

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



**ESTUDIO DE LAS TEORÍAS MODERNAS QUE SE APLICAN
AL ESTADO DE NECESIDAD**

GERMAN AUGUSTO FUENTES LAM

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2010

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

**ESTUDIO DE LAS TEORÍAS MODERNAS QUE SE APLICAN
AL ESTADO DE NECESIDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GERMAN AUGUSTO FUENTES LAM

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre 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 Ciriaiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Eloisa Ermila Mazariegos Herrera
Vocal: Lic. Rodolfo Giovanni Celis López
Secretario: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ricardo Antonio Alvarado Sandoval
Vocal: Licda. María Soledad Morales Chew
Secretario: Lic. Carlos Humberto de León Velasco

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la Tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general público).



Lic. Armando González Villatoro
Abogado y Notario



Guatemala, 29 de Julio de 2004.

Licenciado Bonerge Amílcar Mejía Orellana

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado:

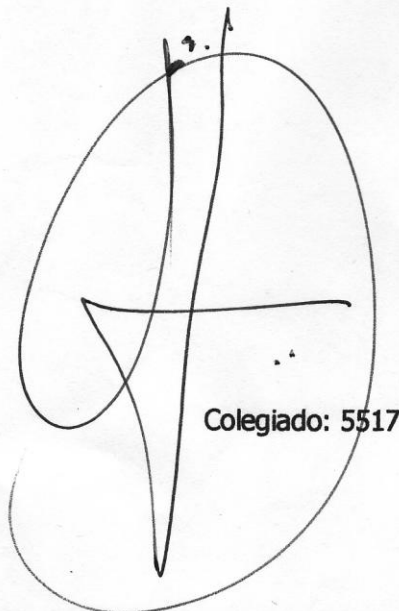
Por este medio, hago constar que he procedido a asesorar la investigación del estudiante, GERMAN AUGUSTO FUENTES LAM, intitulada "ESTUDIO DE LAS TEORÍAS MODERNAS QUE SE APLICAN AL ESTADO DE NECESIDAD", en cumplimiento de la resolución que para tal efecto me nombra como Asesor de dicho trabajo.

El tema seleccionado por el estudiante, establece un verdadero análisis de tipo académico, y por tanto considero que constituye un aporte en el conocimiento del tema.

Por las razones expuestas no tengo limitación alguna para emitir **DICTAMEN FAVORABLE** a la presente investigación para que continúe con su tramitación correspondiente.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted,

Atentamente.



Colegiado: 5517



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

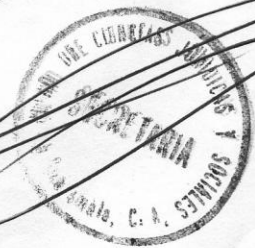
Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de agosto del año dos mil cuatro.-----

Atentamente, pase al LIC. CARLOS DE LEÓN VELASCO, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante GERMAN AUGUSTO FUENTES LAM, Intitulado: "ESTUDIO DE LAS TEORÍAS MODERNAS QUE SE APLICAN AL ESTADO DE NECESIDAD" y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.-

~~MIAE/sllh~~





CORPORACION DE ABOGADOS

Licenciado Carlos Humberto de León Velasco



Guatemala, 2 de noviembre del 2004.

Señor:
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Bonerge Amílcar Mejía Orellana.
Presente.

Apreciado Señor Decano:

En atención a providencia de ese Decanato de fecha veinticinco de agosto del dos mil cuatro, en la que se me notifica nombramiento como Revisor de Tesis del Bachiller GERMAN AUGUSTO FUENTES LAM, y oportunamente emanar el Dictamen correspondiente; habiendo revisado el trabajo confiado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:


- a) El trabajo de tesis se intitula "ESTUDIO DE LAS TEORÍAS MODERNAS QUE SE APLICAN AL ESTADO DE NECESIDAD".
- b) El tema que investiga el Bachiller GERMAN AUGUSTO FUENTES LAM, es un tema importante, actual para quien gusta conocer del derecho, en especial del derecho penal, al desarrollar un estudio profundo de la figura del Estado de Necesidad, estipulado en el artículo 24 numeral segundo del Código Penal, y las diversas teorías que estudian dicha institución. Para la realización del tema se ha utilizado bibliografía y leyes existentes en el medio, que sirvieron de base para analizar el estudio jurídico-doctrinario del tema.
- c) Durante el tiempo en que duro la revisión de la presente investigación, se discutieron algunos puntos del trabajo, los cuales razonamos; y así también evidenció que se hizo acopio de una Bibliografía bastante actualizada.
- d) En virtud de lo anterior concluyo informando a Usted, que procedí a revisar el trabajo encomendado y me es grato:

OPINAR:

- I) Que en el trabajo revisado cumple con los requisitos legales exigidos.
- II) Que es procedente ordenar su impresión y oportunamente el Examen Público.

Con las muestras de mi respeto, soy de Usted su deferente servidor.

Atentamente:


Lic. CARLOS HUMBERTO DE LEON VELASCO
ABOGADO Y NOTARIO
Coteglado No. 1557

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del
estudiante GERMAN AUGUSTO FUENTES LAM, Intitulado "ESTUDIO DE LAS TEORÍAS
MODERNAS QUE SE APLICAN AL ESTADO DE NECESIDAD", Artículo 22 del Reglamento
de Exámenes Técnico Profesional y Público de tesis.-----

~~MAF/slh~~

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



DEDICATORIA

- A DIOS:** Misericordioso y omnipotente padre celestial, que guió mi vida por el camino del bien e hizo pacientemente esperar en él, para llevar a feliz término la culminación de la carrera.
- A MI MADRE:** Blanca Lam Barrios. Sus consejos y su recuerdo me llenan de Alegría y los tendré presentes en todos los actos de mi vida. Una siempre viva sobre su tumba.
- A MI PADRE:** Héctor Augusto Fuentes. Con todo respeto.
- A MI ESPOSA:** Martha Judith Fuentes Cuc. Por su amor y apoyo incondicional.
- A MI HIJA:** Yuritza Judith Fuentes Cuc. Quién me motiva a seguir adelante. El amor de mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Manuel Arturo y Silvia. Mis agradecimientos sinceros. Por sus consejos.
- A MIS AMIGOS:** Luis Hernández, Raúl y Clara Luz. Con aprecio.
- A LOS ABOGADOS:** Carlos Humberto de León Velasco, Rodolfo Celis López y Armando González Villatoro.
- AL LA RECORDADA
MAESTRA:** Rosa Violeta López de fuentes. Quién me enseñó las primeras Letras.

A LA FACULTAD

DE DERECHO:

Inolvidable templo del saber donde se comparte el conocimiento Científico y jurídico para ponerlo a disposición de la gente mas Necesitada.

INDICE

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

CAPÍTULO I

1. Derecho penal	1
1.1. Concepto	1
1.1.1. Derecho penal desde el punto de vista subjetivo	1
1.1.2. Derecho penal desde el punto de vista objetivo	2
1.2. Contenido del derecho penal	2
1.3. División del derecho penal	3

CAPÍTULO II

2. El delito	5
2.1. Concepto	5
2.2. Elementos característicos del delito	5
2.2.1. Elementos positivos del delito	5
2.2.2. Elementos negativos del delito	5
2.3. Funciones de los elementos negativos del delito	7
2.3.1. Causas de justificación	7
2.3.2. Legítima defensa	7
2.3.3. Estado de necesidad	7
2.3.4. Legítimo ejercicio de un derecho	8

CAPÍTULO III

3. El estado de necesidad	9
3.1. Definición	9
3.2. Clases de estado de necesidad	10
3.3. Requisitos del estado de necesidad	10
3.4. Las teorías modernas que fundamentan el estado de necesidad	11

CAPÍTULO VI

6. Teorías sobre el estado de necesidad	31
6.1. Teoría en contra	31
6.1.1. La sistemática causalista	34
6.1.2. Causalismo naturalista	34
6.2. Teorías a favor	35
6.2.1. Sistemática finalista	35

CAPÍTULO VII

7. Necesidad de regular el estado de necesidad de forma más técnica	37
7.1. Análisis sobre la regulación legal	37

CONCLUSIONES	39
--------------	----

RECOMENDACIONES	41
-----------------	----

BIBLIOGRAFÍA	43
--------------	----

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se propone, con base en la necesidad que hay en nuestro tiempo de adecuar las figuras del derecho penal a los hechos más recientes y sobre todo en cuanto al hecho de que se presenta una reforma próxima al código penal.

