



Instituto de la Defensa Pública Penal
Por una defensa oportuna, gratuita y eficaz

TEORÍA DEL DELITO

Programa de Formación y Capacitación de
Defensores Públicos

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
Director General

Teoría del delito
3ª. Edición, Guatemala, diciembre 2021

Autor

Dr. José Gustavo Girón Palles

Tratamiento del Contenido
M.A. Hugo Roberto Saavedra
Coordinador UNIFOCADEP

M.A. Jeydi Maribel Estrada Montoya
Docente

Mediación y revisión
Dr. María Eugenia Sandoval
M.A. Georga Guzmán García

Tratamiento de la forma
Diseño y diagramación
Luis Fernando Hurtarte





Instituto de la Defensa
Pública Penal

TEORÍA DEL DELITO

Edición actualizada, diciembre 2021

Presentación

Es grato para la Dirección General presentar el modulo instruccional titulado Teoría del Delito, materia sustantiva que se suma al fortalecimiento del ámbito cognitivo de los defensores públicos en el análisis de los delitos desde la estratificación metodológica de la Teoría del Delito, material utilizable particularmente en la teoría del caso, que contempla el estudio del ámbito fáctico, la calificación jurídica y probatorio. Esencial resulta para la defensa fraccionar el delito en sus diversos componentes lo cual constituye una operación intelectual para establecer si la acción u omisión vía la relación de causalidad queda subsumida en un determinado tipo penal, para refutar la tesis del Ministerio Público, pues la conducta es atípica, por ejemplo, inclusive la estrategia podría dirigirse a argumentar una legítima defensa como causa de justificación (no existe la antijuridicidad). Este planteamiento sustantivo parece fácil sin embargo no lo es así, pues cada delito tiene sus propias aristas y ello requiere diversos niveles de análisis que presuponen un estudio de la Teoría del delito.

Es prioridad para el Director General del Instituto de la Defensa Pública Penal la profesionalización de los defensores, en diferentes temáticas para lograr una mejora continua e integral en el abordaje de los casos asignados, estudio que implica el dominio de diversos enfoques, verbigracia el constitucional, de parámetros internacionales en materia de Derechos Humanos, de

la pertinencia de género y Teoría de Delito, entre otras temáticas, con lo cual se logra una mayor eficacia de la estrategia de defensa en favor de los usuarios del Instituto. Esa excelencia académica es un compromiso de la actual administración y se logra a través de estas herramientas estratégicas de consulta, contribuyendo a reforzar el análisis dogmático penal con textos especializados para lograr una defensa oportuna, gratuita y eficaz.

M.Sc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes

Director General

Introducción

La primera edición del módulo Teoría del delito, fue publicada por el Instituto de la Defensa Pública Penal, en el año 2008, y ha sido una fuente de consulta sobre los temas de teoría del delito, por su aplicación al proceso penal. Tuvo la acogida de la comunidad jurídica en general por su fácil comprensión y los ejemplos de casos guatemaltecos para explicar las distintas instituciones sustantivas de interés contenidas en el mismo, pero sobre todo un valioso material, para la práctica de la teoría del delito, ya sea como juez, fiscal, defensor o docente.

Actualmente hay muchos cambios en el Derecho penal sustantivo, por el desarrollo de la sociedad, que influyen en esta rama del derecho, y nuevas tendencias como el control de convencionalidad y control de constitucionalidad, que genera jurisprudencia muy rica en aplicación de la teoría del delito a los casos que se presentan. Por ejemplo, temas que se trataron hace trece años y en donde se advirtió vulneración de principios y derechos constitucionales, hoy por hoy han sido superados por el derecho penal garantista, ganando la batalla al derecho penal de autor o autoritario.

En esta edición se actualizó lo relacionado a la teoría de la imputación objetiva en la cual se incluyen criterios para mejorar la relación de causalidad. Asimismo, en todos los temas se presenta por lo menos una jurisprudencia de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, aún en instituciones penales que no regula el Código Penal, pero por razones de interés de la justicia se aplican,

por ejemplo, el principio de consunción para resolver concurso aparente de normas.

Hay varios temas como el error de tipo, y error de prohibición que no desarrolla el Código Penal vigente, se explican por medio de resoluciones judiciales y de *lege ferenda*, (proyecto del nuevo Código Penal), en donde se regulan instituciones que hacen falta en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

En el tema del error culturalmente condicionado, se incluyen ejemplos con resoluciones guatemaltecas, y se aclara lo relativo al delito continuado en cuanto que es aplicable en delitos de carácter patrimonial, no así para delitos de bienes jurídicos personalísimos, conforme el Derecho penal latinoamericano y jurisprudencia del tribunal constitucional guatemalteco.

En lo que respecta a la graduación de culpabilidad, las agravantes de reincidencia y de habitualidad, aunque aún se regulen en la ley sustantiva penal, son inaplicables para la determinación de la pena, por vulnerar los principios de legalidad y *ne bis in ídem*, ya que corresponden al derecho penal de autor, que traían arrastrando conceptos como la peligrosidad criminal.

No cabe duda que esta edición de Teoría del delito, será de provecho para el trabajo de los defensores y defensoras públicas, y en consecuencia se logrará un mejor servicio para los usuarios del servicio público de defensa penal.

Índice de contenidos

Presentación

Introducción

Capítulo I

Teoría del delito	15
1. Concepto de teoría del delito	17
2. Importancia de la teoría del delito	17
3. Concepto de delito	18
Ejercicios de comprensión de lectura del capítulo I	21

Capítulo II

Acción y omisión	23
1. La conducta humana	25
2. Importancia de la acción	26
3. Ausencia de acción u omisión	26
3.1. Ausencia de acción	
4. Importancia de determinar la ausencia de acción u omisión	29
5. Delitos de omisión	30
5.1. Clases de omisión	
6. Fuentes de la posición de garante	34
Ejercicios de comprensión de lectura del capítulo II	36

Capítulo III

Relacion de causalidad	37
1. La relación de causalidad	39
2. Teorías que explican la relación de causalidad	40
2.1. Equivalencia de condiciones	
2.2. Teoría de la causalidad adecuada	
2.3. La imputación objetiva	
Ejercicios de comprensión de lectura del capítulo III	62

Capítulo IV

La tipicidad	63
1. La acción típica	65
1.1. La acción atípica	
2. Tipicidad	65
3. Tipo o injusto penal	65
3.1. Función seleccionadora	
3.2. Función de garantía	
3.3. Función motivadora	
4. Estructura del tipo	67
5. Elementos básicos o comunes al tipo penal	68
5.1. Sujetos	
5.2. El objeto	
5.3. La acción típica	
6. Elementos esenciales del tipo	72
6.1. Elemento descriptivo	
6.2. Elemento normativo	

7. Clases de tipos	74
7.1. Tipos cerrados y abiertos	
7.2. Delitos según la intensidad de ataque al bien jurídico	
8. Tipo doloso	78
8.1. El dolo	
8.2. Clases de dolo	
9. Error en el tipo	82
9.1. Clases de error en el tipo	
9.2. Aplicación del error de tipo	
9.3. Errores que no excluyen el dolo	
10. Tipo imprudente o culposo	90
10.1. Concepto de delito culposo	
10.2. Estructura del tipo imprudente	
10.3. Elemento subjetivo	
10.4. Clases de culpa	
10.5. Previsibilidad objetiva	
10.6. El riesgo permitido	
10.7. Jurisprudencia	
10.8. Graduación de la imprudencia	
Ejercicios de comprensión de lectura del capítulo IV	100

Capítulo V

La antijuricidad	101
1. Concepto de antijuricidad	103
1.1. Antijuricidad formal	
1.2. Antijuricidad material	

2. Efectos de la antijuricidad	105
3. Función de la antijuricidad	106
4. Causas de justificación	106
4.1. Concepto de causas de justificación	
4.2. Causas de justificación en el Código Penal	
5. Elementos de las causas de justificación	108
5.1. Elemento objetivo	
5.2. Elemento subjetivo	
6. Error en los elementos de las causas de justificación	109
7. Efectos de las causas de justificación	109
8. Legítima defensa	110
8.1. Sujetos de la legítima defensa	
8.2. Fundamento de la legítima defensa	
8.3. Requisitos legales	
8.4. Jurisprudencia	
9. Estado de necesidad	119
9.1. Requisitos del estado de necesidad	
9.2. Efectos del estado de necesidad	
9.3. Jurisprudencia	
10. Legítimo ejercicio de un derecho	124
Ejercicios de comprensión de lectura del capítulo V	126

Capítulo VI

La culpabilidad	127
1. Introducción	129
2. Fundamento de la culpabilidad	130
3. Concepto de culpabilidad	131

4. Elementos de la culpabilidad	132
4.1. Capacidad de culpabilidad	
5. Como detectar la inimputabilidad en el trabajo de defensa	140
6. Conocimiento de la antijuricidad	145
6.1. Error de prohibición	
7. Exigibilidad de otra conducta	156
7.1. Inexigibilidad de la conducta	
Ejercicios de comprensión de lectura del capítulo VI	164

Capítulo VII

La punibilidad	165
1. Introducción	167
2. Condiciones objetivas de punibilidad	168
3. Excusas absolutorias	168
3.1. Jurisprudencia	
Ejercicios de comprensión de lectura del capítulo VII	173

Capítulo VIII

La ejecución del delito	175
1. El recorrido criminal	177
2. Delito consumado	178
3. La tentativa	178
3.1. Fundamento de la tentativa	
3.2. Aplicación de la tentativa	
3.3. Jurisprudencia	
Ejercicios de comprensión de lectura del capítulo VIII	182

Capítulo IX

Autoría y participación	185
1. Concepto de autor	187
2. Clases de autoría	189
2.1. Autoría directa o mediata	
2.2. Autoría indirecta o inmediata	
2.3. La coautoría	
2.4. Otros autores	
3. Participación	197
3.1. Formas de participación	
Ejercicios de comprensión de lectura del capítulo IX	203

Capítulo X

Concurso de delitos y concurso aparente de normas	205
1. Concurso de delitos	207
1.1. Principio de acumulación	
1.2. Principio de absorción	
1.3. Principio de asperación	
2. Concurso real	209
2.1. Jurisprudencia	
3. Concurso ideal	211
4. Delito continuado	213
4.1. <i>Lege ferenda</i>	
4.2. Jurisprudencia	
5. Importancia del concurso de delitos	218
6. Concurso aparente de normas o leyes	218
6.1. Principio de especialidad	

6.2. Principio de subsidiariedad	
6.3. Principio de consunción	
Ejercicios de comprensión de lectura del capítulo X	229

Capítulo XI

Graduación de la culpabilidad	231
1. Circunstancias atenuantes	234
1.1. Circunstancias que disminuyen la culpabilidad antes de cometer el hecho	
1.2. Atenuantes por el comportamiento del autor después del hecho	
1.3. Circunstancias análogas	
2. Circunstancias agravantes	240
2.1. Clasificación de las agravantes	
2.2. Circunstancias agravantes subjetivas	
2.3. Circunstancias agravantes objetivas	
Ejercicios de comprensión de lectura del capítulo XI	265
Referencias bibliográficas	267

TEORÍA DEL DELITO

1. Concepto de Teoría del delito

Es un procedimiento por medio del cual se analizan las características comunes, o bien aquellas que diferencian a todos los delitos en general para establecer su existencia y determinar la imposición de una sanción, si así corresponde. Se denomina teoría del delito “a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar ¿Qué es el delito en general?, es decir, ¿Cuáles son las características que debe tener cualquier delito?”. (Zaffaroni, 1998, p. 317).

2. Importancia de la Teoría del delito

La teoría del delito constituye un instrumento de análisis científico de la conducta humana, utilizado por juristas, ya sea en la función de jueces, fiscales, defensores o bien como estudiosos del derecho para determinar la existencia del delito. Antes de dictar sentencia, durante la deliberación, el tribunal deberá establecer si existe o no delito en el caso que juzga. La teoría del delito, constituye “un método de análisis de distintos niveles, cada uno de estos presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirán la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación”. (Bacigalupo, 1994, p.67)

En la primera declaración, se analiza el informe policial si el hecho descrito subsume uno de los tipos penales; si se trata de un tipo penal de acción o de omisión, ese tipo penal es doloso o imprudente; si existe relación de causalidad, la conducta es típica,

pero no antijurídica por haber obrado, por ejemplo, una causa de justificación; y si el imputado conoce la norma jurídico penal, y en todo caso, cuál sería la pena a imponer de conformidad con el principio de proporcionalidad. Todo este proceso intelectual se realiza para determinar la existencia del delito. En la fase intermedia, para argumentar, por ejemplo, un sobreseimiento, cuando se explique la falta de condiciones para imponer una pena.

La teoría del delito, alcanza su mayor apogeo en la etapa del debate, cuando la defensa construye su teoría del caso, para establecer si los hechos que acusa la fiscalía subsumen en el tipo penal por el que intima, o bien si el relato del acusado aunado a otras pruebas que pueda ofrecer la defensa, podrán fundamentar alguna eximente de responsabilidad penal como causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, o legítimo ejercicio de un derecho), o las causas de inculpabilidad señaladas en el Artículo 25 del Código Penal.

3. Concepto de delito

Para los efectos de la teoría del delito, no tratará el delito como la descripción de una conducta a la que se le asigna una pena o una medida de seguridad, sino que interesa una definición secuencial como “conducta típica, antijurídica y culpable”. En el Código penal actual (*lege data*) no hay un concepto legal de delito, pero el proyecto del nuevo Código penal (*lege ferenda*): “Se considerará como delito la conducta típica, antijurídica, culpable y punible”. (Artículo 20)

Algunos juristas incluyen como elemento del delito, la punibilidad, por ejemplo, las acusaciones que presenta el órgano fiscal establece que la conducta del acusado en una acción típica, antijurídica, culpable y punible. No obstante, la punibilidad (penalidad) tiene elementos adicionales que no se incluyen en todos los delitos, sino solo en algunos, ya que, en algunos casos como las condiciones objetivas de punibilidad, a pesar de haber delito, lo eximen de la pena. Por ejemplo, en la negación de asistencia económica una vez probada la existencia del delito, al pagar los alimentos atrasados y garantizar los futuros se exime de la pena al imputado.

Del concepto anterior se desprenden los elementos del delito que se analizarán detenidamente, y es secuencial, porque es como un filtro que cada vez se hace más estrecho para establecer no solo la existencia del delito, sino, además, la imposición de una sanción penal o una medida de seguridad. Por ejemplo, en un homicidio, puede ser que la conducta sea típica, hay voluntad en su realización y encuadra en uno de los tipos penales contemplados en la legislación, pero si se logra establecer que el imputado actuó en legítima defensa de su vida, estaremos ante una causa que justifica su actuar y, por lo tanto, hay una acción típica, pero no antijurídica.

En otros casos, estamos ante acciones típicas y antijurídicas, pero por tratarse de una persona que padece una enfermedad mental, no se le puede imponer una pena por existir un eximente de responsabilidad penal; habrá que solicitar la suspensión de la

persecución penal, y si no fuere posible, pedir que se le juzgue por el procedimiento específico para la imposición de una medida de seguridad, tal como lo establecen los Artículos 23.2 del Código Penal, 76 y 484 del Código Procesal Penal.

Al aplicar esta sistemática secuencial, se analiza cada uno de los elementos del concepto delito, llamados también categorías. Hay otros elementos que no se ubican exactamente en la tipicidad, ni en la antijuricidad, ni en la culpabilidad por no ser elementos comunes a todos los delitos, y es por ello que se trata aparte la punibilidad o penalidad. De la misma forma, se incluyen problemas de la tipicidad, tales como el recorrido criminal que abarca el delito consumado y la tentativa; también el concurso de delitos y de leyes, y las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, pero estos elementos se aplican después de haber determinado la existencia del delito.

Ejercicios de comprensión de lectura del Capítulo I Teoría del delito

Después de leer este capítulo, en hojas adicionales copie y conteste las siguientes preguntas. Para ello debe utilizar el módulo.

1. Escriba un concepto de teoría del delito.
2. ¿En qué parte del proceso penal, considera usted que se aplica la teoría del delito?
3. ¿Por qué es importante para el defensor (a) público (a), conocer la teoría del delito?
4. Escriba la definición secuencial de delito.
5. ¿Por qué razón considera usted que esta definición es secuencial?
6. ¿Considera usted, que la definición de delito debe de estar en el Código penal?
7. ¿Qué significa el término latino *lege ferenda*?
8. Escriba los elementos del delito.
9. ¿Por qué a la punibilidad no se le considera un elemento del delito?
10. ¿En qué momento procesal el juzgado o tribunal, analiza la existencia del delito?

ACCIÓN Y OMISIÓN

1. La Conducta humana

La norma penal está estructurada en dos partes, el supuesto de hecho o sea la conducta esperada y la consecuencia jurídica. Al derecho penal le interesan esos comportamientos humanos en donde la acción o la omisión constituyen el primer elemento o categoría del delito y de manera general se refieren a la realización u omisión de la conducta humana penalmente relevante.

Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a algún fin u objetivo determinado. (Muñoz y García, 2015, p.229).

Este comportamiento humano (conducta, acción, acto o hecho) tiene dos aspectos, el querer y la voluntad, de los cuales surgen dos fases, la interna o sea el querer o desear realizar una conducta que aún está en el pensamiento a la que “pertenece la proposición de un fin, y la selección de los medios para su obtención”, (Zaffaroni, 1998, p.343). Por ejemplo, una persona desea salir a las calles a robar y utilizar para ello un cuchillo o pistola.

Una vez propuesto el objetivo, pasa a la “fase externa en donde el autor procede a su realización en el mundo externo, pone en marcha, conforme a su plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta”. (Muñoz y García, 2015, p. 230). La persona sale a la calle armada, sigue a una mujer, la amenaza con el arma, y la obliga a entregar su bolso. Lleva a cabo lo propuesto. Entonces, acción “en sentido general es toda concreción de la voluntad humana en realizaciones externas que pueden preverse por el sujeto y ser esperadas por el ordenamiento jurídico, y que consecuentemente pueden evitarse, en forma que al no realizarse su evitación puede no configurarse un tipo penal”. (De León, De Mata, Enríquez, Estrada, López, Ramírez, Rodríguez, 2001, p.154)

2. Importancia de la acción

En un Estado democrático de derecho como Guatemala, debe aplicarse un **derecho penal de acto**, en donde se persiga, juzgue por la conducta (acciones y omisiones), de las personas. Es decir, conductas o comportamientos penalmente relevantes (lo que se hizo o dejó de hacer) y tiene su fundamento en el Artículo 17 constitucional. Contrario al derecho penal de autor, en donde se juzga por las características o cualidades de la persona, y no por su conducta.

3. Ausencia de acción u omisión

En las conductas activas o pasivas hay un denominador común que es la voluntad, pero cuando esa voluntad no existe, hay ausencia

de acción. Como se indicó, al aplicar la teoría del delito de manera secuencial, si no existe acción, ya no se continúa con el análisis de la siguiente categoría, la tipicidad. La ausencia de acción u omisión se da cuando la voluntad humana no interviene en el comportamiento por diferentes razones, y cumplen la función negativa de la categoría de la acción.

3.1. Ausencia de acción

Antes de referirnos a los casos más conocidos de ausencia de acción, es importante señalar que, si la conducta se encuentra en la fase interna, por muy deplorable que sea, si no se ha exteriorizado, no hay acción. Los casos conocidos son:

3.1.1. Fuerza irresistible, una fuerza externa producida sobre la persona en forma irresistible, no se pudo resistir o evitar para producir un resultado sin que haya intervenido su voluntad. *“Fuerza exterior. Ejecutar el hecho violentado por fuerza exterior irresistible, directamente empleada sobre él”*. (Artículo 25 inciso 2 Código Penal). La fuerza tiene que ser absoluta o sin posibilidad de resistirla, pues si existe posibilidad de poner resistencia, no excluye la acción.

Otro caso es la omisión justificada, en donde la persona incurre en una conducta omisiva, pero hallándose imposibilitada de actuar por una causa legítima e insuperable. Omisión justificada. “Quien incurra en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable”. (Artículo 25 inciso 5 Código Penal). Ambos casos se regulan en Guatemala como eximentes de culpabilidad.

3.1.2. Movimientos reflejos, son todos los movimientos corporales producto de un estímulo que no depende de la voluntad, sino de una enfermedad, como los ataques, las convulsiones epilépticas. Puede incluirse también ausencia de movimientos producidos por la epilepsia. En ambos casos el paciente no recuerda nada de los movimientos corporales que pudieron producir daños a bienes jurídicos.

3.1.3. Estados de inconciencia, se refiere a los actos que se realizan como el sueño, el sonambulismo y la embriaguez letárgica. Discutible es la hipnosis, pues para hacer valer cada uno de ellos habría que probarlo.

En la embriaguez letárgica, se ha consumido tanto licor o, aunque haya consumido poco, por no estar acostumbrada, se crea un estado de inconciencia que la persona ya no está en el uso de su voluntad. Siempre y cuando no se haya drogado o emborrachado deliberadamente para realizar la acción, pues en este último caso constituye una agravante contenida en el artículo 27 inciso 17° CP conocido como *actio libera in causa*.

4. Importancia de determinar la ausencia de acción u omisión

En el ejercicio de la defensa técnica, es importante la entrevista con el imputado o imputada, pues de esa primera comunicación se pueden establecer aspectos físicos, psicológicos o sociales, ya sea porque la defensa se dé cuenta, o bien porque el procesado o procesada, incluso familiares, lo narren.

Por ejemplo, previo a la primera declaración, el informe de policía dice que el sujeto X ingresó a un negocio en donde venden alimentos, imputándole que quebró la vitrina de vidrio para sustraer dinero de la caja registradora. Al llegar los policías encuentran quebrada la vitrina y piezas de pollo y dinero tirados en el suelo y en la mesa. Previo a la audiencia, el defensor se entrevista con el incoado quien le cuenta que padece de epilepsia, y el día y

hora de los hechos, él entró a comprar pollo frito a ese negocio, después le dieron ataques y que seguramente al caer, quebró la vitrina, y el dinero con el que compraría se cayó al suelo, incluso él portaba en ese momento su carné de citas del Hospital Nacional de Salud Mental a donde asiste para su tratamiento. Con esta información el abogado puede hacer una serie de preguntas para argumentar que hay ausencia de acción por los movimientos reflejos provocados por la epilepsia.

5. Los delitos de omisión

La forma de proteger bienes jurídicos por parte del legislador es a través de normas prohibitivas que al violarlas dan origen a los tipos de comisión. Por ejemplo, las prohibiciones de no hacer, no matarás, no robarás están contenidas en los tipos penales de homicidio y robo; y el que diere muerte, mate o robe a otro, subsume su conducta en ellos; pero también hay tipos penales de omisión que contienen normas de carácter imperativo, en donde se manda u ordena la realización de determinada conducta, consistente en una obligación de hacer. Al no realizar este mandato, la conducta de la persona es pasiva, porque omite la realización de un mandato legal.

5.1. Clases de omisión

5.1.1. Omisión propia o pura

En estos delitos se castiga la simple omisión del deber de actuar. Por ejemplo, la omisión de auxilio y la denegación de

justicia, regulados en el Artículos 156 y 469 del CP. Aquí hay omisión de una actividad consistente en prestar auxilio a otra persona que lo necesita, sin riesgo personal para el auxiliante. El autor puede ser cualquier persona que se encuentre en la situación típica; en el segundo caso la obligación de persecución penal de parte de la Fiscalía o la obligación de juzgar, o el incumplimiento de deberes (Artículo 419 CP), para un defensor/a público/a que se rehúse a cumplir con asistir a un patrocinado en su primera declaración, o se niegue a defenderlo en un debate sin haber causa justificada para ello. Esta omisión propia también puede ser de resultado, en donde la conducta pasiva produzca un resultado dañino para el bien jurídico. Por ejemplo, en el peculado Artículo 445 CP, cuando el funcionario o empleado público permite que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo.

5.1.2. Omisión impropia o Comisión por omisión

En estos delitos la persona que tiene la posición de garante, o el deber jurídico de actuar para impedir un resultado, incumple con ese deber, produciendo un resultado en el bien jurídico, por lo que responde como si hubiese producido el resultado. “Quien omite impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar, responderá como si lo hubiere producido”. (Artículo 18 del Código Penal). Por tal razón esta omisión equivale a un tipo de acción, se le conoce como cláusula de equiparación valorativa o de equivalencia efectuada. La posición de garante es la responsabilidad de omisión en la que se encuentra el autor de omisión impropia. Esta posición u obligación de realizar determinada conducta para la protección

de bienes jurídicos puede ser derivada de la ley, el contrato, o el parentesco.

Por ejemplo, el propietario de un perro bravo que omite enjaularlo, atarlo a una cadena o simplemente no cierra la puerta de su casa; el perro sale a la calle y muerde a un niño causándole una lesión en la pierna. En primer lugar, el perro no comete delito porque se trata de un animal y no de un ser humano, y su dueño estaba obligado a realizar determinadas conductas y las omite provocando que el perro salga y muerda al niño. (Este ejemplo ilustra la cláusula de equiparación valorativa o de equivalencia efectuada, porque el dueño del perro responderá como si él hubiese causado las lesiones al niño).

