tiene que ser voluntaria y proporcionada de acuerdo a las circunstancias, esto significa que sea racional”.³² Se hace la aclaración en cuanto a la voluntad de la

³⁰ Wetzel. **Derecho penal**. Pág. 121.

³¹ Jescheck. **Derecho criminal**. Pág. 466.

³² Breglia Arias, Omar. **Código penal y leyes complementarias**. Pág. 131.



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.

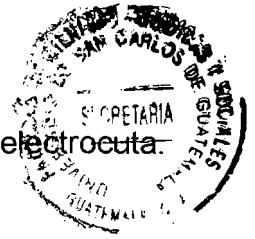
No debe perderse de vista, que no se trata de lo que imaginó el agredido sobre la magnitud de la agresión ilegítima, sino lo que resulta de la situación objetivamente considerada, pues si se sigue un criterio meramente subjetivo, cualquier medio empleado pudiese parecer racional, aunque sea totalmente 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” (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).

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”³³.

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 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”³⁴.

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

³³ Chirino. **Ob.Cit.** Pág.64.

³⁴ Zaffaroni, **Ob. Cit.** Pág. 525.



manifiesta que rechaza esa defensa, tratándose de bienes de los cuales puede disponer pareciera que, al manifestar su deseo de no defenderse, la agresión sería 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”³⁵.

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,

³⁵ Zaffaroni, **Ob. Cit.** Pág. 531.

solo que un tercero se interpuso y resultó lesionado". (Tribunal Superior de Guatemala, Voto número 207 de las 10:50 horas del 19 de noviembre de 1980).



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

2.3.2. El estado de necesidad

Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- Realidad del mal que se trate de evitar;



- Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo;
- Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.
- No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Para exponer la presente causal de justificación, al igual que el caso de la legítima defensa, se debe 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)"³⁶.

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 intereses que nace de una situación de hecho que no implica licitud inicial, de ahí que el agente puede reaccionar de igual modo frente a lo lícito y lo ilícito"³⁷.

³⁶ Rodríguez Devesa. **Ob. Cit.** Pág 569.

³⁷ Quintano Ripollés, **Ob. Cit.** Pág.262.



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.

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 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 de dos razones: Unas veces la impunidad ha sido otorgada por una razón subjetiva que toma en cuenta el ánimo del autor, y otra es 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 supralegal 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”³⁸.

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.

Resulta innecesario transcribir de nuevo la enunciación del estado de necesidad que contiene el Artículo 24, pero se debe 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

³⁸ Welzel. **Ob. Cit;** Pág. 121.



intencional por quien la sufre, pero que sí puede resultar de un actuar doloso 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.

Se pasa ahora a cuestionar qué se debe entender por evitar un mal mayor. Esto nos lleva a cuestionarnos en que consiste esa valoración de bienes que implica el estado de necesidad, como sabemos 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. 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, 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”⁴⁰.

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, 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”⁴¹.

Estos conceptos pueden parecer familiares por 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

³⁹ Núñez, Ricardo. **Ob. Cit.** Pág. 322.

⁴⁰ **Ibid.**

⁴¹ Rodríguez Devesa, **Ob. Cit.** Pág. 573.



de realización inmediata. No basta un mal posible, que se le vea lejano, es necesario que el mismo exista objetivamente.

“Volvemos 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”⁴².

Ya nos hemos 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.

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

⁴² Núñez. Ob. Cit. Pág. 328.



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 se está frente al 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."⁴³

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

⁴³ Breglia Arias, Fernando. **Ob. Cit.** Pág. 122.



está así regulado para evitar excesos al amparo de una situación de necesidad, pero no se piensa 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 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”⁴⁴.

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 se analiza significa que aún en el caso de las personas que deben asumir el riesgo ante situaciones de necesidad, no se les obliga a actuar siempre, aún 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.

⁴⁴ Núñez, Julio. **Ob. Cit.** Pág. 336.



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”⁴⁵.

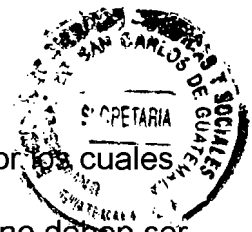
Con base en el texto legal se desarrollan sus presupuestos:

2.3.3. 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.

⁴⁵ Ibid. Pág. 400.



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 mal trato 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. Son 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, y, 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 cuáles son los 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.

Demos 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.

