

§ 5. La antijuricidad

A. Definición

- 704 De conformidad con lo explicado sobre la elaboración de los tipos legales, se puede afirmar que el legislador describe actos "que forman parte del bloque injusto del cual se talla una parte delimitándola, con el fin de que quede perfectamente encerrado en fronteras lo que por ser injusto se castiga". La determinación de cuáles acciones deben ser consideradas como socialmente negativas se hace tanto por la manera en que son realizadas como por el perjuicio que causan a terceros. A diferencia de lo que sucede en la práctica, es necesario precisar, primero, qué es lo injusto (*Unrecht*), luego, determinar el sentido de los tipos legales y, finalmente, determinar sus relaciones con la tipicidad.

B. Ilícito y antijuricidad

- 705 Siguiendo la dogmática alemana, se distingue entre injusto (*Unrecht*) y antijuricidad (*Rechtswidrigkeit*). Este último término es utilizado para señalar una característica de la acción delictuosa: la acción es antijurídica cuando no ha sido ejecutada bajo el amparo de una causa de justificación. El vocablo *injusto* es empleado como sustantivo para referirse a la acción típica y antijurídica. La antijuricidad tiene como objeto de valoración la acción típica. Lo injusto comprende esta última y su calificación valorativa de antijurídica.
- 706 El término injusto no es lo suficientemente claro en la medida que significa "no justo", expresión sobre todo de connotación moral. Tal vez hubiera sido mejor emplear la palabra ilícito, que debería comprenderse en el sentido de lo no permitido. Es decir, la acción que viola la prohibición establecida por el orden jurídico o que no cumple con lo ordenado por éste.

C. Antijuricidad formal y material

- 707 Se entiende por **antijuricidad formal** la violación de la norma prohibitiva o preceptiva por el comportamiento. Dicha norma se encuentra implícita en toda regla jurídico - penal (por ejemplo, "no matar" en relación al art. 123). Por **antijuricidad material** se comprende, por el contrario, el carácter dañino del acto, materializado en la lesión o en la puesta en peligro de un bien jurídico. Este perjuicio no debe ser comprendido "en sentido natural, como causa de un daño a determinado objeto de la acción (por ejemplo, muerte de una persona o daños a una cosa), sino como contradicción al valor ideal que debe proteger la norma jurídica (lesión del bien jurídico)".
- 708 La noción de antijuricidad material es de particular importancia en política criminal. Su influencia es importante, primero, para la interpretación de los tipos legales (la acción puede ser formalmente conforme con el tipo legal, pero no adecuarse al tipo de delito por su significación social: por ejemplo, injurias en el ámbito familiar); segundo, para la individualización de la pena debido a que, al hacer posible la graduación de lo injusto, permite determinar mejor la culpabilidad del agente; y, por último, para la comprensión de la índole y de la amplitud de las causas de justificación al facilitar la apreciación del conflicto de intereses.
- 709 Si lo injusto (o ilicitud) está constituido por el acto típico y la falta de causas de justificación (tipicidad más antijuricidad), se puede hablar de lo injusto específico en materia penal. Especificidad determinada por la singularidad de los tipos legales. La antijuricidad, por el contrario, no se limita al campo penal; pues las causas de justificación se encuentran en todos los dominios del derecho. La norma permisiva de naturaleza civil, administrativa o pública excluye la antijuricidad del acto típico y los efectos de las causas de justificación propiamente penales (por ejemplo, legítima defensa) son eficaces en relación con todo el ordenamiento jurídico. El acto es lícito con respecto a todo el ordenamiento jurídico.

D. Relación entre antijuricidad y tipicidad

- 710 Como acabamos de ver, la simple adecuación de una acción a un tipo legal no permite afirmar que sea también antijurídica. Es necesario comprobar la ausencia de toda causa de justificación. La conformidad del acto con un tipo legal permite pensar, por tanto, que puede ser antijurídico porque su tipicidad supone la violación de una norma y el cuestionamiento de un bien jurídico.
- 711 Sin embargo, no sólo debe tenerse en cuenta el papel de la tipicidad como indicio del carácter antijurídico del comportamiento típico. También debe ser apreciada como fundamento de lo injusto o ilicitud, porque un acto antijurídico es penalmente relevante sólo cuando se adecua a un tipo legal. Esto último no "prueba" el carácter antijurídico del acto, ya que puede presentarse alguna causa de justificación.
- 712 En base a esta situación, el legislador no ha definido de manera positiva la antijuricidad. Se limita a señalar las circunstancias que hacen lícitos los actos típicos. La descripción contenida en el tipo legal proporciona sólo "una tosca imagen del suceso"; lo que da lugar a que numerosos actos estén "en sí" sujetos al efecto del tipo legal y que se tenga que recurrir a las causas de justificación "para aportar una prueba de derecho positivo de la juridicidad de estas acciones".

E. Carácter objetivo de la antijuricidad

- 713 Tradicionalmente, la antijuricidad ha sido considerada en relación con la valoración negativa de la situación de hecho creada por la acción delictuosa. De esta manera, se afirmó su carácter objetivo en oposición al carácter puramente subjetivo atribuido a la culpabilidad. La apreciación de la acción, considerada como hecho causal, determinaba la antijuricidad. La culpabilidad era, por el contrario, referida al autor.
- 714 Sin embargo, como ya lo hemos señalado, la misma estructura de los tipos legales muestra, frecuentemente, que lo ilícito del comportamiento también está determinado por las modalidades con

que el acto es realizado o por elementos de naturaleza subjetiva, factores de carácter personal. Estos son, igualmente, objeto del juicio de valor en que consiste la antijuricidad. De modo que para formularla no sólo es decisivo el resultado (*lato sensu*) no valioso, sino también el desvalor de la acción misma. Los juristas son, en la actualidad, contestes en afirmar que para la determinación del carácter ilícito de la acción es indispensable tener en cuenta ciertos elementos personales.

- 715 Debe rechazarse la posición extrema que busca fundamentar lo injusto sólo en el desvalor de la acción, por considerar que el aspecto decisivo es la desobediencia del agente a la prohibición establecida por el ordenamiento jurídico. El desvalor del resultado sería así sin importancia para la determinación del injusto del acto.
- 716 Respecto al dolo (voluntad dirigida al resultado), se admite en la doctrina dominante su influencia en la determinación del carácter injusto del acto; igualmente, se reconoce este papel a la negligencia, impericia o imprudencia en las infracciones culposas. Intención y culpa tendrían una doble función: en el dominio de la ilicitud y en el de la culpabilidad. En cuanto a los delitos dolosos, se puede admitir que "se prohíbe aquella voluntad que persigue la producción del resultado del delito, pero también la manifestación de voluntad que tiene lugar a sabiendas de que el resultado del delito se halla unido a ella de forma necesaria o posible".
- 717 La afirmación del aspecto personal de lo injusto no implica que se niegue el carácter objetivo de la antijuricidad. Esta característica no está determinada por el hecho de que el juicio de valor tenga sólo como objeto el aspecto exterior de la acción y con exclusión de todo aspecto personal del agente. Lo determinante es que dicha valoración se hace siempre con relación a la violación de las exigencias generales que la norma jurídica impone *erga omnes*. Así mismo porque "la lesión del Derecho se constata según un baremo general, sin tener en cuenta el valor o el desvalor de la estructura de la motivación del autor".

- 718 De acuerdo con lo explicado respecto a las relaciones entre la tipicidad y la antijuricidad, es de recordar que el fundamento de la antijuricidad no puede reducirse, de un lado, a la sola producción del resultado; ni agotarse, de otro lado, en el aspecto personal de la acción no valiosa. Ambos factores son determinantes; aunque es de remarcar que mientras se reconozca, en las disposiciones legales, un papel esencial a la producción de un resultado, éste constituye el factor primario del juicio jurídico de desaprobación de la acción.

F. Causas de justificación

- 719 Las normas que prevén causas de justificación son normas permisivas que describen casos excepcionales en los que una norma no puede ser respetada. El orden jurídico permite entonces su violación. Admite, como consecuencia, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.
- 720 En doctrina, siempre se ha tratado de sistematizar las causas de justificación. No sólo con el objeto de fundamentar debidamente cada una de éstas, sino para formular principios generales que permitan estatuir nuevas causas de justificación. Se puede distinguir dos clases de sistemas: el monista y el pluralista. De acuerdo con el primero, todas las causas de justificación tienen como fundamento un único principio. Pertenece a este grupo, la llamada teoría del fin (*Zwecktheorie*), conforme a la cual la acción no es ilícita si constituye el medio adecuado (justo) para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico. También debe considerarse monistas, los sistemas fundados ya sea en el criterio de la "confrontación de intereses" o en la idea de "más provechoso que dañino". En oposición a estos criterios, los partidarios del sistema pluralista fundamentan las diferentes causas de justificación en diversos principios. De esta manera, se habló de la "falta de interés" y del "interés preponderante". Igualmente, de la "confrontación de bienes" y de la teoría del fin.

- 721 En realidad, ambos tipos de sistemas no son contradictorios y sus diferencias se dan sólo en un nivel de acentuada abstracción. Los principios son formulados de manera tan general que pierden importancia tanto en la teoría como en la práctica. Así, dichas fórmulas no dicen, por ejemplo, cómo identificar el medio adecuado o el fin justo, de qué manera precisar cuál es el comportamiento menos dañino socialmente, mediante qué procedimiento detectar cuál es el valor, el interés o la pretensión más importante o predominante en un caso concreto. Ante las reales dificultades para sistematizar las causas de justificación de acuerdo con principios generales, se debe aplicar un criterio polivalente adecuado a las características y funciones de cada una de las causas de justificación en particular. Esta solución está igualmente condicionada por los constantes cambios de la vida social que influyen en la determinación de la jerarquía de los bienes jurídicos, de lo que es socialmente positivo o dañino. De todo esto resulta imposible establecer una lista exhaustiva de principios fundadores de las causas de justificación así como de elaborar un sistema completo de estas causas.
- 722 Habiendo admitido el carácter unitario de la antijuricidad, consideramos que las causas de justificación tienen como fuente todo el orden jurídico y no tan sólo la ley penal. La ley no constituye todo el ordenamiento jurídico, de manera que la justificación de un acto ilícito puede ser buscada fuera de ella. Al respecto, la doctrina emplea la expresión "causas de justificación supralegales". Su necesidad se desprende del hecho que la enumeración que hace la ley de las causas de justificación no es exhaustiva. Y su admisión no significa una violación o un abandono del principio de la legalidad, puesto que ellas limitan el poder represivo.
- 723 En el Código Penal guatemalteco, se ha regulado separadamente las causas de justificación, de inimputabilidad y de no culpabilidad. Sin embargo, los criterios utilizados no son siempre los más convenientes. En cuanto a las causas de justificación señalemos, por ahora, que no se ha distinguido entre estado de necesidad causa de justificación y estado de necesidad causa de no culpabilidad.

G. Error sobre las circunstancias materiales de las causas de justificación

- 724 Se trata de los casos en que el agente ignora o incurre en un error de apreciación de una de las circunstancias externas de una causa de justificación. El ejemplo típico es el de la denominada legítima defensa putativa: una persona, creyéndose agredida, lesiona a quien sólo, en broma, quería asustarla. Caso previsto en el art. 25, inc. 3 del Código Penal, como causa de inculpabilidad.
- 725 En doctrina, diversas propuestas se han hecho para solucionar este problema. Un sector de la doctrina, inspirado sobre todo por la concepción finalista, sostiene que debe ser tratado como un caso de error de prohibición (teoría de la culpabilidad estricta, *strenge Schuldtheorie*). En la medida que sea evitable, excluye la culpabilidad; pero el dolo (núcleo del tipo legal subjetivo) subsiste siempre.
- 726 Por su parte, los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo legal, consecuentemente, consideran que dicho error constituye un error de tipo legal ya que, según ellos, forma parte de éstos la ausencia de causas de justificación. A las mismas consecuencias prácticas, con fundamentos diferentes, llegan los partidarios de la llamada teoría de la culpabilidad restringida (*eingeschränkte Schuldtheorie*). Su punto de partida es el hecho de que el agente debe sólo tener conciencia de los elementos constitutivos del tipo legal objetivo previsto por el legislador. Por tanto, el error sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación no constituye un error de tipo legal. Sin embargo, por sus similitudes y por razones de política criminal, proponen que debe ser tratado como si fuera un error de tipo legal. El agente que actúa considerando circunstancias que de existir harían de su comportamiento un comportamiento lícito, lo hace creyéndose en plena conformidad con el ordenamiento jurídico. Como consecuencia, actúa sin dolo y, de acuerdo con las circunstancias y si la ley lo prevé, sólo podría ser responsabilizado a título de culpa.

