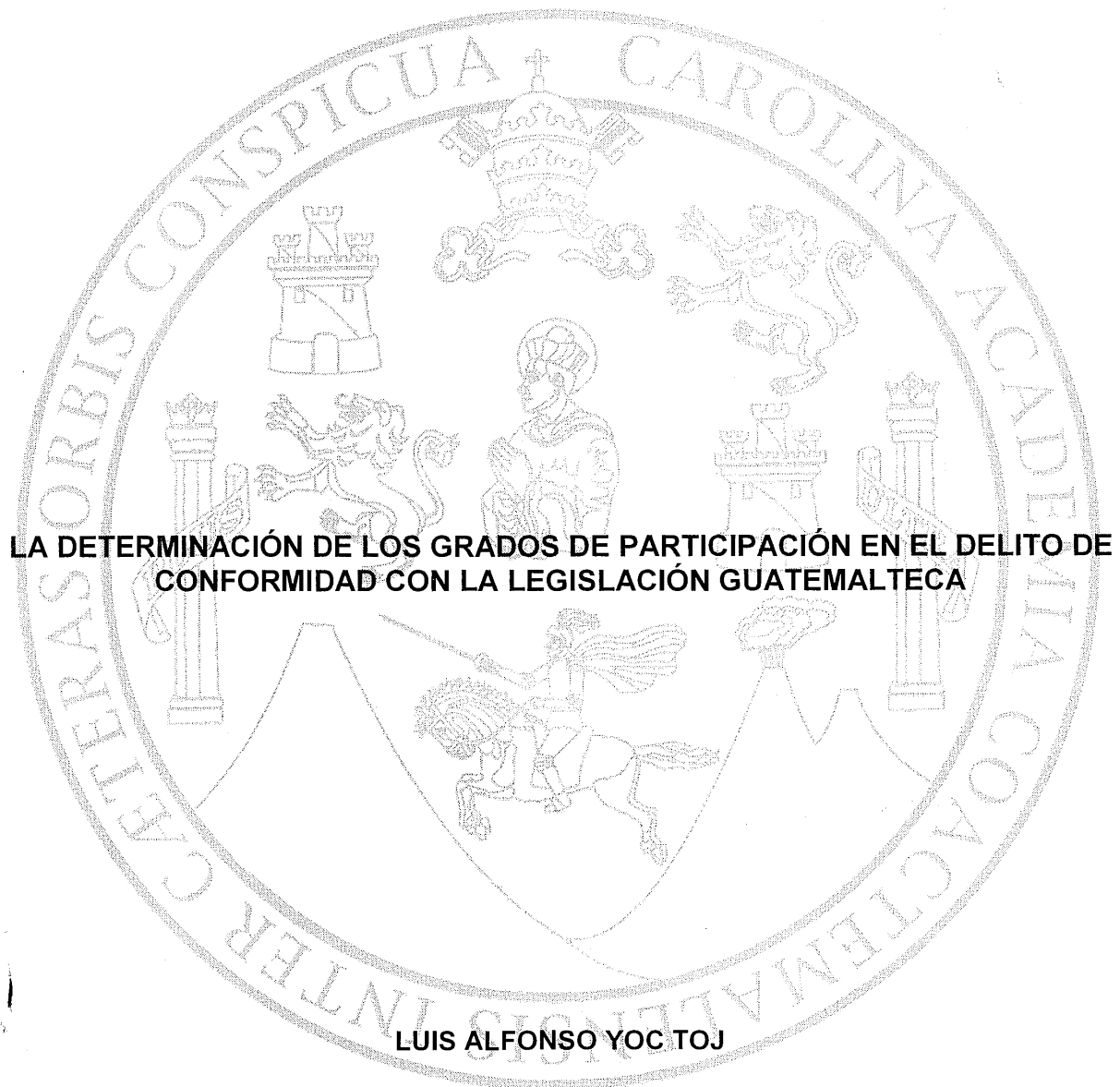


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES



**LA DETERMINACIÓN DE LOS GRADOS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE
CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

LUIS ALFONSO YOC TOJ

GUATEMALA, JUNIO 2012

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**LA DETERMINACIÓN DE LOS GRADOS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE
CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LUIS ALFONSO YOC TOJ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio 2012

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Días
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Luis De León Melgar
Vocal: Lic. Belter Rodolfo Mancilla Solares
Secretario: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Rodolfo Giovani Celis López
Vocal: Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia
Secretario: Lic. Carlos Humberto De León Velasco

Razón: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas Y Sociales y el Examen General Publico).

Lic. Julio Enrique Rodríguez Argueta
Abogado y Notario
Col. 7562



Guatemala, 21 de Febrero de 2012

Licenciado

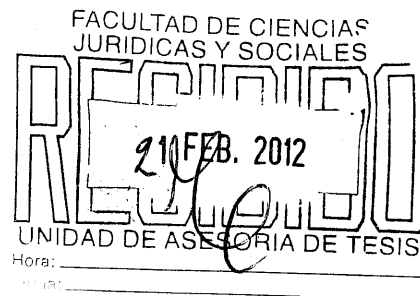
Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho.



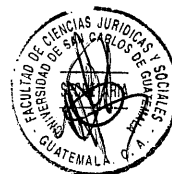
Estimado Licenciado:

De conformidad con el requerimiento recaído en mi persona, informo a usted que asesoré el trabajo de tesis presentado por el bachiller **Luis Alfonso Yoc Toj**, quien se identifica con el carne estudiantil numero 200118828, quien tituló su trabajo de investigación de la siguiente manera **“LA DETERMINACIÓN DE LOS GRADOS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA”** y habiendo asesorado la misma, me complace hacer de su conocimiento que:

1. La investigación fue realizada con responsabilidad, dedicación y empeño logrando con esto llegar a un análisis jurídico y doctrinario del artículo 35 título IV capítulo I del Código Penal de Guatemala decreto numero 17-73, donde se desarrolla la responsabilidad penal en la participación en el delito de conformidad con la legislación guatemalteca.
2. Para la elaboración de la investigación incluyó la observación, la entrevista, poniendo en práctica las técnicas bibliográficas y documentales con el fin

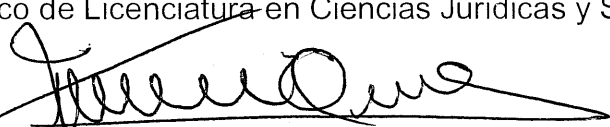
Avenida Reforma 12-01 zona 10
Edificio Reforma Montufar
5to. Nivel Torre Baja Oficina Interior 4
Teléfono 23317555 al 9

Lic. Julio Enrique Rodríguez Argueta
Abogado y Notario
Col. 7562



de obtener y ejecutar las teorías que sean de conocimiento en el proceso de investigación. Así como también fueron empleados los métodos: analítico, que permite distinguir los elementos de un fenómeno y se procede a revisar ordenadamente cada uno de ellos por separado; el Sintético, que es un proceso mediante el cual se relacionan los hechos aparentemente aislado y se formula una teoría que unifica los diversos elementos; Inductivo, con este método se logró obtener un conocimiento general a partir del estudio de casos particulares.

3. La redacción utilizada en el desarrollo del presente trabajo de tesis, cumple con todos los requisitos, asimismo se hace un análisis de la legislación guatemalteca, dando a conocer las teorías de la participación de los autores en la comisión en el delito y la responsabilidad en que incurre por la infracción penal, partiendo del conocimiento de sus antecedentes, desarrolló y su aplicación en Guatemala.
4. Las conclusiones y recomendaciones vertidas luego de la realización de este trabajo son válidas y hacen factible el examen para la discusión pública del tema objeto de tesis, así mismo la bibliografía que se empleó fundamenta doctrinariamente el trabajo de tesis realizado.
5. La tesis, reúne los requisitos legales, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para evaluarse posteriormente por el tribunal examinador previo a optar el grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.


Julio Enrique Rodríguez Argueta
Abogado y Notario

Avenida Reforma 12-01 zona 10
Edificio Reforma Montufar
5to. Nivel Torre Baja Oficina Interior 4
Teléfono 23317555 al 9



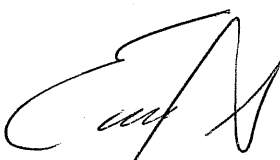
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

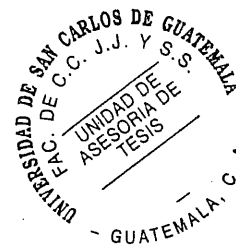
UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dos de marzo de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): TERESA VÁSQUEZ
VILLATORO DE GONZÁLEZ, bajo de tesis del (de la) estudiante: LUIS
ALFONSO YOC TOJ, CARNE NO. 200118828, intitulado "LA
DETERMINACIÓN DE LOS GRADOS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO
DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA"

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


M.A. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
LEGM/jrvch



Licda. Teresa de Jesús Vásquez Villatoro de González
Abogada y Notaria
Col. 4630



Guatemala 13 de marzo 2012

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado:

Como revisora del bachiller Luis Alfonso Yoc Toj, quien se identifica con el carné estudiantil numero 200118828, en atención al compromiso recaído en mi persona, procedo a revisar, el trabajo de tesis intitulado **“LA DETERMINACIÓN DE LOS GRADOS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA”** manifiesto que:

1. He realizado la revisión del trabajo de tesis y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, para una mejor comprensión del tema a tratar.
2. En el análisis jurídico y doctrinario, de la Determinación de los Grados de Participación en el Delito de Conformidad con la legislación Guatemalteca.
3. En relación al contenido científico y técnico de la tesis, contempla todo lo relacionado con el conocimiento científico, el planteamiento del problema, la

Licda. Teresa de Jesús Vásquez Villatoro de González
Abogada y Notaria
Col. 4630



información que fue recolectada para la realización de la tesis en mención fue fundamental y que a partir de estas se llevó a cabo el análisis correspondiente.

4. La utilización de los métodos Científicos, Inductivo, Deductivo, el uso del internet y de investigación bibliografías que comprueba que se hizo la recolección de bibliografías actualizada. Debo mencionar que la secuencia en que se desarrollo el trabajo de tesis permite una fácil comprensión del tema.
5. La contribución científica que aporta el trabajo de investigación realizada será de mucha utilidad para el estudio del tema de la Determinación de los Grados de Participación en el Delito de Conformidad con le legislación de Guatemala. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado.
6. El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas Y Sociales y el examen general público, para posterior evaluación por el tribunal examinador previo a optar el grado académico de Licenciatura en ciencias Jurídicas y sociales.

Atentamente,

Teresa Vásquez de González
ABOGADA Y NOTARIA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

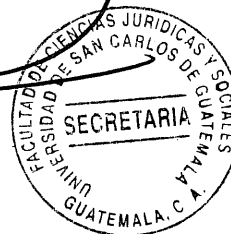
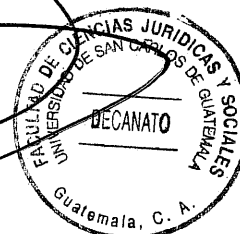


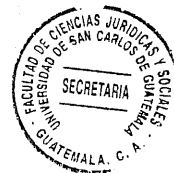
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticuatro de mayo de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante LUIS ALFONSO YOC TOJ intitulado LA DETERMINACIÓN DE LOS GRADOS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/iyc





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser mi principal guía, por darme la vida y la fuerza necesaria para salir adelante y por todas sus infinitas bendiciones.
- A MIS PADRES:** José Alfonso Yoc Camey y María Martha Toj Avila de Yoc (+); por el amor, la enseñanza, el sacrificio y sobre todo por entenderme en cada una de las etapas de mi vida, por apoyarme en cada decisión emprendida, gracias por todo.
- A MIS HERMANOS:** Willian Estuardo y Carlos Roberto; por el apoyo brindado y ser parte de mi vida, que mi ejemplo sea fruto de superación.
- A MI ESPOSA:** Onelia Johanna Donis Rodríguez; por ser parte de mi vida, el apoyo necesario que Dios me brindó para soportar el sacrificio emprendido, por estar a mi lado sobre toda dificultad, tristeza y alegría, que Dios te bendiga y espero recompensar todo tu apoyo. Te Amo.
- A MIS HIJOS:** Andrew Kevin Alfonso y Luis Alfonso Jr.; por ser mi inspiración, la bendición de mi vida y la razón de mi superación constante, que mi esfuerzo sea ejemplo para ellos.
- A MIS AMIGOS:** Que en estos últimos años estuvieron conmigo en el sacrificio, el esfuerzo de estudio y apoyo constante gracias.
- A MI FAMILIA:** Aquí, presente por ser parte de tan memorable día para mi, como se que será para ustedes, por acompañarme en este día muchas gracias.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por abrirme las puertas a tan digna casa de estudio y forjar un nuevo profesional del Derecho.



ÍNDICE

Introducción.....	(i)
-------------------	-----

CAPÍTULO I

1. Teoría del delito.....	01
1.1. Teoría absoluta de la pena.....	01
1.2. Teorías finalistas de la pena	04
1.3. Criterio sistemático para el análisis del concepto de delito.....	06
1.3.1. Evolución de la teoría del delito.....	09
1.4. La conducta.....	12
1.4.1. Concepto.....	12
1.4.2. Acto de voluntad y acto de conocimiento.....	13
1.4.3. Conducta y derecho.....	13
1.4.4. Terminología de la conducta.....	14
1.4.5. Voluntad.....	14
1.4.6. Estructura de la conducta.....	15

CAPÍTULO II

2. El proceso penal.....	17
2.1. Generalidades del proceso penal.....	17
2.2. Derecho penal.....	17
2.2.1. Concepto.....	18
2.2.2. Finalidad.....	18
2.2.3. Naturaleza.....	18
2.3. El proceso penal.....	19
2.3.1. Concepto.....	19
2.3.2. Elementos.....	20
2.3.3. Objeto.....	22



	Pág.
2.3.4. Fines.....	23
2.4. Sistemas procesales penales.....	23
2.4.1. Sistema inquisitivo.....	24
2.4.2. Sistema acusatorio.....	24
2.4.3. Sistema mixto.....	24
2.5. El proceso penal guatemalteco.....	25
2.5.1. Características.....	25
2.5.2. Principios procesales.....	26
2.5.3. Definición.....	26
2.6. Principios constitucionales que inspiran el proceso penal.....	27
2.6.1. De legalidad.....	27
2.6.2. De defensa.....	28
2.6.3. De inocencia.....	28
2.6.4. El debido proceso.....	28
2.6.5. Doble instancia.....	29
2.6.6. Cosa juzgada.....	29
2.7. Jurisdicción y competencia.....	29
2.7.1. Jurisdicción.....	29
2.7.2. La competencia.....	30
2.8. Fases del proceso penal.....	31
2.8.1. Preparatoria, investigativa o de instrucción.....	31
2.8.2. Intermedia.....	33
2.8.3. El debate o juicio oral.....	34
2.8.4. De impugnación.....	34
2.8.5. De ejecución.....	34

CAPÍTULO III

3. Elementos del delito.....	37
------------------------------	----



Pág.

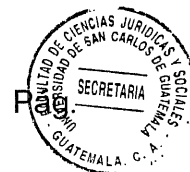
3.1.	La tipicidad.....	37
3.1.2.	La acción.....	38
3.1.3.	Antijuridicidad.....	38
3.1.4.	Culpabilidad.....	39
3.1.5.	Punibilidad.....	39
3.2.	Aplicación de los tipos penales	
	Regulados en el código penal y sus penas.....	40
3.2.1.	Tiempo y lugar del delito.....	40
3.2.2.	Objeto del delito.....	41
3.2.3.	Causas de justificación.....	41
3.2.4.	Causas de inculpabilidad.....	43
3.2.5.	La Pena y las medidas de seguridad.....	44
3.2.6.	Teorías sobre el fin de la pena.....	45
3.2.7.	Finalidad de la pena.....	48
3.2.8.	Las medidas de seguridad.....	49
3.2.9.	Importancia de las medidas de seguridad.....	51
3.2.10.	Naturaleza jurídica de las medidas de seguridad.....	52
3.2.11.	Fundamento.....	53
3.2.12.	Justificación de las medidas de seguridad.....	55
3.2.13.	Fines de las medidas de seguridad.....	56
3.2.14.	La Extinción de la responsabilidad penal y de la pena...	59
3.2.15.	Prescripción.....	60
3.3	.Análisis de la justa relación entre los tipos penales regulados en el código penal y sus penas.....	62
3.4	Principios penales de la pena.....	65
3.4.1.	Principio de culpabilidad.....	65
3.4.2.	Principio de la personalidad de las penas.....	66
3.4.3.	La Exigencia de dolo.....	66
3.4.4.	Exigencia de la comprensión de ilicitud.....	67

CAPÍTULO IV

4. Concurso de delitos.....	69
4.1. Concurso real de delitos.....	71
4.1.1. Generalidades.....	71
4.1.2. Definición.....	72
4.1.3. Determinación de la penas.....	72
4.2. Concurso ideal de delitos.....	73
4.3. El delito continuado.....	75
4.4. El concurso de delitos en la Legislación guatemalteca.....	76
4.5. Definición del concurso medial de delitos.....	76
4.5.1. Concurso aparente de leyes.....	77
4.5.2. El concurso medial, el dolo y la culpa.....	78
4.5.3. Dolo.....	79
4.5.4. Clases de dolo.....	79

CAPÍTULO V

5. El Delito.....	81
5.1. Definición.....	81
5.2. Importancia de la teoría del delito.....	82
5.3. Criterios para definir el delito.....	83
5.4. Iter criminis.....	85
5.5. Causas de inimputabilidad.....	86
5.6. Causas de justificación.....	86
5.7. Causas de inculpabilidad.....	87
5.8. Consumación y finalización del delito.....	88
5.9. Tentativa.....	90
5.10. Autoría y participación criminal.....	93
6. Determinación de los grados de participación en El delito de conformidad con la legislación	



guatemalteca.....	94
6.1. Aspectos generales.....	94
6.2. De la participación en el delito.....	94
6.2.1. De la autoría.....	95
6.2.2. Conceptos generales.....	98
6.2.3. Concepto unitario de autor.....	98
6.2.4. Concepto dualista de la participación.....	99
6.3. Teorías que determinan la participación en el delito.....	99
6.3.1. Teoría objetiva de la participación.....	99
6.3.2. Teoría subjetiva de la participación.....	100
6.3.3. Teoría del dominio del hecho.....	100
6.4. De los cómplices.....	101
6.4.1. Complicidad por omisión.....	103
6.4.2. La participación en la legislación guatemalteca.....	104
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.....	111
BIBLIOGRAFÍA.....	113

INTRODUCCIÓN



El presente tema, inmerso en el área cognoscitiva de la ciencia del Derecho Penal, como forma de control social constituye un aporte que debe ser tomado en cuenta para la interpretación de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, toda vez que la ignorancia como elemento central de estudio de este trabajo, evidencia una asignatura pendiente para la ciencia, y una necesidad de ser tomada en cuenta en el estudio profesional de las materias que componen la ciencia del derecho, es posible identificar aquellas áreas en las que se pueda aportar. Dentro del derecho penal, surge el importante tema de la autoría y la participación en el delito, del cual no ha existido una verdadera discusión en Guatemala, tema sin embargo controvertido en países como Alemania y España.

Los actos delictivos han de ser voluntarios y fruto de negligencia o del propósito de conseguir el resultado contemplado por la ley. Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva de compensación del mal causado y de prevención intimidación para posibles delincuentes futuros.

La definición del problema se puede plantear de la siguiente forma: Para que sea posible hablar de un delito, es necesaria la existencia de un sujeto que realice la acción delictiva y otro que la sufra, igualmente de un objeto en que recaiga la acción delictiva y un interés que esté jurídicamente protegido. Se está hablando, de los sujetos y objetos del delito. La obligación de soportar la consecuencia del delito constituye la responsabilidad penal. Dentro del sistema de justicia guatemalteco es necesario determinar y establecer cuál es la participación del sujeto activo, y esto recae en la efectividad de la recopilación de evidencias. Derivado a lo anteriormente escrito el problema planteado queda definido de la siguiente manera: ¿Cuáles son los obstáculos para determinar la participación en el delito de conformidad con la doctrina y en la legislación guatemalteca?

El presente trabajo de investigación consta de cinco capítulos, el primero, se refiere



sobre las nociones generales de la teoría del delito y sus elementos, estableciendo una descripción de la conducta; en el segundo, trata del proceso penal, sus generalidades, conceptos, sistemas, características, principios y sus fases; el tercero, es relacionando con la tipicidad, su aplicación, un análisis de los tipos penales, el cuarto, se relaciona a lo referente al concurso de delitos en general y dentro de la legislación guatemalteca, para llegar a concluir con el quinto, que describe lo relacionado al delito.

De tal manera que la hipótesis fue comprobada sobre la participación que se da cuando el sujeto activo interviene en la comisión del acto o del conjunto de actos que constituyen la infracción penal y ameritan ser sancionados por la ley. Según el concepto ontológico o real, este será el sujeto a quien se le pueda imputar un hecho como suyo. El verdadero autor de un hecho es aquel que lo realiza y del que se puede afirmar que es suyo. A este tema no se le ha dado la importancia que merece, así lo evidencia la legislación y la jurisprudencia. La primera con su complicada antitécnica constructiva y la segunda ya que las sentencias con una pobre y confusa fundamentación, condena a personas a título de cooperación necesaria sin haber tenido la certeza de participación en el hecho, entremezclan la figura del cooperador necesario con el autor, se confunde al cómplice, se aplica el presupuesto 4º, del Artículo 36, del Código Penal, cuando no ha habido intervención en el ilícito, el análisis jurisprudencial sirve para acuñar la afirmación de que existe desconocimiento sobre el tema de autoría y participación tanto por juzgadores como abogados litigantes. Ya que en casi treinta y tres años, únicamente se planteó un recurso de casación que pretendió atacar verdaderamente la participación, el cual dicho sea de paso fue rechazado por defectos técnicos.

