

**U N I V E R S I D A D   D E   E L   S A L V A D O R**  
**F A C U L T A D   M U L T I D I S C I P L I N A R I A   O R I E N T A L**  
**D E P A R T A M E N T O   D E   D E R E C H O**



**LA DEFENSA NECESARIA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL  
SALVADOREÑO 1998-2001.**

**TESIS:**

**PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS.**

**PRESENTAN:**

**RUTH PATRICIA FERRUFINO VELÁSQUEZ.**

**ANA ELSY JAIME UMANZOR.**

**KELY DE LOS ANGELES FLAMENCO QUIJANO.**

**SAN MIGUEL, JUNIO DE 2002.**

**SAN MIGUEL**

**EL SALVADOR**

**CENTROAMÉRICA**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES

DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ  
RECTORA

LIC. JOSÉ FRANCISCO MARROQUIN  
VICE-RECTOR

LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOS VELA  
SECRETARIA GENERAL.

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

AUTORIDADES

ING. JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ  
DECANO

LIC. MARCELINO MEJIA GONZALEZ  
VICE-DECANO

LIC. LOURDES ELIZABETH PRUDENCIO COREAS.  
SECRETARIA

DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y  
CIENCIAS SOCIALES

AUTORIDADES

LIC. RAFAEL ANTONIO ANDRADE POLIO  
JEFE DEL DEPARTAMENTO

LIC. JOSÉ FLORENCIO CASTELLÓN  
DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. CARLOS SOLORZANO TREJO  
DIRECTOR DE CONTENIDO

LIC. MARTA VILLATORO DE GUERRERO  
DIRECTORA DE METODOLOGÍA

## **DEDICATORIA.**

El Principio de la Sabiduría es correr tras ella;  
¡busca la inteligencia a cambio de todo lo que tienes!  
Elígela, te exaltará; apégate a ella, te honrará. Proverbios 4:7

### **A DIOS TOPODEROSO:**

Por encontrar en él, un sentido verdadero a mi existencia.

### **A MIS PADRES:**

Tomás y Maritza, por ser el modelo de perseverancia que ha guiado mi vida y enseñarme que las metas se cumplen cuando uno se esfuerza.

### **A MIS HERMANAS:**

Carolina y Lianita, por comprender mis miedos, compartir mis sueños y ayudarme a concretarlos.

### **A MI COMPAÑERA DE TESIS ANA ELSY:**

Porque juntas compartimos los momentos más difíciles en estos ocho meses; pero comprendimos que la amistad es la mejor arma para los problemas.

### **A MIS AMIGOS.**

Por las palabras de aliento que me motivaron a seguir adelante y por el apoyo sin límites e incondicional.

**RUTH PATRICIA FERRUFINO VELÁSQUEZ.**

## **DEDICATORIA.**

Bienaventurado el hombre que haya la sabiduría;  
y que obtiene la inteligencia; porque  
su ganancia es mejor que la ganancia de la plata  
y sus frutos más que el oro fino. Proverbios 3:13.

### **A NUESTRO CREADOR:**

Por haberme guiado en el camino para alcanzar la meta propuesta; permíteme servir con sabiduría en la vida profesional y cumplir con tus mandamientos.

### **A MIS PADRES:**

Gracias por esforzarse y sacrificarse día con día; para que pudiera obtener la más valiosa herencia que nadie me puede robar, hurtar ni usurpar; no tengo como agradecerles más que dedicándoles este triunfo a ustedes.

### **A MIS HERMANOS:**

Por su amor y comprensión incondicional que me brindaron.

### **A MI ESPOSO:**

Sé que estas líneas no son suficientes para expresarte mí agradecimientos por la paciencia y comprensión que me brindaste; por decirme a cada momento: “Esfuézate, como si la existencia dependiera de lo que estas haciendo en estos momentos; como si fuera lo más trascendente que existe en el mundo.”

### **A MI COMPAÑERA DE TESIS RUTH PATRICIA:**

Muchísimas gracias porque en las circunstancias buenas y malas que se nos presentaron en el Seminario de Tesis; tu estabas ahí para darme ánimos para seguir adelante; y gracias a Dios que al final de nuestro sacrificio, esfuerzo y sufrimientos obtuvimos una gran recompensa.

**ANA ELSY JAIME UMANZOR.**

## **INDICE.**

Introducción .....	1
<b>CAPITULO I</b>	
<b>MARCO METODOLOGICO</b>	
1.1 Planteamiento del Problema .....	2
1.2 Justificación .....	4
1.3 Objetivos .....	5
a) General .....	5
b) Específicos .....	5
1.4 Tipo de Investigación .....	5
1.5 Definición de Hipótesis .....	6
a) General .....	6
b) Específica .....	6
1.5.1 Operacionalización de Hipótesis .....	7
1.6 Delimitación del Estudio .....	9
1.6.1 Temporal .....	9
1.6.2 Espacial .....	10
1.7 Metodología .....	10
1.7.1 Universo y tamaño de la Muestra .....	11
1.7.2 Unidades de análisis .....	11
1.7.3 Instrumentos para la Investigación de Campo .....	12
1.8 Propuesta capitular .....	13
<b>CAPITULO II</b>	
<b>MARCO TEORICO</b>	
2.1 Teoría Clásica .....	16
2.2 Teoría Neoclásica .....	17
2.3 Teoría de la Acción Final “finalismo” .....	19
2.4 Teoría de los elementos Negativos del Tipo .....	20
2.5 El Funcionalismo .....	21

## CAPITULO III

### MARCO DE REFERENCIA

3.1	Evolución Histórica de la Defensa Necesaria .....	24
3.1.1	El estado de la Independencia Natural .....	24
3.1.2	Derecho Romano .....	26
3.1.3	Derecho Germánico .....	27
3.1.5	Derecho Canónico .....	28
3.1.6	Edad Media .....	28
3.1.7	Derecho Penal Español .....	29
3.2	Evolución Histórica de la Defensa Necesaria en la Legislación Penal Salvadoreña .....	31
3.2.1	Reseña Histórica .....	31
3.2.2	Código Penal de 1,826 .....	32
3.2.3	Código Penal de 1,859 .....	34
3.2.4	Código Penal de 1,881 y 1,904 .....	35
3.2.5	Código Penal de 1,973 .....	36
3.2.6	Código Penal Actual .....	37

## CAPITULO IV

### ANALISIS DE LA TEORIA DEL DELITO

4.1	Introducción .....	40
4.1.1	Concepto .....	40
4.1.2	Método .....	40
	a) Garantía de Racionalidad .....	41
	b) Función Política Criminal .....	41
	c) Función Científica .....	41
	d) Función en Relación al Estado de Derecho .....	42
4.2	Desarrollo de la teoría de la Acción Final .....	42
4.2.1	Concepto .....	42
4.2.2	Fundamento .....	43
	a) Ético Social .....	43

b) Fundamento Filosófico .....	44
4.2.3 Importancia de la Teoría Finalista Como Limite del Poder del Estado .....	45
4.3 Elementos del Delito .....	46
4.3.1 Acción .....	47
4.3.1.1 Concepto .....	47
4.4.1.2 Equiparación de la Finalidad al dolo .....	50
4.3.1.3 La Dogmática de la Acción Final en los Delitos Culposos .....	51
4.3.1.4 La Dogmática de la Acción Final en los Delitos Omisivos .....	52
4.3.1.5 Ausencia de Acción .....	53
4.3.2 La Tipicidad .....	54
4.3.2.1 Concepto .....	54
4.3.2.2 Elementos del Tipo .....	55
a) Elementos Objetivos .....	56
b) Elementos Subjetivos .....	57
4.3.2.3 El dolo de Tipo .....	58
4.3.2.4 Culpa de Tipo .....	59
4.3.2.5 Causas de Atipicidad ó Ausencia de Tipicidad .....	60
a) Por Ausencia de los elementos Objetivos .....	60
b) Por Ausencia de los Elementos Subjetivos .....	61
c) Error de tipo .....	61
4.3.3 La Antijuricidad .....	64
4.3.3.1 Concepto .....	64
4.3.3.2 Naturaleza .....	64
4.3.3.3 Clases .....	65
a) Antijuricidad Formal .....	65
b) Antijuricidad Material .....	65
c) Antijuricidad Objetiva .....	65
d) Antijuricidad Subjetiva .....	66
4.3.3.5 El Aspecto Negativo de la Antijuricidad “Las Causas de justificación” .....	69
4.3.4 La Culpabilidad .....	70
4.3.4.1 Concepto .....	70

4.3.4.2	Elementos de la Culpabilidad .....	71
a)	Imputabilidad o capacidad de Culpabilidad .....	71
b)	Conocimiento de la Antijuricidad .....	73
I)	Error que afecta el conocimiento en la Antijuricidad .....	76
II)	Diferencia entre error de Tipo y Error de Prohibición .....	77
c)	Exigibilidad de otra Conducta .....	78
4.4	La Punibilidad	
4.4.1	Naturaleza .....	80
a)	Condiciones Objetivas de Punibilidad .....	80
b)	Excusas Absolutorias .....	81

## CAPITULO V

### LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN DE RESPONSABILIDAD PENAL

5.1	Concepto .....	83
5.2	Fundamento .....	83
5.2.1	Base Monista o Individual .....	83
5.2.2	Base Pluralista .....	84
5.3	Naturaleza Jurídica .....	84
5.4	Fuentes .....	85
5.5	Fundamento Legal .....	86
a)	Fundamento Constitucional .....	86
b)	Fundamento Internacional .....	86
c)	Regulación en el Código Penal .....	87
5.6	Presupuestos de las Causas de Justificación .....	89
5.6.1	Modo de constatar su presencia .....	90
5.6.2	Relevancia Penologica de la concurrencia ono del Presupuesto .....	91
5.7	Consecuencias Jurídicas de las causas de Justificación .....	91
5.8	Elementos de las Causas de Justificación .....	92
5.8.1	Objetivos .....	92
5.8.2	Subjetivos .....	92
5.9	El Error en las Causas de Justificación .....	93

5.9.1	El Error que afecta el Conocimiento de la Antijuricidad .....	93
5.9.2	El Error de Comprensión .....	94
5.10	Causas de Justificación en Particular .....	94
a)	Cumplimiento de un deber Legal .....	95
b)	Legítimo Ejercicio de un Derecho .....	96
c)	El legítimo Ejercicio de una Actividad Lícita , o un Cargo Público .....	97
d)	Defensa Necesaria .....	98
e)	Estado de Necesidad .....	99
f)	Colisión de deberes jurídicos .....	100

## CAPITULO VI

### LA DEFENSA NECESARIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA

6.1	La Defensa Necesaria .....	101
6.1.1	Concepto .....	101
6.2	Fundamento Legal .....	101
a)	Fundamento Constitucional .....	101
b)	Fundamento Internacional .....	102
c)	Código Penal .....	103
6.3	Naturaleza Jurídica .....	103
6.4	Fundamento .....	104
6.4.1	La Defensa necesaria como Causa de la inculpabilidad .....	104
6.4.2	La Retribución o Castigo .....	105
6.4.3	Falta de Protección Estatal .....	106
6.4.4	El Fundamento Doble fundamento de la Defensa Necesaria.....	107
6.5	Restricciones .....	108
6.5.1	Agresiones de Personas inculpables o que actúan con culpabilidad Notablemente disminuida .....	109
6.5.2	Agresión Insignificante y Defensa que comporta peligro para la Vida del Agresor .....	110
6.6	Elementos .....	110
6.6.1	Elementos Objetivos .....	111

6.6.2	Elementos Subjetivo .....	111
6.7	Requisitos .....	111
6.7.1	Agresión Ilegítima .....	112
	a) Agresión .....	112
	b) Bienes Jurídicos defendibles .....	113
	c) Agresión dolosa .....	114
	d) La Ilegitimidad de la agresión .....	115
	e) Actualidad de la agresión .....	115
	f) Agresión Ilegítima en riña mutuamente aceptada .....	116
6.7.2	Necesidad Razonable de la defensa empleada para impedirlo o repelerla .....	117
	a) Necesidad de defensa .....	117
	b) La Omisión como defensa .....	118
	c) La Racionalidad del medio empleado .....	118
6.7.3	No haber sido provocada la agresión de modo suficiente	
	por quien ejerce la defensa .....	119
	a) Provocadora .....	120
	b) Lo Suficiente de la Provocación .....	120
6.8	Defensas Especiales .....	121
6.8.1	Defensa de terceros .....	121
6.8.2	Defensa predispuesta .....	122
6.8.3	Defensa con daños a terceros inocente .....	123
6.9	Defensas Imperfectas .....	124
6.9.1	Defensa excesiva .....	125
	a) Exceso extensivo .....	125
	b) Exceso Intensivo .....	126
	6.9.1.1 El Exceso como atenuante de la culpabilidad o de la Antijuricidad .....	127
6.9.2	La Defensa Necesaria Putativa .....	128

**CAPITULO VII**  
**DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.**

Instrumento Número 1 .....	131
Instrumento Número 2 .....	138
Instrumento Número 3.....	145
Instrumento Número 4 .....	151
Instrumento Número 5 .....	155

**CAPITULO VIII**

**ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS**

8.1 Introducción .....	159
8.2 Fiscalía General de la República .....	160
8.2.1 Atribuciones .....	160
8.2.2 Funciones .....	161
8.3 Defensores .....	163
8.3.1 Introducción .....	163
8.3.2 Funciones de los Defensores .....	163
8.3.2.1 Función General .....	163
8.3.2.2 Función Especifica .....	163
8.4 El Juez Penal .....	164
8.4.1 La potestad de administrar Justicia .....	164
8.4.2 Atribuciones de los Jueces .....	165
a) Jueces de Paz .....	165
b) Jueces de Instrucción .....	166
c) Jueces de Sentencia .....	166

**CAPITULO IX**

**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

9.1 Conclusiones .....	170
9.2 Recomendaciones .....	173
- Bibliografía .....	175
- Anexos	

## 1. INTRODUCCIÓN.

En el Derecho penal existen diferentes tipos de normas como son: las prohibitivas, imperativas y permisivas; el estudio de éstas últimas específicamente La Defensa Necesaria, es la que se desarrollará a continuación.

Ésta excluyente de Responsabilidad Penal, ha sido conocida desde los primeros tiempos de la humanidad, siendo tan remoto sus antecedentes, que algunos autores opinan que ésta no tiene contingencia histórica. La bibliografía respecto a la evolución que ha tenido a través de la historia es escasa, sin embargo en el presente documento se tratará de enfocarla como se ha venido desarrollando en los diferentes periodos de la humanidad y en la legislación penal salvadoreña.

La investigación estará orientada bajo los parámetros de la teoría de la acción final que es el eje central la legislación penal vigente, en la que se hará un breve análisis de cada uno de los elementos del delito que está considera, así como de la punibilidad como consecuencia de un hecho punible.

Posteriormente se hará un bosquejo de las causas que excluyen de la responsabilidad penal en base al artículo 27 del código penal, cual es el fundamento legal, su naturaleza, elementos, presupuestos y las consecuencias jurídicas de las mismas.

Por último se ampliará el tema objeto de estudio; “La Defensa Necesaria” que es una institución que encierra una serie de dificultades en cuanto a los requisitos que exige, para considerarla como tal, así mismo los problemas que representa su aplicación en la práctica judicial.

Dejaremos bien en claro lo que es la Defensa Necesaria, su importancia, fundamentos, naturaleza jurídica, restricciones, elementos, requisitos y las diferentes clases de defensa que existen, a si como el exceso dentro de ellas; para poder lograr con ello dar un aporte a la justicia, a quienes tienen que pedirla y aplicarla.

## CAPITULO I

### MARCO METODOLOGICO.

#### 1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El Estado como ente soberano es el encargado de regular las conductas sociales y es a través del Derecho de castigar que hace uso de una serie de instrumentos legales como por ejemplo el Derecho Penal, el cual regula los supuestos que al ser realizados por el sujeto se vuelve merecedor de una pena o medida de seguridad.

Al mismo tiempo, permite que en ciertos casos una “conducta antijurídica (contraria a la ley) se vuelva jurídica o acorde a Derecho, esto se da, al existir una causa de Justificación la que convierte la conducta del agente en legitima, justa y jurídica por cuanto está autorizada por el ordenamiento jurídico”<sup>1</sup> pero este Derecho (Defensa Necesaria) no debe ser concebido como absoluto ya que para que se configure debe reunir una serie de requisitos y no sobrepasar los límites establecidos en la ley.

La Defensa Necesaria en el ordenamiento jurídico penal Salvadoreño data desde el primer código penal de 1826 encontrándose desde esa época con limitantes para su aplicación.

Con la entrada en vigencia de los nuevos códigos penal y procesal penal el problema de cómo resolver sobre las causa de justificación especialmente sobre la Defensa Necesaria no ha podido ser superado, ya que tiene sus orígenes entre otros, a la poca capacidad de quien ejerce la defensa del imputado (defensores públicos y particulares); la práctica ha demostrado que en algunos casos donde se ha planteado la defensa necesaria no ha podido ser declarada por falta de pruebas y argumentos que sustenten la misma.

---

<sup>1</sup> MUÑOZ CONDE,, Francisco “Derecho Penal Parte General”. Tirant Bllanh, 1996, pág. 325

Otro de los aspectos, es la política interna de la Fiscalía General de la República, quien considera que como su misión es velar por el interés del que ha sido lesionado o perjudicado, no solicita un sobreseimiento definitivo cuando existen verdaderamente los requisitos de una Defensa Necesaria, lo que constituye un verdadero atentado contra la libertad del imputado que ha actuado en defensa de sus derechos y al amparo de una norma permisiva.

Además de la situación que enfrentan las partes, los Jueces de Paz y de Instrucción, se muestran temerosos de decretar un sobreseimiento definitivo, donde hay suficientes indicios que permiten establecer que el imputado actuó en defensa de su persona, de sus Derechos o en defensa de otra persona o de sus Derechos, llevando estos casos hasta la fase final del proceso (vista pública).

Es evidente que la Administración de Justicia Penal sigue teniendo deficiencias en el desarrollo de los procesos donde se trata de establecer la Defensa Necesaria. En la audiencia inicial el Juez de Paz esta ejerciendo el rol de enviar las diligencias a la siguiente etapa del proceso (fase de instrucción) éste no realiza un razonamiento lógico y acucioso de los indicios planteados por las partes, lo que conduce a saturar el sistema judicial con procesos que debieron ser resueltos en la audiencia inicial.

Según el artículo 265 del código procesal penal; la fase de instrucción tiene por objeto la preparación de la vista pública mediante la recolección de todos los elementos que permiten fundar la acusación del fiscal o del querellante y preparar la defensa del imputado; en ésta el Juez de Instrucción en algunos casos cuando se le plantea una causa de justificación no resuelve sobre ella, si no únicamente da su resolución a favor de la petición hecha por la Fiscalía General de la República de enviar las diligencias a la etapa final del juicio.

En el juicio oral y público es donde se resuelve la situación jurídica del imputado. Por una parte la Fiscalía General de la República solicita que se castigue la conducta lesiva del sujeto que infringió una norma penal, y por otra la defensa con su incapacidad de sustentar la defensa necesaria solicita al Juez modificación de la calificación jurídica del delito,

constituyendo esto un grave perjuicio para el imputado; ya que ésta modificación no excluye la responsabilidad penal si no que en algunos casos la pena es menor o puede atenuarla.

El problema de la defensa necesaria se da a nivel nacional; sin embargo el estudio tratará la aplicación que esta tiene en los tribunales con competencia penal de la Zona Oriental.

## **1.2 JUSTIFICACIÓN.**

La investigación es importante; porque nos permitirá desentrañar las deficiencias que los sujetos procesales realizan en el procedimiento penal, donde trata de establecerse ésta causa de justificación, la carencia de razonamientos lógicos en la fundamentación de los requisitos de la defensa necesaria indispensables para su comprobación; no permiten que el Juez pueda valorar objetivamente las condiciones en que ocurrieron los hechos y poder así decretarla.

Las contradicciones que existen en los diferentes procesos donde se plantea la defensa necesaria; no permiten que el imputado tenga certeza sobre su situación jurídica, lo que con lleva a la sociedad a tener un grado de desconfianza en el sistema judicial, no desarrollándose con ello la plena vigencia de un Estado de Derecho, de una sociedad civilizada, que día a día pretende vivir en paz, libertad, justicia y armonía.

El estudio de la defensa necesaria permitirá la realización de un documento bibliográfico en el que se analizará la influencia que tiene la doctrina en la práctica judicial, constituyendo así un documento de información para los estudiantes y profesionales del Derecho.

### **1.3 OBJETIVOS.**

#### **a) GENERAL:**

- Determinar las deficiencias judiciales que afectan al procedimiento penal; donde se trata de establecer una causa de justificación específicamente la Defensa Necesaria.

#### **b) ESPECIFICOS:**

- Analizar como es aplicada y argumentada la Defensa Necesaria, por los sujetos procesales, en los procesos donde se trata de establecer esta causa de justificación..
- Estudiar la antijuricidad como elemento de la Teoría General del Delito.

### **1. 4 TIPO DE INVESTIGACIÓN.**

El estudio que se realizará estará compuesto por tres tipos de investigación; la cual comprenderá un Estudio Descriptivo, Correlacional y Explicativo.

Se hará un estudio descriptivo de los resultados que se obtengan de las entrevistas y encuestas que se le realicen a los sujetos procesales (Fiscales, Defensores, Jueces y la Población de la Zona Oriental), la descripción consistirá en plantear las deficiencias que se están dando en la práctica en los procesos penales donde se invoca la Defensa Necesaria.

Será correlacional; porque con la investigación, se tendrá una orientación de variables, con las que podremos conocer de que manera influye la gestión que realiza la representación fiscal, en la decisión de los Jueces de Paz y de Instrucción, cuando se dan los indicios que ha existido una defensa necesaria; además será explicativo, porque expondremos el papel que realiza cada uno de los sujetos procesales en el proceso penal cuando se trata de establecer una causa de justificación, el porque de su poca aplicación en la práctica judicial.

## **1. 5 DEFINICIÓN DE HIPOTESIS.**

### **a) GENERAL:**

- El proceso penal donde se trata de establecer la Defensa Necesaria carece de eficiencia, por falta de capacidad de los sujetos procesales.

### **b) ESPECIFICAS:**

- A falta de capacidad de los sujetos procesales de plantear y resolver sobre la Defensa Necesaria menor credibilidad en la Administración de Justicia Penal.
- A falta de fundamentación de la defensa necesaria menor aplicación de la misma.

### 1.5.1 OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS.

#### Hipótesis General:

- El proceso penal donde se trata de establecer la Defensa Necesaria carece de eficiencia por falta de capacidad de los sujetos procesales.

<b>HIPOTESIS 1</b>	<b>VARIABLES 1 PROCESO PENAL</b>	<b>VARIABLE 2 EFICIENCIA</b>	<b>VARIABLE 3 CAPACIDAD DE LOS SUJETOS PROCESALES</b>
<b>DEFINICION. CONCEPTUAL</b>	Serie de investigaciones y trámites para el descubrimiento de los delitos e identificación y castigo de los culpables.	Relación existente entre el trabajo desarrollado, el tiempo invertido, la inversión realizada en hacer algo y el resultado logrado.	Inteligencia, talento, actitud, que poseen los sujetos básicos del procedimiento penal (Fiscales, Defensores Públicos y Privados, Jueces de Paz, Instrucción y Sentencia).
<b>DEFINICION. OPERACIONAL</b>	-A través de la revisión de los procesos donde los sujetos procesales hacen un análisis racional y coherente.	-A través de la revisión de los procesos donde se ha invocado esta causa de justificación y la ley penal.	-Revisando el procedimiento judicial que han seguido los sujetos procesales, y verificando la ley penal.

**Hipótesis Específicas:**

- A falta de capacidad de los sujetos procesales de plantear y resolver la Defensa Necesaria menor credibilidad en la Administración de Justicia Penal.

<b>HIPOTESIS 2</b>	<b>VARIABLE 1</b>	<b>VARIABLE 2</b>
	<b>CAPACIDAD DE LOS SUJETOS PROCESALES</b>	<b>CREDIBILIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.</b>
<b>DEFINICION CONCEPTUAL.</b>	Inteligencia, talento, actitud, que poseen los sujetos básicos del procedimiento penal (Fiscales, Defensores Públicos y Privados, Jueces de Paz, Instrucción y Sentencia.)	Confianza, seguridad en los tribunales, magistrados, jueces cuya función consiste en juzgar y hacer que se cumpla lo juzgado.
<b>DEFINICION OPERACIONAL.</b>	- Revisando el procedimiento judicial que han seguido los sujetos procesales, y verificando la ley penal	-A través de encuestas realizadas a la población del sector profesional y estudiantil de la zona oriental.

- A falta de fundamentación de la defensa necesaria menor aplicación de la misma.

<b>HIPOTESIS 3</b>	<b>VARIABLES 1</b>	<b>VARIABLE 2</b>
	<b>FUNDAMENTACIÓN</b>	<b>APLICACIÓN</b>
<b>DEFINICION CONCEPTUAL.</b>	Soporte apoyo, cimiento, base ó principal apoyo.	Aplicación de una teoría.
<b>DEFINICION OPERACIONAL</b>	- Verificación de los procesos penales, donde se invoca la defensa necesaria.	- Entrevistas, encuestas a los sujetos procesales (Fiscales, Defensores Públicos y Privados , Jueces de Paz, Instrucción y Sentencia.)

## **1. 6 DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO.**

### **1.6.1 TEMPORAL.**

El estudio se realizará para verificar el procedimiento que siguen los sujetos procesales cuando es planteada una causa de justificación “Defensa Necesaria”; desde la entrada en vigencia de la nueva normativa penal (1998 al 2001). A partir de esta fecha se introduce el sistema penal acusatorio que se rige por principios básicos garantistas; los que permiten a la sociedad desarrollar un pleno Estado de Derecho.

Además de ello; las causas que excluyen de responsabilidad penal se agrupan en una sola disposición penal (tratamiento unificado), lo que conduce al desarrollo de la dogmática y la jurisprudencia.

### **1.6.2 ESPACIAL.**

El trabajo consistirá en determinar las deficiencias judiciales que afectan al procedimiento de la Defensa Necesaria en los tribunales con competencia penal de la Zona Oriental.

La investigación se realizará en estos tribunales, debido a que el estudio consistirá en la verificación de los procedimientos, lo que hace más accesible la información en estos, además de ello los recursos económicos son muy limitados para extender la investigación a nivel nacional.

## **1. 7 METODOLOGÍA.**

Para la realización de la investigación será necesario acudir: a la Fiscalía General de la República, Procuraduría General de la República, Juzgados de Paz, Juzgados de Instrucción y Juzgados de Sentencia de la Zona Oriental, con el fin de obtener información acerca del tema investigado; por lo que se utilizará como instrumentos informantes las encuestas, entrevistas estructuradas y dirigidas. De tal manera que la información obtenida será analizada para conocer el procedimiento que aplican los sujetos procesales, cuando se les plantea una causa de justificación (Defensa Necesaria), de los resultados se hará un estudio para determinar cuales son los factores que inciden en la no aplicación de la misma; por lo que se aplicarán las cinco etapas para la recolección y procesamiento de la información, las que consisten en: primero determinar las instituciones a las que acudiremos, segunda recolección de información a través de entrevistas y encuestas, tercera procesamiento de la información obtenida, cuarta análisis de la información y quinta elaboración del documento final.

La información de tipo documental que se utilizará será primaria, secundaria y terciaria, la que obtendremos por medio de libros generales, especiales y teóricos; revistas judiciales y tesis de grado con lo que se conocerá la evolución doctrinaria que han tenido las causas de justificación, específicamente la Defensa Necesaria.

### **1.7.1 UNIVERSO Y TAMAÑO DE LA MUESTRA.**

El universo de la investigación estará compuesta por 176 personas, entre las cuales se encuentran; 50 Fiscales, 47 Defensores Públicos, 15 Defensores Privados, 10 Jueces de Paz, 9 Jueces de Instrucción, 15 Jueces de Sentencia y 30 pobladores del sector profesional y estudiantil de la zona oriental; de los cuales se tomarán como muestra de análisis 15 Fiscales, 14 Defensores Públicos; lo que constituye el 30 % de la muestra; 8 Defensores Particulares, 6 Jueces de Paz, 5 Jueces de Instrucción, 9 Jueces de Sentencia, que forma el 60 % del total de la muestra de análisis haciendo un total de 57 personas.

### **1.7.2 UNIDADES DE ANÁLISIS.**

Será objeto de análisis los Fiscales, Defensores públicos, Defensores privados, Jueces de Paz, Instrucción, Sentencia y pobladores del sector profesional y estudiantil de la zona de oriental.

### 1.7.3 INSTRUMENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

<b>NOMBRE DEL INSTRUMENTO</b>	<b>NIVEL OPERATIVO</b>	<b>OBJETIVO</b>
Guía de encuesta para determinar los criterios que utiliza la Fiscalía cuando hay indicios de una Defensa Necesaria.	Fiscales.	Conocer los criterios de la Fiscalía cuando hay indicios de una Defensa Necesaria.
Cuestionario para conocer el fundamento que hace la defensa cuando existe una Defensa Necesaria.	Defensores Públicos y Privados.	Conocer el fundamento que hace la defensa, cuando se plantea la Defensa Necesaria.
Entrevista para conocer lo criterios que utilizan los Jueces para resolver sobre una causa de justificación.	Jueces de Paz, de Instrucción y de Sentencia.	Conocer los criterios que utilizan, para resolver sobre una causa de justificación, específicamente la Defensa Necesaria.
Encuesta para conocer la confianza que tienen la población en la administración de Justicia Penal.	Población en general.	Conocer si la población tiene confianza en la administración de justicia penal.

## **1. 8 PROPUESTA CAPITULAR.**

La investigación que se realizará contendrá nueve capítulos, los cuales desarrollamos de la siguiente manera:

### **Capítulo I. Marco Metodológico.**

Este apartado comprende, el planteamiento del problema, la justificación, los objetivos que se persiguen con la investigación, al igual que las hipótesis y la metodología que se empleará.

### **Capítulo II. Marco Teórico.**

El marco teórico está integrado por las diferentes escuelas que han estudiado la teoría del delito, clásica, neoclásica, finalista, la teoría de los elementos negativos del tipo y funcionalista; en el que se expone bajo que corriente será encaminada la investigación a realizar.

### **Capítulo III. Marco de Referencia ó Marco Histórico.**

Se desarrollará la evolución histórica de la defensa necesaria, en las diferentes épocas; de las cuales se mencionaran: El Derecho Romano, Derecho Germánico, Derecho Oriental, Derecho Canónico, Edad Media y Derecho Español, a si mismo el desarrollo jurídico que ha tenido en el Derecho Penal salvadoreño.

### **Capítulo IV. Análisis de la Teoría el Delito.**

En éste capítulo se estudiará los elementos que conforman el delito según la teoría de la acción final, el aspecto negativo de cada uno de estos.

## **Capítulo V. Causas de exclusión de la Responsabilidad Penal.**

Este capítulo comprenderá el análisis del artículo 27 del código penal en el que se determinarán las causas de inculpabilidad y las causas de justificación, siendo éstas el objeto de estudio a realizar, del que analizará el fundamento, naturaleza, consecuencias jurídicas, presupuestos, elementos así mismo el concepto de cada una de las causas de justificación en particular.

## **Capítulo VI. La Defensa Necesaria en la legislación penal salvadoreña.**

En este apartado se desarrollará el fundamento legal, doctrinario, concepto, naturaleza jurídica de la Defensa Necesaria. De igual manera se hará un estudio de algunas clases de defensa que por presentar peculiaridades diferentes se han considerado casos especiales de defensa.

## **Capítulo VII. Descripción de los Resultados de la investigación.**

Se presentará en este capítulo una descripción de los resultados obtenidos, por medio de los instrumentos administrados a las unidades de análisis.

## **Capítulo VIII. Análisis e interpretación de resultados.**

En este capítulo se analizará la investigación obtenida a través de las entrevistas, encuesta y verificación de los procesos donde se ha vertido ésta excluyente de responsabilidad; para que el lector pueda conocer cuáles son las fallas que cometen los sujetos procesales al tratar de establecer la misma, de igual manera se dará a conocer si es aplicada o no la doctrina en la práctica judicial.

## **Capítulo IX. Conclusiones y Recomendaciones.**

Después de haber analizado la información, comprobaremos si se ha cumplido el objetivo principal que es determinar las deficiencias que afectan el procedimiento penal donde se trata de establecer una causa de justificación específicamente la Defensa Necesaria; de igual forma se harán las conclusiones de cómo se está aplicando la misma y la incidencia de la doctrina en el proceso.

Al determinar las deficiencias que existen en los procedimientos donde se trata de establecer la Defensa Necesaria, se harán recomendaciones a las instituciones deficientes con el propósito de que estas sean superadas.

## CAPITULO II

### MARCO TEORICO.

En el Derecho Penal han existido diferentes corrientes doctrinarias, las cuales se han interesado en estudiar, los elementos del delito; la optimización que tengan estas teorías en el sistema judicial dependerá del conocimiento y aplicación que tengan los sujetos procesales.

Las escuelas que han estudian la Teoría del delito son:

1. Clásica
2. Neoclásica,
3. Finalista,
4. Teoría de los elementos negativos del tipo; y
5. Funcionalista.

A continuación desarrollamos los elementos del delito según las Teorías.

#### **2.1 Teoría Clásica:**

Los principales exponentes fueron: Liszt-Beling quienes estudiaron el concepto del delito como producto del causalismo, esta escuela se caracterizo por una estructura simple, sencilla, clara y también didácticamente ventajosa. Los elementos del delito que ellos pregonaban son:

- Acción: Fue concebida en forma natural o naturalística, por la influencia y auge de las ciencias naturales de su época; sostienen que la acción es un “movimiento corporal que causa una modificación del mundo exterior”<sup>2</sup>. Este movimiento es causado por un acto de

---

<sup>2</sup> TREJO, Miguel Alberto, “Manual de Derecho Penal” Ministerio de Justicia, Pág. 141.

voluntariedad, por un impulso de la voluntad que pone causas produciendo un resultado; unidos acción y resultado por el vínculo de la causalidad.

- Tipicidad: Entendida como “la adecuación de una conducta a un tipo penal”<sup>3</sup>, el tipo de Liszt-Beling, es valorativo neutro y tiene una función descriptiva-objetiva.

- Antijuricidad: Considerada como la “oposición formal a una norma jurídica u objetivamente como la contradicción entre hecho y norma”<sup>4</sup>. El injusto o el ilícito esta constituido por la acción típica y antijurídica.

