

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

**ASPECTOS DOCTRINARIOS Y LEGALES DEL CONTENIDO
DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL, NUMERAL CUATRO
Y LA FALTA DE POSITIVIDAD CONFORME LA DOGMÁTICA
JURÍDICO PENAL MODERNA**

RUDY MANUEL HERRERA RODRÍGUEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2008

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

**ASPECTOS DOCTRINARIOS Y LEGALES DEL CONTENIDO DEL
ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL, NUMERAL CUATRO Y LA
FALTA DE POSITIVIDAD CONFORME LA DOGMÁTICA
JURÍDICO PENAL MODERNA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

RUDY MANUEL HERRERA RODRÍGUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2008.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Héctor Antonio Roldán Cabrera
Secretaria:	Licda. Enma Graciela Salazar Castillo
Vocal:	Lic. Efraín Guzmán

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Carlos Humberto de León Velasco
Secretario:	Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco
Vocal:	Lic. Marvin Estuardo Arístides

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Carlos Humberto Girón Méndez
Abogado y Notario Colegiado 2,305
6ta. Calle 10-23 zona 11 Colonia Roosevelt, Ciudad
Teléfono 24717651.



Guatemala, 29 de febrero del año 2008.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coodinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Licenciado Castillo Lutín:

De manera atenta y de conformidad con el oficio sin número de fecha 8 de octubre de 1999, procedente de la Secretaría de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en virtud del cual transcribe la providencia de fecha seis de octubre del mismo año emanada de la decanatura, le comunico que asesoré al Bachiller RUDY MANUEL HERRERA RODRIGUEZ, en su trabajo de tesis denominado "ASPECTOS DOCTRINARIOS Y LEGALES DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 36 DEL CODIGO PENAL, NUMERAL 4 Y LA FALTA DE POSITIVIDAD CONFORME A LA DOGMATICA JURIDICO-PENAL MODERNA".

1. Las ideas que se encuentran inmersas en el mencionado trabajo, son las que se deben poner en práctica por los encargados de impartir justicia, siempre y cuando los legisladores atiendan la recomendación del ponente y se abroge el numeral cuarto del artículo 36 del Código Penal, para que vayan entrelazados el derecho sustantivo con el derecho adjetivo penal de acuerdo con la realidad jurídica actual.
2. El asesor, atendiendo a razones de semántica, es del criterio que en el trabajo de tesis en su desarrollo, debe sustituirse la palabra inciso por numeral (inciso 4 por numeral 4)

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, el trabajo de campo (cuadros estadísticos), las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Atentamente.

Lic. Carlos Humberto Girón Méndez
Asesor

Lic. CARLOS HUMBERTO GIRON MENDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, trece de marzo del dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RAFAEL MORALES SOLARES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante RUDY MANUEL HERRERA RODRÍGUEZ, Intitulado: "ASPECTOS DOCTRINARIOS Y LEGALES DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL, NUMERAL 4 Y LA FALTA DE POSITIVIDAD CONFORME A LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL MODERNA".

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


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



cc. Unidad de Tesis
MTCL/ragm

**CORPORACION DE SERVICIOS JURIDICOS
BUFETE ASOCIADO**

Lic. Rafael Morales Solares



4998

Guatemala, 26 de marzo del año 2008.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria.



Licenciado Castillo Lutín:

Con muestra de mi alta consideración y estima, me complace informarle que he dado cumplimiento a la providencia de fecha 13 de marzo del año en curso emanada de esa jefatura, comunicándole que he revisado el trabajo de tesis elaborado por el estudiante **RUDY MANUEL HERRERA RODRIGUEZ**, intitulado **“ASPECTOS DOCTRINARIOS Y LEGALES DEL CONTENIDO DEL ARTICULO 36 DEL CODIGO PENAL, NUMERAL CUATRO Y LA FALTA DE POSITIVIDAD CONFORME A LA DOGMATICA JURIDICO-PENAL MODERNA”**.

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, las que considere en su momento, para mejor comprensión del tema que se desarrolla, con absoluto respeto del criterio del estudiante

En relación al contenido científico y técnico de la tesis abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema, la recolección de información realizada a través de trabajo de campo, fue de gran apoyo en su investigación, ya que las ideas que se encuentran inmersas en el mencionado trabajo, son las que deben poner en práctica los encargados de impartir justicia y que los legisladores atiendan la recomendación del Bachiller Rudy Manuel Herrera Rodríguez y promuevan la iniciativa de ley ante el Congreso de la República, para que se abroge el numeral cuatro del artículo 36 del Código Penal, para que vayan entrelazados el derecho sustantivo con el derecho adjetivo penal de acuerdo con la realidad jurídica actual.

**CORPORACION DE SERVICIOS JURIDICOS
BUFETE ASOCIADO**

Lic. Rafael Morales Solares



La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo analítico, sintético y la utilización de la técnica de la investigación bibliográfica que comprueba que se efectuó la recolección de la bibliografía actualizada.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En virtud de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en mi calidad de **REVISOR DE TESIS**, a la investigación realizada por el ponente.

Al respecto informo que el Trabajo de Tesis reúne los requisitos reglamentarios que exige la Legislación Universitaria, de conformidad con el contenido del artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, por lo que es procedente su discusión en el Examen Público.

Sin otro particular y agradeciéndole la atención que se sirva dispensar a la presente, me suscribo de usted.

Deferentemente:


Rafael Morales Solares
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, quince de abril del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante RUDY MANUEL HERRERA RODRÍGUEZ, Titulado "ASPECTOS DOCTRINARIOS Y LEGALES DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL, NUMERAL CUATRO Y LA FALTA DE POSITIVIDAD CONFORME A LA DOGMÁTICA JURIDICO-PENAL MODERNA" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/slth



DEDICATORIA

A DIOS, AL SEÑOR JESUS Y A LA VIRGEN DE CANDELARIA:

Por darme la vida y la sabiduría para alcanzar mis metas, porque sin ellos nada puedo hacer.

A MIS PADRES:

Don JUAN GILDARDO HERRERA CANO (Q.E.P.D.) y MARIA HERIBERTA RODRIGUEZ, por ser mis guías e iniciarme en el camino de la educación y que hoy ven cumplidos sus anhelos.

A MI ESPOSA:

ADELA ISABEL MERIDA DE HERRERA, por su amor, apoyo, comprensión, sacrificio, confianza y paciencia, fiel compañía en los buenos momentos y en los momentos difíciles.

A MIS HIJOS:

RUDY MIZRAIM, CELICA RUBI, EDDY HAROLDO, ALVARO LUIS FERNANDO E INGRID ADELA NOEMI, quienes son la motivación principal de mi superación y que mi triunfo pueda servirles de guía en su vida y busquen con ahínco lograr sus metas.

A MIS HERMANOS:

TERESA MARILU, JOSEFINA LETICIA, JUAN GILDARDO Y YOLANDA MARISELA, por su apoyo y cariño fraternal, así como su apoyo en los momentos difíciles.

A MIS SUEGROS:

Don EMILIO MERIDA TELLO Y Doña CARMEN CARTAGENA DE MERIDA, por su apoyo y cariño demostrado en el tiempo que tengo de convivir con ellos.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Especialmente a **César Mérida, tíos y sobrinos**, con afecto especial, como muestra de agradecimiento por la confianza puesta en mi y el apoyo que siempre encontré en ellos.

**A MIS CUÑADOS Y CUÑADAS:
CONCUÑOS Y CONCUÑAS:**

Por su apoyo en los momentos difíciles.

A MIS AMIGOS:

Quienes me han apoyado a lo largo de mi vida y mi carrera brindándome su amistad.

A MI PATRIA GUATEMALA:

Porque es la tierra que me da la oportunidad de ejercer mi profesión a partir de este día y **ESPECIFICAMENTE a la VILLA DE CHIANTLA**, pedacito de tierra que me vio nacer.

AL MINISTERIO PUBLICO:

Institución en la que a través de brindarme la oportunidad de trabajo logre culminar mi carrera.

A LOS ABOGADOS:

BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA, ARTEMIO RODULFO TANCHEZ MERIDA Y RICARDO GARRIDO MORALES, por su apoyo incondicional para lograr culminar mi carrera.

A:

La Gloriosa, Autónoma y Tricentenaria **UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**, especialmente a **la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**, por haberme acogido en sus aulas y proporcionarme los conocimientos para poder desempeñar una carrera que es importante para mi vida personal, para mi familia y para la sociedad que conformamos.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	(i)

CAPÍTULO I

1. Breve análisis de la dogmática jurídica penal del contenido del Código Penal vigente.....	1
1.1. Breves antecedentes del derecho penal.....	1
1.2. Conceptualizaciones de la dogmática jurídico penal.....	2
1.3. Fines y funciones del derecho penal desde la concepción de la dogmática jurídico penal.....	22
1.4. El derecho penal y la ley penal.....	24

CAPÍTULO II

2. La responsabilidad penal conforme lo establece el Código Penal vigente.....	29
2.1. La responsabilidad penal.....	29
2.2. Los autores y los cómplices.....	32
2.2.1. Aspectos generales.....	32
2.2.2. Concepto de participación, autoría y cómplice.....	33
2.2.3. Formas de autoría.....	34
2.2.3.1. Inmediata o directa.....	34
2.2.3.2. Autoría mediata o indirecta.....	34
2.2.4. Autor material.....	35
2.2.5. Coautor.....	35
2.2.6. Autor intelectual.....	35
2.2.7. Autor mediato.....	35
2.2.8. Diferencias entre autoría y participación.....	35
2.2.9. Complicidad.....	35

	Pág.
2.2.10. Encubridor.....	36
2.2.11. Instigación.....	36
2.3. Naturaleza jurídica.....	36

CAPÍTULO III

3. Análisis del Artículo 36 inciso cuatro del Código Penal y sus repercusiones inconstitucionales.....	43
3.1. La teoría del delito.....	43
3.1.1. La acción.....	43
3.2. Análisis del Artículo 36 inciso cuatro del Código Penal.....	48
3.2.1 El acto voluntario, corporal externo, el acto previsto en la ley como delito.....	49
3.2.2. La inacción o conducta del obrar pasivo.....	51
3.3. La relación de causalidad.....	53
3.4. Por que el inciso cuatro del Artículo 36 del Código Penal es inconstitucional.....	62

CAPÍTULO IV

4. Presentación de los resultados del trabajo de campo.....	67
4.1 Entrevistas.....	67
4.2. Necesidad de que se abroge el inciso cuatro del Artículo 36 del Código Penal.....	79
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
ANEXOS.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	97

(i)

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación es elaborado con el propósito de establecer un análisis de cómo se interpreta el Artículo 36 numeral cuatro del Código Penal especialmente cuando tiene que aplicarse e integrarse el Código Procesal Penal. Esta norma regula lo relativo a la participación en el delito y la calidad de autores que se les otorga a las personas que realizan todos los elementos del tipo determinado en la norma como delito y principalmente el análisis del numeral cuatro que establece que quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación, por lo que se observa que esa regulación legal es incongruente e inconstitucional, como se menciona en el presente trabajo de análisis, puesto que no puede otorgársele la calidad de autor a la persona que haya pensado cometer un ilícito penal, pues el pensamiento no delinque y en ese sentido, fue positivo establecer el criterio de los jueces principalmente porque son ellos quienes aplican las leyes en el momento de dictar la sentencia y resolver en definitiva la situación jurídica del procesado cuando se ha llevado a cabo el debate.

Para una mayor comprensión, el trabajo ha sido dividido en capítulos. El primero comprende lo relativo a la dogmática jurídico penal y el contenido del Código Penal vigente. En el capítulo segundo, se establece en que consiste la responsabilidad penal, respecto a los autores y los cómplices. En el capítulo tercero, se determina que es la acción o conducta humana y lo que establece el numeral cuatro del artículo 36 del Código Penal. En este Artículo se hace un análisis de la definición de acción, inacción,

(ii)

la relación de causalidad, y con relación al pensamiento que no delinque y lo que indica la norma citada y del porque es inconstitucional y la necesidad de que se abroge. Por último, se establece en el capítulo cuarto, la presentación de los resultados del trabajo de campo.

También se incluyen las conclusiones y las recomendaciones en el presente trabajo de investigación de tesis.

CAPÍTULO I

1. Breve análisis de la dogmática jurídica penal del contenido del Código Penal vigente
- 1.1. Breves antecedentes del derecho penal

El derecho penal es por excelencia una facultad del Estado, y en base a ello, es el Estado el que crea el Derecho Penal a través de las normas contenidas en las leyes que lo regulan.

El Derecho Penal debe, entonces, conceptualizarse como conjunto de normas jurídicas y también como una disciplina científica. Por ello, se dice que el Derecho Penal es la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social. Como disciplina científica es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad.

Mientras el derecho punitivo es conjunto de normas, la ciencia del derecho penal se integra por principios cuya finalidad es el estudio de las normas positivas y fija la naturaleza del delito, las bases y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la naturaleza, la adecuación y los límites de la respuesta respectiva por parte del Estado.

Cómo entonces, poder explicar la justificación de la existencia del Derecho Penal como una facultad del Estado. Tiene su fundamento en la obligación constitucional del Estado de Guatemala, de mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley.

El Derecho Penal entonces, se constituye en niveles de acción y de prevención, a través del sentido objetivo y subjetivo que lo define. En cuanto al primero, se encuentra conformado por normas jurídicas emanadas del poder público que establecen delitos, penas y medidas de seguridad y sus formas de aplicación. En cuanto al segundo, se constituye en una potestad jurídica del Estado de amenazar a la colectividad. El primero es la ley y el segundo es la coercibilidad del Estado.

1.2. Conceptualizaciones de la dogmática jurídico penal

La dogmática proviene del vocablo latín dogma, que quiere decir “Proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia. Doctrina de Dios revelada por Jesucristo a los hombres y testificada por la iglesia. Fundamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión”.¹

La palabra dogmática o dogmático, proviene del latín dogmat y que significa “Perteneiente o relativo a los dogmas de la religión. Dicho de un autor: Que trata de los dogmas. Que profesa el dogmatismo. Inflexible, que mantiene sus opiniones como verdades inconcusas. Dicho de un método expositivo.

¹ Diccionario enciclopédico Espasa Calpe.pág.244.

En las obras jurídicas, que se atiende a principios doctrinales y no al orden y estructura de los códigos. Se usa en contraposición a exegético. Conjunto de dogmas o principios de una doctrina. “²

Entonces, conviene establecer que la dogmática jurídico penal, constituye aquellos principios que han regido en las distintas épocas respecto a la definición y comprensión, además del contenido del derecho penal, que debido a que no ha existido otra postura teórica jurídica, se mantiene en la misma circunstancia de como se encontraba, salvo algunas variantes que ha sufrido a través de la historia y de lo escrito por estudiosos respecto a este tema.

