

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

"EL CASO FORTUITO Y LA CULPA SIN  
REPRESENTACION EN EL DERECHO PENAL  
GUATEMALTECO"

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la Universidad de San Carlos de Guatemala

POR

ALDO EDUARDO MASELLI GONZALEZ

Previa a conferirsele el Grado Académico de:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y a los títulos de:

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 1998.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central

04  
7(3490)  
E. 4

**Junta Directiva de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la Universidad de San Carlos de Guatemala**

***Decano***

Licenciado José Francisco De Mata Vela

***Vocal I***

Licenciado Saulo De León Estrada

***Vocal II***

Licenciado José Roberto Mena Izeppi

***Vocal III***

Licenciado William René Méndez

***Vocal IV***

Ingeniero José Samuel Perera Saca

***Vocal V***

Bachiller José Francisco Peláez Cerdón

***Secretario***

Licenciado Héctor Anibal De León Velasco

**Tribunal que practicó el examen Técnico Profesional :**

***Primera Fase :***

**Presidente :** Licenciado César Augusto Conde Rada

**Vocal :** Licenciado Jaime Noel Ruiz Pinto

**Secretario :** Licenciado Carlos Rubén García Peláez

***Segunda Fase :***

**Presidente :** Licenciado Carlos Humberto Mancio Bothancourt

**Vocal :** Licenciado José Víctor Taracena Alba

**Secretario :** Licenciado César Rolando Solares Salazar

***Nota :***

**"Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis"  
(Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesional de Abogacía y  
Notariado y Público de Tesis)**

*Amor*  
7/7/98

198 98

Guatemala FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
SECRETARIA

- 7 JUL. 1998

RECIBIDO  
Hora: 13 Minutos: 30  
Oficial: *[Signature]*

SEÑOR LICENCIADO  
JOSE FRANCISCO DE NATA VELA  
DECANO DE LA FACULTAD DE  
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

Señor Decano:

En cumplimiento de lo dispuesto por esa facultad a su digno cargo, me permito rendir el informe de ASESOR DE TESIS, correspondiente al trabajo realizado por el estudiante ALDO EDUARDO MASELLI GONZALEZ.

Sobre el particular me permito manifestarle que las actividades del bachiller Maselli González se desarrollaron desde el principio, de conformidad con las disposiciones aplicables y siguiendo la técnica propia de esta clase de trabajos.

Bajo el título de "COMPARACION DOCTRINARIA DE LAS FIGURAS DEL DERECHO PENAL CONOCIDAS COMO CASO FORTUITO Y CULPA INCONSCIENTE O SIN REPRESENTACION", LA Tesis se desenvuelve en seis partes o capítulos. Los primeros tres de ellos hacen un planteamiento general de temas cuya comprensión es fundamental para poder captar la esencia de las figuras estudiadas. Los últimos tres, se refieren propiamente a las categorías objeto del trabajo, estudiando cada uno de ellos a profundidad y contrastándolos.

Considero que el trabajo realizado no sólo llena los requisitos exigidos por nuestra facultad, sino también constituye un esfuerzo encomiable, por cuanto aborda dos figuras penales cuyo estudio no ha sido muy profuso. En el aspecto bibliográfico me permito indicarle que el bachiller Maselli González consultó una cantidad sustancial de autores, incluidos algunos que son considerados en la actualidad como los más avanzados dentro del campo de lo penal.

Reitero entonces, que en cuanto a las exigencias técnicas y contenido de la tesis, el trabajo del Bachiller Maselli González es enteramente satisfactorio. Sin otro particular, me suscribo su servidor.

Atentamente,

*[Signature]*



Lic. Carlos Roberto Peláez Guzmán.  
Abogado y Notario. Col. 2338

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 11  
Guatemala, Centroamérica



*[Handwritten signature]*

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, diecisiete de julio de mil novecientos noventa y  
ocho.

Atentamente, pase al LIC. HUGO JAUREGUI para que proceda a  
Revisar el trabajo de Tesis del Bachiller ALDO EDUARDO MASELLI  
GONZALEZ y en su oportunidad emita el dictamen  
correspondiente.

alhj.



*[Large handwritten signature and scribbles covering the lower half of the page]*



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 13  
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:  
Guatemala, dieciocho de septiembre mil novecientos noventa y  
ocho. \_\_\_\_\_

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la  
Impresión del trabajo de Tesis del Bachiller ALDO EDUARDO  
MASELLI GONZALEZ intitulada "EL CASO FORTUITO Y LA CULPA SIN  
REPRESENTACION EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO". Según  
artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y  
Público de Tesis.



albj.



2980-98

Guatemala, septiembre 10 de 1998

Licenciado  
José Francisco De Mata Vela  
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y  
Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su Despacho

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
**SECRETARIA**

10 SET. 1998

**RECIBIDO**

Horas: 13  
Oficina: *[Signature]*

Respetable Decano :

En cumplimiento de la Resolución emitida por ese Decanato con fecha diecisiete de julio del año en curso, por medio de la cual se me designa como Revisor del trabajo de Tesis del Bachiller ALDO EDUARDO MASELLI GONZALEZ, titulado "COMPARACION DOCTRINARIA DE LAS FIGURAS PENALES CONOCIDAS COMO "CASO FORTUITO" Y "CULPA INCONSCIENTE O SIN REPRESENTACION", procedo a emitir el presente Dictamen.

Habiéndose procedido al análisis del trabajo del Bachiller Maselli González, pude observar que el estudiante en mención, hizo acopio de una considerable cantidad de autores que le permitieron analizar a profundidad las figuras doctrinarias objeto de la presente Tesis, y por lo mismo, arribar a la conclusión de que una comparación entre ambas resulta incongruente con el derecho penal moderno y, en ese sentido de acuerdo a las facultades que el Reglamento me otorga procedí a indicar las enmiendas al trabajo que a continuación se describen :

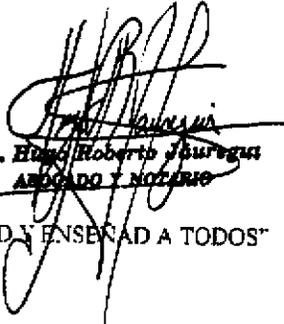
1. Cambiar el título de la tesis por el de "EL CASO FORTUITO Y LA CULPA SIN REPRESENTACION EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO".
2. La anulación del Capítulo VII de dicho trabajo que contenía la Comparación de las dos instituciones, y la reforma al Capítulo III, con el objeto de incluir en el mismo la evolución que ha tenido la Teoría del delito, en nuestra Ciencia.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central



Por todo lo anteriormente expresado, y considerando que el trabajo realizado por el sustentante constituye un material valioso para el estudio de dos instituciones penales de importancia para nuestro medio jurídico, y por lo mismo llena los requisitos exigidos en el Reglamento respectivo, para que pueda ser discutido en el Examen Público de Tesis, por lo que procedo a emitir mi dictamen favorable a dicho trabajo, para que continúe con el trámite correspondiente.

Sin otro particular, con mis muestras de consideración y aprecio, de usted atentamente,

  
Ldo. Hugo Roberto Jauréguis  
ABOGADO Y NOTARIO

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:  
Guatemala, dieciocho de septiembre mil novecientos noventa y  
ocho. \_\_\_\_\_

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la  
Impresión del trabajo de Tesis del Bachiller ALDO EDUARDO  
MASELLI GONZALEZ intitulada "EL CASO FORTUITO Y LA CULPA SIN  
REPRESENTACION EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO". Según  
artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y  
Público de Tesis. \_\_\_\_\_



alhj.



## ACTO QUE DEDICO

- A mis padres: Dr. Roberto Maselli Porras y Licenciada Lourdes Magali González Sáenz, sin cuyo apoyo, amor y guía no hubiese salido avante en el camino de la vida.
- A mi esposa: Sara Sánchez González de Maselli, quien con amor y paciencia infinitos, me ha acompañado en los momentos dulces y amargos y a quien he amado tanto desde el primer momento.
- A mis hijas: Gabriela Alejandra, Sara Nicoletta y Ana Doménica, por ser junto a su madre la luz de mi vida, y el motivo de mis esfuerzos.
- A mi abuelita: Ana María Sáenz, quien ha sido una guía espiritual, ayer, hoy y siempre.
- A mi hermano: Juan Pablo Maselli González, quien además de hermano ha sido toda la vida un amigo.
- A mis cuñadas: Marian y Tania.
- A mis sobrinos: Andrea Celeste, Guido Humberto y Marian Sofía.
- A: El Licenciado Carlos Raúl Montenegro Suasnavar, mi amigo y mentor.
- A: Roselía Matías, por todos los cuidados que nos ha brindado a mis hijas y a mí, con paciencia y ternura.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, mi Alma Mater.
- A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por haberme brindado la luz del saber.

## DEDICATORIA INTIMA

- A mi hermano: Licenciado Guido Roberto Maselli González, porque aunque partiste de nuestro lado, jamás partirás de mi corazón.

# INDICE

	Página
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	3
<i>1.1 La ciencia del derecho penal.</i>	
a) Objeto.	4
b) Finalidad.	5
c) Naturaleza.	6
<i>1.2 La Función del ordenamiento Penal.</i>	6
a) El Derecho Penal como rama del derecho público.	8
b) El Derecho Penal Sustantivo.	9
c) El Derecho Penal Adjetivo o procesal.	9
CAPITULO II	
<i>2.1 La Ley Penal.</i>	10
a) Precepto y Sanción.	11
b) Los sujetos de las leyes penales.	14
c) La relación penal.	15
d) Algunos Principios Esenciales de la Ley Penal.	16
e) La Interpretación de la Ley Penal.	18
CAPITULO III	
<i>Evolución Histórica de la Teoría General del Delito</i>	
<i>3.1 Diversas Concepciones del Delito a través de la historia.</i>	21
a) Concepto Clásico del Delito.	21
b) El Concepto Moderno del Delito.	22
<i>3.2 Diversos Enfoques Metodológicos surgidas en torno a la Definición del Delito.</i>	25
a) El Causalismo Naturalista.	25
b) El Causalismo Valorativo.	26
c) La Teoría de la Acción Social.	27
d) Teoría Finalista de la Acción.	27



## CAPITULO IV

<i>4.1 El Caso Fortuito.</i>	30
a) Concepto.	30
b) Evolución Histórica.	33
c) Naturaleza Jurídica del Caso Fortuito.	34

## CAPITULO V

<i>Los Delitos de Imprudencia</i>	39
<i>5.1 Concepto y Clases de Imprudencia</i>	39
a) Evolución Histórica.	39
b) Clases y Grados de Imprudencia.	43
<i>5.2 El Tipo del Injusto Imprudente</i>	45
a) La Acción Típica	46
b) La Antijuridicidad en la Estructura del Injusto Imprudente	47
<i>5.3 La Culpa Inconsciente o Sin Representación</i>	49
<b>CONCLUSIONES</b>	51
<b>RECOMENDACIONES</b>	52
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	53

## INTRODUCCION



Con entusiasmo nos embarcamos en la empresa de realizar el presente trabajo, conscientes que el mismo no será una tarea fácil. El tema seleccionado tiene relación estrecha con la culpa, uno de los fenómenos penales sobre los que existe gran cantidad de producción bibliográfica. Son muchos los volúmenes que se han escrito sobre este tema, y sin embargo, consideramos que existe un aspecto del mismo que no ha sido objeto de tanto estudio, este es el de la culpa sin representación, como la llaman los penalistas italianos, o culpa inconsciente como suelen denominarle los tratadistas españoles.

Desde la época en que me inicié en el curso de Derecho Penal I, despertó en mi gran curiosidad la institución penal de la culpa. El primer tropiezo con el que me encontré fue que nuestra legislación penal, no tiene contemplada división alguna del delito culposo. Recordemos que ya el derecho Romano, dividía la culpa en *Lata, Levis y Levissima*; Por su parte, el Código Penal Español, encuadra los delitos culposos dentro de los denominados de imprudencia, dividiéndolos en imprudencia temeraria y simple, siendo la primera de ellas la que corresponde a la culpa lata o negligencia inexcusable, y la segunda equivalente a la culpa leve. La imprudencia simple, la subdivide la ley española en imprudencia simple con infracción de reglamentos e imprudencia simple, sin infracción de reglamentos, dándole a los hechos que encuadran dentro de esta última, la categoría únicamente de faltas. Esta situación me hizo pensar que al momento de conocer sobre delitos culposos, los jueces tienen una gran responsabilidad sobre sus hombros, pues la ley les permite una gran latitud en la graduación de la pena al delito.

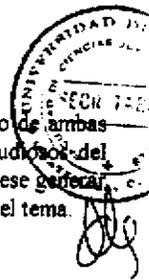
El otro aspecto del presente estudio, el Caso fortuito, también suscitó mi interés, pues dentro de la doctrina moderna, su uso es cada vez más limitado, al punto que los tratadistas alemanes del derecho penal, considerados por muchos, como los más prolíficos en avances dentro de las ciencias penales, han abandonado por completo su consideración. Surgió entonces la idea de hacer un estudio, que inicialmente se había planteado como comparativo, pero conforme fuimos profundizando en la esencia de las dos instituciones ya mencionadas se tornó en "paralelo", al descubrirse con meridiana claridad, que las categorías estudiadas, son esencialmente distintas, de conformidad con los últimos avances del derecho penal.

Mi curiosidad por el tema aumentó, cuando al investigar me percaté que tal problemática había sido abordada por varios tratadistas a principios de siglo, la mayoría de los cuales era de la opinión que tales figuras debían ser estudiadas en forma conjunta. Entre estos, el más notorio es Antonio Quintano Ripolles. Posteriormente surgen posturas más flexibles, que propugnan por la independencia de las instituciones de mérito, pero lo hacen con un enfoque metodológico que ha quedado superado, el causalismo.

En el presente trabajo, se ha pretendido hacer un análisis, de los conceptos multicitados, desde un enfoque Finalista, que es dicho sea de paso, el que han adoptado los modernos teóricos del derecho penal. Hemos incluido dentro del mismo, un capítulo, que trata precisamente de los avances que ha tenido la ciencia del derecho penal, en la última mitad del siglo XX.

Así, en medio de criterios tan encontrados y diversos, trataremos de hacer un esbozo de ambas figuras penales, como un humilde, pero entusiasta esfuerzo de despertar en los estudios del Derecho Penal en nuestro medio, la curiosidad por ellas, esperando que el mismo pudiese generar el interés suficiente como para incentivar a la realización de trabajos posteriores sobre el tema.

El autor.





## CAPITULO I

### "1.1 La ciencia del derecho penal"

Para poder definir a cabalidad lo que es la Ciencia del Derecho Penal, debemos definir necesariamente primero, lo que es derecho penal en si. Muchos han sido los esfuerzos intelectuales de los juristas a través de la historia para definir lo que es el derecho penal. Sin embargo, a pesar del progreso que sin duda han alcanzado las ciencias penales en nuestro tiempo, todavía la mayoría de tratadistas recurren al momento de definir la rama del derecho que nos ocupa, a la tradicional fórmula bipartita, que divide el derecho penal en dos aspectos: A) desde el punto de vista SUBJETIVO (JUS PUNIENDI), el derecho penal es la facultad que tiene el estado, como ente soberano, de determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar, las penas o medidas de seguridad que en su caso correspondan a los mismos. B) Desde el punto de vista OBJETIVO (JUS POENALE), es el cúmulo de normas de orden Jurídico-Penal, que enmarcan, limitan o regulan, la actividad punitiva del estado.

Dentro de este orden de ideas, encontramos la definición que nos da del derecho penal el tratadista español Eugenio Cuello Calón: " Asi, el derecho penal en su aspecto subjetivo habrá de definirse como el derecho del estado a definir los delitos y a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad, y en su sentido objetivo como el conjunto de normas establecidas por el estado, que determinan los delitos, las penas y las medidas de corrección y de seguridad con que aquellos son sancionados"<sup>1</sup>

Habiendo definido entonces lo que es el derecho penal, podemos tratar lo que es la Ciencia del derecho penal. La diferencia entre ambos estriba, en la delimitación de sus contenidos. Mientras es una noción generalmente aceptada que el derecho penal es el conjunto de normas que como quedó señalado, son creadas por el estado, y tienen por finalidad regular la actividad punitiva del mismo, lo es también que la Ciencia del Derecho Penal, ha sido considerada el conjunto de doctrinas, principios, y escuelas, que informan el Derecho Penal. O sea, las elaboraciones del intelecto humano, que a través de la historia, han dado forma al Derecho Penal, y lo transforman en una ciencia con el grado de desarrollo que hoy conocemos. La ciencia del Derecho Penal, es precisamente la disciplina que hace que el mismo esté en constante movimiento y desarrollo, y no quede a la saga de la evolución social.

Tal y como lo señalan los Penalistas Guatemaltecos De Mata Vela y De León Velasco "Es importante observar técnicamente, una diferencia entre el "Derecho Penal" y la "Ciencia del Derecho Penal", y se hace precisamente delimitando su contenido. Mientras que el Derecho Penal se refiere a un conjunto de normas jurídico penales creadas por el estado para determinar los delitos,

---

<sup>1</sup>Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal, Parte General. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1956. Tomo I, Pag. 8.

las penas y las medidas de seguridad. La Ciencia del Derecho Penal se refiere a un conjunto sistemático de principios, doctrinas y escuelas, relativas al delito, al delincuente, a la pena y a las medidas de seguridad.<sup>22</sup>

La ciencia del derecho penal, siendo una disciplina eminentemente jurídica, comprende aspectos sumamente importantes del derecho penal. El primero de ellos es el estudio del derecho penal desde el punto de vista filosófico, encontrando la razón de ser del mismo. Su aspecto más importante lo constituye sin lugar a dudas, el estudio del delito y la pena, los cuales han de analizarse, como fenómeno social, y manifestación de la personalidad del delincuente, en el primer caso, y en el segundo como medio de defensa social, y siempre buscando la rehabilitación del delincuente.

Para su estudio, la ciencia del derecho penal es usualmente dividida en dos grandes partes. La parte *General*, que regularmente comprende los principios, conceptos e instituciones esenciales en cuanto al delito, el delincuente, las penas y las medidas de seguridad. Y la parte *Especial*, que comprende la definición de los diversos ilícitos penales (delitos y faltas), así como las penas y/o medidas de seguridad que habrán de imponerse a quienes los cometan. Esta división ha traído como consecuencia, que la gran mayoría de códigos penales del mundo, incluido el de Guatemala, estén a su vez divididos de esta forma.

Otra forma de dividir para su estudio el derecho penal, es aquella que lo divide en derecho penal SUSTANTIVO, que comprende en sí lo que es el estudio del delito, el delincuente, las penas y las medidas de seguridad. Derecho penal ADJETIVO, que persigue la aplicación del derecho penal sustantivo a cada caso concreto, mediante un proceso, cuya finalidad es la emisión de una sentencia y con ella la restauración del orden jurídico quebrantado. Y Derecho Penal EJECUTIVO, cuya finalidad sería la de regular la ejecución de la pena, en los centros habilitados por el estado para el efecto.

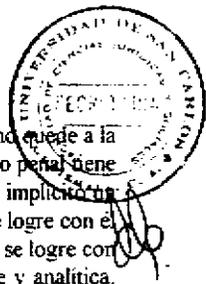
De tal forma, podemos entonces afirmar, que la ciencia del Derecho Penal, es la disciplina eminentemente jurídica, que se dedica al continuo estudio y análisis científico, de la rama del derecho conocida como derecho penal, comprendiendo de ella sus dos aspectos esenciales, el Jus Puniendi y el Jus poenale.

#### A) OBJETO:

Para entrar a analizar lo que es el objeto de la ciencia del derecho penal, debemos primero aquí recalcar su diferencia con el derecho penal: Este tiene pues por objeto la regulación de la actividad punitiva del estado, y el establecimiento de los delitos y las faltas, así como las penas y/o medidas de seguridad que corresponden a los mismo. La ciencia del Derecho Penal, tiene en cambio por objeto, el eterno estudio y análisis del derecho penal. Su misión es mantener el derecho penal vigente y

---

<sup>22</sup>Hector Anibal De León Velasco, José Francisco De Mata Vela, Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Edi-Art, Guatemala, 1987. Pag. 9



positivo, a la altura de la evolución social, hacer del mismo una ciencia dinámica, que no quede a la saga del progreso de la humanidad. A este respecto debemos recordar, que el derecho penal tiene la característica *sui generis* de ser una rama del derecho cuya evolución lleva siempre implícito un mejoramiento en la calidad de vida de los integrantes de la sociedad, sea ello porque se logre con él una mayor protección de los bienes jurídicos tutelados por el mismo, o bien sea porque se logre con él, la aplicación del derecho al caso concreto en una forma más científica, eficiente y analítica. Recordemos entonces, que el Derecho Penal existe como tal, por voluntad del estado como ente soberano. Existe dentro de un ámbito espacial y temporal de validez, y todos estos factores combinados nos dan como resultado lo que conocemos como "ordenamiento jurídico positivo". Al respecto, el gran penalista italiano Francesco Antolisei escribió: "Puesto que el derecho positivo se entiende por la ciencia del derecho penal como un conjunto de hechos ciertos y fuera de toda discusión, como un complejo de dogmas, la ciencia misma se denomina "*dogmática jurídico-penal*" o mas sencillamente, "*dogmática penal*".<sup>3</sup>

Así, podemos decir que el objeto de la ciencia del Derecho Penal, es el constante estudio, análisis y transformación, del Derecho Penal en general y del ordenamiento jurídico positivo en particular, todo ello tendiente a que el mismo vaya evolucionando en una forma acorde al progreso de la humanidad, y no quede a la saga del desarrollo de las otras ramas de la ciencia. En la era en que fenómenos como la "clonación" han llegado a ser posibles, no es difícil imaginar el dinamismo que debe imprimirse a la evolución del derecho penal, de modo que el mismo se mantenga positivo, y no deje vacíos o lagunas en cuanto a su ámbito de protección social contra el delito.