2.4. Causas de inculpabilidad

Algunos tratadistas alemanes, como Max Ernesto Mayer o Augusto Köhler, las llaman causas de inculpabilidad o causas de exculpación, y entendemos por las mismas: "Las causas que absuelven al sujeto de la comisión de un hecho delictivo en lo que Luis Jiménez de Asúa llama juicio de reproche"⁴⁶.

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

⁴⁶Jimenez de Asúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**, Pág. 259.



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.

2.4.1. Miedo invencible

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 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.

2.4.2. Fuerza exterior

Se refiere a la conducta absoluta, o sea la violencia física o material que se toma 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.

2.4.3. Error

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, numeral 9 del Código Penal), 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.

2.4.4. Obediencia debida

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.

2.4.5. Omisión justificada

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.

CAPÍTULO III



3. La obediencia debida y el legítimo ejercicio de un derecho en la legislación penal comparada

3.1. La obediencia debida en el derecho penal comparado

En la doctrina o en otras legislaciones los hechos planteados pueden adoptar diversas formas, y aunque un gran sector de los autores toleran dicha situación como causa de inculpabilidad, otros la ubican como una causa de justificación. Esto permite que se clasifiquen las posturas en torno al tema en dos grandes grupos: el primero de ellos, que la considera causa de inculpabilidad establece que su regulación debe darse como obediencia debida; mientras que en el caso de quienes plantean que el funcionario actúa bajo causa de justificación la situación a de considerarse para su regulación como cumplimiento de un deber.

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



“Expresamente se le contempla (a la obediencia debida) como causal de justificación en el Código Penal de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Nicaragua, El Salvador e Italia”⁴⁷.

Como es evidente, en la cita textual que del Artículo 25 del Código Penal costarricense que se hace, dicha legislación contiene la obediencia debida como cumplimiento de un deber:

“CAPITULO II

DE LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

SECCIÓN IV

Causas de justificación

Cumplimiento de la ley

ARTÍCULO 25.- No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho”.

En el Código Penal salvadoreño, el Artículo 27, sin distinción alguna entre las causas que excluye la responsabilidad penal, señala:

“EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

Art. 27.- No es responsable penalmente:

1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita;

⁴⁷ www.wikipedia.com



2) Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad razonable de la defensa empleada para impedirla o repelerla; y,
- c) No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa;

3) Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo;

4) Quien en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes:

- a) enajenación mental;
- b) grave perturbación de la conciencia; y,
- c) desarrollo psíquico retardado o incompleto.

En estos casos, el juez o tribunal podrá imponer al autor alguna de las medidas de seguridad a que se refiere este Código. No obstante la medida de internación sólo se aplicará cuando al delito corresponda pena de prisión; y,

5) Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó; y,



6) Quien actúa u omite en colisión de deberes, es decir cuando existan para el sujeto, al mismo tiempo, dos deberes que el mismo deba realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos.”

Como puede evidenciarse, en el contenido del Artículo y ley citadas, los legisladores salvadoreños ya no utilizan términos como: obediencia debida o legítimo ejercicio de un derecho; más bien lo hacen con el contenido de la antijuridicidad, cuando señalan que: Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó. O por otro lado: Quien actúa u omite en colisión de deberes, es decir cuando existan para el sujeto, al mismo tiempo, dos deberes que el mismo deba realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos.

En el Código Penal nicaragüense ocurre exactamente lo mismo, como puede constatarse en la siguiente cita:

“Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal

Arto. 28.- Están exentos de responsabilidad criminal:

1 ° - El que por enfermedad mental o una grave alteración de la conciencia no posee, en el momento de obrar, la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación;

2 ° El menor de diez años;



3 ° - El mayor de diez años y menor de quince años, a no ser que conste que ~~no~~ haya obrado con discernimiento;

4 ° - El que obra en defensa de su persona o derechos o de la persona o derechos de otro si concurren las circunstancias siguiente:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo; y
- c) Falta de provocación del que hace la defensa.

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechaza el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa, o de un departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño que ocasione al agresor.

5.- El que obra violentado por una fuerza física irresistible o impulsado por amenaza de un mal inminente y grave.

6.- El que obra impulsado por la necesidad de preservarse de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera, si en la circunstancia en que se ha cometido el acto no podía razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado.

7.- El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Realidad o peligro inminente del mal que se trate de evitar;
- b) Que el daño que se trata de evitar sea mayor que el causado para evitarlo; y
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

8.- El que con ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente.