La aplicación, metodología y tecnología al estudio de las evidencias materiales, descubre y verifica científicamente la existencia de un hecho presuntamente delictuosos y al o a los responsables aportando las pruebas a los órganos que procuran y administran justicia.



CAPÍTULO I

1. Teoría del delito

1.1 Teoría absoluta de la pena

Es aquellas que sostiene que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores, absoluta porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social.

Esta concepción recibe su característica debido a que ve el sentido de la pena, no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del derecho.

Así, niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente convierta al hombre en un medio instrumental en beneficio de la sociedad ya que tanto para Binding como para todos los defensores de la teoría de la retribución, las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana porque sólo cabe motivar con el castigo a los animales, respecto de los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una orden, no matarás, que precede a la descripción legal, al que matare a otro se le impondrá una pena de..., cuya existencia es independiente de la sanción.

El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Talión.

Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse. Esto no significa que las teorías retribucionistas no asignen función alguna a la pena: por una u otra vía le atribuyen la función de realización de justicia. La opinión más generalizada afirma que la pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella y expresa esa reprochabilidad. Es concebida por ésta teoría como reacción por lo sucedido y desvinculada del porvenir ya que su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros. Esto explica la sólida interconexión establecida entre las teorías del delito y la pena:

- El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito.
- El delito, condición de la pena, exige la realización de un comportamiento contrario a la norma, más, la existencia de culpabilidad en el autor del mismo.
- El sistema se basa en el libre albedrío siendo culpable aquél sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma optó por la opción contraria y delinquirió. El haberse mantenido al margen de las exigencias que le plantaba el orden jurídico, no obstante haber podido ajustarse a ellas, el haber podido obrar de otro modo, es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se fundamenta el juicio de culpabilidad.

La medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableciéndose así un criterio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

Las críticas formuladas a esta teoría explican su progresiva decadencia que se pone de manifiesto en virtud de que la misma ha sido abandonada por la doctrina penal contemporánea al menos en su perfil ortodoxo de concepción absoluta. Al respecto se hacen las siguientes consideraciones:

- Fundamenta el para que, del castigo pero no explica ¿cuándo? el Estado debe



hacerlo.

- No fija un límite en cuanto al contenido de la potestad penal estatal. Presupone la necesidad de la pena que debería en realidad justificar; llevada al extremo concluiría en que debe castigarse al delincuente aunque ello no resulte necesario en el caso concreto.
- Imposibilidad de verificar el libre albedrío. Presupone el libre albedrío o libertad de voluntad respecto de lo cual se sostiene que es irracional fundamentar el derecho del Estado a imponer penas en la existencia de una culpabilidad basada en él, debido a que la libertad de voluntad del autor no es empíricamente demostrable.
- La retribución como pago del mal con el mal y la racionalización de la venganza. El pago o la devolución de un mal corresponden al arraigado impulso de venganza humano. La afirmación de que con la pena se ejerce una retribución fáctica solamente puede justificarse en la medida en que ella impide los actos de justicia por propia mano. Se entiende que el criterio retributivo no puede ser absoluto debido a que resulta evidente que no toda culpabilidad debe ser castigada ya que la pena, en el caso concreto, puede producir efectos contraproducentes, no explica ¿cuándo?, el Estado debe aplicar la pena.

Más allá de las críticas a la teoría hasta aquí expuesta, el derecho penal contemporáneo no ha evolucionado hacia un abandono total de los puntos de vista retributivos debido, fundamentalmente, a la fragilidad de las teorías preventivas propuestas como alternativas. La sistematización de los presupuestos de punibilidad, formulados por la escuela clásica desde perspectivas retributivas se ve como un conjunto de garantías del gobernado frente al Estado y en los modelos propuestos en su reemplazo parecería estar corriendo riesgo, ello origina un rechazo de éstos, además, la circunstancia de que no se haya formulado aún ningún sistema que ofrezca presupuestos de incriminación, teoría del delito, diferentes a los enunciados como consecuencia de la concepción retributiva, da más fuerza a la sensación de que el abandono de dichas teorías produciría inseguridad jurídica.

Además, debe concederse a esta teoría la virtud de haber concebido a la pena como



una reacción proporcional al delito cometido, estableciendo un límite a la pretensión punitiva estatal.

1.2 Teorías finalistas de la pena

El aporte de Mata Vela y de León Velasco, respecto a la teoría finalista del delito señala como fundador de ésta a Hanz Welzer y sostienen que la teoría de la acción final ataca el fundamento del sistema causal.

El concepto de acción no es causal sino final. La característica final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse por lo tanto fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan. En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo hace definitivamente. La actividad última es un actuar orientado conscientemente a un propósito, que resulta de los componentes causales de cada caso. Por eso la conducta finalista es evidente y la causalidad es ciega.

La tipicidad recoge la estructura final de la acción por eso el dolo debe pertenecer a la tipicidad, que contiene un aspecto objetivo o sea los elementos descriptivos y normativos y uno subjetivo. La antijuricidad es un elemento valorativo u objetivo valorativo que encierra elementos subjetivos ya que las causas de justificación, tienen como base una acción final. La culpabilidad queda como un juicio de carácter valorativo y subjetivo, ya que se fundamenta en la capacidad de actuar de otro modo del sujeto.

Para los finalistas, el actuar humano es una categoría del ser completamente distinta de cualquier otro proceso causal.

La teoría finalista produjo uno de los cambios más profundos para la teoría del delito, lo cual constituyó una revisión completa del modelo neoclásico.



La teoría finalista se dio a la tarea no sólo de superar el causalismo valorativo sino las posiciones críticas, pero imperfectas como sistema que había surgido en contra de aquel esquema del delito. Para los finalistas la acción por ser realizada por el hombre no es causal sino final, pues éste gracias a su saber causal puede prever dentro de ciertos límites las consecuencias de su actuar. La actividad del ser humano encaminada a un fin se realiza conforme a un plan que puede implicar, decisiones en cuanto a momento, medio, objeto, de acuerdo a la finalidad que se desea alcanzar. La teoría finalista está dirigida a un fin, propósito o motivación.

Para el finalismo, la acción humana no es sólo un proceso causalmente dependiente de la voluntad sino por esencia es ejercicio de una actividad final. Esta capacidad de prever las consecuencias de su comportamiento y conducir este proceso, según un plan o una meta. El proceso en el finalismo, la acción está compuesta de tres momentos a saber, un primer momento, la anticipación mental de la meta, el segundo momento; la acción de los medios necesarios para la realización de la misma y un tercer momento la realización de la acción o acto voluntario en el mundo real.

La teoría final de la acción también está sujeta a crítica ya que no puede explicar en forma enteramente satisfactoria los delitos de omisión y sobre todo los imprudentes en donde no hay finalidad. En el caso tipificado en el Artículo 12 del Código Penal. “el delito es culposos con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley”.

Con base en las teorías anteriormente expuestas surge la teoría social de la acción por la cual: la acción es el comportamiento humano socialmente relevante. Con lo que se engloba tanto el obrar activo: acción o comisión, el negativo o pasivo; la falta de acción u omisión; el obrar intencional doloso como el obrar imprudente o culposos.



1.3 Criterio sistemático para el análisis del concepto de delito

La teoría del delito como parte de la ciencia del derecho penal es la que se ocupa de explicar qué es el delito en general y cuáles son sus elementos o características.

Al analizar la teoría del delito se establece que el interés no es tan sólo de carácter doctrinario o filosófico sino que tiene una finalidad eminentemente práctica. El juez, el fiscal, el abogado, el técnico o profesional en las ciencias auxiliares del derecho penal, en este caso la psicología forense o criminal que se encuentra frente a un hecho concreto deberán tener los conocimientos acerca de la teoría del delito para dilucidar si se encuentran ante un hecho constitutivo de delito o no. La mayoría de veces la descripción de la acción prohibitiva tipificada en la parte especial del Código Penal Decreto número 17-73, no es suficiente para explicar o determinar si la conducta o comportamiento humano está calificado dentro de la categoría de delito.

La función primordial de la teoría del delito es generar un sistema de análisis que dé base para formar la hipótesis de trabajo científico en el proceso de la investigación criminal que por mandato legal le está conferido al Ministerio Público por medio de los fiscales que tienen asignada la persecución penal de determinados delitos y quienes a su vez deben auxiliarse de peritos o profesionales altamente calificados en las diferentes ramas de las ciencias penales, para que se manifieste un accionar conjunto y con criterio multiprofesional y así arriben a la conclusión, para establecer la comisión de un delito y en consecuencia determinar quién o quiénes pudiesen resultar responsables y para ello requiere de un análisis. En dicho análisis se debe tomar en consideración todos los elementos que obedezcan a un ordenamiento lógico y garantías que tiendan a asegurar y determinar si una conducta humana es constitutiva de delito o no, por consiguiente hay que ir analizando si se dan cada uno de los elementos del delito, para que de esta manera se permita uniformar los criterios de interpretación de la norma, evitando que se dé la arbitrariedad del juez o del fiscal, dicho en otras palabras se debe garantizar los principios procesales de legalidad, inocencia y del debido proceso, de esta manera la aplicación de la teoría

del delito coadyuvará en gran medida al logro de la seguridad jurídica sobre la base de una investigación seria, objetiva, pronta y cumplida por parte de los fiscales del Ministerio Público.

En síntesis el estudio y aplicación de la teoría del delito a un caso concreto de la manifestación de la conducta humana para ser considerada como delictiva debe concebirse como unidad, cada uno de los elementos y características del delito pues son aisladas o inconexas todas aunque analizadas en forma independiente inciden y forman parte de un todo y que en conclusión la concepción holística o totalitaria permitan la explicación del hecho con mayor probabilidad y certeza jurídica.

Para el análisis de la teoría del delito el legislador selecciona algunas conductas o acciones humanas que califica de delito, pues éste antes que nada, es una conducta humana por lo tanto se descartan todos los resultados o hechos producidos por las fuerzas de la naturaleza.

Las conductas o acciones humanas eminentemente descriptivas, en los que se individualiza la conducta prohibida que viene a ser los llamados tipos. Se dice que una conducta es típica cuando se adecua a la descripción realizada por la ley penal. En el caso de que la acción no se adecue y no se encuadre en ningún tipo, es entonces atípica.

Una vez comprobada la tipicidad se observa si la acción es también antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico en su totalidad.

En algunos casos suele darse la situación que exista alguna causa que justifique la acción como el caso de la legítima defensa, normativa contemplada entre las causas de justificación del Código Penal, Artículo 24 que regula: son causas de justificación, legítima defensa 1. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en la defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional de medio empleado para impedirle o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del

defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actividad denota inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores. El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Según Eduardo Gonzales Cahuapé Casaux, “La conducta típica y antijurídica es considerada como el injusto penal. El injusto legal supone una violación negativa sobre el hecho”¹. Por esa razón, un homicidio cometido en legítima defensa no será injusto, por cuanto el derecho entiende que ese comportamiento se ajusta a la norma regulada en el Artículo 24 del Código Penal.

Al ser admitida la conducta típica y antijurídica o sea el injusto penal, se realiza un juicio de reproche al autor del ilícito, sin embargo, en algunos supuestos este juicio de reproche al autor al hacerlo acreedor de culpabilidad no tendrá sentido por cuanto éste no conocía el carácter antijurídico del acto, no tenía capacidad psíquica suficiente o no se le podía exigir otro comportamiento.

En estos casos se encuentra ante las causas que eximen de culpabilidad que en el código penal están reguladas como causas de inculpabilidad en el Artículo 25, entre estas se tiene, el estado de necesidad disculpante, miedo invencible, fuerza exterior, error, legítima defensa putativa, obediencia debida, omisión justificada, asimismo regula los llamados elementos accidentales del delito o circunstancias atenuantes que modifican la responsabilidad penal en el Artículo 26.

En el anterior análisis se permite llegar a la acción del autor, sin embargo algunas teorías pretenden llegar por el camino intenso, es decir, analizar en primer término al autor para llegar a la acción. La premisa para asumir esta postura radica en que el hombre es anterior al delito y que sin autor no hay conducta, sin embargo ante esta

¹ González Cahuapé-Casaux, Eduardo. Apuntes de derecho penal guatemalteco. Pág. 41.



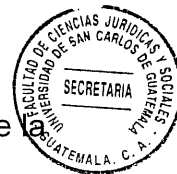
postura el criterio cronológico no es lo relevante, se caería ante el trillado problema que fue primero el huevo o la gallina, por lo que provocaría confusión, aplicando esta lógica, lo primero es la tipicidad y después la acción, así mismo sin delito tampoco hay autor.

Por lo anteriormente expuesto es retomar el criterio de que la teoría del delito está concebida como un sistema, una metodología, un proceso dinámico que requiere de la utilización técnica y procedimientos que conduzcan a establecer con objetividad si un hecho es constitutivo de delito y si en la comisión del mismo existe o no autor con culpabilidad o eximirlo de ella.

1.3.1 Evolución de la teoría del delito

Un primer momento sitúa a Beling como el principal fundador de una primera sistemática de la teoría del delito, que en 1906, establecía la relación de la acción como acto natural del hombre, y la que ya se explicara párrafos antes. Esta concepción es biológica, como consecuencia del auge que toman los estudios psíquicos en particular del delincuente. Sin embargo, para finales de la Primera Guerra Mundial se inicia un proceso que concluye Mezger para 1929, que establece que si bien la acción es el elemento más importante de la teoría del delito, debe establecerse que dicha acción puede ser resultado también de una omisión, y por tanto ya no es sólo un acto mecánico, puesto que entonces la omisión tendría que ser una actividad también mecánica y dicha tesis es insostenible. Además pudiera ser que exista una acción que siendo la que establece el tipo penal, fuera producto de un error o bien pudiera estar atenuada por alguna circunstancia o causa justificante. Mezger iniciaba con dichas concepciones un segundo momento para la teoría del delito y su principal aporte consistió en la valoración que le daba a las características de la acción.

En el primer momento se habló de una acción natural, por lo que esta etapa de la historia de la teoría del delito es conocida como sistemática causalista natural. Y el



segundo momento, lo establece Mezger, que ciertamente por estar basada en que la acción es un causalismo, pero por incorporar elementos valorativos ha venido en llamársele causalismo valorativo.

Luego, ya para finales de la Segunda Guerra Mundial resultaban poco consistentes aquellos postulados que establecían a la acción como centro de toda la teoría del delito, y en un intento por recuperar toda aquella sistemática, Eberhard Shmidt, afirma que la acción que realiza el hombre y que se torna injusta y típicamente antijurídica, tiene raíces claramente sociales, puesto que es la sociedad quien condiciona tanto al individuo para delinquir como a los mismos delitos que son tales por estar contenidos en un tipo penal, que la sociedad a dispuesto de esa forma. Con este tercer momento, se genera así la teoría de la acción social. Es decir la acción sigue siendo el centro de la teoría del delito, pero en Shmidt, las motivaciones y condicionamientos de esa acción ya no son más naturales, sino ahora lo son sociales.

El principal error en que incurrieron todos los autores mencionados hasta aquí y todos los que les siguieron aceptando sus postulados, además de los que les siguen a la presente fecha, es pensar que la acción es el centro alrededor del cual giran todos los demás elementos del delito. Nada más equivocado, porque si bien la acción tiene una importancia capital, para efectos de establecer finalmente los móviles que incidieron en el sujeto para delinquir, no significa con esto que tenga que restarle importancia a los demás elementos del delito, situándolos en un plano de subordinación a la acción. Es por tanto, más justificado que para finales de la Segunda Guerra Mundial, en que se intenta rescatar aquella teoría nacida casi con el siglo, se empiece paralelamente a suscitar una nueva sistemática en la teoría del delito. Esta sistemática, establece a la acción en un plano de igualdad frente a los demás elementos del delito, y se permite de esa forma estudiar con más adecuación los móviles que tuvo el delincuente para su conducta ilícita. De tal manera que, los elementos valorativos del tipo pueden servir para valorar también la acción, es decir todas aquellas palabras que deba, por su naturaleza que dárseles una valoración



jurídica posterior ha cometido el acto, debe saberse con el más alto grado de exactitud si los conocía el sujeto en el momento de delinquir. Aunque no se permita la ignorancia de la ley, para efectos de establecer el grado de culpabilidad es posible establecer una cierta relación con el conocimiento que el sujeto tiene con todos los elementos del tipo.

Por otro lado, qué tanto, la omisión riñe con el orden jurídico y finalmente, es posible delinquir ya sea por acción o por omisión, por imprudencia o simplemente si la acción u omisión se ajusta al tipo penal ya se delinquirió con dolo todas estas preguntas encuentran una respuesta un poco más consistente en esta última forma de concebir a la teoría del delito, que partiendo de los fines que tiene el sujeto para delinquir, establece de esa forma su propia denominación, puesto que a esta sistemática se le conoce como teoría finalista, y constituye el cuarto momento del que se habló en un principio de esta exposición.

Según Bustos Ramírez “Se puede decir que durante siglos, existió una teoría dominante, que algunos autores la ubican como clásica y que empieza su derrumbamiento a partir de críticas bien fundadas, que se le hacen durante los primeros años del siglo XX, cuando comienza, la teoría que llaman neoclásica”², se puede encontrar de mejor forma nombrada a la primera como: causalismo naturalista y causalismo valorativo a la segunda. Sin embargo, el nombre poca relevancia tiene, en cuanto a lo bien diferenciado que manifestaron ambas, el aporte tan significativo a la teoría del delito.

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

Sin embargo, todos los conceptos y significaciones que aportaran las distintas etapas que consolidaron la teoría del delito, sirvieron como base para que antes de empezar

² Bustos Ramírez. Manual de derecho penal parte general. Pág. 131.

la segunda mitad del presente siglo, surgiera la teoría de la acción finalista del delito, y que se consolidara en definitiva para el año de 1965, iniciándose a partir de entonces toda una nueva etapa para los estudios con relación a la teoría del delito. En Guatemala, pese a que el Código Penal fue aprobado ocho años después, no recibió mayor influencia de la misma, y la mayoría de delitos, así como su parte general, acusa una notoria posición causalista, no solo por el contenido del texto del Artículo 10.

No se puede decir, que la teoría finalista sea la forma más adecuada de concepción de todos los elementos del delito, puesto que aún siendo la última, ya ha sido criticada en algunos de sus postulados; sin embargo, es ciertamente la más actual y una de las más tórridas formas de concebir al delito mismo, sin embargo, para los efectos de la omisión, como se explica en el segundo capítulo, la teoría finalista enfrenta algunas dificultades de justificación.

1.4 La conducta

1.4.1 Definición

Manuel Ossorio indica que la conducta es el “comportamiento del individuo en relación con su medio social, la moral imperante, el ordenamiento jurídico de un país y las buenas costumbres de la época y del ambiente”³.

El ser humano despliega constantemente una variedad de procederes o comportamientos; alguno consciente o reflexivo y deliberadamente decidido y otros inconscientes o fruto de una preferencia irreflexiva. Cuando hablamos de un comportamiento consciente nos estamos refiriendo a una conducta.

Cada instante de la vida, posee un repertorio ilimitado de posibilidades contenidas en el futuro de la situación en cuestión. Estas posibilidades constituyen la libertad metafísica de la voluntad en cuanto a poder hacer o no hacer algo. La libertad

³ Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 195.



consiste en presentar el futuro como posibilidades y en la necesidad de que el hombre asuma una como propósito para hacerla realidad. La libertad metafísica como tal es un puro deber ser existencial. Ahora bien, la libertad metafísica de la voluntad por sí sola no llega a ser una conducta mientras no se haga realidad. No alcanza con la elección de un fin, es necesario el tránsito de lo posible a lo real mediante una ocupación eficiente, empleando el hombre los medios más idóneos para alcanzar el fin proyectado. Solo así, la posibilidad consciente y libremente elegida se transforma en un fenómeno.

Carlos Cossio define la conducta como “la libertad metafísica fenomenalizada”⁴.

1.4.2 Acto de voluntad y acto de conocimiento

Zaffaroni afirma que puede llamarse acto de voluntad “a aquel que se dirige al objeto alterándolo. Acto de conocimiento es el que se limita a proveer de datos al observador, sin alterar el objeto en cuanto material del mundo”⁵.

Esta diferenciación responde a una postura realista, y no tendría lugar el contexto de la teoría idealista en la que las ideas son primarias y el conocimiento es el que crea al objeto.

1.4.3 Conducta y derecho

Cuando el derecho considera a una conducta disvaliosa, está realizando con respecto a esta conducta un acto de conocimiento, y este acto no modifica en nada al ser de la conducta. El derecho se limita a ser un orden regulador de conducta. En particular el derecho penal, se limita a agregar un disvalor jurídico a ciertas conductas, sin cambiar en absoluto lo óntico, el ser de las mismas. Cuando hablamos de delitos estamos refiriéndonos a conducta, ya que el delito es necesariamente una conducta. Esta afirmación apoya al principio de *nullum crimen sine conducta*, no hay delito sin conducta. Sin el sostén de este principio, podría

⁴ Cossio, Carlos. La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad. Pág. 307.

⁵ Zaffaroni, Eugenio, Raúl. Manual de derecho penal, parte general. Pág. 163.

considerarse delito a cualquier cosa, y por ende podría penalizarse el pensamiento, la forma de ser, las características personales, etc.

1.4.4 Terminología de la conducta

Para Cossio los términos “acto y acción deben ser considerados sinónimos utilizados en forma genérica para designar conducta. Si bien algunos autores tienden a separar la acción entendiendo que esta se refiere al hacer activo, de la omisión entendida como el no hacer lo debido; preferimos decir que la acción puede asumir la forma de una comisión, es decir, la realización de una actividad; o de una omisión, es decir, una abstención por inactividad⁶.