**B) FINALIDAD:**

En el caso del análisis finalista de la ciencia del derecho penal, debemos previamente hablar, aunque sea en forma somera, de los fines del Derecho Penal, situación que nos servirá para poder comprender a cabalidad los fines de la ciencia del Derecho Penal.

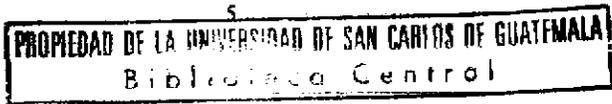
Los fines del Derecho Penal, son de suma importancia para todo el conglomerado social. Han sido definidos de muchas formas, pero nos parece particularmente acertada la exposición del tema que hacen los penalistas guatemaltecos, Héctor Anibal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela, que hablando de los fines del Derecho Penal escribieron: "ha tenido tradicionalmente como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido y su restauración a través de la imposición y ejecución de la pena, cuando es afectado o menoscabado por la comisión de un delito"<sup>4</sup>

Así, podemos afirmar que la finalidad del Derecho Penal, es el restablecimiento del orden jurídico quebrantado por el delito o la falta, a través de la aplicación de una pena o en su caso una medida de seguridad. Esto porque la conducta delictiva, lesiona o pone en peligro intereses individuales o

---

<sup>3</sup>Francesco Antolisei. Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial Uteha. Buenos Aires, 1960. Pag. 18.

<sup>4</sup>Hector Anibal De León Velasco, José Francisco De Mata Vela, Obra citada, Pag. 12



colectivos. Esta es la ESENCIA de lo que conocemos como carácter sancionador del derecho penal. Sin embargo, no debemos olvidar, que otro de los fines del Derecho Penal, de conformidad con los avances de las ciencias sociales, debe ser el de perseguir la prevención del delito, y la rehabilitación del delincente.

Establecido lo anterior, podemos concluir que la finalidad de la ciencia del Derecho Penal, es precisamente lograr, a través del estudio de las diversas normas, principios e instituciones, que los caracteres sancionador, preventivo y rehabilitador del Derecho Penal, sean efectivos, y respondan a las necesidades de la sociedad, logrando entonces una efectiva protección de los intereses del conglomerado humano.

### C) NATURALEZA:

Existe gran polémica en cuanto a establecer con precisión la naturaleza jurídica tanto del derecho penal, como de la ciencia del derecho penal, las cuales, como ya quedó plenamente establecido, están íntimamente relacionadas. Algunos tratadistas han pretendido ubicarlas dentro del derecho privado, por el simple hecho de que la mayoría de legislaciones penales del mundo, tienen algunas figuras delictivas que son sólo perseguibles a instancia de parte. Para fortalecer su punto de vista, exponen que aún en los delitos perseguibles por acción pública, en la realidad es casi siempre necesaria la denuncia del hecho que haga la parte interesada. Esta posición ha sido superada en la actualidad, quedando entonces el debate centrado alrededor de si el derecho penal es una rama del derecho público, o es una rama del derecho social. La práctica ha demostrado que si bien es cierto, el derecho penal tiene como uno de sus paradigmas mas importantes, la defensa social contra el delito, no es menos cierto, que la tarea de penar o imponer una medida de seguridad es típicamente una atribución exclusiva del estado. Es además de todos conocido que el único que puede establecer cuales serán las conductas a las que habrá de imponerse una pena o una medida de seguridad, es el estado, a través de la facultad legislativa del organismo correspondiente. Si a esto agregamos que la comisión de cualquier delito o falta, crea entre el infractor y los órganos competentes del estado, una relación ineludible, pensamos no es difícil concluir que tanto del derecho penal, como la ciencia del derecho penal, podemos concluir que pertenece al derecho público interno.

#### *"1.2 FUNCION DEL ORDENAMIENTO PENAL"*

Haciendo un análisis finalista del ordenamiento penal, debemos tener en cuenta cuales son los fines del estado. Para ello, conviene definir el concepto. Según el jurista mexicano Francisco Porrúa Pérez, estado es "una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico, que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes"<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup>Francisco Porrúa Pérez. Teoría del Estado. Editorial Porrúa, S.A. Mexico, 1984. Pag. 190.



Tomando como punto de partida el planteamiento anterior, nos damos cuenta que el estado utiliza el ordenamiento penal, como un medio, para la consecución de su fin supremo, *el bien público o bien común*. Sin embargo, vale preguntarnos ¿cómo contribuye el ordenamiento penal a la consecución del bien común? La respuesta a esta interrogante tiene varias vertientes. En general, podemos afirmar que el ordenamiento penal, desde el punto de vista jurídico, garantiza la supervivencia de la sociedad, creando las condiciones necesarias y fundamentales para que los hombres puedan vivir en forma pacífica y armoniosa dentro de ella. Esto equivale a decir, que la vida dentro de la sociedad, no sería posible sin la existencia de un ordenamiento jurídico penal, pues existiendo gran diversidad en los caracteres, ideas y actitudes de los miembros del conglomerado social, sería imposible la convivencia armoniosa, sin recurrir a algún tipo de coercibilidad, para lograr enmarcar el comportamiento de cada individuo, dentro de los lineamientos que la sociedad encuentra aceptables. Esta noción cobra aún mayor vigencia en nuestra era, en la que se ha vuelto socialmente aceptable, en algunas sociedades "desarrolladas", pertenecer a agrupaciones de ideas sumamente radicales, tal el caso de los "neonazis", "satanistas", u otros. Sólo la vigencia de un ordenamiento jurídico penal, sumamente eficiente, permite que grupos del tipo de los mencionados puedan existir, pero sin salirse del comportamiento que el estado a definido como legal.

En particular, podemos colegir entonces, que la función del ordenamiento jurídico penal es la de fijar límites. Tales límites han de marcar la frontera dentro de la cual puede moverse el ser humano en el ejercicio de su libertad, tanto individual como colectiva. El ordenamiento jurídico penal, debe entonces, crear restricciones y prohibiciones, a todos aquellos actos que el estado estime ponen en peligro, tanto a la organización social, como la vida, libertad y seguridad de sus integrantes, para hablar únicamente de algunos de los bienes jurídicos que tutela el ordenamiento que nos ocupa. Ilustrando el punto anterior, el jurista Francesco Antolisei, decía, refiriéndose a la función del ordenamiento penal, que el mismo era como un aviso, que decía: "hasta aquí, y no más allá"<sup>6</sup>

Ahora bien, ¿de qué serviría que el estado pudiese fijar los límites al accionar humano, si no contara con los medios para hacerlos valer? Sería un esfuerzo vano tratar de lograr que por mera convicción, los miembros de un conglomerado social obedecieran los límites impuestos por el estado, a sus actos. De esa cuenta, debemos sacar la conclusión que paralelo al poder que tiene el estado, de fijar los límites dentro de los cuales deben enmarcarse los actos de los miembros de la sociedad, debe existir la facultad del estado, de *reprimir* a todo aquél que con sus actos, se salga de los parámetros legales existentes. Estamos aquí de nuevo ante el *Jus puniendi*, la facultad del estado, para imponer a quien contravenga la ley, penas o medidas de seguridad. Sin embargo, en la actualidad, ya no es viable visualizar un estado cuya única función sea la de reprimir al criminal, antes bien, dentro de las nuevas concepciones de la función del estado ante el delito, encontramos la *preventiva, que persigue la defensa de la sociedad contra el delito*, y no menos importante, la *rehabilitadora del delincuente*, que tiene como fin, el convertir al delincuente en un ente útil a la sociedad, evitando con ello que vuelva a delinquir.

---

<sup>6</sup>Francesco Antolisei. Obra citada. Pag. 9



Así, a grandes rasgos podemos decir, que la función del ordenamiento jurídico penal, en forma general, es la consecución del fin último del estado, el bien común, a través de la convivencia pacífica y armoniosa de sus integrantes. A título particular, se puede afirmar que las funciones del ordenamiento que nos ocupa son: A) la fijación de límites dentro de los cuales ha de enmarcarse el comportamiento de los miembros de la sociedad. B) La represión o castigo de aquellos que se salgan de dichos límites. C) La defensa de la sociedad contra el delito, a través de la prevención del mismo, y la rehabilitación del delincuente.

#### **A) EL DERECHO PENAL COMO RAMA DEL DERECHO PUBLICO:**

Se hizo ya una mención somera de la naturaleza jurídica del derecho penal. Sin embargo, consideramos necesario abundar en este tema, exponiendo las ideas que algunos tratadistas han vertido, respecto del mismo. Como ya se dijo, el derecho penal forma parte del derecho público interno del estado. Uno de los principales argumentos a favor de esta aseveración está estrechamente vinculado con los bienes jurídicos que tutela el derecho penal: La vida, la integridad física, el patrimonio, la libertad. Estos son bienes jurídicos que aunque en apariencia son individuales, verdaderamente tienen un carácter colectivo, porque todos los integrantes de la sociedad los poseen, de una u otra forma. Algunos como la vida, en forma absoluta, algunos como el patrimonio, en diferentes calidades o cantidades.

Basta leer el artículo primero de nuestra Constitución Política, para darnos cuenta que la protección de los bienes jurídicos mencionados, la toma el estado como una de sus funciones primordiales, de allí que no sea difícil comprender la naturaleza de derecho público, que tiene el derecho penal. El tratadista, Luis Jiménez de Asúa, indagando sobre la naturaleza del derecho penal, concluye que el mismo constituye "El derecho disciplinario que una sociedad puede aplicar a los miembros que la forman."<sup>7</sup>

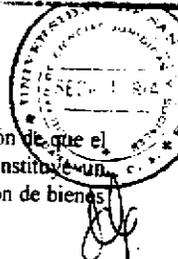
Y, como medio de contraste, analicemos brevemente, lo que la doctrina ha definido como derecho público. Tradicionalmente han habido una serie de definiciones para el concepto, sin embargo, encontramos una sumamente satisfactoria a nuestro criterio, y es la que nos brinda Gonzalo Fernández de León. Su definición nos dice que derecho público es "El que se ocupa de la organización del estado y de sus relaciones con los individuos, con la sociedad y con otros estados, o sea el que se ocupa del Gobierno del estado. Se divide en interno, que trata de cada estado en sí mismo, y externo o internacional, que trata de las relaciones entre los estados."<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>Luis Jiménez de Asua. Tratado de Derecho penal. Editorial Losada. Buenos Aires 1964.  
Pag 19

<sup>8</sup>Gonzalo Fernández De León. Diccionario Jurídico. Ediciones Contabilidad Moderna, Tomo II, Buenos Aires, 1972, Pag 282

Habiendo quedado expuestos los criterios anteriores, sólo nos queda ratificar la opinión de que el Derecho Penal, constituye una rama del derecho público interno del estado, y constituye el instrumento del que se vale el estado, para el logro de sus fines, mediante la protección de bienes jurídicos de gran importancia para el conglomerado humano de que está compuesto.



## **B) DERECHO PENAL SUSTANTIVO:**

El derecho penal sustantivo, o de "fondo, sustancial o material" como suelen llamarle los tratadistas, es aquel que contiene, ante todo, los conceptos e instituciones fundamentales de una rama del derecho. En el caso del derecho penal sustantivo, el cual regularmente se divide en parte general y parte especial para su estudio, contiene en su parte general, precisamente los conceptos fundamentales de los fenómenos penales de mayor relevancia como lo son el delito, el delincuente, la pena y la medida de seguridad, entre otros. En su parte especial, contiene la ley penal sustantiva, la definición precisa, de todos aquellos actos del hombre, considerados como típicamente antijurídicos y culpables, estos son, los delitos y las faltas. Además, contiene esta parte especial de la legislación penal sustantiva, las penas y/o medidas de seguridad, que habrán de imponerse a quienes cometan los diferentes delitos o faltas.

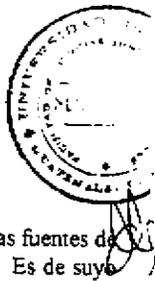
La contrapartida de la ley penal sustantiva, es la denominada "instrumental o adjetiva", que es aquella legislación, que se ocupa de regular el "proceso" de aplicación de la ley sustantiva, a cada uno de los casos concretos. En Guatemala, la ley Penal sustantiva por excelencia es el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, aunque vale aclarar que existen preceptos penales diseminados en varias leyes, como La ley Contra la Narcoactividad, decreto 48-92 del Congreso de la República. La Ley contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero, decreto 58-90 del Congreso de la República. Y la Ley de Armas y Municiones, decreto número 39-89 del Congreso de la República, por mencionar sólo algunas.

## **C) EL DERECHO PENAL ADJETIVO O PROCESAL:**

Como ya quedó expuesto, el derecho penal sustantivo contiene precisamente los conceptos esenciales de las ciencias penales, como lo son el delito, el delincuente, la pena y la medida de seguridad entre otros. Sin embargo, se hace necesaria la existencia de un vehículo, que logre objetivar tales conceptos abstractos. Esa es la función del derecho penal adjetivo, la de lograr que se apliquen los preceptos del derecho penal sustantivo a cada caso concreto. Así, ensayando una definición propia podríamos afirmar que derecho penal adjetivo o procesal es el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan la aplicación del derecho penal al caso concreto, a través de un proceso, cuya finalidad es el pronunciamiento de una sentencia, que persigue el restablecimiento del orden jurídico quebrantado.

## CAPITULO II

### "1. La Ley Penal"



Para poder comprender a cabalidad lo relativo a la ley penal, debemos remontarnos a las fuentes de la misma. Recordemos que en derecho penal, la fuente del mismo es siempre la ley. Es de suyo importante el recalcar, que en el mundo moderno, es una noción universalmente aceptada, que fuentes de otros tipos de derecho, como la costumbre, no lo son del derecho penal. De esa suerte, podemos decir que la fuente del derecho penal por excelencia es la ley.

La expresión fundamental de la tesis vertida, es la máxima *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*. También conocida como el PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Este principio, cuya importancia es capital dentro de la ciencia del derecho penal, proclama, que no podrán tenerse como delitos, sino aquellos expresamente tipificados en la ley como tales, y a estos no podrá aplicarse penas distintas de aquellas que la ley asigna a cada uno de ellos. Este principio, de aplicación universal en el mundo moderno, trae consigo tres garantías que son fundamentales: A) La garantía criminal: Nadie será penado sino por los hechos que la ley define como delitos o faltas. B) La Garantía Penal: nadie será castigado con penas diversas a las establecidas por la ley. Y aunque no en forma expresa, implica la llamada C) Garantía ejecutiva: Las penas establecidas en la ley penal no se ejecutarán en otra forma que la prescrita por la ley o los reglamentos correspondientes. La importancia del principio de legalidad, ha sido siempre recalcada por los penalistas, y Eugenio Cuello Calón, por ejemplo, escribiendo del tema, señala: "tiene por tanto este principio, el carácter y el rango de una importante garantía política del ciudadano, y más aún, el de garantía humana, que protege al individuo contra la arbitrariedad de los jueces, le asegura que no será castigado sino por lo hechos que la ley halla de antemano definido como delitos, y que en caso de delincuencia, no podrá ser penado sino con las penas, y conforme a la medida, previamente establecidas en la leyes. El carácter político de esta garantía se ha acentuado firmemente en los últimos años."<sup>9</sup>

Queda entonces a nuestro criterio, claramente ilustrada la capital importancia del principio que nos ocupa. La aplicación del principio de legalidad, trae consigo, lo que conocemos como la exclusión por analogía. Básicamente este principio, que no es más que un reflejo del principio de legalidad, reza que no pueden en derecho penal, crearse figuras penales (delitos) por analogía. Esto quiere decir, que no importa lo grave que un comportamiento pueda ser, ni las funestas consecuencias que el mismo pueda traer, si no está tipificado como delito en la ley, no puede ser castigado en forma alguna. Este principio, necesario a ciencia cierta en el andamiaje legal de cualquier país, implica que los legisladores, deben estar siempre revisando el surgimiento de actos, que sin estar contemplados en la ley, son dañinos para la sociedad, y al encontrarlos tales casos, deben proceder, por medio de la iniciativa de ley, a incluirlos dentro de la ley penal sustantiva. Esto implica, que la ley penal, no debe nunca permanecer estática, sino debe estar en constante cambio, ser dinámica.

---

<sup>9</sup> Eugenio Cuello Calón. Obra citada. Parte general Volumen I, pag.200

Para ejemplificar la situación anterior, valga recordar que en nuestro país, hasta hace muy poco tiempo, no estaba legislado ningún delito relativo a la informática, y la legislación relativa a la protección del medio ambiente era sumamente escasa y ambigua. Sin embargo, los nuevos requerimientos del progreso, han hecho necesario ir legislando sobre temas como estos y otros.

Otros dos aspectos de suma importancia en lo relativo a Ley Penal son sus caracteres Imperativo y Valorativo. La imperatividad de la ley penal, tiene su origen en el *Jus imperium* del estado. Esta es la potestad del estado, para crear normas de observancia obligatoria para el conglomerado humano que lo conforma, con lo que se pretende regular las relaciones entre los miembros de la sociedad, y las relaciones de los miembros de la sociedad con el estado. Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la esencia de la norma penal es su imperatividad. El estado ha creado la ley penal, y en forma coercitiva obliga a los ciudadanos a cumplirla. Este cumplimiento no debe estar sujeto a ningún tipo de condición. Intimamente ligado a este, encontramos el aspecto valorativo de la ley penal. Como norma de conducta instaurada en forma obligatoria por el ente estatal, su imperio consiste en prohibir algunos actos de la conducta humana y normar otros. Su función principal es la de valorar la conducta del hombre frente al estado. Luis Jiménez de Asúa, abordando el tema, nos dice: "Tomada esta en su sentido formal y más solemne, es (la norma penal) la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos jurisdiccionales, en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones. La Ley penal es hoy, el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones."<sup>10</sup>

Una definición muy completa y comprensible de lo que es la Ley Penal, es aquella que nos brinda el tratadista Guillermo Cabanellas, quien la define como: "la que define los delitos y las faltas, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o las medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponden. Las leyes penales por referirse al orden público, se aplican con criterio territorial a cuantos habiten o residan en el ámbito jurisdiccional de la nación, sin otras excepciones que algunas muy especiales para representantes de otras naciones. Las leyes penales, según criterio tradicional, se interpretan restrictivamente, es decir, en caso de duda a favor del reo y de la absolución."<sup>11</sup>

#### A) PRECEPTO Y SANCION:

Tal y como sucede con la mayoría de fenómenos sociales y de la naturaleza, la norma legal, puede ser dividida en elementos. En el caso de la norma penal, son dos: El primero de ellos lo constituye el precepto, o *praecceptum legis*. El segundo de ellos es la sanción, pena o castigo, también conocido como *sancio legis*.

---

<sup>10</sup>Luis Jiménez de Asúa. Obra citada. Pag. 94

<sup>11</sup> Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1972. Tomo II, pag. 543

El primer elemento, lo constituye la descripción de una conducta humana, que puede implicar una acción u omisión. En algunas legislaciones, tal descripción está siempre formulada como una prohibición, tanto de hacer, como de no hacer según sea el caso (por ejemplo, la prohibición de matar, o la prohibición de abstenerse de brindar ayuda a un menor de edad desvalido que la necesite.) Sin embargo este no es el caso de la legislación penal guatemalteca. En nuestra ley, se describe un comportamiento determinado, lo que conocemos como supuesto de ley, y a tal comportamiento se le asigna una pena o medida de seguridad según sea el caso. Como ejemplo, podemos citar el artículo 263 del código penal vigente, Decreto 17-73 del Congreso de la República, que establece que "comete estafa quien induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno. El responsable de este delito será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años, y multa de doscientos a diez mil quetzales. En el supuesto anterior encontramos, primero, la descripción de una conducta. Después, la certeza legal de que quien lleve a cabo tal conducta, ha cometido un delito. Finalmente encontramos la pena correspondiente, que trataremos en un momento. Esta conducta descrita con anterioridad a su realización, y la implicación legal de que quien la cometa, es sujeto activo de un delito, se conocen dentro de la ciencia del derecho penal como tipo legal y TIPICIDAD. Este es el precepto dentro de la norma penal.