- Culpabilidad: Es entendida como el nexo psicológico entre el autor y el hecho; tal nexo se manifiesta a través del dolo o culpa las que constituyen las formas de culpabilidad. Otros elementos particulares de la culpabilidad eran el estado de necesidad y la conciencia de la antijuricidad que junto al dolo conformaban el llamado “dolus malus”.

## **2.2 Teoría Neoclásica:**

El esquema neo-clásico del delito supone una superación y transformación de la dogmática derivada del positivismo científico; el cual introduce en la Teoría del Delito una metodología propia de las ciencias del espíritu. Caracterizados por el comprender y el valorar. La esencia del Derecho Penal es su orientación a valores y a ideas. Se hace así referencia a hechos de la realidad valorándolos mediante las ciencias de la cultura, entre las cuales se encuentra el Derecho.

Este esquema metodológico, llevado al Derecho Penal dio una profunda modificación, porque difiere del método “científico-naturalista” de observar y describir, el cual explica el mundo del ser, de los hechos concretos, de la realidad, en tanto que el método comprensivo estudia el deber ser, es con esta escuela que el método valorativo empieza a ganar terreno y a fortalecerse. Definiendo los elementos del delito de la manera siguiente:

---

<sup>3</sup> *Ibíd, Pág. 142.*

<sup>4</sup> *Ibíd, Pág. 143*

- Acción: Este elemento continuó basándose en la causalidad; la omisión fue considerada como la no realización de una acción esperada o debida; introduciendo con ello un factor normativo en el concepto de omisión. De esta manera, el concepto de acción, en sentido estricto es considerado en forma naturalística; pero la omisión por el ingrediente valorativo incorporado en forma normativa.

- Tipicidad: Dentro de este elemento, existieron cambios al incorporar excepcionalmente elementos subjetivos al tipo, los que se dividieron en tipos anormales y tipos normales.

“Tipos anormales, aquellos en cuya estructura aparecen excepcionalmente elementos subjetivos; normales, los tipos que solamente contenían elementos descriptivos objetivos”<sup>5</sup>; otra novedad en la tipicidad es el descubrimiento de los elementos normativos del tipo, que constituyen la primera objeción a la autonomía de la tipicidad respecto a la antijuricidad.

- Antijuricidad: Es valorativa y objetiva y solo por excepciones se aceptan causales de justificación con elementos subjetivos (el conocimiento).

- En torno a la culpabilidad varió debido a la falta de relación psicológica de ciertos delitos, surgiendo entonces un nuevo concepto de culpabilidad, la culpabilidad normativa “comportamiento que puede imputársele a alguien como culpable cuando puede reprochársele el haberlo efectuado”<sup>6</sup>. El nuevo concepto de culpabilidad combina elementos subjetivos dolo y culpa y objetivos la reprochabilidad.

Esta teoría no cambio el sistema positivista naturalista de Von Liszt y Beling, sólo introdujo correcciones; ya que persistió el concepto naturalistico y causal de acción, los tipos normales siguieron siendo objetivo-descriptivo y poca importancia se le dio a los elementos subjetivos de las causas de justificación. Finalmente se mantiene en ella el dolo y la culpa como resabio psicológico.

---

<sup>5</sup> *Ibíd, Pág. 148*

<sup>6</sup> *Ibíd, Pág. 149*

### 2.3 Teoría de la Acción Final. “El Finalismo”.

Hans Welzel exponente de esta teoría, abandonó el pensamiento abstracto y logicista propio de la Teoría Neoclásica para investigar la esencia real de la acción humana, define los elementos del delito de la siguiente manera:

- Acción: “Basada en la dirección del comportamiento del autor a un fin por este prefijado”<sup>7</sup>.
  
- Tipicidad: “Es la peculiaridad presentada por una conducta en razón de su coincidencia o adecuación a las características imaginadas por el legislador, esto es al tipo penal”<sup>8</sup> el cual contiene, además de los elementos descriptivos y objetivos, elementos subjetivos (dolo y culpa).
  
- La antijuricidad: “Es el juicio de valor objetivo y subjetivo que expresa la contradicción entre la acción realizada y la exigencia del ordenamiento jurídico”<sup>9</sup>; las causas de justificación requieren elementos objetivos y subjetivos.
  
- La culpabilidad: Representa “el juicio de reproche al autor del injusto por haber podido actuar de una manera diferente a como lo hizo”<sup>10</sup>, es considerada meramente normativa.

La teoría finalista hizo importantes modificaciones en los elementos de la tipicidad y antijuricidad; en primer lugar, considerar que la finalidad (dolo) es un elemento fundamental por consiguiente es parte del tipo; los delitos dolosos y culposos se equipararon a la estructura del tipo penal, y no como en la teoría clásica y neoclásica a nivel de la culpabilidad, el dolo y la culpa son formas de ilicitud de infringir una norma y no formas de la culpabilidad.

En segundo lugar trajo como consecuencia que el dolo clásico y neoclásico (dolus malus) que estaba compuesto por el dolo natural y la conciencia de la antijuricidad, tomaran

---

<sup>7</sup> BACIGALUPO, Enrique “Manual de Derecho Penal”, Edit. Temis S.A., 1998, Pág. 71

<sup>8</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando “Derecho Penal Parte General”, Edit. Temis S. A., 1994, Pág. 367

<sup>9</sup> *Ibíd*, pág 236.

<sup>10</sup> *Ibíd*, Pág 236.

caminos diferentes, a si el dolo natural o simplemente dolo se traslado de la culpabilidad al tipo y la conciencia de la antijuricidad se conservo en la culpabilidad.

Como consecuencia de la separación del dolo y la conciencia de la antijuricidad, hubo también necesidad de distinguir los supuestos de error de distinta forma como era entendido por los clásicos y neoclásicos (error de Derecho y error de hecho), error de Derecho; es aquel que recae sobre las circunstancias jurídicas valorativas del delito y el de hecho; es el que recae sobre las circunstancias fácticas del delito, el finalismo estudia por una parte el error de tipo que excluye el dolo y con él la punibilidad, porque sin dolo no se realiza el tipo y por otra parte el error de prohibición que elimina la conciencia de la antijuricidad consecuentemente la culpabilidad; el error en las causas de justificación, permite que la creencia errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación, por ejemplo el autor disparó porque creía erróneamente que la víctima iba a dispararle; la creencia equivocada de que existe una agresión ilegítima, no excluye el dolo sino que sólo afecta a la culpabilidad por no haber conciencia de la antijuricidad.

#### **2.4 Teoría de los elementos negativos del tipo.**

En oposición a las teorías antes mencionadas; surge como un nuevo aporte al desarrollo de los elementos de la Teoría del Delito, la teoría moderna conocida también por la Teoría de los elementos negativos del tipo o los post-neoclásicos, la cual tuvo su origen en 1950, retomando la afirmación de Edmund Mezger (neoclásico) que la tipicidad es la “ratio essendi” de la antijuricidad. Entre los seguidores de esta Teoría están en Alemania Merkel, Claus Roxin, Winfried, Hassemer, Armin Kaufman, en España Gimbernat, Ordeig, Santiago Mir Puig e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre.

Para ésta teoría; el tipo abarca no solo circunstancias típicas de delito, si no todas aquellas que afectan a la antijuricidad, por lo que constituyen un solo elemento del delito.

El presupuesto de las causas de justificación se entienden como elementos negativos del tipo, se incluye por tanto en el tipo porque solo cuando falta, es posible un juicio definitivo sobre la antijuricidad del hecho.

Los elementos tipo y presupuesto de las causas de justificación, se reúnen, por esta vía, en un “tipo total”, y se sitúan sistemáticamente en un mismo nivel.

Esta teoría se basa en el supuesto de que el tipo no solo contiene la valoración abstracta de una acción que menoscaba bienes jurídicos, si no ya el concreto juicio de desvalor sobre el hecho.

Las consecuencias prácticas de la teoría de los elementos negativos del tipo, afectan a la solución de los problemas de error, si las causas de justificación, se incluyen en el tipo, como elementos negativos, el error sobre sus presupuestos debe tratarse como error de tipo.

“La Culpabilidad del sujeto por el hecho cometido no se identifica como antes, como un juicio de reproche; si no a partir, de la función motivadora de la norma, entendiéndose que solo puede castigarse con una pena; a quien se pudo motivar normalmente por ella y, pese a todo cometió el hecho”<sup>11</sup>. Para averiguar si el sujeto es o no culpable debe comprobarse esencialmente dos aspectos a saber: su capacidad y la conciencia de la ilicitud.

## **2.5 El Funcionalismo.**

El sistema racional-final o teleológico (funcional) del Derecho Penal. Hacia los años '70, la discusión iniciada por el finalismo de carácter fundamentalmente sistemático y conceptual-abstracto queda abandonada, sustituyéndose por una orientación a lo concreto, al sentido teleológico y valorativo de las categorías normativas del delito, a los contenidos político criminales o a sus consecuencias.

---

<sup>11</sup> BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio *“Lecciones de Derecho Penal”* Edit. Praxis, S.A. Pág. 130

El más importante precursor de esta dirección doctrinal es Claus Roxin, quien definió las categorías del delito de la siguiente manera.

-Acción: La propuesta de Roxin es un nuevo concepto de acción, olvida por completo el concepto de acción causal (clásico), el comportamiento humano (neoclásico), la acción final (finalismo) y propone el concepto personal de acción; es decir la acción como manifestación de la personalidad, en tal sentido, dice; un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como “manifestación de la personalidad”; lo que significa lo siguiente: “Es acción todo lo que se puede atribuir a un ser como centro anímico-espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal del hombre o “del ámbito material vital y animal del ser”, sin estar sometido al control del yo, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano”<sup>12</sup>

Los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual anímica de la persona; pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son manifestaciones de la personalidad y por tanto, no son acciones.

-Tipicidad: Para el sistema funcionalista. “En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de la pena es decir; independientemente de la persona del sujeto concreto y de la concreta situación de la actuación, una acción se declara punible para el caso regular (o sea, a reserva de especiales situaciones y circunstancias de la vida).

El fin político criminal de dicha conminación penal abstracta es preventivo general. Al acogerse una determinada conducta en un tipo se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo ó para que se lleve a cabo la conducta ordenada en los delitos de omisión”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> TREJO, Miguel Alberto “Introducción a la Teoría General de Delito”; Edit. Triple “D”, 1999 Pág. 277.

<sup>13</sup> *Ibíd*, Pág. 279

- El Injusto: En esta categoría se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisón o prohibición.

En este tercer elemento del delito dice Roxin “debería hablarse de injusto y no de mera antijuricidad. Pues así como el tipo acoge dentro de si la acción (sólo las acciones pueden ser típicas), el injusto contiene acción y tipo; sólo las acciones típicas pueden ser injusto penal. En cambio, la antijuricidad no es una categoría especial del Derecho Penal, sino de todo el ordenamiento jurídico, hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho Público y no obstante proceden de todos los campos del Derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto”<sup>14</sup>.

-La culpabilidad: Es ampliada a la categoría de responsabilidad, en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad de prevención se limitan recíprocamente y solo conjuntamente dan lugar a la responsabilidad personal del sujeto, que desencadena en la imposición de la pena.

Con la culpabilidad se trata de averiguar si el sujeto es responsable del hecho cometido, y luego de ello, si existen razones de prevención que justifiquen la imposición de una pena.

La investigación estará basada en la teoría de la acción final, ya que el Código penal actual esta acorde con los postulados de ésta; la que ha sido estudiada por diferentes autores como Fernando Velásquez Velásquez, Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arón, Eugenio Raúl Zaffaroni, Enrique Bacigalupo; quienes se han basado en el estudio realizado por el fundador de la teoría de la acción final Hans Welzel.

---

<sup>14</sup> *Ibíd*, Pág. 248

## **CAPITULO III.**

### **MARCO DE REFERENCIA.**

#### **3.1 Evolución Histórica de la Defensa Necesaria.**

Pocos institutos han gozado de un reconocimiento tan universal y antiguo, como la Defensa Necesaria, pues encuentra su más íntima raíz en el instinto mismo de conservación consustancial del hombre, por lo que se considera una de las instituciones más desarrolladas por el Derecho Penal. Los autores de la materia han profundizado sobre ella hasta lograr establecerla como “Causa de Justificación”.

Por lo que, estudiaremos la evolución de la Defensa Necesaria en las regiones de mayor trascendencia doctrinal y legal, comenzando por los tiempos más primitivos hasta incorporarse en el Derecho Penal español, de donde llegó a América y en consecuencia a nuestro país.

##### **3.1.1 El Estado de Independencia Natural.**

La primera forma de sociabilización de los seres humanos estuvo regida por las leyes de la naturaleza, la que percibió como fin primordial la conservación del género humano.

El hombre en el estado de naturaleza estaba dotado de la energía natural y primitiva del Derecho a la felicidad; el cual permitía a los hombres gozar de la vida y los bienes que existieran en ella, respetando la integridad y los bienes de los demás seres humanos.

La igualdad de los hombres en éste estado, permitió que lo que se afirmará de un hombre en particular se verificara en todos; y lo que él puede exigir de los demás, éstos lo puedan exigir de él, en la misma forma. Este principio de igualdad, fundamento de la llamada equidad

y medida única del Derecho moral social, se traduce así: “lo que no quieras que te hagan a ti, no lo hagas a los otros; y lo que exiges de los demás, practícalo con ellos”<sup>15</sup>.

El respeto es otro medio que permite el desarrollo del Derecho de la felicidad en el estado de naturaleza; el respeto a la vida y los bienes de los demás hombres fue desarrollada como relaciones morales; de la siguiente manera:

- I. Quien goza de la existencia tiene el deber y el derecho de conservarla.
- II. El deber recíproco de los hombres de no atentar contra la vida ajena.
- III. Todo el que goza de la vida tiene el Derecho de no ser ofendido por nadie.

Una propiedad individual y variable del hombre en este estado y en cualquier otro es la fuerza; con la que el hombre se posesiona y retiene los objetos productores, los que defiende de cualquier agresión y de toda forma que pueda perturbarlo en su posesión.

El instinto de conservación de la vida y de los objetos productores permite que en caso de ofensa, el sujeto pueda sustraerse de ella por cualquier medio; el cual puede consistir en la destrucción de la causa nociva, en la lesión de la misma o alejándose de la acción del ofensor cuando fuere posible.

Éste caso es el único que el estado de naturaleza permite que la vida humana sufriera un daño nocivo; consecuencia del irrespeto del ofensor, ya que quien “ejecuta un acto prohibido por la naturaleza teniendo la obligación de no ofender sin razón la vida de su semejante; la naturaleza no lo dispensará de tal obligación, si no que, antes bien, continuará sometido a ella”<sup>16</sup>

Por lo que surge para el ofendido injustamente una superioridad jurídica, en virtud de la necesidad de conservación, quien puede justamente sacrificar el bien del ofensor; al mismo tiempo que éste, no sólo no obtiene con tal hecho ningún derecho para contener o

---

<sup>15</sup> ROMAGNOSI, GIANDOMENICO; “*Génesis del Derecho Penal*”, Editorial TEMIS, 1995, Pág 24

<sup>16</sup> *Ibíd*, Pág.24

contrarrestar el derecho que el defensor ejerce sobre él, si no que aún continúa refrenado por el deber de no hacerle daño.

Este Derecho; de conservación y superioridad jurídica es el que permite que en el estado de naturaleza exista el Derecho a la Defensa Necesaria; la cual debía estar dirigida ha alejar una ofensa; la superioridad jurídica del ofendido no representa una arbitrariedad al principio de la igualdad ya que el ofensor al ejercer un acto dañino contra la vida o bienestar de su semejante, pierde todo respeto por lo que el ofendido puede irrespetar su integridad incluso su propia vida.

El estado de naturaleza permitía la defensa ejercida por terceros; Giandamenico Romagnosi en su libro “Génesis del Derecho Penal” expone: “si algunos salvajes que presencian una injusta agresión, por lo que deciden unirse al ofendido para defenderlo; con lo que el agresor redobla sus ataques homicidas únicamente contra aquél, sin preocuparse de los que lo socorren, y por consiguiente, no habiendo otro medio de defensa, los salvajes dan muerte al agresor”<sup>17</sup>. Concorre en tal muerte un acto justo en virtud del Derecho adquirido por el agraviado para la destrucción del agresor, Derecho que fue ocasionado por el ataque del agresor; pero si en caso que el defendido cae muerto antes que los salvajes lo auxiliien, estos no pueden después ejercer ningún acto dañino en contra del agresor.

### **3.1.2 Derecho Romano.**

Históricamente el Derecho penal romano, establece los inicios de lo que constituye la Defensa Necesaria.

Este Derecho regulo de manera casuística diferentes supuestos, admitiendo la legítima defensa contra el ladrón nocturno, en las XII Tablas, digesto 43, 16 y la defensa de la vida, la integridad corporal y el honor sexual fueron regulados en digesto 48,8.

---

<sup>17</sup> *Ibid*, Pág. 37

Para extender la defensa a los bienes era preciso que la agresión representara un peligro para la vida del dueño.

Se establecieron como requisito para la Defensa Necesaria la agresión injusta, el peligro real e inminente y la necesidad de no poder salvarse de otro modo; lo que constituyo un verdadero acierto para la doctrina ya que no contemplaba ninguna clase de composición o exigencia civil, denotando un desarrollo hacia la institución y por ende, al Derecho penal.

### **3.1.3 Derecho Germánico.**

El Derecho Penal Germánico representó un retroceso en la formación jurídica de la Defensa Necesaria ya que estableció una forma de pago o composición con lo que la institución pierde el valor de una causa de justificación, acto justo, que tuvo en el Derecho Romano.

“Él que en su casa mató a un intruso, lo sacará fuera y al abandonar el cadáver pondrá sobre la herida una o tres monedas”<sup>18</sup>. Lo que constituye indudablemente un reconocimiento del deber de composición aun en casos de muerte del ladrón o asesino.

Otro de los problemas que enfrentó este Derecho fue no establecer las reglas o requisitos que permitieran observar lo que una Defensa Necesaria debe poseer, simplemente se tenía que compensar.

### **3.1.4 Derecho Oriental.**

El Derecho Penal Oriental posee una gran cantidad de leyes, los documentos legislativos del antiguo Oriente; El Código de Manú, Hammurabi y Las Leyes de Moisés; se encuentra un gran contenido religioso y disposiciones jurídicas que contribuyen a establecer

---

<sup>18</sup> ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, “Manual de Derecho Penal, El Delito”; Editorial Aranzadi 1985, Pág. 338

la Defensa Necesaria, por ejemplo; en las leyes de Manú se da cabida a la legítima defensa con muy semejantes caracteres a las actuales.

El Código de la Alianza que rigió al pueblo de Israel, en los tiempos de Moisés consideró legítima la muerte del ladrón nocturno, “el ladrón sorprendido de noche forzando una casa, es herido mortalmente, el que lo mató no será culpado”<sup>19</sup>

### **3.1.5 Derecho Canónico.**

El Derecho Canónico, reguló la Defensa Necesaria como un derecho natural, al que impuso numerosas limitaciones, distinguiendo la más antigua doctrina entre “necitas inevitabilis” y “necitas evitabilis” e insistiendo en la “incolpatae moderatio” (necesidad inevitable, necesidad evitable y Defensa Necesaria ejercida con moderación).

Por otra parte el derecho canónico, conforme al espíritu cristiano no admite la Defensa Necesaria de los bienes y exalta elevándola a la categoría de un deber, la defensa de terceros “que potuit hominem liberare a morte, et non liberavit, cum, occidit” (el que pudo librar al hombre de la muerte y no lo libró, lo mató.)

### **3.1.6 Edad Media.**

En esta época surge la creación del principio de legalidad que todo cuerpo de leyes debe poseer; “la Defensa Necesaria muestra una influencia de la doctrina canónica, especialmente en las leyes italianas y alemanas, quienes elaboraron una construcción sumamente imprecisa de ésta institución”<sup>20</sup> ya que consideraban ilícito el homicidio en defensa de los bienes patrimoniales y jurídica la muerte del agresor que intentaba violar a un hombre (defensa al honor sexual.)

---

<sup>19</sup> SANTA Biblia, “Éxodo, Capítulo 22 Versículo 1” Editorial Verbo Divino, 1995.

<sup>20</sup> *Ibid.*, ARROYO DE LAS HERAS, “Manual de...”. Pág. 338

En el último tercio del siglo XVIII, la ciencia penal alemana sitúa a la Defensa Necesaria en su adecuado lugar en el Código Bávaro de 1813; pero fue hasta en el siglo XIX que se incorpora el valor humano, jurídico y doctrinal a ésta institución, tanto a nivel Europeo como para América Latina; se establece como causa de justificación la cual dejó de regularse en la parte especial de los Códigos para incorporarse definitivamente en la parte general de los mismos.

### **3.1.7 Derecho Penal Español.**

En el Derecho Español la Defensa Necesaria goza de un verdadero arraigo, tanto desde el punto de vista legal como doctrinal. Razón por la cual la mayoría de países latinoamericanos adoptan en sus respectivos cuerpos de leyes las disposiciones referentes a la Defensa Necesaria.

La secuencia legal del Derecho Español con respecto a la institución de la Defensa Necesaria; es la siguiente:

El Fuero de Juzgo, supera el concepto germánico de la Defensa Necesaria, absuelve de toda pena al que mata a su agresor, pues no existe necesidad de compensar con dinero la defensa que por derecho se poseía.

Los Fueros Municipales, reconocían ésta institución estableciendo, que no podía imponerse pena a quien se defendía de una agresión ilegítima.

Otro cuerpo de leyes que desarrolla la Defensa Necesaria son: “Las Partidas, instrumento de recepción del Derecho Romano, que ofrece una acabada y actual regulación de la misma, extendiendo su aplicación no solamente al que defiende su vida sino por regla general frente a cualquier ataque a las cosas o al honor.”<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> *Ibíd*, Pág. 339

La depuración que cada cuerpo de leyes va adquiriendo, es sumamente valiosa para el Derecho Penal, principalmente para la Defensa Necesaria; es notorio que las partidas toman más conciencia en la defensa que ejercen los individuos que se enfrentan ante un ataque injusto, ya sea de su persona, sus bienes y hasta el honor, superando toda condición propuesta anteriormente.

La posición que adquieren las partidas respecto a la Defensa Necesaria se debe a la susceptibilidad que adoptan del Derecho Romano, pues, estos al regularlo la toman como un acto justo; aún poco desarrollada, logran establecer de manera sencilla los inicios de los requisitos de ésta causa de justificación.

Por lo tanto el derecho español percibió la fuente de lo que es la Defensa Necesaria para los romanos y la supera al retomar el Código Bávaro de 1813, y sus propios esfuerzos doctrinales y legales.

La Nueva y la Novísima Recopilación reglamentan la Defensa Necesaria de manera fragmentaria y referida a supuestos concretos, llegando así al Código Penal de 1822 que de manera mucho más generosa, al sancionar el homicidio admite la defensa de la vida, la libertad y la propiedad.

Éstas últimas leyes, son las que determinan el establecimiento de la Defensa Necesaria con un ordenamiento más acabado, ya que imponen el valor de la defensa personal, libertad y la propiedad, hasta el grado de excluir de responsabilidad al que cometiese homicidio en defensa de sus derechos.

## **3.2 Evolución Histórica de la Defensa Necesaria en la Legislación Penal Salvadoreña.**

### **3.2.1 Reseña Histórica.**

La primera organización política en El Salvador parte de las “Leyes Nuevas” promulgadas por la corona de España, por medio de las cuales fueron creadas las “Reales Audiencias”. En la época colonial, nuestro país, junto a Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica conformaba un territorio español, bajo el dominio político de la Capitanía General de Guatemala, la cual estaba ubicada en Antigua Guatemala. La Real Audiencia allí establecida, tenía jurisdicción sobre toda Centroamérica.

En el año de 1598 se creó en El Salvador, la Alcaldía Mayor. Un siglo después nuestro país volvió a integrar una unidad política con sede en Guatemala. “En 1775 se fundaron la intendencia (Alcaldía, primera autoridad municipal) de San Salvador y Santa Ana, en la que el intendente desempeñaba funciones jurisdiccionales.”<sup>22</sup> Puede considerarse ésta la forma de organización judicial de El Salvador, previa al movimiento independentista de Centroamérica.

El 15 de septiembre de 1821, El Salvador, junto a los demás países de la región Centroamericana, firman el acta de independencia; lo que permite que el 12 de junio de 1824 se promulge la Primera “Constitución del Estado del Salvador”, la cual establecía la independencia de nuestro país respecto de España, además reconocía la igualdad y el principio de legalidad, uno de los primeros principios democráticos y republicanos.

Lograda la independencia y habiéndose promulgado la Constitución era necesario que se regularán en leyes secundarias, los principios fundamentales concebidos en la norma básica; de esa manera, una de las primeras leyes en dictarse (después de la Constitución) es el Código penal.

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, TREJO, “Manual.....”, Pág. 33

En 1826 se promulga el primer Código (época en que el país formaba parte de la Federación Centroamericana) el cual al igual que los códigos de 1859, 1881 y 1904 se encontrarían influenciados por los códigos españoles.

El quinto código Penal entra en vigencia en el año de 1974, el que tuvo como preámbulo, la Comisión Revisora, que elaboró una “legislación independiente de toda influencia extranjera no aplicable a nuestro medio y que tuviera en cuenta las corrientes doctrinarias modernas únicamente en lo que pudieran adaptarse y ser de utilidad en nuestra realidad social política y humana, con fin de lograr una aplicación de justicia más eficaz”.<sup>23</sup>

El Código Penal actual fue promulgado el 20 de abril de 1998, producto de la nueva realidad que vive la sociedad salvadoreña; ya que el código anterior no guardaba concordancia con el texto de la Constitución de la República de 1983. Para la elaboración de este código se tomaron como guías el proyecto del código penal Español de 1992, el código penal tipo para Latinoamérica y el anteproyecto del código penal de Guatemala de 1991.

### **3.2.2 Código Penal de 1826.**

El primer Código Penal Salvadoreño data de 1826, copia del Código Español de 1822. En él se trata de explicar la base jurídica de la Defensa Necesaria dentro del homicidio, en este Código no se especifican de forma sistemática los requisitos que debe tener la defensa necesaria, el que se encontraba redactado de la siguiente manera:

Art. 636 “No estará sujeto a pena alguna el homicidio que se comete en cualquiera de los cuatro casos siguientes.

1º. En el de necesidad de ejercer la defensa legítima y natural de la propia vida, o la de otra persona, contra una agresión injusta, en el acto mismo del homicidio, cuando no haya otro medio de repelerla.

---

<sup>23</sup> *Ibíd*, Pág 38

2º. En el de rechazar al agresor injusto que de noche invade violentamente por tratar de asaltar o incendiar casa, habitación o heredad, o romper puertas, o escalar pared o cerca.

3º. En el de defender su casa, su familia, o su propiedad contra el salteador, ladrón u otro agresor injusto, que abierta y voluntariamente trate de robar, incendiar, invadir, o hacer algún daño a las personas, aunque sea de día, siempre que no haya otro medio de impedirlo.

4º. En el de defender la libertad propia, o la de otra persona, contra el agresor injusto. Si resultare exceso, ligereza u otra culpa en el uso de la defensa legítima o porque fuere leve el daño que amenazare en la agresión, o porque el homicidio hubiere tenido otros medios de evitarlo sin necesidad de matar al agresor, sufrirá el que cometa el homicidio, en estos casos una reclusión de seis meses a cuatro años, y de dos a cuatro de destierro del lugar en que ejecutare el delito y veinte leguas en contorno.

Los ladrones u otros delincuentes a quienes se persiga, o trate de contener su fuga o hagan resistencia en la ejecución de su delito, no serán nunca comprendidos en la excepción de defensa propia, con respecto al homicidio que cometan.”

Éste artículo excluye de pena al sujeto que actúa dentro de las cuatro circunstancias mencionadas. El primer numeral da acogida a la necesidad de la defensa de la vida y la de otro siempre que esta se vea precedida por el homicidio; de este numeral podemos deducir como requisitos para que proceda la Defensa Necesaria:

1. Agresión injusta la cual debía ser real y actual, y
2. Que no existiera otro medio de repelerla.

El numeral segundo y tercero le da nacimiento a lo que se conoce como defensa putativa de la propiedad, con la diferencia que agrega además del robo el incendio.

El numeral cuarto hacía referencia a la defensa de la libertad personal y ajena, la que debía ejercitarse sin traspasar la defensa empleada más que la fuerza física. El segundo inciso establece los inicios del exceso en la Defensa Necesaria imponiendo una pena de reclusión o destierro al concurrir.

El inciso último se refiere al ladrón u otro delincuente que es perseguido en fuga; a quien no se le beneficiaba con la Defensa Necesaria por los homicidios que cometieran al tratar de huir de la aprehensión.

### **3.2.3 Código Penal de 1859.**

El código Penal de 1859 es inspirado en el código penal Español de 1848; en este se elabora un concepto general normativo de la institución de la Defensa Necesaria, circunscribiéndola únicamente a la persona y sus derechos a diferencia del código anterior no contempla la defensa putativa de la propiedad o morada; como causa de exclusión de responsabilidad criminal; dicho artículo literalmente expresa:

#### **DE LAS CAUSAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL.**

Art. 9 “Están exentos de responsabilidad criminal:

4°. El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera: agresión ilegítima.

Segunda: necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercera: falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

5°. El que obra en defensa de su persona o derechos de sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos, de los afines en los mismos grados y de sus consanguíneos hasta el cuarto grado civil siempre que concurren la primera y segunda circunstancia prescritas en el número anterior, la de que en caso de haber precedido provocación de parte del acometido no tuviere participación en ella el defensor.

6°. El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el numeral cuarto, y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento y otro motivo ilegítimo.”

A éste código se le atribuye el orden de los requisitos de la Defensa Necesaria. En la defensa de terceros el artículo hace una clasificación: en defensa de los parientes y la del

extraño, en la que además de los requisitos que exigía para los otros casos de defensa necesaria; requería que el defensor no hubiera sido impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

### **3.2.4 Código Penal 1881 y 1904.**

Estos códigos siguen tomando como base la legislación española, ambos no muestran marcadas diferencias en la redacción de la Defensa Necesaria; introducen nuevamente al igual que el código de 1826 la eximente de la defensa putativa de la propiedad; los cuales estaban redactados de la manera siguiente:

#### **Código de 1881.**

“No delinquen y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal:

4°. El que obra en defensa de su persona o derechos siempre que concurran las circunstancias siguientes:

1°. Agresión ilegítima.

2°. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerla.

3°. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

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

5°. El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus descendientes, ascendientes, hermanos legítimos o naturales de sus afines en los mismos grados de sus consanguíneos, hasta el cuarto grado civil, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescrita en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiera tenido participación en ella el defensor.

6°. El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescrita en el número cuarto, y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento y otro motivo ilegítimo.”

### **Código de 1904.**

“No delinquen y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal

4°. El que obra en defensa de su persona o derechos siempre que concurran las circunstancias siguientes:

1°. Agresión ilegítima,

2°. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerla.

3°. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

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

5°. El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive o segundo de afinidad, ya sean los expresados ascendientes, descendientes o parientes legítimos o ilegítimos reconocidos, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el numeral anterior y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiera tenido participación en ella el defensor.

6°. El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescrita en el número cuarto, y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento y otro motivo ilegítimo.”

### **3.2.5. Código Penal de 1974.**

El legislador en este código hace una modificación importante en la redacción de la Defensa Necesaria; elimina la clasificación innecesaria que existía en los antiguos códigos de la defensa de terceros: en defensa de parientes y de extraños.

La defensa putativa no siguió considerándose como causa de justificación (que afecta la antijuricidad) ya que por adolecer de elementos objetivos la defensa incurre en error de prohibición indirecto, la que afecta la culpabilidad del sujeto que actuó bajo la creencia

razonable de la existencia de una agresión injusta, el sujeto es inculpado, su accionar no deja de ser antijurídico, lo que se hace es atenuar la responsabilidad penal. Este código expresa literalmente:

Art. 37 “ No comete delito:

2º. El que obra en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de la persona o derechos de otra, siempre que concurran los siguientes requisitos:

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

### **3.2.6 Código Penal Actual.**

El código penal actual no presenta diferencias en el concepto y requisitos que exige el legislador para que concurra la eximente de la Defensa Necesaria. La novedad que incorpora este código, es que agrupa en un solo artículo las causas que excluyen de responsabilidad penal (causas de justificación y causas de inculpabilidad); lo que permite el desarrollo de la dogmática y la jurisprudencia. El cual se encuentra regula de la siguiente manera:

#### **DE LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN LA RESPONSABILIDAD PENAL.**

Art.27 “ No es responsable penalmente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las causas de justificación que regula este artículo son:

- 1. El cumplimiento de un deber, numeral 1°.
- 2. El ejercicio legítimo de un derecho, numeral 1°.
- 3. Actividad lícita, numeral 1°.
- 4. La Defensa Necesaria, numeral 2°.
- 5. Estado de necesidad justificante, numeral 3°.
- 6. Colisión de deberes, numeral 6°.

Entre las causas de inculpabilidad tenemos:

1. Enajenación mental, numeral 4°.
2. Grave perturbación de la conciencia, numeral 4°.
3. Desarrollo psíquico retardado o incompleto, numeral 4°.
4. Estado de necesidad exculpante, numeral 3° parte ultima.
5. La no exigibilidad de otra conducta, numeral 5°.

## **CAPITULO IV.**

### **ANÁLISIS DE LA TEORIA DEL DELITO.**

#### **4.1 INTRODUCCIÓN.**

El presente capítulo tiene como objetivo, que el lector pueda conocer cada uno de los elementos del delito, que estudia la teoría de la Acción Final; ya que al estudiar en forma sistematizada y autónoma cada elemento de éste; podremos conocer a profundidad la Teoría de la Antijuricidad que tiene como elemento negativo las causas de justificación, entre las que se encuentra La Defensa Necesaria, nuestro tema objeto de análisis.

##### **4.1.1 CONCEPTO.**

“Es aquella parte del derecho penal que se ocupa de explicar las características especiales que debe de tener una conducta para ser considerada punible”.<sup>24</sup> En consecuencia, la Teoría del Delito debe entenderse como una abstracción conceptual, es decir, dogmática, que nos conduce por un camino lógico para averiguar si existe delito en el caso concreto, en este sentido nos proporciona las herramientas conceptuales para establecer si una acción realizada por un determinado autor, es o no el mismo hecho hipotético descrito por la ley como presupuesto de una sanción.

##### **4.1.2 METODO**

“Para establecer los presupuesto generales de la punibilidad, la Teoría del Delito, procede mediante un Método Analítico”.<sup>25</sup> Significa que el delito se descompone en un sistema de categorías o estratos, debiendo obtenerse por esa vía el concepto jurídico de conducta punible.