El sentido de la palabra hecho es el que se halla establecido en el Código Civil, y que son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones. Sin embargo, el Código Penal utiliza la palabra hecho en sentido amplio para determinar un detalle particular del delito, una conducta, una conducta típica, un injusto penal o un delito; por lo que se hace necesario determinar en el caso concreto cual es la acepción que debe darse a la palabra.

Partiendo de la clasificación de los hechos, se puede decir que cuando se habla de conductas nos refiere siempre a hechos humanos voluntarios.

1.4.5 Voluntad

Se acepta que sin voluntad no hay conducta; sin embargo, se debe precisar cuáles son los contenidos de esta voluntad que son requeridos en la conducta. Inicialmente, hay que distinguir la voluntad, el querer del deseo, el desear.

Voluntad debe entenderse como postura activa destinada a producir una acción; mientras que el deseo es una postura pasiva en la no hay movimiento. La voluntad

⁶ Cossio, Ob. Cit., Pág. 310.

actúa para obtener el resultado, mientras el deseo solo espera el resultado. Puede existir voluntad sin deseo, alguien que actúa coaccionado, o deseo sin voluntad, desear pero no hacer nada por alcanzar lo deseado.

1.4.6 Estructura de la conducta

No se puede hablar de conducta como una suma de elementos, es factible efectuar un análisis de sus aspectos, interno y externo. El interno de la conducta estaría conformado por dos etapas: una primera que resulta de la proposición de un fin a alcanzar; una segunda en la que se seleccionan los medios para alcanzarlo. En esta etapa de selección de medios, es necesario que se represen los resultados. Superadas estas etapas, se hace referencia a lo que constituye el “aspecto externo”, que es la exteriorización de la conducta y consiste en la puesta en marcha de la causalidad a fin de producir el resultado.

La conducta entendida en base a esta estructura, sirve de base a todas las formas típicas, ya que los tipos prohíben conductas respetando esta estructura. Clasificados estructuralmente, los tipos penales se distinguen como dolosos y culposos. En los tipos dolosos se prohíbe la puesta en marcha de la causalidad a fin de producir el resultado. En los tipos culposos se prohíbe la conducta respecto a la forma de seleccionar los medios para alcanzar el fin, y no en razón del fin mismo. Como se puede ver, la prohibición en el tipo doloso está referida a la proposición del fin y a la exteriorización a fin de alcanzarlo. Mientras la prohibición de tipo culposo se refiere a la selección de medios.

Zaffaroni dice: “La selección de los medios para la obtención de un fin debe hacerse de acuerdo a un cierto deber de cuidado, que resulta violado cuando, pudiendo preverse que la causalidad puesta en movimiento puede afectar a otro, no se lo prevé, o cuando, habiéndolo previsto, se confía en que la lesión no habrá de sobrevenir”⁷.

⁷ Zaffaroni, Ob. Cit., Pág. 202.



CAPÍTULO II

2. El proceso penal

2.1 Generalidades del proceso penal

Vicente Gimeno Sandra, sobre el tema indica que el proceso es, “el conjunto de derechos constitucionales de incidencia procesal, posibilidades, obligaciones y cargas, que asisten a los sujetos procesales como consecuencia del ejercicio del derecho de la acción y de la interposición de la pretensión, cuya realización; a través, de los oportunos actos procesales, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales, informadas por el principio de contradicción, desde las que las partes examinan sus expectativas de una sentencia favorable que ponga fin al conflicto mediante la satisfacción definitiva de sus respectivas pretensiones y resistencias”⁸.

2.2 Derecho procesal penal

El hombre para desarrollarse de una mejor manera en todos los ámbitos, necesita existir dentro de una sociedad, lo que implica que como consecuencia de la relación frecuente con los demás miembros de la sociedad, se susciten en determinadas ocasiones problemas interpersonales que alteren la armonía social.

El Estado, como ente soberano se vale del derecho para obligar a sus miembros a observar las normas que regulen los derechos de unas y otras personas a fin de mantener la paz social. Al momento en que se infrinja una norma que altere la armonía social, el Estado debe sancionar al infractor. El ser o no merecedor de dicha sanción se determinará; a través, de mecanismos legalmente establecidos que permitan la averiguación del hecho delictivo, las circunstancias en que pudo ser cometido, la individualización del responsable y su posible participación. Constituyendo esto la esencia del derecho procesal penal.

⁸ Gimeno Sendra, Vicente. Derecho procesal. Pág. 277.



2.2.1. Definición

El derecho procesal penal, ha sido definido de diversas formas por algunos tratadistas que a continuación proporcionan los siguientes conceptos:

Alberto Herrarte, lo define como “la rama del Derecho Procesal que estudia las normas que regulan el proceso penal”⁹.

Guillermo Cabanellas, lo define como “el conjunto de actos mediante los cuales se provee, por órganos fijados y preestablecidos en la Ley y previa observancia de determinadas formas, a la aplicación de la Ley Penal, en los casos singulares concretos, a la definición de una relación concreta de derecho penal”¹⁰.

De conformidad con los anteriores planteamientos se puede inferir que derecho procesal penal es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto el esclarecimiento de un hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, la aplicación de beneficios al procesado y la imposición de penas y su ejecución; a través, de los órganos jurisdiccionales competentes.

2.2.2 Finalidad

La finalidad específica del derecho procesal penal es obtener la declaración de certeza, positiva o negativa, derivada de la comisión de un delito o falta, por medio de la intervención de un juez.

2.2.3 Naturaleza

La naturaleza del derecho procesal penal es:

⁹ Herrarte, Alberto. Derecho procesal penal, el proceso penal guatemalteco. Pág. 35.

¹⁰ Cabanellas, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo II, Pág. 614.



- Puramente instrumental, toda vez que sirve para la realización de los fines del derecho penal; es decir pone en movimiento al derecho sustantivo para hacer efectivos dichos fines;
- Es eminentemente público, en virtud que el Estado interviene directamente en el proceso por medio de los órganos jurisdiccionales, como titular del poder público; y
- Es autónomo, sus normas y principios son totalmente independientes de las normas del derecho sustantivo.

2.3 El Proceso penal

El proceso penal, además de ser un ejercicio de poder, por medio del cual se le impone la pena a un sujeto, es un método de conocimiento, es una forma para averiguar o reconstruir un hecho, como presupuesto para la imposición de una pena.

El Estado; a través, de sus órganos jurisdiccionales competentes, utiliza los mecanismos necesarios para sancionar toda conducta ilícita realizada por cualquier persona. Es decir que a todo acto delictivo le sucede la acción punitiva del Estado, con el objeto de sancionar y reparar el daño social provocado.

El Estado tiene el derecho de imponer un mal al culpable, para cuya imposición, se requiere una actividad por parte del propio Estado encaminada a la averiguación del delito y del delincuente y a medir su responsabilidad.

2.3.1 Concepto

Alberto Binder lo define de la siguiente manera: "Es un conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.) con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena

y, en el caso de que la existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de la sanción”¹¹.

Cesar Ricardo Barrientos Pellecer a firme que es “un método lógico y ordenado creado por la civilización para conducir a una decisión judicial y restablecer por tal medio la paz y el orden jurídico. Todo Proceso responde a objetivos; se enmarca dentro de ciertos fines y propósitos comunes a una sociedad”¹².

Con los conceptos, descritos anteriormente, se puede establecer que de las actividades realizadas en el proceso penal son tres las principales:

- La jurisdiccional o sea la correspondiente al juez;
- La del requirente; y
- La de la defensa del imputado,

Cada una de estas actividades está limitada por las disposiciones legales, además de esta limitación, por la intervención de terceros y otros órganos oficiales o no oficiales, que coadyuvan al desarrollo del proceso.

2.3.2 Elementos

Los elementos del proceso penal pueden ser objetivos y subjetivos, a continuación se realiza una descripción de los mismos.

a) Los elementos subjetivos

Están constituidos y subdivididos por las actividades que se realicen y las funciones que se desempeñen, en tal sentido estos elementos se clasifican en:

¹¹ Binder, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. Pág. 49.

¹² Barrientos Pellecer, César Ricardo. Curso básico sobre derecho procesal penal guatemalteco. Pág. 16.



- Sujetos del proceso: estos realizan una función fundamental o principal y conforman, el órgano jurisdiccional, el acusador, y el acusado o procesado.
- Sujetos auxiliares del proceso: realizan una función colaboradora o secundaria del proceso y lo conforman, por ejemplo el querellante, el actor civil, los peritos, los testigos, etc.

El interés del Estado en el proceso penal es de carácter público, para responder a la protección de este interés, ejerce la potestad exclusiva de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado. En tal sentido el órgano jurisdiccional se encuentra institucionalizado debidamente, organizado en forma preestablecida y en una situación superior con relación a las partes del proceso.

Cabe señalar que en el proceso penal no existen partes, como en el proceso civil, no hay un demandado ni un demandante. Ya que la función de ejercer la acción penal está encomendada al órgano representante del Estado, el Ministerio Público.

La doctrina se refiere a parte, sobre todo para responder al interrogante que plantea la situación del Ministerio Público.

El Ministerio Público como ente encargado de la investigación puede ejercer la acción de acusar, pero en búsqueda de la verdad formal, puede incluso pedir la absolución del procesado, por no encontrar fundamento para solicitar su condena. Incluso en la iniciación del proceso, el sindicado o responsable puede no estar debidamente establecido o identificado.

El concepto de partes en el proceso penal es puramente formal, para mantener el principio del contradictorio. Al efecto, Giuseppe Chiovenda dice que, parte es el que “pide en nombre propio la actuación de una voluntad de la Ley, y aquel frente al cual se pide”¹³.

¹³ Chiovenda, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil II: las relaciones procesales. Pág. 264.

b) Elementos objetivos

Para el licenciado Wilfredo Valenzuela oliva los elementos objetivos del proceso penal, “son todos los actos que los sujetos o partes efectúan en el desenvolvimiento procesal, siendo preciso señalar que, aunque fraccionados, van integrando la unidad del proceso, de tal modo que implique avance continuo”¹⁴.

Entre estos se encuentran, la denuncia, las prevenciones policiales, la querella, la investigación realizada por el Ministerio Público, los anticipos de prueba, declaración del imputado, del agraviado, de testigos, ofrecimiento y recepción de pruebas, etc.

Las resoluciones judiciales, son los actos procesales, más importantes, estas resoluciones son efectuadas por el juez y son estas las que le dan impulso al proceso. Para que los actos sean considerados procesales deben efectuarse dentro del proceso y originar efectos sobre éste.

En el proceso penal se habla de actos y no de hechos, ya que los actos son realizados con exclusividad por el hombre y producen consecuencias jurídicas, mientras que los hechos producen consecuencias jurídicas pero pueden o no ser producidas o realizadas por el hombre. Los actos realizados por los sujetos procesales, conforman los elementos objetivos del proceso.

2.3.3 Objeto

El objeto del proceso penal está conformado por:

- La materia actuable; o sea la materia sobre la cual recae la actividad de los sujetos procesales y del órgano jurisdiccional,
- La cuestión o conflicto de intereses que le dio origen al proceso; el tema que se discute en el proceso y que se decide por el juez.

¹⁴ Valenzuela O. Wilfredo. Lecciones de derecho procesal penal. Pág. 71.



El objeto del proceso penal es entonces, la comisión de un hecho delictivo o de una falta y el esclarecimiento de ese hecho y muy remotamente la pena.

2.3.4 Fines

Aplicar la ley penal sustantiva al caso concreto e investigar la verdad llamada efectiva, material o histórica, es el fin que persigue el proceso penal, es decir la realidad de los hechos o acontecimientos que son el contenido del objeto del proceso. La verdad histórica se encuentra; a través, de la verdad forense, la cual ha sido establecida por los tratadistas por ser casi imposible obtener o lograr reproducir los hechos en la forma exacta en que ocurrieron, siendo la verdad forense la que busca redefinir los hechos ocurridos de la manera más o menos exacta.

Los fines de proceso penal, tienen como finalidad la represión de los actos punibles imponiendo penas, la correcta valoración de las pruebas presentadas, trata de buscar siempre la justicia, establecen la participación y responsabilidad penal en forma correcta, buscan esclarecer los hechos señalados como delitos o faltas así como las circunstancias en que pudo ser cometido el hecho, buscan la seguridad como valor trascendental de lo jurídico, y establecen la existencia o inexistencia de la comisión de un delito o falta.

2.4 Sistemas procesales penales

Las funciones fundamentales en todo proceso penal son tres:

- La función de acusar, ejercida por el agraviado;
- La función de defender, realizada por el sindicado; y
- La función de decisión, ejercida por el juez.

De conformidad con Florián, citado por Alberto Herrarte, "si las tres funciones anteriores están concentradas en una misma persona, se tendrá el proceso

inquisitivo; por el contrario, si cada una de estas funciones es ejercida por diferente persona, se tendrá el proceso acusatorio. De donde, en el segundo caso se da un proceso de partes y en el primero un proceso unilateral de un juez con actividad multiforme”¹⁵.

2.4.1 Inquisitivo o inquisitorio

En este sistema el juez es el único ente gobernador del proceso, tiene la facultad de investigar, acusar y decidir; con respecto a la denuncia esta es secreta, el procedimiento es escrito, secreto y no contradictorio. Es usado el sistema legal de valoración de la prueba, por lo general siempre se busca la prisión del sindicado. La persecución penal corresponde a los órganos jurisdiccionales, por ser un proceso impulsado de oficio; tiene carácter semisecreto y escrito, lo que dificulta la defensa e impide contraponerse al investigador por su papel de juez y parte.

2.4.2 Acusatorio

Es todo lo contrario que el sistema inquisitivo, en este sistema, el procedimiento es oral, público y con contradictorios, el juez se desliga de la función de investigar y de acusar, quedando facultado únicamente para decidir sobre los hechos que las partes hayan demostrado, es decir tiene la función exclusiva de juzgar; existe igualdad de derechos entre las partes. Confiere a las partes el impulso procesal.

2.4.3 Mixto

Fue introducido por los franceses en el siglo XIX y es una combinación de los dos sistemas anteriores; el inquisitivo y el acusatorio. En Guatemala, existe un sistema mixto, ya que los principios han cambiado, el proceso no es secreto y se trata de que se lleven a cabo oralmente la mayor cantidad de diligencias propias del proceso, pero aún se cuenta con algunas que a la fecha son escritas, como por ejemplo las

¹⁵ Herrarte, Ob. Cit., Pág.37.

peticiones que se realizan al órgano contralor de la investigación.

2.5 El proceso penal guatemalteco

2.5.1 Características

Guatemala tenía un proceso predominantemente inquisitivo, provocando con ello que fuera un procedimiento lento y engorroso, retardando con ello la administración de justicia.

El Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal al entrar en vigencia vino a renovar en toda su magnitud el proceso penal, respondiendo a políticas estatales modernas, implementó el sistema acusatorio y estableció el juicio oral; estas políticas son necesarias en toda sociedad que busca una mejor forma de reprimir el delito y de sancionar a sus responsables, permitiendo la protección y tutela de las garantías individuales.

En este sistema el juez no puede proceder por iniciativa propia y mantiene una actitud pasiva en la obtención de las pruebas, evitando que se vincule a las pretensiones concretas de las partes, acusador-sindicado, correspondiéndole a las mismas la obtención de la prueba de cargo y de descargo necesarias para lograr del juzgador una sentencia justa.

En el proceso penal se establecen las siguientes fases preclusivas:

- Investigación;
- Intermedia;
- Juicio oral;
- Impugnación; y
- Ejecución.

En las diferentes etapas, los jueces tienen asignadas funciones distintas a la de



investigar los hechos. Así también se establecen diferentes procedimientos a seguir para el juzgamiento de los delitos, dependiendo de la gravedad de los mismos y del impacto social que produzcan.

2.5.2 Principios procesales

El Estado como ente soberano, para poder cumplir con sus funciones, fija su propia política criminal por medio de la ley, la cual se encuentra basada en las normas preestablecidas en la Constitución Política de cada sociedad.

La ley, tiene que seguir procedimientos claros y precisos para poder desarrollar la actividad punitiva del Estado y por ende necesita de una serie de postulados que permitan su realización, respetando los derechos humanos. Los principios procesales no son más que esos postulados guiadores de todo proceso penal.

2.5.3 Definición

Para Ricardo Alberto Barrientos Pellecer, “Los principios procesales son los valores y postulados esenciales que guían al proceso penal y determinan su manera de ser como instrumento para realizar el derecho del Estado a imponer las consecuencias jurídicas derivadas de los actos humanos tipificados en la Ley como delitos o faltas. Son criterios orientadores de los sujetos procesales y constituyen elementos valiosos de interpretación, facilitan la comprensión del espíritu y los propósitos de la jurisdicción penal”¹⁶.

En el proceso penal predominan entre otros, los principios de:

- Publicidad y oralidad de las actuaciones judiciales, El proceso penal es eminentemente público con las reservas que la ley disponga y a viva voz para lograr una comunicación inmediata y directa entre las partes y el juez, aunque

¹⁶ Barrientos Pellecer, Ob. Cit. Pág. 12.



siempre es indispensable la escritura para dejar constancia de lo actuado.

- De concentración, las pruebas se reúnen y se practican en una sola diligencia continua e ininterrumpida; y
- De inmediación de la prueba, es indispensable la presencia del juez en la práctica y recepción de la prueba.

2.6 Principios constitucionales que inspiran el proceso penal

2.6.1 De legalidad

Es necesario que para poder perseguir el ilícito penal, se encuentre regulado de esa forma en la ley, para que tenga carácter obligatorio.

El Artículo 6º de la Constitución Política de la República establece: Detención Legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad.

El Artículo 17 de la Constitución Política de la República, deduce claramente el principio de legalidad, al establecer lo siguiente: No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por Ley anterior a su perpetración.

Cabanellas, al hablar del principio de legalidad en derecho procesal, lo define como: "Representa la observancia de las Leyes de procedimiento, en cuanto a su forma, por la impugnación posible en otro caso para anular lo actuado y reiterar adecuadamente lo desconocido u omitido, y en cuanto al fondo, la resolución conforme a las normas legales de cada caso pertinente, con la posibilidad también,



para quien se crea agraviado, de apelar o recurrir en la forma autorizada por las normas de enjuiciar”¹⁷.

2.6.2 De defensa

Es un principio constitucional que preceptúa que nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Toda persona sindicada de la comisión de un delito tiene el derecho de que se respeten sus garantías y que le asesore un abogado defensor en la tramitación del proceso penal. Tiene su fundamento en el Artículo 12º de la Carta Magna.

2.6.3 De inocencia

Es un principio constitucional que establece que: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoria”; con ello se infiere que la inocencia de la persona se presume durante todo el proceso penal y se restringe hasta agotados todos los recursos y declarada la culpabilidad por el órgano jurisdiccional en sentencia firme. Ninguna persona puede ser culpable de un hecho, si una sentencia no lo declara de esa forma, artículo 14º de la Constitución Política de la República.

La sentencia es el único medio por el cual el Estado puede declarar la culpabilidad de una persona. Mientras que la sentencia no se pronuncie en sentido afirmativo, la persona tiene jurídicamente el estado de inocencia, esto no supone que la sentencia constituya la culpabilidad, pues solo la declara.

2.6.4 El debido proceso

Se refiere a que nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de

¹⁷ Cabanellas, Tomo V, Ob. Cit., Pág. 414



seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones del Código Procesal Penal y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.

El Licenciado César Ricardo Barrientos Pellecer, al referirse al debido proceso, indica que este principio consiste en que “nadie puede ser juzgado sino conforme a las Leyes preexistentes y por un acto calificado antes como delito o falta, ante tribunal competente y con observancia de las formas establecidas”¹⁸.

2.6.5 Doble instancia

Esta garantía, deja abierta la posibilidad para que un tribunal distinto al que dicta la sentencia, pueda examinar las actuaciones del juez a quo, para evitar la posibilidad del error judicial y para que los fallos tengan más garantías de seguridad.

2.6.6 Cosa juzgada

Es una garantía que consiste en que se llegue en el proceso a un fin definitivo, que se agoten los recursos legalmente establecidos; permitiendo con ello, una sentencia firme, que no permita abrirse un nuevo proceso por el mismo hecho. Esta garantía proporciona seguridad y certeza jurídica, puesto que es impugnabile, no permite que se cambie el contenido de la sentencia, lo que conlleva que la misma sea ejecutoriada.

2.7 Jurisdicción y competencia

2.7.1 Jurisdicción

En virtud de los conflictos entre seres humanos, que vulneran los intereses personales, provocando un desequilibrio en la sociedad si estos no se resuelven, es

¹⁸ Barrientos Pellecer, Ob. Cit., Pág. 52.



necesario que exista un tercero en la disputa, que pueda objetivamente analizar y resolver dicho conflicto. Este tercero es el Estado, ya que a él compete garantizar la paz social. La Constitución Política de la República establece que: compete con exclusividad a los tribunales de Justicia la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Por jurisdicción dice el licenciado Valenzuela Oliva se entiende “la facultad estatal y exclusiva de administrar Justicia, especialmente por los juzgados y tribunales, órganos creados para esa función”¹⁹.

Los elementos son las facultades con que son investidos los jueces para ejercer su función y su clasificación es la siguiente:

1. Notio: Es la facultad de conocer determinado asunto derivado de la comisión de un hecho punible.
2. Vocatio: Es la facultad de obligar a las partes a comparecer a juicio.
3. Imperium o coertio: Es la coerción o derecho de fuerza, basada en la Ley, que los jueces utilizan para hacer cumplir sus resoluciones.
4. Ludicium: Es la facultad de dictar sentencia definitiva con carácter de cosa juzgada.
5. Executio: Es la facultad de ejecutar lo juzgado.

2.7.2 La Competencia

Por ser materialmente imposible que un juez ejerza la administración de la Justicia en todas las materias, existen distintos organismos jurisdiccionales para limitar la jurisdicción. La competencia no es más que eso, una limitación o medida de la

¹⁹ Valenzuela Oliva, Ob. Cit., Pág. 101.



jurisdicción.