En la doctrina se conoce la dogmática jurídico penal y en realidad, muy poco se ha estudiado de esta disciplina, ya que tienen que ver con la teoría general del derecho. Esta dogmática jurídico penal entonces, tiene signos característicos que se vinculan, “demasiado estrechamente con la teoría general del derecho y del estado; y, muy concretamente, con la teoría pura del derecho, en su versión francesa de los años cincuenta, en el siglo veinte de Hans Kelsen.”³

En efecto, como lo señalara el pensador y filósofo Jorge Millas, “el pensamiento jurídico no se mueve en el plano de la objetividad real, donde lo que se piensa no se determina por lo que es, sino en el de la objetividad prescriptiva; en ella lo pensado se determina por lo que debe ser, según las

² **Ibid**, pág.244.

³ García Maynez, **Eduardo**. Introducción al estudio del derecho. pág. 266.

condiciones de construcción de este concepto por el propio sistema”.⁴

(Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del derecho, 1982).

Con todo, Millas había hecho suyo, de manera ya definitiva en 1961 (Curso de Filosofía del Derecho), en su entera reflexión de las cuestiones jurídicas más fundamentales, el núcleo teórico esencial y supuesto precisamente de aquellas, en la fórmula metodológica que, de acuerdo a Kelsen, permitió presentar de una manera protéica y radical, las nociones que sobre estos mismos aspectos ya habían hecho suyas, aunque todavía de forma puramente filosófica, Kant, desde una perspectiva parmeneídeo - aristotélica,- y Hegel, según la lógica que derivara de Heráclito El Oscuro.

Ahora bien, incluso parafraseando a J. Millas, quien en los años 70 (Las máscaras filosóficas de la violencia, 1975) rechazara bajo el argumento de constituir propiamente lo que él llamó la falacia del género sumo, la inclusión ideológica de la violencia al interior de las normas institucionalizadas, dentro de un orden que pudiéramos configurar como auténticamente democrático; o, al mismísimo Karl Popper y su falsacionismo en la construcción del pensamiento científico, en el campo de las disciplinas sociales, los penalistas también han venido denunciando, últimamente, el vicio teórico insito en la reflexión de la dogmática del siglo 19 y buena parte del 20, y acentuándola desde la noción de acción en la teoría del delito, lo que se ha venido en llamar la falacia naturalista o seudocausalismo - mecanicista que recorre a todas y cada una de las categorías más fundamentales de la parte general del derecho penal.

⁴ **Ibid.** pág. 289.

No obstante lo anterior, curiosamente y constituyendo aquél un golpe demoledor desde una perspectiva específicamente epistemológico - jurídica,- el discurso de los penalistas aparece de manera constante permeado por ese mismo vicio que denuncian, tanto en la parte general como especial del objeto de su ciencia.

Ello no podría atribuirse, sin más, a algún género de impostura teórica de sus más conspicuos representantes y epígonos.

Pienso que los penalistas, al margen de reconocer la importancia de la filosofía general del derecho o de la teoría general del ordenamiento jurídico a la hora de construir sus conceptos jurídicos elementales, han carecido, u obliterado reiteradamente, de un enfoque directo de orden epistemológico. El oportunismo acientífico, por el que se han inclinado debido a razones puramente ideológicas no poco de sus cultores, y no siempre sin escándalo aquellas veces en que lo han hecho, en aras del mundo de la política, por cierto con toda inocencia y acríticamente, aunque explicable por la muy directa relación de aquella con los más caros temas de la ciencia jurídico - penal, ha enrarecido y secuestrado de manera evidente los conceptos y la estructura básica de ésta.

Tan cierto es lo anterior que Zaffaroni⁵, insistiendo en ese lenguaje perifrástico y del tipo que no poco daño ha causado a la reflexión teórica en la ciencia jurídico – penal, señala, no sin cierto dejo de razón, que así como la guerra es la continuación de la política sólo que por otros medios.

⁵ www.fgbueno.es/edi/bfe003.htm - 14k - [En caché](#), Consultada el 25 de julio de 2005.

Según Karl von Clausewitz⁶, el Derecho Penal no puede sino entenderse hoy, a la luz de la vigente construcción dogmática, como la continuación de la política para la evitación continua de la guerra, por medios estrictamente jurídicos, puntualizaríamos nosotros.

Por su parte, Francisco Muñoz Conde⁷, desde las primeras páginas de su derecho penal general, se extiende diría aunque de manera positivamente sobrecogedora, por lo desmistificador de su alcance, sobre idénticos respectos: el derecho penal es sin lugar a dudas una respuesta violenta a otra violencia ejercida contra el orden jurídico o derecho. Necesariamente democrático, agregaríamos nosotros, desde la concepción de la teoría pura (la eficacia como condición última de validez) la que es según lo indica certeramente J. Millas⁸, “en gran medida y con significación importante para la dilucidación del núcleo teórico del sistema, una epistemología jurídica, una teoría de la Ciencia del Derecho”.

Es más, la falacia naturalista, no obstante resultar maniqueamente sugerente y socialmente atractiva en torno a la consideración de la cuestión del Estado y su identificación, de acuerdo a Kelsen, con el ordenamiento jurídico mismo, incluido obviamente el propio orden jurídico – penal, entendido como el más grave sistema de control social formal al que aquél recurre en orden a castigar punitivamente a la persona física (los cuerpos de Foucault) del infractor; implica, en definitiva, un reconocimiento aprobatorio, precisamente de esta confusión que venimos señalando.

⁶ www.filosofia.org/filomat/dfsiss.htm - 69k - [En caché](#). Consultada el 25 de julio de 2005.

⁷ www.eudeba.com.ar/webcatalogo/Titulo.asp?id=542 - 12k Consultada el 30 de Julio de 2005.

⁸ **Ibid.**

Por último, en relación con el Estado en la teoría de Kelsen, Millas señala: Sólo en los esfuerzos de la construcción especulativa, y apelando a dudosas intenciones “espirituales” y “éticas” (cuando no místicas) surge la idea de la “personalidad” del Estado y de su naturaleza de ente real.

Finalmente, por razones de espacio, no podemos sino tan sólo enunciar los temas de la dogmática que admiten, seriamente, una reconsideración a la luz del pensamiento jurídico del autor de la teoría pura: Los relativos a la interpretación de la ley penal, la sentencia en materia penal y la llamada creación judicial en este conjunto normativo regido, garantísticamente, por el principio de legalidad, el llamado concurso aparente de leyes de esta clase; y, qué decir de cuestiones tales como el iter criminis o el concurso de personas en el delito. Ello sin desconocer que los capítulos antes expresados, de un modo u otro, inciden todos en la cuestión cardinal de la tipicidad en la construcción decisiva de la teoría del delito. Bástenos recordar, para estos fines, la teoría de la imputación objetiva en los delitos no tan sólo culposos u omisivos, cuanto también en los dolosos de acción.

Así como el concepto de acción atraviesa a todas y cada una de las notas o determinaciones de las categorías constitutivas del concepto de delito, extraído del horizonte de la objetividad real, el iter o el concurso de personas en aquél intervinientes, los aspectos normativos en todos ellos son también concurrentes de una manera insoslayable a la hora de operar con los mismos, tanto de una manera teórica como práctica, conforme las consideraciones necesariamente epistemológicas antes apuntadas.”⁹

Los principios se constituyen en los postulados, la base sobre los cuales se rige normalmente la ciencia penal y procesal penal. Estos principios pretenden establecer una estricta legalidad, los cuales son:

⁹ Filosofayderecho.com.htm. En caché. Consultada el 30 de julio de 2005.

➤ Principio de retributividad:

Indica que no puede haber pena sin crimen. El anterior principio tiene su fundamento en los Artículos quinto y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al indicar: Artículo quinto: Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no están basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma. Artículo 17. No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no están calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda.

Tiene relación con el principio de legalidad y de proporcionalidad. En cuanto a la proporcionalidad, se refiere a que "el principio tiene aparte de tener larga tradición, aparece ya en los pensamientos de Beccaria y luego se encuentra en el Artículo 8 de la Declaración francesa sobre los Derechos Humanos del 26 de agosto de 1789: "La Loine doit établir que de peines strictement e évidemment nécessaires." La terminología constitucionalista moderna habla de la pena como "última ratio" de la política social. Fundamento de esta fórmula es la idea general del Estado de Derecho que establece para toda la esfera del Derecho Público el principio de la proporcionalidad en el sentido siguiente: Las medidas que el Estado adopta para lograr sus fines legítimos deben mantener una relación equilibrada entre el valor del fin propuesto y el valor de esta parte de la libertad general que con la introducción del medio se sacrifica.

Concretamente, se prohíbe justificar la introducción o aplicación de una ley penal con el argumento que la pena correspondiente al grado del reproche no bastaría para lograr el fin de la readaptación social.

El principio mencionado también forma una parte del trasfondo de la corriente internacional de una "despenalización" no sólo en cuanto a hechos de bagatela, sino también en campos de intervención administrativa. Por ejemplo, en materia de circulación o en ciertas áreas de la economía pueden considerarse suficientes para lograr los fines político-criminales reacciones no-penales en forma de sanciones administrativas.¹⁰

➤ Principio de legalidad:

El tratamiento del principio de legalidad junto con garantías procesales se explica por el desarrollo histórico de su codificación, y de ninguna manera señala la voluntad de cambiar su naturaleza verdadera. De acuerdo con su origen, el principio de "nullum crimen, nulla poena sine lege" pertenece a la esfera del Derecho Penal material.

“La reglamentación de la materia indicada con los conceptos "crimen" y "pena" es, naturalmente, también fundamento del juicio y de la condena. Sin embargo, lo es solo en forma indirecta. El contenido de las reglas correspondientes no define elementos del procedimiento, sino es su objeto en la medida en que las reglas son necesarias para poder aplicarlas al momento de fallar y condenar. La diferencia se nota claramente: Pueden acontecer procedimientos sin "crimen" (que luego terminan en una absolución), y es posible un "crimen" sin procedimiento (por falta de conocimiento de terceros). Al condenar, el juez no crea o constituye, sino sólo constata o, con las palabras de la ley "declara" la punibilidad de un hecho que ya existe porque este hecho

¹⁰ www.sicadley1160.com.htm. Consultada el 4 de julio de 2005.

cumple con ciertos requisitos descritos en la ley penal de fondo. Además, estos requisitos jurídicos surten efectos materiales, como por ejemplo en el contexto de la legítima defensa o de la indemnización civil.”¹¹

En un estado de derecho, el principio de legalidad resulta fundamental, puesto que la única fuente del derecho penal es la ley. Radica en el hecho de legitimar al derecho penal, al establecer en forma clara en la ley, que infracciones constituyen delito y cuales constituyen falta y a la vez, señala las sanciones y medidas de seguridad que se aplican en cada caso de violación a una norma. El Principio de legalidad, comprende las siguientes garantías: Garantía Criminal: que requiere que el delito se encuentre determinado por la ley. Garantía penal: cuyo requisito es que la ley establezca la pena en correspondencia al hecho. Garantía judicial: la que exige que tanto la existencia de un delito como la imposición de la pena, sean determinados por una sentencia judicial. garantía de ejecución: que implique que la pena ejecutada se debe hallar sujeta a una regulación legal. Su fundamento se encuentra en los artículos quinto, 12 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala que preceptúan: "Artículo quinto: Libertad de acción. Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no están basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma". Artículo 12: Derecho de defensa: La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

¹¹ Ibid.

Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no están preestablecidos legalmente". Artículo 17: No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no están calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda".

➤ Principio de necesidad:

Este principio indica que no puede haber ley sin necesidad, y también es llamado principio de mínima intervención estatal. Éste se fundamenta en el contenido del Artículo primero Constitucional referente al Principio de Dignidad Humana, el Artículo segundo que se refiere al Principio del Libre Desarrollo de la Personalidad, pues la persona tiene una autonomía moral, lo que significa la capacidad de distinguir el bien y el mal, es por consiguiente, un acto interno que no afecta a terceros. Pues este principio se basa en eso mismo, en evitar o limitar el campo de acción o actuación en la vida de los ciudadanos del Estado, al restringir derechos fundamentales.

En la doctrina extranjera este principio es ampliamente desarrollado, y para ello, se establece que "el rasgo que mejor tipifica al Estado de Derecho que es el Estado Constitucional, es la sujeción de todos sus actos a la ley, asegurándose así el imperio de ésta. Significa la supremacía absoluta o predominio de la ley opuesto a la influencia del poder arbitrario y excluye la existencia de lo arbitrario. En este sentido, el imperio de la ley se opone a todos los sistemas de gobierno por personas investidas de poderes amplios, arbitrarios o discrecionales. El principio fundamental está basado en que son las leyes y no los hombres que gobiernan. Dicho principio se formula sobre la base de que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión individual que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto es, que una decisión individual no puede ser jamás adoptada sino dentro de los límites

determinados por una ley material anterior, es así un principio esencialmente protector del individuo.

Todo el proceso de surgimiento de las normas del Derecho Administrativo estuvo antecedido por un amplio movimiento de oposición al absolutismo que comenzó en el plano de las ideas. Entre sus principales exponentes aparecen los ideales de Montesquieu con su tesis sobre la tripartición de poderes y Rousseau¹² con la formulación del Principio de Legalidad, que nos ocupa, a partir de entender que la soberanía reside en el pueblo y se manifiesta por las leyes, emanación de la voluntad general. Las leyes se distinguen por su generalidad de las otras manifestaciones de poder público, existiendo una diferencia entre éstas y los otros actos de poder: El grado de su fuerza jurídica, teniendo como explicación que la Ley es un acto de soberanía inicial e incondicionado, mientras que los otros actos nacen de un poder que la ley creó y que la misma ley condicionó al respeto de los mandatos y prohibiciones contenidos en las propias leyes. En pocas palabras, sería que todo quede sometido a la Ley.

Sin embargo, durante los años que siguieron al fin de la guerra mundial de 1939- 1945, el principio de legalidad fue sometido a revisión, por variadas causas, entre ellas el temor a la vuelta a los regímenes totalitarios y por otra parte, la pérdida de confianza en los Parlamentos, dando lugar a una nueva corriente que estimaba la necesidad de limitar el poder del legislador, al cual debe imponerse la obligación de respetar los valores fundamentales de los pueblos y se inserten así los Jueces y Tribunales Constitucionales.

En los países en los que todas las leyes sin distinción tienen valor jurídico máximo y soberano, pues no quedan subordinadas a ningún otro acto jurídico, y a ellas se subordinan todas las demás actuaciones jurídicas, manteniéndose vigente el Principio de Legalidad en toda su amplitud.

¹² [www.libreriaproteo.es/ver_libros.php?CDU=340 - 24k](http://www.libreriaproteo.es/ver_libros.php?CDU=340-24k) - [En caché](#) - Consultado el 4 de julio de 2005.