Respecto del precepto, Guillermo Cabanellas, nos dice que el mismo es "un mandato u orden que el superior íntima o hace observar y o guardar a su subdito, instrucción, regla, norma, artículo o disposición concreta de un cuerpo legal."<sup>12</sup>

La pena, la sanción o el castigo, ha sido considerada como la consecuencia lógica del delito. La pena es la infracción, que el estado ha incluido dentro de la norma legal, que ha de imponerse a todo aquel que no cumpla con lo estatuido por la misma. La naturaleza de la pena, ha sido un tema sumamente debatido dentro de lo que es la ciencia del derecho penal. Existen para enfocar la misma dos puntos de vista antagónicos. Uno de ellos es el que visualiza la pena como una retribución al comportamiento delictivo del criminal. Los seguidores de esta teoría, sostienen que cuando un criminal comete un delito, la sociedad, a través del estado, tiene el derecho a imponerle un castigo, un sufrimiento, que tienda a expiar la culpa del haber quebrantado el orden jurídico. La otra escuela de pensamiento principal con respecto a la pena, es aquella que le otorga un carácter preventivo. Quienes sustentamos este punto de vista, no vemos que la importancia de la pena sea en si la de castigar el comportamiento delictivo del criminal. Se piensa que la función de la pena, debe ser la de prevenir que se cometan nuevos delitos. Esto tanto en el criminal, que sufriendo la pena, debería en teoría desistir de futuras actitudes delictuosas, como en el criminal en potencia, que sabiendo de las penas sufridas por quienes han delinquido, optaría por no cometer delitos. Demás está decir que el primer supuesto es imposible, mientras no se logre la función rehabilitadora en los centros de cumplimiento de condenas, y en el segundo caso, mientras no se dé a la población una adecuada difusión, no sólo de la ley penal, sino de los procedimientos aplicados a aquellos que la quebranten (juicio, oral y público).

Al hablar sobre la pena, el jurista Guillermo Cabanellas, nos indica que es "una sanción, previamente establecida por la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados. Dolor físico, pesar,

---

<sup>12</sup> Guillermo Cabanellas. Obra citada. Tomo III, pag. 344.

esfuerzo. Como noción unificadora, casi no subsiste otra idea que la consideración de que la pena es la lógica consecuencia jurídica del delito o falta cometidos y que en ambos casos, existe la necesaria reacción social en su contra.<sup>13</sup> Al tratar el mismo tema, Gonzalo Fernández de León, nos dice que sanción o pena es: "medida represiva establecida en las leyes penales para sancionar los delitos o contravenciones en ella previstos y castigables. La pena implica un sufrimiento, aunque el propósito primordial de la ley no fuere causarlo al reo-, y se le atribuyen fines de prevención general o defensa social, y de prevención especial por la inocuización o la enmienda moral o civil del penado."<sup>14</sup>

Al considerar el tema de la pena en el derecho penal, y como respuesta a la interrogante de ¿qué es la pena?, el eminente penalista español Juan Bustos Ramirez, nos informa: "históricamente la pena no es sino autoconstatación ideológica (simbólica) del estado. No es pues neutral, como no es neutral el estado. Mediante la pena, el estado demuestra su existencia frente a todos los ciudadanos, y señala que el sistema por él elegido sigue vigente."<sup>15</sup> Esta es una acepción moderna de la pena, y en ella percibimos la esencia del jus puniendi. En el mismo orden de ideas, nos señala el tratadista ya citado, refiriéndose a la finalidad de la pena: "en un estado social y democrático, de derecho, que se asienta sobre la realidad social (y no sobre la metafísica), la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social, que en el campo penal implica la protección de los bienes jurídicos que ha fijado en definitiva, de las relaciones sociales concretas que ha determinado."<sup>16</sup>

Aunque que existen varias teorías sobre la clasificación de las penas, nos parece acertada la que nos brindan los penalistas guatemaltecos De Mata Vela y De León Velasco. Ellos sostienen, que tomando como punto de partida, la materia sobre la que recaen y el bien jurídico que privan o restringen, la penas se clasifican en A) **Pena capital**, que es aquella en la que se priva de la vida al condenado. B) **Penas privativas de la libertad**: que son aquellas que llevan consigo el internamiento del condenado, en un centro carcelario. C) **Penas restrictivas de la libertad**: Que son aquellas en las que restringe la libertad del condenado, destinándole por ejemplo un lugar específico donde debe residir, o bien prohibiéndole la concurrencia a determinados lugares. D) **Penas restrictivas de derechos**: Son aquellas que limitan o restringen ciertos derechos individuales, civiles o políticos al condenado, tal el caso de las inhabilitaciones o suspensiones. E) **Penas pecuniarias**: Son de tipo patrimonial. Inciden directamente sobre la fortuna del condenado. Tal es el caso de las multas, o el comiso de bienes. Y por último, F) **Penas infamantes o aflictivas**: Estas han quedado totalmente en desuso. Las primeras tenían por objeto humillar al condenado. Por ejemplo, hacerle vestir de una forma determinada, o portar rotulos que indicaran su condición de condenado. Las

<sup>13</sup>Guillermo Cabanellas. Obra citada. Tomo III. Pag. 344.

<sup>14</sup>Gonzalo Fernández De León. Obra citada. Tomo IV. Pag. 139.

<sup>15</sup>Juan Bustos Ramirez. Manual de derecho penal. Parte General. Editorial Ariel, Barcelona, España, 1986. Pag. 34

<sup>16</sup>Juan Bustos Ramirez. Obra citada. Parte general, Pag. 34.



segundas, tenían por objeto el causar sufrimiento físico al reo. Las más frecuentes consistían en azotes, mutilación de miembros menores (cortar la mano derecha al ladrón, por ejemplo), o martirio con hierros candentes. Afortunadamente, la ciencia moderna del derecho penal, al ir abandonando la teoría de la naturaleza retributiva de la pena, ha ido obligando a que tales penas formen parte únicamente de la historia del derecho.

## B) SUJETOS DE LAS LEYES PENALES:

Dijimos ya, que la ley penal es un instrumento, que ha creado el estado, para normar las relaciones entre particulares, y entre estos y el estado, todo ello tendiente a la consecución del fin último del órgano estatal, como lo es el bien común. ¿Quiénes serán entonces los sujetos de las leyes penales? Necesariamente deberán ser los miembros del conglomerado humano que forma parte del estado. Esto quiere decir que las leyes penales, necesariamente van dirigidas a todos los habitantes del estado. Regularmente se le ha denominado a este conglomerado humano que forma parte del estado, sociedad, aunque no todos los tratadistas avalan el término. Ahora bien, ¿cómo saber en donde termina el imperio de la ley de un estado, y comienza la de otro? Aquí entramos a analizar el fenómeno que se denomina territorialidad de la ley. La territorialidad de la ley no es más que el ámbito espacial, en que la ley de un estado tiene validez. Al respecto, el artículo 4o. De nuestro código penal vigente, establece que: "salvo lo establecido en tratados internacionales, este código se aplicará a toda persona que cometa delito o falta en el territorio de la República, o en lugares o vehículos sometidos a su jurisdicción." Esta territorialidad de la ley, tiene por fundamento la soberanía nacional. Como una medida de defensa social contra el delito, el estado se arroga el derecho de aplicar todo el peso de la ley penal, a cualquier persona, nacional o extranjera, que cometa delitos, en el territorio nacional, o en lugares (embajadas de Guatemala en el extranjero) o vehículos (buques o aviones de bandera guatemalteca) sometidos a su jurisdicción.

Sin embargo, el mismo código penal, en sus artículos 5 y 6, establece casos muy puntuales y específicos, en que se puede aplicar la ley penal guatemalteca en forma extraterritorial. Esto, que en apariencia sería una vulneración de la soberanía de los estados, o parecería contradecir el principio de territorialidad de la ley penal, es un caso de *excepción*, que tiene su fundamento en tres principios generalmente aceptados, que justifican la aplicación de la ley penal en forma extraterritorial: A) El principio de Nacionalidad o de personalidad, que tiene sus orígenes en la legislación italiana de la edad media. Este principio sostiene que la ley penal de un estado, debe aplicarse a todos los delitos cometidos por sus ciudadanos, en cualquier lugar del extranjero, hayan sido cometidos en contra de connacionales o de extranjeros. B) El principio real de protección y defensa: Este tiene por fundamento la necesidad del estado, de protegerse contra delitos que pongan en peligro sus intereses, aunque estos sean cometidos en el extranjero. C) El llamado Principio universal o de la comunidad de intereses. Este propugna la noción de que todas las naciones tienen derecho a sancionar a los autores de determinados delitos, no importando su nacionalidad, el lugar de comisión del delito, ni el interés jurídico vulnerado. Este principio está enfocado principalmente a los delitos de "lesa humanidad".

En la práctica la aplicación de la ley en forma extraterritorial, queda casi limitada a los casos en los que habiendo sido cometidos los delitos fuera del territorio nacional, los delincuentes son aprehendidos dentro del mismo. En los casos en que es necesaria la extradición, los países casi siempre hacen uso del derecho de juzgar a los delincuentes en su territorio, si han sido capturados en el.

### C) LA RELACION PENAL:

La relación penal es aquella que surge, cuando un sujeto, habiendo realizado la conducta establecida en la ley penal como delictuosa, hace que el derecho subjetivo del estado de castigar a quien contravenga la misma, pase a ser un derecho objetivo, imponiéndose una sanción al delinciente, que debe cumplir con, sin o contra su voluntad.

Este derecho subjetivo que tiene el estado de perseguir penalmente es definido por el versado tratadista, Juan Bustos Ramírez, quien nos da una definición del derecho penal subjetivo o IUS PUNIENDI, que nos ha parecido muy acertada; él afirma que es: "la potestad penal del estado, de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Es entonces, expresión del poder único y exclusivo del estado para ejercer la violencia legítima."<sup>17</sup>

La naturaleza de la relación penal, ha sido objeto de discusión por parte de los tratadistas. Existe un acuerdo casi unánime, en el sentido que al momento que se realiza el comportamiento descrito en la ley como delito, se inicia una relación de naturaleza jurídica entre el estado, y el delinciente. Tal relación comienza desde el momento en que se inicia la persecución penal, y podríamos decir finaliza con el cumplimiento de la pena impuesta. Lo que no es objeto de un acuerdo tan generalizado, es la relación que surge entre el delinciente, y el sujeto pasivo del delito, o sea la persona que recibió directamente los efectos del comportamiento criminal. Algunos tratadistas sostienen que es una relación de tipo civil, pues el criminal, al ser condenado, casi siempre es condenado también a pagarle al sujeto pasivo del delito, una suma por concepto de responsabilidades civiles. Sin embargo, que pasa en aquellos casos, en los que el sujeto pasivo del delito, tomó un papel activo en la acusación. Algunos tratadistas sostienen que pueden existir relaciones de naturaleza penal entre los particulares. Sin embargo, siendo el estado el único titular de la soberanía, y encargado de la creación de las leyes y de velar por el cumplimiento de las mismas, creemos que la relación penal fundamental, es aquella que surge entre el criminal, y el estado con ocasión de la comisión del delito.

Dentro de esta tónica, es importante hacer ver, que cuando el estado aplica la ley al caso concreto, lo hace a través de un proceso. En ese proceso, deben observarse una serie de garantías, cuyo fin primordial es evitar que los derechos de la persona que ha sido acusada de un delito, sean conculcados. Hablar de todas las garantías de tipo procesal, haría el presente trabajo muy extenso,

---

<sup>17</sup>Juan Bustos Ramírez. Obra citada, Parte general. Pag. 39.

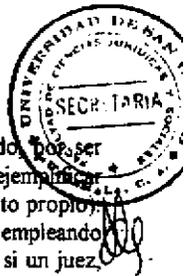
pero si creemos importante, hacer hincapié en el hecho de que cuando el estado inicia la persecución penal de la persona que se presume delinquiró, debe observar en forma absoluta la garantía conocida como "derecho de defensa". Tal garantía es tan importante, que en nuestra legislación, como en la mayoría de legislaciones del mundo, tiene rango constitucional. Está plasmada en el artículo doce de nuestra constitución política, y dice así: "La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin antes haber sido citado, oído y vencido en proceso legal, ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente."

## D) ALGUNOS PRINCIPIOS ESENCIALES DE LA LEY PENAL:

La ley penal, como la mayoría de ramas del derecho, tiene una serie de principios, que podríamos decir son los pilares sobre los que descansa toda la estructura del ramo correspondiente. En derecho penal, existen principios, que tienen tal importancia, que no podríamos concebir un sistema penal moderno, sin la existencia de los mismos. El primero de ellos, y el de mayor importancia es el *principio de legalidad*, que ya fue mencionado en el presente trabajo, pero conviene volver a analizar brevemente. "*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*". La importancia de este principio es capital. Su esencia es crear la noción, que no puede existir figura delictiva, ni pena que pueda ser aplicada a la misma sin ley anterior. No puede en forma caprichosa establecerse que una conducta constituye delito, si una ley anterior no lo ha preceptuado de esa forma. No puede aplicarse a determinado comportamiento una pena, si la misma no ha quedado establecida con anterioridad, en el cuerpo legal idóneo. Este principio es la médula del derecho humano conocido como "libertad de acción", que en forma resumida prescribe que las personas tienen derecho a hacer, todo aquello que la ley no prohíba. Imagine por un momento el lector, que el estado pudiese atribuir la categoría de delito, a cualquier comportamiento que las autoridades de turno consideraran negativo. Podría darse el caso en que las autoridades del momento, por convicciones religiosas, decidieran que el consumo de bebidas alcohólicas, o el comer carne de ganado porcino, fuera considerado delito. ¿Cómo podría entonces el ciudadano conocer los límites a su libertad? Esa es la gran importancia que el principio de legalidad tiene; no permite que las figuras delictivas y las penas que les corresponden puedan ser creadas al libre albedrío de las autoridades.

Otro principio de suma importancia dentro del derecho penal, es el conocido como *In dubio pro reo*, que traducido informalmente nos dice que la duda siempre favorece al reo. Este principio persigue evitar que los jueces tengan una gran discrecionalidad en cuanto a interpretar la ley, y al aplicar las penas, la misma ley, le impone al juzgador la obligación que cuando exista duda, sobre los alcances de una ley, o la forma en que la misma debe ser interpretada, debe hacerse siempre en la forma que resulte mas favorable al reo.

No menos importante, y estrechamente vinculado a los dos anteriores principios, encontramos el conocido como *Principio de exclusión de la analogía*. Este principio es una prohibición expresa, para que los jueces puedan crear figuras delictivas por analogía. La aplicación práctica de este principio



es muy sencilla. Los jueces no pueden disponer, que un comportamiento determinado, por ser parecido a otro que está contemplado en la ley como delictivo, constituya delito. Para ejemplificar este principio, utilicemos el artículo 131 del Código Penal. El mismo establece: "(raptor propio) quien con propósitos sexuales sustrajere o retuviere a una mujer, sin su voluntad o empleando violencia o engaño, será sancionado con prisión de dos a cinco años." Que pasaría, si un juez, ofuscado porque su hija, mayor de edad, a decidido "fugarse" con su novio, sin su consentimiento, dispusiera, que por parecerse el supuesto jurídico anterior, a lo que aconteció con su hija, debería procesarse al novio, y sancionarsele con pena similar. La discrecionalidad que tendrían los jueces sería enorme, pues es bien sabido, que existen una serie de comportamientos, que siendo moralmente improbables, son legales.

Aún siendo este principio de vital importancia, vale la pena reseñar que existen legislaciones de ciertos países, como Dinamarca, que permiten expresamente la creación de figuras penales por analogía. Otros países, como Holanda y Francia, sin permitiría abiertamente, no la excluyen del todo al momento de interpretar la ley. Creemos apropiado, parafrasear al maestro Eugenio Cuello Calón, quien citando al jurista Quintano Ripollés nos dice sobre la analogía: "La analogía conduce al abandono del principio de legalidad contenido en la máxima, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, ya que si para colmar lagunas de la ley se permitiera a los jueces castigar hechos no expresamente previstos podrían llegar a convertirse en creadores de normas jurídicas; pero además, la analogía ataca también el principio de irretroactividad, ya que el juez, al realizar la operación analógica, lo hace forzosamente *ex post facto*, no pudiendo ser conocida ni prevista por el reo."<sup>12</sup>

El último principio que trataremos aquí, lo denomina nuestra ley como *extractividad de la ley penal*. En la doctrina se le ha denominado aplicación retroactiva de la ley penal favorable al reo. Este principio sostiene que cuando cualquier ley posterior, sea más favorable que aquella que se aplicó al momento de la comisión del delito, se aplicará en forma retroactiva, siempre y cuando favorezca al reo. Esto aún si ha recaído sobre el delito, sentencia firme, y se encontrare el reo purgando su pena.

La razón de ser de este principio, está precisamente en el carácter dinámico, y no estático que debe tener la legislación penal de los estados. A veces, la misma evolución social determina que ciertas actitudes no sean castigadas con tanta severidad como había venido haciéndose. Valga recordar, que en épocas pretéritas, los delitos como la "brujería" y la "herejía", se castigaban con la muerte. En la actualidad, ni siquiera están catalogados como delitos, virtualmente por ninguna legislación del mundo. Antes, cuando una esposa y madre abandonaba el hogar conyugal, era constitutivo del delito que se conocía como "abandono de hogar"; En la actualidad, tal comportamiento no constituye delito. Ahora bien, en que plan quedaría una persona, que estuviese cumpliendo una condena por abandono de hogar, al momento que tal figura fue despenalizada. No sería ridículo que alguien estuviese purgando una pena, por un comportamiento que en la actualidad no se considera delictivo? Estas circunstancias son las que hacen que se reserve únicamente para la ley penal, la aplicación retroactiva de la ley, y esto únicamente cuando favorece al reo.

---

<sup>12</sup>Eugenio Cuello Calón. *Obra Citada*. Vol. I parte general, pag. 221.



De nuevo, el tratadista Eugenio Cuello Calón, que ha realizado extensos estudios sobre el tema citando a los penalistas Gómez de la Serna, Caravantes y Pacheco, menciona sobre la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna: "La ley (penal) más benigna, según la opinión dominante, siempre debe tener efecto retroactivo, aún cuando sobre el hecho, hubiere recaído sentencia firme, pues cuando el poder social considera que determinado hecho no debe ser penado o debe serlo con pena menor, seguir castigándolo con pena más grave constituye un acto de indudable injusticia."<sup>19</sup>

## E) LA INTERPRETACION DE LA LEY PENAL:

Al acto de interpretar se le han dado diversas acepciones. En general podríamos decir que interpretar algo es descubrir su verdadero sentido, clarificarlo, comprenderlo a profundidad. Así, la interpretación de la ley penal es sumamente delicada. Esto porque de la interpretación de una ley, depende su correcta aplicación, y de esta a su vez, dependen una serie de valores del ser humano, como lo son la vida, la libertad, y el patrimonio de la persona. La interpretación de la ley penal es tan delicada que algunos de los primeros penalistas sostenían que no debía hacerse en ningún caso, pues sería otorgarle facultades legislativas al juzgador. Sin embargo en la actualidad, se sabe que sería imposible la aplicación de la ley, si ésta no pudiera ser sujeta de algún grado de interpretación. Hay quienes como Antolisei, Crispigni y Maggiore, piensan que cada vez que se aplica la ley al caso concreto, se hace una interpretación de la misma, pues el Juez "al aplicar la ley al caso concreto, ha de averiguar su sentido y su finalidad, ha de interpretarla, en esto consiste la interpretación de la ley, en determinar la voluntad de la misma."<sup>20</sup>

En relación al tema, el célebre profesor de derecho penal guatemalteco, Palacios Motta, citado por De Mata Vela y De León Velasco, nos dice, que "la interpretación jurídica tiene como finalidad descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición legal."<sup>21</sup>

Por su parte Guillermo Cabanellas resume así la interpretación: "Acción o efecto de interpretar, esto es, declaración, explicación o aclaración del sentido de una cosa, o de un texto incompleto, oscuro o dudoso. La obscuridad, la duda o la laguna legal puede encontrarse en las palabras o en el espíritu de las normas positivas."<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup>Eugenio Cuello Calón. Obra Citada. Vol. I parte general, pag. 233

<sup>20</sup>Francesco Antolisei. Obra citada. Pag. 91

<sup>21</sup>Hector Anibal De León Velasco, José Francisco De Mata Vela, Obra citada. Pag. 90

<sup>22</sup>Guillermo Cabanellas. Obra citada. Tomo II. Pag. 418.