David Lascano citado por Alberto Herrarte señala que la competencia es “la capacidad del órgano del Estado para ejercer la función jurisdiccional”²⁰.

Existen tres criterios para determinar la competencia:

- El Criterio Objetivo o Material: Este permite al órgano Jurisdiccional ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigio.
- El Criterio Funcional: Se determina en atención a cierta actividad del proceso, con relación a su doble instancia y su distribución de casos penales.
- El Criterio Territorial: Los límites horizontales de la jurisdicción están dados por la competencia territorial. En la extensión del territorio de un Estado existen jueces o tribunales igualmente competentes en razón de la materia, pero con capacidad para conocer solamente en determinada circunscripción.

2.8 Fases del proceso penal

Cinco son las fases que conforman el proceso penal guatemalteco, todas independientes pero vinculadas entre sí, son sucesivas unas tras otras y con carácter preclusivo. Estas fases son la preparatoria, la intermedia, la del juicio oral o debate, la de impugnación y la de ejecución.

2.8.1 Preparatoria, investigativa o de instrucción

Es la primera etapa o fase del procedimiento penal guatemalteco. El órgano encargado de realizar el procedimiento preparatorio es el Ministerio Público. En esta etapa se recaban elementos que servirán para fundamentar la acusación del mismo,

²⁰ Herrarte, Ob. Cit., Pág. 27.

por ello la investigación es asignada a dicho organismo, quien tiene el deber de ejercer la acción penal pública, en representación del Estado y en defensa de los intereses sociales. Pero la función investigativa del Ministerio Público es controlada por los jueces de primera instancia.

El procedimiento preparatorio tiene como fin averiguar las circunstancias del hecho que se reputa como delito o falta y la vinculación del imputado con el mismo. Artículo 5 del Código Procesal Penal.

En el inicio de la etapa preparatoria o sea en el inicio del proceso, el Ministerio Público debe decidir si iniciará o no la acción penal, sobre la base de la primera información que se reúna en los primeros actos de la investigación Artículo 24 del Código Procesal Penal.

De acuerdo a Binder, “Los actos iniciales del procedimiento son los canales a través de los cuales ingresa la primera información”²¹ y que da inicio al procedimiento penal.

Los actos introductorios que establece el Código Procesal Penal son;

- La denuncia: Es el acto procesal por el cual las personas ponen en conocimiento de los órganos responsables de la persecución penal los hechos que consideran delictivos, Artículo 297 del Código Procesal Penal;
- La querella: Es una denuncia que incluye la pretensión del denunciante o querellante de constituirse como sujeto procesal, llevando aspectos técnicos y el auxilio de un abogado, Artículo 302 del Código Procesal Penal;
- La prevención policial: Es la obligación que tiene la policía de informar al Ministerio Público sobre el conocimiento que tenga de todo hecho presuntamente delictivo, artículo 304 del Código Procesal Penal; y

²¹ Binder, Ob. Cit., Pág. 211.

- El conocimiento de oficio: Es aquel acto consistente en conocer de oficio la comisión de un hecho supuestamente delictivo y que realizan los órganos de persecución penal. Artículo 367 del Código Procesal Penal.

Cualquiera de los actos introductorios descritos puede constituirse como primer acto del procedimiento preparatorio, como lo expresa Binder al decir que “estos introducen, formalmente, la primera hipótesis delictiva al sistema judicial”²². Desde este momento la función del proceso es la de realizar un conjunto de actos o diligencias encaminadas a decidir si el imputado dentro del proceso debe ser sometido a juicio.

El procedimiento de investigación del proceso penal guatemalteco, se realiza bajo el control de un juez, quien en la etapa preparatoria tiene fundamentalmente la función de proteger las garantías y derechos básicos del perseguido penalmente y de los terceros que puedan ser afectados por la investigación. La etapa preparatoria termina con los denominados actos conclusivos. Estos son actos procesales que dan por terminada de manera formal la investigación o fase preparatoria.

El procedimiento preparatorio deberá concluir lo antes posible, procediéndose con la celeridad que el caso amerite, y deberá practicarse dentro de un plazo de tres meses, si a la persona se le dictó auto de prisión preventiva. En el caso de que se haya dictado una medida sustitutiva, el plazo máximo del procedimiento preparatorio durará seis meses a partir del auto de procesamiento. Mientras no exista vinculación procesal mediante prisión preventiva o medidas sustitutivas, la investigación no estará sujeta a estos plazos, Artículo 324 Bis del Código Procesal Penal.

2.8.2 Intermedia

Es la fase procesal por medio de la cual, se ejerce control sobre el requerimiento o acto conclusivo efectuado por el Ministerio Público al concluir la investigación. Esta fase consiste en la acumulación de evidencia para determinar si es posible someter a una persona determinada a juicio. Se le llama así en virtud de encontrarse en medio

²² Ibid., Pág. 213.

de la fase de investigación y del debate, tiene como función la de preparar el juicio.

Se inicia con la formulación del acto conclusivo por parte del Ministerio Público; el juez califica la decisión del Ministerio Público de acusar, sobreseer o archivar el expediente; posteriormente el juez evalúa si existe o no fundamento serio para someter a una persona a juicio oral y público, por la probabilidad de su participación en un hecho delictivo o para verificar la fundamentación de las otras solicitudes de este ente.

Esta etapa constituye un paso intermedio importante, es un procedimiento filtro que permite mensurar la necesidad de continuar con el procedimiento, es decir, pasar o no a la siguiente etapa, el juicio. En el proceso penal guatemalteco, la fase intermedia es un paso obligatorio. Con la resolución de apertura a juicio o de otras solicitudes se termina la fase intermedia.

2.8.3 El Debate o juicio oral

En presencia del tribunal de sentencia, el cual está compuesto por tres jueces, y de los asistentes al juicio, las partes exponen sus argumentos y refutaciones, presentan sus medios de prueba, y posteriormente los jueces deliberan, deciden y notifican el fallo.

2.8.4 De impugnación

Si las partes no se encuentran conformes con las resoluciones dictadas por los tribunales pueden impugnarlas por los recursos establecidos en la ley, con el objeto de que los órganos superiores revisen las decisiones. Los recursos que establece el Código Procesal Penal son:

- de reposición;
- de apelación;



- de queja;
- de apelación especial;
- de casación; y
- de Revisión.

2.8.5 De ejecución

Al dictar la sentencia los jueces se deberán establecer la pena, deben seguir conociendo con el cumplimiento, el control de las penas y las medidas de seguridad. El control jurisdiccional de la ejecución de las sentencias penales, está a cargo de los jueces de ejecución, las actuaciones deberán realizarse y redactarse en idioma español.



CAPÍTULO III

3. Elementos del delito

3.1 Tipicidad

La tipicidad es el elemento positivo característico del delito y el tipo es la especie de la infracción penal que los juristas y tratadistas españoles y sudamericanos especialmente argentinos y chilenos conocen como encuadrabilidad o delito tipo, en cambio en Guatemala se le concibe como tipicidad cuando se refiere al elemento delito y tipificar cuando se trata de encuadrar la conducta humana a la norma legal.

Para mejor ilustración, se concibe a la tipicidad como elemento fundante del delito, al decir que es la condición sine qua non para calificar la conducta del criminal en la conducta humana. Se sostiene que en los numerosos hechos de la vida real el legislador realiza un proceso de abstracción en virtud del cual, eliminando los elementos accidentales describe en la ley a manera de síntesis las líneas más generales del hecho delictivo. La anterior consideración convirtió a la tipicidad en una mera descripción de la conducta humana, en un tipo rector, carente de valoración e independiente de los demás caracteres del delito.

Max Ernesto Meyer de nacionalidad alemana concibió la tipicidad como “un indicio de la antijuricidad al sostener que la tipicidad era la razón del conocimiento de la antijuricidad”²³.

Ante las críticas a la postura que recibió Beling, éste revisó su teoría en el año 1930 y presenta al tipo o figura del delito formado por todos los elementos objetivos y subjetivos de la infracción, de esta manera presenta a la conducta antijurídica y culpable como una valoración real que tiene su existencia en la ley a diferencia de su concepción original como una abstracción conceptual.

²³ Mayer, Max Ernest. Derecho penal, parte general. Pág. 61.



Von Belin afirma que, “la mayoría de juristas sostienen que la conducta penal tiene la existencia en la ley, siendo a un mismo tiempo tipo de lo injusto y de la culpabilidad, porque los tipos delictivos son ejemplos de conductas antijurídicas y culpables”²⁴.

En este orden de ideas el tipo se concibe como la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal y para Jiménez de Asúa, “el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que se cataloga en la ley como delito”²⁵.

3.1.2 Acción

Es la conducta o comportamiento de la persona que se estudia desde dos aspectos, el interno, que es la parte objetiva y el externo que es la parte subjetiva.

- Tipo objetivo: constituye la acción como la aparición externa del hecho producido por la conducta desarrollada por medio de verbos rectores como, sustraer en morada ajena el bien jurídico tutelado. Lo pueden integrar la relación de causalidad y la imputación objetiva.
- Tipo subjetivo: se refiere a la función de relación psicológica entre el autor y la acción o resultado, de donde se deriva el término desvalor de acción y se refiere a la finalidad, el ánimo, la tendencia que impulsa actuar al sujeto activo a realizar la acción y omisión, a título de dolo o culpa. Des este elemento se deriva el tipo doloso y el tipo culposo, y la doctrina dominante los incluye dentro de la tipicidad.

3.1.3 Antijuricidad

En sentido amplio es toda conducta contraria al derecho; por ejemplo no pagar impuestos, conducir en estado de ebriedad. En sentido estricto, la antijuridicidad,

²⁴ Von Beling, Ernest. Esquema de derecho penal. Pág. 55.

²⁵ Jiménez de Asúa, Luís. Lecciones de derecho penal. Pág. 136.



designa una propiedad de la acción típica a saber su contradicción con las prohibiciones del derecho penal, mientras que injusto se entiende la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado valor. Una acción u omisión es antijurídica cuando encuadra en un tipo penal, acción típica, y no concurren causas de justificación, legítima defensa, estado de necesidad y legítimo ejercicio de un derecho.

3.1.4 La culpabilidad

Se puede definir como un juicio de reproche, siempre y cuando el sujeto tenga capacidad para motivarse o determinar de acuerdo con la comprensión de sus acciones, que además tenga conocimiento de la antijuridicidad de la conducta realizada, y que al sujeto le era exigible obrar de otro modo y no como lo hizo. Cumpliendo estas circunstancias se puede imponer una pena a la persona.

En sentido contrario la conducta puede ser típica y antijurídica, cuando la persona no tiene la capacidad para motivarse por no comprender su conducta, caso de los imputables. En consecuencia será responsabilidad penal para la imposición de una pena por la conducta de una persona si concurren los elementos siguientes:

- Capacidad de culpabilidad;
- Conocimiento de la Antijuricidad; y
- Exigibilidad de la conducta.

3.1.5 Punibilidad

Denominado también penalidad, dentro de los elementos del delito, como la acción típica, antijurídica y culpable, la punibilidad se refiere a una serie de circunstancias necesarias para la imposición de una pena, o bien excluyen la sanción penal pese a tratarse de una conducta típica, antijurídica y culpable, estas circunstancias o situaciones tienen fundamento político criminal en un no merecimiento de la pena, en casos específicos.

Estas circunstancias o situaciones de penalidad se pueden clasificar en:

- Condiciones objetivas de punibilidad: que determinan requisitos que se refieren al aspecto material del tipo penal, sin pertenecer al tipo penal o dolo, que condicionan en determinados tipos la imposición de una pena, e incluso, la persecución penal que tienen los mismos efectos; y
- Excusas absolutorias: son circunstancias personales relacionadas con el parentesco, o con la función que desempeñan determinadas personas en donde consideran innecesaria la imposición de la pena.

Como lo establece el Código Penal en el Artículo 280, están exentos de responsabilidad penal y sujetos únicamente a responsabilidad civil por los hurtos, robos con fuerza en las cosas, estafas, apropiaciones indebidas y daños que recíprocamente se causaren:

- Los cónyuges o personas unidas de hecho, salvo que estuvieren separados de bienes o personas y los concubenarios;
- Los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines;
- El consorte viudo, respecto a las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona; y
- Los hermanos si viviesen juntos.
- Esta exención no es aplicable a los extraños que participen en el delito.

3.2 Aplicación de los tipos penales regulados en el código penal y sus penas

3.2.1 Tiempo y lugar del delito

En lo relacionado con el tiempo de comisión del delito, el Artículo 19 del Código Penal regula que, el delito se considera realizado en el momento en que se ha ejecutado la acción. En los delitos de omisión en el momento en que debió realizarse



la acción emitida.

En cuanto al lugar del delito, el Artículo 20 de la citada norma regula que, el delito se considera realizado en el lugar donde se ejecutó la acción, en todo o en parte; en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado y en los delitos de omisión, en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida.

3.2.2 Objeto del delito

Después de realizar análisis de la posición de autores nacionales, se puede establecer como objetos del delito, los siguientes.

- Objeto material: Es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido.

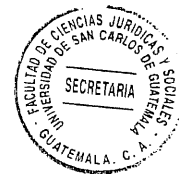
Cuando se trata de una persona, esta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que en una misma figura coincide el sujeto pasivo y el objeto material será la cosa afectada bienes muebles o inmuebles.

- Objeto jurídico: El objeto jurídico es el interés jurídicamente tutelado por la ley. Al derecho le interesa tutelar o salvaguardar la libertad de las personas, justamente en razón de este criterio, el Código Penal clasifica los delitos en orden al objeto jurídico.

3.2.3 Causas de justificación

El Código Penal, regula las causas de justificación en el Artículo 24:

Legítima defensa: 1º. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:



- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y
- c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Estado de necesidad: 2º. Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.

Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar.
- b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo.
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho: 3º. Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o la ayuda que preste a la justicia”.

Al aceptar las normas como normas de determinación nos permite poder comprender los preceptos permisivos, de manera especial en momentos de configuración de la responsabilidad penal, es decir causas de justificación. Dichos preceptos no consisten en mandatos o prohibiciones sino en autorizaciones para llevar a cabo conductas que generalmente se encuentran prohibidas u ordenadas, las cuales provocarán que la norma general, ya sea mandato o prohibición no derive un deber jurídico para el sujeto.

3.2.4 Causas de inculpabilidad

Se encuentran reguladas en el Código Penal, en el Artículo 25, Son causas de inculpabilidad:

1. Miedo invencible: Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.
2. Fuerza exterior: Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada por él.
3. Error: Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión legítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.
4. Obediencia debida. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado.

La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:

- Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
- Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite y esté revestida de las formalidades legales; y

- Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

5°. Omisión justificada: Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable”.

Al igual que las causas de inimputabilidad y las causas de justificación, las causas de inculpabilidad, son eximentes de la responsabilidad penal del sujeto activo, y en este caso porque el elemento subjetivo del delito, que es la voluntad del agente, existe o está justificada; en ese sentido las causas de inculpabilidad son el elemento negativo de la culpabilidad como elemento positivo del delito, y surgen precisamente cuando en la comisión de un acto delictivo no existe.

3.2.5 La pena y las medidas de seguridad

El concepto de pena surgió como un concepto de carácter eminentemente formal. La pena consiste en el mal que es impuesto a través del legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables de haber llevado a cabo el hecho que transgrede las normas penales.

Es importante distinguir tres aspectos de la pena en la legislación penal vigente en el país, siendo las mismas las siguientes: la justificación, su sentido y su fin.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una necesidad.

Discutidos son los problemas sobre el sentido y fin de la pena. Estos han constituido el objeto de la llamada lucha de escuelas, que durante muchos años ha ocupado el centro de gravedad de las discusiones y polémicas en la ciencia del derecho penal.



3.2.6 Teorías sobre el fin de la pena

De forma tradicional, se distingue entre teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión según lo indica Muñoz Conde.

Las teorías absolutas: Atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena.

La pena es la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida bien como una necesidad ética, como un imperativo categórico para la existencia de un bien como una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del derecho.

De algún modo, la idea anotada se encuentra fuertemente enraizada en la sociedad, que reacciona frente a los más graves delitos exigiendo el castigo de sus culpables de que quien la hace, la paga y en las concepciones religiosas, que ven la pena como la expiación necesaria del delito cometido.

También las ideas de venganza y de castigo se basan en una concepción retribucionista de la pena.

Las teorías relativas: Atienden al fin que se persigue con la pena. Se dividen en teorías de la prevención especial y teorías de la prevención general.

Cesar Camargo Hernández afirma que, “las teorías de la prevención general ven el fin de la pena en la intimidación de la principal representante fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, Feurbach, que consideraba la pena como una coacción psicológica que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos”²⁶.

²⁶ Camargo Hernández, César. Introducción al estudio del derecho penal. Pág. 16.

Siguiendo a Camargo Hernández, “Las teorías de la prevención especial ven el fin de la pena en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos que se puedan cometer, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad. Su principal representante fue otro gran penalista alemán, Franz Von Liszt, quien se encargó de considerar al delincuente como el objeto central del derecho penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento²⁷.

Y Juan Hernández Carrasquilla sobre el tema dice, “también la llamada escuela correccionalista española de finales del siglo XIX y principios del XX preconizó una teoría preventiva especial de la pena. El derecho protector de los criminales sintetiza perfectamente las aspiraciones resocializadoras de la teoría preventiva especial. Por lo demás, las tesis preventivas están ya claramente formuladas en la famosa frase atribuida a Platón de que: nadie que sea prudente castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque²⁸.

Teoría de la unión: Estas teorías unificadoras aparecen en la historia del derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de escuelas que dividió a los penalistas en dos bandos irreconciliables: los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención, general o especial.

Pero como toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie. Retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente.

La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención al futuro, a evitar que se vuelva delinquir. Reconducir ambas visiones de la pena a una unidad es una especie de difícil solución. Las teorías de la unión, en sus distintas variantes tienen,

²⁷ Ibíd., Pág. 19.

²⁸ Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho penal liberal de hoy. Pág. 24.

sin embargo el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas. Ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, porque sólo fijan su atención en partes de ese fenómeno. Cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal tiene que enfrentarse con él, desde un punto de vista totalizador, sin perjuicio de descomponerlo después diferenciando sus distintos aspectos.

En lo anotado fracasan las teorías de la unión. Para estas teorías lo fundamental sigue siendo la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de este marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos. La retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delincuente que la infringió, tiene un saludable efecto preventivo general en la comunidad. Consiste en el sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza.

Pero si a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales.

Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial, porque lo que en ese estadio debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente o, por lo menos, su aseguramiento para los que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, o mediatizando la concesión de determinados beneficios, con criterios especiales, propios de la subcultura penitenciaria.

Sólo la integración armónica, progresiva y racional de las distintas fases del fenómeno penal puede eliminar estos peligros.

3.2.7 Finalidad de la pena

Las finalidades de la pena son las siguientes:

- Preventiva;
- Protectora; y
- Resocializadora

Los procesos de reforma tienden, precisamente a hacer de la pena un instrumento de resocialización. La ejecución de las penas y medidas privativas de libertad tienen por objeto la prevención, protección y resocialización del internado a la sociedad.

Winfried Hassemer dice, “en el plano práctico, se conduce a un derecho penal en que las personas devienen en objeto de manipulación en las manos de un Estado todopoderoso. Para evitar este grave peligro, no basta, contar con un sistema penitenciario organizado con la perfección necesaria. La experiencia de los últimos años en el mundo demuestra lo contrario. De allí se han realizado serios esfuerzos para aplicar los métodos de tratamiento más avanzados, exista una fuerte corriente dirigida a reforzar un sistema penal basado en el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad y de responsabilidad de las personas”²⁹.

Los fines de la pena deben cumplirse en diferentes esferas. La prevención se encuentra a cargo de sistemas de prevención del delito, desde los jóvenes, medidas legislativas y una buena y determinante participación de la Policía Nacional Civil.

En cuanto a la protección está a cargo del poder judicial y de los sistemas jurisdiccionales al imponer la pena a los infractores y delincuentes que pueden causar algún daño a la sociedad, aparte de la función de castigo de la pena que sirve para proteger a la sociedad de individuos con tendencias delictuosas.

²⁹ Hassemer, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Pág. 20.



En cuanto a la resocialización, se tienen que adoptar las medidas necesarias que sean ejecutadas en los centros penitenciarios del país para poder conseguir la resocialización de los internos.

3.2.8 Las medidas de seguridad

En el campo del derecho penal, culminado un proceso, hay dos alternativas: la común es imponer una pena y, la otra es la aplicación de una medida de seguridad.

El Artículo 84 del Código Penal, no se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos en la ley.

Las medidas de seguridad se aplicarán por tiempo indeterminado, salvo disposición expresa de la ley en contrario

El tema de las medidas de seguridad se relaciona de manera directa con la imputabilidad. El Código Penal, establece ciertos casos de inimputabilidad, los cuales se encuentran regulados en el Artículo 23 de la citada norma:

No es imputable:

1. El menor de edad.
2. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico incompleto o retardado o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado a propósito por el agente.

Cuando el sujeto está inmerso en alguna de estas situaciones en forma parcial, es considerado como un inimputable relativo o disminuido. Las medidas de seguridad son tratamientos que se brindan a los sujetos cuando están dentro de alguno de los



supuestos del artículo citado en el párrafo anterior del actual trabajo de tesis, y tiene como fundamento evitar que estas personas consideradas como peligrosas, cometan nuevos delitos.

La preeminencia que alcanzó la tesis de la prevención especial y la ineficacia de la pena retributiva, en la manera como había sido concebida, hicieron que irrumpieran en la legislación y en la doctrina una serie de recursos tendientes a facilitar el tratamiento de delincuentes de acuerdo a su personalidad.