---

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal*; (Parte General), Buenos Aires, Editar, 1987, Pág. 318

<sup>25</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*; V.I..Barcelona.Editorial Bosch, 1981. Pág.263.

### **4.1.3 FUNCIONES**

La Teoría del Delito, además de constituir un sistema de adecuación del hecho real-histórico; contiene un conjunto armonizado de normas y preceptos permisivos, que constituye la función jurídica, y se anuncia a continuación:

#### **A- GARANTIA DE RACIONALIDAD:**

Evita la arbitrariedad, aumentando la credibilidad del Estado. Es decir que la teoría del Delito tiene como propósito adecuar la conducta que haya violentado una norma en la figura que se ha descrito con anterioridad como punible; tal como señala BACIGALUPO: “La lógica del sistema derivado de este punto de partida del Legislador garantizaría, en consecuencia, una aplicación del Principio de Legalidad”.<sup>26</sup>

Por otra parte La Teoría General del Delito, concentra los presupuestos generales de la punibilidad (delito) que posibilitan de acuerdo con JESCHECK “Una Jurisprudencia racional, de modo que contribuyen de forma esencial a garantizar la seguridad jurídica”.<sup>27</sup>

#### **B- FUNCION POLÍTICO CRIMINAL:**

Para lograr la Igualdad en la Ley; mejoramiento de la selectividad y mantenimiento racional de los valores ético-sociales.

#### **C- FUNCION CIENTÍFICA:**

Permite el desarrollo científico de reflexión sobre las condiciones del “Ius Puniendi”. Que consiste en que al momento de aplicar la norma al caso concreto el juzgador o el operador Jurídico se pregunta, en orden lógico, si el hecho cometido por el autor, es el prohibido por la norma, si quien lo realiza estaba o no autorizado para ello y, finalmente si el

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, BACIGALUPO, “Manual.....Pág. 68. En el mismo sentido *Ibid.* ZAFFARONI...Pág. 318.

<sup>27</sup> *Ibid.* JESCHECK.....”Tratado....”..Pag. 22.

autor del hecho pudo haberse motivado de una manera diferente a como lo hizo, con lo que se desarrolla la teoría del delito. Así, las primeras dos preguntas, tendrán por respuestas en primer termino, la teoría del tipo penal, y en segundo término la teoría de la Antijuricidad, y la última pregunta tendrá por respuesta la teoría de la Culpabilidad.

#### **D- FUNCION EN RELACION AL ESTADO DE DERECHO.**

Significa que cuando la aplicación del Derecho penal se hace racionalmente, proporciona un soporte significativo a la credibilidad y confiabilidad de la práctica jurídica de un Estado; se garantiza así la Seguridad Jurídica como aspiración democrática del conglomerado social. BACIGALUPO manifiesta en cuanto al Estado de Derecho lo siguiente: “(...) presupone no solo la existencia de un poder legislativo elegido por sufragio universal; si no también un poder judicial que aplique el derecho racionalmente(.)”<sup>28</sup>

#### **4.2 DESARROLLO DE LA TEORIA DE LA ACCION FINAL.**

##### **4.2.1 CONCEPTO.**

“Es aquella cuya estructura fundamental es la acción humana la cuál es considerada como el ejercicio de la actividad final; y dicho carácter final de la acción se basa en que el hombre gracias a su saber causal puede prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan, a la consecución de estos fines”.<sup>29</sup>

##### **4.2.2 FUNDAMENTOS.**

##### **A –ETICO-SOCIALES.**

Hans Welzel; es el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada Teoría de la Acción Final” que surge a principios de los años treinta del siglo pasado, la cual fue expuesta

---

<sup>28</sup> BACIGALUPO, Enrique, “Lineamientos de la Teoría del Delito”, Buenos Aires; Astrea. 1978. Pág. 22

<sup>29</sup> WELZEL, Hans; “Derecho Penal Alemán, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile; Pág. 39

en Alemania por él mismo; con la publicación de su reconocida obra “Derecho Penal Alemán” (Parte General), para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia Alemana del derecho penal desde principio del siglo pasado; Hans Welzel, acepta que si bien el delito, parte de una acción, y que ésta es conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad, no como lo explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad.

Welzel se preocupa de fundamentar la teoría no solo en el plano de los elementos que integran el delito, sino en terreno mismo del derecho penal como pilar de su propia teoría. Para este ilustre Tratadista “La misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y solo por inducción la protección de los bienes jurídico-particulares”.<sup>30</sup>

El fundador del finalismo explica que detrás de cada prohibición o mandato se hallan los elementales deberes ético-sociales, cuya vigencia se asegura conminando con una pena la lesión de esos deberes, pero la pena debe dirigirse solo a la protección de los básicos deberes ético-sociales, como la vida, la libertad, el honor, etc., pues extender la punición a conductas que no revistan de gravedad de lesión a elementales deberes, degenera en un Estado represivo.

La determinación de esos deberes ético-sociales viene a resultar de la mayor importancia, pues para este autor, los regímenes totalitarios se han podido servir del derecho penal para crear un derecho penal destinado a oprimir a los individuos; el nacional socialismo en Alemania es un ejemplo claro de esta desviación, así el nazismo se apropió de los conceptos “nacional” y “social” para darles una proyección política que atentaba contra los deberes ético-sociales que pregonaba defender; debido que en el terreno jurídico el nacional socialismo alemán coloca en el lugar del individuo y la sociedad, al pueblo, la nación y la raza. La política criminal sirvió entonces para asegurar el respeto a las Leyes del Estado, antes que el amparo de los bienes jurídicos del ciudadano; el Estado se vuelve el “Leviathan” que subyuga al individuo.

---

<sup>30</sup> WELZEL, Hans: “La Teoría de la Acción Finalista”, Edito. Depalma, Buenos Aires, 1951, Pág.18.

En un Estado democrático la política criminal debe apoyarse en una función ético-social, así por ejemplo el presupuesto de la pena debe ser la culpabilidad, no la peligrosidad del autor, pues de no considerarse así se coloca al individuo a merced del criterio del Juez, quien no va atender a la magnitud de la culpa y en la medida de ella a su penalidad; si no que va aplicar una medida finalista preventiva que va apoyarse en la peligrosidad del autor, llegando así a los más criticables excesos, a juicio de Welzel en un Estado debe imperar la función ético-social, basada en el consenso de los propios ciudadanos, en el ejercicio democrático de los derechos y obligaciones.

La teoría finalista deriva, de las ideas expuestas, la afirmación de que el legislador al crear los tipos penales debe estar sujeto a las estructuras permanentes de la teoría del delito, y que no debe violentarlas, así el legislador debe de partir de los conceptos de acción, antijuricidad, culpabilidad, como estructuras fundamentales, que nos serviría para preservar los derechos fundamentales del hombre, no cabe duda que ésta tesis es una de las más sugerentes de la teoría finalista, pues ella nos lleva de la mano a la consideración de que el legislador no debe ser autónomo en su actividad creadora de los tipos penales, sino sujetarse a principios rectores de la teoría del delito, so pena de violarlos y con ello conculcar los derechos de los ciudadanos.

## **B- FUNDAMENTO FILOSOFICO.**

Se basa la teoría de la acción final, filosóficamente en teorías ontológico-fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre. Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y prejuridico como el de acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador, de estructuras lógico-reales o lógico-objetivas; es decir que la finalidad es una estructura esencial del actuar humano.

Según Welzel el legislador está vinculado por realidades ópticas preexistentes, por sus estructuras lógico-reales, por la “naturaleza de las cosas”, que no pueden desconocer sin malograr la regulación legal. Y en el campo del Derecho Penal ésa previa naturaleza de las cosas vinculante para el legislador, y naturalmente también para la doctrina, viene dada por la estructura final de la acción.

#### **4.2.3 IMPORTANCIA DE LA TEORIA FINALISTA COMO LIMITE DEL PODER DEL ESTADO.**

La Teoría Final de la Acción, al referirse al tema de la culpabilidad, manifiesta; que el legislador debe partir de la misma; que es un reproche dirigido al individuo que no motivo su conducta de acuerdo a la exigencia de la norma, a pesar de que conoció o pudo conocer la antijuricidad y de que la misma le era exigible. Podemos decir que la culpabilidad en los sistemas penales latinoamericanos, es el fundamento de la punibilidad.

La necesidad de que la culpabilidad, tenga en su consecuencia punitiva, limites precisos, es en si una garantía al individuo, pues de otra manera queda en alguna, o en buena medida, a merced del poder del Estado, a través de la imposición de medidas por la “peligrosidad” que haya revelado su conducta, o peor aún que esa peligrosidad sea “latente” o “potencial”, a juicio del Juez, a criterios políticos, sin duda reprochables.

Lo anterior lo expresa el Mexicano penalista Moisés Moreno Hernández de la siguiente manera...la culpabilidad sirve para limitar el poder de intervención estatal, en tanto que la culpabilidad es él limite máximo de la pena. Según esto entonces, “la pena no debe fundamentarse ya más en la culpabilidad, sino que esta solo operara como limite de su máximo”.<sup>31</sup>

La culpabilidad al ceñirse a una función de garantía frente a los abusos del poder del Estado encuentra en ello su grandeza y su fundamental importancia, que el legislador y el

---

<sup>31</sup> DR. MORENO, Moisés: *Consideraciones Dogmáticas y Político Criminales en Torno a la Culpabilidad*; Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal, 1981. Pág.142.

Jueces no deben nunca olvidar, el primero al crear el tipo y el segundo al aplicar la pena a la medida de culpabilidad por el hecho cometido y no extenderla a criterios de fines preventivos, altamente cuestionables, por los abusos que pueda entrañar la aplicación de las penas sujetas a parámetros de peligrosidad.

#### **4.2 ELEMENTOS DEL DELITO.**

La teoría de la acción final, comprende los mismos Elementos del Delito ya expuestos por la teoría causalista\* es decir, los siguientes:

- Acción
- Tipicidad
- Antijuricidad
- Culpabilidad.

Pero tales conceptos son tratados de una manera diferente, que trae como consecuencia, y ello es lo importante, soluciones a problemas que no encontraban una adecuada solución por la teoría causalista; como son los relativos a la tentativa, la participación, la autoría, etc. La teoría finalista no es pues una mera exposición más o menos interesante que nada aportaría a los conocimientos, que ya nos ha proporcionado la teoría causalista, sino un sistema que busca solución técnica y práctica a cuestiones que la teoría causalista no resolvía satisfactoriamente.

A continuación se desarrollarán en una forma más amplia, los elementos del delito que ésta Escuela Doctrinaria pregonaba.

---

\**Supra, Capítulo II, Marco Teórico. Págs. 16 y siguientes.*

### 4.3.1 LA ACCION.

#### 4.3.1.1 CONCEPTO

Sobre el concepto de acción final algunos autores han sostenido – y aun el propio Welzel- que este tiene su origen en la filosofía de Aristóteles, quien afirmaba: “No deliberaremos acerca de los fines a alcanzar, sino sobre los medios de alcanzar estos fines... una vez que ha sido determinado el fin, uno examina como y porque medios se alcanzará; si este fin parece debe de ser conseguido por medio de varios recursos, se busca el medio más fácil y mejor... el resultado último del análisis es el primero en el orden de los hechos”,<sup>32</sup> como puede apreciarse, Aristóteles ligaba a la conducta voluntaria una finalidad.

Es indudable que lo dicho por Welzel, en verdad, se asemeja mucho al pensamiento de Aristóteles. Sin embargo el origen inmediato de ésta teoría se encuentra, como afirma su propio creador, en La Psicología del Pensamiento, específicamente en la obra “Fundamentos de la Psicología del Pensamiento de Richard Honigswald” y en obras de otros psicólogos y filósofos alemanes de la década de los años 20.

El punto de partida de la teoría finalista de la acción, es como su nombre lo indica, una concepción distinta de la acción de la que maneja la teoría causalista.

Recordando el concepto de “acción” de la teoría causalista, tenemos que la acción es la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de ese movimiento corporal) que produce un resultado. Es pues, un proceso causal, donde la “Acción” es la causa del resultado, ya que como proceso causal naturalístico tiene que existir forzosamente un nexo causal entre la “acción” y su “resultado”.

Ahora bien, para la teoría finalista de la acción, la acción humana es el ejercicio de la actividad final; es, por lo tanto, un acontecimiento final y no solamente causal. La finalidad o

---

<sup>32</sup> ARISTOTELES: “*Ética Nicomaquea*”, Libro III, Cáp. 3 Madrid, Aguilar, 1967. Pág.1119.

actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos... La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando la finalidad es “vidente”, la causalidad es “ciega”.

Para la Teoría Finalista, la acción pasa por dos fases, una Fase Interna que sucede en la esfera del pensamiento del autor y otra Fase Externa, donde el autor procede a su realización en el mundo externo.

En la Fase Interna encontramos:

- a- El objetivo que se pretende alcanzar o proposición de fines.
- b- Los medios que se emplean para su realización.
- c- Las posibles consecuencias concomitantes o secundarias que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes para el derecho penal.

En la Fase Externa, tenemos:

- a- La puesta en marcha, la ejecución de los medios para cristalizar el objetivo principal.
- b- El resultado previsto y el o los resultados concomitantes.
- c- El nexo causal.

La valoración penal puede recaer sobre cualquier fase de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y no lo sean los efectos concomitantes, o los medios seleccionados para realizarlos.

Por ello, una acción solo puede considerarse finalista, con relación a los resultados que se haya propuesto voluntariamente el sujeto y de los efectos concomitantes; y respecto de otros resultados no propuestos, al no quedar dentro de posibles consecuencias concomitantes o secundarias, estaremos en presencia de un resultado meramente causal.

Welzel explica lo anterior diciendo:

“Que la base objetiva esencial de una posible valoración penal no es nexo causal, sino el nexo teleológico basado en la legalidad de la intencionalidad (nexo de la acción fundado intencionalmente) entre resultado y sujeto”.<sup>33</sup>

En efecto, el hombre realiza continuamente acciones finalistas, pero la inmensa mayoría no tiene ninguna connotación jurídico-penal, así cabalgar, manejar un automóvil, caminar, comer, etc. De ahí que el derecho penal solo se interese por acciones finalistas que están dirigidas a la realización de resultados socialmente negativos, a “acciones” calificadas de antijurídicas consagradas en los tipos penales.

Una vez que el hombre se traza un objetivo, emplea los medios para lograr éste, inclusive toma en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de esos medios, entonces su acción, en el supuesto de estar tipificada en la ley, será dolosa o culposa en base al artículo 4 del Código Penal que dice: “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no a sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente que da prohibida toda forma de responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, si no únicamente el resultado material a la que esta unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto. La culpabilidad solo se determinara por la realización de la acción y omisión”.

---

<sup>33</sup> WELZEL, Hans, *“La Dogmática en el Derecho Penal”*, Editorial. Universal Nacional de Córdoba, Dirección de Publicación de Córdoba, Argentina, 1972. Pág. 34.

#### 4.3.1.2 EQUIPARACION DE LA FINALIDAD AL DOLO.

El sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizarla, está actuando con una finalidad, EL DOLO se encuentra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista.

De esa manera el “sujeto que no comprenda el carácter injurioso de sus palabras, la ajenidad de las cosas o la deshonestidad de su conducta no actúa dolosa ni finalmente, en el sentido jurídico penal ya que no actúa en absoluto”.<sup>34</sup>

En la teoría causalista tendríamos que aceptar que quien pronuncia palabras de las que ignoraba su connotación injuriosa, o tomó un bien sin percatarse de ser ajeno, llevaría a cabo una acción, por que habría realizado una manifestación corporal voluntaria, se integraría un primer elemento del delito, pero para la teoría finalista como ese actuar no se había propuesto los fines señalados como típicos no resulta doloso y por ello no habría tal acción desde el punto de vista penal, pues su movimiento corporal voluntario no tenía un propósito de realizar la conducta por el dolo exigido por la ley.

En pocas palabras, en la teoría de la acción finalista, encontramos que el dolo y la culpa se van a ubicar, ya no en el ámbito de la culpabilidad, sino en el ámbito de la acción típica; para dejar de ser especies o formas de culpabilidad, como tradicionalmente lo acepto la teoría causalista, ahora el dolo y la culpa constituye el fin de la acción la cual es parte del tipo.

En cuanto al dolo, o mejor dicho a la acción dolosa, no encontramos mayor problema en establecer que el sujeto al actuar lo hace con un propósito, no pensarlo así sería un absurdo y filósofos tan destacados como Descartes han demostrado que el hombre piensa y luego actúa, en consecuencia a su pensamiento.

---

<sup>34</sup> ROXIN,, Claus: *“Problemas básicos del Derecho Penal”*, *Contribución a la Crítica de la Teoría Final de la Acción*, Edito. Romo, Madrid, 1976, Pág. 93

#### **4.3.1.3 LA DOGMATICA DE LA ACCION FINAL EN LOS DELITOS CULPOSOS.**

Sin embargo a la teoría finalista se le objetó que en el caso del dolo eventual, o en los delitos culposos se pudiera hablar de "acción", pues en el dolo eventual, o en la culpa con representación y más aún, en la culpa sin representación, no se podría plantear la "finalidad" de la acción, y esto fue uno de los mayores escollos que tuvo que afrontar la doctrina finalista, situación que el mismo Welzel reconoce cuando manifiesta:

"La propia teoría final de la acción en un principio no aprehendió correctamente el delito culposo. La razón de ello estuvo en que partió primitivamente con el prejuicio generalizado en la doctrina jurídico-penal, de que el resultado era el aspecto jurídico penal esencial del hecho culposo".<sup>35</sup>

Dado que el resultado no era provocado finalmente sino por causación causal-ciega, el concepto se tuvo que ampliar y colocar junto a la finalidad actual, la finalidad potencial. Coligiéndose que también la estructura de la acción final se adecua perfectamente a ésta clase de hechos punibles. Es decir en los delitos culposos la acción tiene una estructura final tal como en el delito doloso, la diferencia reside en que respecto a los hechos punibles imprudentes, lo que importa no es el fin en cuanto tal, sino la ejecución con falta del deber de cuidado. A partir de aquí Welzel, afirma que la diferenciación entre delitos dolosos e imprudentes no se encuentra en la culpabilidad, sino también, en la propia tipicidad.

Tal objeción se salva, en virtud de que el hombre se propone una "acción", pero al juzgar ésta se producen consecuencias concomitantes o secundarias, es decir en el dolo eventual o en la culpa, sea con o sin representación, se ejecuta una acción con una finalidad, pero ésta no se logra, porque se desvía a un resultado concomitante o secundario, tal sería por ejemplo; el caso quien con finalidad de limpiar un arma de fuego realiza esa acción, pero al

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*. WELZEL, Hans: "Derecho..."; Pág.184.

estar limpiando el arma produce un disparo y el proyectil mata a una persona, éste resultado desviado de su "acción" es secundario.

#### **4.3.1.4 LA DOGMATICA DE LA ACCION FINAL EN LOS DELITOS OMISIVOS.**

El ser humano llamado a adoptar una decisión en una situación determinada, puede realizar una acción o puede omitirla. Si la acción transgrede una norma penal prohibitiva cometerá un delito de acción; si al dejar de actuar transgrede una norma de mandato se configurará un delito de omisión. Así el artículo 3 del Código Penal dice: "No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal", relacionado con el artículo 19 que literalmente expresa: "Los hechos punibles pueden ser realizados por acción o por omisión".

La teoría finalista distingue y separa estas dos formas de hecho punible, ya que existe una diferencia fundamental entre realizar una acción final, es decir, manejar fácilmente los cursos causales para la obtención de un fin propuesto, y el omitir precisamente realizar una acción final.

La doctrina finalista acepta un concepto ontológico de la omisión, al igual que en el delito de acción, es decir que desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en si misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Acción y omisión se comportan en tal sentido como A y no A. Es decir que acción y omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la "conducta" susceptibles de ser regida por la voluntad final; y rechaza el concepto normativo de la "acción esperada". Existe omisión cuando no se realiza una acción concreta posible". La omisión no consiste en la "mera no actividad", sino en el "no ejecutar una acción posible de ser realizada". Así por ejemplo, una persona que se encuentra en San Salvador no omite salvar a su cónyuge que se está ahogando en La playa del Cuco.

Su importancia penal evidentemente se relaciona con la omisión de una acción debida, de una acción ordenada por el ordenamiento jurídico, es decir, cuando existe el deber jurídico de actuar. El delito de omisión constituye para los finalista una forma especial de hecho

punible que también resulta abarcado por el concepto final de acción. Tanto en el delito de acción como en el de omisión se puede distinguir el dolo y la culpa; a partir de esa distinción tenemos los delitos de acción dolosa, de acción culposa, de omisión dolosa y de omisión culposa. Lo que nuestra legislación corrobora lo anteriormente mencionado, en el artículo 4 del Código Penal cuando expresamente dice: “La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa”

En este punto, el finalismo difiere radicalmente del sistema “causalista”, pues la acción u omisión va a dejar de ser “objetiva” y pasa a ser un concepto objetivo y subjetivo, objetivo en cuanto que la voluntad se va a manifestar por el movimiento corporal, o por su ausencia (acción u omisión), y subjetivo porque la voluntad la va a proyectar en forma dolosa o culposa.

#### **4.3.1.5 AUSENCIA DE ACCION.**

La ausencia de acción en la teoría finalista la encontramos cuando no se presentan las fases en que se puede dar la acción, esto es, cuando el sujeto no se ha planteado la realización de un fin, no ha seleccionado los medios para lograrlo, o no ha considerado los efectos concomitantes (Fase Interna), o bien, al realizar la conducta se producen efectos que no son los planeados, ni sus efectos concomitantes pertenecen a la acción propuesta, sino que el resultado se produce en virtud de un mero proceso causal, en el cual la finalidad nada tuvo que ver (Fase Externa), como puede suceder en el caso fortuito.

La teoría Finalista acepta como casos de ausencia de conducta:

1. La fuerza física exterior irresistible (vis. Absoluta)
2. Los movimientos corporales reflejos.
3. Los estados de inconsciencia (sueño fisiológico que puede ser natural y provocado, sonambulismo, embriaguez letárgica, la hipnosis).

## 4.3.2 LA TIPICIDAD.

### 4.3.2.1 CONCEPTO

El termino Alemán “Tatbestand”, ha sido traducido al castellano como “Tipo Penal”<sup>36</sup>. Cuando Ernesto Beling, en 1906, crea la Teoría del Tipo y la tipicidad que vienen a ser un valioso instrumento por consagrar “El Principio Nullum Crimen Sine Lege”. A partir de este autor, el tipo va a delimitar por un lado la responsabilidad en que puede incurrir el individuo ante la ley penal, y por el otro, el derecho del propio individuo de que solo en el exacto encuadramiento de su conducta al tipo será posible sancionarlo, de otro modo no seria posible. Y se define como. “La característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal”.<sup>37</sup>

El tipo pasa a desempeñar una triple función:

- A. **Función sancionadora:** represiva, de las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad);
- B. **Función de garantía:** pues solo las conductas típicas, podrán llegar a ser sancionadas ( Principio de nullum crimen sine lege);
- C. **Función preventiva:** el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada.

Estas funciones que se desprenden de la teoría del tipo, son reconocidas por el sistema causalista y el finalista.

Sin embargo, la función descriptiva que Beling, asignaba al tipo, pero sobre todo su carácter objetivo, defendida por el causalismo, no es aceptado por el sistema finalista.

---

<sup>36</sup> JIMÉNEZ DE ASUA., Luis, “La Ley y el Delito.”, 1ª edición., México, Editorial, Hermes Sur Americana; 1986, Pág.235

<sup>37</sup> *Ibíd...*ZAFFARONI, (Manual.....).Pág.373.

Para el Finalismo, la acción u omisión se encuentran previstos en la ley, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, que se encuentra impregnada de finalidad; así cuando el tipo dice: “al que engañando”; “al que se apoderare”, etc., esta considerando acciones graves socialmente negativas, con un sentido finalístico.

La Teoría Causalista aferrada a que el tipo queda ubicado como fase objetivo del delito, al igual que la acción, se encontró con el problema de los llamados elementos subjetivos y normativos del tipo, en efecto si examinamos el tipo de Robo, regulado en el artículo 212 del código penal, encontramos que en ese delito además de Elementos Objetivos como “apoderamiento” de cosa “mueble” se incluye la cosa mueble sea total o parcialmente “ajena”, sustrayéndola de quien la tuviere; mediante “violencia” en la persona, es decir sin derecho de quien con arreglo a la ley pueda disponer de la cosa; que son Elementos Normativos.

El elemento “ajeno” no es objetivo, ya que para serlo tendrá que ser percibido por los sentidos ( que se puedan tocar, ver, oír, etc.); y tal elemento tiene connotaciones normativas no susceptibles de ser captadas por los sentidos, y de ahí fue como nacieron los llamados “Elementos Subjetivo del Tipo”, lo que rompió el esquema en la teoría causalista de que la acción, la tipicidad y la antijuricidad eran la fase objetiva del delito, y la culpabilidad la fase subjetiva.

#### **4.3.2.2 ELEMENTOS DEL TIPO.**

Para la Teoría de la Acción Final, el tipo está compuesto de dos elementos fundamentales que son:

- A- Elementos Objetivos
- B- Elementos subjetivos.

## **A- ELEMENTOS OBJETIVOS.**

Los elementos del tipo objetivo se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, es decir elementos descriptivos y normativos; que son esenciales, y que dan lugar al tipo autónomo por ejemplo el homicidio, regulado en el artículo 128 del Código Penal; que al presentar elementos accidentales lo califican o agravan, lo atenúan o privilegian al tipo autónomo por ejemplo la premeditación agrava al homicidio simple, en base al artículo 129 numeral 3 del código penal; y lo privilegia ejemplo el homicidio piadoso, según el artículo 130 del código penal.

La tipicidad es una exigencia del Estado de Derecho, vinculado al Principio de Legalidad o Principio de Intervención Legalizada; el cual es un principio básico y fundamental del Derecho Penal, y su efectiva realización requiere no solo que los delitos y las penas se hallen previstas por una ley anterior (aspecto formal del principio de legalidad), sino también que tal ley determine con suficiente precisión los contornos y límites de los hechos punibles y sus penas; es decir mayor dato de determinación de la ley penal.

Un derecho penal que no definiese de forma diferenciada las distintas clases de conductas típicas, sino que se limitase a castigar al que causare un mal a otro, no permitirían al ciudadano saber con una mínima seguridad que comportamientos están prohibidos por la Ley; y de esta forma no ser sometido a arbitrariedades y exceso por parte de los que ostentan o ejercen el poder punitivo.

Este principio se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, así el artículo. 1 del Código Penal literalmente dice:

### **“PRINCIPIO DE LEGALIDAD”.**

Art.1- Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o a medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.

Esta precisión a que se refiere el mencionado Artículo queda plasmado en los elementos objetivos y subjetivos del tipo.

Los Elementos Objetivos del Tipo son:

- A- El sujeto activo (autoría y participación);
- B- El sujeto pasivo;
- C- El bien jurídico tutelado;
- D- La acción u omisión;
- E- El resultado típico en los delitos de resultado;
- F- Los elementos normativos;
- G- Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

#### **B- ELEMENTOS SUBJETIVOS.**

Atienden a condiciones de la finalidad de la acción u omisión, o sea al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo.

Entre los Elementos Subjetivos del Tipo se pueden mencionar los siguientes:

- A- El dolo o la culpa.
- B- Otros elementos subjetivos distintos del dolo como son el ánimo, la tendencia, el propósito o la intención, la motivación o un impulso, etc.

Uno de los aportes importantes y fundamentales que hace La Teoría Finalista, es colocar al dolo y la culpa; como elementos del Tipo, y no como elementos de Culpabilidad como lo hacía el sistema causalista.

### 4.3.2.3 EL DOLO DE TIPO.

El “dolo de tipo” es llamado también por los finalista como “dolo del hecho”, y es la voluntad de realizar el hecho típico.

Es lo que también ha venido a denominarse –aunque él término es equívoco- “dolo natural”-, que se opone sobre todo al dolus malus de los causalistas, en la medida en que el “dolo del tipo” es mera dirección de la acción hacia el hecho típico, sin que intervenga aquí la consideración de sí el sujeto conocía o no, la ilicitud de lo que hacia, es decir, sin que la afirmación del dolo exija también la del “conocimiento de la antijuricidad” como piensan los causalistas. “Este concepto de dolo natural ó del tipo es pues, una consecuencia directa de su consideración como mera finalidad específica, es decir, una consecuencia de la estructura lógico objetiva de la acción”.<sup>38</sup>

WELZEL afirma:

“El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior”.<sup>39</sup>

El dolo como elemento subjetivo del tipo, es la realización del tipo objetivo de un delito. En efecto, el finalismo nos explica que hay infinidad de acciones finalistas no dolosas, que no están dirigidas a la realización del tipo de un delito, como son las acciones cotidianas, como: caminar, leer, trabajar, comer, etc.

---

<sup>38</sup> GOMÉZ BENITEZ, José Manuel: *Teoría Jurídica del Delito Parte General* Madrid, CIVITAS S.A. 1988; Pág. 71.

<sup>39</sup> *Ibíd.*. WELZEL...: *Derecho...*; Pág. 93.

#### 4.3.2.4 CULPA DE TIPO.

También pertenecen al tipo las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico, que se proyectan con consecuencias intolerables socialmente, en donde el sujeto, o bien confía en que no se producirán, o ni siquiera pensó en su producción.

En los delitos culposos, por referirse a la producción de eventos socialmente intolerables, debidos a la imprudencia, falta de cuidado o previsión, es el Juez, quien debe, investigar cual era el límite del cuidado debido; de ahí que en los delitos culposos la “acción no este precisada como en los delitos dolosos”, ya que la ley por ejemplo en el artículo 132 del código penal, dice: “El homicidio culposo será sancionado con prisión de dos a cuatro años”. Pero no detalla en consiste esa conducta culposa; por lo que se trata de “Tipos Abiertos”, que requieren de ser complementados por el Juez; quien va a juzgar la actuación del sujeto en relación al deber de cuidado que debió de tener en cada situación concreta.

El ideal de que la ley penal contenga únicamente “tipos cerrados” o de descripción precisa, debe ser meta del mejor sistema penal; sin embargo los llamados “Tipos Abiertos” que requieren ser complementados por el juzgador, subsisten en nuestro sistema; sobre todo en los delitos culposos en que el “deber de cuidado”, debe ser apreciado por el Juez, quien va a juzgar la situación personal del sujeto para poder responsabilizarlo del incumplimiento de “un deber de cuidado”.

La teoría finalista ha sido criticada en relación a los delitos culposos, sobre todo en el caso de La Culpa Inconsciente, en el cual el sujeto no se representa el resultado, ni se puede explicar la “finalidad” de la conducta dirigida a la consecución de un fin; que ni siquiera paso por la mente de la persona. Welzel sostuvo en un principio que el contenido de los delitos culposos se encontraba en una “Finalidad Potencial” concepto que después abandonó para fundamentarlo en la acción que debía haber realizado conforme a las reglas; del cuidado necesario para no producir daños socialmente intolerables”.

El principio de la finalidad “potencial” o evitabilidad individual del sujeto, en que se apoyaba Welzel se confundían las exigencias de la culpabilidad con las del injusto. Una explicación concebida de tal manera obedecía a que, como el resultado no era posible conectarlo en modo alguno, con la finalidad del autor, se entendía que en la imprudencia el criterio decisivo consistía en “La evitabilidad final del resultado causalmente producido”.<sup>40</sup>

Las críticas de NIESE, a WELZEL, llevaron a éste a modificar la tesis de la “Finalidad Potencial” y fundar, la culpa; en que la norma exige conductas finalistas que no lesionen bienes jurídicos, sea en forma dolosa, o bien que por descuido o imprudencia pongan en peligro intolerable o dañen el bien jurídico, es decir, los delitos culposos encuentran su fundamento en el “deber de cuidado” que debió tener en cuenta el sujeto al realizar sus acciones finalistas.

#### **4.3.2.5 CAUSAS DE ATIPICIDAD O AUSENCIA DE TIPICIDAD.**

Las causas de atipicidad en la teoría finalista se presentan cuando falta algunos de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo. Así serán causas de atipicidad las siguientes:

A-Por ausencia de algunos de los siguientes Elementos Objetivos:

- 1- Falta de número o calidad del sujeto activo.
- 2- Falta del número o calidad del sujeto pasivo.
- 3- Falta del bien jurídico tutelado.
- 4- Falta de la acción u omisión.
- 5- Falta del resultado típico en los delitos que exigen resultado.
- 6- Falta de los elementos normativos.
- 7- Falta de las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

---

<sup>40</sup> SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, Luis: *Teoría del Delito Imprudente*; *Doctrina General y Regulación Legal*. Edito por El Ministerio de Justicia, Madrid. 1991. Pág.172

B- Por ausencia de alguno de los Elementos Subjetivos:

- 1- Falta del dolo o de la culpa.
- 2- Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo; como puede ser el animo, la tendencia, etc.

### **C- EL ERROR DE TIPO.**

El error de tipo, se refiere al desconocimiento del sujeto, en alguna circunstancia objetiva del hecho que pertenece al tipo legal; que puede ser un elemento descriptivo o normativo del tipo, por ejemplo la causalidad, el sujeto, el objeto, la honestidad, la ajenidad, el carácter de funcionario, etc.

El error sobre los elementos del tipo, excluye el dolo, y lógicamente, ni siquiera se plantea el problema de su conducta a nivel antijurídico y mucho menos en la culpabilidad. Sin embargo, si el error de tipo es de carácter vencible, puede dejar subsistente la responsabilidad a título culposo. Así por ejemplo: El Cazador que dispara sobre una persona confundiéndola con un animal, y la mata, no responderá por homicidio doloso, pero si por homicidio culposo, siempre y cuando se compruebe que el error en que incurrió, se debió a su imprudencia o negligencia.

El error del tipo puede recaer sobre los distintos elementos típicos:

- 1- Error sobre el objeto de la acción (error in objeto, vel in persona).
- 2- Error sobre la relación de causalidad.
- 3- Error en el golpe (aberratio ictus).
- 4- El mismo tratamiento teórico que la aberratio ictus merece el llamado dolus generalis.
- 5- El error sobre los elementos accidentales determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado.

El error de tipo, debido al desconocimiento o el error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto, excluyen la tipicidad dolosa; ahora bien, si el error es vencible, es decir, si el sujeto con la previsión o cuidado que se puede exigir a la generalidad, debió superar ese error, queda subsistente la culpa, más no el dolo. Este tipo de error vencible y error invencible se encuentran regulado en el artículo 28 de Código Penal el cual literalmente dice:

#### ERROR INVENCIBLE Y ERROR VENCIBLE.

Art., 28. “El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, atendidas a las circunstancias del hecho y a las personales del autor, la infracción será sancionada en su caso como culposa”.