Eduardo García Maynes, nos da su significado de la interpretación, en las siguientes palabras: "Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan expresiones, para descubrir lo que significan. La expresión es un conjunto de signos. Por ello tiene significación."<sup>23</sup>

Así, podemos darnos cuenta, que básicamente el criterio de todos los tratadistas coincide, en el sentido de indicar que la interpretación busca encontrar el verdadero sentido de la norma legal, primordialmente al momento de su aplicación al caso concreto. De lo anterior podemos inferir que es una herramienta de que dispone el juzgador, dentro de ciertos límites, para clarificar el sentido de las normas, buscando en ellas la verdadera intención del legislador. El verdadero espíritu de la ley. Si no pudiesen los jueces interpretar la ley, se volverían autómatas al tratar de aplicar la misma al caso concreto. No podrían tomar en consideración las circunstancias peculiares de cada hecho, ni podrían graduar la pena dentro de los rangos que la misma legislación les señala. Sería como pretender que el juicio legal fuera como una ecuación matemática, lo cual es de suyo imposible. De esa suerte, la pregunta no está actualmente en ¿si debe o no interpretarse la ley?, sino en ¿cómo y hasta que punto debe hacerse?

A través de la historia del derecho, los tratadistas han intentado clasificar los diversos tipos de interpretación de la ley que existen. De estos esfuerzos intelectuales, han surgido diversas clasificaciones. Sin embargo, las más aceptadas son a nuestro criterio, las expuestas por el penalista Eugenio Cuello Calón, que nos da a grandes rasgos tres clasificaciones: E.1) *Desde el punto de vista del intérprete*: Auténtica, doctrinal y Judicial.

La AUTÉNTICA, es aquella que lleva a cabo el mismo legislador. Esto regularmente se hace a través de ciertas reglas que ya están predeterminadas en los cuerpos legales cuya interpretación se pretende, o bien por medio de otra ley.

La DOCTRINAL, es la que hacen los científicos de las ciencias jurídicas. Estas interpretaciones quedan plasmadas en las diversas monografías, y trabajos realizados por los estudiosos de la ley. Estas interpretaciones, no tienen carácter vinculante, pues carecen de obligatoriedad, sin embargo son una herramienta valiosa, para el constante desarrollo del derecho, y por ende deben ser tomados muy en cuenta, dichos criterios.

Por último, la JUDICIAL, que es la que hacen los jueces, al momento de aplicar la ley al caso concreto. Por lo general, sólo tienen carácter obligatorio, en el caso concreto al que se han aplicado, sin embargo algunas legislaciones, como la nuestra, tienen instituida como fuente de derecho la jurisprudencia, que es básicamente una serie de fallos contestes, en un mismo sentido, sin uno entre ellos, que haya sido contrario. Esto da a la interpretación que se hizo de la ley, carácter de obligatoria.

---

<sup>23</sup>Eduardo García Maynes. Introducción Al estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. Argentina 1979. Pag. 325.

Otro criterio para dividir la interpretación, es: E.2) *de acuerdo a los medios que se utiliza para hacerla*. Desde ese punto de vista, se divide en gramatical y lógica.

La GRAMATICAL, persigue clarificar el sentido de la ley, buscando el significado de las palabras que conforman su texto. Esto presenta una serie de retos. Primero debe tenerse en cuenta la puntuación, y la relación de las palabras con otras dentro del mismo texto legal, pero en otros artículos. Además, los vocablos técnico-legales, deben ser tomados en su acepción científico-jurídica. Las palabras técnicas, que no son de carácter jurídico deben interpretarse conforme ciertos lineamientos, etc. En nuestro medio, la Ley del Organismo Judicial, nos da ciertos criterios al respecto. En su artículo 11, el Cuerpo Legal citado nos da ciertas directrices con respecto al sentido que debe dársele a los vocablos cuando aparecen en textos legales.

Por su parte, la interpretación LÓGICA, es en sí una búsqueda más profunda, del verdadero sentido de la ley. Va más allá del simple texto legal, buscando el conocimiento de la *ratio legis*, o la finalidad que la ley pretende alcanzar. Esta clase de interpretación es compleja, y debe hacerse examinando el precepto que se pretende interpretar, y relacionándolo con otros que regulan materias idénticas o similares. Muchas veces, es importante examinar la exposición de motivos de determinado cuerpo legal, para poder empezar a hacer una interpretación lógica de una norma. La consideración del elemento político de la ley es también importante a la hora de interpretarla, pues la organización y el sistema político del estado se refleja hondamente en el ordenamiento penal.

Finalmente, el último criterio que nos da Cuello Calón, para clasificar la interpretación es: E.3) *desde el punto de vista del resultado de la misma*, y así, la clasifica en: Declarativa, restrictiva y extensiva.

La DECLARATIVA, es cuando después de intentar la interpretación legal, se estima que existe un acuerdo total entre la letra de la ley, y el espíritu de la misma. O sea que es un precepto legal claro, y no es necesario explicar nada sobre él adicional a lo prescrito por el texto legal.

En cuanto a la interpretación RESTRICTIVA, podemos aseverar, es aquella en la que el intérprete considera que el texto legal, tiene un significado demasiado amplio. Un ámbito de aplicación, que escapa a las intenciones del legislador y va más allá del espíritu de la norma. En estos casos, la interpretación persigue restringir el ámbito de aplicación de la ley, para que el mismo sólo abarque lo que originalmente estaba conceptualizado debía normar.

Finalmente, tenemos la interpretación EXTENSIVA. Esta es muy delicada, porque tiene que ser realizada con gran cuidado, para no vulnerar el principio de *IN DUBIO PRO REO*. En forma simplista, podemos decir que la interpretación debe ser extensiva, cuando las letras de la ley, no expresan todo el contenido de la voluntad de la norma, del espíritu de la ley. En este caso, debemos dar a los términos empleados, un significado más extenso que el estrictamente gramatical. Sin embargo en derecho penal, debemos tomar en cuenta otro criterio. La interpretación extensiva de una norma, debe hacerse cuando el caso se halla previsto en la norma, aún cuando no lo parezca, por la expresión defectuosa o poco amplia del texto legal. Sólo en estas condiciones, debe hacerse una interpretación extensiva de las normas penales, de otro modo, podríamos vulnerar los principios del *In dubio pro reo* y también el de *exclusión de la analogía*.



### CAPITULO III

#### *“Evolución histórica de la teoría general del delito”*

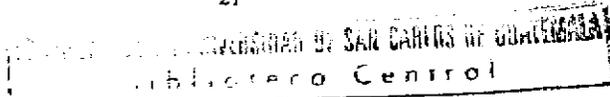
Dentro de lo que constituye el desarrollo de la ciencia del derecho penal, creemos firmemente que uno de los campos que ha sufrido las transformaciones más radicales en las últimas décadas ha sido precisamente la teoría general del delito. Hasta hace muy poco tiempo, prevalecía, con ciertas variantes, el modelo denominado Liszt-Beling en el estudio del fenómeno esencial de las ciencias penales, como lo es el delito. Sin embargo, el desarrollo de la ciencia en general, y de las ciencias sociales en particular, ha conducido a una correlativa evolución de las ciencias penales, lo que nos ha llevado a un modelo sumamente evolucionado del delito, denominado “teoría de la acción finalista”. Antes de entrar a considerar tan avanzado concepto, estimamos prudente hacer un breve recorrido por la diversas concepciones del delito, que han dominado las ciencias penales, desde su época más remota, hasta la actualidad.

#### *“3.1 diversas concepciones del delito a través de la historia”*

Como ya quedó expuesto, en este apartado trataremos de hacer una breve descripción, de los diversos conceptos del delito que han predominado en las ciencias penales. Vamos a iniciar nuestra exposición, con los postulados de la escuela clásica, y de allí vamos a movernos progresivamente hasta concluir con la teoría finalista de la acción, que se considera verdaderamente punta de lanza en la teoría general del delito.

**A) Concepto clásico del delito:** La escuela clásica, cuyos principales exponentes han sido considerados Carrara, Rossi y Carmignani, centró la discusión en torno al delito, alrededor de la pena. La naturaleza de la pena era para los clásicos la principal cuestión a resolver. Aún dentro del seno de la misma escuela, habían diversas tendencias al respecto. Algunos clásicos, quizás los más notorios, le daban a la pena un carácter retributivo. Era la pena, la retribución del mal por el mal, realizada por un juez legítimo, con la debida ponderación o medida. Para otros sin embargo, tenía la pena un carácter preventivo. El castigo de los delitos, afirmaba Carmignani por ejemplo, tiene por finalidad evitar que se perturbe la seguridad dentro de la convivencia humana; no tiene como aspiración la venganza del delito cometido, sino prevenir que el mismo se repita.

En el marco de esta discusión doctrinaria, surge el concepto carrariano del delito. Como es ya célebre, la teoría del delito de Carrara partía de la premisa que el delito es un “ente jurídico”, una injusticia. El mismo tenía dos componentes principales: uno de índole moral, y uno de carácter físico. El primero, el moral, estaba constituido por la voluntad del agente, y la alarma social causada por el delito dentro del conglomerado social. El elemento físico, estaba conformado por el movimiento corporal del agente, al momento de la comisión delictiva, y el daño material causado por el delito. Al decir carrariano, para que un delito pudiese cobrar existencia debía entonces haber un sujeto moralmente imputable, un acto con valor moral, que del mismo provenga un daño social, y que el mismo se halle prohibido por una ley positiva. Estos elementos fueron dando forma



a la ya conocida definición que nos da Carrara del delito, al afirmar que delito es la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. Dentro de esta concepción clásica, Carrara tiene el gran mérito de comenzar a impulsar el concepto de la tutela jurídica de los derechos de aquellos que integran el conglomerado social. De estas consideraciones surgirá con el tiempo, el concepto del bien jurídico tutelado, que como veremos más adelante es una de las piedras angulares de la moderna teoría del delito.

**B) El concepto moderno del delito:** Después de la escuela clásica, se dieron una sucesión de escuelas, todas las cuales tuvieron sus aportes a la teoría general del delito. La escuela positiva italiana hizo grandes aportes a la misma, principalmente en lo referente al estudio de la personalidad del delincuente. Además, como veremos más adelante, en su afán de profundizar el estudio de las ciencias penales, trató de implantar en ellas, la metodología para el estudio de las ciencias naturales, situación que trajo consigo una serie de tendencias, que van a desembocar en la teoría del delito conocida como modelo "Liszt-Beling", que hasta hace algunas décadas, era considerado, con sus variantes, como el modelo de mayor aceptación en el análisis del delito y sus elementos. Básicamente, el modelo Liszt-Beling, hace un análisis tripartito del delito, tomado como elementos esenciales del mismo, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Así, se dice que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable.

De los anteriores elementos, quizás el que tiene más tiempo de estar incluido en las diversas teorías del delito es la culpabilidad. Podemos encontrar conceptos más o menos acabados de esta categoría, desde las primeras obras relativas al delito, que datan de fines del siglo XVIII. Desde esa época hasta mediados del siglo XIX, se puede afirmar que la culpabilidad, era el concepto de mayor importancia, el eje fundamental, en torno al cual giraban las diversas concepciones del delito.

Ya a mediados del siglo XIX, Von Liszt introduce un nuevo aspecto a la consideración del delito. La antijuridicidad o antijuricidad como también suele llamarse. Este es el momento en que podría afirmarse, nace la teoría moderna del delito. Liszt afirma, que la antijuridicidad es una categoría que representa únicamente la contradicción existente entre el hecho realizado, y el ordenamiento jurídico en general. Este sería entonces el primer momento del delito, su fase objetiva, mientras que la consideración de la fase subjetiva del mismo, sería un momento posterior; pasaba así, la culpabilidad, a ocupar un segundo término en relación a la antijuridicidad.

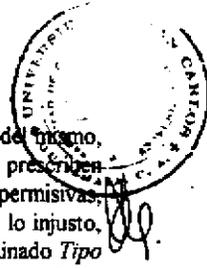
Sin embargo, con el concepto de antijuridicidad surge una nueva problemática. Que no todo aquello que es contrario al derecho, o antijurídico, interesa al derecho penal. No todo hecho contrario a la ley merece una pena. Existen un sin número de contravenciones que no son ni podrán ser nunca materia del derecho penal. Hacía entonces falta el surgimiento de un concepto delimitante, un concepto que permitiera orientar el ámbito de acción de lo antijurídico, hacia aquellos hechos de trascendencia para el derecho penal. Surge así, el concepto de la Tipicidad. Vale la pena sin embargo, aclarar, que no fué Liszt, sino Ernst Beling, quien introdujo formalmente los conceptos de tipicidad y de tipo legal, a la teoría general del delito.



El *delikttypos* o *tatbestand*, como lo llaman los juristas alemanes, o la *fattispecie*, o *fatto*, como se le llaman en Italia al tipo legal, es un concepto que ha sido bastante discutido dentro de la ciencia del derecho penal. En la actualidad, como veremos más adelante, ha sido considerado este, como el esencial, el de mayor importancia dentro de la teoría general del delito. Es importante, sin embargo, diferenciarlo de lo que es tipo legal o tipo penal, que como propugna el penalista Enrique Bacigalupo: "es un concepto jurídico producto de la interpretación de la ley penal. En este sentido, el tipo, es la descripción de la conducta prohibida por una norma."<sup>24</sup>

Así, con el surgimiento de la tipicidad, aquel concepto limitante de la antijuricidad, que tanta falta le hacía a la teoría del delito, cobra vida. De este momento en adelante, para que un hecho pudiese merecer una pena, no sólo debía ser antijurídico, sino debía estar contenido en un tipo legal. Con la etapa descrita, se llega entonces al perfeccionamiento del modelo Liszt-Beling, con un análisis tripartito del delito. Este modelo, como ya se dijo, era considerado una elaboración teórica sumamente avanzada para su época, tomando en cuenta que Beling introdujo el concepto de la tipicidad a principios del presente siglo. Sin embargo, hubo muchos juristas, que propusieron teorías alternativas del delito, que se basaban en el modelo descrito, pero introducían al mismo variantes. De esas variantes, podemos mencionar cuatro como las más trascendentales, y ellas son: B.1) Variantes que propugnan la fusión o inseparabilidad de los conceptos de antijuricidad y culpabilidad: El principal exponente de esta escuela de pensamiento fué el jurista alemán Adolf Merkel. Su planteamiento principal era que perteneciendo el delito al campo de lo psicológico, la actividad delictiva era consecuencia de la afirmación de individualidad de la persona. Así, la culpabilidad de aquel que había obrado en contra del derecho, no podía ser considerada en forma independiente al acto antijurídico en sí. Esta forma de pensamiento, sirvió también en su momento a los propósitos de los juristas de la escuela nazi de Kiel, quienes propugnaban la inseparabilidad de los conceptos aludidos, pero desde el punto de vista de que la culpabilidad constituía la lesión de los deberes sociales del pueblo. B.2) Variantes que propugnan la inseparabilidad o fusión de los conceptos de Antijuricidad y tipicidad: La consideración de esta vertiente de pensamiento tiene mayor trascendencia que el anterior, por cuanto aún en la actualidad, existen autores y tratadistas que se adscriben a ella. Dentro de la misma encontramos dos corrientes, que sin ser mutuamente excluyentes, tienen diferencias suficientes como para considerarlas por aparte. Primero esta la corriente que podríamos denominar "teoría monista de los imperativos". Los principales exponentes de la misma son los juristas alemanes Edmund Mezger y Sauer. Su principal consideración teórica es que toda regla jurídica debe subordinarse a las normas prohibitivas y de mandato, pues serían estas las únicas que tendrían autonomía valorativa. Los penalistas seguidores de esta teoría, siempre definen el delito como una acción típicamente antijurídica y culpable. Con esto, lo que se pretende es crear la noción de que la antijuricidad y la tipicidad, son presupuestos indispensables el uno del otro, y por ende es imposible deslindarlos e inconveniente analizarlos por separado. Luego esta la concepción denominada "Teoría de los elementos negativos del tipo". Adolf Merkel es uno de sus iniciadores, y dentro de quienes la defienden en la actualidad encontramos al célebre Klaus Roxin. La idea central de quienes siguen esta corriente de pensamiento es lo que se ha denominado el *tipo total*. Este

<sup>24</sup>Enrique Bacigalupo. Lineamientos de la teoría del delito. Editorial Juricentro, San José, 1985. 2nda edición reformada. Pag. 29.



concepto se basa en que en el tipo legal, están incluidos tanto los elementos positivos del mismo, como los elementos negativos. Así, cada tipo penal estaría compuesto no sólo de lo que prescriben las normas prohibitivas o de mandato, sino implícitamente tendrían incluidas las normas permisivas, verbigracia las causas de justificación. Así, el tipo de lo injusto, y el tipo que excluye lo injusto, pasarían a formar parte de un superconcepto, el que como ya quedó apuntado sería denominado *Tipo total*. De esa suerte, la valoración del hecho sería única, y todo aquello que no quedara incluido dentro de esa valoración, sería intrascendente para el derecho penal. Tal concepción, como decía Welzel, nos llevaría a la exagerada noción de que para el derecho penal, tendría la misma significación el matar a un hombre, mediando una causa de justificación y el matar a un mosquito. Ambos hechos escaparían la valoración única a que se refieren los partidarios de tal tesis, y por ende no serían en lo absoluto de interés al derecho penal. Elocuentemente, Manuel Bustos Ramírez, preclaro exponente de la teoría contemporánea de delito, opone al razonamiento anterior, dos premisas cuya exposición consideramos fundamental en el tratamiento de la problemática expuesta. Primero, dice Bustos, las causas de justificación constituyen una realidad diferente a los tipos legales. Las mismas son precisamente expresión de la autonomía que necesariamente debe existir entre las distintas reglas de un ordenamiento jurídico, toda vez que unas son normas prohibitivas o de mandato, y las otras tienen carácter permisivo.

Sin embargo, el ataque de Bustos Ramírez a la mencionada escuela de pensamiento va aún más allá. El mencionado autor con justa razón manifiesta que no pueden considerarse valorativamente igual el matar a un hombre mediando causas de justificación, a el matar a un mosquito. Al razonar así, dejaríamos de tomar en cuenta la función motivadora del derecho penal, que tiende siempre a la protección de los bienes jurídicos. Recordemos que la norma prohibitiva recoge los valores absolutos del conglomerado social, y les brinda protección, dándoles la categoría de bienes jurídicos tutelados por el derecho penal. Si tomáramos como base la teoría del tipo total, el mensaje que la norma transmitiría como motivación sería que el delito es correcto, siempre que se busque la causa de justificación correspondiente. Como bien afirma el citado jurista español: "con la teoría de los elementos negativos se produce una inversión valorativa, con lo cual la tipicidad y la antijuricidad no cumplen ni su función conceptual ni garantista dentro de la teoría del delito."<sup>25</sup>

Luego, dentro de la exposición que veníamos haciendo, encontramos a los tratadistas del derecho penal que formando otra vertiente: B.3) Propugnan la autonomía de la imputabilidad como elemento del delito. Los seguidores de esta corriente de pensamiento partían de un análisis cuatripartito del delito. Para ellos el delito es una acción típica, antijurídica, imputable y culpable. Sin embargo, esta vertiente fue rápidamente superada, bajo la consideración que si bien es cierto, la imputabilidad es un aspecto de importancia dentro del delito, el mismo debe ser considerado dentro de la culpabilidad como parte del juicio de reproche que la misma constituye. Es de lógica elemental afirmar, que sin una persona inimputable realiza una conducta típica, la misma no es reprochable, precisamente por existir la condición de inimputabilidad. Finalmente, la última vertiente a examinarse en el presente apartado, referente a las variantes introducidas al modelo Liszt- Beling es: B.4) Tratadistas que Incluyen dentro de los elementos del delito, la pena o la punibilidad: Podríamos afirmar que el

---

<sup>25</sup>Manuel Bustos Ramírez. Obra citada. Pag. 155.

primer tratadista en seguir esta corriente en forma sistemática, fue el mismo Liszt, que incluyó la pena en su definición del delito. Sin embargo, al aseverar el autor de mérito, que la acción del delito estaba "conminada con una pena", estaba, a criterio de Beling, abriendo la puerta al concepto de la tipicidad. Respecto de esta postura, la inclusión de la pena como elemento del delito, se ha concluido que si bien es cierto, la misma podría considerarse un aspecto de aquel, lo cierto es que el delito es presupuesto de la pena. Por lo tanto, no sería correcto incluirlo en forma sistemática, dentro de la definición del delito, tanto menos, como un elemento más. Una variante de esta postura, la constituye el pretender incluir como elemento del delito, la *Punibilidad*. Esta noción, nos remitiría en la doctrina a lo que son las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias. Vale decir al respecto del anterior enfoque, que las excusas absolutorias, ciertamente son casos excepcionales incluidos en la ley, que hacen que la acción, típica, antijurídica y culpable, quede impune. Por otro lado, el delito es una acción punible. Que sea efectivamente penado, pensamos es una problemática que antaño a cuestiones de política criminal. Por estas razones, compartimos la opinión del tratadista Bustos Ramírez, en el sentido de que ni la pena ni la punibilidad, tienen cabida como elementos, dentro del modelo utilizado para definir el delito.