Otro ejemplo, el salvavidas que, contratado para cuidar la vida de los bañistas en una playa, se queda dormido y no atiende el auxilio de una persona que se está ahogando; si ella fallece, el salvavidas responderá por homicidio culposo. El mismo ejemplo si el salvavidas reconoce que el que se está ahogando es su enemigo y no acude a salvarlo; por el elemento intelectual y volitivo responderá por homicidio doloso.

Los delitos de comisión por omisión no están taxativamente enumerados o escritos en la ley, por lo que podría pensarse que atentan contra el principio de legalidad,

“el único recurso que nos queda es delimitar el círculo de los posibles autores mediante la determinación de la posición de garante, es decir, mediante la limitación de la prohibición típica a aquellos autores que están especialmente obligados a la conservación, restauración o reparación del bien jurídico penalmente tutelado”. (Zaffaroni, 1998, p.456).

5.1.2.1. Jurisprudencia

Expediente No. 1684-2016 y 1685-2016 Sentencia de Casación del 04/05/2017)

“...al encuadrar los hechos acreditados al tipo penal, se puede observar que [el procesado] (...), fue declarado responsable en calidad de autor de la comisión del delito de maltrato contra personas menores de edad, al haber omitido evitar el daño psicológico causado al menor (...); conclusión a la que se arribó al determinar que el acusado, como Director del Colegio (...) al momento de acaecer los hechos, tenía obligación de salvaguardar la integridad del menor (...), en atención a lo establecido en la Ley de Educación Nacional, la cual contempla en su artículo 37 los parámetros dentro de los cuales debía conducirse, (...), ya que conforme a la plataforma fáctica acreditada por el Tribunal de Sentencia, se constata que el procesado omitió realizar acciones inherentes a su cargo, puesto que al tener previo conocimiento

de dicha entrevista, debió tener pleno dominio del proceso que se estaba llevando a cabo, el cual debía no solo coordinar sino supervisar y evaluar, en aras del respeto a la dignidad de los miembros de la comunidad educativa; aunado a ello, debía velar porque los menores estuvieran debidamente acompañados por sus padres o tutores para ejercer el derecho de defensa que es esencial al ser humano y que evitara el daño psicológico ocasionado, ya que como quedó probado, él tenía conocimiento de la entrevista que se le estaba haciendo al menor y no le permitió comunicarse con sus padres. Cámara Penal concluye que el argumento del sindicado de que no se reúnen los elementos objetivos o fácticos necesarios para acreditar su idoneidad y la intención de producir un resultado antijurídico, no tiene sustento legal, en virtud que la omisión en la cual incurrió el procesado, produjo el resultado previsto en el artículo 150 Bis del Código Penal...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal 2017, p.108).

6. Fuentes de la posición de garante

La doctrina se refiere a muchas fuentes, sin embargo, una de las más aceptadas es la teoría formal del bien jurídico, y por su función protectora se deriva la ley, el contrato y la conducta anterior, y en sentido material, el deber de vigilancia de una fuente de peligros. No obstante, no son criterios rígidos, sino ideas para el desarrollo de la función de garante y su origen.

El Artículo 18 del CP, Guatemala sigue la teoría formal, y establece que es garante

“Quien omite impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar...”, por ejemplo, un salvavidas del IGSS, en una playa mira que se está ahogando un niño, y no hace nada por salvarlo y fallece. Se le puede imputar el tipo penal de homicidio culposo. También a la enfermera que omite suministrar determinados medicamentos al paciente que está bajo su cuidado e incluso al padre que no toma de la mano a su hijo de cinco años y atraviesa la calle provocando que un vehículo lo atropelle.

En sentido material, en una excursión a un volcán, los participantes encienden fuego para cocinar sus alimentos y recibir calor, pero cuando se retiran del lugar omiten apagarlo, provocando un incendio en el bosque y en una vivienda cercana. Incendio culposo Artículo 285 CP.

Ejercicios de comprensión de lectura del Capítulo II Acción y omisión

Después de leer este capítulo, en hojas adicionales copie y conteste las siguientes preguntas. Para ello debe utilizar el módulo.

1. ¿Cuál es la estructura de la norma penal?
2. Escriba una definición de acción como elemento del delito.
3. ¿Qué diferencia hay entre Derecho penal de acto y Derecho penal de autor?
4. ¿Cuándo se da la ausencia de acción?
5. Escriba los casos de ausencia de acción.
6. Explique ¿en qué casos se puede dar los movimientos reflejos, como ausencia de acción?
7. ¿Cómo se puede detectar la ausencia de acción en la conducta del imputado o imputada?
8. ¿En qué consisten los delitos de omisión propia? Escriba un ejemplo.
9. ¿En qué consisten los delitos de comisión por omisión? Escriba un ejemplo.
10. Enumere las fuentes de la posición de garante. Escriba un ejemplo.

RELACIÓN DE CAUSALIDAD

1. La Relación de causalidad

La relación de causalidad constituye un elemento indispensable para establecer la concordancia entre la conducta realizada por un sujeto y el resultado producido por causa de esa conducta; o bien si esa lesión producida en el bien jurídico es consecuencia de determinada conducta de acción u omisión.

Esta institución se regula de la siguiente forma: “Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta”.
(Artículo 10 del Código Penal)

Cuando se plantea la naturaleza de los delitos, se refiere a los tipos penales de acción y de omisión, dolosos y culposos. Hay ciertos delitos que indican ellos mismos la relación de causalidad. En otros, es fácil establecer este nexo causal, pero hay algunos en donde es necesario hacer un análisis más profundo del caso, y para ello diversas teorías explican la relación de causalidad; estas son, la equivalencia de condiciones, la causalidad adecuada y la imputación objetiva.

2. Teorías que explican la relación de causalidad

2.1. Equivalencia de condiciones

Llamada también teoría de la condición, “parte de la base que es causa del resultado toda condición que ha intervenido en su producción con independencia de su mayor o menor proximidad temporal. Todas las condiciones del resultado se consideran equivalentes”. (Gómez, Arroyo, Ferré, Serrano, y García, 1996, p.138). Se resuelve sobre la fórmula: es causa del resultado toda condición que suprimida mentalmente haría desaparecer el resultado, sintetizada en el aforismo: el que es causa de la causa es causa del mal causado. A esta fórmula se le denomina supresión mental hipotética, y aún se utiliza como técnica en la fundamentación de las sentencias para establecer si existe manifiesta contradicción en la sentencia recurrida.

2.1.1. Jurisprudencia Cámara Penal.

Expediente No. 1229-2016 Sentencia de Casación del 14/02/2017

“...esta Cámara estima que, le asiste razón jurídica a la entidad casacionista, toda vez que, (...). La Sala tenía la obligación de pronunciarse en cuanto la existencia de ese error de logicidad y hacer el análisis respectivo, sin rebasar la prohibición del Artículo 430 del Código Procesal Penal, debiendo de aplicar el método de la supresión mental hipotética, herramienta que supone la eliminación hipotética de un razonamiento viciado, a efecto de determinar si la conclusión de la juzgadora se vería afectada al encontrarse desprovista del mismo, lo que implicaría determinar

qué tan decisiva y relevante era la prueba y examinar cual es el residuo probatorio que queda o con el que se cuenta, resultando que si con eso se puede llegar siempre a un determinado resultado, el argumento no es válido. Dicho en otras palabras, el tribunal de apelaciones, debió de suprimir el acta de inspección ocular y establecer si la decisión de la jueza sería distinta a la asumida, y si con las declaraciones de los agentes aprehensores se llegaría a la misma conclusión, el argumento no sería relevante para decretar un reenvío (...). Por lo anteriormente considerado, se concluye que el tribunal de apelaciones faltó a su deber de fundamentación...”. (CENADOJ. Criterios Jurisprudenciales Penal, 2017. p. 995).

Otros ejemplos de aplicación de la teoría de equivalencia de condiciones:

A dispara con arma de fuego en contra de **B**, causándole una lesión en el brazo derecho. Una ambulancia lleva a **B** al hospital, pero en el camino choca contra un camión y **B** fallece. La defensa asiste en su primera declaración al imputado **A** y la fiscalía le imputa un homicidio en contra de **B**, y le dictan auto de prisión por homicidio culposo. Mediante la equivalencia de condiciones, el (la) juzgador (a) fundamentó su resolución, razonando que, si **A** no le hubiese disparado a **B**, no habría necesidad de llevarlo al hospital en una ambulancia, éste vehículo no habría chocado y no hubiese perdido la vida el herido.

El mismo ejemplo con la variante que la ambulancia sí llegó al hospital, y al aplicarle un antibiótico del cual era alérgico, **B** perdió la vida. En este caso, la muerte de **B** (resultado) se le atribuye al sujeto **A**, suprimiendo la condición que si no le hubiera causado heridas en el brazo no hubiese fallecido por cualquier causa de la muerte. Después de esta lectura, nos parece bastante injusto imputar al sujeto **A** la muerte de **B**, pero afortunadamente la equivalencia de condiciones ha sido superada, pero se estudia para evitar su aplicación por ser arbitraria en un Estado de Derecho.

2.2. Teoría de la causalidad adecuada

En esta teoría ya no son todas las causas las que pueden producir un resultado, sino solo la causa idónea o adecuada para ello. Muñoz y García (2015) le denomina teoría de la adecuación y establece: “No toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino solo aquella que generalmente es adecuada para producir un resultado”. (p.242). Provocará un efecto únicamente la acción normalmente idónea para ocasionar el resultado final de la acción y omisión.

En los casos anteriores, mediante la adecuación, la causa de la muerte de **B** es el trauma en el cráneo o bien la aplicación de un antibiótico al cual era alérgico, por lo que no se puede sindicar o condenar por homicidio. Conforme el derecho penal de acto, se le puede acusar de lesiones, pero no de homicidio, porque el disparo con arma de fuego que provocó la lesión en un brazo de **B**, no fue la acción idónea para producir su muerte. Importante es el análisis del peritaje médico forense.

La legislación guatemalteca sigue la corriente de la causalidad adecuada o adecuación desarrollada en el Artículo 10 CP, pues al referirse a una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso, o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta.

2.2.1. Jurisprudencia.

Expediente No. 1028-2017 y 1041-2017. Sentencia de Casación del 10/10/2017)

“...Al realizar el estudio sobre las normas que regulan el contenido de los *delitos de violencia contra la mujer y el de violencia económica*, a la vista de los antecedentes, se aprecia que de los hechos acreditados por el *a quo*, (...), encuadró su actuar en los dos tipos penales referidos en concurso real de delitos, conforme el Artículo 69 del Código Penal. En el *delito de violencia contra la mujer en su manifestación psicológica*, porque en el *día, lugar y fechas*,

en el *ámbito privado* (...) [el procesado], insultaba y *amenazaba constantemente* a (...) [la víctima] durante los veintisiete años de matrimonio, acción que provocó episodios repetidos de depresión, sentimientos de culpa, trastorno del sueño, pensamientos suicidas, *ocasionándole daño psicológico*. De lo anterior se advierte, la existencia de la relación de causalidad al ser consecuencia de las acciones idóneas producidas, y que se encuadran al delito de violencia contra la mujer (...), y se le impone la pena de cinco años de prisión, en virtud que no existe algún parámetro que permita aumentar la pena mínima. También se aprecia que su conducta la encuadró en el *delito de violencia económica*, (...), porque se acreditó que (...) [el procesado] *donó dos bienes inmuebles a uno de sus hijos, lo cuales fueron adquiridos durante el matrimonio con la agraviada, reservándose para sí (el condenado) el usufructo vitalicio, acción como lo estipula la ley, menoscaba, limita y restringe la libre disposición de los bienes o derechos patrimoniales, a los que conforme la ley la agraviada tiene derecho*, por considerarse patrimonio familiar. De lo anterior se advierte, la existencia de la relación de causalidad al ser consecuencia de las acciones idóneas producidas, y que se adecuan al *delito de violencia económica* (...), y se le impone la pena de cinco años de prisión, en virtud que no existe algún parámetro que permita aumentar la pena mínima, ya que el móvil del delito como lo es “*el negarle cualquier derecho por el vínculo matrimonial que le pudiera corresponder*” y el daño causado “*por la incertidumbre de lo que sucederá cuando se disponga por el titular del derecho de los inmuebles, una situación diferente a la actual y se deba retirar de la casa, sin tener otro*

lugar de habitación a donde ir”, forman parte del delito referido y no pueden ser utilizados para ponderar la misma...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal 2017, p. 929)

2.3. La Imputación objetiva

2.3.1. Definición

Inicialmente se ha tratado la imputación objetiva como una de las teorías de relación de causalidad, en donde se establecen principios o criterios para imputar un resultado de un daño o peligro sufrido por el bien jurídico a una persona que realiza una conducta. Sin embargo, la relación de causalidad no es la única forma de atribuir un resultado a un sujeto, Muñoz y García (2015), afirman que:

En el proceso de depuración y selección de los factores causales jurídicamente relevantes se impone por ello la utilización de criterios de carácter normativo extraídos de la propia naturaleza del Derecho penal que permitan, ya en el plano objetivo, delimitar la parte de la causalidad jurídicamente relevante. En efecto, un resultado solo puede ser atribuido a un sujeto cuando a) la conducta del sujeto es causa del resultado; y b) cuando el resultado puede ser imputado objetivamente a la conducta del sujeto. (p.243)

Reyes Alvarado (2012) la define como: “una serie de principios surgidos al interior de las tendencias finalistas de la teoría del delito para intentar solucionar problemas que dentro de ellas presentaba el delito imprudente”. (p-483). Para el efecto de conocer la teoría de la imputación objetiva, se considera de mucha importancia conocer esos principios o criterios para aplicarlos en la defensa de las personas a las que se les imputa la comisión de un injusto penal.

2.3.2. Criterios de la teoría de la imputación objetiva

2.3.2.1. La creación de un peligro y el resultado por la realización del peligro

En el finalismo de Welzel, ya se refería a los riesgos que se tienen en las sociedades modernas, como el tráfico terrestre, marítimo, aéreo, así como toda clase de plantas industriales, deportes, y con ello una serie de riesgos que son permitidos porque son socialmente aceptados, y es necesario vivir realizando esta serie de actividades, siempre y cuando se tenga el deber de cuidado al realizar conductas con riesgo permitido. Sin embargo, en los delitos culposos o imprudentes, la teoría de la adecuación no solucionaba muchos casos en la imputación del resultado, especialmente, para los delitos de lesión. Claus Roxin (1997), presenta dos nuevos criterios de imputación del tipo objetivo, y con ello la teoría de la imputación objetiva.

a) Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. (...)

b) Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. (pp. 363-364)

Por ejemplo, se acusó a una persona que conducía una motocicleta en el anillo periférico de la ciudad de Guatemala en dirección de norte a sur, por homicidio culposo de un peatón que caminaba por el arriate ubicado en medio las dos vías o autopistas de norte a sur y de sur a norte, en la veintidós avenida frente residenciales San Jorge, con el argumento que el motociclista perdió el control, se subió al arriate y atropelló al peatón causándole la muerte. Un día antes del debate, el defensor acude al escenario del crimen, y pregunta a unos guardias de seguridad privada que se encontraban en una garita frente al lugar en donde ocurrió el accidente, y le relatan que: De esa colonia salieron de trabajar 3 albañiles, que

eran familiares, y por abordar el bus que estaba recogiendo pasaje del otro lado (de sur a norte) lograron cruzar las dos vías de las autopistas del periférico dos personas, no así el tercero que era un anciano quien se atravesó la autopista sin ver hacia el lado izquierdo, y fue atropellado por el motociclista. Luego al recorrer el arriate que está en medio de las dos vías, el defensor advierte que a pocos metros se encuentra una pasarela para que los peatones puedan cruzar las vías del periférico. Durante la primera audiencia de debate, la fiscal presenta un video del lugar del accidente y se observa que a pocos metros del lugar se encuentra una pasarela y en ella un letrero que dice “cuide su vida use la pasarela”.

En este caso, el motociclista no creó un peligro para el bien jurídica vida del peatón que perdió la vida, sino que la conducción de la motocicleta por el periférico es un riesgo permitido. La muerte del peatón no es producto de la creación del riesgo del motorista, sino que el viandante aceptó el peligro que se presentaba al cruzar por la autopista del periférico a sabiendas que a pocos metros hay una pasarela, y no obstante tomó la decisión de cruzar la autopista sin tomar la diligencia debida, siendo el deber de cuidado imputable al peatón. Del video presentado por el Ministerio Público, la fiscal analiza que el hecho no sucedió como se lo narraron los familiares de la víctima.

2.3.2.2. La Creación de un riesgo no permitido, o incrementar un riesgo permitido

Al realizar actividades que contengan un riesgo permitido, se debe tener el cuidado de no crear un riesgo no permitido, o aumentar un riesgo permitido que ponga en peligro bienes jurídicos, como conducir un vehículo automotor en estado de ebriedad, o con una velocidad que sobrepase la permitida, adelantar en una curva en donde no se vean los vehículos de la vía contraria, y otra clase de riesgos que la persona en posición de garante posee por los roles que realiza. Por ejemplo, el dueño o encargado de un perro bravo deja la puerta de su casa abierta y con ello permiten éste salga a la calle y muerda a un niño, provocándole heridas mortales. En este caso, el encargado del perro vulneró la previsibilidad objetiva y el deber de cuidado, y además con su actuar aumentó un riesgo que tuvo por resultado la muerte de un ser humano.

Otro ejemplo, “El día 4 de abril de 2016, siendo alrededor de las 14 horas, una anciana octogenaria, quien resultó ser víctima de autos— M. E. T., de 82 años de edad -, salió de su domicilio de a pie con rumbo desconocido. Circulando por la vía pública, por el exterior de la quinta ubicada en una zona semi rural sita en calle 115 entre 54 y 58 de esta ciudad de Mercedes, comenzaron a atacarla una cantidad indeterminada de perros, pero con seguridad ocho o más. Producto del ataque, la víctima falleció a consecuencia de un paro cardiorrespiratorio traumático secundario a múltiples lesiones de tipo desgarró que generaron shock hemorrágico y un cuadro inhibitorio por dolor”.

Explicó el juez a quo que el suceso encontró su génesis en la violación a la guarda que el imputado tenía respecto a la fuente de riesgo cuyo cuidado y custodia le incumbía, conociendo además la evidente y posible agresividad de los canes que tenía bajo su guarda, en la ocasión aproximadamente catorce, dado que no escapaba a su conocimiento un ataque anterior que había sufrido la misma víctima y que le había originado una internación en el nosocomio local.

Hizo hincapié en que el hecho que los perros estuvieran sueltos (sin la adopción de medidas de seguridad dirigidas a impedir que los mismos salieran libremente a la vía pública) evidenció la omisión por parte del encausado de los deberes objetivos de cuidado a su cargo y elevó el riesgo de producción del resultado lesivo. (Auto de fecha 28 de abril de 2020, página 3. Sala Segunda de la Excelentísima Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires).

2.3.2.3. Principio de autopuesta en peligro

También se le denomina principio de actuación a riesgo propio, o imputación a la víctima. Así como el derecho garantiza a las personas un ámbito de libertad para realizar su vida, incluso se reconoce como un derecho humano a la privacidad. Este derecho

también asume una responsabilidad, por las consecuencias al no manejar de forma adecuada este principio.

“quien juega con fuego, asume expresa o tácitamente que puede quemarse. En ese ámbito quien gestiona un peligro, asumiéndolo o creándolo personalmente, ha de acarrear él mismo con las consecuencias de su decisión, aun esa misma gestión haya intervenido de manera fáctica otros sujetos ajenos a ese ámbito de organización” (Polaino-Orts, 2013, p.116)

Por ejemplo, las personas que beben licor y realizan una apuesta que ganaría el que ingiera más licor sin emborracharse. Uno de ellos gana la apuesta, todos se van a su casa, pero el siguiente día el ganador muere por intoxicación etílica. También sirve de ejemplo, el caso de varios jóvenes que deciden voluntariamente jugar a la ruleta rusa, en donde se coloca en el tambor de un revolver una bala, luego se gira el tambor y cada uno por turnos se coloca la punta del cañón en la sien o en la boca y dispara. Si alguien muere en este juego es porque conoce el peligro y actúa con riesgo propio, los demás estarían exentos de homicidio.

2.3.2.4. El Principio de confianza

Este principio se refiere a aquellas actividades, situaciones, actos de trabajo que se llevan a cabo en grupo y en equipo, en donde cada uno de ellos realiza una función necesaria e indispensable

para que el que trabaja tenga un buen final. Cada uno confía en que los demás harán su parte con responsabilidad y de forma profesional.

Como indicada Maraver citado en Polaino Orts (2013) El principio de confianza excluye de responsabilidad, a quien, cumpliendo personalmente su rol, actúa fácticamente en el seno de ese entramado conjunto del cual se deriva un resultado jurídicamente desaprobado (en este caso la muerte) siempre que confíe, razonablemente, en que los demás intervinientes también cumplirán, al igual que él, su propio rol". (p.118)

Los ejemplos van relacionados a operaciones quirúrgicas en donde interviene un equipo integrado por varios médicos y enfermeras. En un caso, se operó a un paciente de una hernia que tenía en el abdomen. Sin embargo, se complicó en el sentido de que después de la operación el paciente no podía respirar, por lo que hubo necesidad de realizarle una traqueotomía. Pero como la traqueotomía no fue realizada inmediatamente, no le llegó suficiente oxígeno al cerebro, y el paciente falleció. Meses después, los doctores que intervinieron en la operación consiguieron que el Ministerio Público solicitara el sobreseimiento, que fue otorgado por el juez. Y se presentó acusación por homicidio culposo en contra de la médica anestesista, argumentando que no realizó bien su trabajo, debido a que el paciente era alto y corpulento, llegando a

lo obeso, aspectos que no fueron tomados en cuenta para controlar la anestesia, imputando a ella la muerte del paciente.

La defensora pública estudió el caso, realizó investigación médica sobre las operaciones de traqueotomía, términos médicos, y encontró que en el reglamento del hospital había un protocolo que indicaba que el jefe de la unidad o del equipo tenía que quedarse un tiempo cuidando al paciente después de la operación.

Los problemas de respiración empezaron después de la operación, por lo que, de acuerdo al protocolo de intervenciones quirúrgicas, la médica anestesista había cumplido con su rol, o responsabilidad y fue absuelta por el tribunal. En ese tiempo también se advirtió que se enderezó en contra de ella acusación porque tenía dos puntos de vulnerabilidad, el primero por ser mujer y el segundo porque era extranjera que estaba estudiando una especialidad en Guatemala.

Este principio tiene como excepción, cuando los otros integrantes del equipo conocen de algún impedimento o incapacidad de alguno de los integrantes. Por ejemplo:

El médico anestesista y la enfermera esperan en la sala de operaciones al médico cirujano, que llega, con retraso, tambaleándose y en manifiesto estado de embriaguez, confundiendo el bisturí con el cepillo y la gasa con el líquido desinfectante. Si comienza la operación y el cirujano olvida la gasa en el interior del cuerpo del paciente, el anestesista y la enfermera no puedan alegar en su favor, con el fin de exonerar de responsabilidad, el principio de confianza (esto es: que ellos cumplieron su rol y que confiaban que el cirujano también lo hiciera) porque en este caso ya no existe posibilidad alguna de confiar en la conducta del cirujano debido a su comportamiento manifiestamente antijurídico. (Polaino-Orts, 2013, p.120).

2.3.1.5. El Ámbito de protección de la norma

“Esta estructura normativa requiere que el resultado debe estar comprendido dentro del fin de protección de la norma penal donde se va a prever las conductas delictivas”. (Alcocer, 2015. p.43) Este es un criterio de interpretación y aplicación de la norma del deber de cuidado que regula un peligro tolerado y un riesgo permitido. Atiende al aspecto teleológico de la norma, por ejemplo, la Ley de Tránsito tiene como fin garantizar la seguridad de las personas en los temas de personas y vehículos en la vía pública. Por ejemplo, en un caso por doble homicidio:

En un hecho de tránsito perdió la vida un muchacho y al enterarse la madre de la víctima, fallece por la impresión de saber lo ocurrido. En este caso, la norma que establece el deber de cuidado en la conducción automovilística no está diseñada para evitar la muerte de la madre del susto o impresión. En todo caso le será imputable la muerte del hijo, pero no de la madre.

Se incluyen dentro del ámbito de protección de la norma daños posteriores o sobrevinientes, como un caso que ocurrió en San Miguel Petapa, cuando a las 5.00 horas, una persona conducía su vehículo en una fila de vehículos a una velocidad muy lenta, repentinamente cruzó la calle una anciana de 75 años de edad, que colisionó con el vehículo y resultó con fractura en una pierna. Hubo una conciliación entre el piloto y la anciana, que fue llevada a un hospital privado en donde se le enyesó, pagando los gastos y medicamentos el conductor del vehículo. Como a los tres meses, el Ministerio Público cita al piloto a una conciliación en donde le piden cincuenta mil quetzales de indemnización, debido a que los huesos fracturados no pegan debido a una osteoporosis que tiene la paciente. Aquí el ámbito de protección de la norma del deber de cuidado, no está para proteger a las personas de una enfermedad generalizada del sistema esquelético por pérdida de masa ósea. Otro ejemplo:

(...) como consecuencia de un accidente de tránsito a una persona le amputan una pierna. Años más tarde, al andar con sus muletas, cae y se produce su muerte. En este caso, no es imputable este resultado al causante del accidente de tránsito porque no está dentro del fin de protección de la norma evitar daños posteriores que surjan después del restablecimiento, como consecuencia de la reducción de fuerzas que genera normalmente un accidente. (Dal, 2011, pp.36 y 37).