En particular el tema presente constituye un aporte científico a la regulación del legítimo ejercicio de un derecho, como figura penal.

En lo personal, el presente tema se propone porque al estudiarlo se puede interpretar un vacío en la regulación legal.

Habiendo estudiado las causas de inculpabilidad y de justificación, ambas como eximentes de la responsabilidad penal, en el código penal guatemalteco se puede determinar que la obediencia debida se encuentra regulada en el mismo como causa de inculpabilidad, sin embargo confrontando tal regulación con las legislaciones en otros países, tales como el Código Penal Español y además con la doctrina penal moderna al respecto es posible establecer que la adecuada regulación de la misma debió haber sido como causa de justificación, subsumida en el denominado legítimo ejercicio de un derecho. El estado de necesidad es el medio a través del cual un sujeto que se ve amenazado por un peligro inminente, sobre su integridad o patrimonio de él o de otras personas, se ve en la necesidad de salvar su vida o la de otras, siempre y cuando el daño causado no sea mayor en proporción al que cometió.

Es por eso que el presente trabajo de tesis, tiene como objetivo dar un aporte científico, académico, sobre las teorías modernas del estado de necesidad, puesto que en el código penal vigente, da una referencia sobre el tema mencionado anteriormente pero los juristas no le dieron una interpretación extensiva ni tipificaron las teorías que se plantean, dejando un vacío, y para que pueda tener una mejor encuadrabilidad debería de hacerse una reforma al artículo 24 del código citado anteriormente. Para que en un futuro no muy lejano, los legisladores a quienes les competen la enorme tarea de reformar, derogar, etc.,

las leyes, puedan analizar y discutir las teorías que se plantean en este tema de tesis y poderlas concretar en nuestro código vigente.

El contenido del presente estudio, se encuentra dividido en siete capítulos; el primero que comprende es el derecho penal con sus definiciones y conceptos; el segundo contiene el delito, concepto y elementos característicos del mismo; el tercero establece el estado de necesidad, definición, clases, requisitos, teorías que lo fundamentan; el cuarto contiene las causas de inculpabilidad, concepto y diferentes causas; el quinto el cumplimiento de un deber, diferentes formas de su interpretación, doctrinaria; capítulo sexto teorías sobre el estado de necesidad; capítulo séptimo necesidad de regular el estado de necesidad en una forma más técnica.

CAPÍTULO I

1. Derecho penal

1.1. Concepto

“Es el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece. (Eugenio Cuello Calón) Derecho Penal Español.

Conjunto de principios relativos al castigo del delito (*Pesina*) o como el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia (*Light*), o como la ciencia que funda o determina el ejercicio del poder punitivo del Estado (Berner, Brusa). Que define los delitos, determina las penas aplicables a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación (Sirvela).

Conjunto de normas jurídico penales, creadas por el Estado, para determinar los delitos, las penas, y las medidas de seguridad, que el mismo impone a quien ha cometido un ilícito.

Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma a una pena finalista o una medida aseguradora¹.

1.1.1. Derecho penal desde el punto de vista subjetivo (*Ius Puniendi*)

Es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano (fundamento filosófico de derecho penal); es el derecho del Estado a determinar los delitos señalar, imponer y determinar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso. Si bien es cierto la potestad de penar no es un simple derecho sino un atributo de la soberanía estatal, ya

¹ Ossorio, Manuel Diccionario de ciencias jurídicas y sociales. Pág 238.

que el Estado con exclusividad es a quien corresponde esta tarea, ninguna persona individual o jurídica) puede arrogarse dicha actividad que viene a ser un monopolio de la soberanía de los Estados.

1.1.2. Derecho penal desde el punto de vista objetivo (*Ius Peónale*)

Es el conjunto de normas jurídico penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene nuestro código procesal penal en su artículo 1°. (*Nullum Crimen, nulla poena sine lege*) y que se complementa con el artículo 7°. del mismo código.

1.2. Contenido del derecho penal

Para el estudio de su contenido (el delito, la pena, el delincuente, y las medidas de seguridad) tradicionalmente se ha dividido en dos partes las cuales son:

a) La parte general:

Que se ocupa de las distintas instituciones, conceptos, y principios categorías u doctrinas relativas al delito, al delincuente, a las penas y las medidas de seguridad, tal es el caso del libro primero del código penal guatemalteco y

b) La parte especial:

Que se ocupa de los ilícitos penales propiamente dichos (delitos y faltas) de las penas y las medidas de seguridad que han de aplicarse a quienes los cometen, tal es el caso del libro segundo y tercero de nuestro código Penal.

1.3. División del derecho penal

Desde el punto de vista mucho más amplio (*lato sensu*) se ha dividido para su estudio en tres ramas:

A) El derecho penal material o sustantivo: que se refiere a la “sustancia” misma que conforma el objeto de estudio de la ciencia del derecho penal, como es el delito, el delincuente, la pena, y las medidas de seguridad, y que legalmente se manifiesta contemplado en el Decreto 17-73 del Congreso de la República (que es el código penal vigente) y otras leyes penales de tipo especial.

B) El derecho penal procesal o adjetivo: busca la aplicación de las leyes del derecho penal sustantivo a través de un proceso, para llegar a la emisión de una sentencia y consecuentemente a la deducción de la responsabilidad penal imponiendo una pena o una medida de seguridad y ordenando su ejecución. Es el conjunto de normas y doctrinas que regulan el proceso penal en toda la substanciación, convirtiéndose en el vehículo que ha de transportar y aplicar el derecho penal sustantivo o material, legalmente se manifiesta a través del Decreto 51-92 del Congreso de la República.

C) El derecho penal ejecutivo o penitenciario: es el conjunto de normas y doctrinas que tienden a regular la ejecución de la pena en los centros penales o penitenciarios destinados para tal efecto, en nuestro país únicamente existen normas reglamentarias de tipo carcelario².

² De León Velasco y de Mata Vela, Héctor Aníbal y José Francisco. Derecho penal guatemalteco. Pág. 09.

CAPÍTULO II

2. El delito

2.1. Concepto

Es un acto antijurídico, imputable al culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya combinado con una pena o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella (Luís Jiménez Asúa).

Es una acción típicamente, antijurídica y culpable, a la que esta señalada una pena (José María Rodríguez Devesa).

Es el acto típicamente antijurídico, culpable sometido a condiciones objetivos de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal (Raúl Carranca y Trujillo).

2.2. Elementos característicos del delito

2.2.1. Elementos positivos del delito

- 1) La acción o conducta humana;
- 2) La tipicidad;
- 3) La antijuridicidad;
- 4) La culpabilidad;
- 5) La imputabilidad;
- 6) Las condiciones objetivas de punibilidad;
- 7) La punibilidad.

2.2.2. Elementos negativos del delito

- 1) La falta de acción o conducta humana

- 2) La atipicidad o ausencia de tipo;
- 3) Las causas de justificación;
- 4) Las causas de inculpabilidad,
- 5) Las causas de inimputabilidad;
- 6) La falta de condiciones objetivas de punibilidad;
- 7) Causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias.