El error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distinto al tipo (error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuricidad, culpabilidad) carece de relevancia a efecto en la tipicidad\*.

Asimismo, los errores llamados accidentales Error en el Objeto, Error en la Persona, que el Sistema Causalista estudia dentro de la culpabilidad referida al dolo, el Sistema Finalista los estudia dentro de la tipicidad; y éstos errores son irrelevantes, sin embargo, para algunos autores del sistema finalista se puede alterar el grado de dolo o culpa; así por ejemplo en el supuesto de quien por error (en el golpe o en la persona) José por matar a Juan mata a su Padre, quien iba pasando a lado de Juan en ese momento; se presentaría el caso de tentativa de homicidio agravado (muerte del Padre) como delito. Lo mismo tendría que decirse en el caso de quién dispara contra un perro y alcanza al dueño, se cometería el delito de homicidio simple. No se alteraría el dolo en el supuesto de quien erróneamente cree haber privado de la vida a su víctima de un disparo con arma de fuego que solo lo ha dejado herido, pero después el sujeto activo arroja al lesionado a un precipicio para ocultar el “cadáver” y es en la caída, cuando su víctima efectivamente muere. Se trata de un delito doloso, el sujeto se propuso la acción final de matar a la víctima y lo consiguió.

---

\* *Infra 4.3.4 La Culpabilidad, elementos de la culpabilidad, Pág 71*

El error sobre elementos que agravan o atenúan la conducta típica, puede dar lugar a que el delito resulte calificado o privilegiado, si el error era evitable, o si no lo era, le restará esa calidad. Congruente a su sistema, el finalismo no exige que el sujeto activo conozca los elementos objetivos del tipo en forma técnica y precisa, basta el error o desconocimiento de su existencia, para excluir el dolo, y si este error es vencible da lugar a un delito culposo. El conocimiento doloso de los elementos objetivos del tipo debe de ser a un nivel de una persona “profana”, es decir no se exige un conocimiento técnico, sino una valoración de que su conducta ésta en contra del derecho.

Los llamados “errores putativos”, en el sistema causalista que destruyen la culpabilidad por error sobre la licitud de la conducta, en el sistema finalista no inciden en la tipicidad, es decir, quien creyendo fundadamente encontrarse en una situación de legítima defensa, mata, dicha muerte la realiza con ese fin, es decir, resulta dolosa, y su situación será juzgada en el ámbito de la culpabilidad, pero como error de prohibición que anulará la culpabilidad, si es invencible o la atenuara en caso contrario.

“Es evidente que una acción viola el orden social cuando es típica, antijurídica y culpable, las cuales cada una de estas categorías están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior al delito presupone el anterior”<sup>41</sup>, es decir que al faltar uno de ellos no puede configurarse el hecho como delito así por ejemplo, puede presentarse una acción, típica dolosa (la muerte de una persona) pero si el sujeto activo obra bajo error de prohibición (creyendo lícita su acción), su acción seguirá siendo típicamente dolosa pero no culpable.

---

<sup>41</sup> *Ibíd.*, WELZEL...: “Derecho ...”. Pág.7

### **4.3.3 LA ANTIJURICIDAD.**

#### **4.3.3.1 CONCEPTO.**

“La antijuricidad es la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la Teoría del Delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo”<sup>42</sup>

En resumen La antijuricidad, debe ser entendida como un juicio negativo de valor en virtud del cual se determina si la conducta típica y antinormativa pugnan o no con el ordenamiento jurídico en su conjunto; para precisarlo no basta, sin embargo, con la verificación de la ausencia de una norma permisiva o causal de justificación-aspecto formal-, sino que es indispensable determinar si la conducta del caso concreto representa una amenaza o daño para el bien jurídico tutelado-aspecto material-.

#### **4.3.3.2 NATURALEZA.**

El término antijuricidad no es una categoría propia o exclusiva de La Teoría del Delito ni, mucho menos, del Derecho Penal. La antijuricidad, de acuerdo a Muñoz Conde, “es un concepto unitario que tiene una vigencia para todo el ordenamiento jurídico aun que desde luego, las consecuencias sean diferentes en cada rama jurídica”.<sup>43</sup>

Expuesta ya la naturaleza genérica de la antijuricidad, se hace evidente que esta constituye un predicado de cualquier acción, es decir, es el atributo que se le otorga a una acción para señalar que es contraria al ordenamiento jurídico.

---

<sup>42</sup> *Ibíd.*, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, ‘Derecho Penal.....’; Pág 400.

<sup>43</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; ‘Teoría General del Delito.’; Bogotá, Editorial TEMIS, 1984 Pág. 83.

#### 4.3.3.3 CLASES.

Existen cuatro fundamentales clases de antijuricidad, que son:

- a- Antijuricidad Formal
- b- Antijuricidad material
- c- Antijuricidad Objetiva
- d- Antijuricidad Subjetiva.

**A- La Antijuricidad Formal:** es la mera contradicción entre un comportamiento y el ordenamiento jurídico. Es decir basta que se establezca una oposición formal al Derecho que consiste en la no observancia de la prohibición o el mandato contenidos en la norma.

**B- La Antijuricidad Material:** que es cuando se vulnera un bien jurídico protegido, lo cual debe de concebirse no en sentido naturalístico como la causación de un daño sino como la contradicción ideal con el valor protegido por la norma (lesión del bien jurídico).<sup>44</sup>

Además de ello es la oposición entre la acción y la norma para que sea materialmente contraria, al Derecho requiere que no existan causas que justifiquen tal acción, puesto que si existen inequívocamente puede decirse que la conducta típica es solo formalmente antijurídica, pero no será materialmente antijurídica.

**C- La Antijuricidad Objetiva:** Es cuando se prescinde del contenido de la voluntad, es decir la concepción objetiva de la antijuricidad implica. “La determinación de lo antijurídico debe hacerse con base exclusiva en la objetiva conducta, pues lo antijurídico no es otra cosa que ofensa a las normas de valoración recogidas en el ordenamiento jurídico, con independencia absoluta de la situación en que actúa el agente. Es antijurídico todo comportamiento que objetivamente considerado, contrasta con los fines del ordenamiento

---

<sup>44</sup> *Ibíd.*, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ; “Derecho Penal.....”; Pag. 1994.

jurídico, o, dicho de otra forma, con el derecho objetivo con su función valorativa de los hechos”.

La teoría Objetiva, por su parte, es criticable en cuanto contempla apenas un aspecto del problema, de por sí insuficiente para explicar y comprender lo antijurídico; el acto humano sin su aspecto subjetivo es apenas una fracción de actos; además, esta tesis nos llevaría a calificar como antijurídicos los actos inconscientes y los reflejos unánimemente excluidos del derecho penal por la doctrina.

**D- Antijuricidad Subjetiva:** Para La Teoría Causalista, la antijuricidad toma en cuenta solo elementos objetivos, pues los elementos subjetivos son terrenos de la culpabilidad. Sin embargo, al surgir en la doctrina el planteamiento de los elementos subjetivos del injusto, la teoría causalista sufrió uno de los más duros golpes aunque trato de solucionar el problema afirmando con Mezger que los elementos subjetivos del injusto eran solo excepciones a la regla”. La existencia de múltiples tipos penales que contenían “elementos subjetivos del injusto”, como por ejemplo la tentativa, esta era imposible de determinar solo por elemento objetivos, donde por la naturaleza misma de la tentativa, el resultado no se produce, por lo que en el ámbito objetivo no se podía constatar la “intención” sin acudir al dolo del sujeto, pues de no ser así, se debía depender de que el sujeto al disparar diera o no en el blanco, para juzgar su intención, lo que evidentemente es contrario a la realidad, razón fundamental a favor de la tesis finalista “de que a la acción típica corresponde el dolo a la voluntad finalista”, y no como en la teoría causalista que se apoya en el resultado.

Ejemplo en el delito de Robo regulado en el artículo 212 del Código Penal; para la teoría causalista el ánimo de apropiación es imposible de encontrar en una acción “ciega” de posesión; Pero en la teoría finalista dicho ánimo está referido al dolo, colocándolo como elemento subjetivo del tipo del injusto, y así puede explicar que solo el apoderamiento con un fin de apropiación puede dar lugar a la imputación del delito de robo.

Para el penalista finalista Marquez Piñero, el maestro Hans Welzel; y otros autores, proponen un criterio sintético y dicen que el injusto abarca tanto elementos objetivos, como elementos subjetivos.

Welzel manifiesta lo siguiente:

Debido a la antigüedad del concepto objetivo ha surgido el concepto inequívoco de que la antijuricidad solo podía referirse al aspecto objetivo (del mundo externo) de la acción, por ser un juicio de valor objetivo; en ambos casos, no tiene nada en común, la Antijuricidad es objetiva solo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos.<sup>45</sup>

Dentro de los elementos subjetivos se encuentran:

- 1- El dolo.
- 2- El ánimo-emocional, propia de la psique del autor, etc.

Si se tiene en consideración la dirección final de la acción-que comprende una fase interna y otra externa-se puede afirmar que se estará en presencia de una concepción subjetiva de la antijuricidad; los defensores de una antijuricidad subjetiva sostienen que el concepto de lo antijurídico ha de entenderse en función del autor de la conducta enjuiciada, en consecuencia únicamente la acción culpable (dolosa o culposa), es antijurídica.

Para los finalista; la antijuricidad es un juicio de valor objetivo en el sentido de un juicio de valor general.

Ahora bien, si la conducta típica es al mismo tiempo antijurídica se conforma un Injusto penal, esto es, un comportamiento humano desvalorado por el ordenamiento jurídico; hay algunos autores que utilizan la categoría de antijuricidad e Injusto como equivalentes,

---

<sup>45</sup> *Ibíd.*, WELZEL; "Derecho ...". Pág.77.

más sin embargo la teoría finalista hace una distinción de ellas, lo cual consideramos que es lo más correcto; y dicen:

“La antijuricidad es una relación (una contradicción entre los miembros de una relación), Lo Injusto (a veces, también llamado ilícito), por el contrario, es algo sustancial; que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; es la conducta antijurídica misma: La perturbación de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuricidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico”<sup>46</sup>. La antijuricidad es un predicado, es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico; lo injusto es un sustantivo, y es una acción antijurídica determinada.

La teoría finalista, sostiene que quien actúa adecuando su conducta al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente; ya que la tipicidad es indicio de antijuricidad, Maurach, Jurista afiliado a éste sistema, sostiene que la norma jurídica (el tipo penal) está profundamente impregnado de lo que valorativamente ha estudiado el legislador en su función de representante de la sociedad, de ahí que antes de la existencia del tipo existe el reconocimiento de la propia sociedad de valores dignos de preservarse por el derecho, resultando que puedan darse conductas que ofendan esa valoración, del contenido cultural de la norma según Max Ernesto Mayer, y sin embargo, no necesariamente resultan injustas típicamente, pues quien mata, en Defensa Necesaria, afecta el interés jurídico que la norma protege, pero no resulta “injusta” porque el Estado reconoce el derecho a la autodefensa.

Así pues, la conducta típica es solamente indiciaria de antijuricidad, porque al concretarse en un evento, puede resultar que no sea contraria a derecho, si no lícita, por estar amparada en una causa de licitud o justificación.

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*. Pág.77

#### **4.3.3.4 LA ANTIJURICIDAD Y LA TEORIA DEL “INJUSTO PERSONAL”.**

Gracias a las elaboraciones del finalismo, con su concepto final de acción, como la teoría de los elementos subjetivos del injusto, encontraría su desarrollo al postular que además de ello el dolo y la culpa formaban parte de la acción y, por ende, del injusto; con esto fue posible entonces contraponer al desvalor de resultado, el desvalor de acción y conformar el concepto del injusto personal, que a terminado por imponerse, aunque no han faltado posiciones extremas que han pretendido reducir el injusto al mero desvalor de acción, cayendo en posturas de índole completamente subjetiva a partir de las cuales la categoría de antijuricidad acaba completamente desdibujada.

De esta manera, la lesión al bien jurídico y la acción personalmente antijurídica conforman el injusto: “La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referida aún autor determinado. Lo injusto de la acción referida al autor, es injusto personal”.<sup>47</sup>

#### **4.3.3.5 EL ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURICIDAD: “LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION”.**

En la Teoría Finalista de la acción, la conducta típica es un indicio de la antijuricidad de la misma; es decir, ese indicio puede ser desvirtuado; en efecto, el propio orden jurídico a lado de las normas prohibitivas, en ciertos casos, opone disposiciones permisivas que impiden que la norma general abstracta se convierta en deber jurídico concreto, y así aparecen las llamadas “Causas de Justificación”.

Las causas de justificación no excluyen La Tipicidad, es decir, por ejemplo la acción típica dolosa subsiste, pero esa conducta típica no será antijurídica; si se presenta una causa de justificación, la acción de privar de la vida a otro, en Defensa Necesaria deja subsistente la materia de prohibición, el tipo, lo que anula es la antijuricidad de la conducta, el hecho concreto esta amparado en una determinada causa de justificación.

---

<sup>47</sup>*Ibíd.*, WELZEL, “El Nuevo.....”; Pág. 67.

Dentro de las causas de justificación, que regula nuestra normativa penal se encuentran las siguientes: El cumplimiento de un deber legal, cumplimiento de una orden legítima de una autoridad competente, legítimo ejercicio de un derecho subjetivo, legítimo ejercicio de una actividad lícita, la legítima defensa, el estado de necesidad, colisión de deberes, etc. (Artículo. 27 del código penal.)

#### **4.3.4 LA CULPABILIDAD.**

##### **4.3.4.1 CONCEPTO.**

La evolución conceptual de la culpabilidad ha dado origen a dos grandes teorías, que han pretendido darle respuesta a la relación entre la conducta del autor y el resultado de su comportamiento; las cuales son la teoría psicológica y la teoría normativa. Para la primera, la culpabilidad consiste en la relación psicológica entre el hecho y su autor, y tiene aplicación desde el punto de vista causalista.

En cambio en la teoría finalista la culpabilidad es, una culpabilidad normativa, es decir, no se trata de un juicio sobre la relación psicológica entre el hecho y su autor, sino de reproche por la realización de un hecho antijurídico, cuando sin embargo, era jurídicamente exigible una actuación conforme a Derecho.

Es una concepción básicamente coincidente con la del concepto neoclásico- causalista, pero se diferencia de este fundamentalmente en que expulsa de la culpabilidad los componentes psicológicos – todavía subsistente en la concepción neoclásica – del dolo y la culpa, que, como se sabe, pasan a formar parte del Tipo. La Culpabilidad es, pues, puro reproche por haber realizado un injusto cuando el sujeto podía haber actuado conforme al Derecho. Y he aquí lo más relevante y valioso de la Culpabilidad Finalista que se da únicamente el reproche como Valoración.

Ya que a juicio de la Teoría Finalista una cosa es la reprochabilidad como valoración, y otro el dolo como objeto de valoración.

#### **4.3.4.2 ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.**

En la Teoría Finalista de la Acción los elementos de la culpabilidad son:

- A- La imputabilidad o capacidad de culpabilidad;
- B- El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido o conciencia de la antijuricidad.
- C- La exigibilidad de otra conducta.

Los cuales son necesarios en cada caso concreto para poder afirmar que una persona es culpable del hecho que se le atribuye.

#### **A- LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE CULPABILIDAD.**

La imputabilidad significa "juicio de autoresponsabilidad" , debe ser entendida como la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas y facultades físicas para motivarse de acuerdo a la norma, y reúne aquellas características, biopsíquicas que con arreglo a la legislación vigente le hacen capaz de ser responsable de sus propios actos.

Para que exista culpabilidad, es necesario que el autor posea no solo las facultades psíquicas sino también las facultades físicas para que pueda ser motivado en su comportamiento por las normas penales. Cuando, precisamente, tal conjunto de facultades este presente, el sujeto es considerado imputable; aquel que carece de capacidad, ya sea por falta de madurez o por graves perturbaciones psíquicas, no podrá ser declarado culpable; esto es así, por cuanto la capacidad de culpabilidad no existe si el autor del hecho no ha comprendido la criminalidad de su acto.

Las causas de inculpabilidad serán Aquellas que anulen cualquiera de los elementos de la culpabilidad, es decir, que impidan que se presente la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), o la comprensión de lo injusto, o la exigibilidad de la conducta ajustada a derecho.

Las causas de inimputabilidad que regula nuestra Legislación Penal son las siguientes:

- 1- La minoría penal. Artículo 17 del código penal;
- 2- La enajenación mental. Artículo 27 numeral 4 literal a, código penal;
- 3- La grave perturbación de la conciencia. Artículo 27 numeral 4 literal b, código penal;
- 4- Desarrollo psíquico retardado. Artículo 27 numeral 4 literal c, código penal.

**1-LA MINORIA PENAL:** Según el artículo 17 del código penal para que un sujeto sea imputable es necesario que sea mayor de 18 años; por ello, solo a partir de esa edad se puede responder penalmente, aunque en un determinado caso se pudiera demostrar que el menor de esa edad posee la capacidad de culpabilidad suficiente, para comprender el carácter ilícito del hecho. Esta exclusión de minoridad que hace nuestro código es correcta, pues los menores son sujetos de un derecho penal especial, como lo es el Código de Menores; que es predominantemente preventivo y tutelar.

**2-LA ENAJENACION MENTAL:** Regulada en el artículo 27 numeral 4 literal b etimológicamente, "enajenado" es el sujeto que no es dueño de sí mismo o aquel cuyos actos resultan extraños o ajenos a su personalidad. Por ello será el juzgador quien calificara al sujeto como enajenado cuando, según él diagnóstico psiquiátrico, revele los efectos que sobre la conducta humana tiene una determinada calificación clínica.

**3-GRAVE PERTURBACION DE LA CONCIENCIA:** Regulada en el artículo 27 numeral 4 literal b; en un tiempo, esta causa de inculpabilidad, era conocida como "trastorno mental transitorio,"<sup>48</sup> por presentarse en el sujeto como un estado parecido a la enajenación mental,

---

<sup>48</sup> *Ibíd.*. GOMEZ BENITEZ, "Teoría...." Pág. 458.

diferenciándose en este caso, por tratarse de un trastorno mental de corta duración, es decir, fugaz pero provocador de una perturbación de la conciencia. Ejemplos la histeria, paranoia, la ebriedad, y las intoxicaciones con drogas, etc.

**4-DESARROLLO PSIQUICO RETARDADO E INCOMPLETO:** Artículo 27 numeral 4 literal c. Esta categoría implica un desarrollo mental insuficiente o una insuficiencia intelectual, que da como resultado estados como la imbecibilidad, idiocia, la debilidad mental, etc; ya sea de nacimiento o adquirida.

La capacidad de comprensión del injusto, se refiere a que el autor se le exige, que pueda reconocer o comprender, que su conducta transgrede normas sociales indispensables para la vida en común, no es necesario que conozca el hecho como tipificado por la ley. Por ello, sino se da esa comprensión, puede presentarse una causa de inculpabilidad.

De esta manera, la inimputabilidad como capacidad de culpabilidad, no se refiere, a la manera del sistema causalista de un libre albedrío, sino en forma más precisa, a la posibilidad o capacidad de que el sujeto se haya podido motivar, de obrar conforme a la ley.

## **B- EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURICIDAD DE HECHO O CONCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD.**

Siendo el sujeto imputable para el sistema finalista se plantea el estudio del segundo elemento de la culpabilidad, es decir, la posibilidad de comprensión de lo injusto, pero a nivel del hecho singular.

La capacidad de culpabilidad, o imputabilidad, se presenta en el sujeto, con independencia de que realice o no la acción u omisión típicos; en cambio, el conocimiento de la antijuricidad, es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, en el hecho concreto, a la violación de la norma; el sujeto que realiza un tipo penal con su comportamiento doloso actúa, por lo general, con conocimiento de la antijuricidad, es decir con conocimiento de la ilicitud de su obrar, ahora bien; para que el conocimiento de la

antijuricidad tenga relevancia desde el punto de vista penal, no es menester que el sujeto infractor conozca textualmente la norma que prohíba la conducta o la punibilidad de esta; en este sentido, será suficiente con que tenga motivos para saber que el hecho cometido esta jurídicamente prohibido y que es contrario a las normas de convivencia.

¿Que clase de conocimiento exige el ordenamiento jurídico penal para reprochar la conducta al autor? La doctrina ha respondido de dos maneras:

“La primera respuesta requiere que el autor haya tenido un conocimiento actual de la antijuricidad, basándose en la teoría del dolo”.<sup>49</sup> La otra respuesta dada por la “doctrina dominante”,<sup>50</sup> exige solamente que el autor haya tenido un conocimiento potencial de la antijuricidad, basándose en la teoría de la culpabilidad. Lo cual trae como consecuencias prácticas en el ámbito del error sobre la antijuricidad el cual puede ser:

A- Directo,

B- Indirecto.

El error de prohibición es el que recae sobre la comprensión de la Antijuricidad de la conducta. Es decir el error sobre la Antijuricidad del hecho, en el cual el autor sabe lo que hace pero supone erróneamente que le estaría permitido realizarlo.

Existe uniformidad en la doctrina actual en requerir para la presencia de delito que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley. No basta que quien actúa típicamente conozca la situación típica, sino que hace falta, además, saber o poder saber que su actuación se halla prohibida, es decir es preciso el conocimiento de la antijuricidad del hecho; ya que cuando tal conocimiento falta es cuando se da el error de prohibición en contraposición al “error de tipo”. Dicho error será vencible o invencible según que haya podido o no evitarse con mayor cuidado; en el sistema finalista, si el error de prohibición es vencible, puede dar lugar únicamente a atenuar la culpabilidad, es decir, la reprochabilidad y

---

<sup>49</sup> *Ibid.* JESCHECK, “Tratado.....”. Pág. 623

<sup>50</sup> *Ibid.* BACIGALUPO, “Lineamientos.....” Pág. 89 así mismo *Ibid* GOMEZ BENITEZ; “teoría....” Pág. 485.

por ende la penalidad, pero no podrá convertir una conducta dolosa en culposa, como algunos autores han llegado a sostener.

El artículo 28 inciso segundo del Código Penal dice:

“El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de esta. Si el error fuere vencible, se atenuara la pena en los términos expuestos por este código en el artículo 69”.

Es evidente que la legislación salvadoreña, acepta el criterio finalista de que el error vencible de prohibición, no anula el dolo, lo atenúa, pero no lo convierte en culposo.

Para Welzel el tratamiento del error de prohibición debe sujetarse para su estudio a dos fundamentales principios:

- 1- Que es contrario al principio de culpabilidad defender la distinción de error de hecho-error de derecho penal.
- 2- Que la conciencia de antijuricidad (de estar prohibido) es un elemento de la culpabilidad (de la reprochabilidad), pero no del dolo...si el error sobre la antijuricidad...es inevitable a pesar del uso del cuidado que del cabía esperar, se excluye culpabilidad y pena...si fuere evitable de la misma manera serán la culpabilidad y la pena correspondiente al error, atenuados.

El error de prohibición se puede clasificar de la siguiente manera:

- a. Error que afecta el conocimiento de la antijuricidad; el cual puede ser:

1-DIRECTO: Cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva, ejemplo en Ciudadano de Arabia Saudita, llega a El Salvador a pasar unas breves vacaciones, y empieza a contraer Matrimonio con varias Salvadoreñas, desconociendo este, que la bigamia es un delito en el país y por ende prohibido; que se encuentra regulado en el artículo 193 del código penal.

2-INDIRECTO: Es cuando recae sobre la permisión de la conducta y puede verse en los supuestos siguientes:

- 2.1- La falsa suposición de existencia de un permiso que la ley en realidad no otorga. Ejemplo Juan cree que le esta permitido, vender mercadería del empleador para cobrarse todos los salario que no le a pagado.
- 2.2- La falsa admisión de una situación justificante, que no esta dada; a estas se le llaman “Justificantes Putativas”. Ejemplo una persona cree que le amenaza de muerte un incendio por que el se encuentra encerrado, y rompe una ventana, cuando en realidad podía salir tranquilamente por la puerta.
- 2.3- Error sobre los limites de la necesidad. Ejemplo cuando el sujeto se excede en la defensa empleada para repeler la agresión.

b. Error de comprensión, el cual afecta la comprensión de la antijuricidad, pero no el conocimiento. Es decir puede haber casos en que el sujeto conoce la prohibición, y la falta de permiso, sin embargo no le sea exigible la internalización de la pauta que conoce. Ejemplo Luis que es un viajero, tiene como pasatiempo visitar varios países; llega a Alaska, y ahí un Esquimal lo quiere agasajar ofreciéndole a su mujer perfumada con orines; a Luis le resulta bastante difícil recibir el agasajo y aunque él sepa que el Esquimal va a tomar ese desaire como una ofensa, se le hará muy arduo internalizar la pauta de conducta que evite la injuria que le infirió. Si un Juez Esquimal tuviere que juzgar a Luis por la injuria cometida, difícilmente podría exigirle que hubiese internalizado esa pauta de conducta; ya que en ése país alguien que rechacé a la mujer de otro; con la cual se le quiera agasajar comete el ilícito penal de Injuria.

El error que afecta el conocimiento de la antijuricidad y el error de comprensión puede ser vencible e invencible en base al artículo 28 inciso segundo del código penal; el que trae como consecuencia la atenuación de la pena o la exclusión de la misma.

## **DIFERENCIA ENTRE ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN.**

Welzel escribe que el error de tipo y el error de prohibición no han sido fáciles distinguirlos, a efecto este penalista Alemán, nos explica que el error de hecho y el error de derecho manejado por los causalistas, puede descartarse, pues el error de tipo puede darse sobre los “hechos” como son “cuerpo”, “cosa”, “causalidad” etc., pero también sobre conceptos normativos, como pueden ser “carácter lascivo”, “ajenidad”, “documento”, etc.

Así por ejemplo, quien se apodera de una cosa que erróneamente piensa que es propia, y se equivoca, incurre en un error de tipo, ya que no sabe que sé esta apoderando de una cosa ajena; el carácter de ajenidad ni siquiera lo considero debido a su error. En cambio quien cree tener derecho de apoderarse de un bien, que sabe, que es ajeno, pero que él cree tener derecho a apropiárselo a titulo de Retención, yerra sobre la antijuricidad de su conducta, incurre en Error de Prohibición.

Según lo anterior, en la teoría causalista hay errores de “hecho” que pueden dar lugar a errores de tipo; o bien a errores de prohibición, por lo que esta distinción de los causalista no tiene razón de existir.

El error de prohibición tampoco puede, ni debe, identificarse a “error de derecho”; el error de prohibición recae sobre la antijuricidad del hecho real, y tal error puede darse sobre supuestas facetas, no necesariamente normativas.

Las causas de exclusión de responsabilidad penal como el cumplimiento del deber, Defensa Necesaria y el estado de necesidad, etc; dejan subsistente el dolo, pero desaparece la culpabilidad por la presencia del error de prohibición, pues el sujeto cree fundadamente que obra con apego a la ley.

El dolo es la voluntad dirigida a un fin, es evidente que sostener que quien dispara voluntariamente y con un fin de defenderse de un ataque, creyendo obrar en Defensa

Necesaria sin duda que obra con dolo, pero con falta de la conciencia de la antijuricidad y su conducta no será culpable.

Así un enajenado mental puede obrar dolosamente, pero por carecer de capacidad de culpabilidad, no podrá ser culpable. En el caso de que este enajenado obré en un supuesto de defensa putativa, la solución sería la misma, es decir, su conducta sería dolosa, pero no culpable por error de prohibición.

### **C- LA EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.**

Constituye el tercer elemento que integra la culpabilidad en el sistema finalista. Lógicamente, el sujeto para ser culpable, previamente se debe determinar su imputabilidad y la conciencia de la antijuricidad, pero además, debe examinarse si en el caso concreto le era exigible una conducta apegada a derecho, y con tales elementos se materializa la culpabilidad de la fórmula “poder en lugar de ello” sobre todo en el estado de necesidad exculpante.

El Derecho impone a todos los ciudadanos el deber de cumplir con los mandatos normativos, especialmente los del área penal; esta exigencia dependerá en gran medida de las diferentes circunstancias en que cada caso se presente; pero, por regla general, aquello que exige el ordenamiento jurídico puede ser cumplido por cualquier persona. Esto se conoce como “exigibilidad objetiva” o “general”. Toda exigencia que supere lo que es normal excede también los límites del derecho.

Así como el ordenamiento jurídico puede exigir un determinado comportamiento, puede ocurrir que a una persona no pueda exigírsele, en determinadas situaciones extremas, que tenga un comportamiento normal; o bien que se abstenga de realizar ciertas acciones ya que, de ser así, se estaría exigiendo un verdadero sacrificio de parte del sujeto; surge de esta forma la no- exigibilidad de una conducta que, aunque de lugar a una acción típica y antijurídica, no se le puede reprochar al sujeto a título de culpabilidad, dicha situación se encuentra regulada en el Artículo 27 numeral 5 del código penal que expresamente dice:

“Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sean racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó.”

#### **4.4 LA PUNIBILIDAD.**

La punibilidad o penalidad como también se le conoce, no es un elemento de la teoría del delito, si no que esta considerada; como una categoría del delito que existe excepcionalmente por razones de política criminal, para fundamentar o excluir la imposición de una sanción. Es decir, que existen en el ordenamiento jurídico un limitado números de casos en las que el legislador, por razones utilitarias, procura no aplicar la amenaza penal si el delito no va acompañado de otra circunstancia, sin cuya concurrencia la sanción no se justificaría plenamente. “Cuando aparece procesalmente demostrado que una persona realizó una conducta típica, antijurídica y culpable, debe el Juez en nombre del Estado, declararla responsable e imponerle sanción penal (...) Surge así la punibilidad como concepto jurídico referido a la imposición de la sanción penal respecto de quienes han ejecutado un comportamiento delictivo o contravencional.(...) De nada serviría describir modelos de conducta humanas para proteger determinados intereses jurídicos y amenazar con medidas punitivas a quien los vulnere; si la efectiva realización de tales hechos no trajese como secuela ineludible la imposición de la sanción enunciada”<sup>51</sup>

“Zaffaroni que distingue los dos modos teóricos de manifestación de la punibilidad (..) emplea (..) una terminología apropiada para afirmar el carácter de la punibilidad como consecuencia del delito, al sostener que la voz punibilidad tiene dos sentidos: el de posibilidad de aplicar la pena y el de merecimiento de la pena, anotando que todo delito implica aquella posibilidad, pero no a todo delito se le puede dar lo que tiene merecido (..)”<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso: “Derecho Penal” (parte general), Bogota, Editorial Temis, 1990. Pág.243

<sup>52</sup> CREUS, Carlos: “Derecho Penal” (parte general), Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990. Pág.276-277.

#### 4.4.1 NATURALEZA

La punibilidad no encuadra en ninguno de los elementos esenciales para que una conducta sea considerada delito; de ahí que la naturaleza de ésta debe buscarse en otro lugar, pues no corresponde a la tipicidad, ni a la antijuricidad como tampoco a la culpabilidad.

La naturaleza de la punibilidad, se le puede considerar como una especie de condición o presupuesto de la pena.

La acción típica, antijurídica y culpable, constituye el presupuesto principal de la pena; en otras palabras, el delito es una condición de la pena. Sin embargo habrá excepcionalmente, algunos casos en que, no obstante la existencia de todos los elementos para que el hecho sea considerado delito, faltarán algunas condiciones para que éste sea punible. De ahí que pueda afirmarse que existe, por vía de excepción, otros presupuestos, además de que el hecho sea delito para que pueda aplicarse una sanción; dichos presupuestos o elementos adicionales, que no pertenecen a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, son:

A- Condiciones objetivas de punibilidad

B- Las excusas absolutorias.

A continuación se desarrollarán cada una de ellas:

A- Condiciones objetivas de punibilidad: “Son circunstancias excepcionales que para algunos delitos, condicionan la aplicación de una pena. Se ha dicho que estas condiciones no pertenecen ni al ilícito ni a la culpabilidad, son circunstancias objetivas que por razones de estricta utilidad con relación al bien jurídico protegido condicionan la imposición de la pena o su medida. Hay algunas que condicionan la imposición de la pena, es decir, sin su concurrencia no se puede imponer pena alguna al delito, por razones político-criminales”<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan *Manual de Derecho Penal (parte general)*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989. Pág.255.

B- Excusas absolutorias: Son aquellas condiciones que, o bien excluyen la punibilidad o bien la suprimen. Ambos tipos de excusas absolutorias se vinculan con la persona del autor, razón por la cual, en cuanto a sus efectos, no se extienden a los partícipes del delito. “Son circunstancias personales que por estrictas razones de utilidad con relación a la protección del bien jurídico excluyen la imposición de pena a un delito.”<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> *Ibíd...* Pág.252.

## CAPITULO V

### CAUSAS QUE EXCLUYEN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

La legislación penal salvadoreña en el artículo 27 regula las causas excluyentes de responsabilidad penal, las que se clasifican en:

- a) Causas de Inculpabilidad, y
- b) Causas de Justificación.

#### **A- Las Causas de Inculpabilidad:**

Son aquellas que anulan cualquiera de los elementos de la culpabilidad\*. De acuerdo con el artículo 27 numeral 3º parte última, 4º y 5º del código penal, son las siguientes:

- 1- El estado de necesidad excluyente; es considerado como una causa de inculpabilidad por no podersele exigir al autor una conducta diferente a la que realizó.
- 2- Enajenación mental
- 3- Grave perturbación de la conciencia
- 4- Desarrollo psíquico retardado o incompleto.
- 5- La no exigibilidad de otra conducta; la que puede derivar de un estado psicológico transitorio, independiente de la capacidad del autor.

#### **B- Las Causas de Justificación:**

Son la base de nuestro estudio y las definimos como aquellas que impiden la imposición de una pena al autor, y convierten ese hecho en lícito y aprobado por el Derecho. Las que se encuentran reguladas en el artículo 27 numerales 1, 2, 3, y 6 del código penal

---

\* *Supra*, 4.3.4 La Culpabilidad, Pág. 70

- 1- Cumplimiento de un deber legal, ejercicio legitimo de un derecho o de una actividad lícita.
- 2- Defensa necesaria propia o de un tercero.
- 3- Estado de Necesidad Justificante.
- 4- Colisión de deberes.