2.3.2.6. Principio de ámbito de protección de la víctima

Del principio del ámbito de protección de la norma, surgió el ámbito de protección de la víctima, parecido al de auto puesta en peligro. Al respecto indica Reyes Alvarado (2012) “conforme al cual no deben serle atribuidos al autor de la conducta aquellos resultados que corresponden a la esfera de la protección de la víctima” (p.482). Es el caso de los pacientes que no toman sus medicamentos prescritos por el médico tratante, o que no los toman en las dosis y tiempos indicados y en consecuencia agravan su salud e incluso fallecen. Otro ejemplo, será el de las personas que no cumplen con las disposiciones sanitarias emanadas por las autoridades para evitar la contaminación por Covid-19, no usan la mascarilla o tienen un uso inadecuado de ella, incumplen con lavarse las manos, entre otras.

2.3.2.7. La Prohibición de regreso

Conforme se desarrolla la teoría de la imputación objetiva, los finalistas le agregan otro criterio denominado prohibición de regreso, para eximir la responsabilidad penal a la persona que realiza una conducta socialmente adecuada de donde se deriva un ilícito.

En este criterio, la imputación objetiva se extiende a los tipos dolosos.

“había sido expuesto a comienzos del siglo XX en Alemania por Reinhart Frank como un mecanismo para impedir que la responsabilidad penal se extendiera de manera ilimitada; conforme a este planteamiento original de la prohibición de regreso, un garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico cuya custodia le ha sido encomendada. En términos generales *con la prohibición de regreso* se pretendió exonerar de responsabilidad penal a quien con su conducta posibilita la ejecución de un hecho delictivo, equiparando así el comportamiento de esa persona con el que de quien despliega una conducta socialmente adecuada. (Reyes, 2012, p.480)

Un ejemplo será el de un taxista que es contratado por dos personas para un viaje, y al llegar a su destino, éstos le indican que ingrese a un garaje mientras ellos sacan de una casa dos televisores, dos computadoras y otros objetos que ponen en el baúl del taxi, y le indican: que lo contratan para otro viaje a otro destino. Una vecina que observó desde una ventana, llama a la policía y les da el número de placa y color del vehículo. Recorren la avenida Bolívar cuando el taxista observa que una patrulla de la PNC le hace señales que detenga la marcha. Al detenerse en una esquina las dos personas que lo contrataron salen del vehículo y se van corriendo hacia la zona 8. La policía detiene al taxista por no portar documentos que acrediten la propiedad o posesión de los objetos que lleva en el baúl del vehículo.

En este caso conforme la prohibición de regreso el taxista realiza un servicio o actividad propia de su ocupación socialmente aceptada que es el transportar personas y objetos de un lugar a otro, y no responde penalmente por los objetos robados, o por encubrimiento, aunque él sospechara que los objetos fueron robados.

Al criterio de la prohibición de regreso, los funcionalistas o normativistas le agregan el cumplimiento de un rol, o papel.

Por ello, prohibición de regreso se basa en un elemento fundamental: la conducta del titular del rol ha de estar teñida de neutralidad y una conducta es neutral cuando precisamente se realiza dentro del seno del ejercicio de un rol social, o lo que es lo mismo: una conducta neutral (adecuada a un rol) es aquella que, por definición carece de sentido delictivo". (Caro y Polaino-Orts, 2009, p.98)

Se han dado algunos casos en donde un notario ha autenticado unos documentos, o bien ha autorizado una escritura pública de compra venta de un bien inmueble, y después estos documentos públicos se encuentran dentro de un caso de lavado de dinero u otros activos. Luego en la investigación se le imputa al notario ser partícipe de una organización delictiva. Considero que son ejemplos en donde la defensa puede argumentar en la etapa del proceso que considere conveniente, la falta de responsabilidad penal del notario, por el principio de prohibición de regreso en aplicación de la teoría de la imputación objetiva, por cumplimiento de una conducta profesional socialmente aceptada en donde su rol corresponde a una conducta neutral. Además, se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma y no aumentó ni incrementó el riesgo en la producción del resultado.

2.3.2.8. Conocimientos especiales

Paralelo a la prohibición de regreso, surge el criterio de conocimientos especiales para aquellas personas que además de su profesión poseen conocimientos especiales, ajenos al rol que realizan en el momento de realizar la conducta inicial.

Así, un escribano da fe de unos documentos que acreditan determinadas operaciones fiscales. Posteriormente esa documentación es empleada por otros sujetos para cometer una infracción tributaria. Pero al dar fe de los mismos, descubre que existe un error en el balance, siendo así que dicho dato no lo sabe en tanto notario público sino en tanto experto en economía (a lo cual dedica sus tardes libres). ¿Se le imputaría participación en un delito tributario por concurrir ese conocimiento especial? (Polaino-Orts, 2009, p.99)

Inicialmente por la prohibición de regreso, el notario autentica los documentos en una actividad por cumplimiento de un rol. Ahora bien, respecto de su participación en el delito tributario no tiene responsabilidad penal, porque quedan fuera de la imputación penal esos conocimientos especiales (auditoria) excedentes del rol.

La teoría de la imputación objetiva constituye una herramienta jurídica para la resolución de casos relacionados con delitos consumados, de resultado, culposos o imprudentes, y en algunos casos dolosos, ya que es una teoría generalizada en la dogmática penal democrática. Sus principios o criterios se resumen en:

la creación de un peligro y el resultado por la realización del peligro, la creación de un riesgo no permitido o incremento en la realización de un riesgo permitido, principio de auto puesta en peligro, principio de confianza, principio del ámbito de protección de la norma, el ámbito de protección de la víctima, la prohibición de regreso, conocimientos especiales. La mejor forma de internalizar los conocimientos es aplicándolos en la práctica diaria y cumplir con la función que nos ha sido asignada dentro del proceso penal.

Ejercicios de comprensión de lectura del Capítulo III La Relación de causalidad

Después de leer este capítulo, en hojas adicionales copie y conteste las siguientes preguntas. Para ello debe utilizar el módulo.

1. ¿Para qué sirve la relación de causalidad en el trabajo de defensa penal?
2. ¿En qué consiste la teoría de equivalencia de condiciones? Escriba el aforismo que la identifica.
3. Explique, ¿en qué consiste la teoría de la relación de causalidad o adecuación?
4. Escriba un concepto de la teoría de la imputación objetiva.
5. Escriba los ocho criterios de la teoría de la imputación objetiva.
6. Explique ¿en qué consiste el criterio de la creación de un peligro y el resultado por la realización del peligro.
7. Explique ¿en qué consiste el criterio de auto puesta en peligro y un ejemplo del mismo?
8. Explique ¿en qué consiste el criterio del ámbito de protección de la norma?
9. Explique ¿en qué consiste el criterio de la prohibición de regreso y un ejemplo?
10. Explique ¿en qué consiste el criterio de conocimientos especiales y un ejemplo?

LA TIPICIDAD

1.

La Acción típica

La acción típica es la conducta humana tanto de acción y omisión que encuadra en uno de los tipos penales vigentes.

1.1. La Acción atípica

Es toda acción u omisión que no está calificada como delito o falta anterior a su ejecución. En este caso, la conducta no encuadra o no se puede adecuar en ningún tipo penal.

2. Tipicidad

Es la característica o cualidad que tiene una conducta (acción u omisión) de encuadrar, subsumir o adecuarse a un tipo penal. Ahora bien, tipificar es la acción de encuadrar la conducta en un tipo penal. Este acto de tipificar lo realiza el fiscal, la defensa, la policía o el estudiante; sin embargo, cuando lo hace el juez se le denomina tipificación judicial.

3. Tipo o injusto penal

La mayoría de autores coinciden en llamar tipo o injusto penal a la descripción de la conducta que realiza el legislador en el supuesto de hecho de la norma penal. Estas conductas se describen mediante verbos rectores, por ejemplo; matar, robar, defraudar, sembrar y cultivar drogas, portar arma de fuego sin la licencia respectiva entre otros. El tipo tiene una triple función:

3.1. Función seleccionadora, por medio de la cual el Estado selecciona solo las conductas penalmente relevantes, es decir, las más graves y violentas, y donde previamente hayan intervenido otras ramas del derecho. Por medio de esta función se aplica el principio de protección de bienes jurídicos.

3.2. Función de garantía, sirve para proteger al ciudadano, del ejercicio del poder arbitrario de parte del Estado. Se desarrolla por medio de los principios no hay pena sin ley anterior (*nulla poena sine lege*) y no hay proceso sin ley anterior (*nullum proceso sine lege*)

3.3. Función motivadora, por medio del conocimiento del tipo penal se incentiva al ciudadano a realizar o abstenerse de ejecutar determinadas conductas por las consecuencias que conllevan. En los aeropuertos o en lugares turísticos, hay letreros o anuncios en donde está descrito el tipo penal, por ejemplo: tráfico, comercio de drogas, y se indica la cantidad de años de prisión y la multa que se aplica en caso de que alguien trafique esas sustancias. Otro ejemplo, cuando el presidente del tribunal advierte al testigo o al perito sobre el delito de falso testimonio, y explica la pena que trae aparejada. Esto se hace para motivarlo a no mentir y decir la verdad.

4. Estructura del tipo

El tipo penal se integra por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, sin embargo, es un poco complejo establecer la estructura del tipo penal, así como su procedencia y clasificación, se abarcarán únicamente los aspectos más generales a todos los delitos en particular.

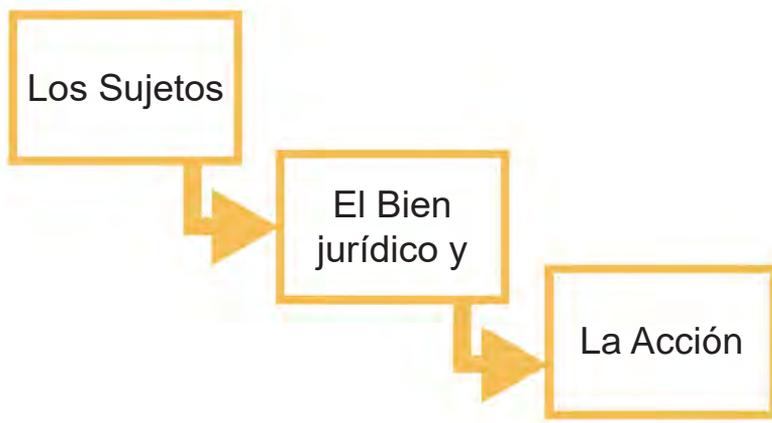
Hay un tipo o injusto penal, cuando se configuran todos los elementos propios de cada descripción en particular, pero además se agregan otras circunstancias que agravan o atenúan la antijuricidad o responsabilidad penal, y que se derivan del **tipo básico**. Por ejemplo, el hurto (Artículo 246 CP) será el tipo básico del cual se deriva el **tipo cualificado o agravado** por contener circunstancias específicas del Artículo 247 del CP, como el hurto cometido por doméstico o interviniendo grave abuso de confianza. Cuando el hurto fuere de objetos o dinero de viajeros y se realizare en cualquier clase de vehículos o en estaciones, muelles, hoteles, pensiones o casas de huéspedes.

Si el valor de lo hurtado fuere inferior a cien quetzales será un **tipo privilegiado o atenuado**, y tipificará una falta contra la propiedad (Artículo 485.1 CP). Para establecer si hay tipo cualificado o privilegiado, no se aprecian las agravantes o atenuantes genéricas que contempla el Código Penal, excepto en los delitos autónomos que tienen características propias e independientes del tipo básico, como el parricidio y el asesinato. Sin embargo, hay que tener cuidado porque el asesinato contiene, dentro del tipo

agravantes genéricas como alevosía, ensañamiento, y otras, en las que no se debe permitir que sean apreciadas como agravantes genéricas, por tratarse de agravantes específicas del tipo. 'Exclusión de agravantes. Artículo 29 CP. No se apreciarán como circunstancias agravantes, las que por sí mismas constituyen un delito especialmente previsto por la ley, ni las que ésta haya expresado al tipificarlo, o sean de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiese cometerse". (Artículo 29 de Código Penal).

5. Elementos básicos o comunes del tipo penal

Se incluyen aquí los elementos básicos para que en determinado momento se pueda explicar la noticia criminal y establecer si existe. Los elementos básicos del tipo son:



5.1. Los Sujetos

5.1.1. Sujeto activo

Es el autor, o sea quien realiza la acción, ya sea prohibitiva o imperativa indicada en la ley penal.

5.1.2. Sujeto pasivo

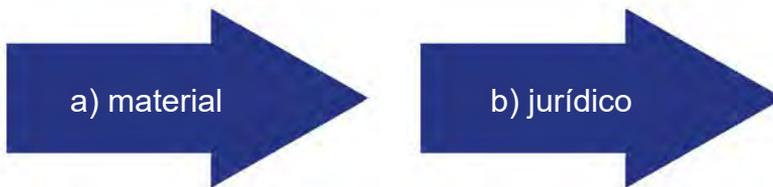
Es el titular del bien jurídico, quien ha sido afectado por la acción u omisión típica.

5.1.3. El Estado

Es el ente que reacciona ya sea persiguiendo, ejerciendo la acción o juzgando.

5.2. El Objeto

Se estudia desde dos aspectos:



El objeto material sobre el que cae físicamente la acción típica. En el delito de hurto será el bien mueble. Y el objeto jurídico es el derecho que el legislador ha seleccionado para protegerlo mediante una norma penal; por ello se le denomina bien jurídico tutelado.

Bienes jurídicos son los “valores ideales (inmateriales) de orden social sobre los que descansa la armonía, la paz social, y la

seguridad de la vida en sociedad". Gómez *et al*, 1996, p.127). El legislador elige determinado valor y al protegerlo mediante una norma penal, adquiere el nombre de bien jurídico penalmente protegido o tutelado. Por ejemplo, la libertad, el patrimonio, la salud, la seguridad colectiva, el honor entre otros. Por ello se le denomina el objeto jurídico del delito. Se complementa con el objeto material de la acción sobre lo que recae protección como un bien mueble, inmueble, o la integridad física.

La importancia del bien jurídico constituye el desarrollo del principio de intervención mínima del Estado, el cual selecciona como bienes jurídicos los más relevantes para el derecho penal y que las otras ramas del derecho han fracasado en proteger.

La defensa debe analizar la prevención policial y establecer si en la noticia criminal hay sujeto pasivo o titular del bien jurídico, de lo contrario, no hay elementos comunes o básicos del tipo penal como un buen punto de partida para una teoría del caso. En delitos patrimoniales, hay algunas prevenciones policiales en donde no se indica quién es el sujeto pasivo o bien aparece un nombre, pero no lo identifican con el documento personal de identificación. En otros casos, hay nombre, número de DPI, pero su dirección es inexistente.

Si en primera declaración no se logró la libertad por falta de mérito, importante es solicitar una certificación del documento personal de identificación, o de nacimiento al Registro Nacional de las

Personas, -RENAP- y un informe al Departamento de Catastro de la municipalidad respectiva, para establecer, en primer lugar, la existencia de la persona y si vive en la dirección que indica la prevención policial. Obtenida la información, se pide una audiencia de revisión de la medida de coerción y se debe probar que variaron las circunstancias que motivaron la medida (noticia criminal incompleta). De no acceder el juzgador a la revisión de medida de coerción, se solicita el sobreseimiento o clausura provisional del procedimiento antes de finalizar la fase preparatoria. Si la fiscalía presentó acusación, en la audiencia de apertura a juicio hay que interponer una excepción de falta de acción en el Ministerio Público por improcedencia de la persecución penal, por falta de un elemento básico o fundamental del delito, como es ausencia del sujeto pasivo, titular del bien jurídico.

5.3. La Acción típica

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

5.3.1. Tipo objetivo

Constituye tipo objetivo, el sujeto, la acción (como la aparición externa del hecho producido por la conducta desarrollada por medio de verbos rectores como, sustraer, entrar en morada ajena, simular entre otros.), el bien jurídico. Lo pueden integrar la relación de causalidad y la imputación objetiva.

5.3.2. 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 impulsó actuar al sujeto activo a realizar la acción y omisión, a título de dolo o de culpa. De este elemento se deriva el tipo doloso y el tipo culposo, y la doctrina dominante los incluye dentro de la tipicidad.

6. Elementos esenciales del tipo

Estos elementos del tipo se encuentran en los supuestos de hecho de la norma penal y se dividen en los elementos descriptivo y normativo.

6.1.

Elemento descriptivo

Es aquel que se aprecia por medio de los sentidos (vista, oído, tacto). En el homicidio, por ejemplo, la muerte de una persona, en lesiones, las heridas o fracturas en donde el médico forense examinará al paciente para determinar la causa de la muerte. En lesiones, establece el tiempo de curación o tratamiento y el tiempo de abandonar sus actividades habituales.

6.2.**Elemento normativo**

Se aprecia por medio del intelecto, pues para ello hay que realizar una valoración jurídica de estos elementos, e incluso, auxiliarse de otras ramas del derecho para conocerlos e interpretarlos.

Los elementos descriptivos son aquellos que se refieren a términos que cualquiera puede apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo (como “matar”, “aire”, “lesiones”, “cazar”, “cosa” entre otras.)

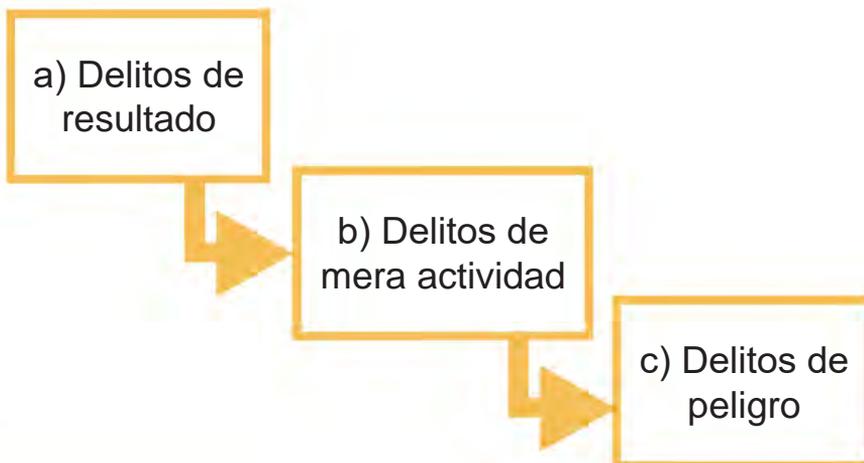
Por el contrario, elementos normativos son aquellos que requieren para su comprensión, el conocimiento de alguna norma a la que el tipo se está remitiendo. Así, los elementos para saber quién es acreedor tenemos que remitirnos a la norma civil que regula el derecho de crédito. (Muñoz y García, 2015, p. 270)

En un caso, se juzga a una persona por el delito de hurto, y la fiscalía presenta como pruebas: el objeto (bien mueble sustraído), testigos que presenciaron la sustracción, declaración del agraviado, declaración de los agentes captores, pero no presenta algún tipo

de documento en donde se acredite el elemento ajenidad. No se probó el elemento normativo que configura el delito de hurto y por lo tanto no se configura el tipo de hurto, por ausencia de uno de sus elementos esenciales, en este caso el elemento ajenidad. Es por ello que también se denomina propiedad, aunque de conformidad con el Artículo 202 del CPP se admite tenencia, posesión o dominio de una cosa o documento. En la práctica para la devolución en depósito como propietario o poseedor legítimo, se admite además de la factura, recibo o declaración jurada de posesión o propiedad. Incluso para registrar bienes muebles en el Registro de la Propiedad. Ver Artículo 1214 del Código Civil.

7. Clases de tipos

La clasificación de los tipos penales es muy variada, pero por aspectos prácticos, únicamente veremos los tipos cerrados y abiertos, tipos dolosos y culposos, y los delitos por la intensidad al bien jurídico tutelado, que se dividen en:



7.1. Tipos cerrados y abiertos

En el tipo cerrado, el supuesto de hecho se encuentra descrito en la norma penal, y cumple precisamente con el principio de legalidad. En los tipos abiertos, el supuesto de hecho, el tipo objetivo y sus elementos no se encuentran descritos en la norma penal, por lo que hay que complementar ya sea el supuesto de hecho o la sanción con otra norma penal, o en reglamentos. Muñoz y García (2015), indican que en los tipos abiertos “no se describe exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición”. (p. 298)

Ejemplo de un tipo abierto es: “Quien defraudare o perjudicare a otro, usando cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores”. (Artículo 264 numeral 23º Código penal). En este caso especial de estafa no se indica en qué consiste el ardid o engaño y abre el tipo para que cualquier conducta se incluya dentro de este delito.

Los tipos penales abiertos surgen por un descuido del legislador y su aplicación conduce a la arbitrariedad por medio de la tipificación jurisdiccional de conductas que no subsumen concretamente en tipos cerrados, por lo que se recurre a los tipos abiertos, en donde se violan principios plasmados en normas constitucionales que son contravenidas, tal es el caso del principio de legalidad y sub principio de taxatividad. En estos casos para lograr la suspensión de la norma que contiene tipos abiertos, se sugiere plantear una acción de inconstitucional, ya sea general o bien en algún caso concreto.

7.2. Delitos según la intensidad de ataque al bien jurídico

Según la intensidad de ataque al bien jurídico tutelado, los delitos se clasifican en delitos de resultado, delitos de peligro, y delitos de mera actividad o mera inactividad.

7.2.1. Delitos de resultado

El resultado puede interpretarse como una modificación en el mundo exterior, en donde hay una lesión efectiva al bien jurídico. Por ejemplo, lesiones, hurto entre otros.

7.2.2. Delitos de mera actividad o mera inactividad

Esta conducta puede ser de mera actividad, como portar drogas no autorizadas, armas sin la licencia respectiva, allanamiento de morada; o mera inactividad como los delitos de omisión propia.

7.2.2.1. Jurisprudencia Cámara Penal

Expediente No. 633-2017 Sentencia de Casación del 27/09/2017

“...De la interpretación literal de la norma [Artículo 215 del Código Penal se entiende que la conducta del sujeto activo es de mera actividad y se consuma únicamente con la acción de amenazar, en ese sentido este es el verbo rector que debe coincidir con los actos realizados por el sujeto activo del delito. En el caso de análisis, se determina que los hechos acreditados en cuanto a este ilícito son precisos al señalar que: «... cuando lo trasladaron a la Comisaría

(...) para efectos de posterior consignación (...) les dijo a los elementos de la Policía Nacional Civil (...), que cuando saliera de la cárcel los iba a matar». Siendo que, en el recurso de casación por motivo de fondo, el único parámetro que puede utilizarse para determinar la correcta aplicación de la norma sustantiva son los hechos acreditados por el tribunal de sentencia, se advierte que éste acreditó el hecho que el procesado (...) profirió amenazas de muerte a los agentes captores, lo cual es independiente a la forma en que los realizó o a la realización de actos posteriores para ejecutar las amenazas. En ese sentido, para la comisión del delito no se necesita la realización de ningún acto subsiguiente al de las amenazas y es independiente la situación en que se encontraba el sujeto activo cuando las profirió, porque siendo un delito de mera actividad, no necesita la ejecute de ningún hecho posterior para su consumación y son indiferentes las circunstancias en que se encontraba el sujeto activo pues, aun cuando se estableció que se encontraba sometido al orden y bajo custodia de los agentes captores cuando realizó las amenazas, ese elemento no incide para su realización, porque simplemente las amenazas se consumaron y quedó acreditado por el juzgador que el procesado es el responsable...". (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal, 2017, p. 337)

7.2.3. Delitos de peligro

En estos delitos, el bien jurídico no ha sufrido daño alguno, y consisten en la puesta en peligro del bien jurídico, tal es el caso del abandono de niños y de personas desvalidas (Artículo 154 CP) y

responsabilidad de conductores (Artículo 157 CP). En el primero se pone en peligro la vida e integridad personal, y en el segundo, la seguridad colectiva.

8. Tipo doloso

8.1. El Dolo

Es conocimiento (saber) y voluntad (querer) de realizar el tipo objetivo. En el tipo doloso, hay coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere. De este concepto se derivan sus elementos **intelectual** 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.

Saber que en el baúl de un vehículo que conduce, se transportan drogas prohibidas o armas de fuego. Saber que lo sustraído es de ajena pertenencia; y **volitivo**, que se refiera a la voluntad del autor de realizar los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento. No basta desear, sino querer, tener intención o propósito de la realización de los elementos de cada tipo penal en particular.

8.2. Clases de dolo

La división tripartita del dolo, lo clasifica en tres partes: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual. Muñoz y García (2015) se refieren a las clases de dolo. “Según sea la mayor intensidad del elemento intelectual o del volitivo, se distingue entre dolo directo y dolo eventual”. (p. 286). “El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo presenta como posible ejecuta el acto”. (Artículo 11 Código Penal).

8.2.1. Dolo directo

En el dolo directo, el autor quiere realizar precisamente el resultado del homicidio (de causar la muerte de una persona), en el hurto (apropiarse de un bien mueble ajeno), o causar lesiones corporales a otro, o bien realizar la acción típica en los delitos de mera actividad (portar arma de fuego sin la licencia respectiva, sembrar y cultivar marihuana entre otros).