La legislación guatemalteca en cuánto se refiere a los elementos negativos del delito, habla de causas que eximen de responsabilidad penal las cuales son:

1. Causas de inimputabilidad

- a) La minoría de edad.
- b) Los trastornos mentales transitorios.

2. Causas de justificación

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad.
- c) Legítimo ejercicio de un derecho.

3. Causas de inculpabilidad

- a) Miedo invencible.
- b) Fuerza exterior.
- c) Error.
- d) Obediencia debida.
- e) Omisión justificada.

2.3. Funciones de los elementos negativos del delito

2.3.1. Causas de justificación

Concepto: Son el negativo de la antijuricidad como elemento positivo del delito y aquellos que tienen la virtud de convertir en lícito un acto ilícito, es decir que cuando en un acto delictivo aparece una causa de justificación de lo injusto, desaparece la antijuricidad del delito (Porque el acto se justifica) y como consecuencia se libera la responsabilidad penal al sujeto activo. Nuestro Código Penal describe las causas de justificación: La legítima defensa, el estado de necesidad, y el legítimo ejercicio de un derecho.

Son aquellos elementos que tienden a destruir o desvanecer la responsabilidad del sujeto activo en el delito de tal forma que no se le persigue penalmente por este hecho.

2.3.2. 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: a) agresión ilegítima, b) necesidad racional del miedo empleado para impedir la o repelerla, c) falta de provocación suficiente por parte del defensor.

2.3.3. 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 el voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta excepción se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurren las condiciones siguientes: a) Realidad del mal que se trate de evitar; b) que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”.

En realidad el fundamento de este eximente de responsabilidad criminal reside en la consideración social y legal que la persona que actúa en estado de necesidad no merece reproche

alguno, porque cualquiera en situación semejante habría actuado de la misma manera y porque no sería justo exigirle diferente comportamiento a quien se encuentra ante la alternativa de sufrir un daño grave o perder la vida, para que se salve otra persona o sacrificarse la de otro para conservar la suya³.

El Código Penal establece en el numeral. 2º. del artículo 26 “Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”. Significa que el estado de necesidad es efectivo y solo opera subsidiariamente, cuando ya no existe la posibilidad de emplear otro medio que pueda ser menos perjudicial o causar menos daño que el producido, de no cumplirse este presupuesto, la conducta delictiva del sujeto activo resulta punible. El Código establece el artículo mencionado anteriormente que no puede alegar estado de necesidad quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse, no puede alegar estado de necesidad al omitir su participación porque creía poner en peligro su vida, bienes o derechos, toda vez que está obligado a realizar una actividad peligrosa inherente a su profesión, oficio o empleo.

2.3.4. Legítimo ejercicio de un derecho

“Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo publico que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce o de la ayuda que presta a la justicia⁴.

En el legítimo ejercicio de un derecho, el sujeto actúa dentro del legítimo ejercicio de un cargo público, de una profesión, de la autoridad que ejerce, incluso prestando ayuda a la justicia; en el estado de necesidad el sujeto actúa en procura de salvarse o de salvar a otro de un inminente peligro, no causado por el intencionalmente, ni inevitable de otra manera; mientras que la “legítima defensa” el sujeto actúa en defensa de su persona, sus bienes o derechos, de él o de otros, es decir, la legítima defensa tiene como finalidad impedir o repelar la agresión.

³ Palacios Motta, Jorge Alfonso. Apuntes de derecho penal (parte general) Pág.66.

⁴ Hurtado Aguilar, Hernán. Derecho penal y compendiado. Pág. 50.

CAPÍTULO III

3. El estado de necesidad

3.1. Definición

Es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho en la cual no queda otro remedio que la violación de intereses de otros jurídicamente protegidos⁵.

Es una situación individual jurídicamente reconocida por el cual, el que se encuentra en ella se haya determinado sin estar coartado absolutamente a violar un mandato penal en propia o ajena salvaguardia, y que tiene como efecto hacer impune o menor punible el delito, cuando la causa de aquella situación no puede atribuirse a la voluntad del agente (Manzini).

El delito se comete en estado de necesidad cuando a consecuencia de un acontecimiento de orden natural, de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción o la omisión delictiva, para escapar el mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave o inminente, e inevitable (Garraud).

El estado de necesidad, aunque tiene en común con la legítima defensa una situación de peligro para un bien jurídico propio ajeno, se diferencia de ella porque en la legítima defensa es esencia la agresión ilegítima. En contrapartida en el estado de necesidad, debe respetarse estrictamente el principio de proporcionalidad de los intereses en conflicto diferencia de ella porque en la legítima defensa es esencial la agresión ilegítima. En contrapartida, en el estado de necesidad, debe respetarse estrictamente el principio de proporcionalidad de que el que se cause para evitarlo, en cambio en la legítima defensa en principio es lícita los intereses en conflicto de forma que el mal amenazado ha de ser mayor que toda defensa necesaria para repeler la agresión ilegítima.

⁵ Palacios Motta, Jorge Alfonso. Op. Cit. Pág. 64.

3.2. Clases de estado de necesidad

a) El peligro que amenace y que provoque el estado de necesidad ha de ser en nuestro derecho, real, grave e inminente; exigir un peligro real es tanto como desechar todo aquel que sea solo imaginario; de aquí que la apreciación de la realidad sea actual.

b) En cuánto al medio empleado para resolver el estado de necesidad, no ha de existir otro practicable y menos perjudicial: Esta clase debe ser apreciado en función estricta del sujeto individual y de las circunstancias objetivas y subjetivas del caso.

c) Exceso en el ataque en estado de necesidad: La causa generalmente aceptada para justificar el exceso es el terror explicable justamente por las circunstancias objetivas en que se produce el estado de necesidad, pero nuestra opinión sugiere además, el haber empleado un medio más perjudicial que el que sucede entre los practicables.

d) El aborto terapéutico; Cuando la mujer embarazada corre peligro de muerte, a juicio de médico que le asista, oyendo éste el dictamen de otro médico. La causa especial de justificación del aborto, por un estado de necesidad deriva de un conflicto entre dos distintos intereses protegidos ambos por el derecho, la vida de la madre y la del ser en formación⁶.

e) Hurto famélico: Es el que se comete para resolver una situación de hambre irresistible y que por falta de medios económicos no puede ser satisfecha de otro modo. Constituye causa de justificación conocida como estado de necesidad⁷.

3.3. Requisitos del estado de necesidad

La noción de situación de necesidad lleva implícita un estado de peligro para bienes propios o ajenos comprendiéndose como tal el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal.

⁶ Carranca y Trujillo Raúl, derecho penal mexicano. Pág., 252.

⁷ Osorio, Manuel Op Cit. Pág. 358.

Sin embargo citamos los requisitos de esta causa de justificación que aquí conviene señalar que en el estado de peligro deben concurrir las circunstancias siguientes:

a) El peligro debe ser actual o inminente; es decir el mal que amenace debe ser real, o este por producirse próximamente, siendo insuficiente el mal remoto o aún probable.

b) El peligro también ha de ser inevitable; cuando no exista otro medio viable ni menos perjudicial para precaver la amenaza de un mal actual e inminente, que el de acudir a la violación de otro bien jurídico ajeno.

c) La situación de peligro no debe haber sido provocado voluntariamente por el sujeto porque en tal supuesto desaparece el estado de necesidad.

d) Es necesario que entre el mal causado; y el peligro exista una relación de proporcionalidad de manera que la conducta en estado de necesidad sea siempre en proporción al peligro.

e) El mal que amenaza puede ser propio o a fin: Si el mal es ajeno surge figura del auxilio necesario⁸. En el auxilio necesario la situación de necesidad que se resuelve es de otro y para ello se lesionan bienes jurídicos ajenos. Por ejemplo el médico que para prestar auxilio se introduce a una casa sin el consentimiento de quien la habita.

f) Animo o voluntad de evitar un mal propio de o ajeno. Para que esta eximente excluya la antijuridicidad no solo se requiere que el sujeto tenga conocimiento del estado de necesidad sino que también es preciso que actué con el ánimo o voluntad de evitar un mal propio o ajeno.