Dichos recursos son designados con la denominación de medidas de seguridad, y que complementando o suplantando a la pena deben cumplir con la prevención especial, es decir, disminuir o hacer desaparecer las causas que hacen del agente un ser peligroso.

Los diversos movimientos propugnadores de un derecho penal de prevención especial, exigen el abandono de la pena y su substitución por medidas de seguridad.

La aplicación de las medidas de seguridad requiere, que la personalidad del agente sea adecuada a una de tales categorías, y que se haya cometido una acción prevista en la ley como delito.

En todos los casos, es indispensable que el agente haya actuado culpablemente y se haga merecedor a una pena. Con esto se restringe ya de manera sensible el poder del Estado a recurrir a este tipo de medios de prevención de la delincuencia, los cuales representan en la práctica, como en el caso de la pena, la privación o restricción de derechos inalienables de la persona humana.

En la dogmática penal, se han realizado tentativas para encontrar una justificación a estas medidas. Se considera como base de las medidas de seguridad el principio ético-social general, de que sólo puede contar con participación, en forma íntegra en la vida en comunidad, el que se deja dirigir por sus normas y como, según él, la

libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente, se podrá limitar la libertad, mediante una medida de seguridad, a los agentes que no sean capaces para tener esta libertad como ocurre con los enfermos mentales o a los que no tienen suficiente dominio sobre ella como los alcohólicos.

3.2.9 Importancia de las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad son de importancia, debido a que se encargan de definir las privaciones de los bienes jurídicos, que tienen por finalidad evitar la comisión de delitos que se aplican en función del sujeto peligroso y se ordenan a la prevención especial. Son ciertos medios orientados a readaptar al delincuente a la vida social libre, es decir, a promover su educación o curación, según tenga necesidad de una o de otra, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicarlo.

El Artículo 88 del Código Penal regula, las medidas de seguridad aplicables son las siguientes:

1. Internamiento en establecimiento siquiátrica;
2. Internamiento en granja agrícola, centro industrial o de tratamiento especial;
3. Internamiento en establecimiento educativo o de tratamiento especial;
4. Libertad vigilada;
5. Prohibición de residir en lugar determinado;
6. Prohibición de concurrir a determinados lugares; y
7. Caución de buena conducta.

Dada su generalidad, tampoco se encuentran ajustadas a las exigencias de estos medios. Suponen una disminución de los bienes del individuo y generalmente una discriminación de la libertad personal, consisten en los medios asistenciales consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicados por los órganos jurisdiccionales a tenor de la ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención

especial. Son la privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado con un fin reeducador inocuizador o curativo a una persona socialmente peligrosa con ocasión de la comisión de un delito, y mientras aquel fin no se cumpla.

Tanto la pena como la medida de seguridad implican una privación de libertad, que sólo puede acusar diferenciaciones insignificantes.

La medida de seguridad conlleva de alguna manera una privación de bienes jurídicos al ser impuesta por el Estado al individuo. Esta afirmación no contradice que desde la óptica de la aplicación estatal, no sea prudente ni necesario interpretarla como un medio asistencial que el Estado tiene el derecho pero al mismo tiempo la obligación de ofrecer al ciudadano y nunca como una pretensión sancionadora sustitutiva de la pena en sentido tradicional con el carácter más amenazante de su indeterminación.

De cualquier forma, el aceptar la medida de seguridad como privación de bienes jurídicos no conlleva en absoluto algún menosprecio a las finalidades preventivas de tratamiento y de readaptación que persigue esta institución jurídica.

3.2.10 Naturaleza jurídica de las medidas de seguridad

Un grupo de autores opina que las medidas de seguridad no han de incluirse en el derecho penal, en cuanto que son medios de tutela preventiva de carácter administrativo contra las causas del delito.

La posición en la legislación penal guatemalteca difiere de cualquier planteamiento administrativista, al menos sobre las medidas de seguridad, y coincide con la mayoría de penalistas que estas aparecen en el derecho punitivo como medio de lucha contra el delito y, por tanto, incluso integradas dentro de la definición de derecho penal desde el momento en que son aceptadas como una consecuencia jurídica del delito más a aplicar al individuo que ha realizado una conducta observada por la ley penal como infracción y que revela una determinada peligrosidad criminal.

Dicha aseveración propicia una nítida separación entre medidas de seguridad predelictuales tanto criminales como sociales que pueden pensarse en el ámbito administrativo y coherentemente fuera del derecho penal y de las medidas de seguridad postdelictuales de las que no se ha de dudar su pertenencia al sector punitivo.

3.2.11 Fundamento

Pocas dudas existen en afirmar que el fundamento inmediato de las medidas de seguridad es la peligrosidad personal del individuo. No obstante esta afirmación necesita ser matizada.

La peligrosidad consiste en un complejo de condiciones subjetivas y objetivas bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente dañoso, existiendo la posibilidad de que se produzca un resultado dañoso.

Existen dos principios prácticamente confundidos: la peligrosidad criminal y la peligrosidad social. La primera es la posibilidad de que un sujeto cometa un delito o siga una vida delincencial; refleja, por tanto, un individuo antisocial. La segunda es la probabilidad o realidad de que el sujeto realice actos levemente perturbadores de la vida comunitaria o actos asociales, sin llegar a cometer delitos propiamente dichos, ya que no son actos antisociales; se trata, de un individuo asocial.

La peligrosidad social resulta insuficiente para imponer medidas penales, debiendo quedar su prevención a la política social del Estado y, en caso de fracaso, al derecho administrativo.

La peligrosidad criminal, concebida en definitiva como un juicio de probabilidad de delinquir en el futuro, se manifiesta a su vez de dos maneras: peligrosidad criminal predelictual y peligrosidad criminal postdelictual. En la primera la peligrosidad no se manifiesta por medio de la realización de una conducta delictiva, sino por indicios



personales distintos de la concreta comisión del delito.

En la segunda se expresa con un hecho tipificado como delito sin necesidad de que el sujeto sea imputable y culpable que es indicio de su inclinación antisocial.

Semejante distinción introduce en la problemática de cuál de estas clases de peligrosidad constituye el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico-penales o, dicho de otra forma, es necesario responder a la pregunta de si pertenecen al derecho penal las medidas predelictuales.

El derecho penal moderno debe prevenir más que castigar; por ello la reeducación del individuo será más fácil si se ataja al de antes de cometido el delito.

La mayor y mejor defensa de los derechos del individuo requiere la actuación de un órgano jurisdiccional que generalmente actúa con mayor independencia, con mayor formación jurídica y con menor arbitrariedad que los órganos del poder ejecutivo.

Las legislaciones penales anteriores y del presente incluyen entre sus sanciones verdaderas medidas predelictuales; entre aquéllas se muestran la de peligrosidad y rehabilitación social.

En la actualidad existe una falta de proporción entre el mal que se trata de evitar y la intromisión en el campo de la intimidad, de la libertad y de los derechos del ciudadano.

La aceptación de dichas medidas en la esfera punitiva abre la puerta a funestos abusos de poder.

Carlos Fontan Balestra indica que, “una gran parte de los teóricos del derecho niega, en igual intensidad, que sean imprescindibles tales medidas en lo relacionado con su posición de excluir de la esfera penal las medidas de seguridad predelictuales y, coherentemente, limitar el presupuesto de las medidas de seguridad de forma



especial a las generadas por la peligrosidad postdelictual”³⁰.

3.2.12 Justificación de las medidas de seguridad

Siguiendo a Fontán Balestra afirma que, “se diferencia en dos bloques las opiniones de los penalistas que buscan la justificación de las medidas de seguridad a través de diversas argumentaciones:

- Los vinculados a orientaciones neoclásicas exigen una justificación ético-moral, y por tal motivo aceptan sólo aquellas medidas que privan de sus derechos a quienes no pueden o no saben ejercerlos con libertad interior, o a quienes esa privación de derechos resulte en conjunto provechosa para superar la rémora en su desarrollo personal.
- Los más cercanos a las orientaciones positivistas que las justifican en su necesidad y utilidad social, desde el momento en que la pena por sí sola no es suficiente para alcanzar las metas del derecho penal actual”³¹.

De ambos planteamientos se pueden sacar provechosas enseñanzas. La justificación última de las medidas de seguridad es su necesidad para la sociedad.

Junto a la fundamentación utilitarista de la medida de seguridad se precisa una fundamentación ético-social. Toda libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente, que garantice los derechos de las personas.

El que no es apto para tener esta libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética como los enfermos mentales, lo que a raíz de predisposiciones, vicios y hábitos perniciosos, no tiene el suficiente dominio sobre ella, ya no puede exigir la plena libertad social.

³⁰ Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Pág. 35.

³¹ Ibíd., Pág 37.

En virtud de ello se justifica la institución de las medidas de seguridad frente a los delincuentes por estado. A estos aspectos ético-sociales generales se agregan numerosos momentos éticos más específicos, así como el derecho y deber del Estado de cuidado, de rehabilitación y de asistencia respecto al enfermo mental, a las personas de imputabilidad disminuida, a los toxicómanos, el derecho de educación frente a los jóvenes y refractarios al trabajo.

La justificación ética de la medida de seguridad se encuentra exclusivamente en el interés social preponderante de la prevención del delito, de íntima conexión con el principio de proporcionalidad.

La combinación racional entre necesidad, utilidad y libertades individuales proyecta el auténtico fundamento de la medida de seguridad.

Es imprescindible asumir que junto a esta necesidad de las medidas se sitúan los derechos y libertades ciudadanos en una reclamada simbiosis, al igual que sucede con la pena y, en definitiva, con el derecho penal.

3.2.13 Fines de las medidas de seguridad

Si la función y el fin de la pena se muestran como un problema frecuentemente discutido, no sucede lo mismo con respecto a la medida de seguridad, sobre la que existe cierta unanimidad en admitir que su finalidad esencial es la de la prevención especial.

De este fin preventivo-especial derivan dos problemas de gran trascendencia. Por un lado, el señalamiento del necesario equilibrio entre las medidas político-criminales de prevención de los delitos y las libertades individuales; por otro lado, la exacta comprensión del término resocializar.

El Artículo 89 del Código Penal, regula que cuando un inimputable de los comprendidos en el inciso 2º. del artículo 23, cometa un hecho que la ley califique de



delito, se ordenará internación en un establecimiento psiquiátrico, hasta que por resolución judicial dictada con base en dictámenes periciales, pueda modificarse la medida, o revocarse si cesó el estado de peligro del sujeto.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará también, en el caso comprendido en el inciso 2º. del artículo 87.

El Artículo 90 del Código Penal regula que: los declarados delincuentes habituales serán sometidos, según el grado de peligrosidad que demuestren, al régimen de trabajo en granja agrícola, en centro industrial o centro análogo. Esta internación se declarará cuando, cumplida la condena impuesta, se estime que ésta ha sido ineficaz en lo relativo a la readaptación del delincuente.

La mala utilización de las medidas de seguridad que puede transformarlas en un medio de ataque contra las garantías individuales provoca cierta tensión con las reglas esenciales del Estado democrático de derecho.

El Artículo 92 del Código Penal vigente regula que en los casos del artículo 15, se someterá el sujeto, según su grado de peligrosidad, a régimen especial de trabajo en alguna de las instituciones mencionadas en el inciso 3º. del artículo 88.

El Artículo 93 de la normativa anotada preceptúa que los vagos que hayan cometido delito, así como los sancionados por vagancia, serán sometidos al régimen de trabajo en granja agrícola, centro industrial u otro análogo, por un término no menor de un año ni mayor de tres.

Una política criminal de medidas de seguridad que aspire a ser compatible con los postulados de este modelo de Estado tiene que rodear al sistema penal preventivo de una serie de garantías dirigidas a evitar los peligros que las medidas de seguridad pueden comportar para la certeza del derecho, entre las cuales se encuentran:

- Vigencia del principio de legalidad, para que no exista ninguna declaración de peligrosidad sin estar descrita en la ley; y ninguna medida de seguridad sin regulación legal;
- Exigencia de una previa comisión delictiva;
- Medidas de seguridad al servicio del individuo; y
- Eliminación de todo carácter aflictivo.

El Artículo 94 del Código Penal establece que al condenar por delito cometido bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas o estupefacientes y en todo caso, en que se compruebe que el delincuente es toxicómano o ebrio habitual, el tribunal correspondiente podrá disponer que, antes o después de cumplida la pena si fuere de privación de libertad o simultáneamente con ella, si fuere pecuniaria, el sujeto sea internado en un establecimiento de tratamiento especial, hasta que se demuestre, previo dictamen médico, que puede ser sometido a otro régimen, como los previstos en los incisos 4º, 5º. y 6º. Del artículo 88.

El Código Penal regula en el Artículo número 97 que la libertad vigilada no tendrá carácter de custodia, sino de protección y consiste para los enfermos mentales, toxicómanos o ebrios habituales en confiarlos al cuidado de su familia bajo la inspección inmediata del Patronato de Cárceles y Liberados o la institución que haga sus veces, que la ejercerá en la forma y por los medios que estime convenientes.

El Artículo 98 del Código Penal preceptúa que los tribunales, a su prudente arbitrio y cuando lo exijan las circunstancias, podrán imponer al sujeto que haya cumplido una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinados lugares durante un año, como mínimo.

En los casos de suspensión condicional de la pena y de la libertad condicional, la medida de libertad vigilada, durará el mismo tiempo que se fije para dichos regímenes; en los demás casos, durará el tiempo que señale el tribunal, sin que pueda ser menor de un año.

Al aplicar esta medida, el tribunal que corresponda prescribirá las reglas de comportamiento destinadas a evitar nuevas infracciones.

El Artículo 99 del Código Penal regula que cuando un delito haya sido motivado por hábito vicioso de su autor o por sus costumbres disolutas o cuando el caso lo requiera, el tribunal podrá imponer, además de la pena, la prohibición de concurrir a determinados lugares.

El Artículo 100 del Código Penal indica que cuando la caución de buena conducta consiste en la garantía personal, hipotecaria, prendaria o depósito y por el término señalado en la sentencia, de que el sujeto peligroso no cometerá nuevos delitos y de que cumplirá las normas de conducta que le sean impuestas durante un período de prueba que no será menor de un año y no excederá de cinco. Esta medida se aplicará en los casos que el tribunal lo estime.

La caución se hará efectiva cuando el sometido a ella violare las normas de conducta impuestas, en caso contrario, al finalizar su plazo, se ordenará la devolución de la suma depositada o la cancelación de la garantía.

No se trata de defender una concepción individualista y radicalmente liberal del derecho y de la sociedad, sino de poner las prevenciones necesarias para frenar a aquellos que aniquilan al individuo bajo el pretexto de una supuesta defensa social, la cual en definitiva, consiste simple y sencillamente en aquella defensa de los que mandan y tienen el poder.

3.2.14 La extinción de la responsabilidad penal y de la pena

El Código Penal, regula en el Artículo 101 lo relacionado con la extinción de la responsabilidad penal al decir que la responsabilidad penal se extingue:

- Por muerte del procesado o del condenado;



- Por amnistía;
- Por perdón del ofendido, en los casos en que la ley lo permita expresamente;
- Por prescripción; y
- Por cumplimiento de la pena.

El Artículo 102 del Código Penal regula al señalar lo siguiente la pena se extingue:

- Por su cumplimiento;
- Por muerte del reo;
- Por amnistía;
- Por indulto;
- Por perdón del ofendido, en los casos señalados por la ley; y
- Por prescripción.

Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer a lo injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refieran a ellas el dolo o la imprudencia del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él. En la legislación no están contempladas taxativamente este tipo de condiciones, pero en legislaciones con doctrinas modernas, el legislador ha considerado incluir estas condiciones, como el caso de rebeldes o sediciosos que depusieron su actitud, el falso testimonio del reo, o la previa declaración de quiebra en los delitos de quiebra.

La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata, normalmente, de causas vinculantes a la persona del autor y que, por lo tanto, solo afecta a él y no a los demás participantes del delito. Estas son las excusas absolutorias que no pertenecen al tipo penal, por cuyo motivo no benefician a los partícipes. Las excusas absolutorias, no pertenecen al tipo de delito y sólo tienen efectos sobre su consecuencia específicamente penal, es decir, sobre la pena. También se ha dicho que los hechos amparados por una

excusa absoluta son verdaderos delitos sin pena. Se trata de situaciones en las que la ley generalmente por motivos de utilidad política criminal, considera preferente prescindir de la pena por razones especialísimas. Por tal razón, estas excusas tienen carácter individual y sólo excluyen los efectos estrictamente penales del delito, dejando subsistentes las demás consecuencias resultantes del hecho típicamente antijurídico y culpable.

3.2.15 Prescripción

La prescripción de la responsabilidad penal, está regulada en el Artículo 107 del Código Penal al indicar que la responsabilidad penal prescribe;

- A los veinticinco años, cuando correspondiere pena de muerte;
- Por el transcurso de un período igual al máximo de duración de la pena señalada, aumentada en una tercera parte, no pudiendo exceder dicho término de veinte años, ni ser inferior a tres;
- A los cinco años, en los delitos penados con multa;
- A los seis meses, si se tratare de faltas; y
- Por el transcurso del doble del tiempo de la pena máxima señalada para los delitos contemplados en los Capítulos I y II del Título III del Libro II del Código Penal.

El Artículo 108 del Código Penal regula que la prescripción de la responsabilidad penal comenzará a contarse:

- Para los delitos consumados, desde el día de su consumación.
- Para el caso de tentativa, desde el día en que se suspendió la ejecución.
- Para los delitos continuados desde el día en que se ejecutó el último hecho.
- Para los delitos permanentes, desde el día en que, cesaron sus efectos.
- Para la conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción, cuando éstas sean punibles, desde el día en que se haya ejecutado el último

acto.

- En los delitos cometidos en contra de personas menores de edad, el plazo de prescripción comenzará a contarse desde el momento en que la víctima cumpla su mayoría de edad”.

La prescripción del delito se justifica por el argumento de carácter procesal, que con el transcurso del tiempo se extinguen o se debilitan las pruebas del hecho punible. A la buena administración de justicia interesa que las pruebas en los juicios criminales sean frescas y fehacientes pues las que, por haber transcurrido mucho tiempo desde la comisión del hecho han perdido su vigor probatorio, pueden originar sensibles errores judiciales. En defensa de la prescripción de la pena se alega con verdad que transcurrido un largo período desde la perpetración del hecho delictivo el recuerdo de éste se borra, y los sentimientos colectivos que origina la intranquilidad y la alarma, el deseo de dar satisfacción al ofendido, el afán de que el criminal pague su deuda, se atenúa y llegan a extinguirse por completo, y la sociedad sólo debe castigar cuando perduran el malestar y la inquietud causados por el hecho criminal.

3.3 Análisis de la justa relación entre los tipos penales regulados en el código penal y sus penas

El principio de intervención mínima implica una serie de limitaciones en todas las sanciones que el Estado pueda llegar a imponer. Es importante anotar que algún tipo de proporción debe existir entre la sanción que se imponga y la lesión o el riesgo del bien jurídico.

Al determinar la pena, se debe tomar en consideración tanto la culpabilidad que tenga el autor, como también el daño ocasionado por el delito. Las penas que cuenten con una mayor gravedad deberán ser reservadas para todos aquellos casos en los que se lesionen de manera grave los bienes jurídicos de mayor importancia y en los que el nivel de culpabilidad sea mayoritario.

En lo relacionado al límite mínimo determinado de la pena, es aquel de conformidad con el cual la ventaja del delito no debe ser mayor a la desventaja correspondiente a la pena, es decir que la pena no cuenta con ningún sentido, ya que a pesar de que la misma sea impuesta, continúa compensando la comisión del delito.

En lo que respecta al límite máximo, deben de rechazarse todas aquellas penas que originen un padecimiento mayor al ocasionado por el delito.

Las penas privativas de libertad de duración excesiva no son admisibles, tal y como lo regula la Constitución Política de la República de Guatemala, al indicar en su Artículo 19 lo siguiente:

El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas:

- Deben ser tratados como seres humanos; y no ser discriminados por motivo alguno, no podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos;
- Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado; y
- Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad.

La infracción de cualquiera de las normas establecidas en este artículo, da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados y la Corte Suprema de Justicia ordenará su protección inmediata. El Estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este

artículo.

Mediante una comparación entre los delitos se mide la proporcionalidad de las penas. Se puede establecer que una pena que se asocia a un determinado delito es proporcionada, si la misma es menor que la pena por delitos aún más graves y mayor que la pena por los delitos más leves. Por ende el legislador siempre busca la unificación en el mismo texto legal de la mayor cantidad de los delitos, debido a que de dicha forma es más fácil el mantenimiento entre los delitos y las penas. Siempre la desproporción en las penas es una técnica legislativa incorrecta. Los distintos códigos penales son el reflejo de una concepción de política criminal estructurada, la cual efectivamente puede apreciarse en función de los bienes jurídicos considerados como dignos de ser protegidos, así como también el nivel de protección con el cual pueden los mismos contar. Al elaborar o modificar cualquier tipo penal existente, el legislador, tomando en consideración los aspectos primordiales del principio de intervención mínima, debe de respetar las reglas que a continuación se dan a conocer, siendo las siguientes:

Se deben prohibir cualquier conducta que se encamine a proteger un bien jurídico concreto y no basado en principios éticos o morales. En lo relacionado a la vía penal, únicamente se deben proteger los bienes jurídicos que sean fundamentales para convivir en sociedad y no deben prohibirse penalmente aquellas conductas que no lesionen a terceros. A la vía penal, solamente se debe de recurrir, cuando los bienes jurídicos no se pueden proteger mediante formas menos violentas. Esta debe ser rechazada, ya que la misma es generadora de perjuicios y no de beneficios.

Además las penas que se imponen no deben ser desproporcionadas, ni tampoco excesivamente elevadas, de manera concreta, deberán ser descritas las conductas prohibidas, evitándose con ello los tipos penales abiertos. Por lo cual no se debe de contar con la creencia errónea de que el derecho penal resuelve por sí solo los problemas sociales.