9.- El que obra en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

10.- El que obra en virtud de obediencia debida.

Se entiende por obediencia debida la que venga impuesta por la ley al agente, siempre que el hecho realizado se encuentre entre las facultades del que lo ordena y su realización dentro de las obligaciones del que lo hubiere ejecutado.

11.- El que incurriere en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable”.

Como es evidente, del Artículo citado, todas las causas exculpatorias quedan subsumidas en una sola norma sin distingos entre inculpatorias y justificantes, como si es el caso de la legislación guatemalteca que por otro lado no hace nada de diferencia al ubicarlas en distinto Artículo y con distinto epígrafe.

3.2. La obediencia debida y el legítimo ejercicio de un derecho en el derecho penal español

Esta legislación es probablemente la que más ha influido en el desarrollo del presente trabajo. El Código Penal español ya no contiene diferenciación entre causas de justificación o causas de inculpabilidad, como lo hace el Código Penal guatemalteco. En España, el Artículo 20 de su normativa penal regula entre otras el legítimo ejercicio de un derecho, entendiéndose subsumida en su contenido, la obediencia debida.



Se reproduce a continuación el texto del Artículo 20 del Código Penal español, haciendo énfasis en que la parte importante para el presente trabajo, lo constituyen los últimos dos párrafos:

“Artículo 20

Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.



4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6.º El que obre impulsado por miedo insuperable.

7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código”.

Como puede observarse, las palabras obediencia debida, no aparecen en el texto del Artículo citado.



El ejercicio legítimo de un derecho si aparece, con el hecho de que a su concepto de han integrado los de ejercicio legítimo de un oficio o cargo. Puede interpretarse, como se dijo anteriormente, que el concepto de obediencia debida, queda contenido en estos últimos dos términos, por virtud de lo cuales, se puede asegurar que un oficio o cargo no puede ser desempeñado en la administración pública sino que incluye el ámbito del derecho privado.

Es importante también señalar que, en el párrafo del Artículo en cuestión, también aparecen los conceptos de, cumplimiento de un deber; situación novedosa en comparación con el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, que no contiene tales términos.

El caso de la obediencia debida y de las diferencias entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, que ya no contiene el derecho español comparado, puede significar la poca importancia de dichos temas, desde el punto de vista doctrinario.

Ignacio Berdugo, lo señala de la siguiente forma: "Hasta la promulgación del vigente Código Penal, existía una circunstancia eximente de difícil catalogación: la obediencia debida. Se discutía si debía considerarse causa de justificación o circunstancia excluyente de culpabilidad. La discusión giraba en torno a la interpretación que se diera al delito de desobediencia de funciones del Artículo 410 del Código Penal. En dicho precepto se sancionaba la negativa a cumplir órdenes superiores salvo que constituyan una infracción clara y terminante de un precepto legal o cualquier otro carácter



general... Es entonces cuando entraría en juego la eximente de obediencia debida, que operaría como causa de justificación de la conducta del funcionario. Al desaparecer esta circunstancia en el nuevo Código debe entenderse que queda subsumida en la de cumplimiento de un deber pues, a la postre, el funcionario que así actuaba no hacía otra cosa que seguir al dictado lo que marcaba la ley penal, cuyo Artículo 410 crea un deber de ejecución...”⁴⁸

3.3. Otras legislaciones comparadas

Un caso resuelto por una Sala de Casación de Costa Rica donde precisamente se trató este punto. En lo que interesa señaló la Sala: “...Como puede verse, los hechos tenidos por demostrados si configuran el delito de abuso de cargo que señala el artículo 329 del Código Penal pues ya el imputado, después del intercambio verbal en que supuestamente se produjo la falta de respeto del Ofendido hacia su persona, había logrado su propósito, cual era el decomiso de la bicicleta que inclusive ordenó trasladar hasta la delegación correspondiente. Pero su actuación posterior está reñida con los deberes de la función pública, sin que pueda entenderse que estaba haciéndolo en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio de un derecho (art. 25 Código Penal), ya que como lo señala el Juez de mérito, se presentó ofuscado a la casa del testigo A.M. donde se encontraba A. H. y sin justificación alguna le disparó a los pies, lo cual, desde luego, no era la forma idónea para procurar la detención, aún admitiendo la tesis de la defensa en el sentido de que lo hacía por la falta de respeto, sufrida en el primer

⁴⁸ Berdugo, Ignacio y otros. **Derecho penal, parte general**, Pág. 34

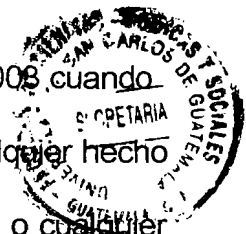


enfrentamiento. En el presente caso no se trató de un simple extralimitación de función vista en su aspecto extensivo sino de un abuso de autoridad que al autor le confirió su propia función.”