3.4. Las teorías modernas que fundamentan el estado de necesidad

En cuánto al fundamento de esta causa de justificación, se han reconocido tres teorías que se pueden resumir así:

⁸ Mir Puig, Santiago. Derecho penal. Pág. 464.

a) Teoría de la adecuación: Según esta teoría la acción realizada en estado de necesidad no es conforme a derecho, pero se le exime de castigo por razones de equidad (la basada en la igualdad o proporcionalidad).

Por ejemplo, si el sujeto actúa bajo coacción psicológica que en aras de evitar un mal supone la vulneración de un bien, para conformar un estado de necesidad postulado que hunde sus raíces en la tabla de carneadas.

b) Teoría de la colisión: De conformidad con la cual el estado de necesidad radica en el principio del interés predominante. Es decir reside en el mayor valor objetivo que jurídicamente muestre el interés salvado en comparación con el interés sacrificado. La ley española aprueba el sacrificio del bien de menor valor.

Por ejemplo el aborto por razones éticas (cuando el embarazo ha sido producto de una violación), o el aborto por razones eugenésicas (evitar un bebe tarado o deforme). Constituyen claras causas de justificación, sin que por ello se piense necesariamente en el menor valor de la vida del feto. De ahí que en principio siempre exista una relación de adecuación entre el mal causado y el mal que se intenta evitar.

c) Teoría de la diferenciación: De acuerdo con ella debe distinguirse cuando se lesiona un interés inferior al que se salva, en cuyo fundamento de la exención lo será .la salvación del interés objetivamente más importante (estado de necesidad justificante), cuando el interés lesionado es igual que el salvado, en cuyo caso la imposibilidad de justificar la conducta agresiva bajo el criterio de colisión, puede llevar a disculpar la conducta del sujeto por no ser exigible el sacrificio del interés amenazado.

En este caso no cabe la justificación sino solo la exclusión de la culpabilidad (estado de necesidad exculpante. Cuando peligran bienes personalísimos como la vida y la integridad física, exigir su sacrificio sería una heroicidad, y el derecho no se dirige a héroes sino al ciudadano medio. Pero no se salva el interés esencialmente superior, no cabe justificación sino solo

exclusión de la culpabilidad se habla de un estado de necesidad)⁹.

El Código Penal vigente en Guatemala, no contempla expresamente el estado de necesidad exculpante, (quien cita el clásico ejemplo de la “tabla de carneades”) de los dos náufragos, uno, sostenido por una tabla que solo tiene capacidad para sostener a flote a una persona y que le es arrebatada por el otro para salvar su vida)¹⁰.

Sin embargo como la regulación general de este eximente solo exige que el hecho sea en proporción al peligro cabría aplicar estado de necesidad justificante tanto en aquellos casos, en los cuales el mal causado sea inferior al que se trata de evitar como aquellos otros en los que ambos males sean iguales, Cuando en este último supuesto la exclusión de la antijuridicidad no obedecería al principio del interés preponderante¹¹.

⁹ Mir Puig. Op. Cit. Pág.455.

¹⁰ Zaffaroni, Manual de Derecho Penal. Op. Cit Pág. 594.

¹¹ Enríquez , Cojulun Carlos Alberto. Manual de derecho penal guatemalteco. Pág. 268- 269.

CAPÍTULO IV

4. Las causas de inculpabilidad

4.1. Concepto

Algunos tratadistas alemanes, como Máx. Ernesto Mayer o Augusto Kholer, las llaman causas de inculpabilidad o causas de exculpación entendemos por la misma, las causas que absuelvan al sujeto de la comisión de un hecho delictivo en lo que Luís Jiménez de Asúa llama juicio de reproche¹².

Cuando el acto puede ser típicamente antijurídico, y el actor un imputable, falta la culpabilidad por cualquiera de las siguientes causas: 1. Miedo Invencible, 2. Fuerza exterior, 3. Error, 4. Obediencia debida y 5. Omisión justificada.

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

4.2. Diferentes causas de inculpabilidad

4.2.1. Miedo invencible

Se presenta en una persona, cuando esta es impulsada por un estado de temor, que va mas allá de su calidad personal, por lo que se ve compelido actuar u obrar cometiendo un delito.

4.2.2. Fuerza exterior

Aunque suscita mucha controversia en cuánto a la manera de comprobarse, la persona que

¹² Jiménez de Asúa Luís. Lecciones de Derecho penal. Pág. 259.

actúa violentado por una fuerza superior a su capacidad personal, está también excluida de la responsabilidad penal, habiendo cometido un acto que en caso contrario reviste de ilicitud por lo que se debe penalizar.

4.2.3. Obediencia debida

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

4.2.4. Omisión justificada

Erróneamente incluida como causa de inculpabilidad, puede estar mejor contenida en las de justificación, dada la naturaleza de su disculpa, aunque de todas formas se trata de desvanecer la antijuridicidad, ciertamente lo único que la hace diferente de las causas de justificación es el hecho de que sea una omisión, no hacer. La omisión justificada es en sí no actuar según ordena la ley, por ejemplo omitir denunciar un hecho se considera una omisión punible. Si a ese mismo ejemplo le sumamos el posible riesgo del sujeto activo de la relación en cuanto que omite denunciar el secuestro de su hijo puesto que de lo contrario los secuestradores le darán muerte a su hijo, es un caso de omisión justificada, es decir que su acto es posiblemente típico pero no antijurídico, por lo que se perfecciona la justificación, puesto que hay un riesgo mayor y por eso es actuar por estado de necesidad. En otras palabras se elimina con esto la antijuridicidad del acto de dicho sujeto, puesto que hay una justificación para actuar así.

Mientras que por el otro lado, si la omisión justificada es considerada una causa de inculpabilidad entonces se trata de aminorar o graduar para menos la culpabilidad del mismo, por que si procederían otras consecuencias como que ya se vuelve imposible aplicar un estado de necesidad de legítima defensa.

4.2.5. El error

Genéricamente entendemos por error, “un conocimiento equivocado, un juicio falso”¹³. Falso conocimiento concepción no acorde con la realidad, suele equipararse a la ignorancia, que no es ya el conocimiento falso, sino la ausencia de conocimiento. En cuánto al derecho penal, el error o la ignorancia de hecho no culpable son causas de inimputabilidad¹⁴. En sentido genérico equivocadamente suele comparársele con la ignorancia, sin embargo la diferencia notoria, estriba en que esta última es la ausencia de todo conocimiento, mientras que en el error, aunque es falsa, si existe alguno.

Es una representación errónea de un objeto cierto¹⁵. En derecho penal el error es crucial, cuando de la presencia de este depende la responsabilidad penal. En otras palabras, si el actor es inducido a obrar por error, entonces la responsabilidad penal se desvanece. El actor no ha obrado sabiendo que quiere causar un mal o cometer un ilícito.

Por error en sentido general entendemos. “la ignorancia o falsa apreciación de una situación”¹⁶. Sin embargo en palabras de Luís Jiménez de Asúa, “la diferencia notoria, (entre error e ignorancia) estriba en que esta última es la ausencia de todo conocimiento, mientras que en el error, aunque es falsa, si existe alguno”¹⁷.

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

4.2.5.1. Error de tipo

“El error de tipo es el inadecuado conocimiento de la realidad en cuanto al ámbito situacional susceptible de conformarse al momento predominantemente objetivo del tipo legal”¹⁸.