- 727 La teoría de la culpabilidad estricta, al no admitir la exclusión del dolo, hace difusa la distinción entre dolo y culpa. Existe dolo cuando se comete una acción prohibida aun sin tener conciencia de su carácter prohibido. Quien se equivoca sobre una de las circunstancias materiales de una causa de justificación y por una imprudencia causa perjuicio a un tercero, sólo actúa culposamente. Para excluir esta solución, no basta con afirmar, como lo hacen los partidarios de la teoría de la culpabilidad estricta, que el autor obra conociendo el tipo y, por tanto, bajo la influencia del efecto de la tipicidad como indicio de la antijuricidad. En realidad, quien se equivoca sobre las circunstancias materiales de una causa de justificación actúa, en cuanto a la representación de su comportamiento, como el que obra sin voluntad de realizar un tipo legal. El reproche que se le hace se refiere, por tanto, sólo a su falta de cuidado; es decir a título de culpa.
- 728 Esta argumentación es, igualmente, desarrollada por quienes defienden la teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica. Para ellos, el error en cuestión no excluye el dolo; pero debe aplicársele los criterios admitidos con relación al error de tipo legal tanto porque dicho error representa una disminución (no la supresión) del desvalor de la acción, como porque la culpabilidad se reduce sensiblemente debido a que la motivación a la base de la formación del dolo no es la ausencia de una actitud jurídica sino la apreciación descuidada de la situación concreta. Esta propuesta también presenta dificultades a nivel de la diferenciación del dolo y la culpa. Además, con respecto a la teoría de la culpabilidad restringida, las consecuencias prácticas sólo difieren en el dominio de la participación delictuosa.
- 729 Si en el Código guatemalteco se consideró este tipo de error como causa de inculpabilidad, se debió quizás a que se admitía al dolo como una forma específica de culpabilidad. En la perspectiva que se admite mayoritariamente, hoy en día, se trata de una circunstancia que hace desaparecer la tipicidad porque excluye el dolo, núcleo del tipo legal subjetivo.

H. Elementos subjetivos de las causas de justificación

- 730 De acuerdo con la superada tesis de la antijuricidad objetiva (constitutiva de la parte objetiva del delito en contrapartida de la culpabilidad), carecía de importancia que el agente supiese o no que actuaba bajo el amparo de una causa de justificación. El acto era justificado por el simple hecho de su conformidad material con el ordenamiento jurídico. Así, quien, sin saber que era agredido, causaba una lesión al agresor y, de esta manera, salvaba su bien jurídico amenazado, debía permanecer impune porque su acto era conforme a derecho.
- 731 Aceptada la tesis de que la ausencia de antijuricidad depende de la inexistencia tanto del desvalor de la acción como del desvalor del resultado, resulta indispensable admitir que el agente debe estar consciente de que actúa para proteger su bien jurídico. Es decir, el agente debe considerar que hace algo permitido y, esto sucede cuando conoce las circunstancias materiales que condicionan y limitan la causa de justificación en cuestión. Poco importa que haya actuado motivado plenamente por el fin específico, en caso de la legítima defensa por ejemplo, de defenderse. Consciente de la agresión ilegítima, puede reaccionar empujado, sobre todo, por la cólera provocada por la agresión injusta. En caso de defensa de un tercero, el que reacciona contra la agresión puede hacerlo más motivado por castigar merecidamente al agresor que por defender a la víctima. Basta el "dolo" de actuar justificadamente, es decir con conocimiento de la situación excepcional en que consiste la causa de justificación.
- 732 Si el agente carece, al momento de actuar, de esta conciencia, debe considerarse que sólo incurre en tentativa; pero como las circunstancias determinan que falte el desvalor del resultado, se trata de un delito imposible (art. 15).
- 733 Las disposiciones del Código Penal pueden ser coherentemente interpretadas según los criterios expuestos. Por ejemplo, el inc. 2 del art. 24 que prevé la legítima defensa dice: "quien obra en defensa de

su persona, bienes o derechos, o en defensa ...". Esto permite suponer que el agente no debe actuar únicamente por el motivo particular de defenderse o defender a un tercero, sino que basta que esté consciente de las circunstancias que caracterizan la situación de legítima defensa: "agresión ilegítima", "necesidad racional del medio empleado" y "falta de provocación". Lo mismo puede decirse respecto del estado de necesidad - causa de justificación. El inc. 2 de la misma disposición establece: "quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros ...". Esto implica que el agente actúa con el propósito de proteger su bien jurídico o el de un tercero, pero no sólo necesariamente por esta razón.

I. Legítima defensa

a. Legítima defensa y sus fundamentos

- 734 A pesar del relativo consenso que existe respecto a sus aspectos esenciales, las discrepancias subsisten en relación con su fundamento así como en cuanto a su ámbito de aplicación. Esto se revela en la manera como ha sido regulada en los códigos penales. El legislador guatemalteco ha previsto la legítima defensa en el art. 24, inc. 1.
- 735 La legítima defensa sirve para proteger un bien jurídico individual mediante la realización de un comportamiento típico. No cabe la legítima defensa de bienes jurídicos colectivos o impersonales (orden público, salud pública, tranquilidad pública, integridad del Estado ...).
- 736 Dicha protección no puede ser garantizada plenamente por el Estado, aun cuando se trate de un Estado policiaco. De ahí el interés de reforzar el orden jurídico reconociendo, excepcionalmente, a cada persona el derecho de protegerse y de proteger a terceros. De esta manera, se refuerza la función preventiva del derecho penal para lograr la afirmación del Derecho.
- 737 De la importancia que se dé a una de estos factores respecto al otro depende cómo se fijen las condiciones que deben satisfacerse para

considerar que se trata de una defensa legítima y, como consecuencia, justificante del comportamiento típico realizado.

b. Agresión

- 738 Según el Código, la legítima defensa supone una agresión: comportamiento que lesiona o pone en peligro un bien (*lato sensu*) legalmente protegido. La agresión debe ser la obra de una persona física que actúa mediante comisión u omisión. No puede serlo de una persona jurídica o del Estado. Sólo puede hablarse de legítima defensa con relación a las personas que constituyen sus órganos (por ejemplo, gerente, funcionario, policía, militar ...) y que son autores de la agresión ilícita.
- 739 Siendo la agresión una acción, no puede darse la legítima defensa respecto al peligro que proviene de un animal (salvo que sea utilizado como instrumento por el agresor), ni de un evento no constitutivo de una acción (hecho producido en estado de inconsciencia debido al consumo de alcohol u otra droga). En estos casos, se trata más bien del estado de necesidad.
- 740 Como ya lo hemos señalado, la agresión puede estar constituida por un comportamiento omisivo. Si esto no se discute respecto a las acciones de omisión impropia, se pone en duda respecto a la omisión propia. En el caso de quien (art. 156) encuentra un herido en estado de grave e inminente peligro y no le presta asistencia, se plantea la cuestión de saber si se le puede obligar a hacerlo mediante violencia o privársele de su vehículo para auxiliar a la víctima. La respuesta debe ser afirmativa pues la omisión propia representa la violación de un deber sancionada jurídicamente.
- 741 El autor de la agresión puede ser un irresponsable o una persona no culpable. Las características personales del agresor deben ser consideradas al juzgarse la proporcionalidad de la defensa. El agredido, consciente de estas circunstancias, debe reaccionar mesuradamente.

c. Agresión ilícita

- 742 La agresión debe ser ilícita, es decir, contraria al derecho: tanto por el desvalor de la manera de actuar del agresor como por constituir un ataque contra un bien jurídico individual. No es suficiente, como consecuencia, constatar que el comportamiento en cuestión amenace la integridad de un bien jurídico; sino que debe comprobarse su carácter ilícito. Si éste ha sido cometido al amparo de una causa de justificación, no hay legítima defensa.
- 743 La acción agresiva puede o no ser culpable. Según la ley, basta que sea ilícita. Esto se explica porque mediante la legítima defensa se busca reafirmar el orden jurídico ante el acto ilícito y no sólo cuando se trate de un comportamiento culpable, sea de comisión o de omisión, doloso o culposo. Un acto ilícito no típico y respecto del cual el orden jurídico ofrece vías legales (demanda civil) es insuficiente. Así, contra el deudor incumplido, el acreedor no puede reaccionar haciéndose justicia propia alegando actuar en legítima defensa de su patrimonio. Lo mismo cabe en el caso del propietario respecto a su inquilino moroso.

d. Agresión inminente, actual o presente

- 744 De acuerdo con el art. 24, inc. 1, el agente debe "obrar en defensa ...". Esta expresión supone, evidentemente, una situación que puede consistir tanto en la inminente realización del ataque, su real inicio o continuación de la agresión gracias a la acción del agresor. No basta que éste se encuentre en los inicios de sus preparativos para agredir sino que debe estar por pasar al acto. La defensa supone que un bien jurídico está en peligro, en una situación de peligro concreto. Este no es el caso cuando el futuro agresor compra un arma o se informa sobre los hábitos cotidianos de la futura víctima. Así mismo, una persona amenazada por un tercero de un peligro futuro y lejano no puede reaccionar invocando la legítima defensa. Una vez comenzada la agresión, la legítima defensa es posible mientras subsista aquella. Así, quien ejerce la defensa puede anular total o parcialmente los efectos de la agresión. Si ésta ha terminado, no cabe la legítima

defensa, pues el perjuicio ha sido consumado y, materialmente, es imposible impedir o repeler una agresión ya pasada. De modo que no se puede considerar como un acto de legítima defensa el ataque dirigido contra el delincuente que se fuga después de consumir su fechoría.

- 745 Sin embargo, está permitido tomar las medidas necesarias para garantizar cierta seguridad (defensas mecánicas). Estos medios de defensa deben ser instalados de manera que funcionen sólo en el momento en que se produzca el ataque. No deben representar en sí un peligro para las personas. Algunos juristas prefieren considerar que en estos casos se da el "ejercicio de un derecho" y de que no debe admitirse la legítima defensa (por ejemplo: ejercicio del derecho de propiedad).

e. Bienes o derechos protegidos

- 746 El objeto de la agresión puede ser todo bien o derecho individual protegido legalmente tanto por el derecho penal como por otras ramas del orden jurídico. Puede tratarse, por ejemplo, de los derechos inherentes a la personalidad protegidos por el derecho civil. El hecho de observar por la cerradura de la puerta del baño a una persona desnuda constituye un atentado contra su intimidad que, aun cuando no es punible, puede dar lugar a la legítima defensa. También es posible en caso del disfrute de bienes de uso común: el peatón que se ve obstaculizado al tratar de utilizar una vereda pública tiene derecho a desalojar a quien se lo impide. El bien atacado sería, en buena cuenta, la libertad de transitar.
- 747 No son objeto de protección los derechos derivados de un crédito o de un contrato. Así como los bienes cuyo titular es la colectividad, salvo que su protección requiera la protección simultánea de un bien individual. Nadie está, por ejemplo, autorizado a despojar al propietario de un kiosco de venta de las revistas pornográficas que exhibe, por más que se reclame defensor del pudor público (art. 196). Por el contrario, se puede defender legítimamente al menor de catorce años que es incitado a la práctica de un acto obsceno (art.

195). También se puede impedir que alguien conduzca su automóvil en estado de ebriedad cuando un tercero corre el peligro de sufrir un grave perjuicio para su vida o salud. Si esta condición no se presenta, no puede justificarse la intervención (atentado contra la libertad individual o la integridad física del conductor) alegando legítima defensa del bien jurídico colectivo seguridad del tránsito (art. 157, inc. 1).

- 748 Los ataques contra el Estado no pueden dar lugar a legítima defensa, salvo que se trate de bienes jurídicos que le pertenecen en su condición de persona jurídica; por ejemplo, el patrimonio. En caso de rebelión o sedición (arts. 385, 387), los particulares no pueden por propia iniciativa combatir con las armas a los rebeldes o sediciosos, salvo que sus bienes jurídicos personales (vida, salud) también se encuentren en peligro. La situación es diferente cuando se interviene en defensa de un policía o soldado atacado ilícitamente. Por medio de la legítima defensa no debe atribuirse a las personas privadas responsabilidades propias de la policía o de las fuerzas armadas. Sin embargo, es de tener en cuenta que el art. 45, segunda parte, de la Constitución, estipula que "es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignadas en la Constitución". Para evitar "consecuencias insostenibles", se debe más bien, según las circunstancias, recurrir al estado de necesidad para no reprimir a quien actúa en defensa de bienes colectivos.

f. Necesidad racional de la defensa

- 749 La defensa está determinada por el medio que el agredido utiliza para impedir o repeler la agresión. El término "medio", utilizado por el legislador, debe ser interpretado en sentido amplio. Comprende toda forma de comportamiento al que recurre quien se defiende y no sólo al objeto, instrumento o arma que pueda utilizar para mejor defenderse. Dicho de otra manera, el vocablo "medio" debe ser comprendido en su acepción de acción conveniente para conseguir un objetivo (la protección del bien jurídico).

- 750 Según esta interpretación, el medio constituye el comportamiento defensivo de quien actúa en legítima defensa. Este comportamiento debe ser el que, entre las diversas posibilidades que tiene el agredido, cause el daño menos grave al agresor. Esto no significa que quien se defiende deba asumir el riesgo de sufrir el daño que trata de evitar. Debe más bien optar por el comportamiento que objetivamente es el adecuado para descartar dicho peligro. Quien es atacado a golpe de puños no está obligado a defenderse de la misma manera si resulta probable que sea lesionado; pero tampoco puede disparar a matar inmediatamente con su arma de fuego contra el agresor. De acuerdo a las circunstancias del caso, en principio, la utilización del arma, sin previamente amenazar o advertir al atacante mediante un tiro al aire, constituye una defensa, pero es un medio innecesario para salvar el patrimonio en peligro matando al ladrón.
- 751 La necesidad de la defensa debe ser evaluada de acuerdo con criterios objetivos. Con este fin deben de tenerse en cuenta todas las circunstancias materiales y personales en que se desarrollan los hechos: tanto las circunstancias que se refieren a la persona del agresor y a su comportamiento, como las referentes a la persona del agredido; así mismo la naturaleza del instrumento o arma empleado por el atacante y las posibilidades de que dispone la víctima para defenderse.
- 752 Esta apreciación será realizada *ex ante*; es decir colocándose en el momento y en el lugar en que se produjo el acto de defensa. En caso de una toma de rehenes, en el que el delincuente amenaza al rehén con una arma de fuego, no puede exigirse a quien interviene en su defensa que compruebe si el arma era verdadera y si la víctima se encuentra o no realmente en peligro. Objetivamente, la defensa era necesaria a pesar que la vida o la integridad corporal del rehén no corría peligro realmente. En esta perspectiva, Jiménez de Asúa sostuvo: "para que se dé la legítima defensa perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque, medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese

instante y circunstancias se ve agredido". Si por culpa, temor u ofuscación, el agredido daña un bien jurídico del agresor netamente superior, no podrá alegar la legítima defensa para justificar su acción. Habrá obrado ilícitamente y será sancionado de manera atenuada en proporción a su culpabilidad de acuerdo al art. 26, incs. 13 y 14 o, según los casos, a título de culpa.