### "3.2 Diversos enfoques metodológicos surgidos en torno a la definición del delito"

Como ya quedó expuesto en alguna medida, el surgimiento del modelo Liszt-Beling para la definición del delito, trajo consigo una verdadera revolución dentro de las ciencias penales. Acorde a la evolución científico-técnica de la época, se pretendió implantar al estudio de las ciencias sociales, el método de las ciencias naturales. La vertiente filosófica prevaleciente en aquel período histórico era el Positivismo Lógico, y aplicado al estudio de las ciencias sociales, tendía a un simplismo mecanicista de las mismas, situación que con posterioridad quedó de manifiesto con los trabajos de científicos sociales de la talla de Dilthey y Talcott Parsons, quienes influidos por ideas Neokantianas, propugnaron la total separación metodológica, en la investigación de las ciencias naturales y las ciencias sociales. Por supuesto, esta evolución en cuanto a los enfoques metodológico-filosóficos, trajo consigo la correspondiente mutación del enfoque metodológico, valga la redundancia, con el que se había venido analizando la categoría del delito. En el presente apartado, vamos a analizar brevemente las cuatro corrientes metodológicas que se han sucedido en la consideración del fenómeno delictivo. Vamos a abordarlos en el orden que su propia evolución ha ido marcando, para concluir con la novedosa Teoría de la acción finalista, en la que trataremos de abundar un poco más, por considerarse que en la actualidad, está tésis es aún poco conocida, y supone, para las ciencias penales, y específicamente para la teoría general del delito, la mayor innovación, desde el surgimiento del modelo Liszt-Beling.

A) El **Causalismo Naturalista**: Esta es precisamente la corriente filosófico-metodológica que prevalecía en Europa, durante la transición del siglo pasado al presente. El modelo Liszt-Beling, en su más pura expresión se adscribe a esta corriente, en forma prácticamente total. Como ya fue expuesto con anterioridad, este marco metodológico tenía como característica fundamental, el haber "trasplantado" en forma burda y tajante, la metodología de la investigación de las ciencias naturales,



hacia la investigación de las ciencias sociales. Con la aplicación de este modelo, se pretendió crear una definición de delito, que fuera claramente delimitada y delimitable, y aplicable a la vez a cualquier injusto penal, esfuerzo que de por sí era titánico. Así, inspirado por la forma como los botanistas clasificaban las plantas, Liszt decide embarcarse en la tarea de crear un concepto de delito, a través de elementos, que estuvieran limitados y a su vez fueran limitantes. De allí surge la noción del delito que aún hoy manejamos: Es una acción típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, el elemento de mayor importancia o elemento *omnicomprensivo* de esta definición era la acción, y su relación de causalidad con el resultado. La acción, que es considerada en el modelo Liszt-Beling, un mero hecho de la naturaleza, es el elemento sustantivo del delito. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, son meras adjetivaciones, aspectos complementarios. Dentro de la consideración de la acción, se le da una desmesurada importancia al movimiento corporal, dejando la voluntad del agente en la categoría de un mero impulso humano. Lo esencial para este enfoque es constatar el resultado producido por la acción y la relación de causalidad existente entre ambos. Otra característica fundamental de esta corriente del derecho penal, es que la *Tipicidad*, elemento del delito que como veremos más adelante, reviste en la actualidad una importancia tremenda, es tomada únicamente como una característica Objetivo-descriptiva. Según los causalistas naturalistas, en la tipicidad no cabe ninguna clase de valoración, y no posee tal concepto, ningún aspecto subjetivo. De conformidad con lo sustentado por los seguidores de esta tendencia, el único elemento valorativo del delito es la antijuridicidad. Sin embargo tal valoración es desde el punto de vista objetivo de la acción, pues a criterio de los mencionados juristas, la antijuridicidad no tiene ni por asomo un aspecto subjetivo. Así, el injusto penal, conformado por el eje Tipicidad-antijuridicidad, se reduce a aspectos objetivo descriptivos, en el primer caso, y objetivo valorativos en el segundo. Esto nos conduce al último elemento: la culpabilidad. Este es el único aspecto subjetivo del delito según los causalistas naturalistas, y a decir de ellos, se agota en una relación de causalidad psicológica entre la voluntad del agente y el hecho típico y antijurídico. Como puede verse prima facie, este sistema adolece de un exagerado mecanicismo, que no es propio de los fenómenos sociales.

**B) El Causalismo Valorativo:** Esta corriente de pensamiento surgió como una reacción de crítica, al exagerado mecanicismo del causalismo naturalista. Los pensadores que se adscribieron a este vertiente de análisis en la consideración del delito, no estaban de acuerdo con la tajante división que proponían los naturalistas, en cuanto a lo objetivo (tipicidad y antijuridicidad) y lo subjetivo (culpabilidad) del delito. Ciertamente, la crítica era justificada. Existen muchos injustos, cuya plena comprensión requiere de un momento subjetivo. En los delitos como el rapto impropio, por citar un ejemplo, encontramos dentro del tipo, elementos subjetivos, como el sustraer con "propósitos sexuales", el *animus yaciendi*, y también hay otro aspecto subjetivo en el consentimiento de la mujer mayor de doce años pero menor de dieciséis que fué sustraída. Así, sostienen los críticos de los naturalistas, es imposible dejar el injusto penal, químicamente puro de aspectos subjetivos, acerto que estimamos es totalmente correcto. Además de la crítica anterior, surgió una tendencia, liderada por Radbruch, que se oponía vehementemente a la noción de la acción como piedra angular de la teoría del delito, pues en ese caso, no habría fundamento científico para abarcar los delitos de omisión. Acción y omisión, siendo antinómicos, no pueden incluirse bajo el mismo manto de la acción, maxime desde el punto de vista de la hipertrofiada importancia que daban los (causalistas) naturalistas al movimiento corporal. Otro mérito que puede atribuirse a los causalistas valorativos, en la crítica del



causalismo naturalista, es que algunos de los seguidores del C. valorativo, empiezan a descubrir que el concepto de la tipicidad, abarca también aspectos valorativos. Así, expresiones que se encuentran diseminadas en diversas normas penales, de aceptación cuasi universal como "mujer honesta", "pariente dentro de los grados de ley", "moral y buenas costumbres" o "funcionario público", llevan ya implícito un momento valorativo, por lo que no puede ser considerada la tipicidad, como un elemento puramente objetivo. Otra adición importante a la teoría general del delito impulsada por los causalistas valorativos, esta relacionada con la culpabilidad. Esta deja de ser meramente una relación psicológica entre la acción (como voluntad) y el resultado, para convertirse en un juicio de reproche. Un juicio desvalorativo que se hace del agente, por no haber utilizado sus facultades mentales y volitivas, para guiar su conducta conforme a la ley. Así, desde este punto de vista, podemos apreciar que para los causalistas valorativos, el aspecto valorativo valga la redundancia, del delito alcanza la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Dentro de las críticas que se le hacen al causalismo valorativo, encontramos, por ejemplo, que propugna por la inseparabilidad o fusión de los elementos Tipicidad y antijuricidad, con el consiguiente desorden teórico que ya fue considerado en un apartado anterior del presente capítulo. Además, a pesar de que introduce algunas ideas innovadoras a la teoría general del delito, no se aparta del esquema de considerar la acción, como mera causalidad con el resultado. No tienen la evolución teórica suficiente para considerar el dolo y la culpa fuera de la culpabilidad, y si bien es cierto, han ampliado el contenido del concepto de la tipicidad, no llegan a visualizarlo en su justa dimensión.

**C) La Teoría de la Acción Social:** Es considerada por muchos como una variante cercana del causalismo valorativo. Los seguidores de esta corriente reafirman el criterio de que la acción es el elemento principal y omnicomprensivo del delito. Esto, que parecería ser un retroceso a las posturas causalistas naturalistas, tiene la variante de que se pretende, a través de la presente teoría, cambiar drásticamente el concepto de la acción. Los seguidores del C. naturalista, sostenían que la acción era un mero fenómeno natural. Los causalistas valorativos, discutieron la hegemonía de la acción dentro de la definición del delito, pero desde la óptica de la contradicción acción-omisión. Los sustentantes de la doctrina de la acción social, modifican el concepto que nos ocupa, en el sentido de afirmar, que la acción, como elemento del delito, sólo tiene importancia si es considerada como hecho dentro de un conglomerado social. Sostienen los juristas que se adhieren a esta noción, que toda acción, aislada, fuera de la interacción social, (de ser posible) carecería de importancia para el derecho penal. En otras palabras, la acción, para poder ser comprendida desde un punto de vista jurídico penal, debe ser siempre visualizada a través del prisma social. Este paso, es de sustancial importancia, porque marca los primeros esfuerzos serios, por otorgarle a la investigación jurídico-social, la metodología propia de las ciencias sociales, apartándola del mecanicismo naturalista. El principal mérito que tiene esta vertiente de la teoría del delito, es dejar sentadas las bases para una concepción de la tipicidad, que recoge el sentido social de la acción.

**D) Teoría Finalista de la Acción:** Tal y como quedó expuesto al principio del presente capítulo, es nuestra opinión que el surgimiento y ulterior perfección de la teoría finalista de la acción, es sin lugar a dudas el acontecimiento de mayor trascendencia dentro de la teoría general del delito, desde el advenimiento del modelo Liszt- Beling. Esta vertiente de pensamiento, hace precisamente una revisión total del modelo mencionado, brindándonos una nueva riqueza conceptual al analizar el

delito. Su primera crítica del causalismo, en cualquiera de sus expresiones, es un golpe a la base misma del sistema metodológico, pues viene a revolucionar el concepto de la acción, piedra angular del causalismo. Los finalistas, cuyo primer y preclaro exponente es Hans Welzel, sostiene que la acción no es un acontecimiento causal. Por el contrario, es un acontecimiento que persigue un fin que está orientado desde un objetivo. El ser humano, por sus experiencias, tiene la capacidad de determinar las consecuencias de sus actos. Tiene la capacidad de orientar su actividad hacia fines predeterminados. La acción es un obrar conscientemente orientado desde un fin, mientras que el acontecer causal, no es más que una conjunción casual, de elementos causales. Este dramático giro en la concepción de la acción, hace que no sólo queden todos los elementos del delito, impregnados de valoración, sino afirma que todos los elementos del mismo, tienen un momento subjetivo, inclusive la acción. Esta subjetivización del elemento de la acción trae como consecuencia directa una transformación de los conceptos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Empezando en orden inverso a su exposición, diremos que la culpabilidad, quedando finalmente desprovista de toda relación psicológico-causal, ocupa su debido lugar como un juicio Valorativo (de reproche) y subjetivo, por la capacidad que tiene el agente de motivar su conducta conforme al derecho. El dolo y la culpa, que son a su vez categorías valorativas, no pueden entonces formar parte de la culpabilidad, que de por sí es una valoración, pues esto sería como hacer una valoración de la valoración, con los correspondientes problemas teóricos que ello acarrearía. Así, trasladamos el dolo y la culpa a la tipicidad, que desde la nueva concepción, tiene un carácter eminentemente valorativo, dividiéndose en dos aspectos, el objetivo, que es la descripción que hace la norma, y el subjetivo, que se refiere a la finalidad de la acción, dolo o culpa. Algunos críticos de la nueva teoría la han atacado, afirmando que con la noción expuesta se confunden en cuanto a la valoración, la tipicidad y la antijuricidad, pero tal crítica carece de fundamento. La tipicidad tiene un ámbito valorativo distinto e independiente del que ocupa la antijuricidad. La tipicidad hace la valoración, a través de la norma prohibitiva o de mandato, de la acción del sujeto activo. O sea hace una valoración subjetiva de la acción. La antijuricidad por el contrario, hace una valoración del resultado típico causado, en cuanto se contradice con todo el ordenamiento jurídico, o sea hace una valoración objetiva del resultado. A su vez, la antijuricidad, si bien es un aspecto valorativo objetivo, encierra elementos o momentos subjetivos, considerando que las causas de justificación tiene a su vez como base una acción final. Así, el Injusto penal se vuelve una fusión de aspectos objetivos, subjetivos y valorativos. Podemos decir sin temor a equivocarnos, que en la teoría de la acción final, prevalece la heterogeneidad en la consideración del ilícito, situación que no ha de extrañar, desde luego que la naturaleza del ser social es también heterogénea. Esta característica, ha llevado a diferenciar dentro del injusto, el doloso y el culposo, creando dos sistemas de análisis distintos, para la consideración del uno y del otro. Asimismo, haciendo eco a las críticas que Radbruch formulara sobre la contradicción existente entre la acción y la omisión, se crea también una división, para considerar por aparte los delitos de comisión y los de omisión. Así, quedan cuatro grandes apartados a estudiar, los delitos dolosos de comisión, los delitos dolosos de omisión, los culposos de comisión y los culposos de omisión. Hasta aquí, podemos apreciar los grandes adelantos en la teoría general del delito, que ha traído consigo la teoría finalista de la acción. Sin embargo, también se han dado, como es natural, críticas en su contra. El autor Bustos Ramírez, uno de los principales exponentes del finalismo, resume en la cita siguiente, la esencia de las críticas formuladas al sistema de pensamiento que el mismo apoya activamente: "su acentuación de la valoración del acto o la acción en la tipicidad,

provoca una tendencia hacia la eticización de la teoría del delito y también de cierta subjetivación que impide considerar en su plenitud significante el resultado (del delito)<sup>26</sup>.



---

<sup>26</sup>Manuel Bustos Ramírez. Obra citada. Pag. 166.

## CAPITULO IV

### "4.1 El Caso fortuito"



El caso fortuito es una figura legal, que no sólo ha suscitado polémica, sino ha generado indiferencia en muchos penalistas. Es una figura que encontramos predominantemente en las legislaciones penales con influencia latina. En algunas legislaciones como la alemana, ni siquiera existe tal figura, lo que ha sido determinante para que los penalistas de esa nacionalidad, prolíficos en reflexiones y elaboraciones teóricas sobre las ciencias penales, hayan omitido del todo su análisis y consideración. Esto se debe en parte al hecho de que los penalistas más avanzados, han estimado que la figura mencionada escapa al campo de lo penal. Sin embargo, es una figura que ha capturado nuestro interés, desde que empezamos a conocer el mundo del derecho penal, y cierto es que en la actualidad la figura está contenida en nuestra legislación penal sustantiva vigente.

Nuestro código, tiene regulado el caso fortuito en el artículo 22. Con una sistemática bastante técnica, está regulado dentro del título II, que nos habla del delito en general. Han evitado, con muy buen criterio, los legisladores, incluirlo dentro de las causas que eximen de la responsabilidad penal. Esta ubicación del caso fortuito dentro de la teoría general del delito, es la tendencia que ha predominado en el análisis del caso fortuito, en los últimos tiempos, como veremos más adelante.

El texto legal, nos dice sobre el caso fortuito: "No incurre en responsabilidad penal quién con ocasión de acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, produzca un resultado dañoso por mero accidente." este sencillo texto, engloba un universo muy grande de posibilidades, y en alguna medida se presta a confusión. Es posiblemente debido a lo anterior, que en la práctica, en nuestro medio, los jueces hagan poca aplicación del precepto a casos concretos, calificando muchas veces como delitos culposos, hechos que deberían haber sido apreciados como casos fortuitos. Es precisamente este fenómeno, que habiendo sido expuesto por compañeros estudiantes, que fungían como oficiales de juzgados del ramo penal, nos ha proporcionado el interés en trabajar sobre este tema. La idea de hacer un análisis comparativo entre el caso fortuito y los delitos culposos, nos ha parecido interesante, pues tratar de delimitar cada una de ellas, clarificando sus alcances, ha lucido como un esfuerzo intelectual digno de realizarse.

#### A) CONCEPTO:

El caso fortuito ha sido definido de muchas formas. Algunos autores se han inclinado por utilizar un criterio subjetivo en su definición. Tal el caso de Manzini, que citado por Pavón Vasconcelos, lo ha definido como "*ausencia de voluntad* en la causación del resultado, al no generarse este ni por intención, ni por culpa."<sup>27</sup> Dentro de esta misma corriente, otros autores como Bettiol, sostienen que

---

<sup>27</sup>Francisco Pavón Vasconcelos. Obra citada. Pag. 450.

cuando existe el caso fortuito, se excluye la integración de la culpabilidad, por la "no exigibilidad de otra conducta". Estos criterios subjetivos, han sido superados por completo, quedando únicamente como análisis de interés histórico.

Otros tratadistas, se han inclinado por un criterio material, tratando de ubicar el caso fortuito, dentro de los elementos negativos del delito. Santoro, por ejemplo, parte de la tesis que en el caso fortuito, no se da la relación de causalidad necesaria, entre la conducta humana y el resultado. Tal opinión, ha sido desvirtuada por completo, pues como veremos más adelante, la causalidad es precisamente uno de los elementos integrantes del caso fortuito. Dentro de esta misma corriente, existen autores que estiman el caso fortuito como una causa de supresión de la conducta, y por ende un aspecto negativo de la misma. Por último, hay varios autores, que propugnan la idea de que el caso fortuito es equivalente a la *ausencia de conducta*, y suelen erróneamente agrupar al caso, junto con la fuerza mayor, y en el peor de los casos, con la fuerza exterior irresistible. Tales planteamientos, se consideran en la actualidad antitécnicos, e insostenibles.

La posición que en la actualidad siguen la mayoría de los tratadistas, es que el caso fortuito constituye el límite de la culpabilidad. Allá donde termina la culpa, se ha afirmado, surge el caso fortuito. Desde luego que el mismo queda fuera del ámbito de la culpabilidad, no es posible, ni correcto, ni justo, hacer un juicio de reprobación respecto del hecho y de su autor, y es por ello que algunos autores se han inclinado a sostener, que está fuera del campo de lo penal, que es un concepto que ni agrega ni resta dentro de la ley penal, por lo que se ha empezado a generalizar la tendencia de eliminarlo de los códigos penales. Sin embargo, vale decir, que la misma se mantiene en algunos códigos de influencia latina, primordialmente en aquellos que han sido basados en la ley española.

Habiendo hecho la exposición anterior, procedamos a considerar algunas definiciones que del caso fortuito o el *casus*, como también se le ha denominado, nos brindan los teóricos, haciendo la aclaración que aunque no todas ellas siguen la tendencia mayoritaria o moderna, estimamos que no sólo aportan algunos elementos para la clarificación de la figura penal que nos ocupa, sino también nos brindan un ejemplo de las posturas que ya fueron expuestas, y la evolución de la teoría hacia la posición actual.

Francesco Carrara, citado por Francisco Pavón Vasconcelos, nos expone que "el *casus* no sólo comprende el evento originado por las fuerzas físicas de la naturaleza, sino todo aquello que dependiendo de la acción del hombre se halla fuera de los límites de la previsibilidad humana."<sup>28</sup> esta definición, siguiendo una corriente subjetivista, al colocar el *casus* dentro del ámbito del límite de la previsibilidad, también adolece del grave defecto de atribuir casos fortuitos a las fuerzas físicas de la naturaleza. Tal posición está totalmente superada hoy en día, y como veremos más adelante, al analizar los elementos del *casus*, sólo el ser humano, puede ser agente de la figura que nos ocupa.

Por su parte, el tratadista Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales, nos brinda una definición del caso fortuito que deberemos citar, para ejemplificar la

---

<sup>28</sup>Francisco Pavón Vasconcelos. Obra citada. Pag. 449.

confusión que puede causar adscribirse al criterio material en la definición del casus. Dice Ossorio: "llámase así al suceso que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse. Los casos fortuitos, lo mismo que los de fuerza mayor, pueden ser producidos por la naturaleza o por el hecho del hombre. Para algunos autores, no existe diferencia ni teórica ni práctica entre el hecho fortuito y la fuerza mayor."<sup>29</sup> Tal definición, empieza por seguir una tendencia subjetivista, al sostener que la naturaleza del casus se encuentra en la imprevisibilidad. Luego para confundir aun más las cosas, nos expone que puede haberse dado la previsión del hecho, pero no la evitabilidad. Por último, haciendo seguimiento de la corriente material, nos dice que el caso fortuito puede ser causado por hechos de la naturaleza y finaliza afirmando que no existe diferencia ni teórica ni práctica entre el casus y la fuerza mayor. Por razones de espacio, no cité las consideraciones posteriores hechas por Ossorio, en relación al tema, pero baste decir que al final de la conceptualización, su confusión es tal, que sostiene que los casos fortuitos, son en su mayoría provocados por hechos de la naturaleza, mientras que los de fuerza mayor, son provocados principalmente por los hechos del hombre, cuando la práctica y la doctrina moderna han sostenido exactamente lo contrario.