Si predomina el elemento volitivo estaremos ante un Dolo Directo de Primer Grado, por ejemplo, **A** quiere, tiene la intención de matar a otro, y está seguro que va a producir su muerte como un único fin, utilizando, arma de fuego.

Dolo Directo de Segundo Grado, se da cuando predomina el elemento intelectual o cognoscitivo, el autor prevé un resultado, pero para ello es necesaria la realización de otros hechos como de indispensable e inevitable producción. Un ejemplo es cuando quien desea la muerte de una persona, instala una bomba en el vehículo que la víctima conduce. El autor responderá por homicidio y daños a la propiedad. O bien, si el autor desea cobrar una póliza de seguro en donde es beneficiario, pero para ello es necesario la muerte de su abuela, y pone una bomba en su casa en donde se encuentran otras personas.

8.2.2. Dolo Eventual

Ubicado en la segunda parte del Artículo 11 CP, 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.

Su importancia consiste en establecer los límites entre el dolo eventual y la culpa inconsciente o con representación. En algunos casos con dolo eventual, se puede solicitar un criterio de oportunidad, tomando como base la responsabilidad mínima y no el límite de la pena. En otros, el dolo eventual constituye la base para discutir la imposición de una pena mínima.

La diferencia entre dolo eventual y la culpa con representación, consiste en que, en el primero, el sujeto no quiere, pero acepta la

ejecución del acto; mientras que en la culpa inconsciente o con representación, no se quiere causar la lesión al bien jurídico, pero reconoce el peligro de la situación y confía en que no dará lugar al resultado lesivo.

8.2.2.1. Jurisprudencia

Expediente No. 498-2016 y 499-2016 Sentencia de Casación del 12/01/2017

“...Cámara Penal (...), advierte que a la entidad fiscal no le asiste la razón jurídica, porque de conformidad con los hechos acreditados las agravantes de premeditación y alevosía que tipificaron el ilícito de asesinato, fueron para la acción ejecutada en contra de la humanidad de (...), chofer del bus; no así para la acción en contra de (...), ayudante del bus (...). Nótese que la intención de dar muerte con las agravantes de premeditación y alevosía fueron para el chofer no para el ayudante, pues la actuación en contra de éste fue porque pretendió despojar al procesado del arma de fuego y evitar la consumación del asesinato en contra de su compañero, en virtud que conforme la ley sustantiva penal para calificar dicho delito, deben concurrir las agravantes reguladas por el Artículo 132 del Código Penal, mismas que como se refirió, no se acreditaron en la ejecución realizada en contra del ayudante, por consiguiente, es infundado pretender que la conducta realizada en contra de (...), se encuadra en el tipo penal de asesinato en grado de tentativa, de ahí que tanto el fallo del tribunal de sentencia como el de la Sala, al condenar por homicidio en grado de tentativa, dicha decisión tuvo asidero legal, pues ésta fue conforme a los hechos acreditados, ya

que se determinó que hubo dolo eventual, derivado de la reacción de la víctima que fue en procura de evitar el asesinato en contra de su compañero, de donde puede confirmarse con certeza jurídica, la no acreditación de las circunstancias que agravan dicha figura delictiva...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales penal, 2017, pp. 180 y 181).

9. Error en el tipo

El desconocimiento de los elementos objetivos del tipo, como el descriptivo y normativo dan lugar a un error en el elemento intelectual del dolo, y por consiguiente, a la ausencia de dolo. “Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente”. (Roxin, 1997, p.458). En otras palabras, error de tipo es el desconocimiento de los elementos del tipo. “Si el dolo requiere conocer y querer la realización del tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o algunos, o todos los elementos del tipo injusto”. (Mir, 1990 p.268).

Por ejemplo, en algunos eventos académicos los participantes llevan maletines similares, y alguien toma un maletín creyendo que es el suyo y después se da cuenta que no es el propio. Inicialmente se tipifica como hurto, pero por desconocimiento del elemento normativo ajenidad, y ser el objeto material igual al del ofendido,

desaparece el elemento intelectual del dolo; no hay intención de apropiarse de un bien mueble de ajena pertenencia, se exime del dolo y en consecuencia, de la responsabilidad penal.

9.1. Clases de error de tipo

9.1.1. Error de tipo invencible

Cuando no se pudo evitar o superar el error en el conocimiento del elemento objetivo, se le denomina invencible y su consecuencia es la exclusión del dolo, y por lo tanto de la culpabilidad.

En los delitos sexuales, tener acceso carnal con promesa de matrimonio, con una muchacha que tiene diecisiete años, pero que el sujeto ignora la edad creyendo que es mayor de 18 años; o un caso concreto en donde se presentó acusación a un hombre que tenía vida marital consensuada con una niña de 12 años, y lo acusan de haberla violado, porque el acceso carnal fue cuando ella tenía 11 años, y durante el debate se probó que el autor desconocía la edad de la concubina, porque las características físicas de ella daban la apariencia de una mujer mayor de 12 años.

El tribunal, aplicando el error de tipo, absolvió al imputado por ausencia del elemento intelectual del dolo, basado en el desconocimiento de la edad de la supuesta agraviada (Proceso No 10-2000 Oficial 1º del Tribunal Octavo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente).

9.1.2. Error de tipo vencible

Hay error de tipo vencible cuando el autor puede evitar, superar, o vencer el desconocimiento de los elementos del tipo. Es por ello que su tratamiento es diferente, ya que hay ausencia de dolo por incumplimiento de la norma del deber de cuidado y su acción se convierte en imprudente. Conocido es el ejemplo del cazador que dispara contra un muñeco o espantapájaros y la bala le acierta a una persona. Excluye el dolo porque la intención no era matar a una persona (elemento intelectual), pero por violación de la norma del deber de cuidado (imprudencia) mató a un ser humano, responderá por homicidio culposo.

9.2. Aplicación del error de tipo

El Código Penal guatemalteco no regula el error de tipo, sin embargo, como *lege ferenda* aparece en el proyecto del nuevo Código Penal: Error de tipo (Casos de procedencia y sanción). Se considerará error de tipo, cuando el sujeto activo desconociere que, en la conducta realizada, concurre alguno o algunos de los elementos objetivos del tipo penal.

Si el error de tipo, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuere vencible, el delito será castigado, en su caso, como imprudente, si estuviere sancionado en esa modalidad.

Si el error de tipo fuere invencible, excluirá la responsabilidad penal.

No se podrá invocar error de tipo si el delito fuere cometido con una o varias circunstancias agravantes. (Artículo 39 Proyecto del nuevo Código Penal).

Para argumentar el error de tipo, la base legal es la Constitución Política de la República de Guatemala, que en el Artículo 2º establece que el Estado se organiza para garantizar la justicia de las personas; el Artículo 4º que se refiere a los principios de dignidad de la persona humana e igualdad ante la ley; pues el Estado por medio de sus órganos (Tribunales, Ministerio Público) no podrá tratar de igual forma a la persona que conoce los elementos objetivos del tipo, y a una persona que los desconoce; y, el Artículo 5º de la libertad de acción, en donde la persona no puede ser perseguida ni molestada por actos que no impliquen infracción a la ley, pues la ausencia de dolo por error en el tipo, trae como consecuencia que su acción sea atípica. No será aplicable por ser de menor rango y tratarse de una ley general para todas las ramas del derecho, el Artículo 3º de la Ley del Organismo Judicial, que incluso, contraviene lo regulado en la norma constitucional antes mencionada.

En otros casos, por desvalor de acción (parte subjetiva de la conducta a título de dolo o de culpa), hay un dolo mínimo, en la atenuante de ignorancia (Artículo 26 inciso 9º del Código Penal, se puede solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad, tal como lo establece el Artículo 25 numeral 4o del Código Procesal Penal. En estos casos, el fundamento no es el máximo de la pena que tiene asignada el delito, sino la responsabilidad mínima conforme el juicio de culpabilidad que realiza la fiscalía.

9.3. Errores que no excluyen el dolo

Estos son otros errores sobre elementos no esenciales, como error en el objeto, en el nexo causal, error en el golpe, dolo general, error sobre elementos accidentales, y no pueden tratarse como error de tipo.

9.3.1. Error sobre el objeto de la acción

En este caso es irrelevante la cualidad de objeto o de la persona sobre la cual recae la acción. Ejemplo: Da igual que Pedro le hurte el carro a Francisco, creyendo que lo estaba hurtando a Pablo, o que **A** le dispare de noche a **B** causándole lesiones creyendo que era **C**. En el primer caso siempre habrá hurto y en el segundo, siempre habrá lesiones. En Guatemala se le denomina error en persona como una variante de error en el objeto. Quien comete un delito será responsable de él, aunque su acción recaiga en persona distinta a aquélla a quien se proponía ofender o el mal causado sea distinto del que se proponía ejecutar. (Artículo 21 Código Penal).

9.3.2. Error sobre la relación de causalidad

La desviación sobre el curso causal puede ser esencial, en el caso que un sujeto le cause a otro con intención de matarle, unas heridas de escasa relevancia, pero, por padecer de hemofilia, fallece. “La desviación en el curso causal será esencial si el autor ignoraba esta circunstancia, su conducta sólo podrá ser sancionada como lesiones leves en concurso con tentativa de homicidio”. (Mir en Rodríguez, 2000, p.206)

La desviación no será esencial si se mantiene dentro de lo previsible con arreglo a la experiencia de la vida y no se justifica otra valoración de hecho. Por ejemplo, el plan de autor era lanzar al sujeto desde un puente con el objeto de que se ahogara en el río, pero, en lugar de ahogarse, muere al estrellarse contra unas rocas. En este caso, la desviación será no esencial puesto que el resultado deseado se ha producido de un modo no substancialmente distinto al previsto en el plan del autor, dado que la posibilidad de morir estrellado era previsible y suponía uno de los riesgos de la acción que podía ser advertido por cualquier persona.

9.3.3. Error en el golpe (aberratio ictus desviación de la trayectoria)

Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física de las personas. El autor, por su mala puntería, alcanza a **B**, cuando quería matar a **C**. En este caso, habrá tentativa de homicidio doloso en concurso con un homicidio consumado por imprudencia. Hay concurso ideal porque son bienes jurídicos de dos personas distintas; puso en peligro la vida de **C**, y por imprudencia mató a **B**.

9.3.3.1. Jurisprudencia

Expediente No. 1644-2012 Sentencia de Casación del 21/04/2014
“...En cuanto a la calificación jurídica que, de acuerdo al Código Penal corresponde a los hechos acreditados, es oportuno citar al tratadista Muñoz Conde, quien afirma que: “*la aberratio ictus* se integra cuando el sujeto dirige su actividad a un objeto determinado,

pero por desviación, su actividad recae en otro distinto; más que un error se trata en este caso de una desviación externa de la actividad del sujeto” (...) Cámara Penal, determina que el que se analiza es un caso de *aberratio ictus*, o error en el golpe, pues si bien el ataque del acusado estaba dirigido en contra de su padre, éste se desvió y acertó un machetazo en la cabeza de su hija de dos meses de nacida, causándole la muerte. Nuestra legislación contempla la figura de error en persona, en el Artículo 21 del Código Penal e indica que quien comete un delito será responsable de él, aunque su acción recaiga en persona distinta a aquella a quien se proponía ofender o el mal causado sea distinto del que se proponía ejecutar, que es una regulación de la *aberratio ictus*, que, a pesar del epígrafe del artículo, abarca tanto a los delitos contra las personas como a otros delitos. De conformidad con la acreditación del a quo respecto de la falta de intención del procesado de dar muerte a su hija, no se puede encuadrar el hecho en la figura de parricidio. Se establece que su conducta encuadra en el delito de homicidio, pues la muerte de la menor fue resultado directo de su acción, en la cual había un dolo de ocasionar daños físicos a su padre, y por error en la dirección del machetazo, impactó en la cabeza de la niña. De esos hechos, se desprende que la calificación correcta debió haber sido la de homicidio en el caso de su hija...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal, 2014, pp. 262 y 263).

9.3.4. Dolo general (dolus generalis)

El autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce por un hecho posterior. Ejemplo: El sujeto tras haber estrangulado a su víctima y en la creencia que la mató, la echa en un costal y la pone en el baúl del carro para ir a dejarla lejos, pero la víctima solo estaba desmayada y posteriormente fallece de asfixia por confinamiento dentro del baúl del vehículo. La intención del sujeto era matar a la persona y lo logró.

9.3.5. Error sobre los elementos accidentales

Al ejecutar el delito, el sujeto desconoce las circunstancias que aumentan o disminuyen la responsabilidad como las agravantes o atenuantes. Por ejemplo, una persona mata a otra ignorando que es su padre; se califica como homicidio y no como parricidio. Hurtar un objeto ignorando que tiene un valor religioso o de uso militar o artístico, o científico; comete hurto y no hurto agravado.

Error que en Guatemala se regula de la siguiente forma:

Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en factores o caracteres meramente personales del delincuente, o que resulten de sus relaciones particulares con el ofendido, no se comunican a los codelincuentes.

Las circunstancias atenuantes o agravantes que resulten de la ejecución material del hecho delictuoso o de los medios empleados para realizarlo, sólo se apreciarán respecto de aquellos partícipes que de ellas tuvieron conocimientos antes o en el momento de la acción. (Artículo 30 Código Penal).

10. Tipo imprudente o culposo

A finales del siglo XIX, con el descubrimiento de la máquina de vapor, surgió la industrialización, se inventaron muchas máquinas como el automóvil y con ello aumentaron muertes, lesiones, daños a la propiedad entre otros. Las lesiones a bienes jurídicamente protegidos tipificaron delitos que inicialmente fueron tratados igual al delito doloso, aunque en el derecho hebreo ya había distinción entre homicidio doloso y culposo.

Sin embargo, la necesidad de desarrollo de la sociedad tuvo que permitir actividades con ciertos riesgos jurídicamente aceptados, como conducir vehículos, manejar maquinaria, intervenciones quirúrgicas, e incluso, ciertos deportes como el boxeo o carreras de autos, en donde hay un riesgo implícito. Desde luego, para la práctica de ciertas actividades la sociedad fue reglamentando estas acciones, observando, cuidado en no dañar el interés o los bienes de los demás.

“El delito culposo implica normativamente una exigencia de mucho mayor relación a los actos de los ciudadanos (no sólo no debe matar, sino además debe tener cuidado de no matar”. (Bustos, 1989, p.233). Es por ello que la imprudencia debe ser restringida para evitar los tipos abiertos; de conformidad con el principio de legalidad sustantivo, Guatemala sigue el sistema de números cerrados, porque sólo son punibles los tipos imprudentes expresamente determinados en la ley.

10.1. Concepto de delito culposo

Para Bacigalupo (1994) tipo culposo o imprudente “Es la realización del supuesto de hecho en los que el autor realiza el tipo sin quererlo, pero como consecuencia de su obrar descuidado”. (p.211). Aunque en el Derecho hebreo ya se regulaba el delito culposo o imprudente.

Habló Jehová a Moisés diciendo: Habla a los hijos de Israel, y diles: cuando hayáis pasado al otro lado del Jordán a la tierra de Canaán, os señalaréis ciudades, ciudades de refugio tendréis, donde huya el homicida que hiriere a alguno sin intención. Libro de Números Capítulo 35, versículos 10 y 11)

En el delito culposo, el autor realiza una acción lícita y produce un resultado como consecuencia de la violación de las normas del deber de cuidado, es por ello que la sanción asignada al supuesto

de hecho del tipo imprudente sea menor que la establecida al tipo doloso. “El delito es culposo cuando con ocasión de acciones y omisiones lícitas se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia. Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley”. (Artículo 12 Código Penal).

La ley guatemalteca no brinda una definición de delito culposo solo se refiere a que puede ser causado por imprudencia, negligencia o impericia. Los códigos modernos resumen estas tres palabras en la imprudencia y en la violación del deber de cuidado.

En el concepto legal, se establece la realización de acciones u omisiones lícitas, tales como conducir vehículos, la práctica de algunas profesiones como medicina y la cirugía, trabajos en maquinaria, la administración pública, e incluso, hasta la redacción de una resolución judicial en donde no se ponga el cuidado debido y se produzca un resultado dañoso. Si las conductas están previamente descritas en la legislación penal, encuadran en un tipo culposo, toda vez que no concurren causas de justificación.

La legislación guatemalteca, taxativamente, señala los tipos imprudentes, que atendiendo al bien jurídico protegido por la norma son los siguientes:

a) La vida como el homicidio culposo Artículo 127 CP y el aborto de un tercero, Artículo 139 CP.

b) La salud, lesiones culposas, Artículo 150 CP.

c) La seguridad colectiva, responsabilidad de conductores, Artículo 157.2 CP.

d) Contra el patrimonio, incendio y estrago culposo, Artículo 285 CP, desastres culposos, Artículo 293 CP.

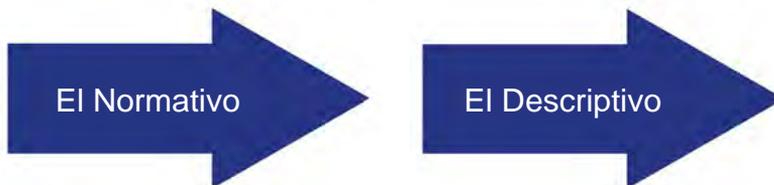
e) Contra la salud colectiva, propagación de enfermedad, Artículo 301 CP, contaminar o adulterar agua, Artículo 302 CP, elaboración peligro de sustancias alimenticias o terapéuticas, Artículo 303 CP, y expendio irregular de medicamentos Artículo 304 CP. Cuando estos tipos se realizan por imprudencia, el Artículo 312 del Código Penal establece que se aplicará la sanción que corresponda rebajada en dos terceras partes.

f) La economía nacional el comercio y la industria, propagación de enfermedad en plantas y animales, Artículo 345 CP.

g) La administración de la justicia, peculado culposo Artículo 446 CP, prevaricato culposo, Artículo 463 CP, evasión culposa, Artículo 472 CP.

10.2. Estructura del tipo imprudente

Para una mejor comprensión de los elementos de tipo imprudente, partiremos de sus elementos objetivos como:



10.2.1. Elemento normativo

Desde un punto de vista objetivo, el elemento normativo consiste en la violación del deber de cuidado, que no se refiere a la correcta conducta, sino a la atención y el esfuerzo de evitar un daño y surge del ámbito jurídico de la relación. El deber de cuidado se desarrolla en normas penales y administrativas, como en el reglamento de tránsito, y todo tipo de reglamento interno de actividades hospitalarias, industriales, entre otras. La violación del deber de cuidado equivale al desvalor de acción, como la desaprobación que el ordenamiento jurídico realiza de la conducta, por ejemplo, la persona que conduciendo un automóvil atropella a otra que fallece (homicidio culposo).

10.2.2. Elemento descriptivo

El elemento descriptivo consistirá en el resultado o puesta en peligro del bien jurídico como consecuencia de la violación de la norma del deber de cuidado. Los delitos de resultado son los que

producen un cambio en el mundo exterior traducido en una efectiva lesión al bien jurídico protegido, tal es el caso del homicidio culposo o lesiones culposas, que en este caso constituyen el desvalor de resultado. Sin embargo, también se admite la puesta en peligro del bien jurídico como en el tipo penal de responsabilidad de conductores. Para la integración del concepto, injusto penal es necesario el desvalor de acción, más el desvalor de resultado.

Aunque la violación de las normas del deber de cuidado es el principal fundamento del delito imprudente, externamente se traduce en términos que se refieren a lo mismo como la imprudencia, negligencia e impericia. Hay ciertas actividades que requieren conocimientos especiales o una preparación técnica para realizarlas, de donde se deriva la obligación de omitir acciones peligrosas. Su inobservancia da lugar a la impericia profesional, siendo el ejemplo, la conducción de vehículos de transporte colectivo que solo está permitido a pilotos con licencia profesional clase "A". En la misma forma, la exigencia del deber de preparación e información previa, especialmente para los cirujanos, como consultar la historia clínica del paciente, o los cuidados que requiere un paciente inmediatamente después de la operación, cuando se viola el deber de cuidado se le denomina negligencia médica. Es por ello que al decir negligencia o impericia genéricamente nos estamos refiriendo a la imprudencia.

10.3. Elemento subjetivo

Para el tipo imprudente o culposo, la doctrina dominante concluye que no hay elemento subjetivo por ausencia de intención de causar un resultado dañoso. No se debe confundir con las clases de culpa que no constituyen el elemento subjetivo.

10.4. Clases de culpa

10.4.1. Culpa consciente o con representación en donde “no se quiere causar la lesión, se advierte la posibilidad y, sin embargo, se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya el dolo eventual”. (Mir, 1990, p. 290). Por ejemplo, adelantar o rebasar en una curva al conducir un vehículo.

En el caso del conductor de un vehículo que se emborracha sabiendo que tiene que conducir de regreso a su casa, advierte la posibilidad de tener un accidente, pero confía en su destreza para manejar, que el resultado no sucederá, él reconoce las consecuencias del peligro de la violación de la norma del deber de cuidado, pero confía en su destreza o experiencia, y sin embargo provoca, por ejemplo, un homicidio. En este caso hay culpa consciente, en la cual se impone el doble de la pena de conformidad con el Artículo 127 del Código Penal para el homicidio culposo, no hay dolo eventual en la producción del resultado. Diferente es emborracharse a propósito (*actio libera in causa*) para atropellar a la persona **X**, pero en el camino se le presenta la persona **Z**, y la atropella; en este caso concurre dolo eventual.

10.4.2. Culpa inconsciente en la que el autor no previó, ni siquiera imaginó el peligro que produjo el resultado dañoso, que es la consecuencia de la violación del deber de cuidado.

10.5. Previsibilidad objetiva

El deber de cuidado obliga a la persona a realizar los actos lícitos con prudencia, pero, además, internamente, a prever o advertir la presencia de un peligro que pueda causar un resultado; es lo que Binding en Mir (1990, p.290), denomina “deber de examen previo.” La previsibilidad objetiva adquiere mayor importancia cuando se trata de imputar objetivamente un resultado dañoso a una persona que realiza una acción u omisión, es por ello que constituye uno de los elementos de la causalidad adecuada.

10.6. El Riesgo permitido

Riesgo permitido es la tolerancia social de un cierto grado de riesgo para el bien jurídico, y el que obra dentro de los límites de esa tolerancia no infringe el deber de cuidado y por lo tanto su conducta no es típica. Parte del riesgo permitido es el principio de confianza o sea el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán su deber de cuidado. Por ejemplo, el que pasa de una esquina a otra viendo que el semáforo está en verde, confía en que los demás conductores no crucen la esquina porque para ellos el semáforo estará en color rojo, o el médico que opera sabiendo que el anestesista utilizó la cantidad y el medicamento adecuado. Los demás médicos se fían que el jefe

de la unidad velará por los cuidados pos-operatorios del paciente sometido a una cirugía.

Hay riesgo permitido, en conductas que produzcan lesiones o cualquier resultado dañoso como consecuencia de la violación a las reglas de determinados deportes violentos autorizados por la autoridad. El Artículo 153 del Código Penal, exime de responsabilidad penal los resultados producidos por practicar el boxeo, karate, carrera de automóviles, e incluso, lesiones en el fútbol muy acostumbradas en ese deporte.

El elemento subjetivo se refiere a los conocimientos que se exigen en determinadas actividades para el hombre medio o prudente. Algunas legislaciones no admiten la exigencia mayor para personas que tienen conocimientos especiales como algunos médicos, sino que basta con que observen las normas de cuidado generales. Sin embargo, en Guatemala, se sigue la tendencia de requerir conocimientos especiales para determinadas actividades y es por ello que, en el homicidio culposo, se sanciona con una pena más grave al conductor de un autobús o camión, ya que para esa actividad requiere un mayor cuidado en la conducción de un vehículo y mayor experiencia puesto que para ello deben poseer licencia profesional.

10.7. Jurisprudencia

Expediente No. 1629-2015 Sentencia de Casación del 03/05/2016
“...Cámara Penal considera que la Sala incurrió en el error

señalado por el casacionista, en virtud que del hecho acreditado se desprende que la conducta del sindicado se enmarca en el delito de lesiones culposas, ya que de la prueba aportada en el juicio se acreditó que la acción del sindicado se tipifica en una acción culposa, porque este no tenía la intencionalidad de causarle daño a la víctima (...), por lo que no existió dolo, sino por el contrario, la lesión física causada a la niña que abarcaron un veinticinco por ciento de la superficie corporal, fue por la imprudencia de tirar la olla de agua al suelo sin percatarse que la niña estaba presente en ese lugar y las consecuencias que podría generar dicha conducta, lo cual no se acreditó que fuera con el ánimo de provocarlas, configurándose los elementos que tipifican la figura de lesiones culposas, al descartarse la intencionalidad de causar el daño provocado...”. (CENADOJ, Criterios Jurisprudenciales, p.310)

10.8. Graduación de la imprudencia

La graduación de la imprudencia especialmente para los efectos de la ponderación de la pena, se realiza tomando en consideración la previsibilidad objetiva en las normas del deber de cuidado, y dan lugar a circunstancias modificativas de responsabilidad penal. Cuando el resultado dañoso se produjo en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever, constituye la atenuante de: “Dificultad de prever. En los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever”. (Artículo 26 inciso 10 Código Penal).