- 753 La referencia a la racionalidad de la defensa permite excluir la aplicación de la legítima defensa en los casos extremos de desproporción entre el bien salvado y el lesionado. Si bien en principio rige la regla que el derecho no debe ceder ante lo ilícito, su aplicación no debe conducir a fomentar la perversión de la mentalidad mortífera. No se trata de una defensa de necesidad racional, por ejemplo, la acción del campesino que tira contra niños para defender sus cultivos de cualquier daño. Quien no tiene a su disposición los medios apropiados para protegerse o preservar sus bienes de poco valor, debe renunciar a rechazar el ataque. La necesidad - como dice Jiménez de Asúa - "no se refiere a la mera proporción sino a la existencia misma de la legítima defensa y, si falta, la invalida".
- 754 La desproporción extrema entre el valor de los bienes jurídicos en conflicto, de la misma manera que la desproporción entre el ataque y la defensa, implica que la reacción del agredido era superflua y también irracional por no ser justa. Esto no acontece en los casos más frecuentes en los que todo bien jurídico individual puede ser defendido aún en detrimento de bienes jurídicos más importantes del agresor. Por ejemplo, la persona víctima de una tentativa de violación puede dañar la integridad corporal o la vida del violador para salvaguardar su libertad sexual. Así mismo, quien es víctima de un robo puede lesionar al ladrón para evitar la sustracción del bien que le pertenece.
- 755 Como ya lo hemos afirmado, la necesidad racional de la defensa supone igualmente una proporcionalidad entre los bienes en conflicto y una cierta equivalencia entre los medios que se emplean para rechazar el ataque y los utilizados por el agresor. Sin embargo, la correspondencia no debe ser absoluta o determinada en forma

matemática. Será examinada en la concreta situación en que se realiza la defensa, evitando todo formalismo. Se tomarán en consideración la intensidad de la agresión, la peligrosidad del agresor y la disponibilidad de los medios que pueden ser utilizados (necesidad concreta de los medios por oposición a la necesidad abstracta referida a la defensa).

- 756 Quien está en legítima defensa no está obligado a inhibirse de impedir o repeler la agresión ilícita; por ejemplo, mediante la fuga o pidiendo socorro a la policía. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a actuar en legítima defensa no significa dar ocasión para que el agredido ponga en evidencia su fuerza y dé ejemplo de valentía. Si éste tiene la posibilidad de neutralizar a su agresor mediante la ayuda de la policía o de terceros que se encuentran en el lugar de los hechos, debe hacerlo. En caso contrario, su reacción resulta innecesaria, salvo que éstos se muestren renuentes a intervenir.

g. Falta de provocación suficiente

- 757 El párrafo c del inciso 1 del art. 24, prevé una tercera condición, la "falta de provocación suficiente por parte del defensor". No se trata de una característica de la agresión ilegítima; esta interpretación concluiría afirmando que esta tercera condición legal es superflua.
- 758 Falta de provocación significa que quien incita indebidamente a una persona para que lo agrede, no puede reaccionar en legítima defensa. La provocación puede consistir en cualquier proceder apropiado para excitar, aguijonear, empujar a una persona para que reaccione atacando uno de los bienes o derechos del provocador. Generalmente, éste recurre a las injurias, vías de hecho, daños a la propiedad; pero también a la mofa, burla. Mas no se trata de cualquier provocación; según el texto legal debe ser suficiente. Es decir, apta o idónea para que la persona involucrada pierda la tranquilidad, reaccione agresivamente.
- 759 Los casos considerados no son aquellos en que el comportamiento del provocador da lugar a que el provocado actúe en legítima defensa. Por ejemplo, si la provocación consiste en golpear repetidamente a la

víctima, la reacción de ésta representa el ejercicio del derecho a defenderse legítimamente. Como consecuencia, contra esta reacción justificada, por no ser una agresión ilícita, no procede la legítima defensa.

- 760 Se han tomado en consideración, más bien, los casos en que por su naturaleza resulta prácticamente imposible una reacción lícita debido a que la agresión, acto de provocación, es de consumación instantánea. Por ejemplo, una bofetada (vía de hecho), la destrucción de un libro (daño a la propiedad) o un insulto (injuria). La reacción constituye una agresión ilícita porque es imposible impedir o repeler una agresión ya consumada. Si la reacción consiste, por ejemplo, en un ataque a la integridad corporal del provocador, podría considerarse que éste tendría derecho a defenderse. Esto no es así porque ha habido provocación suficiente, cuya ausencia es necesaria para que se dé la legítima defensa.
- 761 Un ejemplo claro es el de quien provoca la reacción agresiva de una persona para encubrir la agresión ilícita que se ha propuesto cometer contra el provocado. El seudo atacado será reprimido como autor de un delito doloso. Sin embargo, la provocación puede también producirse mediante un comportamiento culposo. En este caso, la imprevisión culpable debe ser significativamente grave para considerar a la provocación como suficiente.
- 762 La apreciación del carácter suficiente de la provocación debe hacerse mediante un juicio objetivo de valor. No puede depender, por ejemplo, de la extremada susceptibilidad o irritabilidad de la persona en cuestión.

h. Legítima defensa presunta

- 763 Según el art. 24, "se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores". Mediante esta ficción, se trata de proteger más

eficazmente el dominio privado en el que las personas involucradas desarrollan sus actividades.

- 764 Los defectos de esta regulación son numerosos. Si sólo apreciamos el aspecto formal, podemos señalar, por ejemplo, que la expresión "morada ajena", por la manera como está redactada la norma, parece referirse a morada que no sea de quien repele la agresión. Lo que resultaría contradictorio con el fin perseguido. Por lo tanto, es de comprender que la norma concierne tanto al titular de la morada como a cualquier tercero. Esta interpretación es coherente con la previsión de la legítima defensa tanto personal como en favor de terceros.
- 765 De acuerdo, igualmente, con la figura de la defensa legal, se dispone que la agresión debe ser inminente ("pretenda entrar") o actual ("haya entrado"). La agresión no debe, en consecuencia haber terminado. Sin embargo, no basta que se haya dado una de esas dos situaciones, pues el objetivo no es privilegiar la protección del derecho a la inviolabilidad de la morada. Es indispensable que la actitud del agente (violador de domicilio) denote la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores. La mención expresa de la vida, a pesar de que se menciona luego a los bienes o derechos en general, se explica por el afán de subrayar que debe tratarse de un peligro para un bien de importancia igual que la vida. Esta condición limita los efectos negativos propios a la admisión de ficciones de esta naturaleza en el derecho penal. Dichos efectos consisten generalmente en que se admita la defensa a pesar que la defensa, de acuerdo con las circunstancias concretas, no sea de necesidad racional, el medio utilizado no sea proporcional o exista provocación suficiente. El caso extremo es que el hecho de entrar en la morada no sea ilícito; pero como no es de probar esta circunstancia sino que basta suponerla, se pueden cometer injusticias graves. Parecería que, una vez dado el peligro indicado en la norma, se da carta blanca a quien esté en condiciones de repeler el allanamiento de morada. Desde la perspectiva de la política criminal es una regulación incorrecta.

- 766 Lo mismo se puede decir de lo dispuesto en el último párrafo del art. 24, inc. 1. Según esta norma, se declara que, en caso de que la víctima de la agresión sea pariente dentro de los grados de ley, cónyuge o concubinario del agente, basta comprobar que hubo agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Poco importa que la víctima haya provocado la agresión, salvo que el salvador haya tomado parte en la provocación. Difícil resulta justificar esta ampliación del campo de aplicación de la legítima defensa en favor de quien interviene para proteger a uno de sus parientes o concubino. Parece que se ha pensado que, en esa situación, el defensor se encuentra en situación que comprensiblemente lo lleva a intervenir aun cuando su protegido haya dado lugar a la agresión. Se trata así de una especie de no exigibilidad de otra conducta; es decir, resulta difícil demandar al defensor que se abstenga. Se considera pues que cualquier otro hubiera actuado de la misma manera. Si es así, no estamos ante una circunstancia de justificación sino más bien de no culpabilidad o de atenuación de la culpabilidad y, por tanto, de la pena. Circunstancia que podría ser vinculada a la atenuante de la "vindicación de ofensa" prevista en el inc. 12 del art. 26, en tanto circunstancia atenuante.
- 767 Cabe señalar, igualmente, que las ficciones que acabamos de analizar, en muchos casos, suponen una excepción a lo dispuesto sobre el "exceso en las causas de justificación", considerado como circunstancia atenuante (art. 26, inc. 2). La legítima defensa imperfecta, considerada perfecta ficticiamente, significa la impunidad y no una simple atenuación.

i. Legítima defensa imperfecta

- 768 En el art. 26 inc. 2, se dispone que constituye circunstancia atenuante: "El exceso de los límites en las causas de justificación". Esta disposición es deficiente; por cuanto, coloca a un mismo nivel todos los elementos que son necesarios para que se dé, por ejemplo, la legítima defensa. Así, no será de aplicación esta disposición si no existe una agresión ilegítima. La existencia misma de la legítima defensa depende de la presencia de este requisito. Por esto es que

esta situación ha debido ser, expresamente, regulada en el art. 25, inc. 3. De conformidad con esta disposición, constituye circunstancia de no culpabilidad el "ejecutar el hecho en la creencia racional de que existía una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto".

j. Legítima defensa de terceros

- 769 El art. 24, *ab initio*, se refiere expresamente a la defensa de bienes o derechos de otra persona. A diferencia de la legítima defensa propia, en este caso el agredido no es el que ejerce la defensa.
- 770 La víctima de la agresión no impide o repele el ataque ilícito; es decir, no reacciona. Sin embargo debe tener la voluntad de defenderse o de ser defendida. Si carece de esta voluntad, significa que consiente en sufrir el perjuicio. Por ejemplo, el propietario de un huerto que ve como un adolescente sustrae frutas de los árboles de su propiedad y no hace nada por impedirse, acepta ser desposeído. Como consecuencia, no existe agresión ilícita y nadie está autorizado a intervenir alegando que lo hace para proteger al orden jurídico. La falta de interés en proteger el bien jurídico individual predomina. Otro ejemplo es el de la mujer o marido que acepta los maltratos de su pareja, un tercero no debe intervenir en su defensa. Un límite fundamental a esta regla está dado por la naturaleza del bien jurídico: la aceptación de que se le cause la muerte o lesiones no impide la legítima defensa.
- 771 Un caso peculiar se presenta cuando la víctima de la agresión está de acuerdo con el defensor, pero no con el medio que éste va a utilizar para rechazar la agresión. En el ejemplo del hurto de frutas, el propietario se opone a que el tercero utilice un arma de fuego. El tercero debe tener en cuenta la intención del agredido, pues la condición que éste establece supone, en ausencia de ésta, una renuncia a la protección de su bien jurídico. Situación que plantea, además, la cuestión relativa a la proporcionalidad del medio empleado. En la doctrina, se prefiere dejar de lado la voluntad de la víctima cuando ésta actúa de esa manera ante el temor de una futura

reacción del agresor. El ejemplo frecuentemente citado es el de un rehén que renuncia a protegerse por temor de una nueva agresión por parte de los delincuentes (terroristas).

- 772 Fuera de estas observaciones sobre aspectos singulares de la legítima defensa de terceros, ésta se haya sometida a las mismas condiciones que la legítima defensa propia. No existe si no se da una agresión ilícita, si no hay necesidad racional del medio empleado para rechazarla o si no hay provocación suficiente. Esta última circunstancia es suprimida en el caso de la defensa de parientes dentro de los grados de ley, del cónyuge o concubinario, de los padres e hijos adoptivos.

J. Estado de Necesidad

a. Regulación

- 773 El art. 24, inc. 2, estatuye "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". Así definido el estado de necesidad, figura como tanto causa de justificación. Esto implica no tener en cuenta que, en ciertos casos, constituye más bien una circunstancia de no culpabilidad. Fieles a las ideas de Jiménez de Asúa, los juristas latinoamericanos han admitido, generalmente, esta distinción. De origen teutón, este criterio discriminatorio fue consagrado en el Código alemán de 1975. El § 34 de este Código ha servido de modelo a diversos legisladores; no es el caso del de Guatemala.

b. Estado de necesidad y legítima defensa

- 774 El estado de necesidad puede ser definido como una situación de peligro, en la que la lesión de un bien o derecho protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente.
- 775 Así concebido, el estado de necesidad comprende la legítima defensa; ésta no sería sino un caso especial del estado de necesidad. Sin embargo, entre ambas causas de justificación existen diferencias que

no sólo dependen de una relación lógica de especialidad. Baste, por ahora, señalar que en el estado de necesidad, el bien lesionado y el bien preservado son igualmente protegidos por la ley. El titular del bien jurídico que es lesionado no merece este daño. En la legítima defensa, por el contrario, el bien jurídico lesionado pertenece al autor de la agresión ilícita, quien da lugar a tal lesión.