¹³ De León Velasco, Héctor Aníbal, Resúmenes de derecho penal. Pág. 98.

¹⁴ Osorio Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales Pág. 289.

¹⁵ Jiménez de Asúa Luís, Op. Cit. Pág. 260.

¹⁶ Bustos Ramírez, Juan Op. Cit. Pág. 257.

¹⁷ Jiménez de Asúa Luís, Op. Cit. Pág. 260.

¹⁸ Armaza Galdos, Julio y Jorge Error de tipo y error de Prohibición, Pág. 26.

Esta definición resulta poco comprensible para quien no se encuentra familiarizado con un léxico jurídico penal más técnico. Por lo que para explicarla un poco mejor se dice que cuando se refiere al tratadista a conocimiento de la realidad lo hace, con respecto al dolo. Es decir que existe dolo, cuando se conoce todo lo relacionado con un tipo penal y aún así se lleva a cabo. Por lo que se afirma que un conocimiento adecuado es el conocimiento que hay de la voluntad de realizar el tipo penal. Si falta ese llamado de conocimiento de la realidad o conocimiento adecuado, entonces habrá error.

Como se expuso en el primer capítulo, el causalismo capitalista cometió el grave error de eclipsar la figura del dolo, al colocarla como aspecto de la culpabilidad.

Por lo que Beling, fundador de dicha corriente, cerraba la posibilidad al desarrollo de una teoría sobre el error. Es más le cerraba las puertas a la existencia misma del error.

La consecuencia más importante de conseguir al dolo como elemento de la culpabilidad, es que el error debe ser sujeto de la culpabilidad, por lo que se degeneró en una continuidad de la concepción del error de hecho (*error facti*) y error de derecho (*error iuris*), que no es más que una importación del error del derecho civil al derecho penal.

En otras palabras el dolo no depende del conocimiento que tiene el asesino de que su acto es contrario a la ley, sino que aun conociendo de lo injusto de su conducta tiene por otras consecuencias la decisión de llevarlo a cabo. Por ejemplo, un inimputable puede lesionar a otro, sin siquiera darse cuenta de las consecuencias de su acto, tal lo haría una persona con retrasado mental. Este sujeto por tanto, carece de reproche, pese a estar su acto contenido en un tipo penal. En sentido contrario, otra persona puede ser susceptible de reproche (es decir sujeto de culpabilidad), por estar en pleno uso de sus facultades mentales, físicas y volitivas, además de conocer las consecuencias jurídicas de su proceder, sin embargo cometer el delito con toda intención.

Aunque queda explicado de que el dolo no es cuestión de culpabilidad, aun en la actualidad persiste la discusión en torno en considerar al dolo como autónomo de cualquier elemento del

delito, o ser consecuencia directa, es decir sujeto de captación del tipo. Empero para los efectos del tema del error, descubrir (como se hizo a partir de la tercera década del presente siglo), que el tipo existe con suficiente autonomía y que el dolo tiene mucho que ver con él, estableció en definitiva la posibilidad de desarrollar una teoría del error de tipo, y básicamente del error en general, que al presente aun se halla en etapa embrionaria, sobre todo para nuestra legislación, que no considera la independencia del error de tipo ni siquiera en la legislación penal que se proyecta reformar.

La doctrina penal moderna clasificada de la siguiente forma al error de tipo.

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

4.2.5.1.1. El error de tipo según el grado de vencibilidad

Error de tipo invencible, este error se da cuando el agente, obrando con la diligencia debida, no pudo conocer o conoció inadecuadamente las circunstancias del tipo penal objetivo. Es decir no existe tipicidad. Existe atipicidad en una conducta cuando, eliminamos el dolo y además la imprudencia. Por lo mismo no se puede juzgar al agente por delito doloso o culposo.

4.2.5.1.2. Error de tipo vencible

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

4.2. 5.1.3. El error de tipo, según la naturaleza del elemento sobre el cual recae

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

La anterior afirmación determina que el error debe recaer en alguno de los elementos básicos del tipo, es decir no debe tener que ver con los elementos que modifican, alteran o convierten al tipo por ser circunstancias atenuantes o agravantes del mismo.

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

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

4.2.5.1.4. Error de prohibición

Obrar en error de prohibición “El sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica un bien jurídico tutelado”¹⁹. Dicha creencia equivocada de que su actuar es lícito puede provenir o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico o del pensamiento también equivocado de que su actuar está amparado por alguna causa que exime de responsabilidad penal.

Poca relevancia tiene para esta clase de error, la sistemática que se adopte. Y esto debido a que el error de prohibición recae sobre el conocimiento que se tenga de la norma jurídica que establece como prohibida determinada conducta, y dicho conocimiento puede ser, lo mismo sobre

¹⁹ Armaza Galdos, Julio y Jorge, Op. Cit. Pág. 61.

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

El error de prohibición puede ser considerado desde dos puntos de vista, según exculpe o disminuya la culpabilidad, se puede hablar de error de prohibición invencible o vencible. Y por otro lado según el agente ignore o conozca la norma prohibitiva violada, estaremos frente a un supuesto de error de prohibición directo o indirecto, al primero también se le conoce como; error de prohibición abstracto y al último, como error de prohibición concreto.

4.2.5.1.5. El Error de prohibición según exculpe o disminuye la culpabilidad

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

Es en esta clasificación que toma mucha relevancia jurídica la cultura e idiosincrasia de las personas, por ejemplo, una persona que habita en la ciudad desde siempre tiene un concepto diferente de las cosas, al que puede tener alguien que habita en el área rural.

El hombre de cultura urbana respeta determinados bienes patrimoniales y jurídicos en general que en la cosmovisión de los indígenas de comunidades aisladas pudiera ser concebida de una forma diferente. Para ilustrarlo se dice que una gente de una comunidad rural, no entiende la propiedad privada sobre determinados jardines, animales de corra, o lugares públicos o privados, como se concibe en su lugar de origen, lo que puede conllevar a un error de prohibición.

Este error sería vencible el caso del ciudadano urbano, y es más probable que se presente como invencible en el caso del ciudadano rural. Amén de que además pueda ser analfabeta.

4.2.5.1.6. El Error de prohibición según el agente ignore o conozca la norma prohibitiva violentada

Este error de prohibición puede ser directo o indirecto. Será directo el error sobre la ilicitud si el sujeto desconoce el contenido de la norma penal.

Puede que conozca incluso la norma, pero por distintas razones puede no creerla vigente. Por ejemplo una norma de tipo tributario que exonere o no determinado pago, y que el contribuyente desconocía su vigencia.

El error de prohibición indirecto se presenta en dos sentidos, uno cuando alguien cree que existe una norma que lo autoriza a actuar de determinada forma, y realmente la norma no existe, y luego la otra forma es que se crea que aunque el comportamiento es antijurídico existe una causa justificativa que permite dicho comportamiento.

En el primero de los casos un ejemplo clásico es cuando el dueño de una finca procede a matar el ganado de la finca vecina, porque este se encuentra enfermo y como puede contagiar al suyo, cree que la ley le permite dicha conducta.

En el segundo de los casos, se presenta el error que sea probablemente el único de todas las clasificaciones mencionadas, que se encuentra regulado en el código penal guatemalteco. Por ejemplo, alguien cree que va ser agredido y se defiende, cuando en realidad el agresor nunca

pensó hacerle daño. Este es un ejemplo idóneo de legítima defensa paulatina, que es el único que contiene el Código Penal, plantea una figura muy definida, de lo que se debe tomar como error, “ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto²⁰ .

Al establecer dos requisitos indispensables en el proceder o conducta que observa el actor de la comisión de la acción en cuestión. Ejecutar dicha acción en el supuesto probable que existe una agresión y que esta es ilegítima. Que la agresión sea en proporción al riesgo supuesto.