No se trata de que el cargo o el especial deber es una autorización para delinquir, para cumplir deseos ilícitos aprovechándose del especial deber conferido por la ley, no sobra repetir aquí que el derecho debe interpretarse en forma racional, y en especial el derecho penal sobre todo tomando en cuenta las especiales circunstancias que rodean cada caso. Pues si en un caso como el expuesto la actuación policial desbordó los límites del deber legal, en otros casos, sobre todo con referencia a las bandas organizadas o delincuentes poderosos el medio no sería excesivo.

Ahora bien, todo lo relacionado puede ser cuestionable, si se toma en cuenta que las interpretaciones de las diferencias o efectos jurídicos de las causas de justificación y las de culpabilidad son cuestión de criterio en muchos casos. Para expresarlo en forma más clara, puede citarse un caso histórico en el derecho penal que tuvo lugar en la legislación argentina. El 4 de junio de 1987, el entonces presidente de Argentina Raúl Alfonsín, decretó la Ley de obediencia debida, la cual establecía la no punibilidad y por tanto la eximente de responsabilidad penal a todo miembro de las fuerzas armadas de aquel país, que hubiese tomado parte una acción durante la llamada guerra sucia, situación que además era *iuris et de iure* es decir que no admitía prueba en contrario.

Siendo una aberración jurídica aquel decreto, como se pudo comprobar en 2008, cuando una jueza lo declaró nulo, pretendía sin embargo impedir que al autor de cualquier hecho en las circunstancias descritas, se le pudiera aplicar una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción; o bien eximirle de la comprobación de su culpabilidad como autor.



En consecuencia, en ese acontecimiento histórico que tuvo lugar en la legislación argentina, se puede concluir que la obediencia debida era considerada por los autores de aquel decreto, como causa de justificación y no de culpabilidad. O bien, que aún siendo causa de inculpabilidad, producía los mismos efectos que una causa de justificación. Se menciona esto, porque la obediencia debida en Guatemala es ubicada sistemáticamente en el Código Penal como causa de inculpabilidad, y la principal propuesta del presente trabajo consiste precisamente en trasladar su regulación a las causas de justificación.

CAPÍTULO IV



4. La obediencia debida como causas de justificación regulada conjuntamente con el legítimo ejercicio de un derecho en el Código Penal guatemalteco

4.1. Diferencias entre causas de inculpabilidad y causas de justificación

Antes de proponer la regulación legal de la obediencia debida como causa de justificación y no como causa de inculpabilidad, es necesario expresar cual es la diferencia de ubicar sistemáticamente la obediencia debida como causa de justificación y no como inculpabilidad. En otras palabras, que importancia tiene para la sociedad guatemalteca y su lucha contra la delincuencia, el colocar a la obediencia debida en determinado lugar de la legislación nacional.

En principio se ha de aclarar que la diferencia es distinguible sin ninguna duda ni confusión, pero en la doctrina, porque en el Código Penal, no hay ningún artículo que establezca tal diferencia. Es más, el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República no establece literalmente para qué sirve una causa de justificación o bien una de inculpabilidad. El cuerpo de leyes mencionado únicamente se limita a regular que esto es causa de inimputabilidad, esto de justificación o aquello de inculpabilidad; pero no establece, para qué hizo tal diferencia. Únicamente establece en el epígrafe del título III del libro primero, que se trata de las causas que eximen de la responsabilidad penal; por lo tanto, daría lo mismo que todas estuvieran enumeradas a



continuación. Contrario a ello, el Código Penal español por ejemplo, no hace distinción alguna en su enumeración y las coloca una después de la otra, sin titularlas causas de justificación o de inculpabilidad o siquiera de inimputabilidad. Además en el párrafo final del Artículo 20 que las contiene se señala: “En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.”