- 776 El bien jurídico dañado pertenece a un tercero inocente. Estamos ante un caso de estado de necesidad, por ejemplo, cuando Ricardo amenaza de muerte, esgrimiendo un cuchillo, a su esposa quien huye de la cocina, donde tenía lugar la disputa. Desciende rápidamente la estrecha y empinada escalera que conduce al primer piso, por la cual su suegra comenzaba, precisamente, a subir agarrándose del pasamanos. Con el objeto de abrirse paso tira de un brazo a su suegra, la empuja a un lado y continúa su carrera. La anciana señora (madre de Ricardo) pierde el equilibrio y cae; muriendo horas después a causa de las lesiones que le ocasionara la caída.

c. Peligro

- 777 Cuando la ley se refiere a un peligro, se debe entender que el agente se encuentra en una situación de la cual puede producirse un perjuicio para su persona. Se trata de una situación real y no sólo imaginada por el titular del bien jurídico en cuestión. Para comprender esta noción, debe tenerse presente la definición del delito de peligro concreto. Pero a diferencia de lo que sucede en relación con éste, el peligro con referencia al estado de necesidad no debe comportar una particular intensidad. Cualquier peligro puede dar lugar al estado de necesidad. La intensidad del peligro, según la ley misma, sólo debe ser considerada para determinar la proporcionalidad del hecho.
- 778 Las circunstancias que rodean al bien jurídico deben apreciarse objetivamente y *ex ante* para determinar si éste se encuentra realmente en peligro. Es decir, el juicio de apreciación debe formularse de acuerdo a los conocimientos que, en el momento de la acción, se tiene de los factores presentes o con cuya producción debería contarse de acuerdo con la experiencia común.

- 779 El peligro puede ser originado por un fenómeno natural o por una actividad humana. Algunos autores han pretendido fundamentar la diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad, considerando que mientras en la primera el peligro proviene del obrar humano, en el segundo tendría su origen en un suceso natural o, en todo caso, ajeno a la acción de una persona culpable. Este criterio no es correcto. El agente que lesiona a un tercero inocente para huir de un criminal que lo persigue, actúa en estado de necesidad que justifica su acto. Del texto legal, no se puede deducir una conclusión diferente. Sólo se exige que el agente no haya causado voluntariamente el peligro.

d. Actualidad del peligro

- 780 La fórmula “salvarse o salvar a otro” debe ser interpretada de manera amplia, como comprensiva, de un lado, del peligro inminente y, de otro lado, del peligro que perdura. Es actual el peligro que existe efectivamente, que está presente: las llamas consumen el departamento en que se encuentra una persona. Es inminente cuando el incendio está comenzando y la persona en cuestión no corre aún directamente el riesgo de lesión o muerte. La intervención debe tener lugar porque de lo contrario posteriormente resultaría altamente problemática. El peligro dura mientras que subsista una probabilidad de daño para dicha persona. En el caso de una persona que es agredida físicamente por un malhechor y éste permanece desafiante junto a la víctima, la legítima defensa no es factible respecto a las lesiones ya consumadas. Pero el peligro se mantiene tanto tiempo como subsiste la posibilidad de una nueva agresión. La víctima que, aprovechando un descuido, lesiona y neutraliza al malhechor puede alegar, de no darse las condiciones de la legítima defensa, haber actuado en estado de necesidad.

e. Imposibilidad de evitar el peligro de otra manera

- 781 El acto del autor debe ser necesario; constituir el único medio para alejar el peligro. Este peligro, como dice la ley, no puede ser superado sino realizando el acto típico que debe ser justificado.

- 782 Quien obra por necesidad está obligado, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero, de determinar si no puede preservar su bien causando un perjuicio menor o alejándose del peligro en que se encuentra. Dicho de otra manera, de las diversas posibilidades que se le presentan para salvaguardarse del peligro que lo amenaza debe escoger aquella que constituya el mal menor. Esto se debe a que en el estado de necesidad prima el interés de descartar un peligro y no, como en la legítima defensa, el de hacer prevalecer el derecho ante el ilícito. El estado de necesidad tiene evidentemente un carácter subsidiario.

f. Proporcionalidad

- 783 El texto legal prevé, además del peligro y la imposibilidad de evitarlo de otra manera, que "el hecho sea en proporción al peligro". Esta condición se explica porque no se trata de una situación en que se debe hacer prevalecer el derecho frente a lo injusto. Los titulares de los bienes jurídicos en conflicto están igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, ninguno de ellos - en la situación concreta - se ha puesto fuera de dicha protección mediante la comisión de un acto ilícito (como hace el agresor en la legítima defensa). Mediante la admisión del estado de necesidad como justificante sólo se busca conservar el bien o derecho más valioso.
- 784 Como consecuencia, es correcto que se establezcan condiciones estrictas para que el estado de necesidad produzca el efecto de justificar un acto típico. Condiciones que son más restrictivas que las estatuidas con respecto a la legítima defensa, reconocida como un derecho de toda persona.

g. Bienes jurídicos

- 785 El texto legal es impreciso respecto a la determinación de los bienes que pueden ser protegidos en estado de necesidad. El agente debe obrar "obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros". Ciertamente, de un peligro, pero nada sobre lo que debe estar en peligro. Respecto a la legítima defensa se dice los "derechos o bienes". Es decir, como lo hemos señalado, todos los bienes y

derechos individuales. Este no es el caso respecto al estado de necesidad porque, en el segundo párrafo del art. 24, inc. 2, se establece una excepción restrictiva con relación al "patrimonio ajeno". De modo que el estado de necesidad concierne, primeramente, sólo a los derechos personalísimos: la vida y la integridad corporal (comprensión restrictiva del término salvarse a sí mismo), la libertad, el honor, la libertad sexual, etc. El fundamento de este criterio se encuentra en el hecho de que el estado de necesidad no está fundamentado en el principio de la protección del individuo (propio de la legítima defensa) y que, como ya lo hemos afirmado, sólo busca evitar la lesión de un bien protegido por el orden jurídico.

- 786 El texto del Código no permite que el estado de necesidad comprenda la protección de bienes colectivos. El término "otros" sólo puede ser comprendido como otras personas diferentes a la que interviene. Comprender también a la colectividad significaría desnaturalizar el lenguaje utilizado.
- 787 El Estado no tiene un derecho general al estado de necesidad y de imponer el deber correlativo a los particulares. Además, los órganos estatales no pueden justificar sus intervenciones invocando un estado de necesidad general, pues sus actuaciones siempre tienen que tener una base legal específica.

h. Preeminencia del bien salvado

- 788 La exigencia de que el hecho cometido por el agente "sea en proporción al peligro", supone la proporcionalidad de los bienes en conflicto. Sin tomar en cuenta este aspecto, no sería posible determinar si el hecho es acorde con la magnitud del peligro.
- 789 La importancia del bien jurídico salvado debe determinarse teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. Esto significa un rechazo neto del tradicional criterio de la comparación abstracta de los bienes en conflicto; pero asimismo la imposibilidad de establecer una regla absoluta aplicable a todos los casos particulares. Los diversos criterios que se establezcan serán siempre de aplicación parcial y nunca producirán las mismas consecuencias respecto a los

diversos casos. Además y como en toda apreciación valorativa, los criterios personales y las concepción de política criminal que se acepte tienen un papel importante.

- 790 Entre los diversos criterios que pueden ser aplicados, la índole y la graduación de la pena fijadas en las disposiciones penales constituyen un punto de partida eficaz. Así la mayor severidad con que se reprimen los delitos de homicidio respecto a los delitos de aborto y de lesiones, muestra que, según el ordenamiento jurídico, el bien jurídico vida debe prevalecer frente a los bienes jurídicos vida embrionaria e integridad corporal o salud. La relatividad de este criterio está relacionada tanto con el hecho de que la amenaza penal no depende sólo de la importancia de los bienes jurídicos, sino también de la naturaleza del ataque. Además, es de considerar el carácter subsidiario del derecho penal: no todo bien jurídico debe ser protegido penalmente, sobre todo cuando hay otra posibilidad para impedir que sean lesionados. Tampoco es de olvidar que, sobre todo con respecto a los delitos de gravedad mediana, las penas previstas por la ley son casi de la misma severidad. En este contexto, se puede considerar que para salvar la vida de una persona todo otro bien jurídico puede ser dañado; mas no se puede excluir del todo el sacrificio de la vida de una persona (rehén en poder de terroristas) para salvar diversos e importantes intereses. Por el contrario, no se puede sostener de manera general, por ejemplo, que el honor siempre debe ser dañado para salvar el bien jurídico salud o integridad corporal. Bien puede suceder que se justifique la lesión leve causada a una persona para evitar un perjuicio muy importante al honor. Al lado de la importancia del bien es de tomar igualmente en cuenta la gravedad del ataque, ya que lo determinante es que el mal a evitar sea mayor que el mal que se infiere.

- 791 En la ley se dispone, expresamente, que debe tomarse en cuenta la intensidad del peligro que amenaza el bien jurídico protegido. El agente causa un mal menor con la convicción de que, si se abstiene de actuar, se producirá muy probablemente un resultado más grave. Así, el conductor que conduce su automóvil, ebrio (art. 157 C.P.) o a velocidad excesiva, con la finalidad de transportar un lesionado grave al hospital. También es el caso de quien, para alertar al chofer de un coche que lo precede del mal estado de una de sus ruedas, sobrepasa el límite de velocidad. La creación de un peligro abstracto para evitar un peligro concreto permite justificar el delito o la contravención cometido. No lo es el caso del marido que, presumiendo que su mujer va intentar suicidarse, viola diversas reglas de la circulación y pone en peligro inmediato la vida de las personas. Actúa lícitamente, por el contrario, tanto el médico que no respeta la luz roja repetidamente para llegar a tiempo hasta una persona herida gravemente, como quien quita las llaves de contacto al propietario de un coche para impedirle conducir en estado de embriaguez. La duda surge cuando se piensa que el conductor ebrio, por ejemplo, pudo haber escogido otro medio para neutralizar el peligro: solicitar auxilio a la policía o los servicios de un taxista.
- 792 Tratándose de bienes jurídicos individuales, el derecho a la autodeterminación juega un papel decisivo. Este debe pesar en favor del bien jurídico atacado y en contra del bien a salvarse. El titular del bien jurídico que va a ser perjudicado no sólo sufrirá la lesión de este bien, sino también de su libertad de decisión. Como consecuencia, no puede justificarse la operación quirúrgica de alto riesgo practicada contra la voluntad del paciente. En el mismo orden de ideas, no es justificado extraer, sin su consentimiento, un riñón a una persona para salvar a otra que se haya en peligro de muerte. Algunos autores, llegan a sostener que este criterio se aplica aun cuando el perjuicio causado sin consentimiento de la persona interesada no es de gran importancia: por ejemplo, extracción de sangre de un tipo determinado para salvar la vida de otra. El argumento consiste en decir que si se acepta el criterio opuesto, se admite la posibilidad de tratar una persona como un objeto, como un medio para alcanzar un

fin. Esto atenta contra su dignidad de persona a pesar de la finalidad valiosa del acto. Esta argumentación es rechazada afirmándose que la dignidad de la persona no es necesariamente lesionada por actos coercitivos de poca importancia que son realizados para proteger ciertos bienes jurídicos. Así, precisamente, el caso de la extracción de sangre es prevista como obligatoria por el mismo orden jurídico. Lo mismo sucede respecto a ciertas vacunas que son declaradas obligatorias como medidas sanitarias destinadas a proteger la vida o la salud de las demás personas. Esta opinión parece ser la más acertada. El derecho a la libertad de decidirse, consagrado en la Constitución, no es incompatible con las disposiciones referentes al derecho a la salud y a la política nacional de salud.

i. Estado de necesidad culpable

- 793 De manera general, el texto legal excluye el efecto justificante del estado de necesidad cuando el agente haya provocado "voluntariamente" el peligro. Esto significa, en primer lugar, que debe haber actuado con dolo de crear la situación peligrosa (conciencia y voluntad) y, en segundo lugar, que el estado de necesidad existe si el agente causó mediante culpa el peligro. Esta regulación general es deficiente, en la medida en que no se distinguen los casos en que el estado de necesidad justifica el acto cometido de los casos en que sólo excluye la culpabilidad del agente. En doctrina, se admite, de un lado, que el efecto justificante del estado de necesidad no es automáticamente excluido porque el agente haya, dolosa o culposamente, provocado la situación de emergencia. De otro lado, que la situación es diferente cuando se trata del estado de necesidad causa de exclusión de la culpabilidad. Este efecto no se admite cuando el agente "causó el peligro". Esta restricción, a diferencia de lo aceptado con referencia al estado de necesidad - causa de justificación, se explica porque el agente actúa ilícitamente.
- 794 Para responder mejor a los problemas que surgen es necesario distinguir, primero, entre los casos en que el agente crea una situación de peligro para alguno de sus bienes jurídicos de aquellos en que el peligro comprende otra persona. En la primera hipótesis, es indife-

rente si el agente creó el estado de emergencia dolosa o culposamente. Así, quien, luego de ingerir un veneno, abandona la idea de suicidarse y, para salvarse, obliga mediante amenaza a un taxista para que lo conduzca a la asistencia pública, podrá alegar que obró justificadamente. Su bien jurídico vida es más importante que el bien jurídico libertad individual del chofer coaccionado. Con mayor razón, debe aceptarse la misma solución si la situación de peligro fue creada imprudentemente: accidente de la circulación debido a exceso de velocidad.