### **5.1- CONCEPTO.**

En el Ordenamiento Jurídico Penal encontramos tres tipos de normas las prohibitivas, las imperativas y un tercer grupo de normas que no contienen mandatos, ni prohibiciones, se trata de las normas permisivas, las cuales autorizan dentro del límite de determinadas circunstancias, el que alguien viole una prohibición o un mandato; es decir hacer que los hechos típicos no sean antijurídicos; estas normas permisivas son las conocidas como causas de Justificación; que excluyen la antijuricidad de la conducta y determinan que una conducta sea lícita e impiden por ello, la aplicación de penas o medidas de seguridad pues estas exigen la realización de una acción u omisión típica y antijurídica. “La palabra Justificar proviene del término IUS FACERE, que significa: obrar, hacer conforme a derecho.”<sup>55</sup>

### **5.2- FUNDAMENTO.**

Existen posturas negativas en relación con la posibilidad de asignarles a las causas de justificación un fundamento genérico; pero también se dan las posturas positivas, las cuales consisten en asignarle una base común; ya sea individual o plural.

En relación a los principios de las causas de justificación existen dos teorías:

---

55- ARRIETA GALLEGOS, Manuel “Lecciones de Derecho Penal” Editorial Salvadoreña, Pág.205

### **5.2.1- La base monista o individual:**

Esta teoría pretende reducir todas las causas de justificación a un fundamento único común, consistiendo este en que las causas de justificación, constituyen un medio justo para la constitución de un fin justo. Esta teoría, sostiene criterios como:

1. “Lo que es más útil que dañoso;
2. Colisión de intereses;
3. Función protectora de los bienes;
4. El empleo de los medios adecuados para obtener alguno de los fines reconocidos por el ordenamiento jurídico.”<sup>56</sup>

### **5.2.2- La base pluralista:**

Admite varios principios a los que acudir, por grupos de similitud, de tal manera que algunas causas de justificación tendrían un fundamento común o bien terminan por reconocer que es imposible hallar principios comunes a todas o algunas causas de justificación, y en consecuencia cada una de ellas se fundamenta en los propios y peculiares principios; ésta base es la que domina haciendo referencia a los principios siguientes:

1. “El principio de la ponderación de intereses; este se añade al del fin perseguido por el agente.
2. El principio del interés preponderante y el de la falta de interés en la protección jurídico-penal por parte del agente.”<sup>57</sup>

## **5.3- NATURALEZA JURÍDICA.**

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, VELASQUEZ VELASQUEZ, “Derecho Penal.....” Pág. 402

<sup>57</sup> *Ibid.*, BACIGALUPO, “Lineamientos.....” Pág. 62

Son normas permisivas, lo cual significa que el plexo normativo, no solo regula prohibiciones y mandatos; sino también autorizaciones para actuar, por lo tanto se puede afirmar que los tipos penales contienen reglas generales, las cuales regulan excepciones basadas en las causas de justificación; “estas excluyen totalmente la punibilidad de cualquier consecuencia jurídica penal; civil y administrativa, por lo que al permitir la realización de ciertas conductas prohibidas por los tipos penales, hacen que los hechos típicos no sean antijurídicos”.<sup>58</sup>

#### **5.4- FUENTES.**

Una conducta no puede tener dos funciones al mismo tiempo; ya que no puede estar ajustada a Derecho y ser contraria a él.

Las causas de justificación no son un problema específico del Derecho Penal; sino un problema general del ordenamiento jurídico, por lo tanto “cualquier acto que se encuentre justificado en el derecho penal, es también un acto lícito para el resto de las disciplinas del ordenamiento jurídico”.<sup>59</sup>

Ejemplo: La Constitución legitima la captura del delincuente sorprendido en flagrancia (Artículo.13); o cuando los códigos Civil o de Comercio consagran eventos en los cuales puede ejercerse el derecho de retención.

En el Código Civil el artículo 1,991 con relación al artículo 1,992, al referirse al contrato de depósito expresa que “el depositario podrá hacer uso del Derecho de retención, en caso de que halla incurrido en gastos para la conservación de la cosa depositada.

---

<sup>58</sup> *Ibid*, GOMEZ BENITEZ, “Teoría Jurídica.....” Pág.279.

<sup>59</sup> *Ibid*., MUÑOZ CONDE, “Derecho Penal.....” Pág.327

El Código de Comercio en el artículo 1,081, al referirse al contrato de comisión expresa que “El Comisionista puede hacer uso del Derecho de retención en garantía del pago, de los gastos hechos a causa del encargo del comitente”.

De lo anteriormente escrito se desprende que las fuentes de las causas de justificación, pueden tener su origen en cualquier disciplina del ordenamiento jurídico que por medio de sus disposiciones (Ley, Reglamentos), autoriza la realización de un hecho penalmente típico

## **5.5- FUNDAMENTO LEGAL.**

### **a) Fundamento Constitucional.**

El fundamento Constitucional de las causas de justificación, podemos deducirlo de los artículos 2 y 8. El Artículo 2 establece: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad, posesión y hacer protegido en la conservación y defensa de los mismos.

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”; este artículo consagra, además del derecho vida, todos los derechos individuales (libertad, seguridad, propiedad...); por ello reconoce la seguridad jurídica y la seguridad material; es decir, a estar libre de todo peligro o amenazas.

Teniendo como base que las causas de justificación, constituyen normas permisivas; es decir que la realización de una conducta típica no esta prohibida por la ley, ésta se relaciona con el artículo 8 de La Constitución de la República que consagra en toda su plenitud la libertad individual; lo que permite al individuo realizar todo aquello que no esté prohibido, y solo la ley puede ordenar hacer o no hacer.

## **b) Fundamento Internacional.**

### **1- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José.)**

El artículo 9 de ésta, convención regula el principio de Legalidad y Retroactividad el cual dice: “que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas; según el derecho aplicable”; es decir que si una determinada persona realiza una acción que reúna los requisitos necesarios de cualquiera de las causales de justificación no podrá hacerse acreedor de una pena; ya que el hecho realizado está permitido por el legislador.

### **2- Declaración universal de Derechos Humanos.**

Dentro de este sistema encontramos el artículo 11 el cual contempla que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en juicio público, en el que se le hallan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos; según el derecho nacional e internacional”.

Este artículo además de regular el principio del debido proceso, presupone el principio de legalidad, el que implica aplicar la excluyente de responsabilidad penal, cuando concurren los requisitos establecidos por el legislador.

### **c) Regulación en el código penal:**

El código penal salvadoreño en su artículo 27 parte primera regula las Causas de Justificación. Dicho artículo dice de la siguiente manera:

“No es responsable penalmente”

1. Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal, o en ejercicio legítimo de un Derecho, o de una actividad lícita.

Este numeral, hace mención en forma generalizada a tres supuestos en que el agente puede ampararse; por una causa de justificación.

Primero; cuando actúa u omite en cumplimiento de un deber legal opera la realización de ciertas conductas típicas, llevadas a cabo en cumplimiento por el mismo ordenamiento jurídico. Ejemplo el funcionario de policía que se introduce en el domicilio del delincuente sorprendido en flagrante delito y así poder evitar que se escape de la autoridad.

Segundo, actuar u omitir en el ejercicio legítimo de un Derecho. Ejemplo el particular agraviado por un medio de comunicación que se ve obligado a acudir ante los tribunales.

Tercero; quien actúa u omite realizando una actividad lícita; este se refiere a todo tipo de profesión u oficio, la que debe estar reconocida legalmente. Ejemplo, la profesión del abogado; estos juristas al actuar en defensa de los intereses de sus clientes; ya sea como defensores o acusadores en el proceso penal realizan con frecuencia conductas que a pesar de estar tipificadas en la ley no son antijurídicas, así el artículo 191 del código penal excluye de pena a ciertos profesionales. Artículo 191 “No son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional; ni los conceptos desfavorables expresados en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho de información, siempre que el modo de proceder o la falta de reserva no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona.”

2. Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus Derechos o en defensa de otra persona o de sus Derechos siempre que concurran los siguientes requisitos:

- a) Agresión Ilegítima
- b) Necesidad razonable de la Defensa empleada para impedir la o repelerla.

c) No haber sido provocada la agresión de modo suficiente por quien ejerce la defensa.

La Defensa Necesaria; se da en el momento en que el sujeto hace uso de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídico el cual está siendo atacado injustamente, ejemplo el sujeto que da muerte al asaltante que se propone robar y violar a una anciana amenazándola con hacer explotar una granada (defensa de un tercero).

3. Quien actúa por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo. Esta causal justificante al igual que la anterior establece los requisitos necesarios que el sujeto debe realizar al momento de presentársele dicha situación, “ejemplo, quien para escapar de su casa en llamas y ponerse a salvo destruye un ventanal, luego de atravesar la morada del vecino, realiza una conducta típica de daños en bien ajeno; pero justificada”.<sup>60</sup>

4. Quien actúa u omite en colisión de deberes; es decir cuando existen para el sujeto al mismo tiempo, dos deberes que el mismo debe realizar, teniendo solamente la posibilidad de cumplir uno de ellos, ejemplo el sujeto tiene la obligación de declarar en el juicio lo que como testigo sabe según el artículo 185 del código procesal penal; pero por su profesión se puede abstener de hacerlo invocando el deber de secreto profesional, artículo 187 código procesal penal.

## **5.6.- PRESUPUESTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.**

La realización de un hecho; puede estar tipificado como delito, pero esto no significa que por ser un hecho típico sea ya antijurídico, cuando la acción de un determinado sujeto es impulsada por una situación de amenaza a bienes jurídicos; esto quiere decir que dicho sujeto ha actuado justificadamente; y por ende su conducta es permitida por el ordenamiento

---

<sup>60</sup> *Ibíd.*, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “Derecho Pena.....”. Pág. 415

jurídico. “Esta situación de amenaza a bienes jurídicos es lo que conocemos con el nombre de presupuesto de las causas de justificación”<sup>61</sup>.

Para que el autor de un determinado hecho típico, pueda verse amparado con el presupuesto de éstas; es necesario que tome en cuenta ciertas exigencias:

- I. Debe ser una situación de amenaza actual y real.
- II. El sujeto que actúa bajo el amparo de estas normas permisivas; no debe en ningún momento haber provocado de una u otra forma la situación de amenaza.

#### **5.6.1.- MODO DE CONSTATAR SU PRESENCIA.**

Es necesario determinar si el presupuesto de las causas de justificación existió en el momento en que el autor cometió el hecho tipificado como delito y no después.

Basándonos en éste punto, nos estamos dirigiendo al momento de la acción y lo único que quedaría en discusión es conocer como el Juez reconstruye ese momento; por lo que debe tomar en cuenta testimonios u otros datos.

Para poder constatar la presencia de los presupuestos de las causas de justificación no solamente será necesario tomar en cuenta los datos ex ante; es decir aquello que el autor creía que estaba sucediendo o los conocimientos que tenía un espectador objetivo para salir adelante de la posible miopía del autor.

Además de tener un análisis desde este punto de vista; también es necesario que sean valorados o tomados en cuenta los datos que realmente se tienen en ese momento, aunque estos sean descubiertos posteriormente.

---

<sup>61</sup> FERNANDEZ CARRASQUELLA, Juan. “Derecho Penal” tomo II Op. Cit. 355-356.

Existen una serie de pasos que ayudan a determinar la concurrencia del presupuesto de las causas de justificación:

1. No solamente se debe aceptar la opinión del autor; ya que se estaría dejando en manos de este la justificación del hecho.
2. Dependerá de la forma en que se halla desarrollado la situación; y que ésta se encuentra en concordancia con la agresión inminente.

### **5.6.2.- RELEVANCIA PENOLÓGICA DE LA CONCURRENCIA O NO DEL PRESUPUESTO.**

La presencia efectiva del presupuesto, es una condición imprescindible para poder entrar a valorar la justificación; ya sea ésta en una forma total (con la cual se exime la pena) o de una forma parcial (que atenúa la pena).

Es indiscutible que si el sujeto realizó el hecho tipificado como delito y el presupuesto de las causas de justificación está ausente, su hecho además de ser típico, también es antijurídico; ya que en ningún momento podrá verse beneficiado ni de forma parcial y por ende su acción será castigada por el ordenamiento jurídico.

Es decir, que sólo se le podrá dar valor a un comportamiento cuando este sirve como medio para poder evitar un hecho que el ordenamiento considera peor que el que se está permitiendo realizar.

Además podemos decir que cuando el sujeto actúa en forma extremada, el hecho tampoco estaría justificado; pero podría existir la posibilidad de que se aplique la eximente incompleta reduciendo así la pena.

### **5.7.-CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.**

Las consecuencias jurídicas que se derivan de la realización de una causa de justificación son:

- a) Contienen una autorización o permiso para la realización de la acción típica.
- b) Las causas de justificación impiden que al autor del hecho se le imponga una medida de seguridad o algún tipo de sanción; ya que dicho hecho es aprobado por el ordenamiento jurídico, es decir es lícito en cualquier ámbito.
- c) Se establece que los participantes que actúan con una conducta típica justificada y los inductores y cómplices; también quedarán exentos de responsabilidad penal.

## **5.8.- ELEMENTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.**

El fundamento de las causas de justificación tiene que ser doble; ya que para justificar una acción típica no basta con que se de objetivamente la situación justificante, sino también que el actor conozca esa situación y cuando así se exija que tenga las tendencias exigidas por la Ley para justificar su acción “la falta de cualquiera de estos elementos determina que el acto permanezca antijurídico”<sup>62</sup>.

### **5.8.1- OBJETIVOS.**

Es la descripción de la conducta permitida; es decir que para que una acción típica este justificada es necesario que la causa de justificación se de objetivamente, ejemplo, en la defensa necesaria la agresión ilegítima tiene que presentarse objetivamente en forma actual e inminente, al mismo tiempo se tienen que dar la falta de provocación y la necesidad racional de la defensa.

### **5.8.2- SUBJETIVO.**

Para que la acción típica que realiza el autor este justificada; además de ser necesario que se presente objetivamente la causa de justificación es preciso que el autor conozca esa situación, “este elemento subjetivo de justificación no exige que los móviles del que actúa

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, MUÑOZ CONDE, “Derecho Penal.....”. Pág 329.

justificadamente sean valiosos; sino que simplemente el autor sepa y tenga la voluntad de actuar de un modo autorizado o permitido jurídicamente<sup>63</sup>”, ejemplo, no puede hablarse de defensa necesaria si el autor no tuvo voluntad de defenderse, la ausencia del elemento subjetivo de justificación en una situación objetivamente justificada mantiene el desvalor de la acción aunque no el del resultado por tal razón solo puede hablarse de una tentativa del delito que el sujeto creía cometer; pero no de delito consumado.

### **5.9.- EL ERROR EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.**

El error que afecta a éstas, según la teoría de la acción final es el error de prohibición; ya que al pasar el dolo de la culpabilidad al tipo, no pasó con él, el conocimiento de la antijuricidad, está permaneció en la culpabilidad completamente separada del dolo. El error de prohibición ya no podía pues excluir el dolo por lo que “ se formula la siguiente construcción: El conocimiento de la antijuricidad del hecho debe valorarse en sentido potencial como requisito autónomo de la culpabilidad y su ausencia, el error de prohibición, no impide la subsistencia del injusto doloso; sino que afecta solo a la culpabilidad de su autor”<sup>64</sup>.

El error de prohibición se define como: El error sobre la antijuricidad del hecho; en el cual el autor sabe lo que hace pero supone erróneamente que le estaría permitido realizarlo.

El error de prohibición lo podemos clasificar de la siguiente manera:

#### **5.9.1- El error que afecta el conocimiento de la antijuricidad, el cual puede ser de dos formas:**

- 1) Error directo: Es aquel que recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva.

---

<sup>63</sup> *Ibíd*, Pág.329.

<sup>64</sup> MIR PUIG, Santiago, “ *Derecho Penal parte general*”, Editorial PPU, Pág.662.

2) Error indirecto: Es cuando recae sobre la permisión de la conducta y puede verse desde los puntos de vista siguientes.

) La falsa suposición de existencia de un permiso que la ley en realidad no otorga, ejemplo, un sujeto cree que si alguien le deja su automóvil a reparar y no lo retira dentro de cierto plazo, puede venderlo por su cuenta para cobrarse.

) La falsa admisión de una situación justificante que no está dada (justificación putativa). Ejemplo, un sujeto cree que es agredido y que se defiende, cuando en realidad se trata de una broma de amigos.

2.3 ) Error sobre los límites de la necesidad; ejemplo el exceso en la defensa empleada para repeler una agresión injusta.

### **5.9.2. El error de comprensión.**

Es aquel en que afecta la comprensión de la antijuricidad; pero no el conocimiento ejemplo, “el indígena que mastica Coca desde niño y no puede internalizar la norma que prohíbe su tenencia<sup>65</sup>”.

El error que afecta el conocimiento de la antijuricidad y el error de comprensión, como clasificación del error de prohibición, puede tener los efectos siguientes, según el artículo 28 inciso 2º del código penal.

1. Si es vencible: Atenúa la pena, pudiéndose reducir hasta el mínimo legal establecido para el delito que se trate.
2. Si es invencible: Existe una eliminación completa de la culpabilidad y por lo tanto el injusto no llega a ser delito.

---

<sup>65</sup>Ibid., ZAFFARONI, “Manual.....” Pág. 544.

## **5.10.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR.**

El primer numeral del artículo 27 del código penal contiene, tres causas de justificación las que conviene estudiar por separado. En primer lugar, el cumplimiento de un deber, que supone una obligación para un determinado sujeto no permitiéndole ninguna otra alternativa; el ejercicio legítimo de un derecho, que implica una facultad de actuar o abstenerse de actuar de una determinada manera; y la práctica de una profesión o actividad, reconocida por el Estado, conforme a las reglas que la rijan.

### **A) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL.**

No actúa antijurídicamente el que obra en cumplimiento de un deber. No se trata de deberes morales, sociales o de cortesía, sino de deberes jurídicos, esto es, derivados del ordenamiento legal. En ésta causa de exclusión de responsabilidad se establece una relación directa entre el sujeto y la norma que está obligado a cumplir, la cual puede pertenecer tanto al ámbito del derecho penal como a la esfera del derecho privado, ejemplo; la obligación que tiene el testigo según el artículo 185 del código procesal penal de decir la verdad de cuanto sepa y le sea preguntado; un ejemplo basado en el derecho privado: es el deber de velar por los hijos, alimentarlos, educarlos, proporcionarles una formación integral y corregirlos razonable y moderadamente, según los artículos 214, 215 y 216 del código de familia.

Corresponde también la aplicación de ésta eximente cuando se trate de deberes profesionales, pues el desempeño de ciertas funciones, obliga a asumir determinadas obligaciones derivadas directamente de la ley, de los estatutos o reglamentos, o por la vía contractual. Así por ejemplo; el deber que tiene el agente de la Policía Nacional Civil de detener al sujeto que ha cometido un hecho delictivo; o el deber de guardar secreto que tiene según el artículo 187 del código procesal penal los ministros de la iglesia, los abogados, los notarios, médicos, de los hechos que constituyen delito y han llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión.

Una especie del género de ésta causa de justificación puede considerarse *el cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente*; la que se define como “aquel mandato que se encuentra revestido de una presunción de juricidad, siempre y cuando provenga de la autoridad competente (superior jerárquico) y no lesione manifiestamente el ordenamiento jurídico”<sup>66</sup>.

No podrá ampararse en esta eximente el Policía Nacional Civil que da tratos inhumanos o degradantes, o que mantiene las condiciones de la detención en forma que atenta contra la dignidad humana.

Podemos afirmar que la obediencia debida en ningún caso, podrá amparar órdenes que entran en la ejecución de actos que notoriamente constituyen delito o sea contrario a la Constitución de la República, o a las Leyes ejemplo; el funcionario de la Policía Nacional Civil, cuando penetra en un lugar cerrado, donde se comete delito actúa en cumplimiento de un deber legal; pero si el fiscal le manda allanar esa misma morada para buscar una prueba obra en cumplimiento de orden legítima.

## **B) LEGITIMO EJERCICIO DE UN DERECHO.**

Se encuentra excluido de pena quien obra en el ejercicio legítimo de un derecho. A diferencia del cumplimiento de un deber donde el sujeto carece de opción para actuar de otro modo, en el ejercicio de un derecho hay una facultad del titular a la que puede renunciar o de la que puede no hacer uso. La eximente concurre sólo en el caso de que el derecho sea utilizado.

Esta eximente implica que el sujeto realice una conducta tipificada en la Ley para ejercer un derecho; pero la Ley no abarca el ejercicio de cualquier Derecho; sino de aquellos de carácter subjetivo que tengan respaldo en el ordenamiento jurídico. “Cuando el ejercicio del derecho recaer sobre bienes jurídicos propios, excluirá directamente la tipicidad. Ejemplo;

---

<sup>66</sup> *Revista de Justicia de Paz # 6 Vol. II, Corte Suprema de Justicia, mayo-agosto 2000, José Antonio Choclán Montalvo Pág. 217.*

no realiza el tipo de hurto el que se apodera de una cosa propia, ni viola el domicilio el que entra en su propia casa”<sup>67</sup>, cuando el ejercicio de ese derecho recae sobre bienes jurídicos ajenos estaremos ante la presencia de ésta eximente, pero para ello es necesario que se den los presupuestos del ejercicio del derecho ejemplo; el posadero o dueño del hotel puede en el ejercicio del derecho de retención legalmente consagrado, negarse a hacerle entrega del equipaje al viajero renuente a pagarle; así incurra en posibles tipicidad de hurto, (artículo 2221 Código Civil).

### **C) EL LEGÍTIMO EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD LICITA, O UN CARGO PÚBLICO.**

No actúa antijurídicamente el que obra en el ejercicio legítimo de una actividad lícita o de un cargo. El ejercicio de una actividad abarca cualquier profesión privada, liberal o no, con título facultativo o de otra clase, precisada de licencias administrativas o libre de ellas. “Con la palabra cargo se alude a toda profesión que comporte el desempeño de funciones públicas, sea con carácter permanente o eventual. Por lo tanto, se trata del ejercicio de una profesión.”<sup>68</sup> Ejemplo, el deber de administrar justicia comporta el derecho a privar en nombre del Estado aún particular de su libertad en los casos que la ley previene. Artículo 357 código penal.

Ejemplo de una actividad lícita es la profesión de abogado que lleva consigo una serie de actividades de asesoramiento técnico y de defensa de los intereses que le han sido confiados. En el desempeño de estas misiones, particularmente ante los tribunales, puede ser necesario el ataque a bienes jurídicos que fuera de esos momentos de controversia están penalmente protegidos; a si impugnar por vía de recursos una resolución judicial o administrativa, sosteniendo que no es ajustada a derecho, por ser injusta material o formalmente, sería, fuera de estas circunstancias un hecho gravemente atentatorio contra el respeto debido, a las autoridades que dictaron la resolución discutida y podría realizar la conducta de desacato regulada y sancionada en el artículo 339 del código penal; otro ejemplo

---

<sup>67</sup> *Ibid.*, VELASQUEZ VELASQUEZ; “Derecho Penal.....” Pág. 416.

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María, “Derecho Penal Español” Parte General, 9ª. Edición DYKINSON, Madrid, 1985, Pág. 515

sería poner de manifiesto los malos antecedentes de un testigo para demostrar el escaso crédito que ha de concederse a su testimonio, afecta indudablemente a la honorabilidad de la persona que declara y podría realizar el hecho típico de injurias regulado artículo 179 código penal.

Esta causa de exclusión solo da derecho al abogado a defender a su representado; la conducta es lícita hasta donde llega la necesidad de la defensa. El exceso no está amparado por el ejercicio de una actividad lícita.

#### **D) DEFENSA NECESARIA \*:**

Esta exento de responsabilidad penal, quien comete una acción típica para defenderse de una agresión ilegítima a su persona, sus derechos o de terceros. Jiménez de Asúa define esta causa de justificación como “la repulsa a la agresión ilegítima actual o inminente, por el atacado o por tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la y repelerla<sup>69</sup>”. Esta causal de justificación tiene una doble regulación, como defensa necesaria propia (comprendiendo la autodefensa de la propia integridad personal y los derechos de la persona que se defiende) y como defensa necesaria; ya sea de la integridad física o de los derechos de extraños o terceras personas<sup>70</sup>.

Al realizar el sujeto agredido una acción en Defensa Necesaria, está actuando en la forma en que el Estado lo haría. Para que un determinado sujeto pueda verse amparado por esta causa de justificación es necesario que tome en cuenta los requisitos siguientes:

A.- Agresión Ilegítima

B.- Necesidad razonable del medio empleado para impedir la y repelerla

C.- Falta de provocación de la agresión de modo suficiente por quien ejerce la defensa.

---

\* Este tema será tratado con mayor amplitud en el capítulo siguiente.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, ARRIETA GALLEGOS, “Manual.....” Pág. 184

<sup>70</sup> *Ibíd.*, pág 429

Es importante la trascendencia que tiene el conceder a una persona derechos que incluso se niegan al Estado, ejemplo: matar a otra persona; esto crea la necesidad de imponer limitaciones en ese Derecho individual a casos o situaciones realmente excepcionales, en las que sólo el individuo puede defender sus bienes jurídicos mas preciados.

#### **E) ESTADO DE NECESIDAD.**

No actúa antijurídicamente quien; “en una situación de peligro actual o inminente de los intereses protegidos por el derecho, en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses ajenos jurídicamente protegidos; pero de inferior entidad a condición de que el peligro no haya sido intencionalmente provocado por quien actúa en salvaguarda del bien o interés en conflicto”<sup>71</sup>.

La situación que se encuentra en la base de todo estado de necesidad es una colisión de intereses jurídicos, teniendo como “característica la pérdida de uno de ellos y la posibilidad de salvación del de mayor valor; sacrificando el de menor valor”<sup>72</sup>.

La diferencia valorativa de los bienes se debe determinar desde el punto de vista de la teoría de los intereses jurídico:

- 1- Debe partirse de la relación jerárquica de los bienes jurídicos ( relación existente entre vida y propiedad).
- 2- La diferencia de valor de los intereses que colisionan, deben ser esencial y no cualquier diferencia; sino una considerable.

---

<sup>71</sup> *Ibid*, Pág. 210.

<sup>72</sup> *Ibid*, BACIGALUPO; “Lineamientos .....”, Pág. 70.

## **F) COLISIÓN DE DEBERES JURÍDICOS\*.**

La colisión o conflicto de dos deberes jurídicos supone que la realización de uno excluye la del otro; es decir debe sacrificarse uno de los deberes en conflicto. Ejemplo; una persona tiene la obligación de declarar lo que como testigo sabe según el artículo 185 Código Procesal Penal; sin embargo por las circunstancias de su profesión puede abstenerse invocando el deber del secreto profesional, artículo 187 inciso 1º. Código Procesal Penal.

---

\* *Cierto sector de la doctrina considera ésta causa de justificación como una especie del estado de necesidad.*

## **CAPITULO VI**

### **LA DEFENSA NECESARIA EN LA LEGISLACION PENAL SALVADOREÑA.**

#### **6.1 LA DEFENSA NECESARIA.**

Por lo general esta Causa de Justificación es conocida como, “Legítima Defensa”, “Defensa Legítima” o “Defensa Propia”; esta terminología es sin duda correcta, aunque sea preferible la que aquí se propone, porque tiene en cuenta que la defensa sólo es legítima, si es necesaria. Esto debe quedar claro ya en la designación.

##### **6.1.1 CONCEPTO.**

Muchos son los juristas y doctrinarios que han expuesto un concepto de ésta institución, con independencia de su mayor o menor riqueza descriptiva, coinciden sustancialmente en considerarla como:

“Aquella que es necesaria para repeler una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor”.

#### **6.2 FUNDAMENTO LEGAL.**

##### **a) Fundamento Constitucional.**

El artículo 1 de la Constitución de La República “Reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

Asimismo reconoce como persona humana todo ser humano desde el instante de la concepción.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.”

El artículo 2 consagra “El Derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Se garantiza el Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”

De estos artículos debemos entender que la persona humana como sujeto de Derechos y obligaciones es el bien principal protegido por el Estado, por lo que este se obliga a crear la estructura jurídica necesaria para garantizar la protección y defensa de los mismos\* .

#### **b) Fundamento Internacional.**

Teniendo en cuenta que todo Tratado Internacional firmado por el Gobierno de El Salvador y ratificado por la Asamblea Legislativa, se convierte en Ley de la República y son superiores a cualquier ley secundaria, según el Artículo 144 de la Constitución de la República, sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento para todos los habitantes, quienes pueden a su vez exigir al Estado su cumplimiento.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho a la vida, a la libertad, seguridad personal, intimidad y propiedad en los artículos 3, 12, y 17; en consecuencia obliga a los Estados miembros a darle protección jurídica y material a tales Derechos.

De igual forma la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce estos Derechos en los artículos 1, 5, 7, 11, 21.\*

---

\* *Supra*, Capítulo V Causas que excluyen de responsabilidad penal, 5.5.1. Fundamento Constitucional, Pág.86

\* A diferencia de estas Declaraciones, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades de 1950, contiene un artículo en el que expresamente hace mención a la defensa necesaria, el artículo 2 II- justifica la muerte de una persona, en caso de agresión ilegítima, cuando se actúe en defensa de la persona.

### **c) Código Penal.**

El artículo 27 regula, la defensa necesaria como una causa que excluye de responsabilidad penal, la cual requiere para que concurra que se den los requisitos enumerados en la ley.

Art. 27.-“No es responsable penalmente.

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

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

### **6.3 NATURALEZA JURÍDICA.**

Cuando una conducta es necesaria, para proteger un bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico, frente a un agresor que voluntariamente los ataca y por ende se pone fuera de la protección jurídica, entonces lógicamente dicha defensa no sólo no está prohibida, si no que el Derecho la aprueba y la valora positivamente.

La naturaleza jurídica de esta acción, es la de ser una “Causa de Justificación” o norma permisiva, de la que se derivan las siguientes consecuencias:

1. Al ser lícita la defensa, no puede ser una agresión ilegítima y por tanto contra ella no cabe defensa legítima;
2. La participación en la defensa necesaria es lícita e impune;
3. La Defensa Necesaria, no sólo no da lugar a la responsabilidad penal, si no tampoco a medidas de seguridad ni a responsabilidad civil.

## **6.4 FUNDAMENTO.**

El aparecimiento de diversas tesis sobre el fundamento teórico de la Defensa Necesaria ha creado controversia en la doctrina; “la mayoría de autores acepta el doble fundamento de la institución, el cual se basa en el Principio de Autoprotección y el de reafirmación del Derecho”<sup>73</sup>.

Antes de desarrollar la tesis del “Doble Fundamento” y todas sus consecuencias, conviene conocer las otras teorías, a efectos de que queden claramente marcadas las diferencias respecto a la que tiene aceptación dentro del Derecho Penal.

### **6.4.1 La Defensa Necesaria como causa de inculpabilidad.**

Esta tesis pretende encontrar el fundamento de la Defensa Necesaria en la perturbación del animo del agredido, o en el conflicto psicológico de motivaciones que genera la agresión, la que surge en la necesidad de sacrificar un bien jurídico del ofensor, o la de salvar otro propio o ajeno injustamente atacado. Por lo que en tales situaciones no es posible exigir un comportamiento distinto que el realizado por el defendido.

El fundamento de causa de inculpabilidad de la Defensa Necesaria, trata exclusivamente de las consideraciones sobre la incidencia de la situación de la agresión, sobre la culpabilidad del sujeto que ejerce la defensa.

De ser aceptada esta tesis “La Defensa Necesaria” no se comportaría como causa de justificación, sino de inculpabilidad, en cuyo caso la conducta se estaría considerando antijurídica, aunque no culpable, lo que implicaría que existieran participes punibles, en la defensa realizada por otros (defensa de terceros) ya que la participación punible; depende de que el autor realice una conducta típica y antijurídica, aunque no sea culpable, si lo puede ser el partícipe ya que esté, según el “principio de accesoriedad limitada”, la culpabilidad del

---

<sup>73</sup>*Ibíd.*, GOMEZ BENITEZ, “Teoría.....”Pág.315

participe es a título personal y este responde desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito, el artículo 37 del código penal expresamente hace referencia al mencionada principio: “La responsabilidad penal de los partícipes, principia desde el momento en que se ha iniciado la ejecución del delito y cada uno responderá en la medida que el hecho cometido por lo menos sea típico y antijurídico.”

#### **6.4.2 La Retribución o Castigo.**

Para esta corriente, el que ejerce la Defensa Necesaria esta compensando el mal que el agresor quiere ocasionarle y en este sentido, le esta infligiendo un castigo. El supuesto carácter punitivo de la Defensa Necesaria es absolutamente invalido, incluso si ese carácter punitivo pretende explicarse desde un punto de vista preventivo.

Si se considera que el fundamento es intimidar al colectivo social y al propio agresor que saben que el defensor puede ocasionarle gravísimos males, sin la necesidad de acudir a instancias jurídicas para resarcirse de los daños causados; diríamos que el Estado concede funciones propias a los particulares, lo que desencadenaría en un sistema jurídico de venganza personal.

Es preciso tener en cuenta que la Defensa Necesaria puede ejercitarse según la doctrina dominante y nuestro código penal frente a quien no puede ser penado; el artículo 27 numeral 2º, literal a) sólo exige que la agresión sea ilegítima, esto es antijurídica no culpable, por lo cual no es posible considerar la defensa necesaria como un derecho cuyo ejercicio se entendiese como punición; si partimos de que nuestra legislación excluye de pena a quien no puede atribuírsele una conducta delictiva ya sea por enajenación mental o alguna de las causas de inculpabilidad que menciona el artículo 27 del código penal.

### 6.4.3 Falta de Protección Estatal.

No debe considerarse como el verdadero fundamento de la institución, “puesto que la Defensa Necesaria no se niega cuando pudiere intervenir la autoridad: es suficiente –como puso de manifiesto Luzón Peña- la existencia de una necesidad de defensa de un bien jurídico frente a una agresión, para que –aunque no falte protección estatal- pueda ejercerse la legítima defensa”<sup>74</sup>.

De ser aceptada ésta tesis, comprendería dos consecuencias.

- I- Excluir la defensa del particular cuando es posible la acción defensiva de la autoridad, o;
- II- Fundamentar un exceso intensivo; si el particular actuó originando graves efectos en el agresor, cuando era posible y menos lesiva la acción defensiva estatal.

Ni el fundamento, ni las consecuencias que de él podrían deducirse parecen aceptables. El Estado de Derecho debe mantener la pretensión teórica irrenunciable de monopolizar el ejercicio de la violencia y con ello el de la defensa de los bienes jurídicos, pues de lo contrario abriría una fisura de difícil contención en el funcionamiento de la sociedad.

La delegación en el particular de esa función estatal -a modo de concesión de un derecho, más que un reconocimiento de un derecho natural- exacerbaría el sentimiento colectivo de la autoprotección y perjudicaría, en este sentido, el interés preventivo básico.

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, Pág.318

#### **6.4.4 El fundamento Doble de la Defensa Necesaria.**

Este fundamento se basa en el “Principio de Autoprotección” y el de “La Defensa del Derecho”, es decir el Derecho no debe ceder ante el injusto.