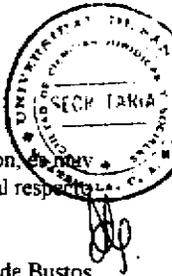
Los penalistas guatemaltecos, De Mata Vela y De León Velasco, nos dan, en su libro Curso de derecho penal guatemalteco, la siguiente definición del caso fortuito: "El caso fortuito, o de fuerza mayor como también se le llama, es un acaecimiento o suceso imposible de evitar, que debe identificarse con un mero accidente, donde la responsabilidad penal no es imputable a nadie, por cuanto el agente actuaba legalmente y a pesar de haber puesto la debida diligencia, se produjo un resultado dañoso de manera fortuita, quiere decir que en la conducta del sujeto no existió dolo, culpa ni preterintencionalidad, y en consecuencia no queda más que eximirlo de la responsabilidad penal."<sup>30</sup> Esta definición, que abarca muchos elementos, hace una reflexión importante, que es en inicio la base de la corriente moderna de análisis del concepto que nos ocupa. Tal consideración es la ausencia de dolo, culpa, y preterintencionalidad en el casus. Por otra parte, si adolece del error de considerar que el caso fortuito y la fuerza mayor son la misma cosa. También coloca el caso fortuito dentro del ámbito de las eximentes de responsabilidad penal, cuando la tendencia actual, como veremos más adelante, es la de enmarcar el casus en la *ausencia de culpabilidad*, y en realidad, de conformidad con las doctrinas modernas del derecho penal, como falta de realización del tipo, por ausencia del dolo o la culpa.

Ya en Cuello Calón, encontramos un análisis certero y apegado a la corriente actual mayoritaria. Así, al exponer sobre el tema, nos indica este tratadista: "Más allá de la frontera de la culpabilidad está el caso fortuito. Su esencia está en la ausencia de culpabilidad, ausencia de dolo y de culpa. El agente no ha querido el acaecimiento dañoso ni lo ha causado por imprudencia o negligencia. La doctrina tradicional (Carrara y Pessina) señaló como su elemento básico la imprevisibilidad del daño. Más no es preciso que el hecho sea imprevisible; basta que la conducta del agente sea irrepachable, su

---

<sup>29</sup>Manuel Ossorio. Obra citada. Pag. 114.

<sup>30</sup>Hector Anibal De León Velasco, José Francisco De Mata Vela, Obra citada. Pag. 200.



irreprochabilidad es el elemento de mayor destaque en el caso fortuito.<sup>31</sup> Esta definición, certera en la consideración de la esencia del caso fortuito, y muestra claramente, lo que al respecto postula la doctrina causalista.

Buscando dentro de los tratadistas contemporáneos, nos extraña que autores de la talla de Bustos Ramírez y Bacigalupo, ignoren su consideración. En el caso de Jescheck, por ser de nacionalidad alemana, es comprensible. Sin embargo, encontramos un concienzudo análisis del término que nos ocupa, en el autor mexicano Sergio Vela Treviño, quien en su excelente obra titulada "culpabilidad e inculpabilidad", nos brinda el concepto analítico siguiente del *casus*: "Si atendiendo a los que disponen las fracciones I y II del artículo 80 del código penal (mexicano) los delitos únicamente pueden cometerse en orden a la culpabilidad, en la formas intencional (dolosa) y no intencional o de imprudencia (culposa), podemos extraer del mismo precepto una conclusión absoluta siguiendo una lógica simplista. Esta conclusión es que cuando se produzca un resultado típico sin que haya intención (dolo) o imprudencia (culpa) no habrá delito. La verdad de esta conclusión encuentra su comprobación en la Fracción X del artículo 15 del propio código, que se ocupa de describir el fenómeno del Caso fortuito, que corresponde al límite objetivo de la culpabilidad."<sup>32</sup> Esta definición, hace un sencillo esbozo de la esencia del *casus*, y es precisamente su autor, el tratadista contemporáneo en el que hemos encontrado el mejor análisis del tema, haciendo la salvedad que le mismo está hecho desde un punto de vista Causal.

## B) EVOLUCION HISTORICA:

En ninguno de los autores investigados para la elaboración del presente trabajo, encontramos desarrollado el tema de la evolución histórica de la figura del caso fortuito o *casus* como suele llamársele. La referencia más antigua del término la encontramos en el libro del jurista Antonio Quintano Ripollés, "El derecho penal de la culpa". En él, el autor hace referencia a los antiguos textos legales de Asiria y Babilonia, en los que se ensaya por vez primera una diferenciación entre los delitos culposos, y los casos fortuitos. Posteriormente, en los textos legales de la cultura hebrea, encontramos que el caso fortuito, es una causa para la no aplicación de la ley del talión. Más adelante, Quintano, al hacer un análisis de la teoría de la previsibilidad con respecto al delito culposo, comenta: "Para sustituir, o mejor dicho para reforzar aquel precario elemento, Brusa y otros autores, (con precedentes medievales) acentuaron el más objetivo y dinámico de la evitabilidad, considerando el *casus* como aquel en que la conducta humana no tiene eficacia alguna impeditiva, lo fatal, lo ineluctable."<sup>33</sup> Así, encontramos en este autor, un antecedente que ubica ya un ulterior desarrollo del concepto en la época medieval en el uso del concepto del *casus*.

<sup>31</sup>Eugenio Cuello Calón. Obra Citada. Vol. I parte general, pag. 559.

<sup>32</sup>Sergio Vela Treviño. Obra citada. Pag. 265.

<sup>33</sup>Antonio Quintano Ripollés. Derecho Penal de la Culpa. Editorial Bosch, Barcelona, España, 1958.

De lo que si se tiene clara conciencia, es que tal concepto, fué utilizado antes en su acepción civil, que en la penal. Dentro de la legislación española apareció el término por primera vez en las "partidas" en la que se le definía como: "ocasión que acaece por ventura de que no se puede ante ver. Y son estos: derribamiento de casas, fuego que se enciende a so ora, y quebrantamiento de navio, fuerza de ladrones o enemigos."<sup>34</sup> Continúa exponiendo el autor, Guillermo Cabanellas, que la trayectoria moderna de los códigos civiles, es la de abandono del concepto, por difícil.

Otra característica notoria en la evolución del concepto que nos ocupa es que por mucho tiempo, y aún algunos autores en la actualidad, lo han confundido con la Fuerza Mayor. Tal confusión es dable, aunque técnicamente equivocada en el campo de lo civil, pero totalmente inexcusable en la materia que nos ocupa, la penal. El mismo Cabanellas, cuando hace la caracterización general del término en su Diccionario de derecho usual, expone: "su deslinde con la fuerza mayor, resulta tan difícil o sutil, que la generalidad de los códigos y buena parte de la doctrina no ahonda en ello, y establece iguales consecuencias para uno y otra. Los que se apoyan en la causa, estiman caso fortuito el proveniente de la naturaleza y fuerza mayor el proveniente de una persona. Planiol se fija en los efectos: si recaen sobre la prestación de la cosa, se trata del caso. Si atañen a la persona se está ante la fuerza."<sup>35</sup> Al final de esta confusa caracterización, dirigida al ámbito de lo civil, Cabanellas tiene el buen tino de indicar que para la consideración ulterior de esta voz, resulta aconsejable separar su aspecto civil del penal. Posición que consideramos de suyo acertada.

La verdad es que en el campo de lo penal es sumamente fácil soslayar esta discusión. Tanto la ley, como la doctrina nos definen el caso fortuito como una acción humana. Dice el código penal de Guatemala, en su artículo 22, que no incurre en responsabilidad penal, quien con ocasión de acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, produzca un resultado dañoso, por mero accidente. De aquí, que para la consideración del concepto que nos ocupa, dentro del ámbito de lo penal, la acción de la naturaleza puede tener únicamente el papel de CONCAUSA, o sea un elemento externo, que de forma anterior, concomitante o posterior, contribuya a la realización de la conducta típica, por mero accidente. De esa suerte, es claro, que la fuerza mayor, figura que en lo penal, se acerca más al estado de necesidad, es totalmente independiente del caso fortuito, en la rama del derecho que nos ocupa.

### C) NATURALEZA JURIDICA DEL CASO FORTUITO:

Este apartado, se denominaba inicialmente en el plan de tesis, "el caso fortuito como eximente de la responsabilidad penal." Sin embargo, después de investigar a profundidad el tema, decidimos cambiarlo por el de Naturaleza Jurídica del Caso Fortuito. Y es que ciertamente ha sido materia de gran discusión determinar si el caso fortuito es un eximente de la responsabilidad penal, o si por el

---

<sup>34</sup>Guillermo Cabanellas. Obra citada. Pag.99, tomo II.

<sup>35</sup>Guillermo Cabanellas. Obra citada. Pag. 99, tomo II.



contrario es ausencia de culpabilidad. Nótese que no estamos propugnando que sea ~~causa de~~ inculpabilidad, sino ausencia de delito, y por ende, ausencia de culpabilidad. Analicemos el postulado anterior con mayor amplitud:

Ya se dijo, que dentro de la conceptualización moderna del caso fortuito, ha cobrado gran fuerza la noción de que este se da, cuando se ha producido el resultado tipificado en la ley como delito, sin que haya mediado dolo o culpa. Esto, desde un punto de vista Finalista, no es posible, porque la ausencia del dolo o la culpa nos conducirían, según esta tesis, a la falta de concreción del tipo. En todo caso, estaríamos ante una ausencia de delito. La definición que nos dá el código penal vigente, nos brinda esos elementos al postular que quien produzca un resultado dañoso (típico) con ocasión de acciones u omisiones lícitas (excluyendo el dolo), poniendo en ellas la debida diligencia (excluyendo la culpa), no incurre en responsabilidad penal. Esta última frase, que en el texto legal es la primera, viene a retrocedernos de nuevo, a la postura que hasta hace algún tiempo se ha venido sustentando al respecto.

Y es que al hacer un análisis detenido, es fácil concluir, que las formas de culpabilidad que reconoce la ley, son el dolo y la culpa. Es importante señalar que la doctrina contemporánea, como quedó expuesto en el capítulo tres del presente trabajo, no sigue ya esta tendencia, incluyendo el dolo y la culpa, dentro de la tipicidad. Sin embargo, si al caracterizar el caso fortuito, por definición se excluyen tanto el dolo, como la culpa, y por ende con ellas la preterintencionalidad, entonces nos encontramos ante un caso de ausencia de delito, no inculpabilidad, ni exención de la responsabilidad penal. Siendo que la culpa es uno de los elementos esenciales del delito, tendríamos que concluir, que cuando se causa un resultado típico, sin que haya mediado dolo ni culpa (y por ende preterintencionalidad) existe ausencia de delito. Para ilustrar la posición anterior, me permito citar al jurista mexicano Sergio Vela Treviño, quién en su libro "culpabilidad e inculpabilidad" hace una excelente exposición del tema que se ha investigado. Dice el autor: "Aún cuando se trata de un caso de inexistencia del delito, preferimos abordar el problema del caso fortuito en esta parte de nuestro estudio, que se ha ocupado del aspecto positivo del elemento del delito que es la culpabilidad, o sea el que establece los linderos de la conducta que puede ser enjuiciada por el juez en su aspecto relativo a la culpabilidad, puesto que al resolver el juicio correspondiente, se deberá formular o no un reproche, a cierta conducta típica, que dolosa o culposamente, es la productora del resultado relevante para el derecho penal. Ahora bien, aquellas conductas que no satisfacen las condiciones que en cuanto a su forma requiere la ley, como serían el dolo y la culpa, no tienen por qué ser motivo de un enjuiciamiento para resolver su reprochabilidad. *Así, lo que es conducta típica, no dolosa o culposa, no corresponde al campo de la culpabilidad.*" (énfasis nuestro)<sup>36</sup> Esta larga cita de Vela Treviño, aunque formulada desde un punto de vista causalista, ilustra la posición que queremos sustentar ante la naturaleza jurídica del caso fortuito, que es ausencia de delito, y no eximente de la responsabilidad penal, ni causa de inculpabilidad, como algunos autores han postulado. Es de hacer notar que el texto de nuestro código, aunque incluye la frase inicial que se presta a confusión que reza "no incurre en responsabilidad penal quien..." en forma por demás técnica, omite considerar en caso

<sup>36</sup>Sergio Vela Treviño. Obra citada. Pag. 265.

fortuito en el título III que es "De las causas que eximen de la responsabilidad penal". Nos parece que el texto legal ha querido formular la hipótesis de que no incurre en responsabilidad penal, quien no comete un delito.

El autor mexicano, Francisco Pavón Vasconcelos, parece adscribirse a esta corriente de pensamiento, cuando en su "Manual de derecho penal mexicano", al tratar el concepto del caso fortuito, afirma: "La posición mayoritaria en la doctrina estima el caso como el límite de la culpabilidad. Allá donde termina la culpa, se afirma, surge el caso fortuito. Si éste queda fuera del ámbito de lo culpable no es posible el juicio de reprobación respecto al hecho y a su autor."<sup>37</sup>

Ahora, para adentrarnos más en la esencia del concepto objeto de nuestro estudio, haremos un análisis de sus elementos, que son cuatro: A) Una conducta lícita. B) Un resultado típico. C) Ausencia de culpabilidad en orden al resultado, y D) Relación Causal.

A) **Una Conducta lícita:** Este elemento, es quizá el más polémico de los cuatro. Si bien es cierto, tanto la doctrina como la ley, concuerdan mayoritariamente en que el caso fortuito debe tener su génesis en acciones u omisiones lícitas, no es menos cierto que algunos autores notables, han rebatido furiosamente esta posición. Así, un autor de la talla de Jiménez de Asúa, analizando el problema de la ilicitud de origen, sostiene con respecto a este elemento del *casus* que "no habiendo intención (dolo) ni imprudencia (culpa), no puede haber delito, aún en los casos en que la conducta se inicia imbuida de una ilicitud."<sup>38</sup> Tal posición sin embargo, nos parece peligrosa, pues habiendo quedado establecido que la irreprochabilidad del hecho, es quizá la condición fundamental del *casus*, no vemos como un hecho fortuito, surgido de un ilícito penal, pudiera conservar su condición de irreprochable. Citemos como ejemplo, el asaltante, que en frenética carrera por huir de la policía, sufre un infarto, y dejando caer el arma que porta ilegalmente, ocasiona el disparo de la misma, lesionando o matando a un transeunte. Pienso que cualquier Juez enfrentado a la situación anterior, encontraría sumamente difícil resolver que en tal caso hay ausencia de delito por caso fortuito. Sin embargo, para ilustrar nuestro punto, demos un giro de ciento ochenta grados al ejemplo citado, y ahora es el asaltado, quien en frenética carrera por salvar su vida, sufre el ataque, dejando caer el arma que porta legalmente y causando el resultado ya expuesto. En ese caso, nuestra impresión es que se dá la ausencia de culpabilidad por caso fortuito. Sin embargo estamos concientes que la solución a tal problema no es tan fácil. Recordemos que el manto de lo ilícito es amplio y a veces poco discriminativo. Ilícito es el delito, pero también lo es la falta y aún la infracción. De ahí, que mantengamos la opinión de que el caso fortuito sólo puede tener su origen de acciones u omisiones lícitas, pero la valoración de tal licitud o ilicitud, debe ser hecha por el juez en forma restrictiva, para no caer en el absurdo jurídico de que una infracción menor, como manejar con la licencia de conducir vencida, situación claramente "lícita" resulte en la exclusión de poder considerarlo como tal un hecho de tránsito que si fué fortuito.

---

<sup>37</sup>Francisco Pavón Vasconcelos. Obra citada. Pag. 451.

<sup>38</sup>Luis Jiménez de Asúa. Obra citada. Pag. 251.



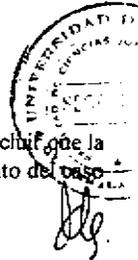
B) **Un resultado típico:** Este elemento, cae de su propio peso. Es evidente que sólo tendrían trascendencia para el derecho penal, aquellos resultados que estén tipificados en la ley como delitos. No podríamos hablar de un caso fortuito desde el punto de vista penal, si se diera la situación de que un fuerte viento derriba un rotulo de gas neón destruyéndolo. Ni tampoco tendría trascendencia desde el punto de vista penal, que por un azar del destino, un cazador le apuntara a un conejo, y le acertara a una ardilla. El resultado que nos interesa en análisis del presente tema, es aquel que está en la ley tipificado como delito, o sea la acción típica.

C) **Ausencia de culpabilidad en orden al resultado:** Ya dijimos que para que se configure el caso fortuito, debe darse una ausencia de intencionalidad (dolo) y de negligencia, imprudencia e impericia (culpa). Sin embargo, la falta de estos elementos, debe ser en cuanto al resultado causado, no en cuanto al comportamiento en sí. Para ilustrar esta idea, que en apariencia es confusa, tomemos el ejemplo siguiente: Un tirador, asiste a un polígono, debidamente registrado y habilitado para el efecto. Estando en la línea de fuego, y encontrándose los blancos en su lugar, al fondo del polígono, empieza a disparar sobre los mismos. Posteriormente, al aproximarse a revisar sus impactos, se percató de que una persona, seguramente bajo influencia de licor u otra droga, se había quedado dormida justo detrás de los blancos, recibiendo los impactos, que le causaron la muerte. Ahora bien, el tirador, al momento de hacer los primeros disparos, percibe que su arma está descompuesta, y algunos de los mismos, son disparos "no intencionales", disparos que como decimos normalmente "se le fueron". En ese caso, podría argumentarse, que existe negligencia en el cuidado del arma, pues por no estar ésta en perfecto estado, algunos disparos han sido "no intencionales". Sin embargo, en relación al resultado causado, la muerte de quien dormía detrás de los blancos, hay total ausencia de culpabilidad, porque la negligencia en el cuidado del arma, no fue un factor determinante en cuanto al resultado. Ahora bien, si tomando el mismo ejemplo, durante una competencia, nuestro deportista lesiona a otro tirador, que está detrás de la línea de fuego, por el mismo problema en su arma, no habría ausencia de culpabilidad en relación al resultado, pues la negligencia en el cuidado del arma, habría sido determinante en la causación de un delito culposo.

D) **Relación de Causalidad:** Esta es una relación de causalidad que tiene una característica muy importante. Se trata del hecho que debe existir una relación causal directa entre el hecho lícito, y el resultado típico. A decir de Vela Treviño: En estas condiciones, la causalidad en cuanto a su proceso se inicia con una conducta calificada como lícita (ejecutando un hecho lícito) y siguiendo su curso material culmina en la producción de un resultado típico (causar daño); Obviamente en este proceso causal el factor desencadenante queda limitado a la actividad y comportamiento de un ser humano, lo que mencionamos al sólo efecto de prescindir de la estéril discusión que se suscita, sobre todo en la doctrina italiana, acerca de la confusión entre el caso fortuito y la fuerza mayor o *vis maior*.<sup>39</sup> Básicamente, la noción que se pretende transmitir, es que en el caso fortuito, no se da una falta de causalidad entre el hecho y el resultado, lo que existe es una falta de posibilidad de motivarse por un comportamiento distinto, por la imposibilidad de prever el acontecimiento lesivo. No es entonces que el comportamiento lícito, no sea, junto con las concausas, el desencadenante del resultado dañoso. Es que no es posible para el agente orientar su actividad en otro sentido, por la imposibilidad de

<sup>39</sup>Sergio Vela Treviño. Obra Citada. Pag. 270.

apreciar que su conducta lícita, está por causar en resultado dañoso. Así, podemos concluir que la relación de causalidad entre la acción u omisión lícita y el resultado dañoso es un elemento del caso fortuito.



Esta exposición, que se formula desde un punto de vista causalista, sirve, con sus limitaciones, principalmente para sustentar la postura de que el caso fortuito es AUSENCIA DE DELITO.

Antes de cerrar este capítulo referente al caso o acontecimiento fortuito, queremos referirnos brevemente a un término que hemos empleado en este trabajo, sin darle su merecida exposición. Este es el concepto de CONCAUSA, que tanta importancia tiene para el acontecimiento fortuito. Al respecto, los penalistas guatemaltecos De Mata Vela y De León Velasco, nos brindan una definición que nos parece sumamente ilustrativa: "Las concausas son una serie de circunstancias completamente independientes a la voluntad del agente que pueden existir antes de la comisión del delito (concausas anteriores); que pueden aparecer en el momento de la comisión del delito (concausas concomitantes o coexistentes), o bien que aparezcan después de la comisión del delito (concausas posteriores)."<sup>40</sup> Es de hacer notar que la definición anterior, se refiere a las concausas y su relación con la "preterintencionalidad", por eso la definición habla de comisión del delito, pero es totalmente aplicable al caso fortuito, como ha quedado de relieve en la doctrina moderna, solo que en este caso no se hablaría de comisión del delito, sino acaecimiento del hecho. La doctrina moderna, aunque no es tajante al respecto, le dá a la concausa, casi la calidad de *conditio sine qua non*, con respecto al caso fortuito. Es difícil visualizar ejemplos de casos fortuitos desde el punto de vista penal, en los que no opere ninguna concausa.