²⁰ Ver artículo 25, numeral 3, del código penal, y De Mata Vela J. F, y H.A. de León Velasco, Op. Cit. Pág. 197.

CAPÍTULO V

5. El cumplimiento de un deber

5.1. Concepto

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 puede encuadrarse según el caso, en el delito de desobediencia. Sin embargo cuando el obligado a cumplir reflexiona que la orden dada pueda afectar bienes jurídicos protegidos por otro delito, entraría en conflicto y sopesaría la posible paradoja de que si por un lado cumple, 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 huida y que porta un arma de la cual no se ha percatado el agente (aunque si 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 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, denominada obediencia debida, siempre y cuando no exista un tipo penal que haga el cumplimiento una ilegalidad manifiesta, como lo establece el artículo 25 numeral 4 y requisito “c” del cuerpo de leyes mencionado. Ahora bien esta eximente en nuestro Código Penal es considerada una causa de inculpabilidad, es decir una circunstancia de exculpación.

En la doctrina o en otras legislaciones los hechos planteados pueden adoptar diversas formas, y aunque un gran sector de los actores 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 ha 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 de inculpabilidad y han regulado ya la misma como legítimo ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber, concibiéndola así como una causa de justificación.

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

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

5.1.1. El cumplimiento de un deber, o ejercicio de un derecho que se justifica

No cabe desde luego mayor justificación que la de cumplir un deber o ejercer legítimamente un derecho oficio, o cargo. Lógicamente el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho que se justifica es el que se realiza dentro de los límites legales y conforme a derecho. Este requisito de la “conformidad a derecho “del que actúa al amparo de esta eximente plantea dificultades interpretativas que casi siempre remiten a otras ramas del ordenamiento jurídico.

En efecto, para saber cuando un médico, un funcionario, un policía etc., actúan dentro de sus respectivas competencias o atribuciones jurídicas es necesario conocer cual es el contenido de la regulación jurídica, (administrativa, laboral, penal, etc.,) en que se rige dicha actuación. La cuestión tiene trascendencia porque no siempre esta regulación jurídica extrapenal es suficiente clara, o incluso puede ser contraria a los principios informadores de las causas de justificación.

5.1.2. La causa de justificación de cumplimiento de un deber o en nuestro ordenamiento jurídico de ejercicio de un derecho u obediencia debida

Presenta también una situación de crisis para los bienes jurídicos que existen, que el mismo ordenamiento resuelve a favor del interés preponderante.

El interés preponderante suele ser asociado aunque no necesariamente al oficio o cargo, por ejemplo, el funcionario o empleado público que tiene como cometido evitar tipificar delitos en muchos casos no podrá realizar tal deber, sin menoscabar la libertad del delincuente a quien detiene. Pero también el particular se verá amparado por esta causa de justificación si ha de cumplir el deber de denunciar o impedir delitos de que tenga noticia.

En los casos de cumplimiento de un deber, se requiere que concurra una situación típica de peligro o alteración del orden social que obliga a actuar. Un sujeto obligado a actuar sea en virtud del cargo u oficio, la conducta ha de mantenerse dentro de los límites de necesidad racional y proporcionalidad. Así si se recurre a la fuerza física esta ha de ser necesaria en términos abstractos para evitar un mal.

Para el uso de la fuerza frente al delincuente, es preciso que esta venga exigida por la necesidad de emplearla y se mantenga de márgenes de proporcionalidad.

Conviene distinguir de lo anterior (en los que el deber a cumplir prevalece ya sobre otros deberes) aquellos supuestos en los que no hay uno prevalente, ahora en la colisión de deberes el sujeto tiene ante sí, un deber cuyo cumplimiento lleva consigo estos casos de colisión de deberes siguen la lógica del estado de necesidad. Por ejemplo el bombero, el policía, o el soldado no

pueden excusarse, dentro de ciertos límites del cumplimiento de sus deberes inherentes a su profesión; apagar incendios, detener delincuentes, hacer guardia nocturna, ir a la guerra etc., esta idea basada en el rol social, es el que preside este tercer requisito que, en cierto modo, impone la obligación de sacrificio cuando el cargo u oficio así lo impongan.

La excluyente de responsabilidad denominada cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, tiene como sustento la actuación en forma legítima de los agentes de la autoridad al realizar actos violentos contra determinadas personas como consecuencia de su función pública, por lo que al no existir alguna prueba que demuestre que el agente de la autoridad se encontraba ante una situación de extremo peligro o ante la necesidad imperiosa de utilizar la violencia para vencer alguna resistencia no se justifica al empleo de la misma, resultando por tal motivo incomprobada, la excluyente de responsabilidad en cuestión pues la actitud violenta e injustificada al ejercer su función típica el delito de abuso de autoridad, queda plenamente demostrado.

El maestro Francisco González de la Vega, hace los siguientes comentarios en su obra el Código Penal comentado. Los deberes y derechos necesitan estar consignados en la ley quedando descartados los de exclusiva naturaleza moral o religiosa. El deber moral puede ser:

a) resultado del empleo, cargo o autoridad o función pública del agente.

Así el juez que priva procesalmente de la libertad a un sujeto, no comete plagio ni secuestro. El policía que por mandamiento en forma práctica hace un cateo domiciliario, no comete allanamiento de morada.

b) Resultante de una obligación general; como en el caso de que un particular aprehenda a un delincuente infraganti, o impida la consumación de un delito.

Se incide en un error técnico al equiparar el cumplimiento de un deber, con el ejercicio de un derecho pues aun cuando ambas son excluyentes, son justificantes.

En el caso del ejercicio de un derecho se trata de una situación potestativa, en tanto que en el cumplimiento de un deber la acción es compulsoria; en el ejercicio de un derecho el sujeto puede o no ejecutar la acción y si la ejecuta queda exento de pena a virtud de que su conducta es jurídica en tanto el cumplimiento de un deber el gobernado está obligado a actuar, que existen, que el mismo ordenamiento resuelve a favor del interés preponderante.

5.1.3. Cumplimiento de un deber, o ejercicio de un derecho por la Policía Nacional Civil

La legislación nuestra no lo define ni lo regula; por ejemplo para detener o lograr la captura de quien huye ante la intervención de la autoridad, la ley no autoriza a disparar sobre un fugitivo; por tanto la conducta de un miembro de la policía que así lo hace dándole muerte a su víctima, no puede alegar en principio ni quedar legalmente justificado por la excluyente de cumplimiento de un deber, o ejercicio de un derecho es por ello que la violencia en el país no se ha podido controlar, y esta insostenible. Hay cumplimiento de un deber, solo en cuanto al acusado en su carácter de agente de la autoridad en tanto procura la detención de un delincuente, no en cuanto lo lesiona, pero si la conducta del lesionado era no solo de oposición a la autoridad, sino de agresión a su representante, y este rechaza la agresión de que es objeto, sobre quien ya antes lo había agredido y lo seguía haciendo las lesiones producidas por el acusado deben declararse no delictivas.

Teorías poco exploradas doctrinalmente en nuestro medio jurídico, tiene según los especialistas múltiples manifestaciones por cuanto deriva de una función o de un servicio entre los que están incluidos el uso de las armas y las detenciones por la autoridad o sus agentes; y ya sea que se la estime circunscrita a formas autónomas y a ciertos casos como continente que sería ese cumplimiento del deber, susceptible de llenarse con otras formas como el estado de necesidad o la legítima defensa.

CAPÍTULO VI

6. Teorías sobre el estado de necesidad

6.1. Teorías en contra

Así como en la antigüedad, el derecho penal material ganó independencia, también dentro de los temas de este, el delito, ganó también su propia independencia, sirviendo incluso la emancipación del delito a la del derecho penal, han cobrado importancia, no solo la teoría del delito, sino la pena, el problema del error y otros muchos.