- 795 En caso de que el agente haya creado un peligro para terceros, es de comprobar si previó o hubiese podido prever que tendría que dañar bienes jurídicos de éstos para salvaguardar los propios. Quien, mediante una falsa alarma de incendio, pone en peligro la vida y la integridad de las personas presentes en una sala de cine, no puede pretender justificar las lesiones corporales que infrinja a un tercero, para evitar sufrir un daño en su propia persona, y cuya realización pudo fácilmente prever.

j. Deber de soportar un peligro

- 796 De conformidad con el último párrafo del inciso 2 del artículo 24, "no puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse".
- 797 Las personas incluidas en por esta condición lo son en relación a un oficio, profesión o cargo. La obligación de soportar ciertos riesgos es de índole jurídica y no moral ni legal. Si fuera de carácter moral, significaría que el orden jurídico exigiría que las personas involucradas se comporten como héroes o santos. Esto mismo sucede si se aplica estrictamente la expresión "sacrificarse". Esto no es propio de un derecho penal liberal, ni conforme a una política racional y humanitaria. Sin embargo, no es necesario que dicha obligación sea siempre prevista en una ley. Esta interpretación formalista y limitativa conduciría a graves incoherencias.
- 798 Entre dichas personas cabe señalar a los militares, policías, bomberos, salvavidas, médicos, jueces ... El capitán no debe ser el primero en

abandonar su barco en caso de naufragio. El policía debe hacer frente a los maleantes que atacan a una persona y no abandonar a ésta alegando que de intervenir resultaría lesionado. El juez no puede justificar un prevaricato alegando simplemente haberlo cometido bajo la amenaza de muerte de los compinches de los maleantes que ha juzgado. En tal situación, debe informar a sus superiores competentes, solicitar protección y asumir su parte de riesgo. En todo caso, ante la certidumbre de ser muerto o dañado gravemente en sus intereses, por la indiferencia, ineficacia o corrupción de sus superiores o de la policía frente a su situación, el juez puede pretender que su acto típico (art. 462 C.P.) sea justificado por haber actuado en estado de necesidad.

k. Casos particulares

- 799 Como lo hemos indicado anteriormente, el Código prevé de manera especial el estado de necesidad en relación con la protección del patrimonio. Esta regulación implica que el bien jurídico patrimonio, en razón de su índole material, sólo merece una protección subsidiaria con respecto a los demás bienes o derechos individuales.
- 800 La deficiente técnica legislativa hace difícil distinguir claramente en qué medida las condiciones establecidas para este caso particular son más restrictivas que las fijadas para el estado de necesidad general.
- 801 La "realidad del mal que se trata de evitar" significa, igualmente, existencia de un peligro para el patrimonio ajeno. Es decir, de un peligro inminente o actual. Este peligro es el "mal" (perjuicio que puede sufrir el bien implicado). La "realidad" está dada por las circunstancias que hacen probable la producción del "mal". Esta regulación no debe llevar a ampliar el estado de necesidad en el sentido de que bastaría un peligro remoto, abstracto.
- 802 El "que no haya otro medio practicable y menos perjudicial" para impedir el mal constituye otra manera de exigir que el peligro no sea "evitable de otra manera". Esta última expresión, empleada para regular el estado de necesidad en general, no puede ser comprendida en el sentido de que el orden jurídico justifica sacrificar un bien

jurídico importante para salvar otro de menor significación. Si el único medio practicable era el utilizado por el agente, esto no significa otra cosa que el hecho realizado era inevitable.

- 803 "Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo" es la confirmación de que el estado de necesidad sólo puede tener efecto justificante cuando el bien protegido sea más importante que el bien dañado. Esta exigencia se comprende mejor tratándose del bien patrimonio; pero también resulta superfluo indicarla.
- 804 Un efecto no deseado de la regulación legal es la posibilidad de comprender la norma como una exclusión del estado de necesidad, circunstancia de no culpabilidad, respecto del patrimonio. Pues para su admisión parecería que siempre debe darse una diferencia de valor en favor del bien que se salva, lo que estaría en contra de la idea del estado de necesidad - causa de no culpabilidad, pues ésta es excluida cuando los bienes en conflicto son de igual valor.
- 805 Otro caso particular de estado de necesidad, no expresamente regulado, es el del conflicto de intereses pertenecientes a una misma persona. El caso más frecuentemente citado es el del bombero que se enfrenta a la disyuntiva de lanzar un niño sobre la lona de salvamento para evitarle una muerte segura, pero con el riesgo de causarle una lesión. Si esto último sucede, el bombero habrá actuado en estado de necesidad justificante.
- 806 En la mayor parte de las veces, se tratará sobre todo de casos concernientes a la causa justificante del consentimiento: el agente, en lugar de decidir sobre un conflicto de intereses, deberá actuar considerando cuál hubiera sido la decisión que hubiera adoptado el titular del bien jurídico en peligro. Por ejemplo, el médico que debe decidir si amputa una pierna al accidentado inconsciente y en peligro de muerte.
- 807 Un tercer caso particular es el siguiente: los órganos del Estado pueden pretender que alguno de sus actos sean justificados por el estado de necesidad. Sin embargo en los casos en que el conflicto entre la conservación de intereses públicos y la protección de in-

tereses particulares ha sido reglamentado especialmente, la aplicación del estado de necesidad no debe hacerse automáticamente en favor de los intereses públicos. El estado de necesidad puede tener efecto justificante, por ejemplo, cuando la autoridad competente libera detenidos para salvar la vida de rehenes. Así mismo, cuando debe interferir el teléfono de una persona para salvar la vida de terceros.

l. Elemento subjetivo

- 808 El agente debe estar consciente tanto de la situación de peligro como de la necesidad de proteger el interés preponderante. La protección de este interés debe constituir el fin decisivo de su comportamiento. Poco importa que obre, por ejemplo, por ambición personal o para obtener una ventaja pecuniaria. Esto se desprende del mismo texto de la disposición legal. El agente debe haber cometido el hecho "obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros". Si éste no ha sido su objetivo, habrá cometido únicamente una tentativa; pues falta en su comportamiento el desvalor del resultado. En este caso, resultan aplicables los mismos criterios establecidos con relación a la legítima defensa.

m. Conflicto de deberes jurídicos

- 809 Pueden citarse como ejemplos de este tipo de conflicto, primero, el caso del padre que sólo puede salvar a uno de sus hijos que están por ahogarse y, segundo, la del médico que, llamado al lugar donde se ha producido un grave accidente de tránsito, solamente puede asistir eficazmente a uno de los accidentados. En la doctrina, diversas son las respuestas que se dan a este problema.
- 810 Los deberes en conflicto son siempre de carácter legal. Si el conflicto se da entre un deber legal y otro moral o político, se debe cumplir el legal en detrimento de los otros.
- 811 Ante el dilema de actuar o de abstenerse, es de escoger la segunda alternativa, porque el cumplimiento de la primera implica siempre la violación de un bien jurídico. No es justificado que un médico desconecte el único corazón - pulmón de que dispone y que es

utilizado para salvar a un paciente, para cumplir su deber de salvar a otro paciente que viene de sufrir un grave accidente.

- 812 Si los deberes en conflicto imponen la realización de sendas acciones, el sacrificio de uno de los bienes en conflicto, siempre que sean de diferente valor, no impide que se justifique el acto del agente: por ejemplo, el hecho de que el padre, del caso citado anteriormente, haya preferido salvar precisamente a uno de sus hijos ante la imposibilidad de salvar a los dos. Poco importan las razones personales que determinaron su decisión de salvar a uno en lugar del otro. La justificación no se debe sin embargo a la aplicación del estado de necesidad, pues no puede admitirse que los intereses del salvado hayan sido preponderantes con respecto del "sacrificado". Se trata de un caso de estado de necesidad justificante supralegal. La aplicación del art. 24, inc. 2, no presentaría dificultades, por el contrario, si el cumplimiento de uno de los deberes en conflicto significaría la salvación de un bien jurídico más importante que el lesionado.
- 813 Esta propuesta interpretativa es preferible a la que propone considerar que, en caso de bienes jurídicos equivalentes (dos vidas), estaríamos ante hechos que caen dentro de un "ámbito jurídicamente libre". Así, el ordenamiento jurídico reconocería la libertad de decidir y, en consecuencia, el acto del agente sería siempre justificado. Tampoco parece conveniente la idea de considerar que "el conflicto es sólo la inevitable consecuencia de un estado existencial de necesidad, y ello no puede alterar las valoraciones generales". Por lo que, de acuerdo con el principio de que nadie está obligado a lo imposible y debido a la equivalencia de los intereses en conflicto, sólo puede constituir una causa de exclusión de la culpabilidad.
- 814 Rechazadas estas propuestas, resulta conveniente concluir admitiendo como regla que ante un conflicto de deberes jurídicos de actuar obra justificadamente quien cumple el deber más importante o, al menos, de igual valor al otro deber.

n. Exceso en el estado de necesidad

- 815 Si las condiciones del estado de necesidad no se dan en el caso particular es de aplicación, como lo hemos propuesto con relación al estado de necesidad causa de justificación, el art. 26, inc. 13. Se tratará generalmente de los casos de "excesos". La responsabilidad del agente subsiste, pero el juez podrá disminuir la pena. Esta individualización se hará de acuerdo con su culpabilidad.

K. Otras causas de justificación**a. Disposición de la ley**

- 816 Respecto a disposiciones extranjeras semejantes a la prevista en el art. 24, inc. 3, se ha afirmado que sólo constituyen una simple declaración general y una referencia a todas las demás reglas del orden jurídico. En los países donde los jueces no son siempre juristas, este tipo de disposición sirve para recordarles la existencia de otras causas de justificación, además de las mencionadas expresamente en el Código Penal. Además, esta referencia general a la legalidad no es superflua en un país en el que se viola con frecuencia el principio de que toda restricción de los derechos de las personas, de parte de los representantes del poder estatal o de los particulares, requiere siempre una base legal.
- 817 La fórmula "ordenado o permitido por la ley" es bastante amplia. Puede ser comprendida en el sentido que estatuye deberes (impone acciones) y derechos (permite acciones).
- 818 Lo mismo se puede decir respecto de la mención a la profesión, al cargo y a la autoridad. Toda profesión debe ser autorizada o tolerada por la ley; es decir no prohibida, ya que la regla es la libertad de trabajo. El hecho de asumir un cargo o una autoridad y el ejercerlo suponen necesariamente una base legal. En la Constitución (art. 43) y en la legislación pertinente se regulan la libertad de trabajo y el ingreso a la carrera administrativa, así como los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.

- 819 Lo mismo se puede decir del ejercicio legítimo de la autoridad ejercida. Menos precisa es la referencia que se hace al acto de ayuda que se preste a la justicia. No puede referirse a ninguno de los casos señalados anteriormente (funcionario, autoridad, profesional).
- 820 Por todo esto, las diversas circunstancias previstas en el inc. 3 del art. 24 pueden ser clasificadas en dos grupos: de un lado, los actos ordenados por la ley y, de otro, los actos permitidos o autorizados por la ley. Diferenciándose entre aquellos que constituyen el cumplimiento inmediato y directo de los dispuesto por la ley, de los que suponen un intermediario entre la ley y el que ejecuta directamente lo que ésta dispone.
- 821 En contra de lo que permitiría suponer una lectura superficial de la norma en estudio, el ser titular de un derecho, de un deber, de un cargo o profesión, no son factores suficientes para determinar la justificación de un acto típico. Esto depende de las circunstancias en las que se ejecuta el hecho concreto. Circunstancias que están determinadas por las disposiciones legales que las regulan. De allí que dicha norma puede ser considerada como ley en blanco o norma de reenvío. Su aplicación sólo es posible en la medida en que es completada por otras disposiciones que deben ser buscadas en todo el ordenamiento jurídico.

b. Cumplimiento de un deber

- 822 Conforme a lo explicado anteriormente, ejecutar un acto ordenado por la ley constituye el cumplimiento de un deber. Se trata, entonces, de un deber legal. Un deber moral no es suficiente. Si el autor se limita a cumplir con un deber legal y comete un acto que reúne las condiciones señaladas por una disposición de la parte especial del Código, su acto es lícito. Sería ilógico que el orden jurídico ordenare a una persona actuar de una manera determinada y la hiciera, al mismo tiempo, responsable penalmente de su comportamiento.
- 823 De acuerdo con el art. 207, inc. 1, del Código procesal penal, el testigo debe exponer la verdad de cuanto supiere y, según el art. 460 del Código Penal, será reprimido si comete falso testimonio. Así, el

ordenamiento jurídico impone a toda persona llamada a testimoniar en un proceso penal, la obligación de no faltar a la verdad. Por tanto, no puede pretender, al mismo tiempo, sancionarlo por difamación (art. 164) en razón de que imputa al procesado un comportamiento delictuoso.