La fundamentación de la Defensa individual o autoprotección de bienes jurídicos se basó en distintas ideas, como en la delegación estatal, el instinto de conservación, pero en tiempos muy recientes se accedió a la que parece una correcta explicación de su esencia; el principio de autoprotección está en el fundamento de la Defensa Necesaria debido a la orientación preventiva que posee y más concretamente, de prevención general; es decir que sirve de advertencia a los hipotéticos agresores, que saben que frente a sus acciones antijurídicas el Derecho declara preponderante el interés del agredido y le faculta, en consecuencia para lesionar bienes jurídicos del agresor.

La autorización comporta, una intimidación para el agresor, que sabe que puede enfrentarse a una reacción, incluso más grave que su propia agresión.

El otro principio que conforma el fundamento doble de la Defensa Necesaria es el “Principio de la Necesidad de Defensa del Derecho” este principio esta relacionado al principio de autoprotección; el se basa en la idea que nadie esta obligado a soportar lo injusto.

Ambos fundamentos, imprimen un sesgo saludable de prevención a la Defensa Necesaria, el que sirve a la vez, como instrumento de intimidación y de integración del colectivo social, a través de la autoprotección de los bienes jurídicos y de la defensa del Derecho si ambos fundamentos se separan resultaría imposible someter a limites este Derecho.

El principio de autoprotección, impone una necesaria sumisión de reacción defensiva a una cierta proporción respecto al mal que se avecina, proporcionalidad que resulta compensada por el mayor margen de desproporción que permite el principio de “Defensa del Derecho”; puesto que éste confiere al defensor una especie de poder supraindividual, al

ejercer la Defensa Necesaria no sólo defiende sus bienes o los de otro, si no también el ordenamiento jurídico; esto hace que la balanza del interés jurídico se incline a su favor, incluso si lesiona un bien más valorable del que estaba puesto en peligro por el agresor. De la misma manera, la simple necesidad de autoprotección podría aconsejar la huida en algunos casos, en vez de la autodefensa; pero la “Defensa del Derecho” aconseja no obligar al agredido a rehuir la defensa.

La unión de ambos aspectos en un solo fundamento es el que permite el carácter de prevención general de la Defensa Necesaria; pero la naturaleza doble (Necesidad de Autoprotección y de Defensa del Derecho) se deduce algo fundamental, la Defensa Necesaria esta sometida a una serie de restricciones denominadas “éticos-sociales”.

## **6.5 RESTRICCIONES.**

Roxin, las define como “Restricciones ético –sociales las que se basan en la idea de que no todas las agresiones merecen una reacción defensiva ilimitada, en cuanto a los bienes puestos en peligro o en la necesidad de hacerles frente, en vez de tener que soportarlas. “El hilo conductor de todas estas restricciones varían, es decir, son menores en unos casos que en otros; precisamente estos supuestos serían:

- Agresiones antijurídicas de personas que actúan sin culpabilidad, o con culpabilidad notablemente disminuida.
- Agresiones insignificantes, y defensa que ponga en peligro la integridad o la vida del agresor.”<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> *Ibid*, Pág.323

### **6.5.1 Agresiones de Personas inculpables o que actúan con culpabilidad notablemente disminuida.**

Aunque los inimputables o semi –inimputables, los que actúan en error invencible de prohibición, y los que según la doctrina dominante actúan en estado de necesidad disculpante, carecen de culpabilidad o la tienen muy disminuida, no obstante pueden realizar hechos antijurídicos, que constituyan agresiones ilegítimas y que, por tanto, generen una Defensa Necesaria.

En estos casos el que se defiende debe mantenerse dentro del marco de lo necesario, por lo que en un primer momento se aconseja la búsqueda de ayuda de la autoridad (siempre que sea posible), que el enfrentamiento lesivo de bienes jurídicos del agresor; él que se enfrenta a esta clase de agresiones debe oponer una resistencia disuasoria y soportar el riesgo de pequeños perjuicios; por que de lo contrario si sobrepasa estas restricciones su comportamiento podría no estar amparada por la Defensa Necesaria.

“El fundamento de esta restricción es estrictamente legal: la ley penal prevé un trato específico –impunidad o disminución cualificada de la pena- para estos agresores, haciendo ver así que no son merecedores del máximo rigor penal, aunque realicen hechos punibles,”<sup>76</sup> a si por ejemplo el artículo 27 numeral 4º literal a) excluye de responsabilidad penal al enajenado mental, y el artículo 29 atenua la responsabilidad del sujeto que comete un hecho punible con inferioridad psíquica por intoxicación.

En estos casos el legislador no considera perjudicados los interés preventivos - generales que motivan las penas; en tal razón la Defensa Necesaria no debe concederse más allá de lo que aconsejan los intereses preventivos –generales; por lo que ni la necesidad de protección de bienes jurídicos, ni tampoco la de defensa del Derecho pueden justificar una Defensa que se ejerciese como si la agresión proviniese de un ser plenamente culpable.

---

<sup>76</sup> *Ibid*, Pág. 324

### **6.5.2 Agresiones insignificantes y Defensa que comporta peligro para la vida del agresor.**

Ciertamente, en la Defensa Necesaria no importa la relación de valores existentes entre el bien jurídico agredido y el menoscabado por la acción defensiva, puesto que tanto el interés de autoprotección como el de afirmación del Derecho son independientes de dicha relación entre los bienes afectados.

“Pero el interés de autoprotección puede experimentar, al ponerse en relación con la puesta en peligro del agresor, una extremada aminoración, en cuyo caso deberá negarse también el interés en la afirmación del Derecho, ya que no puede constituir el sentido del ordenamiento jurídico permitir la defensa a favor de bienes de escaso valor o frente a agresiones irrelevantes a costa de importantes lesiones del agresor”<sup>77</sup>.

La razón de esta restricción es también de naturaleza ético –social y está vinculada a las exigencias preventivas frente a la criminalidad menor, respecto a la cual renuncia el Derecho Penal a la ejemplificación mediante la exacerbación de la Pena. Si las penas son mínimas e incluso se prescinde, de la privación de libertad; no se entiende que se le conceda al particular la autorización para poder inferir graves lesiones, poner en peligro la vida, o matar al agresor en supuestos de Defensa Necesaria.

## **6.6 ELEMENTOS.**

Como estudiamos anteriormente las Causas de Justificación poseen elementos objetivos y subjetivos en la Defensa Necesaria al igual que en las demás causas de justificación concurren de la siguiente manera.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, JESCHECK, “Tratado.....”. Pág 472

### **6.6.1 Elemento Objetivo.**

Lo conforma la descripción que hace el legislador de los requisitos que deben concurrir, para que se afirme la existencia de la Defensa Necesaria, como Causa de Justificación.

El artículo 27 del código penal establece como requisitos:

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

### **6.6.2 Elemento Subjetivo.**

Se suele identificar este elemento con la preposición “en” (Quien actúa u omite en defensa de.....) parece que al legislador no le basta con que la persona defienda bienes jurídicos, sino que exige que el móvil de su acción resida precisamente en esa protección.

Por lo que requiere el conocimiento y la voluntad de actuar de la forma autorizada o permitida por el legislador; en este caso, la voluntad de defenderse.

## **6.7 REQUISITOS.**

La estructura fundamental de la Defensa Necesaria, requiere: Actuar en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus derechos siempre que concurren los requisitos siguientes:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla;
- c) Que la agresión no haya sido provocada de modo suficiente, por quien ejerce la defensa.

### **6.7.1 Agresión Ilegítima.**

Éste puede considerarse el requisito esencial de la Defensa Necesaria ya que sin el no es posible imaginarse los demás, éste, permite que exista la situación de defensa y por ende la acción misma.

#### **a) Agresión.**

“Un sector doctrinal, antes más numeroso, pero hoy muy minoritario han concebido la agresión como acometimiento físico, violento y personal, de modo que sólo serían defendibles la vida e integridad, y los demás bienes jurídicos, cuando fueran afectados simultáneamente con un acometimiento personal.”<sup>78</sup>

Esta idea responde a una concepción estrecha pues algunos autores consideran imposible introducir en este concepto el de las “agresiones omisivas”; ya que la omisión consiste en no realizar un movimiento físico, mientras que la agresión, es éso, un acto o acometimiento físico.

Algunos conceptos de agresión, son los siguientes.

Jiménez de Asúa la define como “el acto con el que el agente tiende a poner en peligro o a lesionar un interés jurídicamente tutelado”<sup>79</sup>.

Gómez Benítez considera la agresión como: “la conducta que crea un peligro de lesión de un bien jurídico del que sea titular una persona.”<sup>80</sup>

De los conceptos anteriores podemos decir; que en el sentido gramatical no es posible considerar la omisión como una agresión, pero como pone de manifiesto Luzón Peña

---

<sup>78</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Estudios Penales”, PPU, Barcelona, 1991, Pág. 121

<sup>79</sup> ASUA JIMENEZ “Tratado de Derecho Penal” citado por Arroyo de las Heras, Alfonso, “Manual de Derecho Penal, El Delito” Editorial Aranzadi 1985, Pág. 351

<sup>80</sup> GÓMEZ BENITEZ, José Manuel, “Teoría Jurídica del Delito” Editorial CIVITAS, S.A, Pág.320

legalmente debe precisarse la agresión: “como la acción de puesta en peligro dolosa de algún bien jurídico”<sup>81</sup>; en este sentido acción consiste en realizar movimientos o en la falta de los mismos.

Para ilustrar la acción y omisión dentro de una misma definición consideramos más apropiado el concepto de Agresión que ofrece, Antón Oneca quien afirma que “por agresión debe entenderse toda amenaza de lesión inminente de intereses jurídicamente protegidos.”<sup>82</sup>

Del concepto podemos decir; que la amenaza puede consistir en una acción propiamente o en una omisión que ponga en peligro bienes jurídicos particulares; ya que la mera omisión como por ejemplo la omisión de socorro no constituye una agresión, porque perfectamente un tercero puede realizar la conducta omitida; pero representará una “Agresión Omisiva” cuando consista en la no entrega de una cosa que sólo posee el omitente, y, por otra parte, también puede haber necesidad de coaccionar, lesionar, al omitente cuando se trata de una actuación que el defensor no sabe o no está en condiciones de realizar. Veamos un ejemplo de una omisión que representa una agresión para un bien jurídicamente tutelado por el Derecho Penal.

Un grupo de personas se encuentran en una habitación, en la cual solo hay una salida la que accidentalmente se cierra, por lo que “A” pide por medio de su celular al portero del edificio que es el único que posee la llave que abra la puerta, a lo que este hace caso omiso; por lo que pide a un tercero que fuerce al portero a que abra la puerta. La violencia ejercida sobre el portero esta justificada en defensa del Derecho de Libertad de un tercero.

#### **b) Bienes jurídicos defendibles:**

El artículo 27 numeral 2 del código penal, expresa “Quien actúa u omite en defensa de su persona o de sus derechos o en defensa de otra persona o de sus Derechos.....”

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, LUZÓN PEÑA, “Estudios.....”, Pág. 121

<sup>82</sup> ONECA ANTON, “Derecho Penal” citado por Arroyo de las Heras, Alfonso, “Manual de Derecho Penal, El Delito” Editorial Aranzadi 1985, Pág 351

Por lo que deben considerarse que todos los Derechos Absolutos son objeto de defensa según el texto legal, de ahí podemos deducir el Derecho a la vida, a la integridad corporal, libertad, pudor, honor a la morada y al patrimonio; también es defendible la vida en formación mediante la Defensa Necesaria de un tercero en los casos de aborto punible.

Según la doctrina no son defendibles, los Derechos de Crédito (esto son, los relativos), el artículo 319 del código penal tipifica el ejercicio violento del propio Derecho, de modo que el acreedor no puede realizar violentamente su crédito al amparo de una pretendida defensa de su Derecho.

La doctrina se encuentra uniforme al no incluir dentro de los bienes defendibles, los bienes colectivos o de la comunidad; ya que el Estado no puede autorizar el ejercicio de funciones de policía a los ciudadanos que legalmente no tienen encomendada esa competencia. Por tanto en un Estado de Derecho, la salvaguarda de la vida ordenada en comunidad no compete a la iniciativa privada si no a los órganos estatales que tienen legalmente atribuida esa competencia.

“Cuestión distinta es la defensa del Estado en cuanto persona jurídica y, en general, de los entes colectivos sometidos al Derecho Público o al Derecho Privado, por lo tanto, se pueden defender los bienes jurídicos individuales que pertenecen a esas entidades. Así el particular puede defender la propiedad del Estado (ejemplo, un vehículo nacional) el que puede defenderse de ser robo.”<sup>83</sup>.

### **c) Agresión Dolosa.**

Este constituye el aspecto subjetivo de la agresión; que requiere para que concurra la voluntad lesiva del agresor, por lo que quedan excluidas de la agresión la fuerza irresistible, los estados de inconsciencia y los movimientos reflejos (que son consideradas como casos de ausencia de acción) y las agresiones imprudentes.

---

<sup>83</sup> *Revista, Justicia de Paz No 6, publicaciones Corte Suprema de Justicia, mayo-agosto 2000, José Antonio Choclán Montalvo. Pág. 204.*

Se fundamenta este argumento, “en que la palabra “agresión” implica la necesidad de ánimo agresivo, y se alega la incompatibilidad práctica entre la estructura de la Defensa Necesaria y de la agresión por imprudencia”<sup>84</sup>.

Frente a la acción imprudente peligrosa sólo cabe estado de necesidad, ejemplo: Un ciclista circula con evidente torpeza y a gran velocidad por la acera; por lo que caería sobre unas piezas arqueológicas, ahí expuestas por lo que la dependiente quiere evitar apartándole de un golpe que le hace caer al suelo.

#### **d) La Ilegitimidad de la Agresión.**

Agresión ilegítima equivale a decir agresión antijurídica, por lo que la agresión puede ser procedente de cualquier sector del ordenamiento jurídico y puede constituir así un ilícito civil, administrativo, etc; pero tendrá relevancia en el Derecho Penal siempre y cuando esta constituya un hecho punible el cual según el artículo 18 del Código Penal puede ser: delito o falta. La ilicitud viene determinada por la infracción de las normas de determinación; mandatos o prohibiciones.

El Código Penal no exige que la agresión ilegítima sea a la vez culpable por lo que puede darse la Defensa Necesaria; frente a la agresión ilegítima de un inimputable, de una persona amparada por una causa de inculpabilidad o quien actúa bajo un error invencible de prohibición, observando siempre las restricciones de la defensa, para este tipo de agresores.\*

#### **e) Actualidad de la Agresión.**

Aunque la letra de la ley se limita a exigir que la agresión sea ilegítima, del segundo elemento fundamental de la defensa necesaria (necesidad de defenderse), se deriva la

---

<sup>84</sup>Ibid., MIR PUIG, “Derecho .....”, Pág. 463

\* *Supra*, 6.5 Restricciones, 6.5.1 Agresiones de Personas inculpables, Pág.109

“necesidad de que la agresión sea también actual. Es éste pues, un requisito puente entre la agresión y la defensa.”<sup>85</sup>

Si la Ley Penal exige que se actué en defensa de la persona o derechos, será necesario que ya haya o todavía exista la posibilidad de defensa, o lo que es lo mismo, que sea posible evitar la lesión del bien jurídico amenazado.

#### **f) Agresión ilegítima en riña mutuamente aceptada.**

La riña mutuamente aceptada no excluye de responsabilidad penal ya que esta supone un mutuo acometimiento y recíproca agresión. La razón de ser de la exclusión, radica en que los contendientes se convierten en agresores de su contrario y dejan de ser defensores, ya que han aceptado el reto que supone la actitud del contrario.

El problema con que se encuentra este tipo de defensa es en precisar los límites de la misma. La jurisprudencia española y alemana sostienen que no puede existir la defensa necesaria en los casos de riña por las siguientes razones:

- a- “No haya agresión ilegítima;
- b- La agresión no es ilegítima por no ser inesperada;
- c- Todos los contendientes son simultáneamente agresores ilegítimos y agredidos.
- d- Al defensor no le guía el ánimo o propósito defensivo.”<sup>86</sup>

Indudablemente en estos casos no habrá una legítima defensa pero aceptar sin ninguna excepción tal afirmación, representa un aspecto negativo para el fundamento de la defensa necesaria “Nadie debe ceder ante lo injusto”; ya que si uno de los contendientes rebasa los medios agresivos inicialmente acordados si puede darse la defensa necesaria; como por ejemplo en una riña que inicialmente comienza con los puños, uno de los contendientes utiliza

---

<sup>85</sup> MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal”, Editorial PPU, Pág. 465

<sup>86</sup> LUZON PEÑA, Diego Manuel “Estudios Penales”, Barcelona, 1991, Pág.128

un arma para liquidar a su opositor, esté puede en base al fundamento de la defensa necesaria, utilizar cualquier medio para repeler la agresión.

Por lo tanto hay que distinguir; bien para negar la defensa necesaria solo al provocador de la contienda, o cuando haya recíprocas agresiones antijurídicas y admitirla cuando dentro de la riña aceptada haya una agresión inicial individualizada y el otro contendiente se limite a defenderse dentro del marco de lo necesario.

Es esencial deslindar si el acometimiento parte claramente y en primer lugar sólo de uno de los contendientes o si uno de ellos utiliza medios o instrumentos desproporcionados en relación con lo que empezó siendo una riña leve, es el juzgador quien por medio de la prueba aportada al proceso quien analizara si ambos contendientes han actuado en una riña mutua, o si la riña no es sino la obligada consecuencia de defenderse legítimamente frente a una agresión inicial.

#### **6.7.2 Necesidad razonable de la Defensa empleada para impedir la o repelerla.**

El código penal exige que exista una necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler una agresión, por lo que se supone dos caracteres:

- I- La necesidad de defenderse, lo que supone la necesidad abstracta de la defensa;
- II- La racionalidad del medio empleado, que es la necesidad de la concreta defensa.

##### **a) La Necesidad de defensa.**

La necesidad de defensa en abstracto, se da cuando la agresión (acción u omisión) crea un riesgo, a un bien jurídico el que ha salido del ámbito de protección del Estado, por lo que es preciso que el defensor actué, para impedir que ese riesgo se realice.

Esa actuación puede realizarse por medio de conductas atípicas ó actos tipificados que lógicamente son aquellos que han de ser amparados por la Defensa Necesaria, las conducta

defensivas pueden ser de lo más variadas. En efecto, la defensa no tiene que ser forzosamente violenta, si no que puede consistir en cualquier conducta tipificada que se dirija contra el agresor y sirva para rechazar la agresión.

La defensa puede, pues amparar no sólo el homicidio y sus formas, las lesiones; si no otros muchos delitos contra bienes jurídicos personales, como las amenazas, coacciones, las injurias siempre que sean necesarias para impedir o repeler una agresión. “En cambio serán conceptualmente incompatibles con la Defensa Necesaria ciertos delitos en los que la conductas es inidónea o innecesaria para proteger bienes jurídicos por ejemplo los delitos sexuales”.<sup>87</sup>

#### **b) La omisión como defensa.**

La defensa puede consistir según el artículo 27 del código penal en una “Acción u omisión”, ya que menciona “Quien actúa u omite.....”; por lo que la defensa puede realizar no solo delitos de acción sino también de omisión y no únicamente los de omisión impropia, que lesione bienes del agresor, sino también mediante una omisión propia, por ejemplo no socorrerle ante un peligro que amenaza al agresor durante su ataque, no impedir un delito de terceros contra el agresor. Pues aunque pudiera pensarse que dichas omisiones atentan contra bienes comunitarios, lo cierto es que redundan en perjuicio para los bienes jurídicos del agresor; no por crear un peligro, sino por no evitarlo.

#### **c) La racionalidad del medio empleado.**

El medio empleado será necesario cuando sea el menos lesivo posible para el agresor, pero por otra parte, sea seguro y suficiente para rechazar la agresión. A éste respecto hay que entender por medio defensivo, no el concreto instrumento, sino el procedimiento utilizado, que incluye la acción, su peligrosidad y el resultado.

---

<sup>87</sup>*Ibíd.*, LUZÓN PEÑA, “Estudios...”, Pág 138

Por regla general regirá una proporción entre la entidad, peligrosidad e intensidad de la agresión y la intensidad necesaria en el procedimiento defensivo, de modo que normalmente ante una agresión poco importante será bastante y seguro utilizar un procedimiento poco lesivo, o por lo menos se podrá probar primero con el mismo sin riesgo antes de pasar a otro medio más duro, y a la inversa, cuando la agresión sea muy peligrosa habrá que acudir, como únicos seguros, a medios defensivos muy duros.

Esto no siempre será así, sino que dependerá de las condiciones específicas del agredido y agresor, de las circunstancias concurrentes, etc, de modo que a un sujeto en normales condiciones puede bastarle un procedimiento poco lesivo ante una agresión peligrosa que por el contrario, un agredido en inferiores condiciones físicas por ejemplo un invalido, puede precisar un medio más severo frente a una agresión poco grave.

La poca entidad de la agresión trazará casi siempre el límite máximo a la necesidad del medio, pues es prácticamente inimaginable que sea imprescindible matar o emplear otro medio gravísimo para impedir o repeler una agresión muy poco importante, por ejemplo, unas injurias

### **6.7.3 No haber sido provocada la agresión, de modo suficiente, por quien ejerce la defensa.**

La ley niega el permiso para defenderse legítimamente a quien ha provocado suficientemente la agresión.

La provocación suficiente por parte del titular del bien agredido es una conducta anterior a la agresión, desvalorada por el Derecho en forma tal que hace cesar el principio fundamentador de la defensa necesaria (nadie está obligado a soportar lo injusto).

Es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto, pero siempre que no haya dado lugar a lo injusto con una conducta inadecuada para la coexistencia. “La coexistencia impone la evitación de las conductas motivadoras de situaciones conflictivas extremas, como son las

que se dan cuando tiene lugar la tipicidad permisiva de legítima defensa, dado el carácter meramente permisiva de esas conductas”.<sup>88</sup>

La conducta suficientemente provocadora es una conducta jurídicamente desvalorada por mostrarse contraria a los principios de existencia que el Derecho procura; está conducta debe presentar los siguientes caracteres:

**a) Provocadora.**

Que debe operar como un motivo decisivo para la conducta antijurídica agresiva. Si el agresor ha ignorado la conducta del agredido, no puede hablarse de provocación, pues no ha sido ella la que ha provocado la agresión.

**b) Lo suficiente de la provocación.**

Presenta un carácter positivo y uno negativo. Como carácter positivo hallamos la previsibilidad; es decir, que la posibilidad de provocar la agresión sea al menos previsible, en forma que las reglas de elemental prudencia indicasen la abstención de una conducta semejante en la circunstancia dada. Ejemplo, quien en medio de una violenta, disputa se burla de uno de los participantes, puede prever que el burlado le injuriará o le agredirá de hecho.

El carácter negativo, es que no pueden computarse a los efectos de la suficiencia de la provocación, los caracteres personales del agresor que lo hacen poco apto para la existencia de la misma; como son la agresividad, matonismo, hábitos pendencieros, etc.

En conclusión la provocación es la conducta anterior que da motivo a la agresión, y que se desvalora como suficiente cuando hace previsible una agresión, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales antisociales del agresor.

---

<sup>88</sup>*Ibíd.*, ZAFFARONI, “Manual.....”, Pág. 492.

## **6.8. DEFENSAS ESPECIALES.**

Consideramos casos especiales de Defensa Necesaria: Aquellas en que, si bien puede aceptarse que la acción defensiva está justificada; esa acción o la situación en que ella se ejecuta, presenta peculiaridades que requieren una consideración especial.

Estos casos se desvían de los casos ordinarios planteados anteriormente; sea por falta de:

- a) Identidad del agente y beneficiario de la acción defensiva,
- b) Falta de inmediatez entre la preparación de medios defensivos y su funcionamiento efectivo, o
- c) Por las condiciones temporales y espaciales de la agresión, o la falta de identidad del agresor y víctima de esa acción.

### **6.8.1. Defensa de Terceros.**

El artículo 27 numeral 2º del código penal amplía la posibilidad de ejercer legítimamente una acción defensiva, para el caso que quien la ejecute no sea el individuo agredido sino un tercero; es lo que se conoce como Defensa de terceros o auxilio necesario.

Los presupuestos del auxilio necesario deben enjuiciarse según las circunstancias del tercero al que se le presta ayuda.

La defensa de terceros “es también lícita a favor del Estado, siempre que se traten de bienes jurídicos individuales. En cambio, está vedado al particular el auxilio necesario respecto del orden público o del ordenamiento jurídico en su conjunto, así como el auxilio necesario a favor del Estado mismo cuando persiga la protección de los bienes jurídicos estatales en sentido estricto”.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup>*Ibíd*, JESCHECK, “Tratado.....”. Pág 473

### 6.8.2 Defensa Predispuesta.

Una acción defensiva puede involucrar el empleo de instrumentos y medios mecánicos capaces de contener la agresión sin superar los límites establecidos por la proporcionalidad.

En los casos ordinarios o normales el defensor recurre a tales instrumentos o medios una vez que está frente a un peligro de ataque, aún cuando pueda haber tomado ciertas precauciones para tener esos medios a su alcance en caso de presentarse el peligro. Sin embargo, la previsión del peligro que esto supone hace muchas veces dudar acerca de la satisfacción de la exigencia de necesidad.

Algunos juristas sostienen que las dificultades aparecen cuando, sin haber peligro inminente de agresión, se recurre a medios o instrumentos que se supone que actuarán cuando se intente la agresión impidiendo su consumación, sin que sea necesario una actividad defensiva adicional contemporánea a la agresión.

“A esta clase de medios o instrumentos defensivos pertenecen los cascos de vidrio o alambre de púas que se colocan en un muro, las verjas terminadas en lanzas (son las llamadas offendiculas), armas de fuego que se disparan automáticamente al pretender abrir una puerta, la electrificación de verjas, puertas, cajas de seguridad, etc.”<sup>90\*</sup>

Las principales críticas que enfrenta este tipo de defensa son:

- a) La posibilidad de materializarse cuando no hay una agresión inminente; sino algún hecho accidental que desencadene en un resultado con daños a terceros inocentes;
- b) Que no exista la necesidad de defensa;
- c) El modo de operar, aún cuando hayan medios menos lesivos para contener la agresión;
- d) La posibilidad de infringir la exigencia de proporcionalidad;

---

<sup>90</sup> NINO, Carlos Santiago, “La legítima defensa, fundamentación y régimen jurídico”, Editorial ASTREA, Pág.142

\* Cierta sector de la doctrina considera que estos son casos de ejercicio legítimo de un derecho o un despliegue del derecho de la defensa de la propiedad.

- e) El tomar en algunos casos por sorpresa al agresor, sin que pueda prever antes de emprender la agresión la repulsa que puede enfrentar.

Estas críticas no deben presentar ninguna dificultad en la modalidad de la acción defensiva; ya que si en un caso particular de esta clase de defensa no se dan las condiciones de: agresión ilegítima, necesidad y proporcionalidad, la acción defensiva en cuestión no estará justificada, exactamente como ocurre en el caso de una acción defensiva ordinaria.

Quien predispone medios defensivos capaces de obrar en circunstancias que hacen a la defensa ilegítima, actúa a su propio riesgo aún cuando no tenga control sobre el resultado en el momento en que se produce; igual que quien por ejemplo no reemplaza una pieza defectuosa de su coche que puede ser origen de un accidente que no podrá ser impedido en el momento de peligro.

### **6.8.3 Defensa con Daños a terceros inocentes.**

Un tercero inocente puede quedar envuelto, involuntariamente, en una situación de legítima defensa, de modo que pueda sufrir daños en sus bienes. No es en principio claro, en que medida el defensor contra una agresión ilegítima puede invocar la defensa necesaria como justificación por la causación de tales daños.

Teniendo en cuenta el concepto de defensa necesaria, se puede decir que esta sólo permite la lesión de bienes jurídicos del agresor. Por ello, aunque a veces para defenderse o defender a otro sea preciso dañar bienes jurídicos ajenos al agresor, como por ejemplo cuando se utiliza una cosa ajena como instrumento defensivo, o lesionando a un tercero que el agresor utiliza como escudo, tal lesión no está cubierta por la defensa necesaria, según la doctrina dominante, pues por mucho que sea necesario para la defensa, no es defensa, y no lo es porque dicha lesión no impide la agresión, lo que la impide o repele es la lesión al agresor, pero no la lesión al bien de un tercero o de la comunidad.

Esta conclusión se ve reafirmada si se atiende al doble fundamento de la Defensa Necesaria; la dureza de la posible reacción defensiva, que se basa en la necesidad de defender el Derecho frente al injusto agresor y en la función intimidatoria de la defensa, sólo tiene sentido cuando ello sucede a costa de los bienes jurídicos del agresor antijurídico, pero no a costa de terceros inocentes.

La lesión a esta clase de bienes podrá estar amparada por el estado necesidad, o cuando la lesión a un tercero resulte de un efecto no previsto, aunque pudo y debió prever, se aplican las reglas del “deber de cuidado”.

Jiménez de Asúa comenta otra “hipótesis donde un tercero inocente puede resultar con un daño y es cuando con la bala con que el defensor repele la agresión rebota, luego de atravesar el cuerpo del agresor, hiriendo a un tercero inocente; en este caso se aplican las reglas del caso fortuito.”<sup>91</sup>

Aunque un sector de la doctrina quiere hacer una excepción en el caso de que el agresor utilice cosas ajenas como instrumento agresivo, sin embargo, las razones expuestas abonan plenamente admitir solo estado de necesidad y no defensa necesaria contra bienes jurídicos de un tercero no agresor.

## **6.9 Defensas Imperfectas.**

Consideremos defensas imperfectas: aquellas acciones que no admiten una justificación plena, aunque puedan estar cubiertas por justificaciones parciales o excusas que determinen una atenuación o exclusión de pena.

Las acciones defensivas que estudiaremos no constituyen acciones lícitas, lo que permite contrarrestarlas con acciones legítimas de defensa. Esto justifica denominar “defensas imperfectas” a las clases de conductas que estudiaremos a continuación.

---

<sup>91</sup> *Ibid*, Pág. 153

### **6.9.1 La Defensa Excesiva.**

El exceso significa una desproporción ulterior a la acción con lo legal, lo autorizado o necesario.

En la defensa necesaria, el exceso en ella provoca una defensa injusta, ya que el autor sobrepasa la defensa empleada y necesaria, provocando que el otro ejerza una legítima defensa. El exceso en la defensa necesaria puede ser:

#### **a) Exceso extensivo.**

“Suele definirse como la ausencia del estado defensivo, porque no existe, en realidad, posibilidad de defender el bien jurídico, ya por no existir aún actualidad o inminencia del ataque, o bien porque la reacción se prórroga indebidamente por haber cesado ya la agresión”<sup>92</sup>.

Esta clase de exceso es difícil de deslindar respecto del exceso intensivo, es decir en el medio empleado, puesto que muchas veces es efectivamente, ardua la reconstrucción del hecho y, por tanto la demostración de si había cesado ya la agresión, en cuyo caso habría que hablar de un exceso extensivo, o si por el contrario, la agresión proseguía, y en su transcurso el defensor se excedió en el medio empleado.

Cuando el defensor sobrepasa los límites legales de la excluyente, existe un exceso que anula la justificación y la convierte en una causa de inculpabilidad, siempre que el agente sea motivado por hechos que conducen a excitarlo o perturbarlo en la defensa empleada, en nuestro código penal se encuentra regulado en el artículo 27 numeral 4º literal b). Cuando la extralimitación se, da el hecho no puede considerarse justificado, pero si inculpa. Ejemplo, Ana presa de fuerte excitación nerviosa y recibiendo amenazas contra ella y sus hijos se

---

<sup>92</sup>*Ibíd.*, GOMEZ BENITEZ, “Teoría.....”, Pág.351

refugiaron en el garaje de la vivienda, que radica en un lugar solitario, Juan un militar de servicio, compañero de ésta; forzó la entrada del mismo se dirigió a ella con un martillo en cada mano amenazándola de muerte; por lo que ella tomo una escopeta y a una distancia de dos metros le disparó con ánimo homicida dos tiros, que alcanzaron en las piernas y a la vez que este se movió; la mujer con una azada comenzó a golpearlo en la cabeza, lo que le dio la muerte.

En este caso el autor sobrepasó los límites legales de la excluyente, existe un exceso en la misma, anulando la justificación y convirtiéndola en una causa de inculpabilidad, inculpado porque es motivado por hechos que conducen al agente a excitarse o perturbarse en la defensa empleada.

#### **b) Exceso Intensivo:**

El exceso intensivo, es aquel donde el agente al defenderse ejecuta una acción más dañosa de lo que es necesario y razonable, en esta clase de exceso a diferencia del excesivo si existe una agresión ilegítima.

Medir la proporcionalidad con que el sujeto se defiende es importante para el juzgador ya que al sobrepasar los medios empleados no se ésta ante una defensa legítima, si no en un exceso intensivo; es decir que el medio no era necesario, razonable para la misma. Ejemplo, el dueño de un plantío de naranjas, quien al defenderse del hurto de naranjas, emplaza una ametralladora y mata al niño que trataba de hurtar dichas naranjas.

En el ejemplo, anterior existe una desproporcionalidad total del medio empleado para ejercer la defensa, más pareciera un homicidio agravado (artículo 129 numeral 3° del código penal). Porque el dueño del plantío, al observar que por la noche se introducían a robar las naranjas, preparó el arma que racionalmente produciría la muerte del niño.

En este caso hay un exceso intensivo ya que al agente le bastaría unos simples golpes para impedir el hurto de las naranjas; por lo que se puede decir que en el exceso intensivo hay

un error sobre los límites permitidos, por lo que debe tratarse por las reglas del error de prohibición.

#### **6.9.1.1. El exceso como atenuante de la culpabilidad o de la antijuricidad.**

El exceso en las justificantes constituye una causa de atenuación o exclusión de la culpabilidad, que deja intacta la antijuricidad de la conducta.

Aunque la antijuricidad es una categoría del delito que puede ser graduada es decir, admitir diversas valoraciones desde el punto de su gravedad. Normalmente, la mayor o menor gravedad de la antijuricidad de un hecho se tiene en cuenta en la configuración del tipo de injusto específico de un delito; así por ejemplo, matar a otro con alevosía convierte el homicidio simple - Artículo 129 código penal- en homicidio agravado artículo 129 numeral 3º código penal-; el robo cometido por dos o más personas, convierte el robo artículo 212 código penal, en robo agravado artículo 213 numeral 2º del código penal.

En otras ocasiones la diversa gravedad de la antijuricidad se refleja en una simple circunstancia modificadora agravante artículo 30 código penal ó atenuante artículo 29 código penal; o en un tipo cualificado o privilegiado derivado del tipo básico, lo que o bien incide en las reglas para la determinación de la pena dentro del marco penal correspondiente al delito cometido, o constituye un marco penal propio.