Así como la historia del derecho penal, no ha sido un consenso, la del delito y las dogmáticas que han planteado propuestas de sistemáticas para entender a este segundo, tampoco. Para llegar a ciertos acuerdos o coincidencias entre los tratadistas, de la forma de concebir el delito y todos sus componentes, ha sido necesario una historia de posiciones encontradas que al terminar el presente siglo no plantea, por mucho la expectativa de un acuerdo final.

Durante mucho tiempo el delito fue visto con la óptica de la religión, prueba de ello lo constituyen los nombres de algunos de sus términos, como el caso de la pena, que fue durante mucho tiempo una “penitencia” para aquellos que con mala conducta o la culpabilidad, que precedentemente ha ser considerada algo psicológico. (Situación que posteriormente se demuestra también que es una equivocación), y por lo tanto, el sentimiento que necesariamente acompaña al autor de un acto que está prohibido.

Concebir de esa forma al delito y a la culpabilidad en particular, es situarse en un campo flagrantemente prejurídico como se demuestra.

Posteriormente por lo mismo, han sido eliminadas muchas de estas concepciones erróneas, sobre todo a partir de la fundación de la teoría del delito que se sitúa más o menos en la edad media, y coincide con la preocupación de los canonistas por establecer un vínculo entre la acción y el sujeto autor de un injusto. Esta, la teoría del delito, tiene como objeto proporcionar elementos

conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor, es el mismo hecho que la ley provee como presupuesto de una pena. En palabras más exactas, “se preocupa del estudio de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de la acción no implica el estudio de los elementos que describen cada uno de los tipos de delito en particular, sino de aquellos que concurren en todo hecho punible”²¹.

Dichos componentes han generado como se señaló, una serie de sistemáticas que han tratado de explicar su contenido, así como su orientación; es decir la naturaleza de la acción, la de los componentes de la tipicidad; o la ubicación del dolo. Por ejemplo en cuanto a este último, la ubicación del dolo, es decir la voluntad de delinquir, como parte de la culpabilidad o como parte de la acción típica, y de dicha situación se desprenden temas periféricos como la relevancia de cierta clase de error, y en suma en el apareamiento de este, como un tema ya científico dentro del campo del derecho penal.

Se puede decir que durante siglos, existió una teoría dominante, que algunos autores la ubican como clásica y que empieza su derrumbamiento a partir de críticas bien fundadas, que se le hacen durante los primeros años de este siglo, cuando comienza la teoría que llaman neoclásica, los que insisten en llamar clásica a la anterior quien otros autores como el español Bustos²². La encontramos de mejor forma nombrada la primera como causalismo naturalista y causalismo valorativo. Sin embargo, el nombre poca relevancia tiene, en cuanto a lo bien diferenciado que se manifestaron ambas, el aporte tan significativo a la teoría del delito y que se explica más adelante en el presente trabajo.

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

²¹ Arango Escobar, Julio Eduardo. La sistemática causalista y finalista en el derecho penal. Pág. 5.

²² Bustos Ramírez, Juan. Op. Cit. Pág. 138-144.

Sin embargo todos los conceptos y significaciones que aportarán en las distintas etapas que consolidaron la (teoría del delito), sirvieron de base para que antes de empezar la segunda mitad del siglo pasado, surgiera la “teoría de la acción finalista del delito”, y que se consolidara en definitiva para el año de mil novecientos sesenta y cinco, iniciándose a partir de entonces toda una nueva etapa para los estudios en relación a la teoría del delito, en Guatemala, pese a que el Código Penal fue aprobado ocho años después, no recibió mayor influencia de la misma, y la mayoría de delitos, así como su parte general, acusa una notoria posición causalista, no solo por el texto del artículo décimo como se analiza y justifica más adelante.

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

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

Por otro lado, con el correr de los acontecimientos y los avances de la ciencia jurídica, queda abandonada la idea o discusión irrelevante, sobre si el delito una construcción monolítica concebida en forma totalizadora, unitaria; o que si bien es el delito, una figura atomizada, que debe concebirse de forma analítica. Es decir que ya actualmente se concibe el delito como un ente formado por varios elementos y no como una sola unidad, desprovisto de todos sus componentes con los que se le conocen hoy día.

Empero ya esta corta y lacónica explicación, sirve para introducirnos en la preocupación que hasta hoy es latente, de explicar de forma cada vez más adecuada a la realidad, lo que debemos comprender por delito, y que origino casi desde el nacimiento del mismo derecho penal las más encontradas posiciones y polémicas discusiones. Ambas teorías del delito, la causalista y la finalista se explican a continuación en forma separada para el mejor aprovechamiento de sus diferencias; influencias en el Código Penal guatemalteco y obstáculos que representan en el

análisis del error.

6.1.1 La sistemática causalista

Se establecen tres momentos, en la sistemática causalista, uno primero al que se le denomina causalismo naturalista, del cual son principales artífices, Liszt y Ernesto Beling, basa su contenido en la acción como un simple movimiento más que causal natural. En segundo lugar encontramos el causalismo valorativo, que surge a través de las críticas perentorias que formula Radbruch, al sistema de Liszt, y Beling y que da pie para que Edmund Mezger agregue un nuevo concepto que es el valorativo, y formula con esto una variante en la teoría del delito que se conoce como causalismo valorativo y que en este estudio constituye un segundo momento. Finalmente dentro de la misma sistemática causalista una forma de revitalizarla, puesto que no constituye mayor aporte transformador como si complementario de esta, es la teoría de la acción social, elaborada por Everardo Schmidt, que libera finalmente de su contenido natural al causalismo que había fundado particularmente Liszt y le da una adecuación social.

6.1.2. Causalismo naturalista

Establece un sistema “piramidal” en el que la posición más privilegiada es para la acción. Construye un esquema en el que la acción aparece como un simple hecho corporal o un impulso y nada más, por lo que la acción es un hecho natural, sustantivo, todo elemento posterior, es decir la culpabilidad o incluso la tipicidad, resultan objetivaciones, es decir, calificaciones de aquella. Por lo que el mismo Beling, califica el concepto de acción como un “fantasma sin sangre”²³, al que posteriormente se le valora considerándose su dañosidad social, surgiendo de esta forma la antijuridicidad, por lo que señalaba que se le inyectaba sangre, se le aplicaba colorante a aquel concepto incoloro de acción, al calificarlo de un primer aspecto, que en todo caso es complementario y externo. Luego aplican una segunda inyección de sangre al concepto de acción, puesto que lo que se debe analizar posteriormente de cometido el delito, es decir realizada la acción, que ya encaja (por la primera inyección de sangre) en el molde de un injusto, es la culpabilidad que para esta época representa o bien el dolo o la culpa. De tal manera que se debe determinar la forma en que fue cometido el delito, si fue con dolo o con culpa, lo que demuestra

²³ Bustos Ramírez, Juan, Op. Cit. Pág.139.

sin lugar a dudas, que la ubicación del dolo en el causalismo naturalista se encuentra en la culpabilidad, aspecto que por dicha razón pertenece a un modo subjetivo, a un aspecto interno, lo que lo eleva a su categoría psicológica.

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

6.2. Teorías a favor

6.2.1. Sistemática finalista

La llamada teoría de la acción final, se conserva sin mayores variantes hoy día, desde que fuera consolidada en 1965. Surge entre otras causas, por la crisis en que entra el positivismo jurídico, al terminar la segunda guerra mundial, como consecuencia del fracaso del nacional socialismo alemán. El principal exponente es Hans Welsel, aunque ya existe un número significativo de tratadistas que le siguieron. En Latinoamérica apenas comienza a sentirse el interés por la misma, sin embargo ya existen connotados penalistas seguidores de sus postulados. En Guatemala, el Código Penal, recibió casi nada de su influencia, y el Decreto Ley 17-73 del congreso de la República se puede considerar como se dijo y se continúa aclarando una ley, abiertamente causalista.