Salvo esta forma que se hace en aquél código, en el de Guatemala, colocar cada eximente de responsabilidad penal en distinta ubicación sistemática carece entonces de sentido, salvo que para establecer diferencias se recurra a una interpretación doctrinaria. Si es ese el caso, entonces basta citar a Francisco Muñoz Conde, quien señala lo siguiente:

“Las diferencias entre estas causas de exclusión o anulación de la culpabilidad y las causas de justificación son evidentes: las primeras dejan intacto el tipo de injusto, con todo lo que ello comporta en orden a la aplicación de sanciones no penales, medidas de seguridad, admisión de la legítima defensa frente al que actúa, posibilidad de participación de terceras personas, etc; las segundas convierten el hecho en algo lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico, no cabe legítima defensa frente a ellas, tampoco cabe responsabilidad penal por participación de terceros, etc”.⁴⁹

En otras palabras, las causas de inculpabilidad permiten la aplicación de determinadas consecuencias jurídico penales como son medidas de seguridad, curativas etc. Las

⁴⁹ Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit;** Pág. 325.



causas de justificación no. Es decir, quien es beneficiado con una causa de inculpabilidad en su actuar, podrá quedar sujeto a medidas de seguridad, mientras que quien actúa justificadamente queda eximido de cualquier consecuencia o sanción penal.

Además, en las causas de inculpabilidad, la víctima del hecho puede alegar legítima defensa a su favor, en las causas de justificación no. Como ejemplo se puede mencionar a la violencia que ejerce un agente de policía en un ciudadano, si la acción del agente resulta que es inculpable por cualquier causa, el ciudadano puede alegar en su favor legítima defensa, en caso de que haya podido defenderse u oponer resistencia a la agresión del policía y causarle de paso, alguna lesión a este.

Como es evidente, ya se pueden establecer dos diferencias claras entre causas de inculpabilidad y causas de justificación. Por ello, si la obediencia debida es causa de inculpabilidad, tiene distintos efectos a que sea considerada como causa de justificación.

Otra diferencia que existe entre las causas mencionadas es que, "la participación (inducción, cooperación etc.) en un acto justificado del autor, está también justificada"⁵⁰, es decir que si el autor de un hecho delictivo es eximido de responsabilidad penal, por causa de justificación, todo tercero que haya participado en cualquiera forma, también estará exento de responsabilidad penal. Por consiguiente, en un hecho en donde el autor es eximido de responsabilidad penal como consecuencia de haber obrado con causa de

⁵⁰ **Ibid.**



inculpabilidad, los terceros participantes, cómplices, inductores, cooperantes, etc, no quedan exentos igual.

“La existencia de una causa de justificación exime de la comprobación de la culpabilidad del autor, ya que la culpabilidad sólo puede darse una vez comprobada la existencia de la antijuridicidad”⁵².

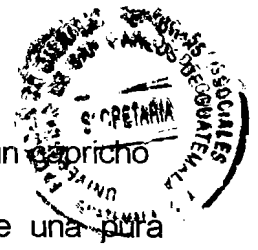
Entre otras consideraciones doctrinarias, estas son a juicio personal, las principales diferencias entre causas de inculpabilidad y causas de justificación.

En el presente trabajo, se asumen como diferencias entre las causas de justificación y las de inculpabilidad, las ya mencionadas y el caso del ejemplo histórico se rechaza por constituir evidentemente una interpretación arbitraria y subjetiva de los temas e institutos del derecho penal.

4.2. La obediencia debida como causa de justificación

La principal afirmación de la presente investigación consiste en trasladar la regulación legal de la obediencia debida como causa de culpabilidad a causa de justificación. Se trata de ubicarla sistemáticamente en otro lugar dentro del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

⁵² **Ibidem.**



Pero tal cambio de artículo no es meramente una interpretación antojadiza, un capricho ni mucho menos. Como señala Francisco Muñoz Conde: “no se trata de una pura elucubración teórica sino que tiene importantes consecuencias prácticas”⁵². Se trata de cambiarla de causa de inculpabilidad a causa de justificación, por dos motivos: primero porque los efectos que produce una y otra causa no son iguales, (como ya se explicó) y segundo, porque su aplicación no puede y no debe ser invocada por ningún sujeto excepto los funcionarios y trabajadores de la administración pública.

En primer lugar, se considera que la obediencia debida debiera surtir los mismos efectos que una causa de justificación, pero al estar regulada como causa de inculpabilidad como actualmente lo está, no puede tenerlos. Esto a reserva de que en Guatemala como se mencionó, no existe en el Código Penal, una regulación adecuada de las diferencias existentes entre uno y otro.