Por el contrario, si el resultado fue producido en circunstancias que lo hacían fácilmente previsible, configura la agravante: “Facilidad de prever. En los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían probable o fácilmente previsible”. (Artículo 27 inciso 21 Código Penal). En este caso se vulneró la norma de deber de cuidado basada en la falta de previsibilidad objetiva.

Ejercicios de comprensión de lectura del Capítulo IV La Tipicidad

Después de leer este capítulo, en hojas adicionales copie y conteste las siguientes preguntas. Para ello debe utilizar el módulo.

1. Escriba el concepto de tipicidad.
2. Escriba las tres funciones del tipo penal, explique una.
3. ¿Qué diferencia hay entre tipo objetivo tipo subjetivo?
4. Explique los elementos esenciales del tipo.
5. De acuerdo a la división tripartita del dolo, ¿Qué diferencia hay entre dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado?
6. ¿En qué consiste el error del tipo?
7. ¿Cuáles son los efectos del error de tipo?
8. ¿Cuáles son los elementos del delito imprudente?
9. Escriba cinco delitos culposos y el artículo que los regula.
10. Escriba una atenuante y una agravante para delitos culposos tomando en cuenta la previsibilidad objetiva.

LA ANTIJURICIDAD

1. Concepto de antijuricidad

En sentido amplio, la antijuricidad es toda conducta contraria al derecho; por ejemplo, no pagar la renta en un contrato de alquiler, no asistir al trabajo sin excusa, y abarca todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, para el derecho penal son importantes solo las acciones antijurídicas que encuadran en un tipo penal llamadas conductas típicas, denominadas conductas penalmente relevantes, o injustos penales. Es indiferente utilizar los términos antijuricidad o antijuridicidad.

En sentido estricto “La antijuridicidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones o mandatos 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 de valor”. (Roxin, 1997, p. 557).

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). La antijuricidad es también un juicio de valor realizado en la conducta del sujeto. Es por ello que una conducta puede ser típica pero no antijurídica.

1.1. Antijuricidad formal

Es la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico. En las conductas prohibidas el autor realiza lo contrario a lo establecido por la norma, por ejemplo, matar a una persona. En las conductas imperativas, el autor no realiza la acción a que está obligado, como la falta de pago de las pensiones alimenticias. A estas conductas también se les denomina como disvalor de acción, sin embargo, no basta con que la conducta sea contraria al ordenamiento jurídico, además, es necesaria la antijuricidad material o disvalor de resultado.

1.2. Antijuricidad material

Es la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado. Especialmente para los delitos de resultado en donde se exige la existencia de un daño o puesta en peligro de un bien jurídico, también se le conoce con el nombre de disvalor de resultado.

Para que exista una acción u omisión típica y antijurídica, es necesario que la conducta sea contraria al derecho (antijuricidad formal) y además la existencia de una lesión, daño efectivo, o puesta en peligro del bien jurídico (antijuricidad material). Por ejemplo, en el caso de posesión para el consumo la antijuricidad formal se encontrará con la posesión de una cantidad mínima de droga y que se presuma para su consumo inmediato; no obstante, no hay antijuricidad material puesto que con solo portarla no se está causando daño al bien jurídico que en este caso es la salud

individual. En la falsedad ideológica, es cuando las declaraciones falsas que se insertan en el documento público si no producen daño a ninguna persona no hay antijuricidad material.

Desde un punto de vista procesal, es muy importante la interpretación de la antijuricidad material, puesto que cuando sea muy necesaria la imposición de una medida sustitutiva de caución económica, la cantidad debe de fijarse en proporción al daño causado, puesto que, si el bien se encuentra consignado al Ministerio Público, el titular del mismo puede solicitar en cualquier momento su devolución. Distinto es, si el bien jurídico está destruido o dañado total o parcialmente, la caución económica debe guardar una relación proporcional con el daño causado. “Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado”. (Artículo 262 código Procesal Penal, penúltimo párrafo).

2. Efectos de la antijuricidad

- 2.1.** Que la conducta del sujeto contraviene una norma penal.
- 2.2.** La existencia de una lesión efectiva o la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma.
- 2.3.** Si la conducta es típica y antijurídica, el siguiente paso es examinar la culpabilidad, siempre y cuando no existan causas de justificación.

3. Función de la antijuricidad

Esta función se aplica en la práctica, pues para que se configure la antijuricidad, debe haber antijuricidad formal y material, y que no existan causas de justificación. Muñoz y García (2015), le denominan juicio de antijuricidad, que “se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurren o no alguna causa de justificación”. (p.321).

4. Causas de justificación

4.1. Concepto de causas de justificación

Para que pueda configurarse el concepto delito, es necesaria la existencia de una conducta humana traducida en acción u omisión, que encuadre en uno de los tipos penales regulados en la legislación y que sea antijurídica en la que no concorra alguna causa de justificación. Por lo que las causas de justificación son el elemento negativo de la antijuricidad.

Las causas de justificación son condiciones que justifican el actuar de la persona en una conducta inicialmente prohibida, pero que al concurrir situaciones justificantes su actuar es lícito. Este acto justificado prácticamente es un permiso del orden jurídico para realizar conductas aparentemente antijurídicas.

El fundamento de las causas de justificación estriba en ser el medio para alcanzar el fin de convivencia que el Estado regula. Al respecto, Zaffaroni (1998), indica: “Es difícil señalar un fundamento para todos los tipos permisivos, aunque la teoría del “fin” puede ser un indicador: el fin de coexistencia demanda que en ciertas situaciones conflictivas se concedan derechos a realizar conductas antinormativas, los que tiene por límite el propio fin que emergen”. (p.487).

Es por ello que su naturaleza no se basa en una teoría, sino que se aplican diversos criterios, dentro de ellos, el principio de ponderación de intereses, por medio del cual se protegen bienes más valiosos que los lesionados por la realización de la conducta típica. En el caso de estado de necesidad tiene relevancia la proporcionalidad del daño al bien jurídico y el de prohibición de exceso para el caso de legítimo ejercicio de un derecho.

Además, la concurrencia de la norma que regula la legítima defensa (norma permisiva) es importante que el que defiende su vida, por ejemplo, responda con una respuesta racional dependiendo del modo, forma y circunstancias de la agresión ilegítima, en el estado de necesidad que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

4.2. Causas de justificación en el Código penal de Guatemala

Se regulan en el Artículo 24 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, en el Título III, de las causas que eximen de la responsabilidad penal.

- 

24.1° Legítima defensa
- 

24.2° Estado de necesidad
- 

24.3° Legítimo ejercicio de un derecho

5. Elementos de las causas de justificación

5.1. Elemento objetivo

Es la existencia objetiva de la situación justificante. Es decir, que en la realidad exista como en algún caso, una agresión ilegítima. Por ejemplo, si el agresor apunta hacia otro con una pistola y al mismo tiempo lo insulta y amenaza, constituyen circunstancias

que reflejan la existencia de una agresión que pone en peligro la vida o integridad de la persona que se defiende.

5.2. Elemento subjetivo

Además de la existencia de la situación justificante, es necesario que el autor la conozca y actúe en congruencia con ella para repeler o evitar el mal. Este elemento es parecido al dolo, pues se requiere conocimiento y voluntad.

Para que se configure alguna causa de justificación es indispensable la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos, subsumiendo en los supuestos de la causa justificante en particular.

6. Error en los elementos de la causa de justificación

El desconocimiento de alguno de los elementos, ya sea objetivo o subjetivo, tiene sus efectos en la graduación de la culpabilidad, ya sea por tratarse de una causa de justificación incompleta o un error de prohibición, temas que serán tratados en el tema de la culpabilidad, pues los efectos son la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal.

7. Efectos de las causas de justificación

7.1. Exclusión de la antijuricidad, ya que por concurrencia de una causa de justificación o permisiva, la acción es típica, pero no antijurídica. No se configura el concepto delito.

7.2. Eximen la responsabilidad penal. Porque la culpabilidad puede darse una vez comprobada la antijuricidad.

7.3. Procesalmente, una vez probada la legítima defensa, se puede obtener un sobreseimiento, o si hubo juicio penal, una sentencia absolutoria.

7.4. Impide la imposición de una sanción penal al autor de un hecho típico.

7.5. Exención de la responsabilidad civil por ausencia de delito o falta. Excepto en el estado de necesidad, en donde la responsabilidad civil, se declarará siempre. “En el caso del inciso 2º del Artículo 24, la responsabilidad civil se declarará siempre y se distribuirá entre las personas a cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción del beneficio que hubieren reportado. Los tribunales señalarán a su prudente arbitrio, la cuota proporcional por la que cada interesado debe responder”. (Artículo 117 del Código Penal).

8. Legítima defensa

La legítima defensa es la acción humana ejercida para defenderse o defender a otra persona de un ataque de otra persona, injusto, actual o inminente. “Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra”. (Artículo 24 inciso 1º del Código Penal).

Partiendo de las categorías del delito, se debe tratar de una acción humana defenderse ante un ataque de otra persona humana. Si la defensa es ante el ataque de un animal (perro, caballo entre otros) habrá estado de necesidad. La defensa se realiza por los bienes o derechos individuales, pero no colectivos. Puede defenderse el agredido o bien defender a un tercero.

8.1. Sujetos de la legítima defensa

Se denomina sujetos de la legítima defensa:

a) el agresor es la persona que realiza el ataque y pone en peligro los bienes jurídicos; y,

b) el defensor es persona titular de los derechos o bienes jurídicos a quienes va dirigida la agresión, o quien defiende los derechos o bienes propios o de un tercero

8.2. Fundamento de la legítima defensa

Partiendo de la máxima “nadie puede ser obligado a soportar lo injusto”. La doctrina dominante establece un fundamento individual (defender los derechos y bienes de la persona) y un fundamento colectivo o social (defender el orden jurídico), ya que, en este caso, como afirma Mir (1990): “Mientras el agresor niega el derecho y el defensor lo afirma”. (p.459)

8.3. Requisitos legales (Artículo 24. 1º Código Penal)

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la 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 pretende 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.

A) Agresión ilegítima

La agresión es una conducta traducida en un ataque que pone en peligro inminente bienes jurídicos como la vida, la integridad, o la salud de la persona, el patrimonio, la libertad o la intimidad en el caso del allanamiento de morada.

Requisitos de la agresión ilegítima:

i) La agresión tiene que ser dolosa, no culposa.

ii) Ilegítima, o sea, contraria a derecho, es necesario que esta conducta subsuma uno de los tipos penales regulados por la legislación.

iii) Real, que exista en la realidad y no solamente en la mente o imaginación de la persona que cree que es agredida, pues de lo contrario, estaremos ante una defensa putativa regulada en el Artículo 25 inciso 3° del Código Penal, y no configura la conducta permisiva, dependiendo de las otras circunstancias, si es invencible, será una eximente de responsabilidad penal, y si es vencible, habrá una causa de justificación incompleta cuyos efectos son atenuar la pena, como en el Artículo 26 inciso 14 del Código Penal.

Se exceptúan los casos en donde aparentemente no existe la agresión, sin embargo, por el ciclo de la violencia y en el síndrome de mujer maltratada ^{se} explica que “aunque en ese momento no exista la agresión, la mujer, que es continuamente maltratada, actúa para prevenir otras agresiones futuras, incluso su propia

muerte, ya que su menor fuerza física le impide enfrentarse al hombre cara a cara o en condiciones de igualdad.

El ciclo de violencia se principia con:

- I) Etapa de aumento de tensión;
- II) Etapa de incidente agudo o agresión; y
- III) La reconciliación o luna de miel. Además de los síntomas psicológicos, la mujer maltratada que ha sufrido por lo menos dos veces el ciclo de violencia, presenta, además, el síndrome de indefensión aprehendida, está sujeta consciente o inconscientemente a las creencias racionales respecto al rol de género y se encuentra aislada socialmente.

Al respecto Muñoz y García (2015), indican:

Ciertamente, no se puede decir de modo general que en estos casos se configure el requisito de agresión antijurídica y actual o inminente, pero tampoco puede excluirse que, en situaciones de este tipo, puedan invocarse por la mujer (u otras personas físicamente débiles en situaciones parecidas) la legítima defensa, aunque la mayoría de las veces será más fácil apreciar el miedo insuperable o cualquier otra exención de culpabilidad, o todavía en el ámbito de las causas de justificación, el estado de necesidad".(p.350)

IV) Actual e inminente. La necesidad de defensa se justifica al ser actual ante un ataque inminente o que persiste, no para cuando el ataque produjo un daño al bien jurídico; es por ello que la legítima defensa debe ser en una situación anterior a producir el daño (ex ante).

B) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

Este requisito ha dado lugar a erróneas interpretaciones, pues suponen una proporcionalidad en las armas para atacar o defenderse (impedir o repeler la agresión). El equívoco consiste en pensar que ante un ataque con machete debe repelerse con machete, o con arma de fuego que no cause la muerte al agresor. En otro caso, considerar que no es racional impedir el ingreso de personas a una vivienda y para el efecto circular el terreno con alambre de púas que se conecta a la electricidad. En este caso, es racional tal defensa ex ante, por la situación de violencia que se vive en Guatemala.

La necesidad de la racionalidad del medio empleado depende de las circunstancias concretas del caso real y que no haya otro medio racional para defenderse. El que repele el ataque utiliza lo que esté a su alcance para defender su persona o defender un tercero. Como dice Bacigalupo (1994) al referirse a la exigencia de que la necesidad sea racional.

La necesidad de la acción de defensa es racional cuando es adecuada para impedir o repeler la agresión. La relación entre la agresión y la acción necesaria para impedir la o repelerla debe ser tal que se pueda afirmar que, de acuerdo con las circunstancias del hecho, la acción concreta de defensa será adecuada para repeler o impedir la agresión concreta. (p.125)

En un caso guatemalteco, el individuo **A** pretendía violar a la menor **X**, cuando ella iba hacia la escuela; al acudir en su auxilio su hermana y su madre, el agresor hirió a las tres y se dio a la fuga. Las autoridades locales ordenaron a **B** que era un policía militar ambulante, que persiguiera al agresor **A**. **B** le suplicó a **C** que lo llevara en su motocicleta y lo localizaran. Enseguida, el policía militar le pidió que **A** se identificara con sus documentos, pero en vez de enseñárselos lo atacó con su machete, habiéndole hecho retroceder como cincuenta metros. El policía con su ametralladora hizo varios disparos al aire para amedrentarlo, pero **A** lo atacó con furia provocándole una herida en una rodilla hasta que el policía hizo algunos disparos en el cuerpo de **A**, quien como consecuencia falleció.

En primera instancia, la sentencia fue absolutoria por haber obrado en legítima defensa. Al revisar el fallo, la Sala lo revocó por suponer que hubo exceso en la defensa por considerar que no había proporcionalidad ofensiva entre el machete y la subametralladora, y que el policía militar, experto en armas, debió en todo caso, disparar a las piernas y no causar la muerte de **A**; no se llenaba el

requisito de necesidad racional en el medio empleado, le imponen ocho años de prisión.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia por recurso de casación de fecha 1 de junio de 1977, absolvió al acusado y se produjo la siguiente doctrina:

” Efectivamente, la procedencia de esta exigencia *legal depende* en cada caso de las características físicas y psicológicas del agresor y de quien se defiende, así como de las particularidades del lugar y tiempo de la agresión y de los medios empleados que pudieran estar al alcance del agredido.” Programa de Justicia, Módulo Teoría del delito, 2001, p.90)

C) Falta de provocación suficiente por parte del defensor

Provocar, es estimular, incitar al agresor a realizar el ataque a derechos o bienes del defensor o de un tercero. Por suficiente, se entiende, incitar a una agresión antijurídica, aunque no culpable por reacción al estímulo: No es lo mismo provocar a una persona de la que se sabe que tiene carácter violento, que incitar a un inimputable (niño, ebrio o enfermo mental). En este último caso la agresión es antijurídica, pero no culpable.

Si existe provocación suficiente por parte del defensor no se configura la legítima defensa; aunque la ley guatemalteca no exige este requisito, 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.

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretende 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.

8.4. Jurisprudencia

Expediente No. 706-2013 Sentencia de Casación del 10/10/2013
“...la acción es típica, pero el impugnante invoca la concurrencia de una causa de justificación, cuyo efecto es excluir la antijuridicidad. La legítima defensa es la acción humana ejercida para defenderse de un ataque de otra persona, injusto, actual o inminente. La defensa se realiza por los bienes o derechos individuales. El Código Penal, en el Artículo 24 numeral 1º establece los requisitos legales para configurar la legítima defensa, siendo estos: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y c) falta de provocación suficiente por parte del defensor. Al analizar las circunstancias que requiere el Artículo 24 citado, para configurar la legítima defensa, sin mayor esfuerzo es fácil advertir que éstas no están contenidas en el hecho acreditado. Tales circunstancias fueron detalladas puntualmente por el recurrente en el memorial interposición del recurso de casación, pero no tienen soporte en los hechos de la causa, es decir, las razones por las que arguye que existe legítima defensa, no son fieles a los hechos fijados por

el a quo, desconoce las conclusiones fácticas, al enunciar solo en forma parcial y según su apreciación personal los hechos...” (CENADOJ, Criterios Jurisprudenciales Penal, 2013, pp. 433 y 434).

De esta jurisprudencia se puede inferir, que la defensa en la litigación además de argumentar los hechos que deben de subsumir en los elementos de la legítima defensa, debe contar con evidencias que prueben cada proposición fáctica que propone, para que su teoría del caso pueda tener buenos resultados, por ser jurídicamente convincente.

9. Estado de necesidad

Es una situación o circunstancia en donde el individuo para salvarse, o proteger bienes jurídicos de terceros de un mal o peligro, afecta otros bienes de menor valor a los dañados. Siempre que el peligro no se cause de manera voluntaria y que no haya otra forma de evitarlo. Dependiendo de situaciones específicas, la proporcionalidad del bien jurídico sí es determinante para su calificación.

Tiene su fundamento en “la necesidad de salvar un interés mayor, sacrificando al menor, en una situación no provocada de conflicto extremo”. (Zaffaroni, 1998, p.501). “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". (Artículo 24 inciso 2º del Código Penal).

9.1. Requisitos del estado de necesidad

A) Realidad del mal que se trate de evitar

Se refiere a que este peligro o mal que pueda dañar al bien jurídico debe existir en la realidad y no en la imaginación del autor. Este mal o perjuicio debe ser inminente (que persiste), producto de la naturaleza o de la conducta humana. Si la situación de peligro no es real hay estado de necesidad putativo.

B) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo

La acción realizada para evitar el peligro al bien jurídico tendrá como consecuencia la afectación a un derecho o al patrimonio de un tercero, pero se exige que este mal sea inferior o igual al que se pretende evitar.

En los casos en donde el bien jurídico no es mayor, sino igual, será tratado más adelante como estado de necesidad disculpante. Al igual, el estado de necesidad putativo será tratado en el error de prohibición indirecto en el tema de la culpabilidad como categoría del delito.

C) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo

Quien realiza la acción y omisión de salvar el bien jurídico debe agotar todos los recursos y medios menos perjudiciales a su alcance, antes de acudir a la situación de necesidad. Ejemplo típico, el que mata a un perro que lo ataca.

Posterior al conflicto armado, en el departamento de Quiché había detenciones ilegales por parte de la policía, y por temor a que la muchedumbre quemara al juzgado o le diera muerte al sindicato,

a veces por una falta o aun no existiendo flagrancia, o que el hecho no constituyera delito, la persona era aprehendida y en la primera declaración, por estado de necesidad se solicitaba que el imputado quedará temporalmente detenido, mientras se calmaban los ánimos de la población, y después de transcurrir un plazo corto, se pedía la libertad del imputado e inmediatamente los jueces la otorgaban. En estos casos, tanto la policía, incluso la defensa, después de valorar el bien jurídico, vida, contra el bien jurídico, libertad, actuaba en estado de necesidad para proteger al imputado de un linchamiento.

El último párrafo del artículo expresa “No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse”. Esta disposición es para determinadas profesiones como el bombero, el policía y el soldado, quienes tienen que afrontar peligros inherentes a su profesión. No pueden alegar estado de necesidad para salvarse ellos, pero sí hacia terceros. Por ejemplo, el bombero que destruye parte de una casa que se está incendiando para salvar a unos niños.

9.2. Efectos del estado de necesidad

Exime la antijuricidad y, en consecuencia, la responsabilidad penal, pero no la responsabilidad civil. “Responsabilidad Civil en caso de Estado de Necesidad. Artículo 117 CP. En el caso del inciso 2º del Artículo 24, la responsabilidad civil se declarará siempre y se distribuirá entre las personas a cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción del beneficio que hubieren reportado. Los

tribunales señalarán, a su prudente arbitrio, la cuota proporcional por la que cada interesado debe responder”. (Artículo 117 del Código Penal).

9.3. Jurisprudencia

Expediente No. 1018-2015 Sentencia de casación del 21/04/2016 “...de la integralidad de la sentencia se establece que en los razonamientos del *a quo*, el mismo determinó que la acción del procesado fue imprudente y debida a una estado de necesidad, conforme los elementos derivados del análisis del estado de necesidad, se determina que puede presentarse al momento en el que la persona realiza el ilícito para proteger bienes jurídicos ajenos, en el caso bajo análisis precisamente el procesado decidió proteger la propiedad del dueño de los semovientes que estaban bajo su cuidado, por lo que imprudentemente decidió salir en la búsqueda de los mismos que habían escapado del lugar en el que se encontraban (...).

El elemento negativo que concurrió en este caso fue el establecido en el numeral 2o. del Artículo 24 del Código Penal, debidamente fijado en el hecho acreditado por el *a quo*, cuya concurrencia con el resto de elementos elimina el elemento antijuridicidad de la conducta realizada por el sindicado. Si bien pudieron darse las circunstancias fácticas exigidas por el tipo penal de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, en este caso no existió responsabilidad penal del acusado en virtud de estar eximido de la misma por establecerse el estado de necesidad,

para salvaguardar bienes jurídicos ajenos, que concurrió en su actuar...”. (CENADOJ. Criterios Jurisprudenciales Penal, 2016, p.433)

10. Legítimo ejercicio de un derecho

Regulado en el inciso 3º del Artículo 24 del Código Penal, que establece: “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”.

Si el empleado o funcionario público realiza un acto ordenado o permitido por la ley, su actuación es atípica. El problema penal aparece cuando son acciones u omisiones típicas perjudiciales que dañen bienes jurídicos, en donde no realizan la acción a que están obligados, o bien excedan el ámbito de su competencia y sus atribuciones.

En estos casos, por el principio de legalidad regulado en el Artículo 154 Constitucional, la actuación de los funcionarios y empleados públicos debe realizarse dentro de la ley, pero cuando la infrinjan serán responsables penal y civilmente de sus actos.

Otros ejemplos; el policía que en un tiroteo con integrantes de una banda de delincuentes, causa lesiones, incluso la muerte de

uno o varios de ellos, o bien la utilización de la fuerza razonable para la detención de un sindicado, hasta la persona que ayuda a la justicia en el caso de aprehensiones en flagrancia realizadas por particulares como establece el segundo párrafo del Artículo 257 del Código Procesal Penal, o la corrección que hacen padres a hijos en el ejercicio de la patria potestad; todos estos actos permisivos están dentro, de los principios de necesidad y proporcionalidad del acto que realicen.

No se puede incluir dentro de esta exención penal a los sujetos que actúen fuera del ámbito de sus atribuciones, o no se den los presupuestos que establece la ley para realizar los actos. Por ejemplo, agentes de la policía que participen en un allanamiento y se apropien de objetos personales como joyas u otros bienes encontrados en el domicilio en donde se practica la diligencia.

Ejercicios de comprensión de lectura del Capítulo V La Antijuricidad

Después de leer este capítulo, en hojas adicionales copie y conteste las siguientes preguntas. Para ello debe utilizar el módulo.

1. ¿En qué consiste la antijuricidad formal o disvalor de acción?
2. ¿En qué consiste la antijuricidad material o disvalor de resultado?
3. Escriba un concepto de causas de justificación.
4. Enumere dos efectos de las causas de justificación.
5. Escriba un concepto de legítima defensa y su fundamento legal.
6. ¿Quiénes son los sujetos de la legítima defensa?
7. Enumere los elementos o requisitos legales de la legítima defensa.
8. Escriba ¿Cuáles son los requisitos o elementos de la agresión ilegítima?
9. Escriba un concepto de estado de necesidad y su fundamento legal.
10. Escriba un concepto de legítimo ejercicio de un derecho y su fundamento legal.

LA CULPABILIDAD

1. Introducción

Una vez analizada la conducta humana en el caso concreto, si la acción típica es antijurídica por la no concurrencia de causas de justificación, el siguiente paso será determinar jurídicamente si hay culpabilidad o responsabilidad penal para la imposición de una pena. Conforme el Artículo 386 del CPP, los jueces de sentencia, los de primera instancia, los jueces de paz en los delitos menos graves, al dictar sentencia, deben determinar la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, como lo establece el Artículo 386 del Código Procesal Penal. Si existe culpabilidad la consecuencia es la responsabilidad penal para los efectos de la imposición de una pena. En la sentencia, es obligación de los jueces explicar al pueblo de Guatemala las razones que tuvo el tribunal para determinar la existencia del delito, la responsabilidad y la ponderación de la pena.