La noción de legalidad tomó un nuevo auge en los países del extinto campo socialista, entendiéndose la legalidad dentro de los estrechos límites del cumplimiento estricto de la ley por parte del Estado y el resto de las organizaciones, así como por los ciudadanos, pero este concepto fue sometido a transformaciones, convirtiéndose en un principio de existencia política.

El doctor Julio Fernández Bulté definía la legalidad como "una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, como un método de dirección estatal, en realidad el único posible, mediante el cual se abandonan la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo, y la sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría".

Cuando en nuestro país triunfa la Revolución y se implanta un nuevo tipo de Estado, junto con él desaparece el viejo ordenamiento legal con la consabida necesidad de establecer un nuevo ordenamiento y el establecimiento de principios que rectorarán la estricta observancia de dichas normas.

Siendo así, constituye imperativo constitucional la observancia del ordenamiento jurídico de todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones, pero también de los ciudadanos y de todos en general."¹³

➤ Principio de lesividad:

Este principio indica que no puede haber necesidad sin haber daño a tercero. Con este principio debe presumirse un resultado dañoso, lesión al bien jurídico tutelado y dentro de los requisitos para que exista se encuentran:

¹³ www.monografias.com.dfiscrecionalidadlegalidad.html. Consultada el 12 de marzo de 2006.

- Bien jurídico tutelado
- Que sea lesionado ese bien
- Que afecte a terceros

Su fundamento se encuentra en el contenido de los artículos primero y segundo de la Constitución Política de la República de Guatemala, que regulan: "Artículo primero. Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común. Artículo segundo Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona". En relación a la protección de los bienes jurídicos, es requisito necesario que:

- a) Exista el merecimiento de protección del Derecho Penal a un bien jurídico;
- b) Que puedan haber algunos bienes jurídicos que no están explicativamente contemplados dentro del Derecho Penal, citando como ejemplo el caso de la capacidad de tributación del Estado.

En el derecho comparado, se distingue este principio cuando se indica que "sólo se persiguen hechos que afecten a un bien jurídico, ya que es el principio básico que desde los objetivos del sistema determina qué es un injusto o un delito. En un sistema democrático, el principio básico de la igualdad ante la ley, que implica desde una perspectiva formal al de legalidad de los delitos y de las penas, desde una consideración material, implica el de lesividad de los bienes jurídicos. No hay duda entonces que no se puede estar sino de acuerdo hoy, como elemental a un sistema democrático, que los delitos han de definirse desde su lesividad a los bienes jurídicos, ya que ellos surgen desde los objetivos que justamente definen el sistema y por lo tanto a los delitos y las penas. Luego,

ello quiere decir que la cuestión del delito o del injusto no es de modo alguno, en primer término, una cuestión puramente dogmática, sino que está regida y determinada político-criminalmente.

Ahora bien, como ya señalábamos anteriormente, la simple enunciación del principio, no significa su implementación real, pues el principio como tal es sólo un programa de acción. Más aún, hay que tener en cuenta desde un punto de vista conceptual que un principio material puede ser desvirtuado en su eficacia o como programa de acción en cuanto sea formalizado y es así como el principio de lesividad, desde tal orientación formalista, puede llegar a confundirse o subsumirse en el principio de legalidad de los delitos y las penas. Tal es el caso de todas aquellas posiciones que sostienen que el bien jurídico es inmanente a la norma. Esto es, que toda norma de por sí tiene su propio bien jurídico. Es la dogmatización del bien jurídico. No hay posibilidad alguna de discusión ni de participación democrática. Se parte de un dogma o presunción de derecho en favor de la ley. De allí la importancia de desterrar completamente todo tipo de presunciones del sistema penal, y de señalar que el principio de lesividad es de carácter político criminal. Es una garantía al ciudadano y un límite a la intervención punitiva del Estado.

También desde un punto de vista conceptual, se puede desvirtuar el principio de lesividad sobre la base de una diferenciación sustancial entre los bienes jurídicos a los cuales está referido. Esto es, al distinguirse entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales, o bien, entre bienes jurídicos por naturaleza o por razones puramente político criminales. En otras palabras, todas estas clasificaciones tienden a señalar que unos bienes jurídicos son "propios" o "reales" y los otros son "impropios" o "artificiales". De allí que planteamientos neoliberales extremos sostengan que la intervención punitiva del Estado sólo debe limitarse a los primeros. Esto es, afecciones a la vida, salud individual, libertad, honor, patrimonio; quedando por fuera, por ejemplo, la salud pública, la seguridad común, los ingresos y egresos del Estado, etc. Resulta, sin embargo,

que tanto unos como otros son reales y están referidos a la persona, pues nada se saca con proteger la salud individual si al mismo tiempo no se protege la calidad de los alimentos, de los medicamentos o el consumo en general, si no se protegen las condiciones del medio ambiente. Es decir, hay una serie de bienes que están ligados al funcionamiento del sistema, y que son indispensables para que este permita a la persona su total y pleno desarrollo en todas sus dimensiones.

No hay fundamento, por tanto, para aquella clasificación que lo único que pretende es negar conceptualmente la existencia de bienes jurídicos que están referidos a todas y a cada una de las personas de una colectividad o un sistema, y de este modo, desproteger discriminatoriamente a grandes mayorías y reducir la lesividad sólo a determinados sectores. Otra cosa diferente es el argumento falaz que se emplea en dichas clasificaciones. El reside en la afirmación de que los bienes jurídico políticos-criminalmente, en un sistema democrático, están determinados por el objetivo del desarrollo de las personas. Esto es, no hay bienes jurídicos por razones de Estado o por razón social. Planteamientos que siempre esconden el interés político, económico, cultural o social de un determinado sector y no el desarrollo de todas y cada una de las personas como tales.

Pero más allá de estas disputas conceptuales, resulta que la implementación del principio de lesividad lleva nuevamente a considerar las realidades concretas en que se va a aplicar, y a recalcar que es sólo un programa de acción y que su eficacia para que sea efectivo requiere ser garantizada. Como ya señalamos anteriormente, la distribución de bienes es desigual, y más aún en nuestros países hay grandes capas de la población o que no gozan de determinados bienes, o lo hacen en forma muy precaria y porque ello mismo no quedan abarcados por el sistema penal en su protección, y más bien serán alcanzados o perseguidos por él, ya que de entre ellos saldrán en gran medida los que afecten a aquellos que gozan de todos los bienes en forma

plena. Es una consecuencia lógico-diabólica de la distribución desigual de los bienes, por lo cual de partida entonces habrán un gran sector de la población que serán marginal al principio de lesividad, y más bien será aquel sobre el cual recaiga el sistema penal, en razón de ese mismo principio de lesividad. Un círculo vicioso diabólico. Pero no sólo eso, sino que la exigüidad del disfrute de los bienes produce a su vez la desigual repartición de la intervención punitiva. No parece la misma lesividad de tener por horas o días a un vagabundo o a un poblador que a un profesional o a un empresario. No parece la misma lesividad el asalto a un banco que la destrucción de la cabaña o choza de un poblador. Luego también desde esta perspectiva, se produce la marginalidad de un gran sector de la población que no parece cubierta por el principio político criminal de la lesividad. Más aún, esta misma desigual distribución de selectividad punitiva, lleva a que no se atienda a los bienes pertenecientes a las grandes mayorías, y por otra parte se acentúa la protección de bienes por razones ajenas a una participación igualitaria. Esto es, que en definitiva, solo se protege a sectores de la ciudadanía por razones políticas, económicas, sociales, o culturales. En otras palabras, se contradice un planteamiento del Derecho penal, mínimo y de deslegitimación del Derecho penal, que son las consecuencias inherentes a un efectivo principio de lesividad. La intimidad, la libertad sexual, la diversidad cultural, la ecología, la educación, la salud, el consumo, etc., no aparecen suficientemente considerados en nuestros códigos penales. Por nombrar solo algunos casos por los cuales se aumenta la marginalidad de grandes sectores de la población que sólo tienen la posibilidad entonces de ser ofensores pero nunca víctimas.

Por otra parte, también se puede distorsionar el principio de lesividad en razón de la amplitud que toma o puede tomar en nuestros países el objetivo de seguridad ciudadana o pública. Esto es así, sobre todo, al ser sobredimensionado conscientemente, especialmente en momentos de transición, por otra parte, remarcando solo el problema de la violencia callejera. Se lleva así a que todo el sistema penal y el principio de lesividad se implemente o defina

desde esta perspectiva, con lo cual se reduce el ámbito del principio de lesividad que sólo abarcará determinado sector y dejará sólo como posibles agresores a grandes mayorías que siempre quedan como presunto peligroso, y es por eso que se aumentan las facultades de la policía y de los tribunales respecto de ellos.

Esto puede ser especialmente grave en momentos de transición, dado que la llamada inseguridad subjetiva es muy fácil de manipular, y por tanto crearse un clima propicio para exacerbar la función represiva, selectiva, y discriminatoria del sistema penal, con lo cual, entonces, se entorpece o perjudica gravemente la profundización democrática del sistema, porque se pone en primer término la seguridad del orden por encima de la persona y su desarrollo como tal. Luego también, la perspectiva política criminal en razón al principio de lesividad se vuelve un desafío.

También hay que tener en cuenta que la política criminal no podrá sustituir las políticas sociales, económicas, educativas, culturales, más aún, que estará supeditada a ellas y que en el principio de lesividad, por su propio contenido de referencia, ello aparece más patente todavía, pues este puede quedar sumamente restringido o desvirtuado si son muy pocos los que disfrutan de los bienes y más pocos aún los que tienen un disfrute pleno de ellos. ¹⁴

Principio de materialidad o derecho penal del acto

Se basa en que no puede haber daño a tercero sin acción. Para que exista es necesario que se den los siguientes supuestos:

- Acto exterior evitable

- Imputación objetiva, es decir, relación de causalidad. Su

¹⁴ Bustos Ramírez, Juan **Principios fundamentales de derecho penal**. Revista jurídica. pág. 22.

fundamento se encuentra establecido en los artículos segundo y cuarto de la Constitución Política de la República de Guatemala, al establecer en el Artículo segundo Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona. Artículo cuarto: Libertad e igualdad: En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí". Para que exista daño a tercero, es conveniente analizar los delitos denominados de lesión en los que se materializa el daño al bien jurídico y da lugar a la lesitud del hecho, exige una lesión o resultado de puesta en peligro del bien jurídico, y de allí que existen los delitos de peligro, haciéndose en base a ello, doctrinariamente una clasificación en: Delitos de peligro en abstracto y Delitos de peligro en concreto. En los primeros no hay una lesión del bien jurídico, pero hay una potencial puesta en peligro de ese bien, anticipa barrera de protección y penaliza actuaciones previas sobre todo para los delitos culposos, como por ejemplo: la persona que conduce en estado de ebriedad. En los delitos de peligro en concreto, el legislador en el caso de la desobediencia a las normas, por ejemplo, el abandono de funciones, como delito de peligro en concreto, se penaliza el perjuicio del daño que se causa en el bien jurídico de la Administración Pública, se penaliza en función de la protección de derechos fundamentales, por ello, estos delitos tienen mucha discusión entre los tratadistas y estudiosos de la ciencia penal, pues, indican algunos que debe atenderse en función de la protección del bien jurídico tutelado y no a la mera desobediencia que en la práctica es lo que se sanciona.

➤ Principio de culpabilidad

Este principio tiene su fundamento en la pena. No puede haber acción sin culpabilidad y constituye en ese sentido una garantía para el procesado, en

general, para cualquier persona que se encuentre sujeta a un proceso penal, pues establece que para que pueda una persona ser declarada culpable, debe haber tenido capacidad para motivarse conforme a la norma y haber realizado el acto que se sanciona. Para ello, es importante hacer notar que todos los tipos penales tienen dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo, el objetivo es la materialidad de la acción y el subjetivo debe basarse en la intencionalidad, si hubo dolo o culpa.

En la doctrina se distingue como “Otro principio básico político criminal, el de la responsabilidad o culpabilidad, que proviene del principio democrático elemental de la dignidad de la persona humana. La persona en un sistema democrático es un ente autónomo respecto del Estado, con capacidad propia y por tanto no sometido a la tutela de éste. Necesariamente la intervención del Estado ha de considerar como límite y legitimación de su intervención la responsabilidad de la persona. Esto implica, consecuentemente, que toda persona tiene responsabilidad, no hay personas irresponsables y que por tanto el Estado tiene un derecho sobre ella.

Ahora bien, el principio de responsabilidad lleva no sólo al excluir la llamada responsabilidad objetiva, que por tanto no es personal en el injusto o delito sino también a considerar qué respuesta era exigible a ese sujeto por el sistema penal, lo cual implica entonces la co-responsabilidad del sistema, pues para exigir, es necesario que se haya otorgado las correspondientes condiciones para tal exigencia. Se trata, entonces, de las discusiones de la responsabilidad del sujeto por su hecho, o la llamada culpabilidad o responsabilidad por el hecho. Ahora, también en este caso, un principio material como señalábamos requiere de su implementación, y también de un análisis en el solo nivel conceptual puede ser formalizado. Formalización que ha sucedido en el pensamiento puramente dogmático, que partió del dogma o presunción del llamado libre albedrío y que por tanto la intervención punitiva del Estado sobre el sujeto, tenía una fundamentación absoluta y no era cuestión de definición desde objetivo político-

criminales en un sistema democrático. Formalización que también se produce con la llamada prevención general positiva que a partir de la presunción de derecho que la pena integra sobre la base del reafianzamiento de la conciencia jurídica, reduce a la persona a un puro ente jurídico, y por tanto es inmanente a él su fidelidad o infidelidad al derecho. Luego ese es el fundamento absoluto de la intervención punitiva del Estado; pero más allá de estas cuestiones conceptuales es necesario considerar los aspectos propios a la implementación de este principio. En primer lugar, hay que señalar que nuestro sistema en su conjunto y en específico el sistema penal, establece fuertes estigmatizaciones por razones económicas, sociales, culturales y aún étnicas en ciertos casos, que restringen la autonomía ética de la persona frente al Estado, convirtiéndola más bien en un objeto de instrumentalización; con lo cual entonces, se desnaturaliza el principio de responsabilidad, pues se otorga al Estado un derecho sobre el sujeto, en razón de sus características económicas, sociales, culturales o étnicas. Es decir, de algún modo emerge la tendencia de un derecho penal de autor que aparece reafirmado por un predominio vulgar de la idea de peligrosidad del positivismo naturalista, que, como ya lo hizo en su oportunidad al enunciar su tesis, desde las personas que estaban en la cárcel predica tal rasgo de peligrosidad, precisamente respecto de los marginalizados por el sistema. Con lo cual, entonces, nuevamente se cae en un círculo vicioso diabólico. Es decir, quienes sufren una desigualdad de distribución de bienes, en razón de ese déficit social, son luego además caracterizados como esencialmente peligrosos, y por tanto se parte de una presunción de responsabilidad respecto de ellos en la praxis del sistema penal.