El segundo de los motivos que hacen plantear en el presente estudio la necesidad de ubicar sistemáticamente a la obediencia debida como causa de justificación y no de inculpabilidad como ahora está regulada, consiste en los sujetos que podrían llegar a tener facultad para invocar su aplicación en determinado momento y hecho. Y en este caso, se está haciendo referencia que una eximente de responsabilidad penal como la obediencia debida, únicamente debieran poder argumentarla en su defensa los trabajadores de la administración pública, los funcionarios, agentes de policía entre otros.

⁵² Ibid.



Sin embargo, para expresar en mejor manera esta propuesta, es preciso señalar que además de trasladar la regulación legal de la obediencia debida a las causas justificadas, es necesario que se regule conjuntamente con el legítimo ejercicio de un derecho.

Para entender este punto, es preciso señalar que hoy día la protección de la persona y sus bienes es encargada no solo a las fuerzas públicas, sino también a agencias de seguridad privada. Con la descripción y redacción actual del Artículo 25 numeral 4 del Código Penal actualmente, puede llegarse a presentar el caso de que invoque tal causa de inculpabilidad, un agente de empresa privada de seguridad, habiendo cometido un ilícito penal, como causarle lesiones de cualquier índole a un ciudadano al haber disparado su arma de fuego. A pesar de que la norma legal mencionada se ajustara al hecho, no puede afirmarse que sea la situación adecuada desde el punto de vista de los principios generales del derecho. Si bien, el Estado autoriza la portación de armas a los agentes miembros de empresa privada de seguridad, bajo ningún punto de vista puede ser permitido que tengan las mismas libertades o límites en su trabajo que las fuerzas de seguridad del mismo Estado. “En verdad como se dijo este precepto establece una cláusula general de justificación, pues es necesario recurrir en cada caso al respectivo sector del ordenamiento para saber cuales son las condiciones que permiten actuar en cada una de esas situaciones. Por ello, es posible entonces que sean fuente de la justificación no sólo la ley, sino también otras fuentes de derecho, como la costumbre o los principios generales del derecho”⁵³

⁵³ Bustos Ramírez. *Ob. Cit*; Pág. 178



Ahora bien, si se traslada la regulación legal de la obediencia debida de causa de inculpabilidad a una causa de justificación y regulada como legítimo ejercicio de un derecho, entonces la misma podría ser alegada únicamente por funcionarios públicos.

El profesor Jorge Alfonso Palacios Motta citado por Bustos Ramírez, establecía en su obra de apuntes de derecho penal, que efectivamente existe un problema (en cuanto a las eximentes de responsabilidad penal de Legítimo ejercicio de un derecho y la de obediencia debida), puesto que “en algunos casos se presenta la duda al juzgador sobre qué eximente debe aplicar, en relación a determinada conducta”⁵⁴. Agregando que al juzgar conductas humanas, estas, pueden enmarcarse en dos eximentes distintas.

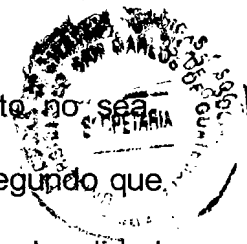
“La obediencia debida no se puede tratar de la no inexigibilidad de otra conducta, sino de una causa de justificación ... Ahora bien creemos que la obediencia debida puede ser causa de justificación, pero también de atipicidad...”⁵⁵

Los puntos de convergencia entre el legítimo ejercicio de un derecho, y el de obediencia debida, se empiezan a ver desde su definición, cuando el Licenciado Hernán Hurtado, en su obra Derecho penal compendiado, señala que debe entenderse por la primera de las eximentes mencionadas aquella que se presenta cuando: “quien ejecuta un acto ordenado o permitido por la ley”⁵⁶, y por obediencia debida: “Que haya superioridad

⁵⁴ Bustos Ramírez. *Ob. Cit.* Pág. 71

⁵⁵ *Ibid.* Pág. 180.

⁵⁶ *Ibid.* Pág. 50.



jerárquica entre quien la ordena y quien la ejecuta, la ilegalidad del acto, no sea manifiesta”. En la primera, se entiende que es un acto ordenado, y en el segundo que hay un superior que la ha ordenado. En la primera, el acto proviene de la legalidad permitida en ley, y en la segunda, aunque ciertamente se supone una ilegalidad en lo ordenado, ésta resulta no manifiesta, es decir no evidente, no notable. Éstas son dos convergencia claras que permiten establecer la dificultad en el juez a la hora de aplicarla al caso concreto.