3.4 Principios penales de la pena

3.4.1 Principio de culpabilidad

Por culpabilidad según Cabanellas es aquella “calidad de culpable, de responsable de un mal o de un daño. Imputación de falta o delito a quien resulta agente de uno u otra, para exigir la correspondiente responsabilidad”³².

Entre los objetivos del derecho penal encontramos que busca ilustrarle a la ciudadanía lo relacionado a las diversas conductas que se encuentran prohibidas ya que las mismas lesionan de manera grave la debida convivencia en la sociedad. Para, que, mediante dicha enseñanza, los sujetos respeten las normas establecidas y sepan claramente que si no cumplen de manera efectiva, serán sancionados. El derecho penal se encarga de motivar a los sujetos, para que los mismos no lleven a cabo determinados comportamientos que son perjudiciales y dañinos para la sociedad.

Por lo anteriormente anotado, la sanción penal no tiene sentido, si el sujeto en ningún momento ha sido infractor de la norma. El Estado debe admitir que la dignidad humana ofrece y además le exige al individuo la posibilidad de poder evitar la pena, comportándose acorde al derecho. Para que un sujeto sea culpable, primero tiene que haber llevado a cabo un ilícito penal y segundo, el resultado prohibido obtenido tuvo que haber sido querido por ella, o bien ser el resultado de una determinada acción que sea propiamente imprudente y tercero que el sujeto deberá contar con el conocimiento y la debida capacidad para encontrarse bien consciente de que se encontraba cometiendo un delito.

Entonces, la conceptualización de la culpabilidad, puedo determinar que se convierte en una limitante a la capacidad de sancionar del Estado guatemalteco.

³² Cabanellas, Ob. Cit. Pág. 101.

Únicamente puede imponer una sanción penal si el mismo prueba la culpabilidad del sujeto mediante la ley.

Los principios de personalidad, de la exigencia de imprudencia o de dolo y la exigencia de comprensión, se extraen del principio de culpabilidad, en la legislación de Guatemala.

3.4.2 Principio de la personalidad de las penas

El mismo, impide que se castigue a un sujeto por hechos ajenos. Actualmente, ninguna persona puede admitir la imposición de sanciones por hechos que hayan sido cometidos por alguna persona de su familia.

Pero, el principio de personalidad de las penas no suele ser común a las distintas ramas del derecho ya que en bastantes ocasiones, determinadas personas que no llevaron a cabo la comisión de los hechos, deberán responder civilmente por los mismos.

3.4.3 La Exigencia de dolo

Por dolo en derecho penal según Cabanellas es “la resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley”³³.

Si no existe un delito, tampoco puede existir imprudencia o dolo en el autor del mismo, es decir, que no es suficiente que sea producido un resultado lesivo o que un comportamiento peligroso sea llevado a cabo, ya que para que exista un delito, el autor tuvo que haber querido el resultado, o como mínimo, haber producido el mismo por no haber puesto el cuidado necesario.

³³ Ibíd., Pág. 132.



3.4.4 Exigencia de la comprensión de ilicitud

Para que exista la culpabilidad de una persona, es fundamental conocer que la conducta que va a llevar a cabo es prohibida y que además, pueda respetar dicha prohibición. Tampoco podrán ser culpables penalmente todos aquellos sujetos, que habiendo puesto la debida diligencia, no sabían que la conducta que llevaban a cabo no era permitida.





CAPÍTULO IV

4. Concurso de delitos

En la mayoría de tratados u obras sobre derecho penal, se encuentra el tema del concurso de delitos tratado y ubicado jerárquicamente dentro de los temas de la teoría del delito. Sin embargo, el Código Penal guatemalteco ubica el tema a partir del Título VI, que se refiere a las penas, como suele intitularse, pese a lo cual el concurso de delitos debería obedecer a los preceptos y conceptos de la teoría del delito.

La problemática que plantea el concurso de delitos consiste en: qué pena se ha de aplicar en los casos en que hay varios delitos. Esta problemática se torna difícil cuando esa pluralidad de delitos se desprende de un solo hecho típico, antijurídico y culpable.

El punto difícil es a criterio de Juan Bustos Ramírez el siguiente, “en primer lugar, cuando hay un solo hecho y cuando varios hechos típicos pueden sin embargo, constituir un solo delito. Todo lo cual, ciertamente, tendría efectos sobre la pena. En definitiva, se pueden dar las siguientes situaciones: pluralidad de hechos típicos y pluralidad de delitos (concurso real), unidad de hecho y pluralidad de delitos (concurso ideal) y pluralidad de hechos y un solo delito (delito continuado, con la subespecie legislativa del delito masa)”³⁴.

Ubicar un tema en determinado punto dentro del Código Penal tiene implicaciones y efectos posteriores una vez vigente esa disposición, toda vez que de conformidad con el lugar donde se le coloque una institución de derecho, es decir, entre los temas del título de la ley penal, los títulos del delito, o en los del títulos de la pena, así también será la idea, concepto o sentido con que deba interpretarse posteriormente,

³⁴ Rodríguez Barillas, Alejandro. Análisis crítico sobre la tendencia político criminal del periodo 1994-1998. Instituto de estudios comparados en ciencias penales de Guatemala ICCPG. Pág. 55.

así será la aplicación que un operador de justicia haga del mismo. Por ello es relevante el lugar en donde se concibe cada uno de los institutos penales.

El concurso de delitos o pluralidad de delitos en el Código Penal se encuentra ubicado en la parte general, Título VI, de las penas, y de éste en su capítulo número III, pese a que la doctrina lo ubica en el tema del delito.

Ahora bien, cuáles son las implicaciones que una institución de derecho penal, como el concurso de delitos sea ubicada en el título de las penas, si la doctrina lo analiza como un tema perteneciente al delito inclusive. El nombre del tema implica una concepción de delito más que de pena el concurso de delitos, como le llama la legislación y pluralidad de delitos como lo llama la doctrina.

Por lo tanto, se cree que la ubicación sistemática del concurso de delitos debe ser dentro del tema del delito, es decir, título II del Código Penal, y con esto se remediaría la incorrecta ubicación que se le dio en el de las penas y subsecuentemente también la aplicación práctica del tema.

En la regulación legal del concurso de delitos, en el Código Penal, no se encuentra regulado el concurso medial, únicamente se establece el concurso real, el concurso ideal y el delito continuado.

Esta modalidad de concurso, surge cuando un delito resulta medio necesario para cometer otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin. Algunas legislaciones que ya la contienen, como la legislación penal peruana y la española, discuten problemas más profundos de este tipo de concurso medial, por ejemplo la duda al respecto de que si la relación entre los dos delitos tiene que ser de necesidad o de oportunidad, es decir si entre ambos debe existir una conexión objetiva o basta con que el autor haya diseñado el plan delictivo de tal modo que para conseguir su propósito último debe cometer antes otro delito. Por el contrario la legislación penal guatemalteca no regula ni siquiera en parte este tipo de concurso y

con ello se deja un importante hecho de lado, que puede contribuir con el derecho penal y con la política criminal integral de Guatemala.

La aplicación en la práctica del concurso de delitos genera lógicamente efectos, y estos a su vez puede producir problemáticas que podrían eliminarse si se tratara este tema desde el punto vista del delito y no de las penas. Cuáles son esos efectos, de concebir el concurso de delitos como teoría del delito o de concebirlo como teoría de las penas. Entre los efectos se tiene fundamentalmente el de la determinación de la pena, es decir, en qué forma se aplicarán las mismas, si se trata de todas o de la aplicación únicamente de la pena más severa. Cada una de las dos formas constituye un principio de determinación de la pena, lo cual se explica en el segundo capítulo de la presente investigación; sin embargo, este efecto tiene relevancia, puesto que si los principios que se aplican al concurso de delitos son pensados desde la perspectiva de la teoría de la pena, es lógico que en política criminal y no en los temas de dogmática y principios del delito o del delincuente mucho menos, lo cual puede incidir en despersonificar el análisis de un concurso de delitos, por ejemplo, si Juan Pérez es responsable de varios delitos y la legislación es decir el Código Penal le ofrece al juzgador únicamente determinación de penas en los artículos que regulan al concurso de delitos, no puede entrar a conocer con argumentos legales, los elementos ideológicos que llevaron al actor, a perpetrar aquellas acciones.

4.1 Concurso real de delitos

4.1.1 Generalidades

Como se expresó, el concurso real de delitos consiste en pluralidad de acciones típicas y pluralidad de delitos, es decir que se presentan dos o más hechos delictivos o ilícitos y esto genera varios delitos, igual número en cuanto a los hechos. En este caso no existe problema para concebir el contenido del mismo, pero sí existe el que se menciona anteriormente en cuanto a qué pena se ha de aplicar.



En este sentido el Código Penal aplica lo que se conoce como acumulación material o aritmética de las penas, que consiste en aplicar las correspondientes a los diferentes delitos; sin embargo, se debe observar el procedimiento descrito en el sentido de que la suma de todas las penas no deben exceder al triple de la pena privativa de libertad de mayor duración, y en todo caso la pena no deberá ser mayor de cincuenta años, que es el máximo de la privativa de libertad, y en el caso de la pecuniaria, no debe exceder de doscientos mil quetzales.

4.1.2 Definición

Díaz Ripollés, define este tipo de concurso de delitos en los siguientes términos: “Existe concurso real cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos”³⁵.

4.1.3 Determinación de la Penas

La determinación de la pena a aplicar en el concurso real de delitos, así como en cualquier otro, se realiza con base de la aplicación de ciertos principios, es decir el de asperación y de acumulación, los cuales explica de mejor forma Francisco Muñoz Conde, cuando señala: “Como se puso de manifiesto en su momento, en los casos en que un solo hecho constituye dos o más delitos (concurso ideal) o si uno de ellos es medio necesario para cometer el otro (concurso medial). El artículo 71 de Código Penal español obliga a imponer la pena del de mayor gravedad en su grado máximo. Esta primera regla se conoce como principio de asperación o exasperación y se acompaña de una segunda por la que no puede imponerse una pena superior a la que correspondería penando separadamente los delitos; de superar se este límite, deberán sancionar se las infracciones por separado (artículo 71 párrafos segundo y tercero). Lo que constituye una regla de acumulación que opera de manera subsidiaria respecto de la anterior.

³⁵ Díez Ripollés, José Luis y Jiménez-Salinas i Colomer, Esther. Manual de derecho penal guatemalteco. Pág. 510.

Veamos ahora los problemas que plantea esta regulación:

“Para proceder a la asperación de la pena debe partirse del delito de mayor gravedad. Lo que requiere comparar las distintas penas individuales que corresponden a los delitos en presencia. Como ya se dijo, esta es una comparación que debe llevarse a cabo en el plano concreto y no solo a partir de los marcos penales que corresponden a cada tipo en abstracto; sin embargo el planteamiento concreto no significa que para comparar las penas individuales deban determinarse hasta el final, considerando incluso las circunstancias atenuantes y agravantes. Téngase en cuenta que para la comparación de las penas individuales debemos obtener una pena (la de mayor gravedad) que se conoce como pena disponible y que deberemos aplicar en su grado máximo para cumplir con el artículo 71 y lógicamente, para poder hacerlo, la pena disponible debe ser, un marco penal completo. Ello significa en otras palabras que las penas individuales deben determinarse en concreto solo en lo que conocemos como determinación cualitativa de la pena (atendiendo a las formas imperfectas de ejecución, participación). Obtenida la pena disponible, se llevará a su grado máximo y sobre dicho marco, deberán operar las circunstancias modificativas”³⁶.

4.2 Concurso ideal de delitos

Como se mencionó el concurso ideal de delitos, consiste en una sola acción, sin embargo esta es suficiente para cometer varios delitos.

Para Gonzales Cahuapé casaux “Habrá concurso ideal de delitos cuando un solo hecho constituya uno o más delitos. El Código Penal guatemalteco lo contempla en su artículo 70. En estos supuestos un solo tipo penal no puede englobar todo el desvalor del hecho, tal y como ocurría en el concurso de leyes.

Algún sector doctrinal, distingue entre:

³⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. Derecho penal parte general. Págs. 479 y 480.



- Concurso ideal homogéneo: se dará cuando los delitos cometidos sean los mismos.
- Concurso ideal heterogéneo: Existirá este concurso cuando los delitos cometidos son distintos.

El problema de fondo en esta distinción es que en muchos casos se incluyen en el concurso ideal homogéneo su supuesto de unidad de acción pero no de hecho. Por ejemplo, el supuesto de la bomba que mata a cinco personas. En la práctica los auténticos casos de concurso ideal homogéneo son muy reducidos (algunos supuestos de error en el golpe)³⁷.

Tales afirmaciones, señaladas por el autor Eduardo González constituyen en esencia forma que en el Código Penal regula al concurso ideal; sin embargo, hay que hacer la diferencia con respecto al ámbito de aplicación del concurso medial de delitos.

Es importante el tema de lo que constituye el concurso ideal de delitos, es la unidad de hechos o de acciones. La acción es la generadora del delito, y es en referencia a ésta en dónde se caracterizan los demás elementos, por ejemplo si es una acción típica, es decir contenida en ley.

Sí es una acción antijurídica que sea contraria al derecho, sí es una acción culpable una acción, que da lugar a un juicio de reproche, porque el autor pudo haber actuado de diferente forma. Por lo tanto, es la acción la que viene a desenvolver la pluralidad de delitos dos o más delitos. Por ejemplo, la bomba del terrorista que mata a veinte personas a la vez. En este ejemplo, el autor del delito a quien socialmente se le denomina terrorista, ha pretendido un fin, el cual puede ser matar a una sola persona, pero en la acción mueren otras diecinueve, lo cual no era deseado por él. Sin embargo, en igual forma, si el autor quería matar a las veinte personas, en la práctica se le deben analizar y penalizar por cada uno de los asesinatos que cometió. Como todos los delitos de los que se está hablando provienen de una misma acción.

³⁷ González Cahuapé-Casaux, Ob. Cit., Págs. 130 y 131.

Es aplicable a dicho juicio la fórmula del concurso ideal. Ahora bien, lo importante de enfatizar en éste ejemplo es que el autor está cometiendo varios delitos pero que tienen una base homogénea, puesto que todos atentan contra el mismo bien jurídico tutelado, lo que lleva a determinar que existe concurso ideal sobre delitos puede existir otra forma de concurso ideal; en el que los delitos atenten contra bienes jurídicos heterogéneos, por ejemplo, atentar contra el patrimonio además de contra la vida, en el caso de que Pedro desea producir le lesiones a Juan, pero para lograrlo necesita violar el domicilio, en donde su víctima se encuentra.

Por lo mismo, existen dos clases de concurso ideal, el llamado concurso ideal, el que se da en delitos de bienes jurídicos homogéneos y el de bienes jurídicos heterogéneos. Los nombres que reciben en la doctrina estas dos modalidades de concurso ideal; al primero se le denomina concurso ideal propio y al segundo concurso ideal impropio o concurso medial.

Lo importante de valorar a través de los tiempos este tipo de concurso, consiste en si puede haber separabilidad o no de los delitos, por ejemplo, un individuo entra a un domicilio ilegalmente para agredir a otra persona que no salía del mismo, entonces se esta frente a dos delitos perfectamente separables, violación o allanamiento de morada y lesiones.

Sin embargo, en el caso de que se injurie una persona y se le produzcan lesiones, existe dificultad para determinar la separabilidad, dado que es una acción o una intención la que ha generado ambos delitos.

4.3 El delito continuado

También puede considerarse una forma especial de concurso, puesto que genera la dificultad de la aplicación de la pena, que se menciona desde el primer capítulo.

Es necesario se establezca que delito continuado consiste en varios hechos que genera un sólo delito. El problema fundamental consiste en determinar qué pena se aplicará. En legislación guatemalteca, no se produce concurso y simplemente se

establece la pena que corresponde al delito aumentada en una tercera parte. Lo importante a determinar que el Código no señala si debe ser el máximo de la pena aumentada en una tercera parte, puesto que de ser así, en el caso de varios secuestros, la misma persona, y pide varias veces rescate por esta, la pregunta sería si deberá aplicársele sesenta y seis años al responsable.

4.4 El concurso de delitos en la legislación guatemalteca

Como se explicó en el concurso ideal de delitos, el concurso medial es una modalidad del mismo. Algunos autores como Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán lo denominan “concurso ideal impropio”³⁸. Sin embargo, otros autores como Juan Bustos Ramírez no le dan nombre alguno, puesto que lo absorben como concurso ideal, pero distinguen claramente la modalidad al referirse al mismo como “conexión ideológica entre delitos”³⁹.

En ese mismo sentido el de la denominación de esta forma concursal de delitos, resulta preciso citar textual mente al autor Ignacio Berdugo cuando señal “...la regla de determinación de la pena es la misma que la de concurso ideal (de ahí que algunos denominen al concurso medial concurso ideal impropio)”⁴⁰.

En general, para ser referencia a esta modalidad del concurso ideal, se le puede denominar concurso medial, toda vez que no se trata específicamente de un concurso ideal, puesto al surgir varios delitos de distinto bien jurídico tutelado se rompe el concurso ideal para dar paso a otra forma de concurso en la que es preciso ya establecer una fórmula de determinación de la pena específica para la misma.

4.5 definición del concurso Medial de delitos

Toda vez que ningún tratadista o autor de los consultados, proporciona una definición

³⁸ Muñoz Conde, y García Arán, Ob. Cit., Pág. 408.

³⁹ Bustos Ramírez, Ob. Cit., Pág. 346.

⁴⁰ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. Derecho penal parte general. Pág. 262.

del tema del concurso medial de delitos, es procedente por su importancia para la presente investigación, y con los elementos estudiados elaborar una, en los siguientes términos: concurrencia de dos o más delitos, a raíz de un solo hecho, cuando uno ellos sea medio necesario para cometer el otro.

En el primer párrafo del Artículo 70 del Código Penal regula los concursos ideal y medial. Se aplica el principio de asperación; en el segundo párrafo, el principio de acumulación, si fuera mas favorable para el reo. Es la misma situación del tercer párrafo al referirse a una acumulación material en las penas de distinta naturaleza, por ejemplo, pena de prisión mas pena de multa.

El estudio socioeconómico del procesado adquiere vital importancia para discutir la determinación de la pena. Si se trata de multa se observara que se imponga de acuerdo con el ingreso del procesado por día, o en todo caso, una multa mínima si su condición de pobreza así lo requiere.

Si se trata de penas mixtas como de prisión y multa, hay que insistir en la condición socioeconómica del acusado, ya que si no paga la multa, ésta se convierte en prisión, aumentada el tiempo de privación de libertad. En este caso, es un beneficio para el condenado velar porque en la conversión de multa a prisión se imponga una cantidad mayor de dinero de multa por cada día de prisión.

4.5.2 Concurso aparente de leyes

Se refiere al caso, de que al valor la gravedad de un hecho, haya que aplicar diversas leyes que pretenden regir al mismo tiempo la conducta, y en donde solo una ley es aplicable al caso concreto y la otra no.

Este problema de aplicación de leyes se soluciona mediante los siguientes principios:

- de especialidad: que establece que la ley especial prevalece sobre la ley general.

Se regula en el Artículo 9 del Código Penal las disposiciones de este código se aplicaran a todas las materias de naturaleza penal reguladas por otras leyes, en cuanto éstas, implícita o expresamente no dispusieran lo contrario.

- de subsidiariedad: mediante el cual este principio se aplica el precepto subsidiario cuando no rige otra norma penal. Según las circunstancias y medios de prueba, se produce un descarte de normas por inferencia de la tipicidad; por ejemplo, se aplicara la norma del delito de lesiones, derecho penal del acto, por el de tentativa de homicidio. El delito consumado es subsidiario de la tentativa.

También hay conflicto de leyes cuando se desea aplicar agravantes genéricas del Artículo 27 Código Penal, hay agravantes específicas contenidas en el tipo. Si la norma principal contiene las agravantes específicas no hay por que agregar agravantes genéricas al injusto penal, por que éste las abarca, por ejemplo, cualquiera de los incisos que contiene el Artículo 252 del Código Penal que regula el robo agravado por disposición del Artículo 29 del mismo cuerpo legal, no le son aplicables agravantes genéricas.

- de consumación: seda cuando un tipo penal legal absorbe a otro, cuya conducta esta contenida regularmente en el de mayor gravedad, el precepto penal mas amplio o complejo absorbe a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel, por ejemplo, el sujeto toma por asalto una tienda, utilizando una pistola calibre 38, obliga al propietario a entregarle dos mil quetzales producto de las ventas del día. El juzgado tipifica portación ilegal de arma de fuego Artículo 97 de la ley de armas y municiones y robo agravado conforme el Artículo 253 del Código penal. En este caso por el principio de consumación, el robo agravado absorbe al tipo penal de portación ilegal de arma de fuego defensiva.

4.5.3 El concurso medial y el dolo y la culpa

Es preciso establecer algunos conceptos que son indispensables en la comprensión

de lo que se trata de explicar. En ese sentido, para poder entender que un resultado es culposo aun cuando la motivación inicial para cometer un delito ha sido el dolo, es preciso estudiar lo que significa dolo y culpa, así como las formas en que se pueden presentar dichas figuras.

4.5.4 Dolo

Es conocimiento, saber, y voluntad, querer, de realizar el tipo objetivo. En el doloso, hay coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere, de este concepto se derivan sus elementos intelectuales o cognoscitivo, que es conciencia y conocimiento de los elementos objetivos del tipo, elementos normativos y elementos descriptivos, por ejemplo, tener conciencia que dar muerte a una persona es una conducta prohibida, por que no basta desear, si no querer, tener intención o propósito de la realización de los elementos de cada tipo penal en particular.