“Las causas de exclusión de la antijuricidad no admiten en cambio, estas graduaciones, si excluyen la antijuricidad es porque se dan completas con todos sus elementos (objetivos y subjetivos). La ausencia de alguno de estos elementos o el exceso en el ejercicio de las causas de justificación pueden incidir, sin embargo, atenuando el juicio global sobre el merecimiento de pena del hecho, ya disminuyen o atenúan el desvalor de la acción que junto con el desvalor del resultado, constituye la base del juicio de la antijuricidad”.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup>*Ibíd.* MUÑOZ CONDE, “Derecho.....”, Pág. 333

Ejemplo, el que mata a otra persona porque cree erróneamente estar defendiendo su vida o porque se excede en los límites de la defensa empleada, merece ciertamente, una mayor condescendencia que el que lo hace sin encontrarse en esa situación. De ahí que la justificación incompleta y la putativa pueden dar lugar a una atenuación e incluso a una exención total de la pena.

El código penal regula esta idea en el artículo 29 numeral 2º, al regular como circunstancias atenuantes, “El exceso de los límites establecidos para las causas de exclusión de la responsabilidad penal 1,2 y 3 del artículo 27, cuando no lo ocasionare una excitación o perturbación que lo hicieren excusable”.

Este artículo tiene incidencia en cuanto a la determinación de la pena permitiendo el artículo 64 código penal, que sea el Juez quien valore la intensidad e importancia en cada caso concreto.

Esta atenuación solo tendrá lugar, cuando las causas de justificación tengan el elemento subjetivo de la respectiva causa, lo que a su vez, constituye también un caso de error vencible sobre la licitud del hecho constitutivo de la infracción penal, que puede eximir de pena incluso completamente cuando se trata de error invencible.

No obstante, la justificación incompleta no incide en la antijuricidad sino en la culpabilidad. De hecho, la defensa putativa o el exceso debido al miedo, la perturbación o arrebatos dejan intacta la antijuricidad pero pueden atenuar o incluso excluir la culpabilidad por vía del error de prohibición o de la no exigibilidad de otra conducta.

### **6.9.2 La Defensa Necesaria Putativa.**

Se habla de defensa necesaria putativa cuando el sujeto cree erróneamente que concurren los presupuestos objetivos de la Defensa Necesaria.

Esta clase de defensa se trata de una situación de error sobre los presupuestos de una causa de justificación, según nuestra legislación que adopta la teoría finalista es un error de prohibición artículo 28 inciso 2o. “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de ésta. Si el error fuere vencible, se atenuará la pena en los términos expuestos en el artículo 69 de este código”.

El error se da cuando el sujeto cree que existen circunstancias que lo autorizan y obligan a proceder, de tal manera que si realmente hubieran existido, habrían justificado la conducta. Por ejemplo, un sujeto amenazado por una agresión fingida de un amigo bromista, y que creyéndola real, comete un homicidio. Aquí queda excluida la culpabilidad porque no existe el conocimiento de la antijuricidad, por lo que la pena puede ser disminuida o exculpada siempre que se trate de un error invencible.

No es la antijuricidad la que se borra con esta justificante, ya que la ilicitud subsiste, porque no ha habido agresión ilegítima que obre como antecedente de la reacción, pero no hay culpabilidad, ya que no puede reprochársele a quien, estando convencido de que es víctima de un ataque injusto, obre en defensa, por lo que en tales circunstancias no se puede exigir que se actúe de otro modo.

## **CAPITULO VII**

### **DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.**

La Defensa Necesaria es una de las instituciones poco tratada dentro del Proceso Penal ya que para que sea decretada, necesita de una minuciosa valoración de la prueba como ha sido verificado dentro de los procesos donde se ha planteado esta Causa de Justificación.

Los instrumentos que se utilizaron en la investigación de campo fueron las encuestas dirigidas a los Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República, a los Agentes Auxiliares del Procurador General de la República, y Defensores Privados, con el objeto de conocer los criterios que utilizan cuando plantean un caso de Defensa Necesaria.

A si mismo se hizo uso de las entrevistas dirigidas a los Jueces de Paz, Instrucción y Sentencia para saber cuales son los problemas con que se enfrentan para resolver sobre esta Causa de Justificación de igual forma fue necesario encuestar a la población de la zona oriental para ver como influyen las resoluciones de estos, en la confianza que tiene la población en la administración de Justicia Penal.

En el presente capitulo se muestra la descripción de cada uno de los instrumentos utilizados; la frecuencia de las respuestas dadas por cada una de las unidades de análisis nos permitió la verificación de las hipótesis planteadas a si mismo establecer el conocimiento jurídico que poseen las partes y los Jueces acerca de las Causas de Justificación.

## Instrumento No. 1

Esta encuesta estuvo dirigida a los Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República, con el objetivo de conocer los criterios de que utilizan para determinar si existe una Defensa Necesaria.

1- ¿ Conocer la institución de la Defensa Necesaria?

Objeto: Saber si los fiscales conocen esta causa de justificación.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	15	100 %
2- No	-	-
Total	15	100%

El total de las personas encuestadas conocen la institución de la Defensa Necesaria.

2- ¿Diga si se le ha planteado algún caso de Defensa Necesaria con la nueva normativa Penal?.

Objeto: Conocer con que frecuencia se plantea esta excluyente de Responsabilidad Penal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	8	53.33 %
2- No	7	46.67 %
Total	15	100 %

De las personas encuestas el 53.33 % se les ha planteado la Defensa Necesaria, con la nueva normativa penal; al 46.67 % no se les planteado ningún caso.

3- ¿Cuáles fueron los hechos que se tomaron en cuenta para determinar si existía una Defensa Necesaria?

Respuesta	Frecuencia	%
1) a- Agresión ilegítima, b- Necesidad racional de la defensa empleada para impedir la o repelerla, c- No haber sido provocada la agresión de modo suficiente por quien ejerce la defensa.	2	13.33 %
2) Que se haya actuado para salvar la vida.	8	53.33 %
3) Las circunstancias de tiempo, lugar y los protagonistas.	5	33.33%
Total	15	100 %

Objeto: Saber si se toman en cuenta los requisitos del Artículo 27 numeral 2° del Código Penal.

De las personas encuestadas el 13.33 % mencionaron los requisitos del artículo 27 numeral 2 del código penal como hechos que deben ser tomados en cuenta para establecer si existe la Defensa Necesaria; 53.33 % manifestaron que se haya actuado para salvar la vida y 33.33 % las circunstancias de tiempo, lugar y los protagonistas.

4- ¿ En caso de plantearse una Defensa Necesaria cual sería el fundamento legal y doctrinario que utilizaría al momento de presentar el requerimiento fiscal?

Objeto: Valorar el conocimiento jurídico y doctrinario que tiene el fiscal de esta excluyente de responsabilidad penal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Fundamento legal, requisitos del artículo 27 numeral 2° código penal.	15	100 %
Total	15	100%

El 100 % de los encuestados consideran que el fundamento legal de la Defensa Necesaria es el artículo 27 numeral 2° del código penal; ninguno de los encuestados contesto el fundamento doctrinario que esta tiene.

5- ¿Cuáles fueron las pruebas que se vertieron dentro del proceso para establecer la Defensa Necesaria.?

Objeto: Conocer cuales son las pruebas pertinentes para que el Juez pueda resolver sobre la Defensa Necesaria.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Testimonial y la reconstrucción del hecho.	3	20 %
2- Pericial.	3	20 %
3- Cualquier tipo de prueba pertinente al caso.	9	60%
Total	15	100%

De los encuestados el 20 % considera que la prueba idónea para establecer esta causa de justificación es la testimonial y la reconstrucción del hecho; 20 % la prueba pericial y el 60 % todo tipo de prueba que sirva para que el Juez pueda decretarla.

6-¿En caso de tener una certeza jurídica de que el imputado actuó en defensa de su persona, de sus bienes ó de terceros, que salida alterna solicitaría y en que etapa del proceso?

Objeto: Conocer si la fiscalía solicita el sobreseimiento definitivo, cuando hay elementos suficientes que permiten establecer esta causa de justificación y en que etapa la solicitan.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Sobreseimiento definitivo.	2	13.33 %
2- Sobreseimiento provisional.	13	86.66 %
Total	15	100%

- ¿En que etapa se solicita?.

Respuesta	Frecuencia	%
a) Audiencia inicial	9	60 %
b) Audiencia preliminar.	1	6.7 %
c) Juicio oral y público.	5	33.33 %
Total	15	100 %

De las personas encuestadas el 13 % solicitaría el sobreseimiento definitivo, el 86.66 % sobreseimiento provisional en caso de que exista la certeza de que el sujeto actuó para salvar su vida sus bienes o los de terceros; 60 % de estas lo solicitarían en la audiencia inicial, 6.7 % en la audiencia preliminar y el 33.33 % en el juicio oral y público.

7- ¿Diga cual fue la resolución de la sentencia que el Juez emitió en el caso que usted planteo la Defensa Necesaria?

Objeto: Conocer si el Juez resuelve conforme a Derecho?

Respuesta	Frecuencia	%
1- Sobreseimiento provisional	1	6.7 %
2- Sobreseimiento definitivo	-	-
3- Que siga el proceso a la siguiente.	4	26.7 %
4- Sentencia Condenatoria.	3	20 %
5- No Contestaron.	7	46.67 %
Total	15	100 %

De los encuestados la resolución que el Juez emitió en el caso de defensa planteado fue: el 6.7 % un sobreseimiento provisional; el 26.67 % que siga el proceso a la siguiente; el 20 % una sentencia condenatoria, y un 46.67 % no contesto.

8- ¿ Mencione las Escuelas que han estudiado la teoría del delito y cual es la característica principal de cada una de ellas?.

Objeto: Medir el grado de conocimiento que tienen los fiscales acerca de la teoría del delito.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Clásica	-	-
2- Neoclásica.	-	-
3- Finalista.	5	33.33 %
4-Elementos negativos del tipo.	-	-
5- Funcionalista.	-	-
6- Todas las conocen.	2	13.33 %
7- No contestaron.	8	53.33 %
Total.	15	100 %

De los encuestados el 33.33 % mencionaron que las escuelas que han estudiado la teoría del delito, es la teoría de la acción final, el 13.33 % que todas las mencionadas (clásica, neoclásica, finalista, teoría de los elementos negativos del tipo y funcionalista) y un 53.33 % no contestaron la interrogante planteada, ninguno de los encuestados contesto la característica principal de cada una de ellas.

9- ¿ Cual de estas Escuelas doctrinarias acepta nuestra legislación Penal y porque?

Objeto: Conocer si los defensores saben la corriente doctrinaria que sigue nuestro Código Penal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Clásica	1	6.67
2- Neoclásica.	-	-
3- Finalista.	5	33.33 %
4-Elementos negativos del tipo.	-	-
5- Funcionalista.	-	-
6- Todas.	-	-
7- No contestaron.	9	60 %
Total.	15	100 %

De la población encuestas el 6.67 % contesto que la escuela doctrinaria que acepta nuestra legislación penal es la clásica; el 33.33 % la finalista, pero no mencionaron ningún fundamento legal y el 60 % no contesto la interrogante.

10- ¿Cuántas capacitaciones han recibido de Derecho Penal desde la entrada en vigencia de la nueva normativa penal?.

Objeto: Conocer como incide la falta de capacitación en el desempeño del fiscal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Tres	4	26.7 %
2- Cinco	4	26.7 %
3- Más de cinco	7	46.6 %
Total	15	100 %

De la población encuesta el 26.7 % contesto que han recibido tres capacitaciones con la entrada en vigencia del nuevo código penal; otro 26.7 % han recibido cinco y un 46.6 % más de cinco.

11- ¿ Cuales han sido los temas impartidos y que instituciones son las encargadas de impartirlas?.

Objeto: Conocer si han sido capacitados en el Derecho Penal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Teoría del delito.	6	40 %
2- El rol del fiscal en la nueva normativa penal.	7	46.7 %
3- Otras	2	13.33 %
Total	15	100 %

De las personas encuestas el 40 % contesto que los tema impartidos son la teoría del delito; el 46.7 % el rol del fiscal en la nueva normativa penal y 13.33 % otros temas relacionados siempre al derecho penal, ninguno contesto que instituciones son las encartadas de impartirlas.

12- ¿ Tienen algún tipo de evaluación por parte del Consejo Nacional de la Judicatura ó alguna Organización no Gubernamental?.

Objeto: Saber si son evaluados constantemente por alguna institución.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	3	20 %
2- No	12	80 %
Total	15	100 %

De la población encuestada el 20 % contestó que si son evaluados por parte del Fiscal General de la República, Consejo Nacional de la Judicatura ó alguna otra institución no gubernamental, el 80 % que no tienen ningún tipo de evaluación.

13- ¿ Si su respuesta anterior es afirmativa cada cuanto tiempo se da y que método se utiliza?.

Objeto: Conocer con que frecuencia son evaluados los fiscales.

Respuesta	Frecuencia	%
1- En los seminarios	12	80 %
2- No contestaron	3	20 %
Total	15	100 %

De la población encuestada, el 80 % contestó que son evaluados únicamente en los seminarios y el 20 % no contestaron la interrogante.

Instrumento No 2

Esta encuesta estuvo dirigida a los Defensores Públicos, la que se realizó con el objetivo de conocer el fundamento que hace la defensa, cuando plantea la Defensa Necesaria.

1- ¿ Conoce la Institución de la Defensa Necesaria?.

Objeto: Conocer si los Defensores públicos conocen esta causa de justificación.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	14	100 %
2- No	-	-
Total	14	100%

El total de los encuestados conoce la institución de la Defensa Necesaria.

2- ¿Diga si se le ha planteado algún caso de Defensa Necesaria con la nueva normativa Penal?.

Objeto: Conocer con que frecuencia se plantea esta excluyente de Responsabilidad Penal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	6	42.86 %
2- No	8	57.14 %
Total	14	100 %

El 42.86 % de los encuestados ha planteado algún caso de Defensa Necesaria en los tribunales con la nueva normativa penal el 57.14 % no ha tenido nunca ningún caso.

3- ¿Cuáles fueron los hechos que se tomaron en cuenta para determinar si existía una Defensa Necesaria?.

Objeto: Saber si se toman en cuenta los requisitos del Artículo 27 numeral 2° del Código Penal.

El 28.57 % los hechos que consideran para determinar si existe la excluyente de responsabilidad, son: los requisitos del artículo 27 numeral 2° del código penal; el 14.28 que se haya actuado para salvar la vida y el 57.14 % no contesto.

Respuesta	Frecuencia	%
1) a- Agresión ilegítima, b- Necesidad racional de la defensa empleada para impedirla o repelerla, c- No haber sido provocada la agresión de modo suficiente por quien ejerce la defensa.	4	28.57 %
2) Que se haya actuado para salvar la vida.	2	14.28 %
3) No contestaron.	8	57.14 %
Total	14	100 %

4- ¿Cual fue el fundamento Legal y doctrinario que utilizaron para plantear la Defensa Necesaria?.

Objeto: Valorar el conocimiento jurídico y doctrinario que tienen los defensores públicos sobre esta causa de justificación.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Fundamento legal, Requisitos del artículo 27 numeral 2° del código penal.	14	100 %
Total	14	100%

El 100 % de los encuestados contestaron que el fundamento legal es el artículo 27 numeral 2° del código penal; acerca del fundamento doctrinario ninguno de los encuestados contesto.

5- ¿Cuáles fueron las pruebas que se vertieron dentro del proceso para establecer la Defensa Necesaria.?

Objeto: Conocer cuales son las pruebas pertinentes para que el Juez pueda resolver sobre la Defensa Necesaria.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Testimonial y la reconstrucción del hecho.	10	71.43 %
2- Pericial.	2	14.29 %
3- Cualquier tipo de prueba pertinente al caso.	2	14.29 %
Total	14	100%

El 71.43 % considera que la prueba que debe presentarse en un caso de Defensa Necesaria es la testimonial y la reconstrucción de la escena del delito; el 14.29 % creen que es la pericial y otro 14.29 % consideran cualquier tipo de prueba.

6-¿ Diga cual fue la resolución de la sentencia que el Juez emitió?.

Objeto: Saber si el Juez le otorgo el sobreseimiento definitivo, que la defensa solicitaba.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Sobreseimiento definitivo.	2	14.29 %
2- Condenatorio.	4	28.57 %
3- No contestaron.	8	57.1 %
Total	14	100 %

Al 14.29 % el Juez otorgo un sobreseimiento definitivo en el caso planteado de Defensa Necesaria; al 28.57 % un fallo condenatorio y el 57.1 % no contesto la interrogante.

7- ¿Considera que el Juez actuó conforme a Derecho?

Objeto: Conocer si el Juez resuelve conforme a Derecho ó se adhirió a lo solicitado por la Fiscalía General de la República.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	2	14.29 %
2- No	12	85.71 %
Total	14	100 %

El 14.29 % considera que en el fallo judicial otorgado por el Juez estuvo apegada a Derecho, el 85.71 % considera que no fue así.

8- ¿ Mencione las Escuelas que han estudiado la teoría del delito y cual es la característica principal de cada una de ellas?.

Objeto: Medir el grado de conocimiento que tienen los defensores acerca de la teoría del delito.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Clásica	-	-
2- Neoclásica.	-	-
3- Finalista.	3	21.43 %
4- Elementos negativos del tipo.	-	-
5- Funcionalista.	-	-
6- Todas las conocen.	5	35.71 %
7- No contestaron.	6	42.86 %
Total.	14	100 %

El 21.43 % menciona que la escuela que ha estudiado la teoría del delito es la finalista; el 35.71 % conoce todas las escuelas (clásica, neoclásica, finalista, elementos negativos tipo y funcionalista), acerca de la característica principal ninguno de los encuestados la menciona, y el 42.86 % no contestó la interrogante planteada.

9- ¿ Cual de estas Escuelas doctrinarias acepta nuestra legislación Penal y porque?

Objeto: Conocer si los defensores saben la corriente doctrinaria que sigue nuestro Código Penal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Clásica	-	-
2- Neoclásica.	-	-
3- Finalista.	4	28.57 %
4- Elementos negativos del tipo.	-	-
5- Funcionalista.	-	-
6- Todas.	2	14.29 %
7- No contestaron.	8	57.14 %
Total.	14	100 %

El 28.57 % cree que la teoría finalista es la que acepta nuestra legislación penal, el 14.29 % cree que son todas las escuelas (clásica, neoclásica, finalista, elementos negativos del tipo, y funcionalista) ninguno de los encuestados menciono el fundamento del porque la acepta nuestra legislación; el 57.14 % no contesto la interrogante.

10- ¿Cuántas capacitaciones han recibido de Derecho Penal desde la entrada en vigencia de la nueva normativa penal?.

Objeto: Conocer como incide la falta de capacitación en el desempeño de la defensa.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Cinco	5	35.71 %
2- Más de cinco	9	64.29 %
Total	14	100 %

El 35.71% ha recibido más de cinco capacitaciones de derecho penal con la entrada en vigencia del nuevo código y el 64.29 % ha recibido más de cinco.

11- ¿Cuales han sido los temas impartidos y que instituciones son las encargadas de impartirlas?.

Objeto: Conocer si han sido capacitados en el Derecho Penal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Teoría del delito.	7	50 %
2- Recursos.	3	21.43 %
3- El rol del defensor público.	2	14.28 %
4- Otras	2	14.28 %
Total	14	100%

El 50 % de los encuestados contestaron que los temas impartidos han sido teoría del delito, 21.43 % recursos, 14.28 %, el rol del defensor público y otro 14.28 % otros temas relacionados al derecho penal, los encuestados no mencionan la institución encargada de impartir las capacitaciones.

12- ¿ Tienen algún tipo de evaluación por parte Consejo Nacional de la Judicatura ó alguna Organización no Gubernamental?.

Objeto: Saber si son evaluados constantemente por alguna institución.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	-	-
2- No	14	100 %
Total	14	100 %

El 100 % de los encuestados contesto que no tienen alguna evaluación, por parte de alguna institución gubernamental o no gubernamental.

13- ¿Si su respuesta anterior es afirmativa cada cuanto tiempo se da y que método se utiliza?.

Objeto: Conocer con que frecuencia son evaluados los defensores.

Respuesta	Frecuencia	%
1- En los seminarios	5	35.71 %
4- No son evaluados	9	64.29 %
Total	14	100 %

El 35.71 % contesto que son evaluados en los seminarios y el 64.29 % respondieron que no son evaluados.

Instrumento No 3

Esta encuesta estuvo dirigida a los Defensores Privados con el objetivo de conocer el fundamento de la defensa, cuando plantea la Defensa Necesaria.

1- ¿ Conoce la Institución de la Defensa Necesaria?.

Objeto: Conocer si los Defensores particulares conocen esta causa de justificación.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	8	100 %
2- No	-	-
Total	8	100%

El total de la población de la encuesta conocen la institución de la Defensa Necesaria.

2- ¿Diga si se le ha planteado algún caso de Defensa Necesaria con la nueva normativa Penal?.

Objeto: Conocer la frecuencia con que el litigante es solicitado para plantear esta excluyente de Responsabilidad Penal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	6	75 %
2- No	2	25 %
Total	8	100%

El 75 % de los encuestados ha planteado en los tribunales algún caso de defensa necesaria con la nueva normativa penal, el 25 % nunca han planteado esta excluyente de responsabilidad penal.

3- ¿Cuáles fueron los hechos que se tomaron en cuenta para determinar si existía una Defensa Necesaria?.

Objeto: Saber si se toman en cuenta los requisitos del Artículo 27 numeral 2° del Código Penal.

Respuesta.	Frecuencia	%
1) a- Agresión ilegítima, b- Necesidad racional de la defensa empleada para impedir la o repelerla, c- No haber sido provocada la agresión de modo suficiente por quien ejerce la defensa.	8	100 %
Total.	8	100 %

El total de los encuestados determinan si realmente existe una Defensa Necesaria, a través de los requisitos del artículo 27 numeral 2° del código penal.

4- ¿ Cual fue el fundamento Legal y doctrinario que utilizo para plantear la Defensa Necesaria?.

Objeto: Conocer el conocimiento jurídico y doctrinario que tiene el defensor particular sobre esta causa de justificación.

1- Fundamento Legal.

Respuesta	Frecuencia	%
A- Requisitos del articulo 27 numeral 2º Código penal.	8	100 %
Total	8	100%

2- Fundamento doctrinario.

Respuesta	Frecuencia	%
a) Es una norma permisiva.	5	63 %
c) El hecho no es antijurídico y por ende no constituye delito.	1	12 %
d) No contestaron.	2	25 %
Total	8	100 %

El total de los encuestados conocen el fundamento legal de la Defensa Necesaria, el 63 % expresa que el fundamento doctrinario es que es una norma permisiva, un 12 % que el hecho no es antijurídico por ende no constituye delito y el 25 % no contesto.

5- ¿Cuáles fueron las pruebas que se vertieron dentro del proceso para establecer la Defensa Necesaria?

Objeto: Conocer cuales son las pruebas pertinentes para que el Juez pueda resolver sobre la Defensa Necesaria.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Testimonial y Pericial.	2	25 %
2- Reconstrucción del hecho.	1	12.50 %
3- Cualquier tipo de prueba pertinente al caso.	5	62.50 %
Total	8	100%

De los encuestados el 25 % considera que el tipo de prueba que se debe aportarse en el proceso para establecer la Defensa Necesaria es la testimonial y pericial, el 12.5 % la reconstrucción de la escena del delito y el 62.5 % cualquier tipo de prueba pertinente al caso.

6-¿ Diga cual fue la resolución de la sentencia que el Juez emitió?.

Objeto: Saber si el Juez le otorgo el sobreseimiento definitivo, que la defensa solicitaba.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Sobreseimiento definitivo.	3	37.50 %
2- Sobreseimiento provisional.	1	12.5 %
3- Condenatorio.	2	25 %

4- No contestaron.	2	25 %
Total	8	100 %

De los encuestados al 37.5 % se les decreto un sobreseimiento definitivo en el caso de Defensa Necesaria, al 12.5 % se le dio un sobreseimiento provisional, a un 25 % una sentencia condenatoria y el otro 25 % no contesto la interrogante.

7- ¿Considera que el Juez actuó conforme a Derecho?

Objeto: Conocer si el Juez resuelve conforme a Derecho ó se adhirió a lo solicitado por la Fiscalía General de la República.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	4	50 %
2- No	2	25 %
3- No contestaron	2	25 %
Total	8	100 %

De los encuestados el 50 % considera que la resolución que emitió el Juez fue conforme a Derecho, un 25 % consideran que no y otro 25 % no contesto la interrogante.

8- ¿ Mencione las Escuelas que han estudiado la teoría del delito y cual es la característica principal de cada una de ellas?.

Objeto: Medir el grado de conocimiento que tienen los defensores privados acerca de la teoría del delito.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Clásica	-	-
2- Neoclásica.	-	-
3- Finalista.	2	25 %
4- Teoría de los elementos negativos del tipo.	-	-
5- Funcionalista.	-	-
6- Todas las conocen.	5	62.50 %
7- No contestaron.	1	12.50 %
Total.	8	100 %

De los encuestados el 25 % afirma que la escuela finalista ha estudiado la teoría del delito, un 62.5 % conocen todas las escuelas (clásica, neoclásica, finalista, elementos negativos del tipo y funcionalista), la característica principal no la fundamentaron y 12.5 % no contestó.

9- ¿ Cual de estas Escuelas doctrinarias acepta nuestra legislación Penal y porque?

Objeto: Conocer si los defensores saben la corriente doctrinaria que sigue nuestro Código Penal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Clásica	-	-
2- Neoclásica.	-	-
3- Finalista.	5	62.50 %
4- Elementos negativos del tipo.	-	-
5- Funcionalista.	-	-
6- Todas.	-	-
7- No contestaron.	3	37.50 %
Total.	8	100 %

De los encuestados el 62.5 % respondió que la escuela doctrinaria que acepta nuestra legislación penal es la finalista, acerca del porque considera que esa escuela sigue nuestro código ninguno contesto y el 37.5 % no contesto.

#### Instrumento # 4.

Esta encuesta estuvo dirigida a la población de la zona oriental; la que tuvo como objetivo, determinar el nivel de credibilidad que tiene la población en la Administración de Justicia Penal.

1- ¿ A sido procesado penalmente usted, un familiar o un amigo cercano?

Objeto: Conocer sí de la población encuestada, han tenido un familiar o amigo cercano procesado penalmente.

Respuesta	Frecuencia	%
1-Si	4	13.33 %
2- No	26	86.7 %
Total	30	100%

De los encuestados el 13.33 % a tenido un familiar o un amigo cercano que ha sido procesado penalmente por alguna infracción penal cometida, el 86.7 % nunca han sido procesada penalmente.

2- ¿ Si por algún motivo usted cometiera un delito, solicitaría un defensor publico?

Objeto: Saber si la población en caso de realizar una infracción penal tuviera seguridad en la defensa que ejerce la Procuraduría General de la República a través de los defensores públicos.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	5	16.66 %
2- No	18	60 %
3- No contestaron	7	23.33 %
Total	30	100 %

De los encuestados si por alguna razón necesitara asistencia técnica dentro de un proceso penal el 16.66 % lo haría a través de un defensor publico, el 60 % por medio de un defensor privado el 23.33 % no contesto la interrogante.

3- ¿Considera usted que la Fiscalía General de la República realiza una verdadera investigación?

Objeto: Conocer como evalúa la población de la zona oriental el desempeño laboral de la Fiscalía.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	5	16.66 %
2- No	17	56.7 %
3- No contestaron	8	26.6 %
Total	30	100 %

De los encuestados, el 16.66 % considera que la Fiscalía General de La República realiza una verdadera investigación, el 56.7 % no cree que la Fiscalía este desempeñando bien su trabajo y el 26.66 % se abstuvieron de contestar.

4- ¿Confía usted en nuestro sistema de Justicia Penal?

Objeto: Conocer la confianza que tiene la población en la administración de justicia penal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	11	36.7 %
2- No	13	43.3 %
3- No contestaron	6	20 %
Total	30	100 %

De las personas encuestadas el 36.7 % tienen confianza en el sistema judicial penal, 43.3 % no confían en él y 20% contestó la interrogante.

5- ¿Cree usted que los Jueces ejercen bien su trabajo?

Objeto: Saber como evalúa la población la labor de los Jueces.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	13	43.33 %
2- No	17	56.7 %
Total	30	100 %

De los encuestados el 43.33 % considera que los jueces ejercen bien sus funciones, el 56.7 % opinan que no es así.

6- ¿ Considera usted que existe impunidad en nuestro país?

Objeto: Conocer la opinión de la población en cuanto a esta problemática.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	19	63.33 %
2- No	11	36.7 %
Total	30	100 %

De la población encuestada el 63.33 % cree que existe impunidad en nuestro país y el 36.7 % consideran que no.

7- ¿Considera que es efectiva la nueva normativa penal, para la erradicación de la delincuencia?

Objeto: Conocer la opinión que tiene la población, acerca de la nueva legislación penal.

Respuesta	Frecuencia	%
1- Si	8	26.7 %
2- No	19	63.3 %
3- No contestaron	3	10 %
Total	30	100 %

De los encuestados el 26.7 % 8 personas consideran que la nueva legislación penal si esta erradicando la delincuencia, el 63.3 % creen que no es así y el 10 % no contesto.

8- ¿ Si, usted cometiera un delito en defensa propia que haría?

Objeto: Conocer que haría un ciudadano en caso de ejercer el Derecho de defensa propia.

Respuestas	Frecuencia	%
1- Me presentaría a la Fiscalía o Policía Nacional Civil.	7	23.3 %
2- Me iría a otro país.	14	46.7 %
3-Solicitaría los servicios de un abogado particular	9	30 %
Total	30	100 %

De los encuestados si cometieran un delito en Defensa Necesaria el 23.3 % se presentaría a la Fiscalía General de la República o Policía Nacional Civil, el 46.7 % se trasladaría a otro país y 30 % solicitaría los servicios de un abogado particular.

#### Instrumento # 5

Esta entrevista fue dirigida a los Jueces de Paz, Instrucción y Sentencia de la zona oriental con el objetivo de conocer los criterios que utilizan para resolver sobre la Defensa Necesaria.

1- ¿ Diga si se le ha planteado algún caso de Defensa Necesaria con la nueva normativa penal?

- La mayoría de los entrevistados ha resuelto sobre un caso de Defensa Necesaria.

2- ¿ Cuales fueron los hechos que tomo en cuenta para determinar que existía una Defensa Necesaria?

I-Los requisitos del artículo 27 # 2 del código penal

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

II-El lugar donde ocurrieron los hechos.,

III-Tiempo y duración de los acontecimientos,

IV-Clase de arma que ocupó el defensor y el arma que ocupaba el agresor.

3- ¿ Porque es importante establecer en los procesos donde se plantea una Defensa Necesaria, un examen minucioso y detenido de la prueba?

- Por ser esta una causa que excluye de responsabilidad penal.

4- ¿Cuál es el fundamento legal y doctrinario que utiliza para fundamentar su resolución en caso de darse la Defensa Necesaria?.

- Fundamento legal, artículo 27 numeral 2°.
- Fundamento doctrinario, es una causa que excluye de responsabilidad penal.
- El derecho no debe ceder ante lo injusto.

5- ¿Cuáles son las deficiencias que cometen las partes al tratar de establecer la Defensa Necesaria?

a) El Juez de Paz, considera que la Fiscalía no realiza eficientemente los actos iniciales de la investigación y la defensa no ejerce una verdadera técnica para orientar al Juez de la posible existencia de una Defensa Necesaria.

b) El Juez de Instrucción considera a la defensa poco eficiente para proponer y sostener esta institución en la audiencia preliminar.

c) El Juez de Sentencia cree que entre las deficiencias están que la defensa no presenta las pruebas necesarias para poder probar la Defensa Necesaria, no encuentra argumentos para poder sostenerla.

6- ¿ Cuales son las dificultades que encuentra dentro del proceso para determinar una causa de justificación específicamente la Defensa Necesaria?

a) Falta de prueba.

b) Falta de experiencia de la defensa.

7- ¿Considera usted que existe vacíos en el artículo 27 numeral 2º del código penal vigente?

- No existen vacíos el artículo es claro al regular los requisitos que deben existir para que pueda decretarse esta causa de justificación.

8- ¿ Cuantas capacitaciones de Derecho penal ha recibido desde la entrada en vigencia de la nueva normativa penal?

- Más de siete.

9- ¿ Cuales fueron los temas impartidos?

- a) Teoría del Delito,
- b) Autoría y participación,
- c) La tipicidad,
- d) Antijuricidad,
- e) La responsabilidad civil en los delitos.

10- ¿ Tienen algún tipo de evaluación por parte de la Corte Suprema de Justicia o Consejo Nacional de la Judicatura, y cada cuanto tiempo se realiza?

- Son evaluados una vez año por el Consejo Nacional de la Judicatura.

## CAPITULO VIII

### ANÁLISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS.

#### 1. INTRODUCCIÓN.

Desde el punto de vista institucional el Proceso Penal constituye un instrumento jurídico indispensable, consagrado por la Constitución de la República y desarrollado por el Derecho Adjetivo. Vélez Mariconde<sup>94</sup> afirma que es una construcción esencial predisuelta para administrar la justicia, en cuanto nazca la sospecha de que se ha infringido la Ley Penal; es una estructura instrumental que el legislador crea para descubrir la verdad sobre el supuesto hecho delictuoso y para actuar en concreto la ley penal; es una entidad o institución jurídica abstracta y estática, con el destino fatal de hacerse concreta y dinámica. El Proceso Penal, entonces, aparece como una garantía de justicia, tanto para la sociedad como para el individuo.

Desde el punto de vista objetivo, externo y estático, “el proceso penal se concibe como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinarios en abstracto por el Derecho Procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva.”<sup>95</sup>

De lo expresado podemos decir que el proceso penal es el instrumento creado por el legislador para ejercitar el poder punitivo del Estado, el que se realiza mediante una serie de actos que tienen como fin principal la búsqueda de la verdad real.

---

<sup>94</sup> VELEZ MARICONDE, Alfredo, “Derecho Procesal Penal” Tomo II, 3ª edición, 1982, Pág.114

<sup>95</sup> MANZINI, VICENZO, “Tratado de Derecho Procesal penal”, Tomo I, E.J.A., Buenos Aires, 195, Pág. 108

Los actos que realizan los sujetos procesales dentro del proceso penal donde se trata de establecer una defensa necesaria, son los que a continuación, según la investigación realizada, puntualizaremos.