Entonces, se puede decir en consecuencia que lo que se pretende en el presente estudio es enfatizar lo equivocado no solo de regular la obediencia debida como causa de justificación, sino de haberla regulado en general, puesto que más bien su contenido debiera ser absorbido por la eximente de responsabilidad penal denominada, legítimo ejercicio de un derecho.

4.3. Forma de regulación conjunta de la obediencia debida y el legítimo ejercicio de un derecho

La eximente de responsabilidad penal, por la cual un funcionario público puede actuar justificadamente, solo puede ser concebido como en el cumplimiento de un deber, tal como lo entendió el legislador en el Código Penal español, cuando reguló como causa que exime de responsabilidad penal en el numeral siete del Artículo 20: “El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.



El cumplimiento de un deber constituye un epígrafe que bien podría contener al legítimo ejercicio de un derecho y a la obediencia debida, (eliminando esta último de su regulación actual en el Artículo 25 del Código Penal, como causa de inculpabilidad). Además, en el presente trabajo de investigación se establece como propuesta para la regulación conjunta de ambas (la del legítimo ejercicio de un derecho y la de obediencia debida) como causa de justificación.

Actúa bajo la eximente de cumplimiento de un deber jurídico cuando se le impone a un individuo expresa o implícitamente la obligación de actuar u omitir hacerlo de una manera que es formalmente delictiva. Se distinguen dentro de los deberes legales aquellos que son impuestos por el desempeño de funciones públicas o ciertas profesiones, las cuales traen consigo, el tener que asumir ciertas obligaciones derivadas directamente de la ley.

Esta causal de justificación debe valorarse dentro de los límites que la propia norma establece, debe ejercerse con el debido respeto hacia los otros bienes jurídicos que pueden entrar en colisión en algunas ocasiones con las obligaciones que deben cumplirse. Lo anterior, significa que deben apreciarse las circunstancias de cada caso, pues los excesos no están comprendidos por la eximente. La doctrina cita el ejemplo de que el policía para efectuar una detención debe utilizar la fuerza que sea estrictamente necesaria para reducir la resistencia que se ponga.



Un subordinado o un particular al desobedecer alguna orden de su superior o de un funcionario público, llega a constituir conducta típica, es decir a cometer un ilícito que bien encuadrarse según el caso, en el delito de desobediencia. Sin embargo, cuando el obligado a cumplir reflexiona que la orden dada puede afectar bienes jurídicos protegidos por otro delito, entraría en conflicto y sopesaría la posible paradoja de que si por un lado cumple, cometerá delito, mientras que si por el otro incumple cometerá delito de todos modos. Por ejemplo, si a un policía nacional civil, su superior le ordena abrir fuego contra un delincuente en posible huída y que porta un arma de la cual aún no se ha percatado el agente (aunque sí su superior), pero el policía piensa por un momento en que al disparar puede lesionar o dar muerte a la persona del delincuente y este acto tener consecuencias jurídicas en su contra, se encuentra efectivamente en la disyuntiva de cumplir con la orden y evitar así cometer homicidio o lesiones graves. Dicha situación es verdaderamente un “absurdo”⁵⁷ jurídico como lo llama Bustos Ramírez.

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

⁵⁷ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit**; Pág. 254.

CONCLUSIONES



1. El Estado de Guatemala se precia de ser democrático y respetuoso de los derechos humanos. Sobre la base de tal situación ha sido diseñada la teoría del delito que observa el Código Penal guatemalteco, que no obstante, no ha sido influenciada aún por las corrientes modernas de la dogmática penal internacional.
2. Las causas exculpatorias de la responsabilidad penal a las que se refiere el Código Penal como eximentes penales, el Congreso de la República de Guatemala cuando reguló la normativa penal correspondiente, no incluyó las clasificaciones que se empezaban a gestar en la época de promulgación del Decreto 17-73.
3. La obediencia debida y el legítimo ejercicio de un derecho en la legislación penal comparada de países como España, ya se encuentran reguladas en un solo artículo sin diferencias entre las mismas y con una posibilidad de aplicación más adecuada a las características legales de la legislación guatemalteca.
4. La obediencia debida se adecúa a los elementos de la figura penal del legítimo ejercicio de un derecho, el cual constituye una causa eximente de responsabilidad penal en la cual se subsumen las dos mencionadas, de

manera que exista la regulación de la primera se encuentre incluida dentro de la segunda.