4.5.5 Clases de dolo

Según Muñoz conde y García Arán “según sea la mayor intensidad del elemento intelectual o del volitivo, se distingue entre dolo directo y dolo eventual”⁴¹. El Artículo 11 del Código Penal, preceptúa, el delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo presenta como posible y ejecuta el acto. El dolo directo se regula en la primera parte del artículo mencionado. El dolo eventual se ubica en la segunda parte del mismo artículo, al sujeto se le presenta el resultado como de probable producción, aunque no quiere producirlo, sigue actuando y admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado, pero admite su producción y acepta el riesgo.

⁴¹ Muñoz Conde y García Arán. Ob. Cit. 286.



CAPÍTULO V

5. El delito

Los hechos previstos en las figuras delictivas se le atribuyen al imputado, cuando los mismos son consecuencia de una acción o de una omisión idónea para producirlos, de conformidad con la naturaleza del respectivo delito y con las circunstancias concretas del caso o cuando la legislación vigente los establece de manera expresa como consecuencia de una determinada conducta.

Delito es el comportamiento humano que, a juicio del legislador, compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal. De ello deriva el fundamento del delito, así como también los motivos que impulsan al legislador a sancionar las conductas.

El Código Penal establece en el Artículo 11 que, el delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

El Artículo 12 del Código Penal, regula que El delito es culposos con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley.

5.1 Definiciones

A continuación se presentan diversas definiciones del delito, siendo las mismas las siguientes:

Para Busto Ramírez, “el delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya

conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”⁴²

Bacigalupo, Enrique menciona que, “delito es el que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena”⁴³

Para Muñoz Conde, “el delito es el acto típicamente antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de personalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”⁴⁴

5.2 Importancia de la teoría del delito

La teoría del delito consiste en la parte de la ciencia del derecho penal que se encarga de brindar una explicación del significado del delito en general, así como también de cuáles son sus características.

Zaffaroni indica que, “el interés no es tan sólo doctrinario o filosófico sino que tiene una finalidad eminentemente práctica. El juez, el fiscal o el abogado que se encuentre frente a un hecho concreto debería tener estos conocimientos para poder dilucidar si se encuentran ante un delito o ante una acción típica pero amparada por una causa de justificación”⁴⁵

Efectivamente, en la mayor parte de casos la descripción relacionada con la acción prohibida que se lleva a cabo en la parte especial del Código Penal no es suficiente para la determinación de si un hecho es delito o no.

Es fundamental tomar en cuenta también la parte general de los códigos penales, así como también del resto del ordenamiento jurídico.

⁴² Busto Ramírez, Juan. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Pág. 36.

⁴³ Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la teoría del delito. Pág. 19.

⁴⁴ Muñoz Conde, Ob. Cit. Pág. 20.

⁴⁵ Zaffaroni, Ob. Cit. Pág. 57.



La función de la teoría del delito consiste en la generación de un sistema de análisis para poder tomar en cuenta de manera lógica, ordenada y garantista esos aspectos. Para la determinación de si una conducta concreta es delictiva, se tiene que ir analizando si ocurren cada uno de sus elementos.

De esa forma se logra uniformar los criterios de interpretación de la norma, limitando con ello el ámbito de arbitrariedad del juez y del fiscal. Es así como incrementa la aplicación de la teoría del delito y la seguridad jurídica.

5.3 Criterios para definir el delito

En la actualidad existe varios criterios para definir el delito, las cuales van desde los más sencillos hasta los de mayor complejidad.

- Criterio legalista: para este criterio la infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos es resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso, dentro del movimiento de la construcción técnica jurídica de la infracción.
- Criterio filosófico: la inexistencia de una trascendencia del legalismo es posiblemente una de los trastornos ocasionados por los postulados de la Escuela positiva, la cual se encontraba en oposición a la Escuela de juristas y que generó que los estudiosos del crimen de la época se encaminaran por senderos más filosóficos, tomando en consideración distintos aspectos como aquel al que se le hace alusión al aspecto moral. Para los mismos el delito consiste en una conducta contraria a la moral y a la justicia.
- Criterio natural sociológico: para este criterio el delito consiste en las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de la sociedad en un momento determinado.

- Criterio técnico jurídico: después de que se superó la crisis por la que atravesó el derecho penal durante la segunda mitad del siglo XIX cuando se encontró sometido a las más exageradas especulaciones del positivismo, comienza a renacer la noción jurídica del delito, con el movimiento denominado técnico jurídico.

El movimiento señalado se encargó de utilizar el método analítico y se aparta por completo de los extremos positivistas, para dedicarse al examen lógico del delito, dando vida a lo que doctrinariamente se denomina la construcción técnico jurídico de la infracción.

El comienzo de esta corriente que se desarrolla en diversas etapas, inicia con las aportaciones al delito, con las que se busca llenar el vacío técnico de la teoría filosófica.

Para los mismos el delito consiste en una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente para cumplir con las condiciones objetivas de penalidad.

Para Muñoz Conde, "sus principales aportes pueden resumirse así:

- Se le atribuye haber introducido la tipicidad como elemento esencial del delito, tomándolo como concepto formal, que al igual que la acción no es valorativo, sino descriptivo, es decir, que pertenece a la ley y no a la vida real.
- Considera a la antijuricidad como característica sustantiva e independiente a la noción del delito, separada totalmente de la tipicidad, ya que hay acciones típicas que no son antijurídicas, sin que por ello dejen de ser típicas. Sostiene la tesis de que todo lo objetivo pertenece a la culpabilidad, siendo los restantes elementos de índole objetiva.
- Considera a la punibilidad como elemento del delito, puesto que éste debe

sancionarse con una pena adecuada.

- No considera constituido el delito, si no quedan satisfechas las condiciones objetivas de punibilidad”⁴⁶.

5.4 Iter criminis

El Código Penal al describir y tipificar un delito lo hace de manera consumada. Hasta ese momento se recorre un camino más o menos largo en la realización del delito que se denomina iter criminis, el que va desde que aparece la decisión de cometerlo hasta su consumación.

Solamente en los delitos dolosos tiene sentido el estudio y análisis del iter criminis, debido a la ausencia de voluntad de la comisión de un delito y por el principio de intervención mínima del derecho penal, ya que en los delitos culposos solamente se sanciona el delito consumado.

Quinteros Oliva estima que, “dentro del iter criminis se distinguen cuatro fases:

- La ideación: se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y se propone los fines que serán la meta de su acción, eligiendo a partir del fin, los medios para alcanzarlo. Es el momento en el que surge en el autor la decisión de cometer el delito.
- Preparación de actos preparatorios: consiste en el proceso por el cual el autor obtiene y organiza los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin.
- Ejecución: es la utilización concreta de los medios elegidos en la elaboración del plan. No siempre será fácil distinguir la fase de preparación.
- Consumación: es la obtención del fin típico planeado mediante los medios utilizados por el autor”⁴⁷.

⁴⁶ Muñoz Conde, Ob. Cit. Pág. 30.

⁴⁷ Quinteros Olivares, Gonzalo. Derecho penal. Pág. 34.



De las cuatro fases anotadas solamente entran en el ámbito de lo punible las de ejecución y consumación. El derecho no sanciona la ideación de un plan.

5.5 Causas de inimputabilidad

Las causas de inimputabilidad se encuentran reguladas en el Código Penal, en el Artículo 23: No es imputable:

1. El menor de edad; y
2. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo síquico o incompleto o retardo o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente.

5.6 Causas de Justificación

Las causas de justificación están reguladas en el Artículo 24 del Código Penal, Son causas de justificación:

Legítima defensa:

- Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:
 - a) Agresión ilegítima;
 - b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y
 - c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los

moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinato, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Estado de necesidad

- Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causando por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.

Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trate de evitar;
- b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo; y
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho

- Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia.

5.7 Causas de inculpabilidad

Las causas de inculpabilidad están reguladas en el Artículo 25 del Código Penal, Son

causas de inculpabilidad:

Miedo invencible:

- Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.

Fuerza exterior:

- Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él.

Error:

- Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.

Obediencia debida:

- Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado.

La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:

- a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto;
- b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales; y
- c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

Omisión justificada:

- Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable.

5.8 Consumación y finalización del delito

La consumación consiste en la total realización del tipo en todos sus elementos.

Dentro de los delitos de lesión al bien jurídico, la consumación se da en el momento de la producción del resultado lesivo.

En los delitos de peligro, el legislador no se encuentra esperando que se produzca el resultado lesivo ya que con la prohibición penal no se trata de evitar el delito, sino que se declara como ya consumado el hecho en un momento anterior.

Distinta de la consumación es la terminación del delito en la que el autor no solamente lleva a cabo todos los elementos típicos, sino que también consigue la satisfacción de la intención que buscaba. Existen diversos supuestos en los que no se encuentra claro cuándo se consuma el delito y es a la parte especial del derecho penal a la que le corresponde analizar cada uno de los tipos delictivos, para la determinación del momento consumativo.

La consumación del delito no siempre es un sinónimo de finalización. Por ende, es de importancia distinguir aquellos supuestos en los cuales ambos momentos no son coincidentes, siendo los mismos:

- a) En aquellos delitos de mera actividad, el delito se consuma a partir del momento en el que el autor realiza todas las acciones descritas en el tipo. Sin embargo, el delito sólo finalizará cuando dicho autor deje de realizar la conducta prohibida.
- b) En los delitos instantáneos cuando a partir del elemento en el que se produce el resultado, sin que se determine una situación jurídica duradera.
- c) En los delitos permanentes, cuando una vez producido el resultado se mantiene una situación antijurídica por voluntad del autor.
- d) En los delitos que causan estado, o sea en aquellos en los que aunque se crea el estado antijurídico duradero, la consumación termina a partir del momento que ocurre el resultado, debido a que el tipo solamente describe la producción del estado y no su mantenimiento.

En consecuencia, la determinación del momento de la finalización cuenta con vital importancia para señalar la fecha a partir de la cual empiezan a correr los plazos de

prescripción.

En los delitos instantáneos y en los que causan estado, la prescripción comienza cuando se produce el resultado descrito. Pero, en los delitos permanentes, el plazo comienza a correr cuando desaparece la situación antijurídica.

5.9 Tentativa

Existe tentativa en el iter criminis cuando el mismo no se completa, dándose solamente las tres primeras etapas.

El Artículo 14 del Código Penal, establece, que hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente.

Del contenido del artículo antes citado se extraen tres elementos de importancia de la tentativa, siendo los mismos:

- La decisión del autor de cometer el hecho;
- La puesta en marcha de los medios adecuados para la realización del delito; y
- La falta de realización del tipo objetivo por causas ajenas a la voluntad del agente, aunque el tipo subjetivo se completa.

No en todos los delitos se puede configurar la tentativa. En aquellos en los que se ponen en marcha los medios para llevar a cabo el tipo, existe posibilidad de la tentativa.

Para dar una justificación del motivo de la punibilidad de la tentativa han surgido diversas teorías, siendo las mismas:

- a) Teoría objetiva: para la misma, el fundamento de la punibilidad consiste en el peligro que corre el bien jurídico tutelado en el tipo penal, y por ende, se tiene que

imponer una pena, a pesar de que la misma tiene que ser menor que en los casos en los que el bien jurídico es lesionado. La misma, se encuentra influenciada por la del desvalor del resultado.

- b) Teoría subjetiva: el fundamento de la punibilidad se encuentra en la conducta que presenta el sujeto, cuyo contenido de voluntad se encuentra orientado a la consecución de un fin delictivo. Para los defensores extremos de esta teoría, la pena a imponer tiene que ser la misma en los delitos tentados y en los consumados, siendo notoria la influencia del desvalor de la acción.

Dentro del iter criminis se distinguen los actos preparatorios de los de ejecución, los que en sí mismos ya constituyen delito tentado. Por ello, es necesario delimitar qué actos han de considerarse preparatorios y cuáles ponen en marcha la ejecución del delito.

El Código Penal señala como inicio del ámbito punible, en las formas imperfectas de la realización del delito, el momento en que inicia su ejecución por actos exteriores e idóneos. El concepto de ejecución es bien discutido y la doctrina aún no ha encontrado una respuesta satisfactoria. De conformidad con el principio de legalidad, solamente las acciones que queden englobadas en el tipo penal pueden incluirse como actos de ejecución. A pesar de todos los esfuerzos doctrinales, el límite no siempre es claro por lo que tiene que ser la jurisprudencia la que determine la tentativa en cada caso.

Las modalidades de tentativa, a pesar de que no se distinguen plenamente en el Código Penal, sí tienen importancia al analizar el desistimiento y las mismas son las siguientes:

- Tentativa acabada o delito frustrado: la misma es acabada cuando el autor, de conformidad con su plan, lleva a cabo todos los actos de ejecución fundamentales para alcanzar la consumación del delito, pero el resultado no se produce.
- Tentativa inacabada: es inacabada la tentativa cuando aún resten por cumplir uno



o más actos necesarios para que el resultado sea producido.

Para llevar a cabo una distinción entre una y otra es fundamental comparar entre los actos de ejecución desarrollados por el sujeto y el plan de realización del delito que éste se trazó. Si de conformidad con el plan se han llevado a cabo todos esos actos, entonces la tentativa será acabada.

Bacigalupo menciona, “La tentativa imposible o inidónea se dará cuando la ejecución de la acción no puede producir la realización completa del tipo objetivo por razones fácticas o jurídicas que el autor ignoraba”⁴⁸

La legislación penal guatemalteca define como tentativa imposible aquella efectuada con los medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza que la consumación del hecho resulte absolutamente imposible.

Si se sigue a la teoría del desvalor del resultado, entonces estas conductas tienen que quedar impunes debido a que no se puso en peligro ningún bien jurídico. Pero, en base al desvalor de la acción, la tentativa imposible tiene que sancionarse debido a que el elemento subjetivo del tipo ocurre plenamente.

El Código Penal en el Artículo 15 menciona, que si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad.

La tentativa inidónea para ser punible, tiene que tener las mismas cualidades que la idónea, tiene que existir dolo y haberse comenzado la fase ejecutiva, además de suponer ésta como una puesta en peligro para el bien jurídico protegido. Este último requisito no tiene que ser interpretado igual que en la tentativa idónea.

⁴⁸ Bacigalupo. Ob. Cit. Pág. 30.

- a) Tentativa irreal: ocurre cuando el medio utilizado por el autor jamás será capaz de producir el resultado.
- b) Delito aparente: también se le denomina delito putativo o error de prohibición al revés. Ocurre en los casos en los que la persona cree que se está delinquiriendo cuando en realidad su comportamiento es penalmente irrelevante.

5.10 Autoría y participación criminal

De conformidad con el concepto ontológico o real del autor, el mismo es aquel que será el sujeto a quien se le pueda imputar un hecho. Sin embargo, dicho concepto de autor no es coincidente con el concepto legal, debido a que el Código Penal no necesita de la misma realización de uno de los tipos de la parte especial, ya que debe considerar a los autores como sujetos que realmente son partícipes de importancia.

En el momento de diferenciar la autoría y la participación se tiene que recurrir al concepto ontológico de autor. Ello es necesario debido a que solamente el que es autor en sentido estricto puede llevar a cabo un tipo sin la necesidad de la concurrencia de otra persona.

Los partícipes se encuentran sometidos al principio de accesoriedad de la participación en relación al autor real. Aunque el código señale que el inductor es autor, para que ocurra dicha inducción es necesaria la existencia de un hecho antijurídico por parte del autor real, debido a que la inducción al cometer un hecho atípico no es delito.

En dicho sentido, el Código Penal guatemalteco, en el Artículo 17 indica que hay proposición y conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelvan ejecutarlo.

- Hay proposición, cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

- La conspiración, la proposición, la provocación, la instigación y la inducción para cometer un delito, sólo son punibles en los casos en que la ley lo determine expresamente.

6. Determinación de los grados de participación en el delito de conformidad con la legislación guatemalteca

6.1 Aspectos generales

La institución central que debe analizarse en el presente informe lo constituye la asociación ilícita, por cuanto es esta la principal figura del Artículo 3 del Decreto 21-2006, del Congreso de la República de Guatemala, Ley Contra La Delincuencia Organizada.

Siendo ésta más adecuada a una forma de participación en el delito, se debe exponer los principales elementos de conocimiento para la misma.

6.2 De la participación en el delito

Primero que nada, hay que empezar señalando que la participación en el **delito**, no supone la autoría, porque más bien quien participa lo hace en la acción en la que otro, siendo el primero nada más que un cómplice.

Este hecho lo explica en mejor forma Muñoz Conde y García Arán, cuando señalan, “el que participa en la acción de otro puede ser un cómplice o un cooperante, pero no un autor, por ello, la participación supone la existencia de una acción llevada a cabo por otro sujeto”⁴⁹. Por lo tanto, el sujeto que no es autor, participa de la acción de este. Como es evidente, la participación no puede incluir la autoría.

A pesar de lo explicado en los párrafos precedentes, el título V del libro primero del Código Penal guatemalteco, tiene como epígrafe: de la participación en el delito, del

⁴⁹ Muñoz Conde y García Arán. Ob, Cit. Pág.69.



cual se deriva en el Artículo 36 del cuerpo de leyes mencionado, la autoría. Esto resulta contradictorio porque el autor no participa en el **delito**, más bien es quien lo realiza en forma directa, sea esta mediata o inmediata como puede observarse de su redacción.

Pese a que un epígrafe no constituye ley, si puede conducir a interpretaciones equivocadas o erróneas, que derivan en regulaciones equivocadas como el caso del Decreto 21-2006 del Congreso de la República de Guatemala, en donde se legisla a asociación ilícita no como forma de participación en el delito, sino como delito. Esto último se analiza con mayor profundidad, más adelante.

No obstante lo mencionado de la equivocación evidente en el Código Penal guatemalteco, se procede a explicar lo que el título mencionado de la Ley en cuestión contiene.

La participación en el delito consiste en graduar la responsabilidad penal de sujetos que están vinculados con la perpetración de un delito. De tal manera que si varios sujetos participan en un hecho delictivo pueden presentarse dos casos, o que su participación sea exactamente la misma, en cuanto a responsabilidad, lo que conlleva tomarlos a todos como coautores, o bien, que uno o más sean los responsables directos y otros participantes simplemente tengan relación de complicidad. Y, a esto último es lo que la doctrina nombra como participación en el delito.

6.2.1 De la Autoría

El autor de un delito es quien tiene el dominio de la acción que se va a perpetrar. Por cuanto sabe con antelación, en el caso del delito doloso, la idea general del crimen que se cometerá. Según Santiago Mir Puig, “el autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta

ejecución de los mismos. La doctrina entiende que dicha relación especial concurre cuando el sujeto realiza como propio alguno de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos como suyo⁵⁰. De manera general, el autor en cuestión señala que el autor es a quien se puede imputar el hecho; sin embargo, dicho elemento resulta muy general.

Siguiente en la línea de la cita antes expuesta, se tiene a Claus Roxin quien indica que, “Como regla general, se puede decir que quien está en un aparato organizativo, en el cual pueda impartir órdenes a personal subordinado, pasa a ser un autor mediato en virtud de la voluntad de dominio del hecho que le corresponde⁵¹. En lo que se puede interpretar que el sujeto no lleva a cabo la acción por haber empleado métodos no idóneos para lograrlo.

Según María González, “En la actualidad, la ciencia del derecho penal reconoce la existencia de la categoría de la autoría mediata, a través de la cual se permite imputar la comisión de un ilícito a título de autor al que se vale de otra persona para ello (autor inmediato o instrumento). Durante las dos décadas pasadas, los países de América Latina se caracterizaron por una ola de violencia social y de terror organizado que se tradujo en desaparición de personas, ejecuciones extrajudiciales, torturas... etc. Esta situación trajo aparejada la desarticulación del tejido social, la desconfianza de las instituciones y la perpetuación de la impunidad para cometer estos delitos... Si a los efectos negativos del sistema inquisitivo imperante le sumamos la existencia de una legislación penal que respondía a concepciones positivistas, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el derecho y el sistema judicial, una vez más, no dieron respuesta a los conflictos que en la realidad social se estaban generando y por consiguiente, no resguardaron los derechos de los ciudadanos⁵².

Lo que explica la autor de la cita anterior, consiste en que las instituciones de control

⁵⁰ Mir Puig, Santiago. Derecho penal, parte general. Pág. 385.

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 385.

⁵² González, María. La Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Pág. 14

del Estado, emplearon a terceras personas en la realización de actos delictivos de los cuales tenían conocimiento y por tal motivo también eran autores.

Busto Ramírez indica que, “dentro de la doctrina española, la participación en el delito, presupone la existencia de un autor... y para este hecho basta con tener la intención criminal; de este modo desaparece la distinción entre autor y partícipe, entre hecho principal y actividad accesoria... La participación es la intervención en un hecho ajeno. Dada esta circunstancia, de ser ajeno, esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal”⁵³. Tal como se explicó anteriormente, la doctrina española encuentra una actividad accesoria dentro de la misma autoría, pero no por eso, una complicidad.

Según el Código Penal guatemalteco, en el Artículo 36, autores son aquellos que, toman parte en la ejecución directa de un delito; fuerzan o induzcan directamente a otro a ejecutar un delito. Cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer. Están presentes en el momento de su consumación, habiéndose concertado con otro u otros para la realización del mismo. Haciendo un análisis de este Artículo es posible determinar que en efecto, existe una confusión, porque el autor no participa de la acción, el autor realiza en forma directa la acción, sea mediata o inmediatamente.

Se evidencian claramente las grandes contradicciones que sustentan las mencionadas formas de autores, puesto que en el numeral segundo, se tienen una manifestación de instigadores, que ya es contemplada como figura delictiva, y que si bien concuerda dentro de la lógica del Código, no hace repercusión de las principales teorías en cuanto a la participación en el delito.

La participación es la intervención en un hecho ajeno. Dada esta circunstancia, de ser ajeno, esto deja por sentado ya, la existencia de un autor, un sujeto principal.

⁵³ Bustos Ramírez, Ob. Cit. Pág. 289.