- 824 De esta manera, se reconoce la primacía del buen funcionamiento de la administración de justicia, como interés preponderante frente al interés individual (el honor del procesado). Esto no significa empero que el cumplimiento del deber es ilimitado; su ejercicio está restringido tanto por la finalidad del deber como por la necesidad de realizar el acto típico. En el caso del testigo, éste no tiene por qué manifestar alegaciones contrarias al honor del procesado que sean innecesarias para el esclarecimiento de su responsabilidad. En la medida en que lo hace, sobrepasa los límites del deber que le impone la ley, no cumple con lo que ésta ordena. De modo que su comportamiento deja de ser el ejercicio legítimo de un deber legal.
- 825 En caso de conflicto de deberes, obra de manera lícita quien cumple el deber más importante o uno de ellos, si se trata de deberes de igual significación. Al respecto, es de tener en cuenta la primacía que tiene la dignidad de la persona y, por tanto, la trascendencia del cumplimiento de los deberes que la protegen.

c. Ejercicio legítimo de un derecho

- 826 El reconocimiento de un derecho en favor de una persona por parte del orden jurídico, implica que se le concedan igualmente los medios necesarios para ejercitarlo y para defenderlos. La fuente principal de estos derechos es, sin duda alguna, la Constitución en la medida en que consagra los derechos personales y sociales fundamentales. Pero quizás el mayor número de derechos reconocidos (llamados derechos subjetivos) se encuentra en las diversas leyes, pero también en los actos jurisdiccionales o administrativos, en los negocios jurídicos y en la costumbre.
- 827 De acuerdo con la terminología tradicional, debe tratarse de un derecho en el sentido de poder facultativo de obrar, sin interesar

como se le denomine (subjetivo, potestativo ...). Es decir de prerrogativas reconocidas por el derecho positivo (normas jurídicas) a una persona para hacer, no hacer o exigir algo. Su ejercicio, de eficacia *erga omnes*, implica generalmente la afectación de los derechos de las demás personas. Es en la determinación de los límites de estos derechos que se decide la fuerza justificante de su ejercicio.

- 828 Este ejercicio puede comportar la realización de un acto calificado de delito por la ley, posibilidad que ha sido prevista por el legislador y que, para evitar mayores contradicciones en el sistema, declara no sancionado porque el autor actúa ejerciendo un derecho. Este principio responde, en principio, a una exigencia lógica. Sería absurdo reconocer, de un lado, a una persona la libertad de actuar en nombre de un interés determinado y, de otro, calificar tal actividad de ilícita. Además, en la perspectiva de la función justificadora, el ejercicio de un derecho supone un conflicto entre dos derechos: primero, el de quien lo ejerce y, segundo, el de quien ve limitado su derecho por este ejercicio. Prima el derecho más importante y, en caso de igualdad, cualesquiera de ellos salvo que uno de estos afecte directamente la dignidad de la persona. En este caso, constitucionalmente, es de salvaguardar en primer lugar este bien fundamental. Además es de tener en cuenta los principios generales referentes a la primacía de las leyes superiores, posteriores y especiales sobre las inferiores, anteriores y generales.
- 829 Comprendido en sentido amplio, se puede considerar que el ejercicio de un derecho comprende otras causas de justificación. Así la legítima defensa es un derecho a proteger por sí mismo bienes personales en peligro. Esto pone en evidencia que no todo ejercicio de un derecho justifica el acto típico realizado, sino que es indispensable que dicho ejercicio sea realizado dentro del marco establecido por la ley. Sin incurrir, como consecuencia, en un abuso de derecho. Es fundamental sobre todo tener en cuenta si su titular puede ejercerlo directamente o si se requiere la intervención de una autoridad competente.

- 830 El ordenamiento jurídico no reconoce, como consecuencia, a los particulares un derecho irrestricto a hacerse justicia por ellos mismos. Muchos son los casos en que el ejercicio de los derechos tiene lugar en armonía con las personas implicadas. Por ejemplo, quien que corta las ramas de las plantas que sobrepasan el límite de su jardín, sin que su vecino se considere víctima de daños contra su propiedad. En caso de oposición de éste, el primer vecino no puede imponer su derecho mediante actos que impliquen la restricción de los derechos del segundo vecino. Estos actos no pueden ser justificados invocando el ejercicio de dicho derecho.
- 831 Así mismo, el acreedor no puede ejercer violencia o amenazas contra el deudor moroso para recuperar la suma que le ha prestado. El orden jurídico le ofrece las vías legales para hacer respetar su derecho. El límite del ejercicio del derecho está dado por el carácter arbitrario del comportamiento del agente. Este actúa arbitrariamente cuando recurre a la violencia, intimidación, engaño o cualquier otro medio vedado por el ordenamiento jurídico.
- 832 A veces, sin embargo, el orden jurídico autoriza a los particulares a intervenir con la finalidad de hacerse justicia. Casos que están comprendidos en la expresión "de la ayuda que preste a la justicia", que figura en el art. 24, inc. 3, *in fine*.
- 833 En materia penal, el art. 257, párrafo segundo, del Código Procesal Penal, autoriza a los particulares "a practicar la aprehensión" en los casos de flagrancia. Esta autorización de aprehensión tiene la finalidad de hacer posible la persecución penal del responsable. Debe tratarse, como consecuencia, de un hecho penal y es necesario que se den las condiciones legales que hacen a una persona sospechosa de ser la responsable. La aprehensión ha de practicarse recurriendo a los medios adecuados a las circunstancias. Como se puede tratar de un inocente, el particular, de la misma manera que la autoridad, no está autorizado a maltratar, lesionar o matar al sospechoso. En buena cuenta, debe evitarse toda violación de la dignidad de la persona.

- 834 Otro caso interesante es el denominado *jus corrigendi*. En la vida diaria, la educación de los menores requiere el recurso de determinadas medidas que constituyen restricciones de sus derechos fundamentales: por ejemplo, libertad, honor, integridad o bienestar corporal. El que recurre a estos medios realiza actos conformes a ciertos tipos penales: privación ilícita de la libertad, injuria, maltratos. Según los criterios de la pedagogía, estos castigos son muchas veces necesarios. La experiencia diaria nos enseña además que resulta casi imposible evitar su utilización en el proceso de disciplinar a los menores. Al mismo tiempo, se reconoce casi unánimemente que estos medios no deben provocar grave daño en la persona del menor. De ser este el caso, se le traumatizará y sus resultados serán entonces contraproducentes.
- 835 En esta perspectiva, el Código Civil en su art. 253, prevé que el titular de la patria potestad tiene la obligación de corregir a los hijos, "empleando medios prudentes de disciplina". Los límites de la corrección están determinados esencialmente por la declaración constitucional tanto referente a la protección de la persona y al respecto de su dignidad, así como a la familia (arts. 47, 51).
- 836 El derecho de corrección no puede ser ejercido sobre los hijos de otros. Los padres pueden delegar, sin embargo, en terceros, su derecho de corrección cuando por circunstancias particulares (ausencia, por ejemplo) no puedan ejercerlo. El derecho de corrección surge de las relaciones familiares y de tutela.
- 837 Los maestros tampoco son titulares de este derecho. Estos deben cumplir su labor de acuerdo con los criterios pedagógicos y las normas que regulan su actividad docente. Se trata más bien del ejercicio de un oficio. El titular puede, con un fin educativo, emplear medios coactivos que lesionan la integridad física, la libertad o el honor del menor. En todo caso, el ejercicio de esta potestad, comprendida en ejercicio del cargo o profesión, debe siempre adecuarse a los fines perseguidos. Los malos tratos de cierta gravedad no serán jamás justificados por la existencia de un pretendido derecho de corrección.

- 838 Un caso interesante es el derecho de huelga y paro, consagrado constitucionalmente (art. 104). Este derecho es una conquista social lograda por los trabajadores con mucho sacrificio. Constituye un medio de defensa de sus derechos y de lucha en favor de otros. Su ejercicio tiene efectos negativos sobre los derechos de terceros, comprendidos los de los patrones o empleadores. De constituir los actos que los producen (abandono del puesto de trabajo, no mantenimiento de los medios de trabajo, interrupción de la cadencia de producción, perturbación del orden o circulación públicos por manifestaciones callejeras, ...) objetivamente comportamientos típicos, no pueden ser calificados de ilícitos por ser indispensables para el ejercicio de un derecho constitucional "de conformidad con la ley". Sólo en la medida en que se sobrepase este límite se considerarán no justificados por el ejercicio del derecho de huelga (por ejemplo, actos vandálicos contra la propiedad de terceros con ocasión de una manifestación, destrucción de maquinarias para evitar que otros trabajadores reanuden las labores, agresión física contra los opositores a la continuación de la huelga). En el último ejemplo citado, se trata precisamente de la negación del derecho a la libertad de trabajo y, al mismo tiempo, del derecho de huelga: facultad de ejercitarlo o no. Aquí, se trata de un límite externo por oposición a los límites internos o consustanciales al derecho de huelga (los demás ejemplos dados).

d. El cumplimiento de orden obligatoria de autoridad competente

- 839 El legislador ha regulado, expresamente, la obediencia debida. La prevé, en el art. 25, inc. 4, como una causa de inculpabilidad. De acuerdo con esta disposición hay obediencia debida cuando existe subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto, la orden se dicta dentro del marco de las atribuciones del superior, revista las formalidades legales y no sea manifiestamente ilegal.
- 840 Su regulación expresa se justifica, en cierta medida, por el interés que existe en destacar la relación particular entre quien ordena y el que ejecuta la orden. Se trata de indicar la necesidad de determinar la

responsabilidad de ambos y no sólo del segundo que ejecuta material y directamente la acción típica. Al respecto, en la disposición citada, se dice "sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado".

- 841 A diferencia de lo que sucede en el caso del obrar por disposición de la ley, el aspecto específico es el hecho de que no existe una relación directa entre la ley y el funcionario que ejecuta el comportamiento típico, sino que entre los dos hay un intermediario: el superior jerárquico que dicta la orden para que dicho acto sea ejecutado. Lo que determina una triple relación: entre el superior y el inferior, entre éste y la persona que padece el acto ordenado y, por último, entre la víctima y el superior.
- 842 La relación jerárquica que supone la obediencia debida es de orden público e implica, de un lado, la potestad de mandar del superior y, de otro, el deber de obediencia del inferior. Por la naturaleza de sus funciones, existen diferencias, por ejemplo, entre la obediencia en el ámbito militar y en la administración pública civil. Por eso es de tener en cuenta las disposiciones legales que los regulan.
- 843 La obligatoriedad de la orden dictada por el superior depende precisamente de las disposiciones que reglamentan el ejercicio de su potestad. Formalmente, es indispensable que el superior sea competente para impartir la orden y, así mismo, que cumpla con la "formalidades legales".
- 844 A estas condiciones formales, se agrega un límite material. La orden impartida por el superior no debe vulnerar de manera evidente el orden jurídico y, en particular, no constituir un atentado contra la dignidad de la persona. El caso más claro de orden no obligatoria por razones materiales, aunque formalmente sea inatacable, es aquella por la que el superior ordena cometer un hecho penal. Respecto a la dignidad de la persona, no es de olvidar que la persona es el valor supremo conforme a la Constitución. Los intereses del Estado que pueden ser cumplidos o reforzados por la orden del superior no pueden prevalecer sobre el respeto de la dignidad de la persona. En

estos casos, la persona objeto del comportamiento ordenado por el superior puede defenderse legítimamente contra el inferior que lo ejecuta o trata de cometerlo.

- 845 En la estructura civil, el inferior debe señalar inmediatamente al superior las dudas que tiene sobre el carácter ilícito del comportamiento que ordena. En caso de ser obligado a cumplir la orden, será sancionado en la medida en que sea culpable. El superior será responsable por haber incitado al inferior a cometer el acto típico. En el ámbito militar la obediencia es más estricta, pero esto no debilita la vigencia del principio de la no obligatoriedad de las ordenes manifiestamente ilícitas o violadoras de la dignidad de la persona. Se trata de un conflicto de deberes: de un lado, el cumplimiento de una orden y, del otro, la obediencia al orden jurídico.
- 846 De conformidad con la Constitución, resulta inadmisibles aceptar que el mandato de un superior goza de una presunción de legitimidad a fin de que el aparato estatal no sea paralizado por dudas u objeciones de parte de quien debe cumplirlo. Las normas que regulan la actividad del Estado ofrecen las vías suficientes para que esto no suceda y, sobre todo, la actividad de sus órganos - en particular, la que implica una restricción de los derechos de las personas - siempre debe tener una base legal. La supuesta razón de Estado no puede fundamentar dicha actividad.
- 847 Se discute mucho sobre la obligatoriedad de las ordenes que pueden dar lugar a la comisión de delitos culposos: por ejemplo, el superior que ordena al chofer del vehículo de servicio a conducirlo a pesar del mal estado en que se encuentran los frenos. El inferior no debe obedecer cuando resulta bastante probable que se produzca un daño o la puesta en peligro concreto de terceros. No basta que el cumplimiento de la norma aparezca como lejanamente probable la producción de un tal perjuicio.
- 848 Quien obra en cumplimiento de una orden obligatoria, expedida por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, no es castigado. Su cumplimiento tiende a realizar la "voluntad del sistema jurídico

mismo". Por el contrario, si la orden es ilícita, el subordinado que la ejecuta comete un acto ilícito de la misma manera que el superior que la dicta. Pero, el subordinado no incurrirá en reproche alguno si está obligado a obedecer.