Por otra parte, el sistema penal y sus operadores tienden a no considerar las diferenciaciones existentes, al interior del sistema entre las personas, lo cual es básico para una real eficacia del principio de igualdad en relación a la dignidad de la persona y a su responsabilidad. Ciertamente, el sistema no puede exigir la misma responsabilidad a aquellos que se mueven en mundo de códigos diferentes a los homogéneos, como es el caso de los indígenas, de los niños, de

los enfermos mentales, etc. Es decir, la perspectiva político criminal del principio de responsabilidad o culpabilidad se convierte en un desafío, en la medida en que es necesario establecer las garantías necesarias con el objeto que el sistema y sus operadores den cuenta por una parte de qué han hecho para otorgar a esa persona las condiciones suficientes que le posibiliten la respuesta que se le está exigiendo, y por otra parte, de las circunstancias en que esta persona se encontraba, a pesar de esas condiciones suficientes otorgadas, permitan exigir dicha respuesta.

Es por eso que siempre responsabilidad es igual a exigibilidad, esto es, se trata de determinar y por tanto garantizar qué es lo que puede exigir el sistema y sus operadores de una persona, y ello no es una cuestión de fundamentación absoluta o puramente dogmática, sino una cuestión a resolver desde las bases mismas de los objetivos de un sistema democrático”.¹⁵

1.3. Fines y funciones del Derecho Penal desde la concepción de la dogmática jurídico penal

a) Fines:

Los fines del Derecho Penal, se encuentran relacionados con lo que establecen los principios y ellos, en su conjunto contribuyen a que exista no sólo una estricta legalidad, sino también a normar conductas prohibitivas que merezcan tal protección en el sentido que de su inobservancia son penalizados los ciudadanos. Los fines esenciales son:

- La protección de la sociedad a través de la protección de los bienes jurídicos esenciales, la prevención, es pues, el medio de tal protección.

¹⁵ Ob. Cit. pág. 23.

- La reducción de la violencia, por medio de la implementación de políticas del Estado que prevengan la delincuencia o criminalidad, así como que delimite a través de su ejercicio su intervención.

- Busca la concordia, correlación positiva entre las distintas normas en aras de preservar y respetar los principios, garantías y derechos del individuo, desde una concepción liberal y de la intervención del Estado en lo estrictamente necesario en materia penal, teniendo como último fin: la resocialización y/o rehabilitación del delincuente, con el objeto de reincorporarlo a la sociedad.

b) Funciones

Desde la anterior perspectiva, las funciones son las siguientes:

- **Función Social:** Llamada también configuradora de las costumbres. El hecho es de verificar si resulta legítimo que el Derecho Penal además de determinar el comportamiento externo de los ciudadanos, configure como realmente hace, su conciencia interna, produciendo fenómenos de adhesión y fidelidad. En base a esta función, el Derecho Penal debe cumplir una función educativa, de los ciudadanos, una función de fomento de los valores ético sociales de la acción, a través de una Política Criminal liberal.

- **Función simbólica:** Significa que en las normas penales, con sus conminaciones abstractas se dan aspectos simbólicos. En la actualidad existe una legislación simbólica, si se parte del criterio de que la norma vigente cumple una función de no educación de los procesos de despenalización o incluso de la mera no tipificación, es decir, la función simbólica de algunos preceptos obstaculizaría la función instrumental general del Derecho Penal, y esa función simbólica hasta cierto punto puede convertirse en ilegítima, pues tiene estrecha relación con lo que comúnmente se denomina, norma vigente pero no positiva con el agravante de que contiene preceptos dotados de

ideales, o irrealidades que definitivamente deben desterrarse del ordenamiento jurídico y que pudieran responder a legislaciones comparadas de países con diferente cultura a la de los guatemaltecos.

- Función de satisfacción de las necesidades de psicología social: Se concretiza cuando existe el castigo o sanción penal. No puede responder a las tendencias irracionales, subconscientes de la sociedad, sino que desde la perspectiva de una teoría legitimadora de la intervención penal, el estudio de las connotaciones psicosociales del castigo deberán tener como finalidad, más que un sometimiento a tales tendencias profundas, una crítica a las mismas, cuya consecuencia habría de ser racionalizada en cuanto a la intervención punitiva del Estado.

- Funciones de represión y de prevención general negativa: La de represión tiene la tendencia de ser restrictiva de los derechos, en muchos casos derechos fundamentales, y a todas luces, incongruente con los fines del ordenamiento jurídico penal que permite entre otras cosas, el respeto a las normas supremas que interpreten los Derechos Humanos y las garantías individuales y sociales esenciales. La función de prevención General negativa se refiere a los efectos inmediatos, a la función represiva y por lo tanto, se encuentra sometida a las mismas limitaciones que se tienen para la función de represión. Estas funciones tienen lugar sobre el individuo en concreto, cuando este ya ha delinquido. En este sentido juega un papel importante algunos de los fines del Derecho Penal o la Ciencia Penal moderna y garantísta en cuanto a la rehabilitación y resocialización del delincuente.

1.4 El derecho penal y la ley penal

Se ha escrito respecto a que la Ciencia Penal en la modernidad, tiene otras concepciones respecto al ejercicio del poder punitivo, es decir, que ya no pretende ser únicamente sancionador, sino que debe contener aspectos

relevantes que ayuden a la misma sociedad, es decir, a la reeducación, rehabilitación del delincuente, para devolverlo a la sociedad como una persona útil a la misma y a su familia y por lo tanto, a él mismo.

Dentro de la historia del Derecho Penal como ciencia, existen etapas bien accidentadas o marcadas, como por ejemplo, la etapa de la venganza privada, la venganza pública y la etapa contemporánea. En esta última, se ha escrito por estudiosos de esta Ciencia, la necesidad de reencausar al derecho penal y de establecer principios que constituyan una garantía para el ciudadano, para cualquier ciudadano que se encuentre sometido a un proceso penal y que no sea objeto de arbitrariedades estatales, por ese poder, por ese ejercicio penal que tiene a través de las normas y de las instituciones estatales.

“Derecho penal, ámbito del ordenamiento jurídico que se ocupa de la determinación de los delitos y faltas, de las penas que procede imponer a los delincuentes y de las medidas de seguridad establecidas por el Estado para la prevención de la delincuencia. La tipificación de las conductas como delictivas puede variar, en alguna medida, según los tiempos y los países, pero en todo caso se tutela a la persona y sus bienes (vida, integridad física, propiedad, honor), amparándose también a la comunidad de que se trate en su conjunto. Requisitos del derecho penal son la proporcionalidad entre el delito y la pena y el respeto al principio de legalidad, formulado según la tradición procedente del derecho romano mediante la sentencia: "nullum crimen, nulla poena sine previa lege" ("ningún crimen, ninguna pena sin ley previa"). Los delitos pueden calificarse como acciones u omisiones típicas, antijurídicas, culpables y punibles. También las omisiones pueden ser delictivas; por ejemplo en la omisión del deber de socorro. El delito responde a un tipo descrito en el Código Penal, cuerpo legal que, en la mayoría de los países, contiene la esencia y el grueso de las leyes penales. La antijuridicidad no se da ante supuestos de una causa de justificación —legítima defensa, estado de necesidad. Los actos delictivos han de ser voluntarios y fruto de negligencia o del propósito de conseguir el resultado

contemplado por la ley. Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores y otras muchas.”¹⁶

“Es el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el estado aplica a los delincuentes y las medidas preventivas y seguridad para prevenir dichos delitos”¹⁷.

Conforme el Diccionario “es el que establece y regula la represión y castigo de los crímenes o delitos por medio de la imposición de las penas”¹⁸.

El Derecho Penal “lo primero que ha de hacer, es fijar los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente y sobre esos principios variables en el tiempo y en el espacio, configurar específicamente los delitos y establecer la pena que a cada uno de ellos corresponde”¹⁹.

La Ley penal “constituye la ley una de las fuentes, tal vez, la principal del derecho. En sentido amplio, se entiende por ley toda norma jurídica reguladora de los actos y de las relaciones humanas, aplicable en determinado tiempo y lugar...”.

¹⁶ Biblioteca de consulta Encarta 2005. Fecha: 10-10-05.

¹⁷ www.org.Bibli.jurídica.com.htm. Fecha de consulta 11 de octubre de 2005.

¹⁸ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 345.

¹⁹ Ossorio, **Ob. Cit.**; pág.345.-

La Ley penal, es en consecuencia, aquella disposición por medio de la cual el Estado crea el derecho con características propias de las cuales se señala más adelante, y que también generan la creación de figuras delictivas y faltas, así como las sanciones correspondientes, por parte del Estado a través del Órgano correspondiente que es el Congreso de la República.

CAPÍTULO II

2. La responsabilidad penal conforme lo establece el Código Penal vigente

2.1. La responsabilidad penal

La responsabilidad puede ser interpretada como sinónimo de obligación, y el ser humano desde que nace, se hace acreedor de determinadas obligaciones, y principalmente cuando cumple la mayoría de edad. El problema de la responsabilidad se presenta en todos los órdenes de materias relativas a la actividad humana:

La generalidad de los autores coinciden en afirmar que estamos en presencia de responsabilidad "en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra", o, como dice Lalou, "responsable es aquel que está obligado a indemnizar".

Para el estudio de la responsabilidad criminal debemos fijarnos en dos aspectos:

a) El presupuesto de la responsabilidad criminal. Es el delito, grave o menos grave, o la falta cometida por uno o varios sujetos. Se trata de un presupuesto necesario. Para que sea tal el hecho punible, debe reunir los elementos esenciales que lo constituyen y que integran su misma definición: ser una acción típicamente antijurídica y culpable castigada por la Ley con una pena o medida de seguridad.

Estos elementos esenciales pueden quedar excluidos en virtud de ciertos hechos concurrentes con el que constituye la infracción. Tales hechos integran las causas de exención de la responsabilidad criminal. Atendiendo al elemento del delito al que afectan podemos clasificarlos en:

Causas excluyentes de la acción. Impiden la existencia misma de la

manifestación de voluntad, del hacer humano, en que la acción consiste. Se trata de supuestos de estados de somnolencia, inconsciencia, sopor o de violencia física ejercida sobre el sujeto, que en el anterior Código de 1973 integraba la eximente de fuerza irresistible que despojan a su obrar del libre albedrío necesario para poder entender producida la manifestación de voluntad antes referida;

Causas excluyentes de la antijuridicidad-tipicidad. Son las causas de justificación en sentido estricto. Afectan a ambos elementos del hecho punible por ser estos inseparables, si bien parte de la doctrina considera que el consentimiento del ofendido y la *exceptio veritatis* en los delitos de injurias y calumnias afectan sólo a la tipicidad. Con carácter general son en nuestro Derecho la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, el consentimiento del ofendido en los bienes jurídicos cuya tutela está condicionada por el interés de quien tiene un derecho de disposición sobre el mismo, habiendo quedado suprimida la obediencia debida del catálogo de la ley;

Causas excluyentes de la culpabilidad: La doctrina suele dividir las en dos:

a) Causas de inimputabilidad. Producen en el sujeto la incapacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y/o de determinar su obrar en tal sentido, falta, la capacidad para ser culpable. En concreto, son: La minoría de edad penal, doctrinariamente puede considerarse como falta de culpabilidad, aquellos que evidentemente no estaban en capacidad de conocer y valorar el deber de respetar la norma y La alteración o anomalía psíquica (lo que se conocía antiguamente por enajenación mental); el trastorno mental transitorio; el estado de intoxicación y las alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia que alteren gravemente la conciencia de la realidad.

b) Causas de inculpabilidad. Excluyen el dolo o la culpa de un sujeto con capacidad para ser culpable por la concurrencia de hechos que impiden predicar del mismo la acción típicamente antijurídica. Son: el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes de igual valor; el miedo Insuperable; el caso fortuito, deducido a sensu contrario, y el error invencible de tipo o de prohibición.

Causas excluyentes de la punibilidad. Son las excusas absolutorias propias más que excluir la responsabilidad criminal por falta de presupuesto priva a ésta, por razones de política criminal, de su contenido propio.

Asimismo, en el hecho punible pueden concurrir otros elementos accesorios al mismo que por afectar no esencialmente a los elementos constitutivos del hecho punible producen el efecto de agravar o atenuar la responsabilidad criminal. Son las circunstancias agravantes o las atenuantes del Código Penal de 1973, que se aplicará hasta la entrada en vigor de la L.O. 5/2000 del 12 de enero, en España, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Los efectos de estas circunstancias agravantes y atenuantes, que no se producen cuando, según la ley son inherentes expresa o tácitamente al tipo; se determinan en el Código Penal.

El contenido de la responsabilidad criminal. Se trata del segundo aspecto necesario para el estudio de la misma. Es, primariamente, la efectiva imposición de la pena o medida de seguridad que el ordenamiento penal establece para la concreta infracción cometida. Ello sólo puede hacerse a través del proceso penal que, por ello, reviste el carácter de necesario. Las penas en nuestro derecho vienen recogidas y reguladas en el capítulo I del título III del libro I del código penal, diferenciándolas de otras instituciones, y en el Título III del Libro I del Código Penal Militar. También se contienen disposiciones relativas a las penas.

c) La responsabilidad criminal, además lleva aparejada, si hay base para ello, responsabilidad civil. Ello puede producirse gracias al ámbito genérico y no específicamente penal de la antijuridicidad. Además, puede motivar la imposición de las consecuencias accesorias reguladas en el Código Penal.

En cuanto a las causas que determinan la extinción de la responsabilidad criminal, éstas vienen recogidas en el Código Penal. Tales causas son:

a) La muerte del reo. Consecuencia insoslayable del principio de personalidad de las penas y de la extinción de la personalidad del sujeto;

b) La prescripción del delito y de la pena impuesta por sentencia firme, con los plazos establecidos en el Código Penal.

c) El indulto

d) El perdón del ofendido cuando la Ley así lo prevea.

e) El cumplimiento de la condena.”²⁰

2.2 Los autores y los cómplices

2.2.1 Aspectos generales

Uno de los problemas más discutidos en la actualidad es la posibilidad de estudiar la distinción autor-partícipe a los delitos dolosos y culposos. Somos partidarios del criterio mayoritario doctrinalmente que considera que en los delitos imprudentes se puede argumentar una distinción entre autores y partícipes, como la que tiene lugar en los delitos dolosos a los que sería aplicable el concepto restrictivo de autor.