Inicialmente, la culpabilidad consistía en la relación subjetiva o psicológica del sujeto con el resultado, a título de dolo o imprudencia (culpa) Esta concepción psicológica de culpabilidad actualmente ya fue superada. En la teoría dominante, el dolo y culpa se ubican en la acción típica.

Después surgió la concepción normativa de culpabilidad como un juicio de reproche por la realización de una conducta típica y antijurídica, pudiendo el agente actuar en forma distinta. El

fundamento de esta teoría fue el libre albedrío que se supone tiene el ser humano para elegir entre el bien y el mal. Pero el libre albedrío es cuestionado por el determinismo que explica que la forma de pensar y tomar decisiones es producto de una serie de factores económicos, sociales, políticos, religiosos entre otros. Especialmente, en una época en que los medios de información influyen fuertemente en la forma de pensar del ser humano.

2. El Fundamento de la culpabilidad

En un Estado democrático, el Derecho penal tiene su fundamento en la Constitución de la República, y a partir de ella surgen las instituciones y los contenidos del Derecho penal sustantivo. Por ejemplo, si se trata de definir el concepto culpabilidad, se debe partir de los fines de la pena que de conformidad con el Artículo 19 de CPRG, tiene un fin la readaptación social y reeducación, inmerso dentro del mismo la prevención especial dirigido al condenado y la prevención general como una conminación a la sociedad para que no realicen conductas prohibidas, o bien realizar conductas previamente ordenadas por la ley. Aquí es importante recalcar la función motivadora del tipo penal.

Es deber del Estado velar por la vida, la seguridad, la libertad y la justicia en condiciones de igualdad para todos sus habitantes, sobre todo, el respeto a la dignidad humana. Para la imposición de la pena debe tomarse en cuenta su finalidad resocializadora y que la persona conozca el contenido de la norma penal dentro de un contexto pluricultural, multiétnico y multilingüe.

La pena no cumple sus fines en un enfermo mental, que padezca de desarrollo psíquico incompleto o en alguien que actuó bajo trastorno mental transitorio. En estos casos, por el principio de igualdad y dignidad a las personas no se les puede imponer una pena, sino una medida de seguridad.

3. Concepto de culpabilidad

Actualmente, la culpabilidad puede definirse como un juicio de reproche, siempre y cuando el sujeto tenga capacidad para motivarse o determinarse de acuerdo con la comprensión de sus acciones, que además tenga conocimiento de la antijuricidad de la conducta realizada, y que al sujeto le era exigible obrar de otro modo, y no cómo lo hizo. Cumpliendo estas circunstancias, la persona es culpable, penalmente responsable y como consecuencia del delito, se podrá imponer una pena.

En sentido contrario, la conducta puede ser típica y antijurídica, pero si la persona no tiene la capacidad para motivarse por no comprender su conducta (caso de los inimputables o incapacidad de culpabilidad), si el sujeto no conoce el contenido de la norma (error de prohibición), y no le es exigible obrar de determinada conducta, los fines de la pena no se cumplirían en el condenado, y se debilita el Estado de Derecho por violar el principio de culpabilidad como fundamento de la pena.

En los casos de incapacidad de culpabilidad, si fuere necesario llevarlos a juicio penal, tendrán que ser juzgados por el procedimiento específico para la imposición de una medida de seguridad y corrección, regulado en el Artículo 484 del Código Procesal Penal.

4. Elementos de la culpabilidad

Capacidad de culpabilidad

Conocimiento de la antijuricidad

Exigibilidad de la conducta

Si concurren estos elementos de la culpabilidad, la consecuencia será la responsabilidad penal para la imposición de una pena por una conducta que se denomina derecho penal de acto, en donde se juzga y se impone la sanción que corresponde por lo que el sujeto realizó, no por lo que es.

4.1. Capacidad de culpabilidad

La capacidad consiste en aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, salud mental entre otras) “La capacidad de motivación es la capacidad de motivarse por el cumplimiento del deber.

Esta capacidad requiere

a)

La capacidad de comprender la desaprobación jurídico penal,

b)

La capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión”. (Bacigalupo, 1994, p. 156)

Para la imposición de una pena es necesario que la persona haya realizado una conducta típica y antijurídica, en el pleno uso de sus facultades mentales, que la persona esté gozando de salud emocional y psíquica, entendiendo por salud un estado de bienestar completo físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia. (OMS, <https://www.who.int>), y que además sea mayor de edad. Por ello a la capacidad de culpabilidad también se le denomina imputabilidad.

Su antítesis es la ausencia de capacidad para la imposición de una pena, y se le llama inimputabilidad. En Guatemala se regula en el título III como Causas que excluyen de responsabilidad penal, y en el capítulo I, la Inimputabilidad.

“No es imputable:

4.1.1. Adolescentes en conflicto con la ley penal

Adolescente es la persona comprendida desde trece hasta dieciocho años de edad, así lo preceptúa el Artículo 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia. Los niños y los adolescentes aún no han alcanzado la madurez física y mental para la comprensión de sus actos y merecen la protección del Estado; por esa circunstancia, el Derecho penal considera que cuando realizan injustos penales, no se les puede imponer una pena, sino una sanción socioeducativa, según el Artículo 238 de la Ley PINA; de allí su calidad de inimputable.

El primer supuesto, menor de edad, se refiere a los adolescentes en conflicto con la ley penal; su fundamento legal deriva del Artículo 20 constitucional, y se desarrolla en el Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia.

Actualmente, se garantizan los derechos del adolescente en conflicto con la ley penal, pues existe un procedimiento específico para ellos que requiere jueces, fiscales y defensores públicos especializados en la materia. La defensa de derechos del niño y adolescente, así como de personas mayas y mujeres, constituyen uno de los ejes transversales del Instituto de la Defensa Pública Penal, por medio de unidades de defensa especializadas en diferentes grupos vulnerables como niñez y adolescencia, género, maya y garífunas.

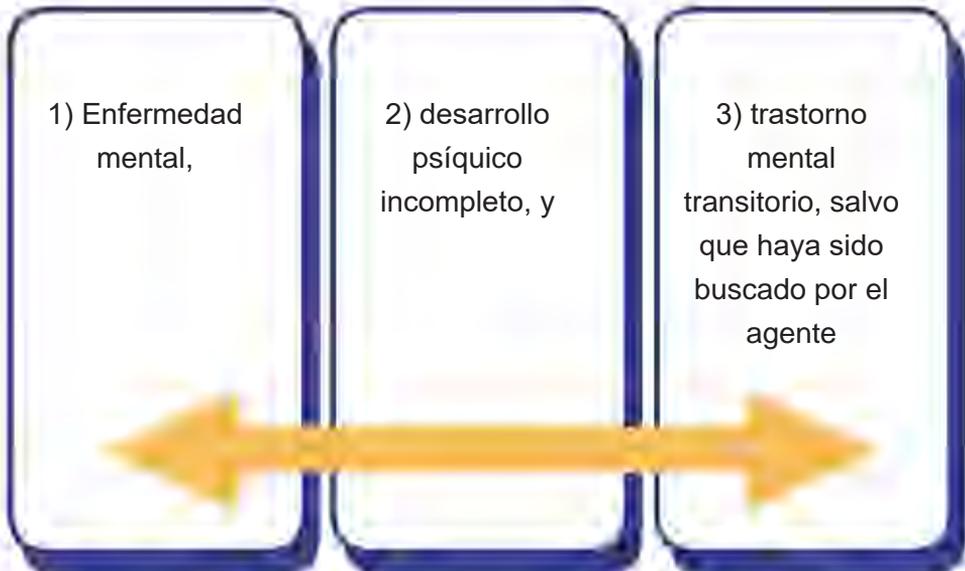
Cuando se trata de niños o niñas que hayan transgredido la ley

penal, no se les aplican medidas socioeducativas, sino medidas de protección.

4.1.2. Adultos inimputables

Es inimputable quien, en el momento de realizar la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho por padecer de enfermedad mental, de algún trastorno mental transitorio o padecer de desarrollo psíquico incompleto, y no pueda determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido provocado de propósito por el sujeto.

El Artículo 23 inciso 2º del CP, se refiere a los tres supuestos, por los cuales es inimputable el adulto:



La enfermedad es pérdida o ausencia de salud, la Organización Mundial de la Salud la define como una alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible. Aquí se incluye la enfermedad emocional o mental que repercute en la conducta del individuo y que le impide no comprender sus actos. También abarca las anormalidades psicológicas o emocionales, determinadas por los profesionales de la psicología, psiquiatría, sobre todo, si poseen especialidad forense. Algunas enfermedades mentales que más se presentan en el área penal son las siguientes:

A) La Psicosis

“Son las propias enfermedades mentales, caracterizadas por dos elementos:

- a) una base somática, en muchos casos hipotética,
- b) una transformación morbosa no transitoria de leyes psíquicas.

Suponen una perturbación cualitativa de la normalidad psíquica que se reputa de base somática. Esta base somática se ha comprobado

en las psicosis exógenas, pero en las endógenas solo puede considerarse una hipótesis aún no confirmada”. (Mir Puig, 1990, p. 605).

Entre algunas de las psicosis endógenas de origen biológico, se encuentran:

1) López (como se citó en Mir Puig, 1990) indica que la esquizofrenia, “conlleva una escisión o disgregación de la vida psíquica (en griego *esquizos* significa escisión y *pharen* inteligencia), con graves trastornos en la asociación de pensamiento, de afectividad, del contacto con el <<yo>>, con la realidad y consigo mismo, y de la percepción sensorial, como síntomas primarios. (p. 605)”.

2) “La paranoia. Da lugar al desarrollo insidioso de un delirio sistematizado, crónico, inmutable, de evolución lenta, producido por causas endógenas y acompañado de perfecta lucidez (Kraepelin). Puede manifestarse en forma de delirios de grandeza, delirios de interpretación, de celos, eróticos, místicos, hipocondríacos, y otras monomanías (nombre con que también se le designa a veces la enfermedad) que no afectan a la normalidad del resto de la vida psíquica”. (López en Mir Puig, 1990, p. 606).

3) “La psicosis maniático-depresiva. Es una enfermedad del estado de ánimo que, sin afectar a la capacidad intelectual, determina, de forma periódica y generalmente sin motivo externo alguno, oscilaciones entre fases de profunda depresión o tristeza y de

exaltada euforia (esto último se llama psíquicamente <<manía>>), entre las cuales se producen períodos de remisión con apariencia de normalidad absoluta.”

4) “La epilepsia se caracteriza por la producción de ataques convulsivos con pérdida de conocimiento (<<gran mal >>) u otras manifestaciones menores, como ataques incompletos, ausencias mentales momentáneas, <<estados crepusculares>> en el que el sujeto realiza una serie de actos de forma inconsciente y sin que luego pueda recordar en absoluto, entre otros. (<<pequeño mal<<).”

B) Las Psicopatías

Las psicopatías “son anormalidades de naturaleza constitucional y heredada, que no constituyen psicosis ni oligofrenias. Los psicópatas son personalidades anormales. Su anormalidad se caracteriza por desequilibrio cualitativo entre los distintos componentes de la personalidad (instintos, sentimientos, inteligencia, voluntad, entre otros), lo que lleva a reaccionar de forma desproporcionada ante determinados estímulos”. (López en Mir Puig, 1990, p. 607).

C) Las Neurosis

“constituyen reacciones psíquicas anormales frente a una determinada situación que se deriva directamente de una causa psíquica no somática. Son ciertas situaciones de la vida de la persona las que desencadenan en ella la reacción anormal y pueden

igualmente desaparecer vía psicológica”. (López en Mir Puig, 1990, p. 607).

4.1.4. Desarrollo psíquico incompleto o retardado

También se le denomina oligofrenia, que quiere decir poca inteligencia, y es un retardo mental por detención del desarrollo del cerebro; puede ser congénita, o adquirida en los primeros años de vida. La Asociación Latinoamericana de Psiquiatría indica que la inteligencia normal de una persona está entre los 80-110 de cociente intelectual CI, se divide en varios rangos: leve (50-55 a 70); moderada (35-40 a 50-55); grave (20-25 a 35-40); y profunda (menos de 20-25). Los rangos se establecen por medio de pruebas que se realizan al paciente y cuando se trata de un cociente intelectual grave o profundo puede invocarse la eximente completa de desarrollo psíquico incompleto, o retardo mental. Si es de moderada a leve se puede solicitar la atenuante de inferioridad psíquica. Artículo 26.1 CP, o bien por una simple torpeza mental aunado a otros aspectos como una personalidad manipulable que haya sido inducida a realizar la acción típica y antijurídica por un tercero (atenuante por analogía 26.14CP).

4.1.5. Trastorno mental transitorio

Es una perturbación mental pasajera que inhibe la conciencia humana para comprender la conducta que realiza. Las causas pueden ser endógenas, exógenas o combinadas. Puede “incluirse aquí los estados pasionales, emotivos o post-operatorios, o bien ingestión, inhalación de drogas, o embriaguez, siempre y cuando no sea

a propósito para cometer el acto. En el caso concreto, se, debe apreciar el historial de vida de la persona, sus aspectos biológicos, psicológicos, hereditarios, y la influencia del medio en que vive entre otras.

5. ¿Cómo detectar la inimputabilidad en el trabajo de defensa?

En el trabajo de defensa es muy importante la comunicación constante con el imputado (a), desde la primera entrevista en la primera declaración, hasta visitas carcelarias constantes. Pues si el procesado manifiesta dificultad para declarar hay que solicitar al juez o jueza que pida a un perito del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala –INACIF- para que lo evalúe y pueda o no declarar dentro del plazo constitucional y resuelva en relación a su internación.

En relación a la diligencia de primera declaración: Que al ser detenida una persona y puesta a disposición de la autoridad judicial competente, si el juez observa que presenta dificultad para declarar, podrá suspender la audiencia, y decidir acerca de la realización en forma inmediata y dentro del plazo constitucional de veinticuatro horas para escuchar la primera declaración y resolver la situación jurídica del detenido, se constituya el perito técnico del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala –INACIF- para ejecutar la evaluación correspondiente quien en el mismo acto presentará su dictamen al juez. Con observancia de dicho dictamen el juez podrá resolver:

- a) Acerca de su inimputabilidad, pudiendo ordenar su internamiento especial, conforme el Artículo 88 de Código Penal (...);
- b) Si no puede pronunciarse sobre la inimputabilidad, podrá resolver acerca de la internación para observación, conforme el Artículo 77 del Código Procesal Penal (...) o internación provisional al centro de atención especial que corresponda, conforme a lo establecido en el Artículo 273 del Código Procesal Penal (...);
- c) Acerca de su internación en el Centro de Detención Especial del Sistema Penitenciario. (Artículo 2.1 Circular Cámara Penal No 21-2013).

En caso de sospecha de algún síntoma de enfermedad mental u otras causales que impidan la comprensión de su conducta y si está sujeto a procedimiento penal, se debe solicitar un examen psicológico, e indicar qué aspectos se quieren conocer. Mejor si se establece, comunicación directa con los peritos y dependiendo del resultado, el defensor analizará su utilización en la fase del procedimiento que proceda. Podría ser que el procesado durante la visita carcelaria no manifieste algún síntoma y que pueda presentarse en otro momento, entonces la familia o la trabajadora social, debe informar al defensor de la anomalía que presente.

Otra forma es que el defensor (a) sospeche de la incapacidad del imputado, caso en el cual se debe solicitar al juez que esté conociendo del proceso, conforme el Artículo 76 del Código

Procesal Penal, que envíe al imputado al Hospital Nacional de Salud Mental para su evaluación, y una vez obtenido el peritaje, se pide al juez o tribunal la declaratoria de incapacidad penal, y la suspensión del procedimiento, el sobreseimiento, o en todo caso, que el MP formule acusación para el procedimiento específico de imposición de una medida de seguridad.

Algunos aún confunden la incapacidad penal con la interdicción que es una institución civil y del Derecho de Familia con fines completamente distintos. La solicitud de declaratoria de incapacidad es una petición simple, con audiencia a las partes.

Incapacidad. El trastorno mental del imputado provocará la suspensión de su persecución penal hasta que desaparezca esa incapacidad.

Sin perjuicio de las reglas que rigen el juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad y corrección, la comprobación de esta incapacidad impedirá el procedimiento intermedio, el juicio y toda labor crítica del comportamiento que se le atribuye, pero no inhibirá la averiguación del hecho o que se continúe el procedimiento con respecto a otros imputados.

La incapacidad será declarada por el tribunal competente, según el estado del juicio.

Sospechada la incapacidad, el Ministerio Público o el tribunal competente ordenará la peritación correspondiente. Sin perjuicio de su propia intervención, los derechos procesales del imputado podrán ser ejercidos por su tutor, y si no lo tuviere, por el defensor. (Artículo 76 Código Procesal Penal).

Si el imputado, acusado, según la etapa procesal adoleciere de una enfermedad mental, el lenguaje más adecuado, es denominarle persona con incapacidad mental, o incapacidad psico biosocial, y si se abre a juicio penal, y el acusado puede permanecer en el debate, hay que solicitarlo al tribunal para que él pueda ejercer sus derechos, aunque la ley ordinaria establezca que debe ser representado por un tutor.

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario. (Artículo 13, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

6. Conocimiento de la antijuricidad

Es indispensable que el autor de una acción típica y antijurídica no ignore el contenido de la norma penal y la ilicitud de su conducta para poder motivarse a no realizar injustos penales.

No es necesario que el individuo conozca exactamente todo el contenido de la norma incluyendo la pena que se le asigna, sino basta con que sepa que ésta conducta es prohibida por la ley. Este requisito es eminentemente jurídico y no tiene nada que ver con la capacidad de culpabilidad. Si el autor de la conducta es adulto, y no padece de enfermedad mental y conoce la prohibición o norma penal que prohíbe la realización de la acción, la consecuencia será la culpabilidad, configurándose el concepto delito para la imposición de una pena.

6.1. Error de prohibición.

Es el elemento negativo del conocimiento de la antijuricidad, denominado desconocimiento de la antijuricidad, consiste en desconocer la prohibición contenida en la norma penal. *Lege ferenda*:

Error de prohibición. (Casos de procedencia y sanción)

Se considerará error de prohibición, cuando el sujeto activo creyere que su conducta está justificada, de conformidad con los siguientes supuestos:

a)

Que existe una autorización del ordenamiento jurídico para realizar la acción u omisión prevista por el tipo penal, derivada de una defectuosa interpretación del hecho o de la norma prohibitiva en sí misma.

b)

Que el hecho realizado no está sancionado con una pena por el ordenamiento jurídico.

Si el error de prohibición fuere invencible, excluirá la responsabilidad penal. Si el error de prohibición, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuere vencible, se aplicará la pena inferior reducida en tres cuartas partes.

No se podrá invocar el error de prohibición en los delitos de graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra la humanidad, delitos contra la vida e integridad física, delitos contra la libertad, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, delitos contra el patrimonio, delitos contra la administración pública, violencia intrafamiliar, violencia contra la mujer, delitos de crimen organizado o cuando por razón del cargo, empleo, oficio o profesión, el sujeto estuviere obligado a saber que su conducta es penalmente relevante. (Artículo 40 Iniciativa de Ley No 5494 Proyecto del Nuevo Código Penal).

6.1.1. Clases

6.1.1.1. Error de prohibición directo

Se le llama al desconocimiento de la norma penal, puede ser invencible o inevitable, y su efecto es eximir de la responsabilidad penal. Pero si el error es vencible, evitable lo superable, el efecto es la disminución de la culpabilidad, incluso como si fuera un delito culposo. Por ejemplo, en el área rural de Guatemala, algún turista extranjero que en una excursión fuma un cigarro de marihuana porque ignora que esta conducta está prohibida (posesión para el consumo). Si el desconocimiento fue invencible (que haya podido superarlo, pero no lo hizo) disminuye la reprochabilidad de la acción, debe tratarse como un tipo imprudente.

6.1.1.2. Error de prohibición indirecto

También se le llama error sobre las causas de justificación o error sobre la existencia de las causas de justificación. Sigue el mismo tratamiento del error invencible, exime la culpabilidad.

Aquí se incluye la eximente de Error, conocida como legítima defensa putativa:

“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”. (Artículo 25 inciso 3º del Código Penal).

El caso de una persona que le dispara a otra con la creencia de que ella le iba a matar. Otro ejemplo será que, dentro de una tienda, **A** insulta al propietario y además lo amenaza apuntándole con una pistola de juguete y le exige que le entregue el dinero de las ventas del día. **B** dispara y mata al agresor. En este caso **B**, actuó bajo la creencia que actuaba con el permiso de una causa de justificación y, además, desconocía que el arma del agresor era de juguete.

6.1.1.3. Jurisprudencia

Expediente No. 900-2014 Sentencia de Casación del 18/02/2015
“...Cámara Penal, sustentada en la experiencia jurídica que fue adquirida por los tribunales españoles para dar respuesta al tema del error de prohibición antes de la regulación expresa en su legislación penal, considera que debe integrarse el derecho penal, mediante la interpretación analógica *legis in bonam partem* (legal a favor del reo), la que no se encuentra prohibida, puesto que por vía del argumento de la semejanza de los casos, se traslada una regla jurídica que procede de un precepto concreto (Artículo 25 numeral 3º del Código Penal) a otro caso no regulado, ya que la inculpabilidad por el error sobre la existencia de la causa de justificación de legítima defensa es equiparable al error sobre la existencia de la causa de justificación del legítimo ejercicio de un derecho, y se interpreta analógicamente a favor del reo para fundamentar su no punición (...), la consecuencia jurídica de integración del derecho a través de la interpretación analógica *legis in bonam partem*, conlleva a considerar como excluyente de responsabilidad el error del procesado de creer que la conducta

de portar un arma de fuego, se estaba realizando en el legítimo ejercicio de los derechos que este adquirió por su calidad de agente de seguridad privada...”. (CENADOJ. Criterios Jurisprudenciales penal, 2015, p. 380).

6.1.2. El estado de necesidad disculpante

Se trata como un error de prohibición indirecto. Actúa en estado de necesidad disculpante, quien trata de salvar dos bienes jurídicos del mismo valor. Es el caso del náufrago que para sobrevivir flota sobre una tabla, mata a otro náufrago que trata de asirse de la misma pieza de madera. Si el error es vencible o superable, atenuará la responsabilidad penal. Este estado de necesidad no lo regula el actual Código Penal, sin embargo, como *lege ferenda*, se menciona:

Estado de necesidad disculpante. Quien, actuare para evitar un mal grave e inminente, no evitable de otro modo siempre que, lo haga para apartar el peligro de su persona, de un pariente dentro de los grados de ley o cualquier otra persona y se den los presupuestos del estado de necesidad justificante. (Artículo 38 inciso 4º Iniciativa de Ley 5494 Proyecto del Nuevo Código Penal).

6.1.3. Error culturalmente condicionado

En esta variante del error de prohibición, el sujeto no comprende que la conducta que realiza está prohibida debido a su desconocimiento cultural o sus costumbres. El profesor Zaffaroni (1998), indica que: “El individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura”. (p.550). Ese aspecto incide en la incompreensión de conductas normales para cierto ámbito cultural y antijurídico para la cultura dominante. En Guatemala, se ha utilizado al dictar sentencias, y para ello es indispensable el peritaje cultural, especialmente en el caso de los matrimonios en donde la mujer es menor de edad.

Constitucionalmente, Guatemala es un país multicultural, multiétnico y multilingüe. El término cultura debe entenderse en un sentido amplio, como formas de vida, costumbres, interrelacionando lo espiritual con lo material. El derecho es parte de la cultura, existiendo en nuestro país un pluralismo jurídico, en donde cada cultura tiene la facultad de aplicar su propio sistema jurídico.

Hay conductas que en determinada cultura son normales y poseen un contenido espiritual significativo como la ofrenda de licor elaborado en las comunidades para determinados “Santos”. Como el caso de transportar veinte galones de “cusha” con destino a la Cofradía de San Simón en el municipio de Santiago Atitlán (Comunidad Tzutuhil) del departamento de Sololá; el caso de

San Carlos Alzatate municipio de Jalapa, Comunidad Pocomam, en donde se transportaban cuatro galones de aguardiente cusha o gato para la fiesta del pueblo, pues tiene el carácter de bebida ceremonial.

En el primer caso, la conducta fue tipificada como Contrabando y Defraudación en el Ramo de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas y Fermentadas, el defensor obtuvo un sobreseimiento utilizando un peritaje cultural. (Mogollón, 2004, p. 43). El segundo proceso se tipificó como Defraudación al Fisco en el Ramo de Bebidas Alcohólicas y Fermentadas; y se obtuvo un criterio de oportunidad.

En otras culturas, la espiritualidad Maya como parte de su concepción de relación entre Dios y hombre, (señalada discriminatoriamente como brujería), se dan circunstancias de improsperidad o de enfermedad que son atribuidos a un trabajo de brujería, y en donde la persona para tratar de salvarse o salvar a algún familiar, le reclama al sacerdote maya lo que crea un conflicto en donde sale lesionado el autor de la brujería, y consignan al Juzgado al sujeto que las causó.