Así, habiendo analizado el casus, desde el punto de vista de que el mismo constituye ausencia de delito, no podemos más que concluir que el mismo es efectivamente una figura que puede y debe considerarse "obsoleta" dentro de las legislaciones penales, porque realmente escapa al campo de lo penal. Al no configurarse en él, ni el dolo, ni la culpa, adoptando, como debe ser, una postura de carácter finalista, deberemos concluir que habría ausencia del tipo, y por ende no podría construirse la estructura del injusto penal. La razón por la que procesalmente se ha hecho muy poco uso de esta figura, es precisamente, porque es más fácil y más técnico, argumentar falta de comisión de un delito, que tratar de sustentar una defensa basada en el caso fortuito.

---

<sup>40</sup>Hector Anibal De León Velasco, José Francisco De Mata Vela, Obra citada. Pag. 176.



## CAPITULO V

### *"Los delitos de imprudencia"*

En la ciencia del derecho penal, es hasta recientemente que el estudio de los delitos culposos ha cobrado mayor vigencia. Por siglos, la ciencia del derecho penal se preocupó casi con exclusividad de profundizar los conocimientos relacionados con los delitos dolosos. Sin embargo, en la época actual, nos encontramos repentinamente ante un renovado interés en el estudio del delito culposo; esto debido a que en el agitado vivir moderno, es prácticamente un hecho aceptado a nivel universal, que los delitos culposos igualan o superan en cantidad, a los delitos dolosos que se cometen dentro de una sociedad. De esa suerte, el estudio de los delitos de "imprudencia" como se les denomina ahora con mayor precisión y mejor técnica, porque la expresión "culposo" es confusa, y tiende a confundirse con el concepto de "culpabilidad", reviste gran interés en nuestra sociedad, siendo esta una de las consideraciones que motivó nuestro interés en el tema.

Partamos de la realidad, incuestionable en nuestros tiempos, de que la imprudencia, o la culpa, como tradicionalmente se le ha llamado, no se considera más una forma de culpabilidad. La revolución teórica causada por el surgimiento de la teoría finalista de la acción, nos ha llevado al abandono total de esa postura. En la actualidad, toda la teoría moderna del derecho penal, sostiene vehementemente la tesis de que el dolo y la imprudencia, se ubican en la tipicidad del delito. Sin embargo, para no adelantarnos en nuestra exposición, trataremos este tema más adelante, por el momento, y de acuerdo a una secuencia lógica en la exposición del tema que nos ocupa, vamos a dar un breve vistazo a la evolución histórica del concepto de la imprudencia y sus clases.

#### *"5.1 Concepto y clases de imprudencia"*

##### **A) Evolución Histórica:**

La evolución histórica del concepto jurídico de la culpa viene desde tiempos muy lejanos. Recordemos que el concepto que nos ocupa nace como parte del derecho privado, como una categoría de gran importancia en el ramo civil. Algunos tratadistas como Antonio Quintano Ripollés, han expresado que el gran atraso conceptual que tiene la culpa en relación al dolo dentro de las ciencias penales, se debe precisamente a que "la culpa es instituto de progenie privatista, lo que explica suficientemente sus actuales insuficiencias en la dogmática penal, por no haber conseguido aún romper definitivamente sus amarras originarias."<sup>41</sup>

Recordemos que la línea que permite diferenciar el dolo de la culpa, es muy fina, y sus límites han sido siempre borrosos. La primera referencia que encontramos de una clara diferenciación de estos dos conceptos, data del más famoso de los códigos semíticos, el babilónico de Hammurabi. Estamos

---

<sup>41</sup> Antonio Quintano Ripollés. Obra citada. Pag. 24.



hablando del año 1700 antes de Cristo. Parecen existir referencias de fuentes sumeras aún más antiguas, en las que ya se hacía un ensayo previo de diferenciar el dolo de la culpa. Sin embargo como referencia inicial, debemos tomar el famoso código del Rey ya citado. Tal referencia aparece en lo relativo al delito del aborto, que se castiga con la muerte de la hija del culpable, si el acto fue malicioso y con simple composición pecuniaria si *involuntario*. En las antiguas leyes asirias encontramos también la misma postura en cuanto al aborto intencional y no intencional. En los textos hititas, pueblo de indudable procedencia aria, encontramos una diferenciación tan clara como la que nos brindan los babilónicos y los asirios en cuanto a la culpa y el dolo. En el antiguo testamento, existen vagas referencias a la distinción del dolo y la culpa, pero es precisamente en los libros del derecho humano de los hebreos, en donde podemos apreciar la diferenciación entre la culpa y el dolo. La dura ley del talión, por ejemplo, sólo era aplicada para aquellas acciones equivalentes al dolo, no a las engendradas por error o imprudencia. Dentro de la misma línea cultural y racial que los hebreos, el derecho islámico reconoció también la trascendencia del elemento intencional en los delitos. Sin llegar al extremos de dejar impunes del hechos culposos, los islámicos casi siempre aplicaban como sanción a estos, composiciones de dinero o ganados.

En la cultura griega, encontramos las referencias más claras de la temática que nos ocupa, en Platón, que en su obra "las leyes" habla ya de la menor punibilidad del homicidio involuntario. Sin embargo, es en su obra "Moral a Nicomaco", en la que el filósofo, sin estar haciendo referencia alguna a las leyes, hace el análisis tripartito entre el *dolo*, la *culpa* y el *casus*, al hacer referencia a tres clases de acciones: Las voluntarias, las involuntarias y las premeditadas.

Aunque no hay unidad de criterio entre los romanistas, en cuanto al desarrollo que tenían los conceptos que nos ocupan en la Roma Imperial, los de la escuela italiana, sostienen con vehemencia que ya en la Ley Aquiliana o Lex Aquilia, se concentra la mejor doctrina legal romana sobre lo culposo. Aunque la fecha de esta ley no parece ser un dato claro, los entendidos en la materia la sitúan en el año 467 de la fundación de Roma. En esta misma corriente encontramos al italiano Orfeo Cecchi, que llega a la posición de otorgarle a la Lex Aquilia, el apelativo de acta de nacimiento del delito culposo. Durante el periodo republicano, los textos de ULPIANO aluden inequívocamente a fuentes legales que con cierto desarrollo trataban lo referente al delito culposo.

Más adelante, encontramos otra vez referencias claras de la culpa, el dolo y el casus, en las compilaciones germánicas de la alta edad media, aunque no puede negarse que ello pueda ser atribuible a la romanización de las leyes germánicas. En lo que respecta a la Alemania prerrenacentista, quizás por el peso de sus tradiciones germánicas, o por su atraso en relación a Italia, es mucha más lenta la evolución de la estimativa criminal de la culpa y relativamente tardía la división tripartita de la culpa, el dolo y el casus.

En la consideración del tema de la evolución del concepto de culpa, dentro del derecho europeo, merece tratamiento aparte el caso de España cuya legislación al respecto tiene características lo suficientemente propias, como para así justificarlo. Estas características empezaron a marcarse desde la antigua legislación visigoda, hasta la época de la codificación. Nos explica Quintano, en relación a la claridad con la que se ha tratado esta problemática en el derecho español desde la época visigoda

que: "la historia del derecho español es rica cuál ninguna en la caracterización de lo culposo, por cuanto que su reconocimiento en el *fuero juzgo* visigodo es tan neto y preciso, que no admite comparación con fuente alguna del germanismo ni quizás de toda la edad media."<sup>42</sup> Y verdaderamente debe decirse que el título V del libro VI del Fuero Juzgo en efecto nos presenta un cuadro sumamente desarrollado de lo que es el dolo, la culpa y el casus, que aparecen delimitados con un rigor casuístico cuya claridad no es comparable ni con las leyes romanas clásicas. Más adelante, siempre dentro de la legislación española, encontramos en la legislación de las partidas una división tripartita de los tres fenómenos citados, pero ya revestida de un gran desarrollo conceptual y un fino sentido jurídico.

Ya en la época contemporánea, la doctrina científica española innova desde temprano en la materia de la culpa, posiblemente influidos los tratadistas por teólogos y canonistas, que se oponían a la arbitrariedad del *versari in re illicita*. Ya en el primer código penal español, de 1822 se vislumbra una doble técnica en cuanto a la delincuencia culposa. La de su definición genérica a continuación de la dolosa y la de su estimativa completa en casos específicos, notablemente en los casos de homicidio y lesiones. De ese momento para acá la evolución se enmarca dentro de las tendencias modernas cuya exposición haremos a continuación.

#### A.1) *El delito de imprudencia dentro de la doctrina moderna:*

Como ya quedó expuesto en alguna medida, el concepto de la imprudencia, o "culpa" como solía llamársele, ha sufrido transformaciones sustanciales a lo largo de la historia del derecho penal. Como ya se dijo también, el injusto imprudente, hasta hace poco tiempo ocupaba un lugar secundario en el derecho penal, siendo que por mucho tiempo se le consideró meramente un *cuasidelito*, más cercano al derecho civil que al derecho penal. Hasta principios del presente siglo, fué cuando se empezó a profundizar en el estudio del delito imprudente, pues antes de esto, era considerado un mero apéndice del dolo, al que se tendían a aplicar las mismas reglas, en forma mecánica.

Fue la revolución científico-técnica, iniciada a fines del siglo pasado, la condición social objetiva que más peso tuvo, en el desarrollo del estudio de los tipos injustos. El desarrollo industrial, el surgimiento de los vehículos automotores, y el apareamiento en general de máquinas y medios peligrosos para la vida humana, puso de manifiesto la necesidad de profundizar el estudio de la imprudencia. En la actualidad, el tratadista español Francisco Muñoz Conde, nos brinda un dato estadístico importante, al afirmar, que al cabo de un año, alrededor del 50% de los delitos conocidos por los tribunales en España, son delitos culposos, situación que pone de relieve, como ya dijimos, la gran importancia que su estudio reviste en la actualidad.

Como ocurre con otras categorías del derecho penal, el enfoque que se le ha dado a la imprudencia a lo largo de la historia, ha ido cambiando al ritmo que han evolucionado las teorías en general. A continuación vamos a abordar brevemente, las vertientes más importantes del pensamiento penal, en relación a los delitos de imprudencia, tratándolos en el orden que corresponde a su evolución.

---

<sup>42</sup>Antonio Quintano Ripollés. Obra citada. Pag. 56.

**A.1.1) Concepción de la culpa según el causalismo naturalista:** Los pensadores causalistas naturalistas del derecho penal, tuvieron su auge precisamente en la época en que la consideración de los delitos imprudentes, apenas comenzaba a captar la atención de los juristas. De esa suerte, no dieron mayor consideración a los mismos. Partiendo de su máxima fundamental, que el injusto penal, el eje tipicidad-antijuricidad, estaba construido sobre la base de la causalidad, esta era exactamente igual para un delito doloso, que para uno culposo. Así, como el injusto esta fundamentado únicamente en un "desvalor de resultado" y no en un "desvalor de acto", este era exactamente el mismo, para un delito doloso, que para uno culposo. La graduación o aún la diferenciación entre ambos, era imposible, porque el injusto era algo estático, absoluto e inmutable. El resultado del delito, (la muerte de un ser humano) y su relación de causalidad con la acción (un disparo), era tratado en forma idéntica, sin importar el hecho de que el disparo, hubiese tenido la "finalidad" de matar (animus necandi) o hubiese sido producto de una violación de un deber de atención y cuidado (imprudencia).

La culpa para los C. naturalistas, era un problema exclusivamente de la culpabilidad. Se trataba de una mera relación subjetiva entre el agente y el hecho. Este criterio, habría de empezar a desplomarse, por su propio fallo estructural, a partir del momento, en que los tratadistas dividieron la culpa consciente y la inconsciente, pues desde el punto de vista causalista naturalista, como en la culpa consciente hay representación de la posibilidad del resultado dañoso, y aún así se ejecuta el acto, existe una voluntad criminal, por lo que los seguidores de esta corriente, se vieron obligados a asimilar la culpa consciente dentro de un "dolo de peligro". En el caso de la culpa inconsciente, el resultado fué, que por no haber forma de encontrar una relación psicológica entre la voluntad y el hecho, la culpa inconsciente debía quedar fuera del derecho penal.

El autor Eugenio Zaffaroni, nos ilustra la crisis surgida por el problema anterior, dentro del causalismo naturalista, con la cita siguiente: "La ubicación de la culpa en la culpabilidad, fué la piedra de escándalo que condujo al abandono de la teoría psicológica de la culpabilidad, frente a la imposibilidad de explicar mediante ella, la culpa inconsciente o sin representación."<sup>43</sup> Tales fueron los desaciertos a que condujo en su época, la adopción mecánica del esquema positivista dentro del derecho penal.

**A.1.2) Concepción de la culpa según el Causalismo Valorativo:** Por el mismo hecho de que los causalistas valorativos, no modificaron la postura de considerar la "acción causal" como piedra angular del injusto, no hubo grandes diferencias entre la forma de considerar el delito imprudente de los causalistas naturalistas. El único aporte novedoso, fue la inclusión de un aspecto valorativo en la culpabilidad, que dejaba de ser únicamente una relación psicológica, y se convertía en un reproche. Así, se sostiene que en la culpa, se valora una desición voluntaria, inmediata o remota, continuando con la postura de que la culpabilidad, lo es de voluntad. Este giro, permitió en alguna medida, acomodar la culpa inconsciente dentro del ámbito del derecho penal, pero no contribuyó a darle mayor

---

<sup>43</sup>Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal. Mexico. Cárdenas editores. 1988. Pag. 416.

solidez al concepto. Así, pues, los causalistas valorativos no logran abandonar el esquema *culpa-dolo* por ende, no salen completamente del estancamiento en que habían caído los C. naturalistas, en relación a los delitos de imprudencia.

A.1.3) **Concepción del tipo imprudente según el Finalismo:** Tal y como quedó expuesto en el capítulo tres del presente trabajo, el gran mérito de la teoría finalista de la acción, es acabar con el esquema que tradicionalmente se había venido manejando en torno a que la acción, era el elemento fundamental del delito. Esta noción, es sustituida por la tesis, de por si acertada, de que es en efecto la tipicidad, el elemento fundamental del injusto. Así, la culpa y el dolo, no son más formas de culpabilidad, sino pasan a ocupar su justo lugar dentro de la tipicidad.

En esta línea de ideas, encontramos que de conformidad con la teoría finalista, lo esencial en los delitos imprudentes no es la simple causación del resultado, sino la forma como se realiza la acción. Así se sostiene que tanto en el delito doloso como en el culposo, hay una acción con finalidad real. Sin embargo, mientras que en el delito doloso, lo trascendental es destacar la dirección del proceso delictivo, enfocado desde su fin, en el delito de imprudencia, lo relevante es el modo o la forma como se ha planteado esa dirección, a partir del fin. O sea lo fundamental a considerar es la forma o modo como va a realizarse el fin de la acción. Así surge el concepto fundamental del tipo de injusto del delito imprudente: el deber objetivo de cuidado, categoría introducida por el jurista alemán Engisch, en los años treinta. Fiel seguidor de esta escuela de pensamiento, el connotado penalista Hans Jescheck, nos brinda un parangón entre el dolo y la culpa, exponiendo: "Dolo, es el conocer y querer los elementos objetivos del hecho que pertenecen al tipo legal. Imprudentemente actúa, en cambio, quien realiza el tipo de una ley penal a consecuencia de la vulneración no querida de una norma de cuidado, sin advertirlo pese a que debía, o considerándolo posible pero confiando contra su deber en que el resultado no se produciría. La imprudencia no es, pues, una forma menos grave de DOLO, sino algo distinto al dolo."<sup>44</sup> Esta conceptualización del delito imprudente, nos parece de suyo acertada.

Vamos a hacer una exposición detallada de esta temática en un apartado posterior, por el momento, baste esta introducción, para dejar sentado que en la actualidad, es la teoría finalista de la acción, la única que ha planteado una fundamentación teórica válida para el injusto imprudente.

B) **Clases y grados de imprudencia:** Ya tomando como base únicamente el enfoque finalista, vamos a abordar el presente tema, de conformidad con lo que al respecto plantea la doctrina moderna, sin deternos más a analizar las tesis en su momento impulsadas por enfoques pretéritos, ya ampliamente superados. La problemática de las clases y los grados de imprudencia no puede ser considerada separadamente, aunque si constituyen dos aspectos distintos de un mismo fenómeno. Toda la doctrina moderna, se ha inclinado hacia una graduación de la culpa. Tradicionalmente, esta se había graduado en culpa Lata, levis, y levissima, división que en alguna medida ha sido revisada. En la actualidad, la mayor parte de tratadistas se inclinan hacia la división de la imprudencia en *temeraria*, que constituye una inobservancia del cuidado exigible al individuo, en una medida desacostumbrada. Es el no haber observado en el caso concreto, aquello que resultaría evidente a cualquiera. Esta tendría su

---

<sup>44</sup>Hans Heinrich Jescheck. Obra citada. Pag. 776.



correspondiente según la doctrina anterior en la culpa "lata". Luego viene la imprudencia *simple*, que los tratadistas españoles subdividen a su vez en simple con infracción de reglamento y simple sin infracción de reglamento. De conformidad con este enfoque, la primera de ellas constituye delito, mientras que la segunda, sería únicamente una falta. La característica fundamental de ésta, es que aquí la exigencia de la observancia del deber de atención y cuidado es ya la que tendría un hombre medio razonable. Esta forma de imprudencia tendría su correspondiente en la doctrina anterior con la culpa "levis". En cuanto a la culpa levísima, toda la doctrina actual se inclina a dejar impunes, todos aquellos comportamientos imprudentes insignificantes, por considerar que a los mismos no corresponde un reproche de tipo criminal, estimándose que la penalización indiscriminada de todo hecho imprudente, supondría una enorme hipertrofia del derecho penal, y violación del principio penal conocido como de "intervención mínima", lo que eventualmente conduciría a una paralización de la vida social.

Habiendo entonces considerados los grados, remitámonos a lo que son los tipos de imprudencia. La doctrina ha reconocido como trascendentes, dos tipos de imprudencia, la consciente o con representación y la inconsciente o sin representación. El parámetro de comparación entre ambas sería la consciencia o representación que tendría el agente, de que su comportamiento pudiese realizar el tipo injusto, o en su caso la falta de tal conciencia o representación.

Ahora bien, ha sido objeto de debate, si entre la culpa consciente y la inconsciente, existe una relación de mayor a menor gravedad, o sea una graduación. En la actualidad, la mayoría de autores afirman que la culpa inconsciente, es únicamente una variedad de culpa, pero que no existe entre ella y la consciente, una relación de mayor o menor gravedad. Los autores que sustentan esta teoría, son de los más renombrados penalistas contemporáneos, tales como Hans Heinrich Jescheck, Enrique Bacigalupo, y Juan Bustos Ramírez.

Bacigalupo, por ejemplo, expone en su excelente "Manual de Derecho Penal", "Tanto en la teoría como en la práctica se distinguen dos clases de culpa: La culpa inconsciente y la consciente"<sup>45</sup> Luego de definir las en una forma acorde a la empleada por la mayoría de tratadistas modernos, pasa a señalar que "Estas especies de culpa no guardan una relación de mayor o menor gravedad. La gravedad de la culpa no depende de la representación del peligro ocasionado por la acción."<sup>46</sup> Tal afirmación la hace Bacigalupo, partiendo de la premisa que los delitos culposos, son consecuencia de LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO, que incumbe a todos los integrantes de un conglomerado social.

Por su parte, el tratadista Juan Bustos Ramírez, se adhiere a esta corriente de pensamiento, y al hacer su exposición sobre el tema, nos manifiesta en un pasaje de la misma "De ahí, que los tipos culposos se puedan clasificar entre aquellos *con representación y sin representación* (culpa consciente o

---

<sup>45</sup>Enrique Bacigalupo. Manual de Derecho Penal. Parte general. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989. Pag. 219.

<sup>46</sup>Enrique Bacigalupo. Obra Citada. Pag.220.



inconsciente). En el caso de la culpa con representación o consciente, el sujeto previó el proceso afectante de un bien jurídico, que exigía un determinado cuidado. En la culpa sin representación el sujeto no previó un proceso que exigía un determinado cuidado y sin embargo debió preverlo según el criterio de adecuación. Ambos comportamientos por tanto (consciente o inconsciente) tienen que ser tratados exactamente igual.<sup>47</sup> Como puede apreciarse, Bustos Ramírez también es partidario de la noción de que no existe una relación de mayor a menor gravedad entre la culpa consciente y la inconsciente.

Sin embargo, es posiblemente en el alemán Hans Heinrich Jescheck, en quien encontramos una exposición verdaderamente clara del por qué no constituye la culpa sin representación, un grado atenuado de imprudencia. Nos manifiesta este autor, exponiendo sobre el tema, que: "En ambas clases de imprudencia, que en la práctica no pueden a menudo distinguirse con nitidez, el contenido de injusto y de culpabilidad radica en una *falta de la debida atención*, pues también la culpa consciente se debe al desconocimiento contrario al deber, no, ciertamente, de la presencia del peligro, pero sí de su medida, del alcance del deber de cuidado o de la limitación de las propias facultades. Tampoco existe ninguna *relación jerárquica* en el contenido de la culpabilidad propio de ambas clases de imprudencia, pues la actitud de quien ni siquiera percibe el peligro puede merecer más grave reprobación que la de quien actúa en la culpa consciente y se limita a sobrestimar sus propias fuerzas."<sup>48</sup>

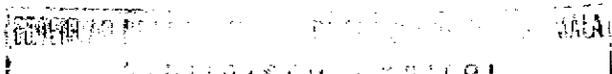
Así, podemos concluir que el criterio que prevalece en la doctrina, es aquel que sostiene que los tipos de culpa que existen son la consciente y la inconsciente, y entre estos tipos de culpa, no se dá una relación jerárquica de mayor o menor gravedad.