²⁰ Olivares, Gerardo Quintero. **Derecho penal español**. Parte General, pág. 224-

En este sentido, Mir Puig²¹ opina que el concepto restrictivo de autor parte de un concepto de realización del tipo más estricto que el de su mera causación: no todo causante del hecho realiza el tipo, y ello no se debe a razones que dependan del dolo del sujeto, sino al significado objetivo del verbo típico. Por ello, es autor aquel que le sea imputable objetivamente el hecho como suyo, como «perteneciente» a él, pues ambos requieren la realización del mismo tipo objetivo; lo único distinto ha de ser la presencia del dolo. En la medida en que sean posibles las actividades de inducción o de cooperación respecto a un hecho imprudente, dichos "causantes" sólo podrán ser penados como inductores o cooperadores. Consecuentemente, con el presupuesto de que el concepto restrictivo de autor asumido en el ámbito doloso tiene la misma validez en los presupuestos de imprudencia, regirá también en el delito imprudente el principio de accesoriadad de la participación, siendo las reglas de participación causas de extensión de la tipicidad. La posibilidad de negar la construcción de un concepto restrictivo de autor en el delito la posición que conduce a tratar a todos los intervinientes.

2.2.2 Concepto de participación, autoría y cómplice

Cabe señalar que existe diferenciación entre los conceptos de participación, autoría y cómplice. La legislación penal guatemalteca, regula el concepto unitario de autor, es decir, que contempla a todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del tipo como autores, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho, o sea, que tiene como base la unidad del delito, y conforme a ella, todos los que participan en el ilícito son penados técnicamente por el delito en cuya realización intervinieron. Sin embargo, esta situación es importante en cuanto a la aplicación de la pena, debiendo en la doctrina responder a las distintas posiciones dogmáticas con relación a la teoría de la

²¹ Quinteros Olivares. **Ob. Cit.** pág.229.

participación y atendiendo no sólo los fines y el sentido común de la pena, sino a los principios y garantías fundamentales.

El problema a consideración del autor, es el hecho de que esta concepción unitaria de autor también encierra interpretaciones extensivas de lo que en la ley penal se establece como cómplice, sin figuras como encubridores, inductores.

La autoría como la forma típica de participación, se encuentra regulada taxativamente en el Código Penal, y al respecto, el Artículo 36 indica: Son autores: a) Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito. b) Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo. c) Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer. d) Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación. De lo anterior, puede inferirse que el concepto de autor, no sólo abarca a quien realiza todos los elementos del tipo, sino a todo aquel que presta una colaboración importante en la realización del hecho delictivo.

2.2.3. Formas de autoría

2.2.3.1. Inmediata o directa: Es aquel que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho. Al respecto, el Código Penal, se refiere el Artículo 36 numeral primero que dice: "quiénes tomen parte directa en la ejecución...".

2.2.3.2. Autoría mediata o indirecta: Es aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza, puede decirse que es aquel que sirve de instrumento. Este criterio no puede ser otro que el del dominio del hecho al

considerar que esta claro que el autor mediato es quien domina la realización del delito.

2.2.4. Autor material: Es quien de manera directa y material realiza la conducta típica.

2.2.5. Coautor: Aquí intervienen dos o más sujetos en la comisión del delito. Es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. La coautoría es una especie de conspiración llevada a la práctica y se diferencia de esta figura precisamente en que el coautor interviene en la ejecución material del delito, lo que, por definición, no sucede en la conspiración. El dominio del hecho en este caso, lo tienen varias personas.

2.2.6. Autor intelectual: Es quien idea, dirige y planea el delito.

2.2.7. Autor mediato: Existe cuando un sujeto se vale de un inimputable para cometer el delito. El autor será el sujeto imputable, mientras que el medio o instrumento del que se valió para cometer el ilícito será el inimputable.

2.2.8. Diferencias entre autoría y participación: Desde el punto de vista dogmático, la distinción entre autoría y participación estriba en que el vocablo participación necesita de otra palabra para su conjugación, pues cuando se habla de participación, es menester establecer las distintas formas de participación, es decir, como autor, cómplice, encubridor, auxiliador, etc. En conclusión, la participación es accesoria y la autoría es principal y ello independientemente de la pena que merezca el partcipe o el autor en el caso concreto.

2.2.9 Complicidad: La producen las personas que de manera indirecta ayudan a otra a ejecutar un delito. La complicidad es la colaboración dolosa en un hecho determinado doloso, por actos anteriores o simultáneos a la realización.

El Artículo 37 del Código Penal, establece como cómplices a:

Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito;

Quienes prometiesen su ayuda o cooperación para después de cometido el delito;

Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito y;

Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito".

2.2.10. Encubridor: Guillermo Cabanellas define el encubrimiento así: "Acción o efecto de encubrir u ocultar. Para el Derecho Penal, participación en un delito, con conocimiento e intervención posteriores a la comisión del mismo, para ocultar a los autores, favorecer su fuga, impedir el descubrimiento de la infracción o aprovecharse de los efectos de la misma"²².

2.2.11. Instigación: Consiste en incitar a otra persona a cometer el delito.

2.3. Naturaleza jurídica

Existen algunas teorías que han pretendido delimitar la participación de la autoría, entre las cuales se puede citar:

i. Teoría objetivo formal: según la cual es autor quien realiza algún acto ejecutivo del delito, es insuficiente para fundamentar la autoría mediata y algunos supuestos de realización del delito sirviéndose de un aparato de poder;

²² Diccionario de derecho usual, pág. 224-

ii. Teoría subjetiva: se basa en el ánimo concreto que el interviniente en el delito tenga. Si actúa con ánimo de autor, ser autor cualquiera que sea su contribución material al delito, si actúa con ánimo de partícipe, ser siempre partícipe. El criterio objetivo material puede ser el del dominio final del acto, desarrollado con la teoría final de la acción, y la doctrina alemana, que dice que es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el ánimo de su realización. Este concepto, con ser ambiguo es el más apto para delimitar quien es autor y quien es partícipe, porque por más que resulte difícil precisar en cada caso quien domina realmente el acontecimiento delictivo, esta claro que sólo quien tenga la última palabra y decide si el delito se comete o no, debe ser considerado como autor;

iii. Teoría de la Causalidad: Trata de resolver la naturaleza de la participación, de acuerdo con la causalidad. Quienes coadyuvan con su unión a causar el resultado son coautores, partícipes o codelincuentes;

iv. Teoría de la Accesoriedad: El autor quien realiza el acto delictivo o conducta típica; así, hay una conducta principal y otras accesorias que corresponden a los partícipes;

v. Teoría de la Autonomía: Afirma que cada sujeto realiza una conducta autónoma, por lo cual se producen varios delitos. Respecto de sus conductas, existe autonomía;

vi. Teoría más adecuada es la de la Causalidad: Siempre que se haga un análisis profundo de cada elemento del delito, considerando los objetivos y los subjetivos. En cualquier caso, cada partícipe debe responder por el daño causado.

En el derecho comparado se distingue de la siguiente manera:

“Las diferencias entre ambos aspectos no solo son de conceptualización de su conducta, sino mucho más profundas: el autor realiza un tipo de delito descrito en la ley expresamente, y el partícipe, no; podría haber autor sin partícipe pero no partícipe sin autor. Las diferencias punitivas entre unos y otros tipos requieren sumo cuidado en la configuración de un concepto que no está formalmente definido por la ley, como es el de autor.

Autoría mediata, autoría accesoria y coautoría:

Autoría única o inmediata: El autor inmediato es aquel que realiza la ejecución del tipo por sí mismo, de modo que es su propia conducta física la que cumple el correspondiente tipo legal. Es la modalidad de autoría más sencilla. La objeción que se presenta es que en los hechos donde no se diferencia bien los actos que forman parte, o no, del hecho, no se diferencia al autor del partícipe.

Autoría conjunta o coautoría: Se da cuando el hecho típico lo realizan varios sujetos conjuntamente y se caracteriza por:

- a) Tiene que haber dos o más sujetos;
- b) Puede haber intermediarios;
- c) Cada persona realizará parte de los actos ejecutivos y entre todos se completa el hecho;
- d) Los sujetos responden por la totalidad del hecho y no por la parte que ha realizado;
- e) Tiene que haber un acuerdo tácito o expreso entre ellos (acuerdo mutuo o recíproco) que es lo que fundamenta el hecho de que a todos se les castigue por la totalidad del hecho aunque sólo han realizado una parte.

El problema en este tipo de autoría surge cuando no aparece claro el hecho de que un propósito haya realizado actos ejecutivos (ej: una persona que agarra a otra para que un tercero practique el coito con ella. Para Basigalupo, esto si sería un acto ejecutivo y por tanto el que agarra es coautor). Para solucionar este problema de determinación la doctrina española ha optado por seguir la del Acuerdo Previo, que señala cuando exista acuerdo previo se puede considerar que existe una participación como ejecutor en el mismo. A esta se le puede criticar el hecho de que la coejecución implica tomar parte material, y por eso, no puede bastar un mero concurso de voluntades sino que se requiere una intervención objetiva, aunque parcial en la realización del tipo.

Autoría accesoria: se da cuando un conjunto de personas que realizan parte de los actos ejecutivos de un Hecho típico, pero al no haber acuerdo previo, cada propósito responde por la parte del hecho que ha realizado.

Autoría mediata: Se trata de una forma de autoría principal. Es autor mediato de un delito quien realiza el correspondiente tipo legal utilizando como instrumento a otra persona que actúa inconsciente de la trascendencia penal de lo que hace. El problema aparece cuando se quiere señalar en que casos se instrumentaliza, o no, a un propósito. Cuando alguien ha eliminado totalmente la voluntad, el cual actúa como si fuera una cosa, no estaríamos ante una autoría mediata, sino inmediata. Y se considere autoría mediata a la mera persuasión, estaríamos ante un caso de inducción. Se puede instrumentalizar a una persona a través de engaño, violencia, miedo, pero sin llegar a convertir en instrumento en una cosa. Según Basigalupo, ²³“el instrumento realiza actos ejecutivos del otro, pero el otro ya ha empezado a realizar actos ejecutivos con la propia instrumentalización. No tiene que haber acuerdo previo entre éstos sería coautoría”.

²³ Quinteros Olivares. **Ob. Cit.** pág.256.

El instrumento, para que se le considere como tal, debe realizar comportamientos típicos o atípicos, pero justificado.

La autoría en los delitos cometidos por medios o soportes de difusión mecánicos:

Los principios de accesoriedad y de unidad de título de imputación.
Participación en delitos especiales:

El comportamiento del partícipe se diferencia del autor en que el autor debe realizar el hecho, y sin embargo, el partícipe debe o inducir a otro para que realice el hecho típico o ayudar a otro a realizarlo de forma imprescindible o prescindible. No cabe participación en la inducción o en la preparación de los actos preejecutivos, sólo se relaciona con los actos ejecutivos.

Uno de los principios que rigen la punibilidad del partícipe es el principio de unidad de título de imputación, del que se deduce que la pena del partícipe no es autónoma ya que depende de la pena del autor del hecho.

Pero el principio informador más importante es el principio de accesoriedad que designa la dependencia que la conducta del partícipe tiene respecto de la conducta del autor.

Tipos de accesoriedad:

- Máxima: donde la participación sólo es punible si el autor obró típica, antijurídica y culpablemente, es decir, con responsabilidad penal plena salvo de una excusa absolutoria. Pero, esta concepción es considerada excesiva por la mayor parte de la doctrina para que el hecho de que en el autor concorra una causa de exclusión personal, no tiene por que excluir la pena del partícipe que ha participado en un hecho típico y no justificado y en él no concurre ninguna causa absolutoria.

- Mínima: según la cual es punible simplemente con que el autor principal haya actuado típicamente; se sostiene la punibilidad incluso si la conducta del autor está amparada por una causa de justificación. Tal consecuencia no es admisible porque no parece adecuado derivar punición para quien ha colaborado en un acto de naturaleza justificado (por Ej. es injusta castigar a la persona que le da un arma a otro para que se defienda)

- Media: es la fórmula más aceptada por la doctrina española. Para este tipo de accesoriadad, para que la participación sea punible es preciso que el autor haya obrado típica y antijurídicamente. La eventual concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad no afecta en nada a la punición de aquellos en quienes dicha causa no concurra.

Volviendo al principio de unidad del título de imputación, podemos decir que se sostiene para resolver determinados problemas que surgen por ejemplo en los casos de delitos impropios como el parricidio o la malversación, ya que si el partícipe no es familiar o funcionario, se le debería castigar por homicidio o hurto; pero parece que lo más lógico es castigar a autor y partícipe por igual en base a la pena del autor”.²⁴

²⁴ www.rincondelvago.com/conceptospenales.htm.

CAPÍTULO III

3. Análisis del Artículo 36 numeral cuatro del Código Penal y sus repercusiones inconstitucionales

3.1. La teoría del delito

Previo a establecer un análisis jurídico y doctrinario, además de lo que sucede en la realidad con lo contenido en el Artículo 36 numeral cuatro del Código Penal, se hace necesario brevemente analizar lo relativo a la teoría del Delito y elemento de acción u omisión de carácter positivo.

3.1.1. La acción

Acción significa movimiento, hacer, actuar, sin embargo, también jurídicamente puede interpretarse dolosamente una falta de acción, es decir, no actuar, no ejercitar ningún movimiento. Respecto a la omisión, ésta consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley, el delito se da cuando se observa el resultado causado por la inobservancia de un precepto obligatorio. A su vez la omisión se divide en simple y omisión por comisión. En cuanto a la omisión simple, consiste en no hacer lo que la ley prohíbe, sin que se produzca un resultado material si no formal. En cuanto a la omisión por comisión, consiste en no hacer una actividad pero que tiene como resultado un daño o una afectación al bien jurídico.

.En la teoría del delito, entonces, se trata de justificar por medio de dos teorías, y estas son:

- Teoría causalista
- Teoría finalista de la acción.

La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por si o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o personas.

Respecto a la voluntad, es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención. La actividad consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a producir el ilícito.

En cuanto al resultado, es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal. El nexo de causalidad, es el ligamento o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse la causa. Distinguirá el sujeto activo de la conducta que constituye el delito, persona humana, calidad y número de persona jurídica colectiva.

Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. En razón a esto, el Código Penal clasifica los delitos en orden al objeto jurídico (bien jurídico tutelado). Cada título del Código Penal agrupa a los delitos, atendiendo el bien jurídico tutelado. Por ello, hay que diferenciar los delitos atendiendo a las manifestaciones de la voluntad, por los resultados, por el daño que causan.

Según la forma de la conducta del agente o según la manifestación de la voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión. Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Eusebio Gómez²⁵ afirma que son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto. En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Para Eusebio Gómez, en los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia de parte del sujeto de un precepto obligatorio. Los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva. Los delitos de

²⁵ *Ibid.* pág.244.

omisión se dividen en: Simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia. Los de simple omisión o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma.

Los delitos de comisión por omisión o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calón,²⁶ consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, formula que se concreta en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal. Mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringen una dispositiva y una prohibitiva. Por los resultados se clasifican en formales o delitos de simple actividad o acción y materiales, o delitos de resultado o de resultado material.