- 849 En este último caso, no se trata de calificar el acto, sino al autor; es decir, determinar su culpabilidad. El superior (autor mediato) será castigado en razón de la infracción cometida por el subordinado al cumplir la orden obligatoria ilícita. La doctrina dominante estima que esta concepción "diferenciadora" entre obediencia debida que justifica el acto (en razón del carácter lícito del mandato) y obediencia debida, circunstancia de no culpabilidad, permite comprender mejor la regulación legal. A pesar que el legislador la haya considerado como causa de inculpabilidad, es de tener en cuenta la doble consecuencia de la obediencia jerárquica. Sería no sólo incorrecto, sino altamente injusto considerar ilícito un acto típico que se ha cometido en cumplimiento de una mandato legal y dentro de los marcos de la ley.

e. Ejercicio legítimo de cargo público, de autoridad o de oficio

- 850 Según el texto mismo de la ley, se requiere, de un lado, que el cargo, la autoridad, o la profesión sean ejercidos legítimamente. Esto supone que sean reconocidos o aceptados por el orden jurídico y, ejercidos conforme a las normas legales positivas o consuetudinarias que las regulan. El aspecto esencial es, como consecuencia, esta doble conformidad con el derecho, con la ley. El que ejerce un cargo, autoridad o profesión realiza, por tanto, un acto legítimo aunque puede ser conforme a un tipo legal.
- 851 Comprendida de esta manera esta justificante, es de admitir que se trata de un caso especial de la circunstancia general de ejecutar "un acto, ordenado o permitido por la ley". El acto debe tener siempre una base legal. De donde se desprende que sería absurdo reprimirlo pues esto implicaría negar la unidad del ordenamiento jurídico y sería lógicamente contradictorio al admitir que un mismo acto sea prohibido y permitido al mismo tiempo.

- 852 El hecho de mencionar expresamente estas circunstancias se justificaría, en la medida en que la fórmula "disposición de la ley" sea interpretada restrictivamente: es decir, entendiendo por ley sólo el derecho positivo. De modo que no estarían comprendidos los actos cometidos en ejercicio de un cargo, autoridad o profesión que sólo estuvieran regulados por el derecho consuetudinario.
- 853 Como en los demás casos hasta ahora estudiados, el ejercicio de una de las actividades consideradas no basta para justificar el acto que sea conforme a un tipo legal. Tratándose igualmente de una norma de remisión a todo el ordenamiento jurídico, es indispensable que el autor permanezca dentro de los límites del derecho.

f. Ejercicio legítimo de un cargo o autoridad

- 854 Mediante esta fórmula, se hace referencia a los casos en que un órgano del Estado, en el cumplimiento de sus funciones, realiza un acto que se adecua a un tipo legal. No son raros estos casos, baste con señalar las diversas medidas coercitivas que el juez instructor puede practicar en el marco de un proceso penal, los múltiples actos restrictivos de derechos que cometen los órganos ejecutores de las penas privativas de libertad sobre la persona de los condenados y los medios coercitivos que utiliza la policía en la lucha o la prevención de la delincuencia.
- 855 Las condiciones en las cuales estos actos pueden ser realizados están previstas en la ley de la materia. Su estudio es objeto de cada una de las disciplinas que se ocupan de las normas mencionadas. El análisis de cada una de las situaciones sobrepasa, como consecuencia, ampliamente el marco del presente estudio. Interesa directamente al derecho penal determinar los efectos del error cometido en el ejercicio del cargo y las posibilidades de la persona afectada de actuar en legítima defensa.
- 856 La base de la circunstancia que analizamos es que el funcionario sea competente tanto en razón de la materia como del territorio. Esto supone, evidentemente, que el funcionario haya sido nombrado

conforme a ley, haya asumido el cargo o la función y que lo ejerza en el momento de realizar la acción cuestionada.

- 857 El acto debe constituir un acto de servicio y ser realizado conforme a ley y de acuerdo a los mandatos constitucionales. Formalmente debe reunir los requisitos establecidos por la norma legal respectiva. Materialmente debe estar conforme con los criterios de proporcionalidad y de necesidad del acto que implica la violación o restricción de derechos de una persona.
- 858 Al momento de actuar, el funcionario debe comprobar debidamente que las condiciones materiales de su intervención existen. No basta que haya actuado creyendo, con buena fe, que estas condiciones están presentes. El Estado, representado por sus órganos, no tiene el privilegio de equivocarse. Admitir este criterio significa aceptar que los funcionarios están cubiertos en caso de ejercicio abusivo o negligente de sus cargos. Esto no está acorde con el Estado de Derecho, el mismo que debe esforzarse tanto en garantizar los derechos fundamentales de las personas como en motivar a sus órganos para que actúen estrictamente conforme a ley.
- 859 Surgen problemas respecto a los actos cometidos bajo el amparo de un permiso obtenido coaccionando, corrompiendo o engañando a la autoridad competente para otorgarlo. La invalidez de esta autorización hace que el acto realizado sea típico e ilícito.
- 860 En razón de que la autorización debe ser legal y otorgada en forma particular, la complacencia temporal de la autoridad competente no puede neutralizar la prohibición legal existente. Esta debe ser derogada mediante una disposición expresa. El que actúa creyendo, en razón de la actitud de la autoridad, que su acto es lícito podrá alegar haber obrado bajo la influencia de un error de prohibición y, por tanto, considerarse no culpable.
- 861 La eficacia justificativa del ejercicio de un cargo está condicionada por las circunstancias particulares del caso. La intervención del funcionario se da, frecuentemente, en casos críticos y urgentes que hacen particularmente difícil la toma de decisión de intervenir. Es el

caso, por ejemplo, del policía que debe "aprehender a quien sorprenda en flagrante delito o persiga inmediatamente después de la comisión de un hecho punible" (art. 257, párrafo primero del Código Procesal Penal). La presunción de responsabilidad implica que el policía no puede tener la certeza de que la persona detenida haya realmente cometido el delito. Así, lo deja entrever la definición dada en la misma disposición citada: hay flagrancia no sólo cuando el delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, sino también cuando el agente es perseguido inmediatamente después de haber cometido el delito. El sospechoso, aunque no sea el verdadero autor, debe soportar que se le prive de libertad para que se efectúen los esclarecimientos necesarios.

- 862 Si el funcionario ha actuado con la debida diligencia y conforme a su competencia, la privación de libertad que practica no sólo constituye un acto no doloso (error inevitable) sino también conforme a derecho. La persona detenida no puede reaccionar contra el funcionario y si lo hace su acto no será justificado aun cuando *a posteriori* se compruebe que su detención fue indebida. Tiene el derecho de oponerse, por el contrario, cuando el agente actúa negligente o malintencionadamente al apreciar las circunstancias que condicionan la detención de acuerdo con ley.
- 863 El fundamento de la justificación está dado por la preponderancia del interés que constituye el objetivo del ejercicio del cargo frente al interés de la persona que ve restringido uno de sus derechos personales. En el ejemplo dado, la identificación y detención del responsable con miras a la realización de la justicia. Este interés es preferido al interés que tiene la persona sospechosa en conservar su libertad. Si un funcionario abusa de sus poderes, su acto no es lícito. Se hace responsable de un delito de abuso de autoridad.

g. Ejercicio legítimo de una profesión

- 864 Como ya lo hemos indicado, la regla es el principio constitucional del derecho a la libertad de trabajar. Su ejercicio no supone siempre una autorización especial o la regulación legal de la actividad. Esto es

sobre todo válido en países donde la crisis económica obliga a un gran número de personas a realizar diversas actividades para poder subsistir. La iniciativa y creatividad individuales son los únicos medios con que se cuenta para escapar a la desocupación masiva. La pretensión de regular estas innumerables actividades económicas constituye un obstáculo para su desarrollo y da lugar a una informalidad generalizada.

- 865 Esta realidad impone que se interprete de manera amplia el término profesión utilizado por el legislador. Debe entenderse que se trata de toda actividad laboral para evitar privilegiar únicamente a quienes ejercen profesiones que requieren una autorización y formación especiales. Lo que no significa descuidar las regulaciones necesarias de determinadas actividades por exigencia del orden y seguridad públicos. Por esto el ejercicio de un oficio supone que quien lo ejerce, obre dentro del marco legal, general o especial, pertinente.
- 866 El comerciante ambulante (informal), además de respetar las pautas municipales, debe actuar dentro de los límites que establecen las normas que regulan la comercialización del producto, objeto de su actividad. El ejercicio de su oficio no le faculta a explotar el trabajo de niños ni a poner en peligro la seguridad de la circulación pública de vehículos y peatones.
- 867 En el caso de los profesionales propiamente dichos (por ejemplo, médicos, farmacéuticos, ingenieros, abogados, periodistas ...), el título profesional que los autoriza a ejercer su oficio o profesión no constituye una patente de corso que justificaría cualquiera de los actos que cometan como tales. El periodista, alegando la libertad de prensa, no puede impunemente ultrajar el honor de las personas.
- 868 Vivas discusiones se han producido en torno a la actividad profesional de los médicos y, especialmente, de sus intervenciones quirúrgicas. Su deber de curar y salvaguardar la vida de los pacientes no le da plenos poderes sobre la vida y la salud de éstos. De acuerdo con el respeto de la dignidad de la persona, ésta es la única capacitada a decidir lo que conviene a sus intereses. Contra su voluntad no puede

ser sometida a un tratamiento, aun cuando pueda ser considerado el único medio de conservar su vida o mejorar su salud. De modo que la autorización que se les concede para ejercer la medicina implica el respeto de la *lex artis*, del juramento profesional y del conjunto de normas que regulan la profesión.

- 869 Como consecuencia, cada vez que se presenten dudas sobre la tipicidad e ilicitud de un acto cometido en el ejercicio de la medicina, como de toda otra profesión, debe indagarse sobre el marco jurídico en que ha sido ejecutado y, en particular, sobre si el paciente dio o no su consentimiento.

L. Consentimiento

a. Introducción

- 870 En la doctrina y en la jurisprudencia extranjeras se recurre, generalmente, a la noción de consentimiento para no sancionar ciertas conductas. Debido a que son pocos los Códigos penales que regulan expresamente el consentimiento, se le ha calificado con frecuencia de causa de justificación suprallegal. Se discute mucho, sin embargo, sobre sus efectos: excluir la tipicidad o justificar la acción típica.

b. Fundamento

- 871 La determinación de los efectos del consentimiento no es sólo un problema de técnica legislativa o de dogmática penal. Depende sobre todo de la concepción que se tenga sobre el derecho en general y, en particular, sobre el derecho penal. Además, resultan decisivos los criterios de política criminal que se admitan.
- 872 De acuerdo con los arts. 1 y 2 de la Constitución, la persona humana y el respeto de su dignidad son fines fundamentales del Estado. En armonía con esta concepción liberal, se considera, en primer lugar, como finalidad del derecho penal la protección de los bienes y derechos de la persona. Así mismo, la lesión o puesta en peligro de estos bienes y derechos como base para incriminar ciertas acciones. Por

estas circunstancias, el titular de esos bienes y derechos juega un papel decisivo. Su consentimiento constituye la expresión de su libertad personal y del ejercicio de sus derechos (consagrados como derechos fundamentales en los arts. 4 y 5 de la Constitución).

- 873 La violación o puesta en peligro de uno de sus bienes jurídicos, respecto de la cual él ha expresado su acuerdo, debe ser percibida, debido precisamente a su consentimiento, como el ejercicio de su libertad personal, condición básica del desarrollo de su personalidad.
- 874 La tendencia hacia el fortalecimiento de la libertad personal frente, sobre todo, al movimiento en favor de bienes colectivos o supra individuales ha favorecido la idea de reconocer mayor amplitud a los efectos del consentimiento.
- 875 La libertad personal no debe ser abusivamente obstaculizada por la pretensión estatal de proteger a las personas, sin distinción alguna, contra todo daño de uno de sus bienes y aun contra su voluntad. El rechazo de este criterio paternalista supone, justamente, reconocer que la libertad personal constituye, primero, la base tanto del respeto de la dignidad de toda persona como una condición indispensable del desarrollo de su personalidad y, segundo, uno de los fundamentos del Estado de Derecho regulado en la Constitución.
- 876 Desde esta perspectiva, no basta percibir los bienes jurídicos individuales (vida, salud, honor, libertad de movimiento, patrimonio,) sólo como cosas, intereses o relaciones valiosos, autónomos y preexistentes a las reglas legales que los protegen por ser condiciones indispensables para el desarrollo de la persona dentro de la vida comunitaria. Para que este desarrollo tenga lugar es indispensable que se garantice la libertad de la persona para disponer de dichos bienes conforme a sus aspiraciones y convicciones. Así, el patrimonio no sólo es el conjunto de cosas o intereses económicos, sino también la facultad de disponibilidad que sobre éstos tiene su titular. Del mismo modo, la salud o la integridad corporal son protegidas tanto en razón de su realidad somática o síquica como en consideración a que son la base de un ser libre que comprende y quiere. También la

libertad de tránsito implica la presencia de una voluntad de desplazarse.

c. Exclusión de la tipicidad

- 877 La lesión de un bien jurídico supone, de un lado, el daño o la puesta en peligro del objeto del delito (bien, en caso de daños a la propiedad; cuerpo humano, en relación a las lesiones; persona, con referencia a los delitos contra el honor) y, de otro lado, la restricción de la voluntad del titular de disponer o conservar el bien jurídico concretado en el objeto del delito.
- 878 En consecuencia, si el dominio del titular sobre el bien jurídico no es violado, la agresión es penalmente sin importancia. El ataque no es típico porque el bien jurídico (y no el objeto del delito) no ha sido dañado o puesto en peligro. Por ejemplo, cuando el propietario de un bien (mueble o inmueble) consiente que éste sea dañado o destruido no se realiza el tipo legal de daño (art. 278) porque el bien jurídico patrimonio, a pesar de que el objeto haya sido dañado, no ha sido lesionado. Esta lesión es excluida porque el consentimiento del propietario constituye una manifestación del libre ejercicio de su capacidad de disposición.
- 879 En casos cotidianos como el corte de pelo por un peluquero, la aplicación de una inyección por un enfermero, el podar las plantas por un jardinero, el consentimiento del titular del bien integridad corporal, salud o patrimonio hace desaparecer el aspecto negativo del resultado. Lo mismo sucede respecto al desvalor de la acción del agente, quien justamente no actúa con la intención de ocasionar un resultado perjudicial. Mediante su obrar colma más bien una de las necesidades del interesado. A la misma conclusión debe llegarse cuando se trate de casos que caen dentro del ámbito de los comportamientos socialmente adecuados o neutros que venimos de señalar. Por ejemplo, destruir un bien valioso para satisfacer el deseo de una persona querida o hacerse tatuar el cuerpo. Aquí, lo decisivo es, igualmente, el hecho de que la persona implicada es la única competente para decidir lo que conviene a su bienestar. Admitir el

criterio opuesto significaría aceptar una concepción paternalista extrema que haría del Estado el árbitro supremo de lo que conviene a la persona aun en contra de ella misma.