Básicamente la teoría de la acción finalista, plantea todos sus enunciados a partir del libre albedrío, es decir que esta teoría la acción del autor no surge sin haberse previsto el resultado, o en todo caso sin considerar las magnitudes de un injusto; lo que desvincula el carácter causal del hecho punible. En otras palabras la acción es final y no puramente causal. Se incorpora no solo lo valorativo sino lo subjetivo, esto que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su actividad, proponerse fines y dirigir los resultados. En la teoría finalista el acto no es transmitido como puramente mecánico, sino por intelecto, el acto es atribuido al actor.

CAPÍTULO VII

7. Necesidad de regular el estado de necesidad de forma más técnica

7.1. Análisis sobre la regulación legal

El problema concreto de la presente investigación consiste en que la teoría que sigue el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en cuanto al estado de necesidad, es insuficiente para la regulación de todas las figuras o casos que se pueden presentar del mismo.

A mi criterio, y es lo que encierra el punto medular de la presente investigación y en particular del presente trabajo de tesis, en el sentido de que existen teorías modernas del estado de necesidad mencionadas anteriormente y que muchos legisladores ignoran y no está tipificado en nuestra legislación, por lo que urge sea ampliado o modificado el artículo 24, específicamente el numeral 2 concerniente a este punto y sea reformado respecto a tales teorías producto de esta investigación ya que hace falta y es insuficiente, en nuestra legislación vigente y así ponernos a la vanguardia y actualidad de otras legislaciones. Pues en el diario vivir se plantean casos que por no estar tipificados el legislador muchas veces no sabe que hacer.

Por ejemplo no regula el hurto famélico, situación que en otras legislaciones como la española ya es diferente. Por otro lado la teoría acorde de solución al estado de necesidad, debe estar guiado por la teoría de la diferenciación.

Debido a que el Código penal en Guatemala, señala taxativamente que siempre que el hecho sea en proporción al peligro, se supone que nuestra legislación como solución de la problemática que plantea el estado de necesidad, la teoría denominada de la diferenciación, lo que significa que podría existir un estado de necesidad como justificación como el ya mencionado y otro que puede ser exculpante, sin embargo, ni más adelante en el mismo artículo o el mismo se regula este último.

En realidad el estado de necesidad es una institución que ha sufrido cambios en otras legislaciones y en la nuestra sigue aún regulada en el mismo artículo desde el año de 1933, cuando aun no se podía precisar los adelantos en materia de antijuridicidad los cuales se presentaron hasta finales del siglo XX.

¿Qué teoría acepta nuestro Código en la solución de la problemática del estado de necesidad?, la teoría de la diferenciación, la teoría de la unificación, o incluso podría regularse en un futuro en Guatemala, el estado de necesidad no prohibido?. Además que significan todas y cada una de estas teorías, son preguntas estas que solo pueden ser contestadas mediante una investigación teórica, en la cual se puede llegar a establecer que la teoría exacta a seguir debe ser la de la diferenciación.

Por lo tanto es clara la necesidad que existe en nuestro ordenamiento jurídico penal de la incorporación de las teorías modernas o si aplica al estado de necesidad, los adelantos que se manifiestan en la doctrina penal moderna, expresados por los distintos tratadistas y aplicada en algunas legislaciones como la española que ensaya ya a la fecha dos reformas. Una en la década de los ochenta y otra en la de los noventa. Mientras que nuestra legislación penal, únicamente manifiesta cambios en torno a las penas y no así figuras tan esenciales como el estado de necesidad.

CONCLUSIONES

1. De acuerdo al Código Penal guatemalteco, desde el año 1933 hasta la presente fecha no ha sufrido modificación alguna con respecto a que sea ampliado el estado de necesidad en diferencia a las demás legislaciones específicamente la española.
2. Son insuficientes las causas de justificación que regula el ordenamiento jurídico para, darle forma legal a todos los casos que se presentan en el diario vivir para adecuarlas a un caso concreto.
3. La teoría general del delito establece que el estado de necesidad es una de las causas que exime de responsabilidad penal, pues la persona actúa sin la intención de causar un daño grave, únicamente por la necesidad de salvar su vida o la de otras, de un peligro inminente y actual.
4. Lo importante que se trató en la presente investigación es dar a conocer las diferentes teorías de estado de necesidad que en un momento podrían ser tipificadas en el ordenamiento jurídico.
5. El estado de necesidad, es insuficiente para la regulación de todas las figuras o casos que se pueden presentar, no estando reguladas en el Código Penal guatemalteco las teorías modernas, que expongo en este trabajo de tesis que en un futuro vendrían a facilitar el trabajo de los Jueces.
6. En la legislación guatemalteca con respecto al área penal, es la que menos sufre reformas específicamente en las causas de justificación en el estado de necesidad y en mi punto de vista sería la que más reformas requiere para que los órganos jurisdiccionales puedan resolver los casos que se presenten apegados al derecho.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala, debe reformar el artículo 24 del Código Penal vigente en el sentido de incluir las teorías modernas del estado de necesidad para su tipificación y no solamente lo que está establecido en él.
2. Es necesario la revisión de todas las causas de justificación para poder actualizarlas con las doctrinas modernas, en virtud de que los Jueces no tienen el fundamento suficiente para resolver algún caso que se pueda presentar.
3. El Congreso de la República de Guatemala debe revisar las causas de justificación del Código Penal estableciendo sus fundamentales diferencias con las causas de inculpabilidad y las causas de inimputabilidad.
4. El Organismo judicial debe capacitar a los operadores de justicia sobre el tema de las teorías modernas que se aplican al estado de necesidad, investigado en el presente trabajo toda vez se puedan distinguir técnicamente para poderlas aplicar a casos concretos.
5. Lamentablemente la mayoría de los legisladores no están actualizados e ignoran la información sobre las teorías del estado de necesidad y por ello los operadores de justicia lo aplican con la carencia de información que tiene el Código Penal vigente.
6. Es necesario tipificar en un futuro no muy lejano el estado de necesidad con sus teorías modernas para que los operadores de justicia puedan resolver con mayor facilidad los casos que se le presenten.

BIBLIOGRAFIA

DE LEON VELASCO, Héctor Anibal y José Francisco De Mata Vela, curso de derecho penal guatemalteco. Guatemala, Ed.; Centroamericana, 1996.

ENRIQUEZ COJULUN, Carlos Roberto. Manual de derecho penal guatemalteco. Guatemala, Ed.; Universitaria, 1996.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, Derecho penal fundamental. Santa Fé de Bogotá, Colombia, Ed.; Temis S.A. 1995.

IBAÑEZ G., Antonio J. Concurso de hechos punibles. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Imprenta Nacional, Bogotá Colombia (s.e.) 1991.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Colección clásica del derecho. Lectura de derecho penal. México, DF. Ed.; Harla, 1998.

MAC IVER, Luís Cousiño. Culpabilidad. Santiago de Chile, Ed.; Jurídica de Chile, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. Derecho penal parte general. Ed.; Tirant lo Blanch, Barcelona España: 1992.

RODRIGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español. México. Ed.; Porrúa S.A. 1994.

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

VASQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. La defensa penal (s.l.i.) Ed.; Robizul Colzoni. 1989.

VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. México, Ed.; Porrúa. 1983.

ZAFFARONI E. Raúl. Tratado de derecho penal. Parte General, 3t., Ed.; Buenos Aires, Argentina (s.e.) 1989.

Legislación:

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 17-73.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1992.

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