Los delitos formales o de simple actividad o acción son aquellos en los que se agota el tipo penal en movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida, y la posesión ilícita de enervantes.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del

²⁶ *Ibid.* pág. 244.

objeto material (homicidio, daño en propiedad ajena). Por la lesión que causan con relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y peligro.

Los de daño, consumados causan un daño directo y efectivo en interés jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude, etc. Los de peligro no causan un daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño. Diferenciar los delitos en cuanto a su duración en instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Por su duración los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes. Instantáneo: La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El carácter de instantáneo –según Soler-²⁷ no se lo dan a un delito los efectos que él causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria, puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos.

Para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como el homicidio y el robo. Por la forma de la persecución del delito, conviene diferenciarlos: A) De oficio: Se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito. La autoridad deberá proceder contra el presunto responsable en cuanto se entere de la comisión del delito, de manera que no solo el ofendido puede denunciar la comisión del delito.

²⁷ Quinteros Olivares. **Ob. Cit.** pág.245.

La mayor parte de los delitos, se persiguen de oficio, en cuyo caso, no procede el perdón del ofendido. B) De querrela necesaria: Este solo puede perseguirse a petición de parte, o sea, por medio de querrela del pasivo o de sus legítimos representantes. Los delitos que se persiguen por querrela de parte, el propio precepto legal lo indica, ya sea en el mismo artículo u otro. Los de oficio no tienen señalamiento y al ser omisa esa percepción, se entiende que son perseguibles de oficio.

En la comisión de un delito, existen calidades que se observan en cuanto a quienes intervienen fundamentalmente, como el sujeto activo y el sujeto pasivo. El sujeto activo: es únicamente el hombre que se encuentra provisto de capacidad y voluntad por la que con su acción u omisión infrinja el ordenamiento jurídico penal. Siendo el autor material del delito o bien cuando participa en su comisión contribuyendo a su ejecución, en forma intelectual al proponer o instigar o auxiliando al autor con anterioridad a su realización o después de su consumación. El sujeto Pasivo es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro a causa del delito. Como la ley tutela bienes no solo personales sino también colectivos, pueden ser la persona física y la persona moral o Jurídica, sobre quien puede recaer igualmente la conducta delictiva lesionando bienes jurídicos.

De lo anterior se desprende que, la acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por sí o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o personas. Respecto a la omisión, ésta consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley, el delito se da cuando se observa el resultado causado por la inobservancia de un precepto obligatorio.

3.2 Análisis del Artículo 36 numeral cuatro del Código Penal

La conducta humana es un elemento del delito y que ésta es la sancionable. Dentro del ámbito jurídico penal se definirá la conducta humana, como el comportamiento humano voluntario, positivo, y primer elemento para que exista el delito. A veces un acto o conducta involuntaria puede tener en el derecho penal, responsabilidad culposa. Dentro de la concepción finalista, se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad.

La acción es un acto humano determinante de una modificación del mundo exterior tenida en cuenta por el legislador para describirla y sancionarla con una pena y debe cumplir ciertas condiciones. Primero, que sea producto de la voluntad humana, sin que, todavía haya de atenderse al contenido de esa voluntad. Lo importante para la teoría de la acción se trate de un acto, cualquiera que sea su contenido, originado en el libre albedrío del sujeto, una manifestación de su voluntad conciente y espontánea, para que se de, basta que el sujeto quiera su propio obrar.

Se excluye del delito cuando se ejerce sobre el sujeto activo directo y aparenta una violencia insoportable o este se encuentra inmerso en la inconciencia o el completo sopor. Además la manifestación de voluntad debe exteriorizarse, ya sean actos positivos o negativos, si no es irrelevante para el Derecho Penal. En consecuencia, el concepto de acción es predicable tanto para los delitos formales como de los materiales.

En segundo término, la acción ha de producir un resultado en el mundo exterior, ya que lo que no trasciende puede entrar en el ámbito de la ética, pero nunca en el del derecho. No obstante, el resultado no tiene por que conducir siempre a una mutación material para que la acción se dé. En tercer lugar, ha de

existir una relación de causalidad entre esa manifestación de la voluntad del sujeto y el resultado. La caracterización de este elemento ha dado lugar a diversas concepciones de la acción (Teorías causalistas, noción finalista, doctrina social de la acción).

Esa conducta o acción humana o incluso, la inacción, tiene una consecuencia. El resultado debe tener como causa un hacer de la gente, una conducta positiva. Es el nexo que existe entre un elemento de hecho (conducta y una consecuencia de la misma conducta: resultado.

El Artículo 36 indica: “Son autores: primero: Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito: segundo: Quienes fuerzan o induzcan directamente a otro a ejecutarlo: tercero: Quienes cooperen en la realización del delito ya sea en su preparación o en su ejecución, con el acto sin el cual no se hubiere podido cometer; cuarto: Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación”.

Para su análisis, se divide en fases.

3.2.1. El acto voluntario, corporal externo, el acto previsto en la ley como delito

Como se ha dicho, lo que el legislador sanciona es la conducta prohibitiva, o bien el acto, y este acto debe ser propio. Por ello, se dice que el Derecho Penal de conformidad con la dogmática jurídico penal, debe tener un Derecho Penal de acto y no de autor.

Este acto debe ser voluntario, corporal externo, porque de lo contrario, podría encontrarse en cualquiera de las causas de justificación, de inculpabilidad e incluso de inimputabilidad.

Dentro de éstos conceptos, también cabe señalar, y puntualizar que el Código Penal guatemalteco, en el tema de autor, tiene un concepto unitario, porque dice que todas las personas que intervienen en la realización de un hecho delictivo, sin importar su contribución material y con la independencia de la importancia de dicha colaboración, en el marco de la totalidad del hecho, son catalogados como autores y así de esa misma manera es sancionable.

Esta circunstancia ha sido estudiada por doctrinarios y tratadistas en el tema, y ha sido cuestionada la situación de las teorías diferenciadoras que pretenden encontrar elementos que permitan hacer una distinción, y de tal suerte, que en la doctrina también se conceptualiza como parte de quienes ejecutan los actos materiales del delito, como los partícipes. Si se introduce en la ley conceptos como partícipes, se tendría que establecer el grado de participación en el delito o hecho delictivo, o bien en la realización de la figura tipo, para que de esa manera se sancione penalmente.

Dentro de esas teorías diferenciadoras conviene señalar la del dominio del hecho y esta es iniciada por "Welzel para posteriormente ser desarrollada en su forma actual por Claus Roxin. Esta teoría podría decirse que es, hoy, la doctrina más destacada.

Su punto de partida es el concepto restrictivo de autor con su vinculación al tipo legal. De esta forma, la autoría no se puede basar en cualquier contribución a la causación del resultado, sino sólo por principio, en la realización de una acción típica. Sin embargo, la acción típica no se entiende únicamente como una actuación con determinada actitud personal, ni como mero acaecer en el mundo exterior, sino como una unidad de sentido objetivo subjetiva. El hecho aparece así como la obra de una voluntad que dirige el suceso. En consecuencia, no sólo es determinante para la autoría, la voluntad de dirección, sino también el peso objetivo de la parte del hecho asumido por cada

interviniente”.²⁸

3.2.2. La inacción o conducta del obrar pasivo

Por otro lado, la ley penal también sanciona la inacción o la falta de conducta, es el obrar pasivo. Este tema sería otra interrogante en el cuestionamiento anterior, porque cabría establecer desde que punto de vista tomando en cuenta el principio de legalidad, pueda sancionársele a una persona por su inacción, como ya se dijo, puede citarse el ejemplo de los delitos de exposición de personas al peligro, y otros.

Para establecer las diferencias entre los delitos de acción y omisión, nos permitimos ilustrarlo con el siguiente cuadro:

²⁸ Cerezo Mir J. **Derecho penal**. pág. 137.

CUADRO COMPARATIVO
DIFERENCIAS ENTRE LOS DELITOS DE ACCIÓN Y OMISIÓN

Responsabilidad Penal	Por Acción	Por Omisión Simple	Por Comisión Por omisión
Descripción Típica	Realizar Una Acción	No realizar una Acción	No se describe en el tipo
Clase de norma	Norma de prohibición	Norma de Mandato	Prohibitiva pero con obligación de actuar
Contenido Imperativo	No hacer	Hacer	Impedir un resultado injusto
Efecto De la norma	No alterar la situación Existente	Imponer un obrar para lograr cambio	obrar para proteger situación Existente
Finalidad Social	Proteger Bienes Jurídicos	Exigir deberes impuestos	Hacer efectiva la protección de bienes Jurídicos
Sujeto Activo	Cualquiera de los que el tipo l Indique	Cualquiera de os que el tipo indique	Sólo el que está en posición de garante

3.3. La relación de causalidad

a) Rasgos generales de las teorías sobre la acción

Con la realización de las teorías de la causalidad, se refiere a la equivalencia de las condiciones. Se conoce como teoría de la *conditio sine qua non*, la cual señala que todas las condiciones (conductas) productoras del resultado son equivalentes y, por tanto, causa de éste. Última condición. También se le llama de la causa próxima o inmediata, considera que de todas las causas, la más cercana al resultado es la que lo origina. De la condición más eficaz, que es la teoría, la causa del resultado será la que tenga eficacia preponderante.

En el caso de la teoría de la adecuación también llamada de la causalidad adecuada, consiste en afirmar que la causa del resultado será la más adecuada o idónea para producirlo. En el caso de la acción o conducta humana, o bien la inacción o falta de conducta, se suscita la comisión de los supuestos figurados en la norma. Habrá ausencia de conducta en los casos siguientes: *vis absoluta*: consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

b) *Iter criminis*

Al *iter criminis* se le denomina como la vida del delito. En su definición permite, establecer el grado de participación o coparticipación del sujeto activo en un hecho delictivo. Es la participación de dos o más sujetos en la ejecución de un delito,

Sin que lo exija la norma; por ejemplo, el homicidio o robo cometido por dos o más sujetos activos.

En el iter criminis se evidencia el desarrollo del delito. El Delito tiene un desarrollo, generalmente, cuando se produce ha pasado por diversas fases o etapas, cuya importancia radica en la Punibilidad, que podrá variar o, en definitiva, no existir. Dicho desarrollo, camino o vida del delito se conoce como. Iter criminis.

Antes de producirse el resultado, en el sujeto activo surge la idea o concepción del delito. Se ha puntualizado que la ley castiga la intención sólo cuando se exterioriza de forma objetiva en el mundo externo. Sin embargo no es necesario conocer ese recorrido del delito, aun esa fase interna, para comprenderlo mejor.

Concretamente el iter criminis consta de dos fases que son: Interna y Externa. En la fase interna, se constituye por el proceso interior que ocurre en la mente del sujeto activo y abarca, a su vez, las etapas siguientes: ideación, deliberación y resolución. Ideación: Es el origen de la idea criminal, o sea cuando la concepción intelectual de cometer el delito surge por primera vez en la mente del delincuente. Deliberación: La idea surgida se rechaza o se acepta. El sujeto piensa en ella, de modo que concibe las situaciones favorables y desfavorables. Así, en el interior del sujeto, surge una pugna entre valores distintos. Resolución: El sujeto decide cometer el delito, o sea, afirma su propósito de delinquir, o bien rechaza la idea definitivamente.

La fase interna tiene más importancia para la criminología que para el derecho penal, el cual no sanciona esta fase.

Fase externa: Surge al terminar la resolución y consta de tres etapas: Manifestación, Preparación y Ejecución.

Manifestación: La idea aparece en el exterior, es decir, la idea criminal

emerge del interior del individuo. Esta fase no tiene todavía trascendencia jurídica, ya que solo se manifiesta la voluntad de delinquir, pero mientras no se cometa el ilícito, no se puede castigar al sujeto. Preparación: Se forma por los actos que realiza el sujeto con el propósito directo de cometer el delito, es decir, actos preparatorios que por si solos pueden no ser antijurídicos y, en consecuencia, no revelaran la intención delictuosa, a menos que por si solos constituyan delitos. Ejecución: Consiste en la realización de los actos materiales tendientes a ejecutar el delito, de modo que este no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente. Puede ocurrir mediante actos positivos (hacer) o negativos (abstenciones u omisiones).

La tentativa es un grado de ejecución que queda incompleta por causas no propias del agente y, puesto que denota la intención delictuosa, se castiga. Es cuando, usando medios eficaces e idóneos, se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere.

No todos los delitos admiten la posibilidad de que se presente la tentativa, como por ejemplo, el abandono de personas.

En la doctrina relacionada con la legislación mexicana, se distingue la teoría del delito de la siguiente manera:

“Señala los siguientes objetivos:

- a) Teorías causalista y finalista de la acción.

La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por si o por medio de instrumentos, animales mecanismos o

personas.

Voluntad: Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención.

Actividad: Consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a producir el ilícito.

Resultado: Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

Nexo de causalidad: Es el ligamento o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse la causa.

b) Distinguirá el sujeto activo de la conducta que constituye el delito, persona humana, calidad y número de persona jurídica colectiva. Derecho Positivo.

Sujeto activo es la persona física que comete el Delito, llamado también; delincuente, agente o criminal.

Será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, (La minoría de edad da lugar a la inimputabilidad), nacionalidad y otras características.

Cada tipo (descripción legal de un delito) señala las calidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo.

c) Explicará cuál es el sujeto pasivo del delito, persona humana, calidad y número, persona jurídica colectiva. Derecho Positivo

Sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Se le llama también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, (patrimoniales y contra la nación). Estrictamente el ofendido es quien de manera indirecta recibe el delito: Ej. Los familiares del occiso.

En principio cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en que circunstancias: como el aborto, solo el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez puede ser sujeto pasivo.

Sujeto pasivo de la conducta es la persona que de manera directa recibe la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado.

Sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

d) Diferenciar entre objeto material y objeto jurídico del delito.

Objeto material es persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se coloca a dicha persona o cosa.

Cuando se trata de una persona, esta se identifica con el sujeto pasivo y el objeto material, por tanto, la persona puede ser física o jurídica.: por Ej. el homicidio, lesiones y difamación.

En estos delitos, el objeto material, que es la persona afectada, coincide con el sujeto pasivo del delito.

Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada. Así, según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, aguas, etc. Por Ej. En el robo, la cosa mueble ajena es el objeto material; en el despojo lo son el inmueble, las aguas o los derechos reales; y en el daño a propiedad ajena lo son los muebles o los inmuebles, indistintamente.

El objeto jurídico del delito es el interés jurídicamente tutelado por la ley.

El derecho penal, en cada figura típica (delito), tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos.

Al derecho le interesa tutelar la vida de las personas; así, el legislador crea los delitos de homicidio, aborto y participación en el suicidio, homicidios en razón del parentesco o relación con lo cual pretende proteger la vida humana.

Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. En razón a esto, el Código Penal, clasifica los delitos en orden al objeto jurídico (bien jurídico tutelado). Cada título del Código Penal agrupa a los delitos, atendiendo el bien jurídico tutelado.

e) Diferenciar los delitos atendiendo a las manifestaciones de la voluntad, por los resultados, por el daño que causan.

Según la forma de la conducta del agente o según la manifestación de la voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión.

Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Eusebio Gómez²⁹ afirma que son aquellos en los

²⁹ Cerezo Mir J. *Derecho penal*. pág.234.

cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto.

En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Para Eusebio Gómez,³⁰ en los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia de parte del sujeto de un precepto obligatorio. Los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

Los delitos de omisión se dividen en: Simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los de simple omisión o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma. Ej.: Auxiliar a las autoridades para la averiguación de delitos y persecuciones de los delincuentes.

Los delitos de comisión por omisión o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material.

Para Cuello Calón³¹, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, formula que se concreta en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer.

Ej.: La madre que, con deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién

³⁰ *Ibid.* pág. 235.

³¹ Cerezo Mir, J. Ob. Cit. ; pág. 140.

nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal. La madre no ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido. (Artículo 297 del Código Procesal Penal).

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal. Mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringen una dispositiva y una prohibitiva.

Por los resultados se clasifican en formales o delitos de simple actividad o acción y materiales, o delitos de resultado o de resultado material.

Los delitos formales o de simple actividad o acción son aquellos en los que se agota el tipo penal en movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión) en si misma. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida, y la posesión ilícita de enervantes.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material (homicidio, daño en propiedad ajena).

Por la lesión que causan con relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y peligro.

Los de daño, consumados causan un daño directo y efectivo en interés jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude, etc.

Los de peligro no causan un daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

f) Diferenciar los delitos en cuanto a su duración en instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Por su duración los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Instantáneo: La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El carácter de instantáneo –Soler- no se lo dan a un delito los efectos que el causa sino la naturaleza de la acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria, puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos.

Para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como el homicidio y el robo.

Por la forma de la persecución del delito, diferenciarlos.

De oficio: Se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito. La autoridad deberá proceder contra el presunto responsable en cuanto se entere de la comisión del delito, de manera que no sólo el ofendido puede denunciar la comisión del delito.

La mayor parte de los delitos, se persiguen de oficio, en cuyo caso, no procede el perdón del ofendido.

De querrela necesaria: Este solo puede perseguirse a petición de parte, o sea, por medio de querrela del pasivo o de sus legítimos representantes.

Los delitos que se persiguen por querrela de parte, el propio precepto legal lo indica, ya sea en el mismo artículo u otro. Los de oficio no tienen señalamiento y al ser omisa esa percepción, se entiende que son perseguibles de oficio.”

3.4 Por que el numeral cuatro del Artículo 36 del código penal es inconstitucional

a) El pensamiento no delinque

Se ha dicho en las teorías criminales que todas las personas llevan en potencia un criminal dentro de su ser. Esto pudiera ser que del todo goce de credibilidad. Esto se dice, porque existen muchos casos en que las personas no esperan cometer determinado delito y sin embargo lo hacen, debido a las circunstancias en que se ven envueltos.

Cuando se dice que el pensamiento no delinque, es por el hecho de que se juzgan acciones tipificadamente reguladas en la ley, como por ejemplo, en los delitos que atentan contra la vida, en el supuesto de que quien matare, esto se refiere a una conducta, a una acción antijurídica. Pero esto no es suficiente, toda vez, que tomando de base los conceptos de la teoría del delito, no solamente debe encuadrarse esa conducta en la ley, sino que debe ser antijurídica, culpable, punible, porque pese a que se hubiere realizado una conducta, por ejemplo, matar, el sujeto activo del delito, tendría quien juzga, que descartar las causas de justificación, de inimputabilidad o de inculpabilidad, es

por ello, que se ha traducido en una escalera de gradas, los elementos del delito, los cuales deben ir conformándose uno en pos del otro, sin que cuando no se suscite uno de éstos no puede conformarse la comisión de un delito y mucho menos determinar la responsabilidad penal del inculgado.

b) El sólo hecho de estar presente en un lugar no es punible

El numeral cuarto del Artículo 36 del Código Penal establece que quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación". En este caso, se considera que en el primer supuesto, es decir; quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, pudiera estimarse que se refiere a un pensamiento, lo cual no puede ser corroborado, probado a través de ningún medio de investigación, más que en la confesión, sin embargo, en el proceso penal guatemalteco, la confesión se toma como una defensa material y no en perjuicio del procesado.

En el segundo supuesto, es el hecho de que se encuentren presentes en el lugar del hecho, lo cual también, a juicio de quien escribe no puede ser penalizado es decir, no puede responsabilizarse a una persona que se encuentre en el lugar de los hechos, precisamente presente, y que por eso sea conducida. Puede citarse el ejemplo, de que cuando una persona quiera agredir a otra en un ascensor, y se encuentra presente otra persona y cuando abren el ascensor, llaman a la Policía Nacional y son conducidas a la Estación de Policía todas las personas, incluso la persona que no tiene nada que ver en el asunto y que únicamente se encontraba presente en el lugar del hecho.

Situaciones similares pueden ocasionarse que hagan presumir que el solo hecho de encontrarse presente en el lugar del crimen, no es suficiente para determinar la responsabilidad penal de la persona, es decir, que siendo que el derecho penal es un derecho penal del acto y no de autor, en donde se sanciona

efectivamente bienes jurídicos tutelados por el Estado y no precisamente al ser humano, no puede ser posible que se incurra en errores de tal naturaleza en el juzgamiento de una persona, solamente porque se presume (porque no puede probarse) que concertó con otros u otro para la ejecución de un delito y además, que en el momento de la consumación se encuentre presente.

c) Incongruencia con normas constitucionales y principios y postulados penales y procesales penales

La Constitución Política de la República de Guatemala, se perfila como un conjunto de normas supremas que deben ser cumplidas por la sociedad, y especialmente establece como deberes del Estado, brindar seguridad, justicia, y un desarrollo integral de la persona humana.

Aparte de ello, dentro de los derechos individuales en materia penal, establece una serie de derechos al procesado es decir, a cualquier persona que se encuentre sometida a un proceso penal y que ello pretende equiparar a través de la intervención de la defensa técnica, (Instituto Público de la Defensa Penal), la desigualdad que pudiera existir entre el Estado y el ciudadano, y el primero en ejercicio del poder punitivo.

El Derecho Penal entonces, dentro del sector justicia es uno de los deberes complejos y difíciles para el Estado y el Organismo Judicial, porque los jueces tienen el deber de juzgar y promover lo juzgado, ello, radica en que debe prevalecer el principio de libertad y en general toda una serie de garantías constitucionales, que no solamente se regulan en la Constitución sino en una serie de instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos en donde el Estado de Guatemala ha sido parte, desde los años de 1948.

Es por ello, que en materia penal, el Estado debe ser cauteloso en garantizarle al ciudadano una debida defensa, presumir su inocencia y que sea

un ente distinto a la de juzgar, el de investigar, de manera objetiva, como debe ser el Ministerio Público.

Tomando en consideración que lo que esta en juego es la libertad de las personas, vale la pena determinar una serie de garantías en el procedimiento a partir de que una persona es aprehendida, para que se le pruebe que es culpable, basándose en una serie de circunstancias que el mismo Código Procesal Penal regula.

Considerando los anteriores conceptos, es que se estima que el derecho penal debe ser de acto, es decir, sancionar aquellas conductas que efectivamente lesionen un bien jurídico tutelado por el Estado, y que ese bien jurídico tutelado goce de una verdadera legitimidad ante la sociedad, como por ejemplo, la vida, la libertad. En el juzgamiento y determinación de la responsabilidad penal del imputado, entonces, debe considerarse, el acto que realizó cada uno de los intervinientes en la configuración del tipo, es decir; que la sanción debe ser en la medida de la intervención que tuvo cada quién, si se tratare de varios los sujetos activos del delito. Esto no es posible, porque como se ha establecido, el Código Penal, estatuye la teoría unitaria de autor, que a todos los que participen, tomen parte, fuerzan o induzcan a la comisión del delito, quienes estén presentes, quienes cooperen, son considerados autores, lo cual constituye una violación de principios y garantías legales.

CAPÍTULO IV

4. Presentación de los resultados del trabajo de campo

4.1. Entrevistas

Se realizaron entrevistas a abogados litigantes del ramo penal, así también abogados de la defensa pública, como del Ministerio Público, y a dos jueces de sentencia penal, a quienes se les proporcionó un cuestionario con doce preguntas, respondiéndolas, y presentando a continuación los resultados.

PREGUNTA No. 1.

¿CONSIDERA QUE LAS NORMAS DEL CÓDIGO PENAL SON CONGRUENTES CON LAS NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL?

Respuesta	Cantidad
Sí	05
No	15
No contesto	05
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, Octubre año 2005.

En la respuesta anterior, la mayoría de los entrevistados indicaron que las normas del Derecho Penal no son congruentes con las del Derecho Procesal Penal, y una de las razones de ello, se debe a que recientemente se ha creado el Código Procesal Penal, bajo una concepción acusatoria, mientras que anteriormente era inquisitiva, al igual que lo es el código penal, que no ha sido debidamente adecuado.

PREGUNTA No. 2.

¿CREE USTED QUE EN EL DERECHO PENAL DEBE JUZGARSE Y RESPONSABILIZARSE A LA PERSONA DE LA CONDUCTA ILÍCITA QUE REALIZA?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, octubre año 2005.

La mayoría de los entrevistados manifestaron que si debe juzgarse y responsabilizarse a la persona de la conducta que realiza, es decir, la acción u omisión que hizo o dejo de hacer, la materialización de la acción, la lesión al bien jurídico tutelado, y no los estados de peligrosidad por ejemplo, o bien, tal como se presenta en este análisis, respecto a la autoría y la participación.

PREGUNTA No. 3

¿CREE USTED QUE EL PENSAMIENTO DELINQUE?

Respuesta	Cantidad
Sí	00
No	20
Total :	20

Fuente: Investigación de campo, octubre año 2005.

En cuanto al cuadro anterior, efectivamente la mayoría de los entrevistados manifestaron que el pensamiento no delinque, sin embargo, cabe señalar, que es a partir de ese pensamiento en que se realiza o se materializa la acción que si debe ser punible.

Existen normas, como las que se analizaron en este trabajo, que se quedan en el pensar respecto al sujeto activo del delito y que abarca a otros que sin realizar conductas u omisiones, son responsables en grado de autor, circunstancia que lesiona principios fundamentales del proceso penal vigente, y que como se dijo anteriormente, no son congruentes con el Código Penal.

PREGUNTA No. 4.

¿CONSIDERA QUE CONFORME EL CÓDIGO PENAL, SON RESPONSABLES COMO AUTORES, TODOS LOS QUE PARTICIPEN EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO, LOS QUE INDUZCAN FUERZEN A OTROS, QUIENES COOPEREN E INCLUSO QUIENES SE ENCUENTREN PRESENTES EN EL HECHO?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, Octubre año 2005.

A juicio de la mayoría de los entrevistados, efectivamente en el código penal se consideran de esa manera a los autores, sin embargo, en la doctrina se ha estudiado mucho, tal como se señaló en el desarrollo de este trabajo, respecto a que debe sancionarse penalmente a la persona pero en función del daño o lesión que hubiere cometido al bien jurídico tutelado en ese momento, graduando la participación de los que lo acompañaban y no asignándole como sucede en la legislación actual, la calidad de autor, al igual que el que efectivamente cometió la acción que produjo ese resultado dañoso y que no es justo que se sancione de igual forma a otros que no realizaron la acción típica, antijurídica, culpable, punible, debe entonces, graduarse la participación de todos y en esa medida aplicar las penas correspondientes por parte de los jueces.

PREGUNTA No. 5

¿CONSIDERA QUE LO ANTERIOR ES CONGRUENTE CON EL DERECHO PENAL DEL ACTO?

Respuesta	Cantidad
Sí	05
No	15
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, octubre año 2005.

El derecho penal debe ser de acto y no de autor. Cuando se sanciona el acto, la conducta, la acción, la materialización de la acción, es cuando se esta frente a un derecho penal garantista, porque permite establecer con justicia el grado de participación de los sujetos activos y consecuentemente la forma en que se les aplicara la pena, y no podría ser de otra manera, como sucede en el caso de las normas del código penal que existen normas que sancionan no la acción ejercitada por el sujeto activo, sino la supuesta peligrosidad de éste o de éstos.

PREGUNTA: No. 6

¿CONSIDERA QUE LA TEORÍA UNITARIA DE AUTOR, ES LA QUE PROPUGNA EL CÓDIGO PENAL CON RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD PENAL?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total.....	20

Fuente: Investigación de campo, Octubre año 2005.

De acuerdo a la respuesta anterior, cabe señalar que si efectivamente es la teoría unitaria de autor tal como se regula el Artículo 36 del Código Penal, sin embargo, como se evidenció existe en la doctrina una serie de justificaciones para que dentro de un concepto democrático y basado en un Estado de Derecho, como sucede con la legislación guatemalteca, lo cual permite inferir que en el caso de Guatemala, hace falta mucho por hacer y que esa actividad le corresponde a los estudiosos y legisladores propiciar las reformas que correspondan para fortalecer ese Estado de derecho.

PREGUNTA No. 7

¿CREE USTED QUE EN EL DERECHO PENAL DEBE SANCIONARSE A UNA PERSONA POR EL GRADO DE PARTICIPACIÓN O INTERVENCIÓN QUE HA TENIDO EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, octubre año 2005.

Efectivamente todos los entrevistados indicaron que si debe sancionarse a una persona por el grado de participación o intervención que ha tenido en la ejecución de un delito, y que lesiona principios constitucionales, el hecho de que se contenga normas relacionadas con la teoría unitaria de autor, y que por igual se sancione a quienes participaron e intervinieron en el delito, no importando como, porque cabe señalar que aunque únicamente se encuentre el sujeto presente también es sancionado como autor, lo cual no debe darse.

PREGUNTA No. 8

¿CREE USTED QUE EL DERECHO PENAL DEBE SANCIONAR LAS CONDUCTAS QUE LESIONAN CON ACTOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS Y EL DERECHO PENAL DE AUTOR?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, Octubre año 2005.

El total de los entrevistados contestaron que si debe sancionar conductas que lesionan bienes jurídicos tutelados y que se realizan mediante actos y que debe graduarse esos actos, y de alguna manera tiene relación con la respuesta en el cuadro anterior.

PREGUNTA No. 9

DESPUÉS DE LA LECTURA DEL ARTÍCULO 36 NUMERAL CUATRO DEL CÓDIGO PENAL, ¿CREE QUE ES CONGRUENTE CON LAS GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS SOMETIDOS A PROCESO PENAL, QUE SE LE JUZGUE POR ESTAR PRESENTE EN EL MOMENTO EN QUE SE COMETE UN DELITO?