En este caso como en muchos, la defensa con pertinencia cultural debe partir de la teoría del delito y determinar si existe dolo en la realización de la conducta. Desde luego, es importantísimo el peritaje cultural, en donde el experto realizará un análisis socio cultural de la región, incluyendo los factores políticos, religiosos y económicos, para determinar si la conducta es parte de la cultura

de las costumbres del entorno. Dependiendo del resultado del peritaje, se puede invocar el error culturalmente condicionado como una variante del error de prohibición, o bien, una legítima defensa putativa, o en todo caso, una disminución de la culpabilidad mediante las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal.

6.1.3.1. Caso matrimonio Maya Mam

En la Experiencia institucional en la defensa de casos paradigmáticos con pertinencia cultural 2009-2015, del Instituto de la Defensa Pública Penal (2019), hechos extraídos de la acusación del expediente No 1302-2013-324 del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el ambiente de Huehuetenango:

Usted Wilmar Erode López Cinto, el día doce de junio de dos mil trece siendo las seis de la tarde aproximadamente se puso de acuerdo con Daysy Sigrid Sales García, quien en ese momento tenía trece años de edad, de pasarla a traer y llevarla a vivir a una casa ubicada en el Cacerío Tojtzaj de la aldea Tojchiguel del municipio de Santa Bárbara del departamento de Huehuetenango en forma marital, por lo que la menor indicó a sus familiares que estaría lavando trastos y se fue con usted a dicho lugar, al que llegaron aproximadamente a las siete de la noche, donde pasaron la noche juntos y en repetidas ocasiones tuvo relaciones sexo genitales con el consentimiento de la menor, por lo que el día trece de junio del año dos mil trece siendo las ocho de la mañana aproximadamente la fue a dejar a su casa de habitación ubicada

en el Caserío Tierra Blanca de la Aldea Tojcail del municipio de Santa Bárbara del departamento de Huehuetenango diciéndole que después hablaría con sus papás para ponerse de acuerdo en cuanto a la relación amorosa y casarse posteriormente..... (p. 47).

La defensa, solicito peritaje cultural, y con base a este peritaje argumentó en la audiencia de la fase intermedia, el sobreseimiento, y el resolver del juez indicó:

Que el peritaje ilustra la manera en que se dieron los hechos acreditando que el sindicado en realidad había contraído matrimonio con la presunta víctima según sus prácticas del pueblo Maya Mam. Refirió que el peritaje cultural informa que existen 4 formas de contraer matrimonio en el pueblo Maya Mam y que, en el caso concreto, se optó por el robo con consentimiento y dada la declaración de la presunta víctima, se evidencia que el sindicado ha respetado su matrimonio con ella.

Además de lo anterior, el juez manifestó que, en virtud de las disposiciones de instrumentos internacionales ratificados por Guatemala, en los que se establece la obligatoriedad del respeto a las formas de resolución de conflictos, formas de organización y las prácticas y costumbres ancestrales de los pueblos indígenas, era procedente declarar el sobreseimiento, y así lo hizo, en consecuencia, finalizó el proceso penal instruido contra Wilmar Erode López Cinto. La decisión se encuentra firme. (Instituto de la Defensa Pública Penal, 2019, pp. 47-67)

6.1.3.2. Caso matrimonio Maya K'iche

En la Experiencia institucional en la defensa de casos paradigmáticos con pertinencia cultural 2009-2015, del Instituto de la Defensa Pública Penal (2019), hechos extraídos de la acusación del expediente No 09012-2015-00041 del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Quetzaltenango (2019)

El día seis de agosto del año 2011, usted Fausto Leonardo Xiloj Gómez contrajo matrimonio civil con Heydi Violeta Caal Ixtabalán, quien en ese entonces tenía trece años de edad, y a eso de las veintiuna horas aproximadamente en el interior de la residencia ubicada en cuarta calle uno guión ochenta y cuatro de la zona uno del municipio de La Esperanza, departamento de Quetzaltenango , en una habitación de la referida residencia, le preguntó a la agraviada si ya estaba lista para tener relaciones sexo genitales con Heydi Violeta Caal Ixtabalán, toda vez que introdujo su pene en la vagina de ella. (p.95).

Como teoría del caso de la defensa se presentó el error culturalmente condicionado y como medio de prueba el peritaje cultural, relacionado con el matrimonio K'iche, y después del debate, el tribunal absolvió al acusado.

El juez no únicamente reconoció esta circunstancia (ausencia de dolo) sino que además indicó que este caso encuadra en la institución “error de prohibición culturalmente condicionado”

dado que existieron elementos culturales que impidieron que el procesado conociera la ilicitud de su conducta ya que en su comunidad ésta es normal.

Esta perspectiva incidió en el análisis del caso desde la teoría del delito y concluyó que no concurrieron todos los elementos positivos para su configuración de acuerdo con el tipo penal que se le imputó, en consecuencia, declaró la absolución del acusado, (p.122)

6.1.4. Objeción de conciencia

Conocido también como “conciencia disidente”, u “objeción de conciencia”; se trata de una circunstancia espiritual por lo general, de valores relacionados con el aspecto espiritual en donde se reduce la capacidad de comprender la conducta como contraria al derecho. La persona “Siente su obrar como un esquema general de valores distintos del nuestro, tienen en algo al menos reducida la capacidad de internalizar la antijuricidad”. (Zaffaroni, 1998, p. 549).

Un padre de familia que tiene enfermo a su hijo y se opone a que le realicen una transfusión de sangre por considerarla contraria a su creencia espiritual y por conocimiento del derecho a la libertad de culto. Al respecto, Claus Roxin, (1997) explica:

Si los padres, por razones de conciencia y de motivación religiosa, deniegan el asentimiento a una transfusión de sangre que sería necesaria para su hijo, no pueden ser castigados por omisión de socorro, o en su caso, por tentativa de homicidio; en la medida de que su consentimiento pueda ser reemplazado mediante el nombramiento de un tutor, o en caso de urgencia, incluso mediante una acción del médico amparada por el estado de necesidad. En tal caso, falta incluso, la realización de un tipo, pues el auxilio paterno no es necesario o ha de negarse que los padres estén a favor del homicidio". (p. 945).

En Guatemala, el error de prohibición no está regulado por la ley ordinaria, por lo que la estrategia de defensa debe partir de los derechos garantizados por la Constitución Política de la República de Guatemala, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, u otras leyes, dependiendo del caso concreto. En todo caso, argumentar el principio de igualdad y de dignidad humana, ya que es deber del Estado, garantizar la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, desde luego el análisis dogmático y en los casos en donde sea muy necesario utilizar el peritaje cultural.

7. Exigibilidad de otra conducta

En este elemento, se parte de que el autor es imputable, conoce la prohibición, y en situaciones normales se puede determinar o motivar a no realizar la conducta antijurídica. En ese sentido, se puede

imponer una pena, salvo que existan situaciones extremas en las cuales no se le puede exigir que no haya actuado como actuó y obedecen a la necesidad de que el Estado las regule.

7.1. Inexigibilidad de otra conducta

Es el elemento negativo la exigibilidad de la conducta, que, en Guatemala, se regulan con **Causas de inculpabilidad**, ubicadas en el Capítulo III, Artículo 25 del Código Penal. En una sociedad democrática no se puede exigir al hombre o mujer normales (medio o media) actos heroicos en situaciones poco comunes y que sean determinados por la norma jurídica. Es por ello el miedo invencible, fuerza exterior, error, la obediencia debida, y la omisión justificada son causas de inculpabilidad.

7.1.1. Miedo invencible

El miedo es una situación subjetiva extrema de amenaza o de peligro para la vida, de carácter insuperable y superior a la exigencia media de soportar males y peligros, en la que aun conociendo la antijuricidad de la acción, el autor de acciones y omisiones que lesionan bienes jurídicos, los comete. El miedo o pánico ha de ser real e inminente, e incluso cabe en esta exención los límites de la legítima defensa. “Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias”. (Artículo 25 inciso 1º Código Penal)-

Ejemplo, en el caso de las mujeres que sufren violencia intrafamiliar, en situaciones de miedo extremo, ante un peligro en donde el agresor

trata de realizar un mal en contra de un hijo, o a ellas, reaccionan y matan al conviviente o esposo. Al detectar que el autor o autora, de una acción típica, y antijurídica haya actuado bajo la situación de miedo invencible o insuperable, es importante solicitar que se realice al sindicado o sindicada, un examen psicológico y estudio social, comunicarse con los peritos, analizar el resultado y con otras pruebas si las hubiera, oportunamente plantear ya sea la reforma del auto de procesamiento, por ser evidente la falta de alguna de las condiciones para la imposición de una pena. Si llega, a debate la absolución por inexistencia del delito y no exigibilidad de la conducta que en todo caso exime de la responsabilidad penal. Desde luego con una argumentación científica basada en la teoría del delito. Ver Artículos 328.1 y 386 del CPP.

7.1.1.1. Jurisprudencia

Expediente No. 1261-2014 Sentencia de Casación del 01/06/2015 “...Cámara Penal estima que no le asiste [al Ministerio Público] la razón jurídica, por cuanto que, en efecto, la procesada actuó en un estado de emoción violento producido por el miedo invencible que le provocó el hecho de haber sido objeto de amenazas a su integridad física por parte de su esposo, hoy fallecido, extremo que disminuyó su capacidad volitiva y que por consiguiente le llevó a privarle de la vida. Dicho hecho como bien lo indicó el tribunal *ad quem*, fue acreditado con los informes de los peritos, (...), los cuales fueron valorados en forma positiva por el *a quo*, y que, por consiguiente, al conocer en segunda instancia, dicha autoridad no podía sustraerse a la no consideración del mismo y darles a los

hechos una calificación jurídica distinta a la hecha en primer grado, (...). En el caso objeto de estudio, es necesario referir lo dicho por el menor (...), quien indicó que en el momento del hecho el ofendido amenazó a la procesada con hacerle daño a su integridad física, testimonio que fue valorado positivamente por el Tribunal sentenciador y que por lo mismo se estima, acreditó la alteración psíquica de carácter temporal que incidió sobre la capacidad de razonamiento de la procesada al momento de ejecutar el hecho, constituyendo dicho extremo, una de las características del delito de homicidio en estado de emoción violenta, según la ley sustantiva penal guatemalteca...”. (CENADOJ, Criterios Jurisprudenciales, 2015, pp.383 y 384).

7.1.2. Fuerza exterior

Esta es otra forma en la que no es exigible la conducta del autor, ya que la circunstancia de la fuerza exterior es de tal magnitud que no pasó por la mente del sujeto causar un resultado. Realmente es un caso de ausencia de acción, por ausencia de voluntad, pero ante la imposibilidad de que prospere desde la primera declaración, adquiere su fuerza como eximente de culpabilidad, probando en todo caso la fuerza material exterior irresistible. “Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él”. Artículo 25 inciso 2º Código Penal).

7.1.3. Error

Realmente es un error en las causas de justificación, en donde la persona realmente considera que hay un ataque en su contra y se

defiende, por ello se le conoce como legítima defensa putativa.

“Ejecutar el hecho en la creencia racional que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto”. (Artículo 25, inciso 3º del Código Penal). Se han realizado algunas defensas en los casos de violencia contra las mujeres, en donde sufren del síndrome de la mujer maltratada, y el síndrome de indefensión adquirida. Para una teoría del caso basada en esta teoría jurídica es muy importante probarla mediante el peritaje de género.

7.1.4. Obediencia debida

Conocida también como obediencia jerárquica, comprende una relación de jerarquía en el ámbito de los empleados y funcionarios públicos, incluyendo al ejército. Se excluyen relaciones laborales particulares y familiares. Su fundamento lo encontramos en el artículo 156 Constitucional. Cumpliendo los requisitos de la ley sustantiva, ser autor directo es una eximente de responsabilidad penal, mientras que la culpabilidad subsiste para quien haya ordenado la acción.

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;

c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.
(Artículo 25 inciso 4° Código Penal)

7.1.4.1. Jurisprudencia

Expediente No. 1758-2012 y 1779-2012 Sentencia de Casación del 10/04/2013

“...En cuanto a la aplicación de la eximente de responsabilidad de obediencia debida, regulada en el numeral 4) del Artículo 25 del Código Penal. Sobre esta base, se tiene que los recurrentes alegan que su actuar fue justificado, pues actuaron en ejercicio de la obediencia debida, ya que, el no cumplir las órdenes ponía en peligro sus vidas. La Sala responde a tales reclamos con argumentos jurídicamente consistentes, y, además, bajo ningún punto de vista puede interpretarse que no haya sido manifiestamente ilegal la disposición de masacrar, violar, quemar viva, entre otras atrocidades a la población civil. En cuanto a este punto debe

tenerse presente que los hechos imputados a los procesados, de conformidad con reiteradas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Guatemala ocurrieron como consecuencia del conflicto armado interno, que se caracterizó, en su época más violenta, y en la cual sucedieron los hechos relacionados (año mil novecientos ochenta y dos), en la implementación de una política sistemática contrainsurgente que tenía como núcleo la erradicación y destrucción masiva de grupos y comunidades como tales, acciones llevadas a cabo por militares en forma conjunta con los denominados patrulleros de auto defensa civil. De ahí que, no pueda concebirse la idea de que estos últimos hayan actuado en cumplimiento de la obediencia debida, ya que de las circunstancias se desprende que su actuación o conducta es totalmente ajena a las previsiones del artículo precitado que invocan como fundamento legal de su reclamo. Por lo considerado, no es acogible el agravio manifestado por los recurrentes, pues como quedó dicho, la obediencia debida tiene requisitos precisos, los cuales no concurren en el presente caso, menos aun tratándose de Delitos Contra los Deberes de Humanidad, que, como en este caso se integra con multiplicidad de hechos de por sí inhumanos, prohibidos por la legislación penal (Artículo 378 del Código Penal, referente a actos inhumanos contra población civil) vigente al momento de los hechos del juicio. Por todo lo anterior, debe declararse improcedente el motivo de fondo en la parte resolutive de este fallo...”. (CENADOJ, Criterios Jurisprudenciales Penal, 2013, pp. 434 y 435).

7.1.5. Omisión justificada

Sigue el mismo tratamiento de inexigibilidad de la conducta dirigida, las conductas de omisión, y la consecuencia es la exención de culpabilidad. “Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable.” (Artículo 25 inciso 5º Código Penal).

La causa legítima será la establecida por la ley, incluso el tipo penal y que no es posible superarla de otra forma. Por ejemplo, la persona que no sabe nadar y omite auxiliar a otra que se está ahogando. Causa insuperable para los funcionarios de justicia que no realicen su función uno o dos días por acontecimientos sociales, como toma del edificio por parte de los pobladores enardecidos o grupo de personas armadas.

Ejercicios de comprensión de lectura del Capítulo VI La Culpabilidad

Después de leer este capítulo, en hojas adicionales copie y conteste las siguientes preguntas. Para ello debe utilizar el módulo.

1. Escriba, los elementos de la culpabilidad.
2. ¿En qué consiste la capacidad de culpabilidad?
3. ¿Cuál es la antítesis de la capacidad de culpabilidad?
4. ¿Cuáles son los supuestos de inimputabilidad contenidos en el Artículo 23 inciso 2º del Código Penal?
5. Escriba el nombre de los cuatro casos de psicosis.
6. Escriba el concepto de error de prohibición.
7. ¿Cuáles son los efectos del error de prohibición según sus clases?
8. ¿En qué consiste el error culturalmente condicionado? y escriba dos ejemplos.
9. ¿En qué consiste la inexigibilidad de la conducta? Escriba los cinco casos que regula el Código Penal.
10. Escriba el concepto de culpabilidad.

LA PUNIBILIDAD

1. Introducción

Denominada también penalidad, merecimiento de la pena, o necesidad de la pena, no se incluye dentro de los elementos del delito, como la conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, porque no es un elemento común a todos los delitos. 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 un 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 y excusas absolutorias. Como refieren Muñoz y García (2015):

La penalidad o punibilidad es, por tanto, una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que solo tienen en común que no pertenecen a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, solo se exigen en algunos delitos concretos. En la penalidad existen causas que la fundamentan (las llamadas condiciones objetivas de penalidad) y causas que la excluyen (las llamadas causas de exclusión o anulación de la penalidad o excusas absolutorias). (p.428).

2. Condiciones objetivas de punibilidad

Son determinados requisitos que se refieren al aspecto material del tipo penal, sin pertenecer al tipo penal o al dolo, condicionan en determinados tipos penales la imposición de una pena, e incluso, la persecución penal que tienen los mismos efectos.

Por ejemplo, el pago de las pensiones alimenticias atrasadas y la garantía de las futuras (Artículo 245 Código Penal), aunque ya se configuró el delito, dicho pago y garantía constituyen una exención de la pena por cumplimiento. El tipo penal de quiebra fraudulenta (348 CP), en donde primero se condiciona declarar la quiebra civil. La apropiación indebida de tributos (358 "C" CP), en donde es necesario un requerimiento administrativo dentro del plazo de treinta días. Dentro de estas condiciones, también se incluyen las condiciones de perseguibilidad o procedibilidad como requisitos previos a iniciar la persecución penal, tal es el caso de la acción pública dependiente de instancia particular para víctimas adultas, y la acción privada reguladas en los Artículos 24 Ter y 24 Quáter, y 474 del Código Procesal Penal.

3. Excusas absolutorias

Son circunstancias personales relacionadas con el parentesco, o con la función que desempeñan determinadas personas en donde se considera innecesaria la imposición de la pena. Se exime de responsabilidad penal a parientes en algunos delitos contra el patrimonio.

Están exentos de responsabilidad penal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, robos con fuerza en las cosas, estafas, apropiaciones indebidas y daños que recíprocamente se causaren:

1°

Los cónyuges o personas unidas de hecho, salvo que estuvieren separados de bienes o personas y los concubinarios.

2°

Los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines

3°

El consorte viudo, respecto a las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona.

4°

Los hermanos si viviesen juntos.

Esta exención no es aplicable a los extraños que participen en el delito. (Artículo 380 Código Penal).

La conducta de encubrir (no denunciar u ocultar) a un pariente sin ser penalizado, tiene su fundamento en el valor de protección de la familia (Artículo 47 Constitucional), y de ahí se deriva esta causa de exención de la pena.

Están exentos de pena, quienes hubieren cometido delitos de encubrimiento en favor de pariente dentro de los grados de ley, cónyuge concubinario o persona unida de hecho, salvo que se haya aprovechado o ayudado al delincuente o aprovecharse de los efectos del delito. (Artículo 476 Código Penal).

A determinadas personas relacionadas con la función pública que desarrollan, desde críticas, denuncias o imputaciones contra funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, hasta el derecho de antejuicio que gozan y que previamente es necesario para iniciarles proceso penal en su contra. También se incluyen como excusas absolutorias la extinción de responsabilidad penal para establecer límites al poder punitivo del Estado.

Extinción de la responsabilidad penal.

1°. Por muerte del procesado o del condenado.

2°. Por amnistía

3°. Por perdón del ofendido, en los casos en que la ley lo permita expresamente.

4°. Por prescripción.

5°. Por cumplimiento de la pena.
(Artículo 101 Código Penal).

3.1. Jurisprudencia

Expediente No. 588-2013 Sentencia de Casación del 26/08/2013
 “...El Artículo 242 del Código Penal regula el tipo de negación de asistencia económica (...) Este tipo penal contiene una excusa absolutoria, por voluntad del legislador, quien consideró conveniente no imponer una sanción cuando el procesado se encuentra en la condición anteriormente indicada, a pesar que su acción resulte ser típica, antijurídica y culpable. Al confrontar los hechos con la descripción típica, se establece la comisión del delito de negación

de asistencia económica (...) Esta subsunción no generó duda en los juzgadores, pues, la absolución del procesado se debió a la aplicación de la excusa absolutoria contenida en el Artículo 242 citado, al considerar que el acusado no pudo cumplir con su obligación de alimentar a su familia, por el hecho que se encontraba guardando prisión, por estar cumpliendo la pena de cinco años conmutables, por el delito de violencia contra la mujer (...) Ese razonamiento es válido, toda vez que fue voluntad del legislador, según el Artículo 242 del Código Penal, eximir de sanción penal por dicho delito, cuando concurre la excusa absolutoria relacionada en él, no obstante que la conducta del acusado se subsume en el delito por el que fue juzgado. Lo que no es acertado de la sala, es la consideración que al ente fiscal le corresponde la carga de la prueba de la situación/capacidad económica del acusado, ya que la labor de dicho ente era probar el incumplimiento de la obligación de alimentos por parte del incoado, lo que así sucedió; sin embargo, ello no es suficiente para acoger la pretensión del casacionista...”. (CENADOJ, Criterios Jurisprudenciales, 2013, pp. 429-430).

Ejercicios de comprensión de lectura del Capítulo VII La Punibilidad

Después de leer este capítulo, en hojas adicionales copie y conteste las siguientes preguntas. Para ello debe utilizar el módulo.

1. ¿Cómo se clasifica la punibilidad?
2. ¿Cuál es el fundamento de la punibilidad?
3. ¿Por qué razón no se considera a la punibilidad elemento del delito?
4. ¿Con qué otros nombres se le conoce a la punibilidad?
5. Escriba un concepto de punibilidad.
6. ¿Qué son las condiciones objetivas de punibilidad? Escriba dos ejemplos.
7. ¿Qué con las excusas absolutorias?
8. El Código penal refiere por lo menos tres artículos que contienen excusas absolutorias. Enumérelos y ¿A qué se refieren?
9. De acuerdo a la jurisprudencia, explique: ¿Hay excusa absolutoria en el tipo penal de Negación de asistencia económica?
10. ¿Por qué razón, considera que no prospero el recurso extraordinario de casación por motivos de fondo, relacionados con la excusa absolutoria del ejemplo?

LA EJECUCIÓN DEL DELITO

1. El Recorrido criminal

Al recorrido que realiza el autor de una acción típica se le denomina *iter criminis* y consiste en una serie de etapas que van desde la idea criminal y la selección de los medios, hasta la ejecución y el agotamiento, el cual tiene dos fases una interna y otra externa. En la primera, el sujeto delibera en su mente, decide y selecciona los medios para la realización del tipo penal. En esta etapa hay dolo, y para que pueda ser penado debe estar reflejado o exteriorizado por acciones objetivas de cada tipo penal.

No toda fase interna es penada por la ley, pues de lo contrario se viola el principio de legalidad sustantivo, puesto que no se puede penar el pensamiento sino solo acciones previamente tipificadas como delitos o faltas. Sin embargo, las nuevas corrientes penales como el Funcionalismo penal, que abarca el Derecho penal del enemigo, el Expansionismo penal, está penalizando los actos preparatorios a los que se les denomina delitos obstáculo y su fundamento es la peligrosidad de los autores, penalizar antes que cometan el delito por eso se le ingresa dentro del Derecho penal de autor. Por ejemplo, en Guatemala, con la ley Contra la delincuencia organizada, se crearon tipos autónomos como de Conspiración (Artículo 3º) y Asociación ilícita (Artículo. 4º).

En la fase externa, el pensamiento sale de lo abstracto a lo concreto, se materializa por medio de la realización o ejecución de todos o algunos elementos objetivos de cada tipo penal.

La forma perfecta de ejecutar el delito es la consumación, y la imperfecta es la tentativa.

2. Delito consumado

Se define como la forma de ejecución perfecta del delito; se denomina consumado cuando se ejecutan todos sus elementos del tipo, tanto objetivos como subjetivos. “Delito consumado. El delito es consumado cuando concurren todos los elementos de su tipificación”. (Artículo 13 del Código Penal). No importando si hubo una lesión efectiva al bien jurídico o solo se puso en peligro.

En cuanto a la aplicación de la sanción, para el delito consumado se imponen las penas señaladas por la ley para cada tipo penal. “Salvo determinación especial, toda pena señalada en la ley para un delito, se entenderá que debe imponerse al autor del delito consumado”. (Artículo 62 Código Penal). No obstante, en nuestra legislación la pena de prisión se establece dentro de un mínimo y máximo, y se impone conforme los criterios del Artículo 65 del Código penal, pero se consideran otros aspectos relacionados con la pena, como delito consumado o en tentativa, autoría y participación, concurso de delitos entre otros.

3. La Tentativa

Etimológicamente significa tratar de realizar un delito, y por diversas razones no concluirlo, es una forma imperfecta de ejecutar el delito. Mir Puig (1990), la define así:

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propia y voluntario desistimiento. (p, 364).

3.1. Fundamento de la tentativa

La naturaleza de la tentativa consiste en ser un delito incompleto, realizando parte de los elementos objetivos del delito, y el dolo de afectar o poner en peligro el bien jurídico, intención que tiene que aparecer en acciones o circunstancias objetivas de cada tipo en particular. La tentativa no se aplica para los delitos culposos. “Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente”. (Artículo 14 Código Penal).

Es requisito indispensable que el tipo penal no se consume por causas independientes a la voluntad del agente, ya que si el sujeto decide interrumpir la ejecución del injusto penal estaremos ante un desistimiento del delito, en donde solo se sancionarán los actos realizados si estos constituyen delito.” Cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo, sólo se le aplicará sanción por los actos

ejecutados, si éstos constituyen delito por sí mismos”. (Artículo 16 del Código Penal).

En otro orden de ideas, los actos o acciones realizadas, inicialmente tienen que ser adecuadas o idóneas para la ejecución del delito, de lo contrario, habrá tentativa inacabada o imposible, a la que no se le impone una pena, sino una medida de seguridad, aspecto del derecho penal de autor, por la peligrosidad del agente, que ya debería de desaparecer de la ley penal. “Tentativa imposible. 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”. (Artículo 15 Código Penal).