## **8.2 FISCALÍA GENERAL DE LA REPUBLICA.**

La Fiscalía General de la República, es la institución del Estado encargada de dirigir la investigación del delito y de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad; en base al art. 193 numeral 2 de la Constitución de la República y 83 del código procesal penal.

### **8.2.1 ATRIBUCIONES.**

Las atribuciones que le competen a la Fiscalía General de la Republica, se encuentran reguladas en el art. 193 de la Constitución de la Republica, el cual se transcribirá en forma literal a continuación, a la vez, se escribirán en cursiva aquellas funciones que están vinculadas de manera directa con la labor del proceso penal.

Art.193.- Corresponde al Fiscal General de la República:

- 1- *Defender los intereses del Estado y de la sociedad;*
- 2- *Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad;*
- 3- *Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determine la ley;*
- 4- *Promover la acción penal de oficio o a petición de parte;*
- 5- Defender los intereses de los fiscales y representar al Estado en toda clase de juicios y en los contratos sobre adquisición de bienes inmuebles en general y de los muebles sujetos a licitación, y de los demás que determine la ley;
- 6- *Promover el enjuiciamiento y castigo de los indiciados por delitos de atentados contra las autoridades y de desacato;*
- 7- Nombrar comisiones especiales para el cumplimiento de sus funciones;

- 8- Nombrar, remover, conceder licencias y aceptar renunciaciones a los Fiscales de la Corte Suprema de Justicia, de las Cámaras de Segunda Instancia, de los Tribunales Militares y de los tribunales que conocen en primera instancia, y a los Fiscales de Hacienda. Iguales atribuciones ejercerán respecto de los demás funcionarios y empleados de su dependencia;
- 9- Derogado
- 10- Velar porque en las concesiones de cualquier clase otorgadas por el Estado, se cumpla con los requisitos, condiciones y finalidades establecidas en las mismas y ejercer al respecto las acciones correspondientes;
- 11- Ejercer las demás atribuciones que establezca la ley.

Dichas atribuciones son desarrolladas en la práctica por sus agentes auxiliares en toda la república.

### **8.2.2 FUNCIONES.**

Ejercer con eficiencia la dirección de la investigación y la promoción de la acción penal pública y de la acción penal pública previa instancia particular, orientadas hacia el cumplimiento del debido proceso, en el marco de los principios éticos propios de su función.

A través de las encuestas realizadas a los Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República, hemos podido corroborar que la Defensa Necesaria como excluyente de responsabilidad; es muy poco invocada en el proceso penal debido a diversos factores que se mencionan a continuación:

- Al momento de plantearse un caso que reúna los requisitos del art. 27 numeral 2 del Código Penal; se dan todos los elementos de prueba que demuestren que el hecho realizado, fue en defensa de su persona, de un tercero o de sus bienes; los Agentes Fiscales por lo general, no solicita en el requerimiento que el imputado actuó en Defensa Necesaria; si no que siempre lo califican de diferente manera (ejemplo Homicidio), y por excepción como causa de exclusión penal; dejando así de realizar la Función Requirente que éste posee, la cuál consiste en excitar al Órgano Jurisdiccional por lo que requiere de una decisión justa sobre el

fundamento de las investigaciones realizadas emergentes de la comisión de un delito; las cuales son pretensiones jurídicas de diversa índole; es decir que no siempre el contenido de la acción será la promoción ulterior en el proceso penal, ya que si el resultado de la investigación impone la obligación al fiscal de pedir el sobreseimiento, éste lo requerirá de esa manera al Juez, sin embargo en la Práctica esta función no la está ejecutando debido a políticas internas que la Fiscalía posee; como lo es el de ganar los casos Acusando y Condenando; basándose únicamente en el numeral 1 del art. 193 de la Constitución de la República que dice:

“Art. 193.- Corresponde al Fiscal General de la Republica:

1- Defender los intereses del Estado y de la sociedad”

Esta atribución según la Fiscalía General de la República es su razón de ser; olvidándose del numeral segundo del mismo artículo que dice: “Promover de oficio o a petición de parte la acción de la “Justicia” en defensa de la legalidad”.

En virtud de que la función requirente implica una petición de justicia, ésta puede coincidir con la absolución del imputado o el sobreseimiento del mismo; esto significa que el fiscal debe realizar la investigación de una forma objetiva, es decir, que ésta, debe estar orientada a la búsqueda de la verdad; y si los elementos de prueba indican que el imputado no es responsable, ésta obligado el fiscal por mandato Constitucional, a pedir la decisión justa; ya que en base al artículo 238 inciso 2 del código procesal penal manifiesta:

“El fiscal extenderá la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino, también, a las que sirven para descargo del imputado....”

En conclusión, lo ideal sería que el Fiscal en nuestro sistema penal ejerciera realmente las funciones que a él le corresponde, ya que si así lo hace, desarrollaría la verdadera función requirente que es la esencia de su actuación. En la actualidad se puede concebir al fiscal como un acusador a ultranza, o como un ciego cazador de brujas al estilo de la inquisición; dejando aún lado las verdaderas y reales funciones que por mandato Constitucional le competen.

## **8.3 DEFENSORES.**

### **8.3.1. Introducción.**

Los defensores son aquellos sujetos procesales, que ejercen funciones de asistencia técnica y representación del imputado; dentro de los derechos que éste último tiene, está el de elección de defensor público o defensor particular.

### **8.3.2 Funciones de los defensores.**

#### **8.3.2.1 Función General:**

Ejercer la función de asistencia técnica y representación que según el artículo 10 del código procesal penal, manifiesta “Todo imputado goza del derecho irrenunciable de asistencia y defensa de un abogado” y el artículo 12 de la Constitución de la República sostiene, “Se garantiza al detenido la asistencia de defensor en las diligencias de los órganos auxiliares de la administración de justicia y en los procesos judiciales, en los términos que la ley establezca”.

#### **8.3.2.2 Función Específica:**

- I. Asesoramiento del imputado,
- II. Mantener informado al imputado sobre el desarrollo del procedimiento,
- III. La asistencia a los actos investigativos y audiencias,
- IV. El control de legalidad y regularidad de los procedimientos.
- V. La contestación técnica de los requerimientos fiscales y alegaciones,
- VI. El ofrecimiento de prueba,
- VII. Impugnar las resoluciones que causen agravio a la parte que representan.

De acuerdo a la investigación realizada la parte defensora no realiza a plenitud las funciones que le corresponden a si podemos decir que en los procesos donde se ha invocado

esta excluyente de responsabilidad penal se encuentran deficiencias en la estrategia utilizada por la defensa debido a los siguientes factores:

a) Los defensores alegan muchas veces la excluyente cuando realmente no existe únicamente recurren a esta como estrategia para conseguir la libertad de su representado; lo que hace que esta no pueda ser sostenida dentro del proceso por lo que el defensor termina solicitando la modificación de la calificación jurídica del delito.

b) Otro de los factores es que los defensores no presentan los medios de pruebas necesarios que le permitan al Juez poder establecer si realmente a existido una legitima defensa sumando a esto la falta de conocimiento doctrinario que existe acerca de la institución.

De las encuestas realizadas se pudo constatar que la mayoría de defensores públicos desconocen la teoría del delito a pesar de que a la entrada en vigencia de los nuevos códigos la mayoría de estos han sido capacitados lo que lleva a pensar que es la falta de interés y la poca concientización en la labor que desempeñan lo que no permiten que estos realicen eficientemente las funciones que les corresponden.

La falta de evaluación que estos personeros tienen hace que estos, no realicen un esfuerzo en esclarecer la inocencia del imputado; a diferencia del defensor publico el defensor privado según la investigación efectuada deja ver un mayor esmero porque se decreta la defensa necesaria presentando de forma lógica y congruente los medios de prueba necesarios y argumentos que permitan sustentar la misma.

## **8.4. EL JUEZ PENAL.**

### **8.4.1 La potestad de Administrar Justicia.**

El órgano judicial es el órgano público que tiene bajo su responsabilidad el ejercicio exclusivo, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; potestad que emana de normas Constitucionales que establecen la base fundamental para la administración de justicia el

artículo 172 de la Constitución de la República expresa, “La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias integran el órgano judicial. Corresponde exclusivamente a este órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso- administrativo, así como en las otras que determine la ley...”, precepto que también es desarrollado en la ley orgánica judicial en el artículo 1.- “El órgano judicial estará integrado por la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes.

Corresponde exclusivamente a este órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria, de tránsito, de inquilinato, y de lo contenciosos-administrativo, así como en las otras que determine la ley.”

En materia penal, la potestad de administrar justicia que el Estado concede a determinados órganos (magistrados y jueces) significa declarar si una conducta determinada constituye o no una infracción a la norma jurídico penal y, en caso afirmativo, la responsabilidad que por ella corresponde al sujeto infractor.

#### **8.4.2 ATRIBUCIONES DE LOS JUECES.**

La función jurisdiccional que ejercita el Juez Penal se encuentra fraccionada dentro del proceso en tres fases (inicial, instrucción y juicio oral); en las que cada uno tiene las atribuciones específicas determinadas por la ley.

##### **a) Juez de Paz.**

Dentro de sus atribuciones están el control de las diligencias iniciales de investigación, la realización de la audiencia inicial cuando se trate de delitos que se cometan dentro de su comprensión territorial y del juzgamiento por faltas, artículo 55 código procesal penal y artículo 64 Ley orgánica judicial.

## **b) Juez de Instrucción.**

Le corresponde conocer de la instrucción formal en todos los delitos de acción pública y de la apelación de las sentencias dictadas en los juicios de faltas, según el artículo 54 código procesal penal.

## **c) Juez de Sentencia.**

Le corresponde conocer de la etapa plenaria de todos los delitos, de las causas instruidas por la comisión de un hecho delictivo, artículo 53 código procesal penal.

La investigación realizada ha permitido conocer el desempeño de estas atribuciones en el proceso penal donde se instruye una causa de justificación, la búsqueda de la verdad real en el proceso se vuelve muchas veces en un ideal que se ve perjudicado por la mala actuación de alguno de los sujetos procesales.

Aplicar e interpretar la valoración de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica es un imperativo legal que debe cumplir el juzgador según los artículos 162 y 356 del código procesal penal; el correcto entendimiento humano, la lógica y la experiencia son las reglas que deben guiar al juez en cualquier fase del proceso cuando se trate de establecer una defensa necesaria.

La práctica demuestra las dificultades que se encuentran en los tribunales cuando se trata de establecer esta causa de justificación; la incapacidad y falta de experiencia de ciertos Jueces de Paz e Instrucción hacen que los procesos donde se vierte está, se han llevados hasta la etapa final del procedimiento cuando hay los suficientes elementos que permiten decretar un sobreseimiento definitivo; en la audiencia inicial o preliminar aplicando el artículo 308 numeral 3° del código penal.

Los Jueces de Paz e Instrucción se muestran casi uniformes al expresar que estos casos son complicados resolverlos en estas etapas, ya que como no se valora prueba consideran que el Tribunal de Sentencia es el adecuado para dirimir estas causas.

La temerosidad de estos jueces pone en grave peligro la libertad del imputado quien se puede ver privado de su libertad por un tiempo máximo de 24 meses tal como lo expresa el artículo 6 del código penal mientras se resuelve su situación jurídica; lo que se convierte en una verdadera injusticia para el individuo que actúa para salvar su vida o proteger sus derechos o los de otra persona.

Otra de las situaciones que refleja la práctica judicial es que si en estas etapas es el fiscal quien solicita un sobreseimiento el Juez resuelve favorablemente.

Los Jueces de Sentencia son quienes por regla general valoran la prueba vertida dentro del proceso penal; consideran que los hechos que deben tomarse en cuenta para establecer la Defensa Necesaria son:

- 1- Establecer que existieron los requisitos del artículo 27 numeral 2º código penal, principalmente la agresión ilegítima de ella dependerá que exista o no la defensa necesaria.
- 2- El lugar donde ocurrieron los hechos,
- 3- Tiempo de duración de los acontecimientos para analizar si la defensa fue inmediata.
- 4- La clase de arma que ocupó el agente, y el arma que portaba el atacante.

Estos parámetros según los entrevistados son lo que sirven de referencia para determinar según las reglas de la sana crítica, que ha existido una Defensa Necesaria completa.

Los problemas que encuentra el Juez de Sentencia en el pronunciamiento de esta causa de justificación es según las entrevistas realizadas, la escasez de prueba que ofrece la defensa y la falta de experiencia y conocimiento de la misma.

De acuerdo a la investigación realizada, se puede decir que el procedimiento donde se trata de establecer una Defensa Necesaria es ineficiente o no funciona eficazmente debido, a que la institución es conocida legalmente por los sujetos procesales; pero no existe el conocimiento doctrinario que ayude a establecer los elementos que deban existir en esta causa de justificación, estas fallas se dan en la práctica de la siguiente manera:

- 1- La Fiscalía General de la República al conocer los hechos de que existe una Defensa Necesaria; no solicita el sobreseimiento definitivo.
- 2- Los defensores (públicos y privados) en las exposiciones no pueden sostener esta excluyente de responsabilidad, debido a la carencia de elementos doctrinarios que faciliten determinarla.
- 3- El Juez en la fundamentación de la sentencia donde decreta un sobreseimiento definitivo por existir los elementos suficientes para hacerlo, considera en base a lo expuesto por la defensa que el imputado no actuó con la intención dolosa de causarle un daño al agresor, con lo que deja ver el desconocimiento del elemento subjetivo que existe en la defensa ejercida por el agredido; elemento que al faltar no daría lugar a esta causa de justificación.
- 4- La otra situación es que los Jueces consideran que si bien es cierto no ha existido delito por estar el hecho permitido por la ley; se ha dañado un bien jurídico por lo que condenan civilmente al que ha actuado bajo el ampara de esta norma permisiva, violando una de las consecuencias de la Defensa Necesaria que además de ser una excluyente de responsabilidad penal lo es de la civil, ya que no puede haber consecuencias civiles de un hecho que no es delito por no ser antijurídico.

La ineficiente actuación de los sujetos procesales en el proceso penal hace que la población no tenga credibilidad en la administración de justicia penal; ya que de las encuestas realizadas a la población de la Zona Oriental, manifestaron que la Fiscalía no dirige eficientemente la investigación del delito, si no que únicamente busca enjuiciar un culpable por el hecho cometido; y que al necesitar la asistencia técnica de un defensor no acudirían a los defensores públicos, por no tener confianza en las actuaciones que estos realizan.

## **CAPITULO IX.**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

#### **9.1 Conclusiones.**

En el desarrollo de la investigación se logró desarrollar la evolución que ha tenido la institución de la Defensa Necesaria, en la legislación penal salvadoreña, de igual forma las deficiencias que afectan el procedimiento donde se trata de establecerse ésta.

En los procesos estudiados donde se instruyo esta causa de justificación no se observa una adecuada diligencia, por parte de los sujetos procesales para que pueda determinarse si realmente el hecho cometido esta justificado. Dicha anomalía se debe generalmente por incapacidad y falta de experiencia de quien ejerce la defensa. Por lo que podemos concluir lo siguiente:

1. La evolución histórica de la Defensa Necesaria dentro del Derecho penal salvadoreño deja entrever el desarrollo jurídico que ha alcanzado en la actualidad, desde la entrada en vigencia del primer código en el que la defensa debía ser precedida por el homicidio y solo eran defendibles la vida, la propiedad y la libertad; en este recorrido jurídico la Defensa Necesaria tuvo muchas variantes como tener una clasificación de la defensa de terceros en: defensa de parientes y del extraño, clasificación que no tenía razón de ser si se toma en cuenta que el hecho de ejercer una defensa de una agresión que no somos victimas implica la defensa de un tercero.

Otro de los aciertos que ha tenido el legislador en el desarrollo de la institución es dejar de regular la presunción de defensa de la propiedad como una causa de justificación (Código de 1881 y 1904), presunción que representa un grave atentado para el Derecho por ser contrario al Principio Constitucional de Inocencia regulado en el artículo 12, el que expresamente dice “Toda persona a quien se impute un delito, se

presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio”.

Después de todas las modificaciones que ha tenido esta causa de justificación podemos decir:

- a) En el artículo 27 numeral 2º el legislador además de ampliar los bienes tutelados es claro en mencionar las circunstancias que deben concurrir para que pueda decretarse la misma.
  - b) La fundamentación de la Defensa Necesaria se complementa con los aspectos doctrinarios que deben ser conocidos por los sujetos procesales, para poder plantearla o resolver sobre ella.
2. Las herramientas conceptuales que deben conocer los sujetos procesales para establecer si una acción realizada por el autor es o no el mismo hecho hipotético descrito por el legislador como presupuesto de una sanción; es lo que lo debe encaminar al estudio de la “Teoría del Delito”; en nuestro sistema penal esta parte del Derecho es muy poco aplicada a pesar de los intentos que hace la Escuela de Capacitación Judicial para que esta se desarrolle en la práctica judicial.

Entre las circunstancias que no permiten la aplicación de esta están:

- a) Falta de interés de los sujetos procesales en estudiar la teoría del delito.
  - b) La carencia de evaluación que tiene el Ministerio Público permite que los agentes no se esfuercen en actualizar el conocimiento jurídico.
3. El análisis efectuado sobre las excluyentes de Responsabilidad penal que menciona el artículo 27 del código penal, nos permitió determinar las causas de inculpabilidad que afectan como su nombre lo indica la culpabilidad del sujeto, y las causas de justificación el aspecto negativo de la antijuricidad que fue el tema investigado. El determinar las causas de justificación nos permitió encontrar los problemas que se dan

en la práctica judicial cuando trata de establecerse ésta; los que tienen su origen en el desconocimiento doctrinario que existe acerca del derecho penal por parte de los sujetos procesales, esto conlleva a que las causas de justificación solo sean argumentadas legalmente sin ningún soporte doctrinario que permite sustentar los requisitos establecidos por el legislador.

Del estudio realizado, podemos afirmar que las causas de justificación que hay en el artículo 27 no son las únicas que eliminan la antijuricidad, ya que éstas se encuentran dispersas en todo el ordenamiento jurídico en general y así pueden provenir del derecho civil, de familia o mercantil, ya que una norma no puede ser permitida por el derecho civil y ser ilícita para el derecho penal.

4. De la verificación de los procesos donde se ha instruido esta causa de justificación podemos concluir; que las dificultades que posee el Juzgador para establecer la Defensa Necesaria radica por lo general en las pruebas aportadas al proceso; el que inicia desde la inspección de la escena del delito; la Policía Nacional Civil no da cumplimiento al artículo 164 del código procesal penal, el de hacer una descripción detallada de rastros, huellas, el estado de las cosas y demás efectos materiales, al mismo tiempo la Fiscalía no se preocupa porque se entreviste todos los testigos del lugar de los hechos, por lo que difícilmente puede ser decretado un sobreseimiento en la primera etapa del proceso.

La parte defensora pocas veces muestra inteligencia y astucia para poder argumentar que el imputado actúa en defensa de su persona de sus derechos o de los de terceros; la práctica demostró que el conocimiento doctrinario es escaso en los defensores públicos; el litigante particular muestra más argumentos en sus exposiciones lo que le ha permitido que el Juez declare la excluyente.

## **9.2 Recomendaciones.**

En la investigación realizada se han comprobado los objetivos planteados y las hipótesis de trabajo. Por lo que a nuestro juicio para que la institución de la Defensa Necesaria tenga mayor solidez dentro del derecho penal, deben considerarse las recomendaciones siguientes:

### **1- A la Fiscalía General de la República:**

- Se le recomienda que al momento de presentársele un caso de Defensa Necesaria, realicen un estudio minucioso y con imparcialidad al problema, ya que muchos de estos personeros se comportan como verdaderos rivales del imputado, para demostrar que ellos tienen la razón; actitud que afecta severamente al imputado que efectivamente ha actuado en defensa de su persona sus derechos o tercero.
  
- Que cuando se les presente un hecho que reúna los requisitos del artículo 27 numeral 2°. Soliciten un sobreseimiento definitivo, y no califiquen el hecho como delito.
  
- Que los Agentes Auxiliares se interesen en estudiar la dogmática jurídico penal, la investigación demostró que las deficiencias se deben al desconocimiento doctrinario.

### **2-A los Defensores Públicos y Privados.**

- Se le recomienda que al momento de alegar la excluyente debe poseer conocimiento doctrinario y legal sobre la misma, a fin de argumentar sus exposiciones. Muchas veces el defensor alega la excluyente como una estrategia para conseguir la libertad de su cliente, estrategia a la cual tienen derecho, pero requiere que la alegación que se haga con lleve a determinar la existencia de la misma, siendo necesario realizar un estudio lógico y acucioso de los hechos que servirán para probar la defensa del imputado.

- El defensor debe poseer la mejor sapiencia en el estudio del derecho penal en general, a fin de que cuando se alegue la Defensa Necesaria se logre determinar.

- Que presenten los medios de pruebas pertinentes para que pueda ser decretada la Defensa Necesaria; cuando se trate de prueba testimonial estos deben orientar al testigo en las exposiciones.

### **3-AI Ministerio Público.**

- Que el proceso de selección de sus personeros sea a través de evaluaciones de conocimiento, lo que permitiría, que sean los más aptos para el cargo quienes se desempeñen en ellos; así mismo se recomiendan las evaluaciones permanentes para conocer el nivel académico que poseen.

- La fundación de una Escuela de Capacitación con el objetivo de que sus Agentes Auxiliares puedan estar en constante estudio de la Dogmática Jurídico Penal.

### **4-A los Jueces con competencia Penal:**

- A los Jueces de Paz, cuando se les presente un caso de Defensa Necesaria realicen un razonamiento sobre los indicios que se le presentan a fin, de que en esta etapa pueda darse un sobreseimiento definitivo, evitando así saturar el sistema judicial con procesos que tienen los suficientes elementos para ser resueltos en esta etapa.

- A los Jueces de Instrucción, que soliciten a la Fiscalía General de la República la realización de las diligencias de investigación que permitan establecer si ha existido realmente esta excluyente de responsabilidad.

- A los Jueces de Sentencia, que apliquen las reglas de sana crítica en los procesos donde se planteen la defensa necesaria, además de ello que tengan un conocimiento doctrinario de esta excluyente el que debe ser aplicado en la fundamentación de la sentencia donde se decreta.

- A los Jueces de Paz e Instrucción se le recomiendan que al momento de resolver sobre la Defensa Necesaria, no influyan las actuaciones de los Agentes Fiscales y otros factores externos al proceso (ejemplo prensa, población, etc), ya que sus actuaciones por mandato Constitucional son independientes; sus resoluciones deben estar sustentadas únicamente en la Constitución de la República y la Leyes.

**5- A los Fiscales, Defensores y Jueces:**

- Que presten la colaboración requerida por los investigadores, para que puedan realizar un estudio objetivo que combine la doctrina y la práctica judicial.

**6- A la Universidad de El Salvador:**

- Que equipe las bibliotecas con el material jurídico penal moderno necesaria para realizar una investigación.

**7- A la facultad de Derecho:**

- Que incluya en el estudio del Derecho Penal, la Teoría del Delito dando ha conocer las diferentes escuelas doctrinarias que dentro de ella se han estudiado con el objetivo que el estudiante pueda conocer los vacíos y avances que presenta cada una de estas escuelas.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

### **LIBROS:**

- Arroyo de las Heras, Alfonso, “Manual de Derecho Penal, El Delito”; Editorial Aranzadi, 1985.
- Arroyo de las Heras, Alfonso, “El Delito”, Editorial Aranzadi, 1985.
- Bacigalupo, Enrique “Manual de Derecho Penal Parte General”, Editorial Temis S. A., 1998.
- Bacigalupo, Enrique “Lineamientos de la Teoría del Delito”, Editorial Temis S.A., 1997.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio “Lecciones de Derecho Penal” Editorial Praxis, S.A.
- Cerezo Mir, José, “Curso de Derecho Penal Español, Parte General”, Quinta Edición
- Cuello calón, Eugenio, “Derecho Penal”, Tomo I, Parte General, décimo octava edición, Editorial BOSCH, Barcelona.
- Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo y otros, “Lecciones de Derecho Penal, Parte General” Editorial Praxis S.A., Barcelona.
- Ibañez, Perfecto Andrés y otros, “La Reforma del Proceso Penal”; Editorial Técnos, Colección Ciencias Jurídicas.
- Jescheck, Hans-Heinrich: “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, V.I. Barcelona. Editorial Bosch, 1981.
- Luzón Peña, Diego Manuel, “Estudios Penales” Editorial PPU, Barcelona, 1991.

- Mezger Edmund, “Derecho Penal, Parte General” Editorial Cárdenas.
- Muñoz Conde, Francisco “Derecho Penal Parte General”. Editorial Tirant Bllanh, Valencia, 1996.
- Nino, Santiago Carlos, “La legítima defensa, fundamentación y régimen jurídico”, Editorial ASTREA
- Rodríguez Devesa, José Maria, “Derecho Penal Español”, 9ª edición, DYKINSON, Madrid, 1985.
- Romagnosi Giandomenico, “Génesis del Derecho Penal”, Editorial TEMIS, Bogota, 1956.
- Roxin, Claus; “Teoría del Tipo Penal”, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1979.
- Santa Biblia, “Éxodo, Capitulo 22 Versiculo 1” Editorial Verbo Divino, 1995.
- Trejo, Miguel Alberto; y otros “Manual de Derecho Penal” Ministerio de Justicia, 3ª edición, 1996.
- Velásquez Velásquez, Fernando “Derecho Penal Parte General”, Editorial Temis S. A., 1994.
- Vives Antón, Tomás, “Consejo General del Poder Judicial”, Estudios Sobre el Código Penal 1995.
- Welzel, Hans “Derecho Penal Alemán, Parte General”, 4ª edición castellana, Editorial de Chile, 1993.
- Welzel, Hans “El Nuevo Sistema del Derecho Penal”, Barcelona, 1964.

- Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Manual de Derecho Penal", (Parte General), Buenos Aires, 1987.

#### **REVISTAS:**

- Revista Justicia de Paz , No 6, Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador; Volumen II, mayo-agosto 2000.
- Revista Justicia de Paz, No 10, Corte Suprema de Justicia, República de El Salvador; Volumen III, septiembre-diciembre 2001.

#### **DICCIONARIOS:**

- Cabanellas, Guillermo; "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires.
- Diccionario EVEREST, Cumbe, Español, Editorial Everst S.A. 1985.
- Diccionario de la Lengua Española y de nombres propios, Océano Práctico, Grupo Editorial, S.A. Barcelona.
- Diccionario Ortografía Práctica, Océano, Grupo Editorial S.A., Barcelona.
- Osorio, Manuel "Diccionario de ciencias jurídicas y políticas"; Montevideo, Editorial Obra Grande, 1963.

## **LEGISLACIÓN:**

- Constitución de la República de El Salvador, explicada, 5ª edición, FESPAD, ediciones, 2000.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pactó de San José); Editorial Jurídica Salvadoreña, 1997.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, Editorial Jurídica Salvadoreña, 1997.
- Moreno Carrasco, Francisco y otros, “Código Penal de El Salvador Comentado”, Corte Suprema de Justicia, Edita, 1999.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Editorial Jurídica Salvadoreña, 1997.
- Ricardo Mendoza Orantes; Código Penal; Editorial Jurídica Salvadoreña, 2001 con sus reformas.
- Ricardo Mendoza Orantes; Código Civil y de Familia, Editorial Jurídica Salvadoreña, 1999.
- Ricardo Mendoza Orantes; Código de Comercio, Editorial Jurídica Salvadoreña, 2000.

## **OTROS:**

- Boletín, Divulgación Jurídica, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, unidad Técnica Ejecutiva, año 7, No 5, octubre 2000.

**ANEXOS.**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO.**



Guía de encuesta para determinar los criterios que utiliza el fiscal cuando hay indicios de una Defensa Necesaria.

Esta encuesta será contestada por los Agentes Auxiliares del Fiscal General de la República.

Objetivo: Conocer los criterios de la fiscalía cuando hay indicios de una Defensa Necesaria.

Indicación: A continuación se le presentan una serie de preguntas conteste conforme su criterio.

1- ¿Conoce la institución de la Defensa Necesaria? Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

2- ¿Diga si se les ha planteado algún caso de defensa necesaria con la nueva normativa penal?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_ Año \_\_\_\_\_

3- ¿Cuáles fueron los hechos que se tomaron en cuenta, para determinar si existía una legítima defensa? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

4- ¿En caso de plantearse una defensa necesaria cual sería el fundamento legal y doctrinario que utilizaría al momento de presentar el requerimiento fiscal? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

5- ¿Cuáles son las pruebas que servirían para la fundamentación de la Defensa Necesaria? \_\_\_\_\_

6-¿ En caso de tener una certeza jurídica de que el imputado actuó en defensa de su persona, de sus bienes o de terceros, que salida alterna pediría en el requerimiento fiscal y en que etapa la solicitaría?\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

7- ¿Diga cual fue la resolución de la Sentencia que el Juez emitió en el caso que usted planteo la Defensa Necesaria?\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

8- ¿Considera que el Juez falló conforme a Derecho? Si\_\_\_\_\_ No\_\_\_\_\_ porque\_\_\_\_\_

9- ¿Mencione las escuelas que han estudiado la Teoría del Delito y cual es la característica principal de cada uno de ellas?\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

10- ¿Cuál de estas escuelas doctrinarias acepta nuestra legislación penal, Porque?\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

11- ¿Cuántas capacitaciones han recibido de Derecho Penal desde la entrada en vigencia de la nueva normativa?\_\_\_\_\_

12- ¿Cuáles han sido los temas impartidos y que instituciones son las encargadas de impartirlas?\_\_\_\_\_

13- ¿Tienen algún tipo de evaluación por parte del Ministerio de Justicia, Consejo Nacional de la Judicatura, o alguna Organización no Gubernamental?

Si\_\_\_\_\_ No\_\_\_\_\_

14- ¿Si su respuesta anterior es afirmativa cada cuanto tiempo se da, y que método se utiliza? \_\_\_\_\_

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO.**



Encuesta para conocer el fundamento que hace la defensa cuando existe una Defensa Necesaria.

Esta encuesta será contestada por los Defensores Públicos, específicamente del área penal de la Procuraduría General de la República y Defensores Particulares.

Objetivo: Conocer el fundamento de la defensa, cuando plantea una Causa de Justificación.

Indicación: A continuación se le presentan una serie de interrogantes conteste conforme su criterio.

1- ¿Conoce la institución de la Defensa Necesaria? Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

2- ¿Diga si se le ha planteado algún caso de Defensa Necesaria con la nueva normativa penal?  
Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_ Año \_\_\_\_\_

3- ¿Cuáles fueron los hechos que se tomaron en cuenta para determinar si existía una Defensa Necesaria? \_\_\_\_\_

4- ¿Cuál fue el fundamento legal y doctrinario que utilizaron para la defensa? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

5- ¿Cuáles fueron las pruebas que se vertieron para establecer la Defensa Necesaria? \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

6- ¿Diga cual fue la resolución de la sentencia que el Juez emitió? \_\_\_\_\_

7- ¿Considera que el Juez actuó conforme a Derecho? Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

Porque \_\_\_\_\_

8- ¿Mencione las escuelas que han estudiado la teoría del delito y cual es la característica principal de cada uno de ellos? \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

9- ¿Cuál de estas escuelas doctrinarias acepta nuestra legislación penal y porque? \_\_\_\_\_

10- ¿Cuántas capacitaciones han recibido de Derecho Penal desde la entrada en vigencia de la nueva normativa? \_\_\_\_\_

11- ¿Cuáles han sido los temas impartidos y que instituciones son las encargadas de impartirlas? \_\_\_\_\_

12- ¿Tienen algún tipo de evaluación por parte del Ministerio de Justicia, Consejo Nacional de la Judicatura, o alguna Organización no Gubernamental.?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

13- ¿Si su respuesta anterior es afirmativa cada cuanto tiempo se da, y que método se utiliza? \_\_\_\_\_

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO.**



Encuesta para conocer como resuelven los Jueces cuando se les plantea una causa de justificación específicamente la Defensa Necesaria.

Esta encuesta será contestada por los Jueces de Paz, Instrucción y Sentencia.

Objetivo: Conocer los criterios que utilizan los Jueces, para resolver sobre la Defensa Necesaria..

Indicación: A continuación se le presentan una serie de interrogantes conteste conforme su criterio.

1. ¿Diga si se le ha planteado algún caso de Defensa Necesaria con la nueva normativa penal.?
2. ¿Cuáles fueron los hechos que tomo en cuenta para determinar que existía una Defensa Necesaria?
3. ¿Por qué es importante establecer en los procesos donde se plantea una Defensa Necesaria, un examen minucioso y detenido de la prueba?
4. ¿Cuál es el fundamento legal y doctrinario que utiliza para fundamentar su resolución, en caso de darse la Defensa Necesaria?
5. ¿Cuáles son las deficiencias que cometen las partes al tratar de establecer la Defensa Necesaria?

6. ¿Cuáles son las dificultades que encuentra dentro del proceso para determinar una causa de justificación específicamente la Defensa Necesaria?
7. ¿ Considera usted que existen vacíos en el Art. 27 del código penal vigente?
8. ¿ Si su respuesta anterior es afirmativa, mencione los vacíos que usted considera que existen?
9. ¿Cuántas capacitaciones de Derecho Penal a recibido desde la entrada en vigencia de la nueva normativa penal?
- 10.¿ Cuáles fueron los temas impartidos?
11. ¿Tiene algún tipo de evaluación por parte de la Corte Suprema de Justicia o Consejo Nacional de la Judicatura.?
12. ¿ Si su respuesta anterior es afirmativa cada cuanto se da y que método se utiliza?

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO.**



Encuesta para determinar el nivel de credibilidad que tiene la población en la Administración de Justicia Penal.

Esta encuesta será contestada por el sector profesional y estudiantil de la Zona Oriental.

Objetivo: Conocer la credibilidad de la población en el Sistema de Justicia Penal,

Indicación: A continuación se le presentan una serie de preguntas conteste conforme su criterio.

1- ¿ A sido procesado penalmente usted, un familiar o un amigo cercano?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

2- ¿ Si por algún motivo usted cometiera un delito, solicitaría los servicios de Defensor Público? Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

3- ¿ Considera usted que la Fiscalía General de la República, realiza una verdadera investigación? Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

4- ¿ Confía usted en nuestro Sistema de Justicia Penal?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

5- Cree usted que los Jueces ejercen bien su trabajo?

Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

6- ¿ Considera usted que existe impunidad en nuestro País?

Si \_\_\_\_\_ No\_\_\_\_\_

7- ¿ Considera que es efectiva la nueva normativa penal, para la erradicación de la delincuencia?

Si \_\_\_\_\_ No\_\_\_\_\_

8- ¿ Si, usted cometiera un delito en Defensa propia que haría?\_\_\_\_\_

---