Respuesta	Cantidad
Sí	05
No	15
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, octubre año 2005.

Quince del total de los entrevistados manifestaron que no es congruente con las garantías de los ciudadanos cuando se sanciona de igual forma a una persona que ha cometido con intención directa un delito, como el que se encuentra presente, sin haber realizado ninguna acción, y que efectivamente riñen con los principios constitucionales.

PREGUNTA No. 10.

¿TAMBIÉN, CONSIDERA QUE PUEDE PROBARSE QUE HAYAN CONCERTADO EL SUJETO O LOS SUJETOS ACTIVOS CON OTRO U OTROS PARA LA EJECUCIÓN DE UN DELITO?

Respuesta	Cantidad
Sí	00
No	20
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, Octubre año 2005.

Esta pregunta tiene relación con la anterior, y existe la ambigüedad en la ley, al determinarse si efectivamente concertó o no el sujeto que esta presente en la comisión de un delito con el que efectivamente ejecutó la acción. Ha sucedido mucho en la realidad, en que se ha capturado a personas que están presentes en el delito, pero que no tienen ninguna relación con el sujeto activo, el hechor, o por lo menos, no se ha probado la relación de uno con el otro, circunstancia que podría caer en una injusticia.

PREGUNTA No. 11

¿CONSIDERA QUE EL NUMERAL CUATRO DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL NO ES CONGRUENTE CON LA REALIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL?

Respuesta	Cantidad
Sí	00
No	20
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, Octubre año 2005.

El total de los entrevistados manifestaron que efectivamente el Artículo 36 numeral 4 del Código Penal no es congruente con la dogmática jurídico penal, porque ésta última trata del estudio doctrinario de los principios y su aplicación en el derecho penal siempre en aspiraciones o ideales de justicia, democracia, estado de derecho, bajo esa concepción se vuelve entonces garantista, lo cual beneficia a todos los ciudadanos que se encuentren sometidos a un proceso penal, que pretende también evitar las arbitrariedades como ocurrían en el pasado.

PREGUNTA No. 12

¿CONSIDERA QUE ESE NUMERAL DEBE MODIFICARSE A TRAVÉS DE SU DEROGACIÓN?

Respuesta	Cantidad
Sí	20
No	00
Total:	20

Fuente: Investigación de campo, octubre año 2005.

El cuadro anterior, muestra que el total de los entrevistados contestaron que era necesario propiciar la derogatoria del numeral cuatro del artículo 36 del Código Penal.

4.2. Necesidad de que se abroge el numeral cuatro del Artículo 36 del Código Penal

En cuanto al análisis de la legislación que regula lo relativo a las personas responsables del delito, respecto a la participación en el mismo, mantiene una concepción unitaria de autoría, una tendencia clásica del Derecho Penal, por cuanto de acuerdo a lo analizado, existe la doctrina alemana y española, que tienen la tendencia a establecer la teoría objetiva formal de la Autoría, estableciendo en ella, que debe graduarse la participación de los sujetos activos en el delito, pues es evidente que varias personas hayan cometido el delito, por ejemplo: en un hecho en el que se produce la muerte por un disparo de arma de fuego a una persona, es indudable que este fue realizado por una persona, presumiendo que existan varios detenidos o procesados, la participación de ellos, debe estar enmarcada dentro del grado de participación que cada uno tuvo, para efectos de determinar la responsabilidad penal y la graduación de la pena, establecer la categoría de autor, cómplice, cooperador, inductor, encubridor, etc. Lo anterior hace suponer que merece una especial atención, que esta situación podría contribuir a fortalecer el Sistema Penal que permite la garantía de sancionar a quien es responsable, sin embargo, tal como se encuentra regulado en el artículo 36, numeral cuatro. De nuestro ordenamiento sustantivo penal) Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación. Deviene imperioso que debe ser objeto de análisis y de reforma inclusive, este numeral, toda vez que resulta contradictorio al indicar que es autor del delito, quien participa en la realización de todos los elementos del tipo, el que "planeo" más no ejecutó la comisión de un delito y en el momento de su consumación, por diversas circunstancias técnicamente esta presente, y no realiza ninguna acción, pues a considerar por el autor, el hecho de estar presente, no debe ser punible desde ningún punto de vista.

En virtud de lo anterior, para efectos de interpretación de la dogmática

jurídico penal moderna, no es positivo el hecho de que la ley penal establezca los supuestos analizados, porque no se trata de un Derecho Penal de autor, sino de acto, de la violación a normas prohibitivas que protegen bienes jurídicos tutelados por el Estado en resguardo de la sociedad.

CONCLUSIONES

1. La Constitución Política de la República de Guatemala y los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por Guatemala, han sido esenciales para la consolidación de un Estado de Derecho.
2. Los artículos 35, 36, 37, 38, 39 y 40 del Código Penal, fueron redactados doctrinariamente conforme la teoría Unitaria de Autor, no se adecuan a las concepciones modernas del Derecho Penal.
3. El Código Penal es incongruente con las modernas tendencias que contiene el Código Procesal Penal, especialmente con lo relacionado a la autoría y participación en el delito.
4. Autor es el que realiza por si mismo el tipo legal del delito, los demás participantes si los hay, no serán punibles en concepto de autores, si no como inductores o como auxiliadores o cómplices, de conformidad con el numeral cuarto del artículo 36 del Código Penal.
5. La ciencia penal moderna es garantista y propugna por una mínima intervención del Estado en ejercicio del poder punitivo.

6. Debe considerarse que la responsabilidad penal y el grado de participación del sujeto activo o sujetos activos en la comisión de un hecho delictivo, debe establecerse tomando como base la lesión al bien jurídico tutelado y las diferentes formas de participación de cada uno de ellos.

7. Por medio del presente trabajo se determino que redactado como actualmente esta el numeral cuarto del artículo 36 del Código Penal, dificulta al Ministerio Público como ente investigador la intimación de un hecho punible, específicamente para establecer cual es la acción u omisión constitutiva del delito.

8. Se determinó con la investigación, el inconveniente para el ejercicio de la defensa técnica de la persona procesada como autor por haber concertado y estar presente en la comisión de un delito, toda vez que no existe claridad en cual es la acción u omisión imputada para refutarla o adversaria en el momento procesal oportuno.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Congreso de la República reforme totalmente el Código Penal y fundamentalmente lo relacionado a la participación en el delito, estableciendo adecuada y concordadamente lo relativo a los autores y cómplices.
2. La legislación guatemalteca no solo en materia procesal penal, sino penal sustantiva debe ser actualizada por el Organismo Legislativo, para ubicarse a la vanguardia de las tendencias modernas del derecho penal.
3. Los jueces de sentencia al imponer la pena, esta debe ser conforme la lesión del bien jurídico tutelado y no por la supuesta peligrosidad del sujeto activo, como se desprende de la interpretación y lectura del artículo 36 numeral cuarto del Código Penal.
4. Debe abrogarse por el honorable Congreso de la República el numeral cuatro del artículo 36 del Código Penal, en virtud de que lesiona garantías constitucionales y procesales para cualquier ciudadano que se encuentre sometido a un proceso penal, ya que sanciona no la conducta o acción y el resultado producido, sino que sanciona al autor como tal.

ANEXOS

REPRESENTACIONES GRÁFICAS DE TRABAJO DE CAMPO REALIZADO

Pregunta No. 1.

¿CONSIDERA QUE LAS NORMAS DEL CÓDIGO PENAL SON CONGRUENTES CON LAS NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL?

Respuesta:

si	5
no	10
no contesto	5

total	20
-------	----

fuente: investigación de campo, octubre año 2005



Pregunta No. 2

¿CREE USTED QUE EN EL DERECHO PENAL DEBE JUZGARSE Y RESPONSABILIZARSE A LA PERSONA DE LA CONDUCTA ILÍCITA QUE REALIZA?

Respuesta:

si	20
no	0
no contesto	0

total	20
-------	----

fuelle: investigación de campo, octubre año 2005



Pregunta No. 3

¿CREE USTED QUE EL PENSAMIENTO DELINQUE?

Respuesta:

Si	20
No	0
no contesto	0

Total	20
-------	----

fuente:

investigación de campo, octubre año
2005

Pregunta No.4

¿CONSIDERA QUE CONFORME EL CÓDIGO PENAL, SON RESPONSABLES COMO AUTORES, TODOS LOS QUE PARTICIPEN EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO, LOS QUE INDUZCAN FUERZEN A OTROS, QUIENES COOPEREN E INCLUSO QUIENES SE ENCUENTREN PRESENTES EN EL HECHO?

Respuesta:

si	20
no	0
no contesto	0

total	20
-------	----

fuente: investigación de campo, octubre año 2005



Pregunta No. 5

¿CONSIDERA QUE LO ANTERIOR ES CONGRUENTE CON EL DERECHO PENAL DEL ACTO?

Respuesta:

Si	20
No	0
no contesto	0
Total	20

fuentes:

investigación de campo, octubre año 2005



Pregunta No. 6

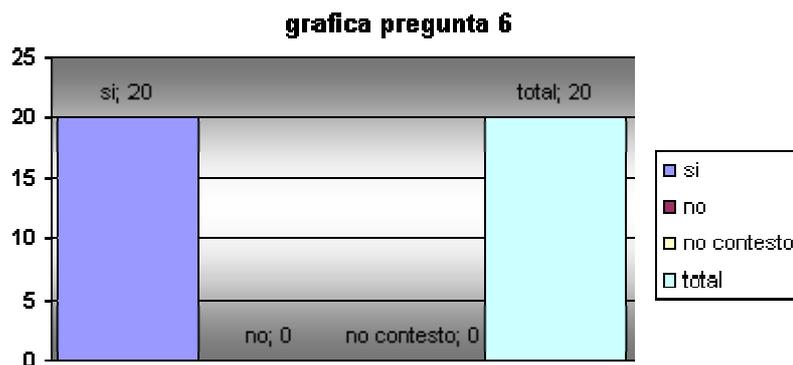
¿CONSIDERA QUE LA TEORÍA UNITARIA DE AUTOR, ES LA QUE PROPUGNA EL CÓDIGO PENAL CON RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD PENAL ?

Respuesta:

Si	20
No	0
no contesto	0
Total	20

fuente:

investigación de
campo, octubre año
2005



Pregunta No. 7

¿CREE USTED QUE EN EL DERECHO PENAL DEBE SANCIONARSE A UNA PERSONA POR EL GRADO DE PARTICIPACIÓN O INTERVENCIÓN QUE HA TENIDO EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO?

Respuesta:

si	20
no	0
no contesto	0

total	20
-------	----

fuente: investigación de campo, octubre año 2005



Pregunta No. 8

¿CREE USTED QUE EL DERECHO PENAL DEBE SANCIONAR LAS CONDUCTAS QUE LESIONAN CON ACTOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS Y EL DERECHO PENAL DE AUTOR?

Respuesta:

Si	20
No	0
no contesto	0

Total	20
-------	----

fuente:

investigación de campo, octubre año 2005



Pregunta No. 9

DESPUÉS DE LA LECTURA DEL ARTÍCULO 36 NUMERAL 4 DEL CÓDIGO PENAL, ¿CREE QUE ES CONGRUENTE CON LAS GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS SOMETIDOS A PROCESO PENAL, QUE SE LE JUZGUE POR ESTAR PRESENTE EN EL MOMENTO EN QUE SE COMETE UN DELITO?

Respuesta:

Si	15
No	5
no contesto	0
Total	20

fuente:

investigación de campo, octubre año 2005



Pregunta No. 10

¿TAMBIÉN, CONSIDERA QUE PUEDE PROBARSE QUE HAYAN CONCERTADO EL SUJETO O LOS SUJETOS ACTIVOS CON OTRO U OTROS PARA LA EJECUCIÓN DE UN DELITO?

Respuesta:

Si	0
No	20
no contesto	0

Total	20
-------	----

fuente: Investigación de campo, octubre año 2005



Pregunta No. 11

¿CONSIDERA QUE EL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL NO ES CONGRUENTE CON LA REALIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL?

Respuesta:

si	0
no	20
no contesto	0
total	20

fuelle: investigación de campo, octubre año 2005



Pregunta No. 12

PREGUNTA: ¿CONSIDERA QUE ESE INCISO DEBE MODIFICARSE A TRAVÉS DE SU DEROGACIÓN?

Respuesta:

Si	20
No	0
no contesto	0
Total	20

Fuente:

investigación de campo, octubre año 2005



BIBLIOGRAFÍA

- ANTOLIESEI, Francesco. **Manual de derecho penal. Parte General.** Editorial Temis, 8a. ed., Bogotá, Colombia, 1988.
- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito.** Causas de Justificación en General. Ed. Juricentro, 2a. ed., 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Ed. Heliasta, S.R.L. 1979.
- CARRARA, Francesco. **Programa del curso de derecho criminal, Parte General.** Vol. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.
- CEREZO, Mir. **La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal española, en problemas fundamentales del derecho penal.** 1982.
- CREUS, Carlos, **Ideas penales contemporáneas.** Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1985.
- GOLDSTEIN, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología.** Segunda ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1983.
- JAIREGUI, Hugo Roberto. **La protección de los derechos humanos en la legislación penal guatemalteca y su concepción en el proyecto del Código Penal de 1991.**
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales,** Ed. Heliasta, S.R.L., ed. 1981.
- RAMIREZ, Juan Bustos. **Manual de derecho penal, Parte General.** 3a. ed. aumentada, corregida y puesta al día, Ed. Ariel, S.A. Barcelona.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español.** Parte General, 7a. ed. Gráficas Carasa, Madrid, España, 1979.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación del derecho penal contemporáneo.** España, 1981.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino.** Volumen II, Tipográfica Editora Argentina, S.A. 1978.

ZAFFARONI, Eugenio Rafael. **Tratado de derecho penal.** 1ª.ed., México, 1988, Parte General Tomo IV.

Consultas electrónicas:

www.fgbueno.es/edi/bfe003.htm - 14k - En caché,

Filosofíayderecho.com.htm. En caché.

www.libreriaproteo.es/ver_libros.php?CDU=340 - 24k - En caché

www.org.Bibli.jurídica.com.htm.

www.rincondelvago.com.conceptospenales.htm

Legislación:

Declaración Universal sobre Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii), del 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Aprobada el 16 de diciembre de 1966, y ratificado el 23 de marzo de 1976.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Decreto Número 6-78 del Congreso de la República. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos)

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

Código Penal y sus reformas, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República.

Código Procesal Penal y sus reformas, Decreto Número 51-92 del Congreso de la República.

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

Reformado según Decretos Legislativos, 64-90, 75-90, 11-93, 112-97 y Reforma Constitucional según Acuerdo Legislativo 18-93.

Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Número 40-94 del Congreso de la República.

Ley del Servicio Público de Defensa Penal, Decreto Número 129-97 del Congreso de la República.