### "5.2 El tipo del injusto imprudente"

Desde un enfoque finalista, este análisis es la esencia, lo medular del delito imprudente. Recordemos que siempre se ha estimado, que una de las principales funciones del derecho penal, es aquella que se ha dado en llamar función "motivadora". Esta función tiene como punto fundamental, el inducir a los miembros de la sociedad, quienes son los destinatarios de las normas penales, a un comportamiento finalista-volitivo correcto. Así, surge dentro de la norma penal, la exigencia de que todos apliquemos el "cuidado objetivamente debido" que sea necesario, para evitar, mediante un querer correcto, la realización del tipo penal. Para poder graduar esta observancia del grado de atención y cuidado que debemos emplear en nuestro actuar, surge el concepto de "exigibilidad"; Así, se espera de cada integrante de la sociedad, que observe el grado de atención y cuidado normalmente exigible dentro del tráfico social.

<sup>47</sup>Juan Bustos Ramírez. Obra citada, Parte general. Pag. 234.

<sup>48</sup>Hans Heinrich Jescheck. Obra citada. Pags. 782 y 783.





A) **La Acción Típica:** Se puede observar que en los preceptos legales, no está determinada taxativamente la acción típica en los delitos de imprudencia. Regularmente se recurre a una fórmula general, que en nuestro caso está contenida en el código penal vigente, Decreto 17-73 del Congreso de la República. El cuerpo legal citado, en su artículo número 12 establece: "El delito es culposo, cuando con ocasión de acciones u omisiones licitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia." Tal fórmula, como puede apreciarse de inmediato a partir del texto legal, lleva siempre implícita la falta de intencionalidad en el agente, por causar el resultado dañoso, siendo esta su principal característica. Al no existir una total falta de intención, o *animus*, como lo llaman algunos estudiosos, en cuanto a la causación del resultado típico, estaremos ante un delito doloso. Es de hacer notar, que nuestro código, fiel a la evolución de las ciencias penales de los años cincuenta, todavía estima de importancia, hacer una diferenciación entre las categorías de imprudencia, negligencia e impericia. Tal como ha quedado expuesto, tanto la legislación como la doctrina moderna, han optado por denominar a los delitos culposos, delitos de "imprudencia", haciendo la salvedad, que dentro de ésta, se considera siempre implícita tanto la negligencia, como la impericia.

De esa suerte, podemos considerar que los delitos de imprudencia son "tipos abiertos", pues el juez o el intérprete, deberán completar una característica del tipo por la vía judicial o doctrinal. Esto no implica una violación del principio de legalidad, sino simplemente un reflejo de la realidad actual, pues sería imposible poder enumerar taxativamente, todas las clases de comportamiento imprudente que se pueden dar. Así, lo que resulta de gran importancia es el punto de referencia, el parámetro comparativo, que se vá a emplear para poder determinar si una acción ha sido realizada imprudentemente. Este parámetro, o "baremo" como diría Jescheck, es el deber objetivo de cuidado, o su contrapartida, la lesión del deber de atención y cuidado. Partiendo de este punto, podemos entonces afirmar que la lesión del deber de atención y cuidado, es precisamente la parte esencial del tipo imprudente, o como lo expone magistralmente el penalista español Francisco Muñoz Conde: "el núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción realmente realizada, y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que objetivamente era necesario observar."<sup>49</sup>

Entonces, podemos afirmar que dentro de la estructura de la tipicidad del delito imprudente, encontramos de por sí dos aspectos. El primero de ellos, Objetivo-normativo. El segundo de carácter subjetivo. En el primero caso, el del aspecto Objetivo-normativo, vamos a encontrar dos momentos. El primero de ellos es el llamado momento objetivo-intelectual. Su fundamento radica en la determinación, desde un punto de vista objetivo, de que procesos eran intelectualmente previsibles y con ellos, los cuidados que tal previsibilidad hace exigibles. Para esto, se utiliza el *criterio de adecuación*, que lo constituye, el famoso "hombre medio inteligente."

---

<sup>49</sup>Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Derecho Penal, parte general. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España, 1993. Pag. 255.

El segundo momento del aspecto objetivo normativo, es el denominado el momento objetivo-normativo. Aquí lo medular es tratar de determinar, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, que peligros aparecen como razonables. En el presente caso, nos sirve de parámetro comparativo la imagen modelo del "hombre prudente". En este último momento, reviste gran importancia la categoría del "riesgo permitido", pues si bien es cierto, existen una serie de comportamientos que potencialmente podrían conducir a una realización típica por imprudencia, no es menos cierto que la prohibición de todos ellos nos conduciría a la paralización de la vida social. Entonces surge el riesgo permitido, como una clave que permite en un primer sentido, que actividades como el transporte de pasajeros, terrestre, aéreo o marítimo, que podrían desencadenar en lesiones de bienes jurídicos, puedan realizarse tomando las precauciones razonables. En un segundo sentido, la tesis del riesgo permitido posibilita que actividades, que si implican un riesgo más palpable, como la exploración espacial, el ser piloto de pruebas, o los deportes violentos, puedan realizarse, siempre y cuando se observen aunque sea los parámetros mínimos de cuidado. Este "riesgo permitido" está en vinculación directa con lo que se conoce como el "principio de confianza", que no es más que un asumir, que si la persona individual observa su deber de atención y cuidado al ejecutar acciones que implican riesgo colectivo, los demás que ejecuten tales acciones, lo observarán también. Este principio, deja de aplicarse al caso individual, en el momento en que una persona lesiona la observancia del deber mencionado. Por lo expuesto, la doctrina actual es casi unánime en considerar el "riesgo permitido" como causa de exclusión de la tipicidad en los delitos imprudentes.

Después de haber analizado el aspecto Objetivo-normativo de la acción típica imprudente, vamos a considerar someramente el aspecto subjetivo. Este tiene su raíz en el hecho de que el deber de atención y cuidado, solo se puede requerir en relación a un comportamiento dentro del un ámbito social predeterminado, lo que viene precisado por el tipo legal. Para este esfuerzo, es fundamental el poder determinar el sentido o finalidad que perseguía su acción. Si no logra determinarse la clase de acción del agente y el sentido de la misma, no es posible establecer cuál es el cuidado requerido para tal acto, siempre en relación a su finalidad.

Para englobar todos los elementos anteriores, vamos a cerrar el presente apartado, con la aseveración, que de conformidad con la teoría de la acción final, la tipicidad, dentro de la estructura del injusto imprudente, es un desvalor del acto, mientras que la antijuridicidad es un desvalor del resultado.

**B) La antijuridicidad en la estructura del injusto imprudente:** Tanto en los delitos dolosos, como el los de imprudencia, debe tomarse en cuenta, para la construcción del injusto, no sólo la tipicidad, que como ya quedó apuntando es el desvalor de la acción, sino la antijuridicidad, que es el desvalor del resultado, la oposición existente entre el resultado, y todo el ordenamiento legal en general. Al respecto, deben tomarse en cuenta dos aspectos que son fundamentales para la comprensión de la antijuridicidad en el delito de imprudencia: La imputación objetiva del resultado, y las causas de justificación, que como ha comprobado eficazmente la doctrina actual, operan no sólo en el caso de los delitos dolosos, sino también en el caso de los delitos de imprudencia.

Así, se ha afirmado que para la construcción del injusto imprudente, es fundamental que el resultado producido sea imputable objetivamente al hecho típico. En ese sentido, vale afirmar que los avances



de la doctrina, han puesto de manifiesto que en el caso de los delitos de imprudencia, podemos encontrarlos, tanto en su forma de delitos de lesión (resultado), como en su forma de delitos de peligro. Anteriormente se daba la aceptación únicamente de los delitos culposos de resultado, pero consideraciones de política criminal, han hecho necesario extender el ámbito de los mismos a los delitos de peligro, siendo la mayoría de estos, relacionados con la seguridad del tránsito vehicular. (Tal y como los encontramos en los arts. 157 y 158 del Código Penal Vigente). Es necesario aclarar, que el resultado, no es en si una condición objetiva de punibilidad en los delitos culposos, pues tal aseveración nos haría retroceder en el avance teórico de las ciencias penales; sin embargo, el resultado, sea una mutación del mundo exterior o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado, es vital para la comprensión del injusto, pues si no se da un desvalor de resultado, no podría hablarse de la existencia del injusto imprudente. Así, la importancia del resultado no se dá en función de su nexa causal con la acción, sino en relación directa con el juicio desvalorativo del resultado en si, por cuanto se ope al ordenamiento penal en general.

El otro aspecto a considerarse dentro de la antijuridicidad del delito imprudente son las causas de exclusión de la antijuridicidad, que al igual que en los delitos dolosos, son las causas de justificación. Prevalece en los autores del derecho penal, la noción que las causas de justificación aplicables al delito imprudente son: B.1) La Legítima Defensa, en donde podríamos citar como ejemplo el caso de una persona que habiendo sorprendido a un ladrón armado dentro de su casa, lo tiene manos arriba apuntándole con su arma. La esposa del propietario de la casa, impresionada por el cuadro, grita, lo que hace que el ladrón se mueva bruscamente y el propietario de la casa dispare, ocasionando la muerte del ladrón. En este caso, deberá establecerse que si bien es cierto, hubo una violación en el deber de cuidado de quién apuntaba el arma, al precipitarse en el disparo, no es menos cierto, que el disparar el arma, contra el ladrón que se le hubiese avalanzado encima, también era justificado. El autor Jescheck, sin embargo, es presto en advertir que tal apreciación no debe llevar nunca al abuso de los medios de defensa. B.2) El estado de necesidad: En este caso, podríamos citar como ejemplo el de un médico, que transportando en su vehículo a un enfermo, viola normas del reglamento de tránsito, que ponen en peligro la seguridad del mismo. Si haciendo un análisis, de determinase que el tiempo que el médico ganó, era vital para salvar la vida del paciente, y si de la infracción, no resultare más que la puesta en peligro del tránsito, se consideraría tal actuar, justificado. B.3) Consentimiento o consentimiento presunto de la víctima: Estos casos, son quizás los más abundantes en el tráfico social, y uno clásico sería el de la persona que a sabiendas de que un vehículo vá sobrecargado, y tiene los frenos en mal estado, se sube al mismo, jugándose el albur de llegar a su destino. Si resultaren de ese acto lesiones o la muerte de quién a sabiendas se subió al vehículo, tal acción estaría justificada de acuerdo a la doctrina moderna, porque a decir de Francisco Muñoz Conde, "el derecho penal no puede extender su protección a quienes voluntariamente renuncian a ella."<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup>Francisco Muñoz Conde, Mercedes García Arán. Obra citada. Pag.260



### "5.3 La culpa inconsciente o sin representación"

Aunque ya se hizo en esbozo general de la culpa sin representación, al tratar en el primer apartado de este capítulo lo referente a las clases de imprudencia, consideramos, en parte a modo de justificación del presente trabajo, profundizar un poco más en este aspecto, para dejar sentado, que en el mundo actual, se dan casos de culpa inconsciente o sin representación, si no frecuentemente, por lo menos con alguna periodicidad.

Empecemos por recalcar que en el caso de la culpa inconsciente o sin representación, parece haber como ya se dijo, unidad de criterios en cuanto a la afirmación que la culpa inconsciente es aquella en la que el agente, no se ha representado la posibilidad de causar el resultado típico, por medio de su conducta, causándolo por negligencia, imprudencia o impericia. Aún los autores causalistas, coinciden en este punto, sin entrar a mayores consideraciones posteriores. En el caso de la doctrina moderna, hay dos definiciones del concepto que nos ocupa, que nos parecen ilustrativas, y ponen de manifiesto la naturaleza de la culpa inconsciente. El renombrado penalista alemán, Hans Jescheck, hace una diferenciación de las clases de culpa, en su ya famoso "tratado de derecho penal", que nos parece de suyo interesante. El citado autor, nos formula la siguiente teoría: "Tradicionalmente se distinguen dos clases de imprudencia: la culpa inconsciente y la consciente. En la culpa inconsciente (negligentia) el autor no piensa, a causa de la vulneración del cuidado debido, en la posibilidad de que pueda realizar el tipo legal, mientras que en la culpa consciente (luxuria), aunque advierte la concurrencia del peligro concreto para el objeto de la acción protegido, confía, por una infravaloración del grado de aquel o por una excesiva valoración de sus propias fuerzas, o simplemente confiando indebidamente en su suerte, que el tipo legal no va a realizarse."<sup>51</sup>

Por su parte, el autor Enrique Bacigalupo, nos hace la siguiente exposición de las clases de culpa: "La culpa puede ser consciente o inconsciente. Es consciente cuando el autor se ha representado la posible realización del tipo y ha obtenido la creencia de poder evitarlo o la suposición de que ello no ocurrirá. La culpa es inconsciente cuando el autor no se ha representado la posible realización del tipo."<sup>52</sup>

Como ya quedó expuesto, la mayoría de los tratadistas contemporáneos del derecho penal, sostienen que entre la culpa consciente y la inconsciente, no existe una relación de mayor o menor gravedad. Desde un aspecto crítico, esta postura nos parece la más correcta. Desde el momento en que comenzamos a conceptualizar el delito culposo, como la violación de un deber de atención y cuidado que tenemos los integrantes de la sociedad, pierde fuerza la noción de que la culpa inconsciente es un grado atenuado de imprudencia. Quizás como afirma Jescheck podría tomarse como un grado superior de culpa, pues el no haber visualizado que cierta conducta podría provocar un resultado dañoso, podría tomarse como un descuido mayor de los citados deberes. En todo caso, parece

---

<sup>51</sup>Hans Heinrich Jescheck. Obra citada. Pag.782.

<sup>52</sup>Enrique Bacigalupo. Obra Citada. Pag.136.

obligado afirmar que entre la culpa consciente o con representación y la inconsciente o sin representación, no existe una relación de mayor o menor gravedad. Son simplemente distintas especies de un mismo fenómeno.

Ahora bien, ¿donde encontramos los hechos imprudentes inconscientes? Recordemos que el mismo Jescheck al definirlos, afirmó que su diferenciación no siempre era clara y tajante. Sin embargo en su exposición posterior del tema, el mismo autor nos cita fallos del Tribunal Supremo alemán relacionados con casos de imprudencia inconsciente, en procesos relativos a defectos en la construcción, y fallos en la atención médica de pacientes. En otro pasaje, cita el mismo autor como excesivo el pretender que el conductor de un camión pudiese prever la fatiga de un material defectuoso utilizado en la construcción del mismo, dejando sin embargo la puerta abierta, a la noción de que la falta de previsión relacionada con el mantenimiento necesario de los vehículos, es otra vertiente donde pueden darse estos delitos. Nuestro criterio personal es que las modificaciones introducidas al código penal, por el decreto 33-96 del Congreso de la República, han abierto dos grandes vetas en donde pueden darse delitos imprudentes inconscientes: La primera de ellas en el capítulo VII del título VI, que ahora se denomina: De los delitos contra el derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos. Es precisamente en estos últimos, dentro de los cuales encontramos delitos como "la destrucción de registros informáticos" y "la alteración de programas", que contienen en su redacción expresiones como "de cualquier modo inutilizarse", que en nuestra opinión constituye un "clausus apertus" que permite la inclusión de la tipicidad dolosa, en los que pensamos podrían eventualmente configurarse delitos culposos inconscientes. La segunda de las vertientes donde pueden darse estos delitos está contenida en el capítulo I del título X que ahora se denomina: De los delitos contra la economía nacional y el medio ambiente", en el que encontramos delitos como la "contaminación" y la "contaminación industrial", de los que pensamos es altamente factible, su comisión en forma culposa inconsciente. Así, nuestro criterio personal es que esta clase de delitos culposos, aunque no sean tan frecuentes como los delitos culposos con representación o conscientes, si tienen un lugar tanto en la ley como en la doctrina penal, situación por la cuál creemos que su estudio es importante, y no debe ser descuidado en relación al estudio de los delitos de culpa consciente, de la misma forma como los delitos de imprudencia, fueron descuidados en el pasado en su estudio, en relación a los delitos dolosos.



## CONCLUSIONES:

- A) El caso fortuito y la culpa inconsciente o sin representación son institutos totalmente independientes y claramente diferenciados. El caso fortuito, de acuerdo con los hallazgos realizados en la presente investigación, es el causar un resultado dañoso, sin que medie dolo o imprudencia, fenómeno que está fuera del ámbito del derecho penal, mientras la culpa sin representación es una variante del tipo del injusto imprudente, que se pone de manifiesto cuando el agente no se ha representado la posibilidad de causar el resultado típico, por medio de su conducta, causándolo por negligencia, imprudencia o impericia.
- B) El caso fortuito no es una eximente de la responsabilidad penal, ni una causa de inculpabilidad, su naturaleza está en constituir ausencia de delito, porque de conformidad con los avances de la ciencia del derecho penal, el causar un resultado dañoso, mediante un hecho que no esté comprendido dentro de un tipo de injusto doloso, ni un tipo de injusto imprudente, no constituye un ilícito penal.
- C) La culpa inconsciente o sin representación no tiene una relación de mayor o menor gravedad frente a la consciente o con representación. Simplemente son especies diferentes de un mismo fenómeno, en razón de que en ambas, la esencia de la culpabilidad, radica en una vulneración del deber de atención y cuidado a que estamos obligados todos los miembros del conglomerado social, en el desarrollo de nuestras actividades.
- D) El caso fortuito es una figura, que dados los avances en materia de derecho penal, debe considerarse "obsoleta", y debe desaparecer de la legislación penal sustantiva, pues de conformidad con las modernas doctrinas de la rama que nos ocupa, es un fenómeno que no se configura como un ilícito penal.



## BIBLIOGRAFIA:

- 1) Antolisci, Francesco: "Manual de Derecho Penal, Parte General". Editorial Uteha, Buenos Aires, 1960.
- 2) Bacigalupo, Enrique: "Manual de Derecho Penal", parte general. Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- 3) Bacigalupo, Enrique: "Lineamientos de la Teoría General del Delito". Editorial Juricentro, San José, 1985.
- 4) Bernaldo de Quirós, Constancio: "Criminología" Editorial Jose M. Cajica Jr. Puebla, Mexico, 1948.
- 5) Bustos Ramírez, Juan: "Manual de Derecho Penal", Parte general. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1989.
- 6) Cabanelas, Guillermo: "Diccionario de Derecho Usual" Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires. 1979.
- 7) Cuello Cañón, Eugenio: "Derecho Penal, Parte General" Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1980.
- 8) De León Velasco, Hector Anibal; De Mata Vela, José Francisco: "Curso de Derecho Penal Guatemalteco", Parte General y Parte Especial. Editorial Edi-Art, Guatemala, 1987.
- 9) Donna, Edgardo Alberto: "Teoría del Delito y la Pena", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- 10) Fernández de León, Gonzalo: "Diccionario Jurídico" Editorial, Ediciones de contabilidad moderna. Buenos Aires, 1972.
- 11) García Maynez, Eduardo: "Introducción al Estudio del Derecho" Editorial Porrúa, S.A. Mexico, 1974.
- 12) Goldstein, Raúl: "Diccionario de Derecho Penal y Criminología." Editorial Astrea, Buenos Aires. 1993.
- 13) Jeschek, Hans Heinrich: "Tratado de Derecho Penal.", Bosch, Barcelona, 1981.
- 14) Jimenez de Asúa, Luis: "La Ley y el Delito, Principios del Derecho Penal." Editorial Losada, Buenos Aires, 1963.

- 15) Jimenez de Asúa, Luis: "Tratado de Derecho Penal" Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.
- 16) Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes: Derecho Penal, Parte General. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España. 1993.
- 17) Pavón Vasconcelos, Francisco: "Manual de Derecho Penal Mexicano" Parte general. Porrúa, Mexico, 1990.
- 18) Quintano Ripollés, Antonio: "Derecho Penal de la Culpa" Editorial Bosch, Barcelona, 1958.
- 19) Vela Treviño, Sergio: "Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del delito". Editorial Trillas, Mexico, 1990.
- 20) Vides Gaitán, Carlos Enrique: "Exámen Comparativo del Delito Culposos en nuestra legislación, en atención a la causa de su realización." Tesis de grado. Universidad Mariano Gálvez, 1988.
- 21) Zaffaroni, Eugenio Raúl: "Tratado de Derecho Penal", Cardenas editores, Mexico, 1988.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
Biblioteca Central