d. Acuerdo y consentimiento

- 880 En la perspectiva descrita, debe analizarse la distinción que se hace, en doctrina, entre el consentimiento (*Einwilligung*) y el acuerdo (*Einverständnis*). Según el criterio dominante, este último excluye la tipicidad. Es de aplicación en el caso de los delitos en que el tipo legal supone la realización de una acción contra la voluntad de la víctima. Por ejemplo, el hurto implica ruptura de posesión; es decir, sustracción del bien mueble ajeno contra la voluntad de su propietario. Si éste regala uno de sus bienes muebles o autoriza a un tercero para que se lo apropie no se realiza el tipo legal previsto en el art. 246. El allanamiento de morada (art. 206) supone que el agente penetre o permanezca en casa ajena sin derecho, sin autorización del titular. En caso de que éste consienta, el acto realizado por el autor no será típico. Si la mujer acepta practicar el acto sexual, no se dará el delito de violación (art. 173). Todos estos actos no son conformes a los tipos legales correspondientes debido a que el bien jurídico protegido no ha sido lesionado. Según Jescheck, "Si el afectado está de acuerdo, la acción punible se convierte en un proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado".
- 881 El consentimiento propiamente dicho, por el contrario y conforme a la concepción mayoritaria, sólo sería una causa de justificación. Este criterio supone que el acto realizado corresponde al tipo legal: el agente inutiliza o destruye el bien mueble o inmueble (art. 278) o produce una solución de continuidad en los tejidos del cuerpo de una persona (art. 144). El carácter ilícito de estos comportamientos es excluido por el consentimiento del interesado. El actuar de conformidad con la voluntad del afectado no constituye aquí un proceso normal de la vida social. Sus consecuencias pueden ser extremadamente dolorosas; sin embargo el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportarlas por las razones que sean. El fundamento invocado, generalmente, es el

derecho a la autodeterminación (en tanto derecho consuetudinario) o a la libertad personal consagrada en la Constitución.

- 882 También se ha buscado reforzar este criterio invocando la presencia de un conflicto entre la libertad de la persona a disponer de sus bienes y el interés de la comunidad en la conservación de los mismos. La lesión del bien jurídico será justificada en la medida en que esté comprendida por la libertad de su titular y concurran los especiales presupuestos de la eficacia del consentimiento. Este esfuerzo busca descartar la crítica que se hace a la concepción dominante, según la cual el consentimiento no puede ser catalogado entre las causas de justificación porque éstas suponen siempre un conflicto de intereses o la necesidad del comportamiento. Contra esta propuesta también es válido el argumento expresado anteriormente y basado en el rechazo de todo criterio paternalista que daría al Estado un poder muy extenso respecto a decidir lo que conviene o no a las personas.
- 883 La distinción entre acuerdo y consentimiento es demasiado problemática. El criterio no es de carácter material: no son por "naturaleza" diferentes. Es una cuestión dependiente de la manera como los tipos legales han sido elaborados. En el caso de violación de correspondencia (art. 217), por ejemplo, la autorización dada por el destinatario para que un tercero abra la carta puede ser considerada como causa de justificación porque éste ha realizado el tipo legal debido a que ha abierto un sobre que no le estaba destinado. Pero también puede estimarse que se trata de un comportamiento no típico en razón de que el permiso otorgado por el titular del derecho convierte al tercero en destinatario y, como consecuencia, falta un elemento del tipo legal: "correspondencia, pliego ... que no le estén dirigidos" (art. 217). Lo que significa que el bien jurídico no ha sido lesionado.
- 884 El caso del delito de lesiones corporales es un ejemplo muy claro de que la solución del problema reside, principalmente, en la interpretación del tipo legal respectivo. De otra manera, resultaría incomprensible por qué la doctrina casi unánimemente afirma que el consentimiento excluye la tipicidad. En cuanto al tratamiento médico,

gran parte de la doctrina ha afirmado que el galeno no maltrata al paciente sino que lo somete a un tratamiento curativo. Mientras que la jurisprudencia, en países como Alemania y Suiza, estima que la intervención del médico es típica y que sólo el consentimiento del paciente excluye la represión porque justifica el tratamiento médico. De acuerdo con Roxin, saber si la lesión causada sin consentimiento del interesado está de acuerdo con el tipo legal del delito de lesión corporal provocada por el tratamiento no consentido, no depende de la manera como se conciba el consentimiento. Es más bien una cuestión de política criminal: mientras no exista una disposición que reprima dicho comportamiento como un delito contra la libertad individual, subsiste un interés innegable de proteger la libertad de disponibilidad de este bien mediante la norma que reprime el delito de lesión corporal.

e. Derechos de la persona irrenunciables

- 885 Un obstáculo a la aceptación de la tesis del consentimiento como excluyente de la tipicidad parece ser el hecho de considerar los derechos inherentes a la persona humana como irrenunciables y que, por tanto, no pueden ser objeto de disposición.
- 886 Según estos criterios, la regla general sería la inalienabilidad de los derechos inherentes a la persona. Lo que haría ineficaz todo consentimiento respecto a su violación; es decir, invalida toda renuncia total o parcial. Esto explicaría que su ejercicio no pueda sufrir limitación voluntaria. Toda violación de estos derechos descrita como una infracción penal sería típica y sólo podría justificarse su realización en los casos previstos como excepciones. Así, por ejemplo, en caso de lesiones cuando su realización sea exigencia de un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si es inspirada por motivos humanitarios.
- 887 La deficiencia de esta argumentación reside en que parte de un presupuesto incorrecto. Los derechos inherentes a la persona no son inalienables o irrenunciables. Esta declaración contradice el principio constitucional básico de la prioridad de la persona sobre la sociedad y

el Estado, así como la libertad personal como fundamento del Estado de Derecho.

f. Casos de ineficacia del consentimiento

- 888 Si el consentimiento no excluye la tipicidad, esto se debe ya sea al bien jurídico protegido, ya a la manera como el tipo legal ha sido elaborado. Lo que significa que estamos ante una cuestión referida, en particular, al estudio de la parte especial del derecho penal. Factor decisivo es el análisis específico de cada uno de los tipos legales. Los criterios que se formulen respecto de este problema están condicionados por este análisis.
- 889 Cuando el tipo legal sólo protege un bien colectivo, es evidente que el consentimiento de una persona no tiene ningún efecto sobre la tipicidad del acto. Por ejemplo, cuando se ataca el bien jurídico seguridad pública creando un peligro común para las personas o los bienes mediante incendio (art. 282). El consentimiento de la o de las personas expuestas realmente a peligro no excluye la tipicidad. El orden jurídico busca proteger a las personas o los bienes de éstas de manera indeterminada (peligro común). Lo mismo acontece con relación al art. 302 que reprime al que "envenenare, contaminare o adulterare, de modo peligroso para la salud, agua de uso común o particular. o sustancia alimenticia o medicinal destinadas al consumo". El consentimiento de la víctima individual es irrelevante porque el bien jurídico protegido es la salud pública.
- 890 El mismo criterio debe aplicarse en relación con los delitos contra la administración pública a pesar de que una persona sea directamente perjudicada por el comportamiento. Así, por ejemplo, el delito previsto en el art. 418. Según esta disposición, se reprime al funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal ...". Además del bien jurídico protegido, es de tomar en consideración que el legislador mismo declara implícitamente inválido el consentimiento de la persona objeto del delito. Ella se encuentra en un estado de inferioridad, de desamparo respecto al funcionario (policía, juez ...). Un razonamiento

semejante debe hacerse con relación a los tipos legales en los que se prevé una intervención de la víctima y se la protege de manera especial. Es el caso, por ejemplo, de los delitos sexuales en los que la víctima es un menor de doce años (art. 173, inc. 3) o está incapacitada de resistir (art. 173, inc. 2).

- 891 La discusión es intensa respecto a los tipos legales que protegen la vida y la integridad corporal o la salud. El punto de partida de la regulación de las infracciones contra la vida es la ineficacia del consentimiento de la víctima. Esto explica que se reprima al que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente ponga fin a sus intolerables dolores. Caso previsto como un homicidio atenuado (homicidio piadoso) en algunos Códigos penales pero no previsto en el Código guatemalteco. La importancia capital de la vida como bien jurídico, justifica que se le proteja (aún en forma atenuada) contra el propio interesado. Reconocer la validez del conocimiento en base a la libertad personal puede dar lugar a situaciones no deseadas cuyas consecuencias serían irreparables (estado personal de quien consiente debido a una perturbación pasajera de sus capacidades síquicas, por ejemplo).
- 892 La regulación del delito de lesiones en sus diversas formas no prevé una disposición que señale, aun implícitamente, un criterio referente al consentimiento. Como todo delito, el delito de lesiones supone más bien que sea cometido contra la voluntad de la víctima. Al respecto es de tener en consideración que, generalmente, se autoriza la donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que se regeneran y tratándose de aquellos que no regeneran sólo si no constituyen un grave daño a la salud o no acortan sensiblemente el tiempo de vida del donante.

g. Requisitos del consentimiento

- 893 Los alcances del consentimiento están, igualmente, condicionados por la determinación de los requisitos que debe reunir. Los criterios valorativos son también aquí decisivos.

- 894 Sin pretensiones de tratar exhaustivamente el tema, señalemos los siguientes requisitos. Primero, quien consiente debe ser capaz de apreciar, correctamente, la finalidad y la importancia de la lesión. En caso de incapacidad, el representante legal es el llamado a decidir y sólo en favor de los intereses del representado. Tratándose de bienes altamente personales (por ejemplo, la libertad sexual) sólo el interesado puede consentir. Depende del tipo legal la cuestión de saber si basta la capacidad natural o si se requiere una capacidad especial, pero no necesariamente la capacidad civil porque no se trata de un acto o negocio jurídico (civil). El consentimiento de un niño con discernimiento puede excluir el tipo legal del hurto (art. 246), mas no el de estafa (art. 263).
- 895 Segundo, el consentimiento debe ser dado sobre la base de una información suficiente y exacta sobre los alcances de la acción a autorizarse. La apreciación de la importancia de la lesión está en relación con el conocimiento que, de la situación en que se encuentra, tiene quien consiente. En caso de intervención quirúrgica, por ejemplo, el médico está obligado a informar cabalmente al paciente que debe dar su consentimiento.
- 896 Tercero, el consentimiento debe ser expresado antes de la realización del acto perjudicial. De aquí se deducen dos consecuencias importantes: de un lado, el interesado puede retractarse en todo momento antes de la consumación de la acción y, de otro lado, el perdón (consentimiento *a posteriori*) no justifica el acto ya cometido; aunque puede ser considerado al momento de la individualización de la sanción.
- 897 Cuarto, el consentimiento debe ser dado en plena libertad. Es decir, no debe ser el resultado de un error u obtenido mediante coacción o astucia. Sin embargo, no todo error puede invalidar el consentimiento. Para aclarar esta afirmación se da como ejemplo el hecho de obtener que una persona permita se le extraiga sangre bajo la promesa de una remuneración, promesa que no es cumplida. El responsable sólo podría ser reprimido por estafa y no por lesiones.

- 898 Si el autor no tuvo conocimiento de que la "víctima" consentía la realización de su acto (sustraer la cosa, penetrar en la casa ...), la realización del tipo legal no puede tener lugar. Es un caso de tentativa imposible punible de acuerdo con el art. 15.
- 899 Por último, la validez del consentimiento no depende de que sea manifestado respetando una determinada formalidad. No es necesario, por ejemplo, que sea establecido por escrito. Basta que la persona interesada concrete por un acto externo el ejercicio de su libertad de disposición. En ningún caso el consentimiento puede ser presumido. Tampoco es suficiente un consentimiento general (como el exigido en caso de internamiento en un hospital) con relación, por ejemplo, a un acto particular (intervención quirúrgica).

§ 6. Culpabilidad

A. Responsabilidad

- 900 La constatación de la tipicidad y de la antijuricidad de un acto no implican necesariamente la punición del agente: éste debe ser declarado responsable. La responsabilidad significa que el autor es culpable y que la sanción penal es necesaria de acuerdo con la necesidad de prevención deducida de las condiciones previstas en la ley. Actúa culpablemente quien comete un acto ilícito (típico y antijurídico) y que, en la situación concreta, era un destinatario capaz de comprender el mandato contenido en la norma y capaz de determinarse de acuerdo con dicha comprensión. Esto significa que tenía, en principio, la posibilidad de comportarse conforme a derecho.
- 901 De acuerdo con el fin de prevención general de la pena (evitar mediante la amenaza de la pena la realización de actos delictuosos), resulta necesario castigar al autor culpable. Esta necesidad de castigar - basada en la culpabilidad - no constituye, sin embargo, el fundamento de la responsabilidad. Comprendida como el conjunto de condiciones que justifican imponer una pena, la responsabilidad