5. Las causas exculpatorias en las legislaciones modernas, no obedecen a una diferenciación entre inculpabilidad y justificación, toda vez que dicha diversidad es más adecuada a la doctrina y los pensamientos filosóficos. Ahora bien, el Código Penal guatemalteco, evidencia de este modo su atraso y desactualización.

RECOMENDACIONES



1. Es necesario que el Estado de Guatemala por medio del Congreso de la República proceda a regular en la normativa penal correspondiente, el cumplimiento de un deber jurídico, no como causa de inculpabilidad, es decir como obediencia debida sino como una causa de justificación, porque se trata de una conducta legalmente autorizada y para que sea respetuosa de la dogmática penal moderna.
2. El Estado de Guatemala, por medio de los entes encargados de aplicar justicia, apliquen para una debida interpretación en la concepción de las causas de justificación, la costumbre y los principios generales de derecho, mismos que constituye fuente de derecho a nivel general.
3. La Corte Suprema de Justicia, ente rector en la administración y aplicación de justicia en el país, debe realizar, por medio de talleres, cursos, congresos o seminarios la debida capacitación de los operadores de justicia al respecto de las principales implicaciones que tiene la verificación de las diferencias entre causas de justificación y causas de inculpabilidad en la legislación penal.
4. Es importante que la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, principal ente responsable de la educación superior en Guatemala, lleve a cabo un estudio acerca de la aplicación práctica



del Artículo 25 del Código de Penal evidenciando de esa manera las faltas o carencias que pueda llegar a significar.

5. El Congreso de la República debe reformar el Artículo 25 del Código Penal para establecer las diferencias entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, de forma que existe una diversidad de efectos jurídicos en la aplicación de unas y otras.

BIBLIOGRAFÍA



ARANGO ESCOBAR, Julio Eduardo. **Las sistemáticas causalista y finalista en el derecho penal**. Ed. Universitaria, Guatemala, 1990.

BACIGALUPO, Enrique, **Elementos de la teoría del delito**, Ed. Universitaria, Guatemala, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal parte general**, 3ª. Edición, Editorial Ariel, S. A. Barcelona, España. 1996.

BREGLIA ARIAS, Omar. **Código penal y leyes complementarias**. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999.

BERDUGO, Ignacio y otros. **Derecho penal, parte general**, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1999.

CHIRINO, Alfredo y otro. **La legítima defensa**, San José, Investigaciones Jurídicas S.A, 1993.

CLAUX ROXIN, **Teoría del tipo penal**, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1979.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**, Tomo IV, parte General, Volumen primero, Bosch Casa Editorial S.A. 7ma edición Barcelona, España. 1947.

DE MATA VELA, José Francisco y Hector Aníbal De León Velasco. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Ed. Universitaria, Guatemala, 1992.

DE LEÓN VELAZCO, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco, **Curso de derecho penal guatemalteco**, Editorial Centroamericana, Guatemala, Guatemala. 1996.



IBÁÑEZ G., Antonio J. **Concurso de hechos punibles**, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Imprenta Nacional, Bogotá, 1991.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Colección clásica del Derecho**, Lectura de Derecho Penal. Editorial Harla, México D.F., 1998.

MAC IVER, Luis Cousiño. **Culpabilidad**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán, **Derecho Penal Parte General**, Tirant Lo Blanch. Barcelona 1992.

NÚÑEZ, Ricardo. Derecho penal argentino. Ed. Bibliográfica Argentina.

QUINTANO RIPOLES, Antonio. **Compendio derecho penal**, Madrid, Ed. Rev. Derecho Privado , 1958

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.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho Penal Español**, Editorial purrua S.A. México, 1994.

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

VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **La Defensa penal**, Rubizul Colzoni Editores, 1989.

VELA TREVIÑO, Sergio. **Culpabilidad e Inculpabilidad**, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1983.

WETSEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Chile, Ed. Jurídica Chile, Tomo II 1976.

ZAFFARONI, E. Raúl, **Tratado de derecho penal**, Parte General, Tomo III, Buenos Aires, 1989.



Legislación:

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

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

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

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