Como lo señala Juan Bustos Ramírez, “sólo se toma en cuenta para efectos de la aplicación de la pena, y no para la actividad de juzgar”⁵⁴. Este hecho tiende a ser un hecho omitido por varios tratadistas, y también en Guatemala. De este modo desaparece la situación de autor y partícipe, este segundo como instigador, como accesorio, como encubridor o como cómplice.

En cuanto a la participación en el delito, Muñoz Conde señala, “este diverso tratamiento penal de las distintas personas responsables e importantes particularidades de cada una de ellas obliga a estudiarlas separadamente, pero dentro de unas categorías dogmáticas básicas, como son los conceptos de autoría y participación, que no coinciden exactamente con las legales. Desde el primer momento conviene dejar establecido con claridad que una cosa es lo que, a efectos de pena el Código Penal considera autores, y otra cosa es lo que desde un punto de vista conceptual puede entenderse como tales”⁵⁵. Por ello, es posible determinar que el tratamiento que se da a cada una de las fases de participación en la acción delictiva son distintos, porque no es lo mismo autor que cómplice, en ese sentido no se puede generar la confusión que en el Código Penal como ya se explicó, si existe claramente. De manera que se debe aclarar que el partícipe no realiza su propio injusto, con lo que se rompería la teoría del tipo legal.

Tampoco se trata de crear un tipo legal, para cada partícipe. De tal forma que se tendría en exceso de posibles figuras delictivas en el Código Penal, situación que indudablemente tendería a la confusión segura de los juzgadores.

6.2.2 Conceptos generales

6.2.3 Concepto unitario de autor

Dentro de este concepto se comprende como autores a todos los sujetos que prestan

⁵⁴ Ibid. Pág. 289.

⁵⁵ Muñoz Conde y Arán, Ob. Cit. Pág. 384.

una contribución causal a la realización del hecho con independencia de la importancia que corresponda una colaboración para el asunto del hecho.

Bajo este punto de vista prevalece el criterio de causalidad, reservando al juez el cargo de cada una de los cooperadores según la intensidad de su voluntad criminal y la importancia de su contribución al hecho. Bajo este concepto todos son autores, en virtud de lo que mayor o menor pena para cada uno de ellos dependerá de la importancia de su contribución en el delito.

6.2.4 Concepto dualista de la participación

Para Wessels Johaness, “la doctrina dominante y el derecho penal alemán distinguen, cuando varias personas participan de un hecho punible, entre autoría como forma de participación principal y complicidad e inducción como participación secundarias. Esta distinción como ha quedado dicho, desconoce el concepto o criterio unitario del autor, posibilita concebir cada contribución al hecho según corresponde a su importancia concreta y a su especial desvalor de la conducta”⁵⁶.

6.3 Teorías que determinan la participación en el delito

6.3.1 Teoría objetiva de la participación

Según esta corriente, autor es quien comete por si solo la acción típica, mientras que la sola contribución a la causalidad del resultado mediante acciones no típicas no puede fundamentar autoría alguna, prestar el arma homicida, desde el punto de vista de esta teoría, la inducción y la complicidad son categorías que amplían la punibilidad de acciones que quedan fuera del tipo, este criterio solo podrá sancionarse al que por si mismo mata, lesiona, roba, para esta teoría lo importante es establecer si el sujeto realiza o no la acción típica para si considerarlo como autor.

⁵⁶ Wessels, Johaness. Derecho penal. Pág. 148.

6.3.2 Teoría subjetiva de la participación

La teoría citada plantea que es autor todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución al hecho consista en una acción típica, desde otro punto de vista también el inductor y el cómplice son en si autores, toda vez que el sujeto que presto el arma homicida contribuyo con el resultado típico aunque no realizara en forma directa la acción homicida. Para esta teoría no interesa el grado de contribución que un sujeto tuvo en al comisión de un delito, basta con su intención delictiva y su contribución aun mínima en el hecho para considerarlo autor.

6.3.3 Teoría del dominio del hecho

Según la doctrina dominante no existe una teoría puramente objetiva ni otra subjetiva pero son apropiadas para establecer la esencia de la autoría y a la vez para distinguir claramente la diferencia entre esta y las otras formas de participación, cada una de estas teorías se caracteriza correctamente porque parten del problema aunque aisladamente se desvirtúan. Es preciso hacer una síntesis e ambas opiniones doctrinales, ese es el objetivo de la teoría del dominio del hecho que hace poco se ha constituido en la posición dominante.

Para esta teoría, el concepto de autor no puede limitarse a la realización de una acción típica en el sentido estricto de la palabra.

Para Bacigalupo, "la teoría del dominio del hecho también se le ha denominado, teoría final objetiva, según algunos autores, esta tiene en gran parte su origen en la teoría finalista de la acción"⁵⁷.

De conformidad con esta teoría, autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras los que toman parte en el delito sin dominar el hecho son cómplices o inductores.

⁵⁷ Bacigalupo, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito. Pág. 111.

Conforme a esta, la actuación de un sujeto en el delito puede darse como autor, en el supuesto de que el sujeto domine el hecho; o bien como cómplice en el caso de que se coopere en la realización de un delito. En que tanto que la inducción secundaria por la cual un sujeto provoca o crea en otro la resolución o decisión de cometer un delito.

Para establecer quienes tuvieron el dominio del hecho, es preciso conocer todas las circunstancias en que este se cometió, ya que no se pueden determinar los elementos que definan el concepto de dominio del hecho.

Dominar el hecho quiere decir haber tenido el manejo y la decisión del mismo, haber tenido en sus manos la decisión de consumir o no el hecho. Indica Wessels Johanés, “porque no será considerado autor, quien sin tener el dominio de hecho, causa o de cualquier manera promueve el suceso real, la comisión del hecho, sea como cómplice o como inductor”⁵⁸.

6.3.4 De los cómplices

Menciona Así Maurach que, “Entendemos por complicidad el auxilio doloso de un hecho dolosamente cometido por otro”⁵⁹. Según el Código Penal guatemalteco regula en el Artículo 37, que cómplices son aquellos quienes animan o alientan a otro en su resolución de cometer un delito; quienes prometen ayuda o cooperación para después de cometido un delito; quienes proporcionan informes o suministran medios necesarios para la realización de un delito; quienes sirvan de enlace para obtener la concurrencia de éstos en el delito.

El primero de los mencionados casos de complicidad, presenta grandes dificultades para individualizarlo de lo que se considera autor que, coopera en la perpetración de un delito, que como ya se dijo, constituye una participación, porque el sujeto coopera y no realiza la acción.

⁵⁸ Wessels, Johanés, Derecho penal. Pág. 158.

⁵⁹ Así Maurach, Tratado de derecho penal. Pág. 337.

En el segundo de los casos, qué medios de prueba materiales pueden haber para comprobar que alguien ha prometido una ayuda para luego de cometido el delito. Se trata de una tesis indefendible, puesto que la ayuda se tendría que materializar y no solo estar prometida. La suposición o presunción, aunque ciertamente es admitida como prueba para juzgar a alguien, no necesariamente es la prueba idónea para condenarlo.

En el tercero, es el caso más cercano a la figura de cómplice; sin embargo, es aquí donde toma total importancia el hecho de que este tipo de informes o medios que suministra y que constituyen el elemento que los convierte en cómplices, debe regularse con mayor exactitud, a manera de adecuar la figura del cómplice simple, distinguiéndola de la del cómplice necesario.

Finalmente, el último de los casos se trata de una actividad no definida correctamente, puesto que el sujeto que realiza dichas actividades puede que las realice como parte de un plan, y esto lo convierte en coautor. Sin embargo, lo que nos interesa es que no entra en la esfera de cómplice. Aunque claro está, que justificándose la necesidad de reformar la figura del cómplice debe también hacerse lo mismo con la del autor.

La doctrina establece dos clases de cómplices, el cómplice necesario y el cómplice simple o eventual.

En el caso del cómplice necesario el problema fundamental de la complicidad, consiste en que el sujeto que participa bajo esta figura en la perpetración de un delito o ilícito, puede hacerlo de diferentes formas y grados de participación. Es decir, su participación puede revestir importancia, esencialidad, como puede que no la tenga. En el caso de que la participación de un sujeto revista esencialidad, es decir, que sin su concurso el delito no podría haberse llevado a cabo, entonces se dice que su participación en dicho ilícito es necesaria. Si el sujeto no presta esa complicidad, el ilícito puede no llevarse a cabo, es decir que el cómplice necesario,

no es un coautor. Un coautor es un autor. El concepto de necesidad como se dijo, también es el segundo aspecto de la problemática del cómplice necesario. Realmente no se tiene bien definido qué se debe entender por medios necesarios para la realización de un hecho delictivo, lo que conlleva a la dificultad de regular la figura del cómplice necesario.

Cómplice necesario, es aquel que de su participación depende la realización del delito, pero porque entrega un elemento, objeto o instrumento que resulta indispensable para la realización del hecho. La figura del cómplice necesario la desarrolló Gimbernat, con su famosa teoría de los bienes escasos. Según ésta, “si el autor del delito no cuenta con los suficientes medios para llevar a cabo su injusto, y éstos termina por proporcionándoselos otro sujeto, éste último es el cómplice necesario”⁶⁰. puesto que sin él, el autor no comete su delito. Así lo indicaba Busto Ramírez la, “figura de cómplice necesario también se le puede llamar cooperador necesario”⁶¹.

En otras palabras, sin el concurso de este sujeto, que ha de juzgársele como cómplice ulteriormente, el delito de todas formas se puede llegar a realizar. Por lo tanto este tipo de cómplice tampoco tiene dominio del hecho, puesto que si no se le tomaría como coautor, pero, su participación se genera a partir de un comportamiento que no es tan relevante que de eso mismo pueda depender la realización del delito. El sujeto como partícipe puede ser reemplazado por otro sujeto o por algún medio que cumpla su función, desde un punto de vista del autor. Es decir que si el cómplice necesario aportaba un medio indispensable, es decir un medio abundante, entonces se constituía como tal, pues eso mismo sirve para determinar que el cómplice simple es quien no aporta un medio esencial.

6.4 Complicidad por omisión

⁶⁰ Gimbernat, Enrique. Autor y cómplice en derecho penal, pág. 152.

⁶¹ Bustos Ramírez, Ob. Cit. Pág. 293.



La complicidad se realiza generalmente mediante actos positivos pero también se puede dar mediante omisiones, pero es necesario que el acto dolosamente omitido lo haya sido con el propósito de cooperar o participar en el delito, es necesario que exista relación de causalidad entre la omisión y el resultado y quien se abstuvo de obrar lo haya hecho con el propósito de contribuir de ese modo a la comisión del delito.

Ambos elementos, la omisión y el ánimo de colaborar en el delito deben concurrir, de faltar alguno de ellos no se podrá hablar de complicidad, tampoco de inducción. Por ejemplo, el empleado bancario que omite la consulta de un cheque y lo paga a sabiendas que no tiene fondos, será cómplice por omisión.

6.4.1 La participación en la legislación guatemalteca

El actual Código penal guatemalteco fue promulgado en 1973 sin que hasta la fecha se le haya incorporado mayores reformas en su parte general, en tanto que las reformas introducidas a la parte especial solo han creado confusión por falta de una adecuada técnica legislativa y conocimiento especializado sobre la materia.

El Código Penal sigue fundamentalmente los esquemas mantenidos por la legislación española y aquí es importante hacer notar como el legislador opto por seguir un modelo obsoleto en esa época. Si bien es cierto España dio grandes aportes a la ciencia penal especialmente a través de Cuello Calón y Jiménez de Asúa, quienes fueron alumnos y discípulos de Von Liszt en Berlin, también lo que a partir de 1936, a raíz de la guerra civil España se mantuvo al margen de las nuevas doctrinas, desafortunadamente esa marginación se plasmo en la legislación penal guatemalteca y además en la legislaciones de los estados centroamericanos a excepción de costa Rica que con el Código Penal de 1970 adoptó categorías jurídicas aun hoy ausentes en las demás legislaciones del área. Menciona Landrove Díaz Gerardo, que “a partir de 1975 en España se marca un proceso democratizador



que sin lugar a dudas a contribuido al desarrollo del Derecho penal español”⁶². Resultado de lo anterior hace referencia Landrove Díaz Gerardo que “el Código Penal de 1944 a sido objeto de muchas reformas como la reforma de junio 1983 quien introduce a la autoría mediata y a las distintas formas de error y sus efectos, luego con las reformas de abril de 1985 y mayo de 1987 se introduce a la legislación española aspectos que en cuanto al objeto de este tema no merecen mayor atención, por su parte la legislación”⁶³.

Por su parte la legislación penal guatemalteca luego de haber tomado el modelo español ha permanecido estancada en el tiempo y cuando ha tomado movimientos lo hace como se ha indicado, en forma antitécnica y desordenada. En materia de participación el Código Penal guatemalteco mantiene sus estructura original, así vemos que el Artículo 35 considera responsables penalmente de los delitos a los autores y a los cómplices, siendo autores según el artículo 36 del mismo cuerpo legal:

- Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito. Aquí claramente vemos que se regula la autoría inmediata, así como aquellos que realizan de propia mano el tipo penal.
- quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.

En este numeral vemos como se eleva la categoría de autor al inductor, preceptuando al que induce, con lo cual se rompe el esquema dominante que considera la inducción como forma secundaria de participación y no como autoría, oportunamente es señalar que si bien es cierto, el inductor en la mayor parte de las legislaciones como sucede en Costa Rica esta castigado con la misma pena que la del autor, eso no significa que sea irrelevante toda vez que la participación caracteriza aquellas personas que tomando parte en el delito no realizan la acción

⁶² Landrove Díaz Gerardo. Introducción al derecho penal. Pág. 72.

⁶³ *Ibíd*, Pág. 73.

típica, por lo cual, las formas secundarias de participación como ya ha quedado asentado alcanza a los cómplices e inductores. Ejemplo típico, del sujeto que pone veneno en la jeringa que la enfermera luego suministra al paciente por lo cual éste muere; podemos notar que el sujeto no toma parte directa en la ejecución de los actos propios del delito, no esta forzando ni induciendo a la enfermera a que cometa el homicidio, tampoco se puede señalar que esta cooperando con ella puesto que ella ni si quiera tiene conciencia de lo que esta haciendo y finalmente este sujeto no está presente en el momento de la ejecución del delito con lo cual su conducta no encaja en ninguna de las posibilidades de autoría, contenidas en dicho cuerpo legal, vicio que debe ser enmendado por la jurisprudencia.

Luego continúa señalando el Artículo 36 como autores a quienes:

- Cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiera podido cometer.
- quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación.

Es importante destacar, que al igual como se eleva la categoría del autor al inductor, ahora en el párrafo indicado se eleva a autor al cómplice que ayuda con un acto sin el cual el delito no se hubiere podido cometer. Tratando de seguir el modelo español en el Código penal guatemalteco, se quiso clasificar los cómplices en primarios y secundarios.

Por su parte el Artículo 37 del mismo cuerpo legal mencionado establece que son cómplices:

1. quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito;
2. quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito;

3. quienes proporcionen informes o suministraren medio adecuados para realizar el delito; y
4. quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de estos en el delito.

Por un lado el legislador trató de señalar las formas de complicidad limitándose a quienes animan, a quienes prometen ayuda o cooperación, a quienes proporcionen informes y a quienes sirven de enlace o actúan como intermediarios entre los partícipes.

En esta redacción quedan comprendidos los supuestos que el legislador contemplo y cualquier otro supuesto que pudiera darse. Es inconveniente que se pretenda enmarcar las formas en que el cómplice puede cooperar con el autor ya que eso realmente es importante, advirtiéndose que en materia de participación el Código Penal mantiene una estructura inadecuada y alejada de la doctrina moderna, no obstante que en materia procesal penal tenemos uno de los códigos mas modernos y técnicamente estructurado en america latina.





CONCLUSIONES

1. Si bien la regulación legal distingue entre autor directo, cooperador necesario, inductor y concertado, a todos se les considera autores, por lo que se le sancionará como tal, pero deja al juzgador la decisión de imponer la pena, la que acerca a un concepto unitario de autor, por lo que se considera que en Guatemala parte de un concepto restrictivo y no de autor.
2. Los tribunales de justicia penal en las sentencias generalmente se pronuncian reprimiendo personalidades y no conductas, con lo cual se contradice el derecho penal de autor y la teoría de la peligrosidad social del delincuente, atropellando garantías y derechos fundamentales que van en contra de un estado social y democrático de derecho.
3. La teoría del dominio del hecho es en la actualidad la más adecuada para explicar lo que es la autoría y las diferentes formas de participación, por que el dominar el hecho quiere decir haber tenido el manejo y la decisión del mismo, el cómplice no va a tener el dominio del hecho aunque contribuye causalmente al resultado como figura marginal que presta cooperación al autor.
4. En la actualidad sí existe, aunque no cubre la totalidad de las mismas una adecuación de las conductas a las normas jurídicas, debido a que la culpabilidad está presente como un acto de reproche determinante para la realización de comportamientos socialmente dañosos que van en contra de la paz y seguridad social.
5. La culpabilidad personal y la culpabilidad de hecho en los ilícitos penales, no permiten la adecuada distinción entre autoría y participación criminal, en común ya que para ellos todo sujeto que interviene en un hecho tiene que ser criminalmente responsable.



RECOMENDACIONES

1. Si bien es cierto que los operadores de justicia penal, deben tener en cuenta que al analizar los casos sometidos a su decisión, se tienen que diferenciar entre la culpabilidad personal y la del hecho, para distinguir en los procesos la diferencia entre autoría y participación criminal.
2. La escuela de estudios judiciales del Organismo Judicial, debe analizar el tema, tomando en consideración que es importante establecer en las sentencias la adecuación de la conducta humana en función de la culpabilidad, por el hecho y no por la de autor, a partir de que el derecho penal es garantista y no inquisitivo.
3. El Ministerio Público debe establecer talleres de capacitación entre los fiscales, con la finalidad de promover la discusión académica. De esta manera podría concluirse o no que en la acción penal debe tenerse en cuenta que se busca establecer la culpabilidad a partir del hecho criminal y no de la conducta de la persona ante el ilícito.
4. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, debe promover que sus colegiados participen por medio de talleres o artículos de opinión sobre el tema propuesto, ya que las formas de participación intentadas consisten en actos que incitan la realización de un hecho punible pero nada más, es decir que sí desarrollan dichos actos para provocar a otra persona a su realización.
5. Las Universidades del país, deben promover procesos formativos en donde los estudiantes comprendan la diferencia entre la culpabilidad por el hecho y la culpabilidad personal, ya que de esta manera podrán observar que en el derecho penal existe un desacuerdo doctrinario entre los que opinan que se debe castigar por la conducta de la persona y los que dicen que deben castigarse por el hecho en sí.





BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina (1998).
- BARRIENTOS PELLECCER, Cesar Ricardo (1993). **Curso básico sobre derecho procesal penal guatemalteco**. Módulo II, Organismo Judicial, Editorial Llerena, S.A., Guatemala.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (2002). **Derecho penal parte general**. Editorial Tirant Lo Blanch, Barcelona, España.
- BINDER, Alberto M. (1993). **Introducción al derecho procesal penal**. 1ª. edición, Editorial Dr. Rubén Villela, Buenos Aires, Argentina.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1982). **Bases críticas de un nuevo derecho penal**. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- CABANELLAS, Guillermo (1980). **Diccionario de Derecho Usual**. Tomo II y V, 14ª. edición, Editorial Santillana, Madrid, España.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, César (1992). **Introducción al estudio del derecho penal**. Editorial Bosch, Barcelona, España.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1989). **Instituciones de derecho procesal civil II: las relaciones procesales**. Editorial Cárdenas, La Mesa, México D. F., México.
- COSSIO, Carlos (1994). **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. 12ª. Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis y GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, Esther (2001). **Manual de derecho penal guatemalteco**. Editorial Artemis Edinter.



FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (2002). **Derecho penal liberal de hoy**. Ed. Jurídico Ibáñez, Madrid, España.

FONTÁN BALESTRA, Carlos (1995). **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I, 2da. edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

GIMENO SENDRA, Vicente (1999). **Derecho procesal penal**. 3ª. edición, Editorial Colex, Madrid, España.

GONZÁLES CAHUAPÉ-CASAUX, Eduardo (2003). **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. 2ª. edición, Edición Fundación Mirna Mack, Guatemala.

HASSEMER, Winfried (1984). **Fundamentos del Derecho Penal**. Editorial Bosch, Barcelona, España.

HERRARTE, Alberto (1978). **Derecho procesal penal, el proceso penal guatemalteco**. Editorial José de Pineda Ibarra, Ministerio de Educación, Guatemala, 1978.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís (1998). **Lecciones de derecho penal**. Biblioteca clásicos del derecho penal. Impresora y ediciones Rodríguez, viveros de la colina 352. Tlanepantla, Estado de México, México.

LANDROV DÍAZ, Gerardo. **Introducción al derecho penal**. (s.f.); (s.f.i.); (s.e.).

MAYER, Max Ernest (2007). **Derecho penal, parte general**, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (1993). **Derecho penal parte general**. 2ª. edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Barcelona, España.



OSSORIO, Manuel (2000). **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires, Argentina.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1992). **Derecho penal**. Editorial Ediciones jurídicas S.A., Madrid, España.

RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro (1999). **Análisis crítico de la tendencia político criminal del período 1994-1998**. Editorial Instituto de estudios comparados en ciencias penales de Guatemala (ICCPG), Guatemala.

VALENZUELA O. Wilfredo (1993). **Lecciones de derecho procesal penal**. Tomos I y II, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala.

ZAFFARONI, Eugenio, Raúl (2003). **Manual de derecho penal, parte general**. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina.

Legislación:

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

Código Penal. Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Código Procesal Penal. Decreto Número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1994.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.