3.2. Aplicación de la tentativa

Para aplicar la tentativa es necesario realizar un juicio o análisis de responsabilidad penal (culpabilidad), unas veces para la solicitud de métodos alternativos de resolución de conflictos como criterio de oportunidad (Artículo 25. 4 CPP por responsabilidad mínima), procedimiento abreviado (Artículo 464 CPP cuando el fiscal considere una pena inferior a cinco años, aunque el máximo de la pena sea superior a cinco años de prisión), y otras en la imposición de la pena, puesto que al autor de tentativa se le aplicará la pena señalada para los autores rebajada en una tercera parte, y al cómplice de tentativa se le rebajarán las dos terceras partes, tal como preceptúan los Artículos 63 y 64 del Código Penal.

3.3. Jurisprudencia

Expediente No. 684-2013 Sentencia de Casación del 16/08/2013

“...Cámara Penal al analizar el caso, determina que el numeral 2) del Artículo 51 del Código Penal, indica que la conmuta no se otorgará a los condenados por Robo y el Artículo 14 del mismo cuerpo legal establece que hay tentativa cuando se comienza la ejecución de un delito y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente (...) Si bien hay grados de consumación de los delitos, el delito conserva su naturaleza. El grado de tentativa modifica la responsabilidad del hecho delictivo, pero en nada modifica su esencia, ya que, si bien el hecho no llega a consumarse, la exteriorización de la conducta sí ocurre. En el presente caso, no fue posible consumir el robo agravado porque los procesados fueron sorprendidos por agentes de la Policía Nacional Civil cuando pretendían tomar el control del camión en que se conducía la víctima. El Artículo 51 del Código Penal no hace referencia en cuanto a los momentos del *iter criminis*. El beneficio que la ley otorga por no haberse consumado el delito, de conformidad con el Artículo 63 del Código Penal, es la rebaja de la pena en una tercera parte, pero la conducta reprochable de los procesados continúa encuadrándose en el tipo penal de Robo, dado que, como se ha explicado, el delito conserva su esencia. En sentencia de fecha veintitrés de abril de dos mil trece, dictada dentro del recurso de casación 01004-2013-00527, esta Cámara expuso que “La tentativa y la consumación son momentos del *iter criminis* que no alteran la esencia del delito.” Por lo expuesto, este tribunal considera que la Sala aplicó correctamente el Artículo

51 del Código Penal al modificar la pena impuesta por el tribunal sentenciador, en el sentido que la misma es inmutable...”. (CENADOJ, Criterios Jurisprudenciales Penal, 2013, p.922).

Ejercicios de comprensión de lectura del Capítulo VIII La Ejecución del delito

Después de leer este capítulo, en hojas adicionales copie y conteste las siguientes preguntas. Para ello debe utilizar el módulo.

1. ¿En qué consiste el *iter criminis*?
2. Escriba las fases del recorrido criminal.
3. ¿Porque se vulnera el principio de legalidad al penalizar la fase interna del recorrido criminal?
4. ¿En qué consisten los delitos obstáculo u optativos?
5. ¿Considera que hay consumación en los delitos de peligro? En caso afirmativo, escriba la base legal.
6. Escriba un concepto de tentativa.
7. ¿Cuál es el fundamento de la tentativa?
8. ¿Qué pena se aplica en los delitos en tentativa?
9. Resuelva el siguiente caso:

Cuatro jóvenes salen del municipio de Palín, Escuintla a una fiesta a la ciudad de Guatemala un sábado por la noche y para ello uno de ellos conduce un vehículo. De regreso, aproximadamente a las veinticuatro horas, en la subida de la Sonora frente a la colonia Santa Isabel en el municipio de Villa Nueva, se siente que el vehículo pasa sobre lo que parece ser un túmulo, por lo que el conductor se parquea a la orilla

de la carretera para ver que pasó, ya que sintió algo debajo del carro. Al bajarse se da cuenta que el carro paso sobre una persona que se encontraba acostada en la autopista, pero ellos no la vieron, por lo que la mueven y tocan, y se dan cuenta que ya estaba muerta pues el cadáver esta frío. Los jóvenes sienten miedo y como nadie los vio, se dirigen a su casa y llegan sin novedad.

Como a la hora de haber llegado a la residencia del conductor, llega una patrulla de la Policía Nacional Civil, los agentes tocan la puerta, preguntando por el conductor del vehículo, el cual siguieron desde el lugar en donde estaba el cadáver, porque había una línea de aceite de vehículo que siguieron hasta la residencia en donde terminó la línea de aceite. Al pasar sobre el cadáver la bomba de aceite se golpeó y empezó a derramar aceite, pero lo jóvenes no se dieron cuenta.

La policía pregunta que pasó, el joven les cuenta lo que sucedió y afortunadamente no se lo llevan detenido, sino que le indican que debe de comparecer a las 9.00 horas al Juzgado competente para aclarar su situación jurídica. A usted le correspondió asistirlo en su primera declaración.

¿Cuál es su teoría del caso?

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En toda actividad humana existe la autoría y la participación de una o varias personas, tal es el caso por ejemplo del autor de una canción (música y letra); para su grabación fue necesaria la participación de varias personas en diferentes niveles, como músicos, estudio de grabación, arreglista, entre otras; hasta la difusión y venta de los discos.

En la misma forma, en la autoría y participación delictiva, además del autor hay veces que participan varios sujetos, pero en este caso los efectos están dirigidos a la culpabilidad o bien a la imposición de la pena, respetando desde luego el principio de legalidad en cuanto a que solo son penadas las acciones previamente tipificadas como delito o falta; y el principio de proporcionalidad derivado de los deberes del Estado como la justicia, libertad y la seguridad jurídica.

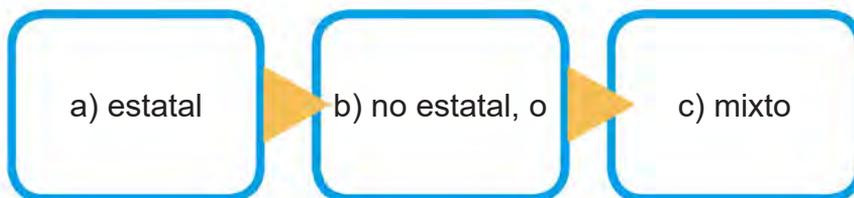
1. Concepto de autor

Es la persona o personas que cometen el delito, ya sea en forma personal o utilizando a otras. La corriente más aceptada en este tema es la del dominio del hecho (teoría objetivo material), la que se refiere a que es “autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí, y el cómo, de su realización”. (Muñoz y García, 2015, p.462)

El dominio del hecho se divide en tres clases:

- a) El dominio directo, se refiere a quien realiza de manera personal y directa, todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal doloso. Por ejemplo, la autoría directa o mediata.
- b) El dominio funcional del hecho, “cuando el aporte al hecho que cada uno hace es de naturaleza tal que, conforme al plan concreto del hecho, sin ese aporte el hecho no podría haberse realizado”. (Zaffaroni, 1998, p. 576). Este dominio funcional del hecho es aplicable en la coautoría.
- c) La voluntad de dominio de aparatos de poder organizados que desarrolló Claus Roxin, en la que se encuentran incluidos aquellos casos que se caracterizan predominantemente por la circunstancia de que el autor inmediato, tiene a su disposición personal de un aparato generalmente organizado, con cuya ayuda puede consumir delitos, sin tener que transferir a los ejecutores una decisión autónoma sobre la realización.

Esta teoría es aplicable para el crimen organizado, que puede ser



En cuanto a su aplicación, hay sentencias a nivel Latinoamericano, como la dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones Criminal Correccional de Buenos Aires, en la causa 13 del año 1984 contra los comandantes de las juntas militares. Por los aparatos de poder organizados (crimen organizado), la voluntad criminal ha sido penalizada.

2. Clases de autoría

2.1. Autoría directa o inmediata

Esta clase de autoría no da ningún problema, puesto que el sujeto tiene el dominio directo del hecho, tanto en la fase interna como en la externa. “Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito”. (Artículo 36 inciso 1º código Penal).

2.2. Autoría indirecta o mediata

Es la que realiza una persona que se vale de otro para cometer el delito. El autor mediato determina a otro a realizar la acción ejecutiva. Al autor mediato también se le denomina “el hombre de atrás”, y es quien tiene el control funcional de la acción típica y antijurídica.

El ejecutor es un mero instrumento del autor intelectual, y es por ello que este tercero generalmente actúa sin intención, o creyendo que su conducta es atípica. Este autor llega al extremo de utilizar inimputables (niños o adolescentes, enfermos mentales), incluso bajo la amenaza de causar un mal a ella, o a su familia. En los casos de lavado de dinero es regularmente el testaferro, en algunos

delitos de narcoactividad el que envía a otra persona a dejar un paquete, y el portador ignora que es droga prohibida, el campesino que ignora que lo que sembró es marihuana, entre otras. Aunque la teoría indirecta o mediata, no está taxativamente regulada en nuestra legislación penal, lo más cercano a ello sería: “Quienes fueren o induzcan directamente a otro a ejecutarlo”. (Artículo 36 inciso 2º Código Penal).

En la defensa de personas que han sido utilizadas por un autor mediato, es imprescindible buscar medios de prueba idóneos para exteriorizar la ausencia de dolo, o que el ejecutor no sabía de la tipicidad de su actuar.

2.3. La Coautoría

Para Muñoz (2015), la coautoría “es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran conscientemente y voluntariamente”. (p.464). Los casos de coautoría, en donde varias personas realizan las acciones del tipo penal, o bien, se reparten las tareas ejecutivas. “Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer”. (Artículo 36 inciso 3º Código Penal). Además de los ejecutores, el legislador incluyó a los que participan en los actos preparatorios del delito, por su participación necesaria, aunque doctrinariamente son cómplices. Conocidos son los casos de robo agravado en donde unos sujetos amenazan con armas de fuego, otros realizan el despojo de dinero y objetos, y otra espera en un automóvil para fugarse inmediatamente.

2.3.1. Jurisprudencia

Expediente No. 166-2015 Sentencia de Casación del 17/07/2015
“...De conformidad con los numerales 1º y 3º del Artículo 36 del Código Penal, varias personas conjuntamente ejecutan un delito cuando participan de manera voluntaria y consciente, en cumplimiento de una división de funciones necesarias para su consumación; es decir que, los sujetos activos actúan de mutuo acuerdo, habiéndose repartido las tareas que exige el tipo penal, pero siempre teniendo en cuenta el plan global unitario concertado, por ello, se estima que el delito se comete entre todos (...). Cámara Penal (...) en este caso, (...) descarta que la participación de la incoada haya sido en calidad de coautora, toda vez que, no quedó acreditado que existiera un mutuo acuerdo y por ende, una repartición de funciones integrantes de un plan global entre la persona de sexo masculino que exigía dinero al grupo de taxistas y la procesada, ya que como se ha expuesto, para el sentenciante quedó probado que la acción de la imputada de proporcionar su nombre y número de cuenta para que depositaran el dinero exigido a los agraviados se debió a que su cuñada se lo pidió, y después de retirarlo se lo entregó a ella (cuñada). Por tal razón, la acción de la persona de sexo masculino que exigía el dinero no puede imputarse a la procesada, como sucedería en un caso de coautoría, porque no se estableció que compartieran la realización del hecho al distribirse los distintos actos...”. (CENADOJ. Criterios Jurisprudenciales Penal. 2015, p. 38).

A la coautoría también se le denomina conforme la doctrina alemana dominio funcional del hecho, y es la que utiliza Cámara Penal, en los casos de extorsión, cuando una persona presta su cuenta bancaria para que la víctima deposite la cantidad de dinero requerida. Aunque la propietaria de la cuenta bancaria no realiza alguno de los verbos rectores de la extorsión, se considera, salvo que pruebe que actuó desconociendo el hecho, y que la utilizó otra persona que es el autor mediato. En el ejemplo que a continuación se presenta, la Corte de Constitucionalidad denegó el amparo en contra de Cámara Penal, de la Corte Suprema de Justicia. En este fallo se refiere al dominio funcional del hecho como coautoría, pero por ser un acto difícil de reemplazar, sin el cual no se hubiere podido cometer condena como autora.

2.3.1. Jurisprudencia

Corte de Constitucionalidad, expediente 4547-2020 sentencia de fecha 13 de julio de 2021.

“Es imprescindible hacer mención que la lesión o puesta en peligro de determinado bien jurídico no siempre es cometido por un solo autor, sino que en varias ocasiones son cometidos con la intervención de varias personas; al respecto Cámara Penal considera necesario reiterar la aplicación de la teoría del dominio del hecho, la cual establece que es autor quien tiene el poder de decisión central sobre la configuración del hecho; es decir, que quien tiene el dominio del hecho, es quien lo configura realmente y lo tiene en sus manos, o sea es quien domina su propia acción típica. Esta teoría tiene una triple clasificación, de la cual se

desarrolla solo la del dominio funcional del hecho por tener íntima relación con la resolución del presente caso. La teoría del dominio funcional del hecho determina que varios sujetos se dividen la realización del tipo penal, es decir, existe una división de dicha realización, la cual se ejecuta bajo previa planificación, en donde cada uno de los sujetos activos realiza una porción de la acción para poder configurar la acción típica, y que sin dicho aporte no hubiera sido posible realizar dicho tipo penal, a los cuales se les denomina como coautores, es decir, que los coautores realizan un dominio funcional del hecho. Por otra parte, el Artículo 36 del Código Penal en su numeral 3º, señala que también son autores, quienes cooperen en la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer. De ahí que el relacionado artículo recoge los conceptos básicos de la teoría del dominio funcional del hecho, en virtud de que en dicho numeral se contempla la coautoría, es decir, la existencia del dominio funcional del hecho.

Consecuentemente, Cámara Penal advierte de la plataforma fáctica acreditada por el Tribunal de Sentencia, que existió una división de trabajo con el mismo objetivo final que era obtener el lucro injusto, ya que iniciaron realizando una amenaza de muerte directa a través de llamadas telefónicas, con el objeto de exigirle a la víctima el depósito de determinada cantidad de dinero, mientras la procesada fue la persona a quien se le efectuó el referido depósito en su número de cuenta bancaria, y quien posteriormente también hizo el retiro de dicho dinero en su cuenta de banco. En

consecuencia, se advierte la existencia del dominio funcional del hecho, pues se aprecia la existencia de varios sujetos activos que se dividieron la realización del tipo penal, en donde cada uno llevó a cabo una porción de la figura penal de extorsión, sin cuyo aporte no se hubiera podido configurar el referido delito. En virtud de lo anteriormente analizado, esta Cámara concluye que la participación de la procesada fue en calidad de coautora de un delito consumado de extorsión, toda vez, que hubo repartición de funciones, integrantes de un plan global, que tenía como finalidad la obtención de un lucro injusto, perdiendo relevancia lo indicado por el tribunal de sentencia y confirmado por la Sala en cuanto a que la acusada no pidió dinero de forma violenta, pues como quedó establecido anteriormente, ella realizó un acto sin el cual no se hubiese podido consumir el hecho delictivo de extorsión. De esa cuenta, se puede concluir, que la contribución de la imputada en el hecho delictivo (extorsión) se dio en la ejecución del mismo, con un acto sin el cual no se hubiere podido consumir, por ello no puede estimarse que su actuar sea en calidad de cómplice, porque por la especialidad de su aportación ésta sería difícil de reemplazar. Por lo tanto, con base en los hechos acreditados por el Tribunal de Sentencia y lo anteriormente analizado por esta Cámara, se determina que le asiste la razón al ente casacionista en cuanto a que no se aplicó el Artículo 36 numeral 3º, relacionado con el Artículo 261 ambos del Código Penal y de esa cuenta, se considera que la procesada Sandy Analleli López Tercero, es responsable penalmente en grado de autora de la comisión del delito consumado de extorsión, razón por la cual debe imponérsele

la pena mínima de seis años (sic) prisión inconvertibles, en virtud de no estar sobrepasados los parámetros establecidos en el Artículo 65 del Código Penal, por lo anterior, resulta procedente el recurso de casación por motivo de fondo interpuesto por el Ministerio Público y así debe ser declarado en la parte resolutive del presente fallo. En cuanto a lo manifestado por la acusada en su memorial de evacuación de la vista pública, se establece que no le asiste la razón jurídica según el análisis realizado anteriormente, ya que en el presente caso, no es posible realizar una interpretación de la norma en forma restrictiva, cuando ha sido criterio reiterado de este órgano jurisdiccional que en este tipo de delitos hubo repartición de funciones, integrantes de un plan global, que tenía como finalidad la obtención de un lucro injusto y sin la participación esencial de la procesada no se hubiese podido cometer...”. (Expediente 4547-2020, páginas 11-13)

2.4. Otros autores

Aquí se incluyen los casos en los cuales el acusado estuvo presente en el momento de la ejecución del delito, porque se concertó previamente con el autor para la realización del injusto penal,” quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación”. (Artículo 36. 4 Código Penal).

Hay casos en los que el acusado estuvo presente en el lugar de la comisión del delito, pero no participó en los actos preparatorios ni ejecutivos del delito, ni cooperó para su realización. En las

acusaciones o argumentación de la fiscalía, el defensor debe plantear su estrategia con una plataforma probatoria que demuestre la no participación del acusado en los actos preparatorios, como la idea criminal, la decisión, selección de los medios. La presencia del imputado durante la ejecución del delito es una presunción que deberá probar el ente acusador y no solo deducirlo con base en simples especulaciones.

No es un autor directo porque no realiza la conducta típica (por ejemplo, matar a otra persona), y estar presente en el momento de la ejecución de un delito; es una conducta atípica, en donde este supuesto de autoría contraviene el Artículo 17 Constitucional, que desarrolla el principio de legalidad, en donde solo pueden ser penados los actos que previamente estén tipificados como delitos. Además, el imputado pudo estar presente en el momento de la ejecución del delito por razones muy diversas a la presunción de estar presente en los actos preparatorios, incluso, en toda la planeación del injusto penal.

2.4.1. Jurisprudencia

Expediente No. 437-2016 Sentencia de Casación del 27/09/2016
“...las acciones objetivamente realizadas por cada uno de los procesados, permiten verificar el concierto previo, como elemento subjetivo para correlacionarlas entre sí, pues estos con acuerdo de voluntades llegaron de manera conjunta al lugar de los hechos, para que uno de ellos realizara las acciones de disparar en contra de la víctima con un arma de fuego, y posteriormente de lograr el

resultado de causarle la muerte, de manera conjunta intentaron darse a la fuga. De lo anterior, se desprende la decisión común en la realización de cada una de las conductas, que permiten desprender el conocimiento y voluntad de perseguir un resultado idéntico, y como consecuencia, su necesaria vinculación para determinar un grado de responsabilidad penal en calidad de autor de conformidad con el Artículo 36 numeral 4º del Código Penal, (...). Por esto, el hecho que el procesado (...) no haya realizado actos materiales propiamente descritos en el tipo penal de homicidio (a diferencia de lo que ocurrió para el caso del otro copartícipe, quien disparó contra la víctima con un arma de fuego, acción que provocó lesiones que ocasionaron su muerte), no lo exime de responsabilidad penal por las acciones realizadas, más bien, solo imposibilita la aplicación del numeral 1º [Artículo 36 del Código Penal] de la referida norma...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales, 2016, pp. 35 y 36).

3. Participación

Es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno, lo que supone que hay un autor principal al que se le atribuye la comisión del delito. En este caso, el cooperador depende del autor del delito (directo, o indirecto), pues si la conducta del segundo no es típica, o que se refiera a un delito imprudente o culposo, no habrá cooperación, es por ello que la participación es accesoria y la autoría es principal.

3.1. Formas de participación

3.1.1. La Complicidad

Es una forma de participar en el delito y consiste en prestar ayuda, o cooperar en la realización del delito. El Artículo 37 del Código Penal, regula cuatro casos de complicidad.

“1º. Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito”. La cooperación es a nivel psicológico, a una persona que tenga dolo de realizar el delito, pues si no tiene esa intención estaremos ante un caso de instigación que es otra forma de participación.

“2º. Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito”. Este caso es muy subjetivo pues una promesa no se podría tomar como forma de participación en el injusto penal. Es necesario que la fiscalía pruebe en primer lugar, la conducta de prometer para el futuro, aspecto que también viola el principio de legalidad, y, además, que el delito se haya cometido y que el promitente cooperador haya prestado una ayuda efectiva para la realización del delito. Si no hay acuerdo previo para ayudar al autor con conductas después del acto ilícito, habrá que tipificar tal conducta como encubrimiento.

“3º. Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para cometer el delito”. Esta forma de cooperación puede confundirse con la autoría del Artículo 36. 3 del Código Penal, denominada cooperación necesaria. Habrá que valorar la

idoneidad de los informes para la realización del delito con un criterio objetivo desde una posición anterior y previsiblemente, como una cooperación que realmente haya contribuido a la comisión del delito.

“4º. Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener concurrencia en el delito”.

Hay que aclarar que partícipes son todos los que participan en las diferentes fases de ejecución del delito. Este supuesto señala como cómplice al intermediario o “conecte”, quien realiza el contacto entre el interesado en la realización de un delito y quien lo ejecutará. En la práctica, se necesita de un buen soporte probatorio para acreditar esta forma de participación.

3.1.1.1. Jurisprudencia

Expediente No. 277-2016 Sentencia de Casación del 07/10/2016
“...a juicio de la *ad quem*, el comportamiento del acusado fue correctamente encuadrado, conforme el numeral 2 del Artículo 37 del Código Procesal Penal, dado que, el sentenciante describió “la participación o acciones” del acusado, por las cuales su comportamiento encuadra como cómplice del delito, aunado a lo anterior, es necesario resaltar que, del contenido integral de la plataforma fáctica, se encuentra que, su participación quedó evidenciada conforme la escucha telefónica (...), se demuestra que el acusado tuvo conocimiento previo, de que el vehículo que le pidieron prestado, lo usarían para transportar a una víctima para luego cegarle la vida, aun así, no tuvo inconveniente en prestar el automotor, extremo que, el presente caso por el principio de

reformatio in peius no se somete a consideración, pues, él fue condenado como cómplice de “homicidio”; sumado a lo anterior, se destaca que, el acusado es cómplice del delito de “homicidio”, con base en el contenido del numeral 3° del Artículo 37 del Código Penal, el cual establece que son cómplices: “Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito...”, y no sobre la base del numeral 2° del Artículo 37 del mismo cuerpo legal, como lo convalidó el *ad quem*, porque él no prometió ayuda o cooperación después de cometido el delito, sino, suministró el vehículo, en cuyo caso, fue el medio adecuado para realizar el delito, porque les sirvió para trasportar al agraviado del lugar de donde lo interceptaron para el punto en donde fue encontrado muerto...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal. 2016, p- 120).

3.1.2. La Instigación

Es una forma de participación en la que se persuade, mueve o determina dolosamente a otra a realizar la conducta delictiva. Elementos personales son el instigador y el instigado. La instigación puede ser verbal, escrita, simbólica y hasta gestual, pero en cualquiera de sus formas, es indispensable que sea clara y directa. Para que sea clara el instigador debe conocer los elementos del delito que persuade se realice por un tercero, pues no basta con simples insinuaciones o sutilezas.

Habrà instigación cuando como producto de ella, el instigado haya realizado el hecho. En nuestra legislación, esta forma de

participación va acompañada de un tipo penal, por ejemplo, inducción al suicidio (Artículo 128 CP); al menos que sea pública, constituye un tipo penal autónomo.

3.1.3. Conspiración

En esta forma de participación, dos o más personas se ponen de acuerdo, conciertan o pactan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo. “Hay conspiración, cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito y resuelven ejecutarlo”. (Artículo 17 código Penal). La conspiración corresponde a la fase interna de recorrido criminal, los partícipes tienen la idea y han tomado la decisión, pero no han realizado acto alguno para ejecutarlo.

3.1.4. Proposición

Es realizar una propuesta a una o varias personas para ejecutar una conducta que previamente esté tipificada como delito. Presupone que el oferente no solo tuvo la idea, sino tomó la decisión, incluso buscó los medios para ejecutar un delito. y hace una propuesta explicando sus razones y medios para la realización de un injusto penal. También se encuentra en la fase interna de *iter criminis*. Se regula en el Artículo 17 del Código penal y se penaliza en los casos que la ley lo determine expresamente.

“(…) 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”. (Artículo 17 Código Penal, párrafo segundo).

La legislación guatemalteca ha penalizado la fase interna del recorrido criminal, al legislar el tipo penal autónomo de conspiración, vulnerando el principio de legalidad (derecho penal de acto), y crea un derecho penal de intención. Pena la intención en la misma proporción que la ejecución del delito, contraviniendo, además, del principio de proporcionalidad y el de lesividad al bien jurídico, puesto que, en la fase interna aún no hay un daño o perjuicio al bien jurídico tutelado por el Estado.

“Conspiración. Comete el delito de conspiración quien se concierte con otra o más personas con el fin de cometer uno o más delitos. Las penas a imponer a cada persona por conspiración serán las mismas señaladas para el delito que se conspira, independientemente de las penas asignadas a los delitos cometidos “. (Artículo 3º Ley Contra la Delincuencia Organizada).

Ejercicios de comprensión de lectura del Capítulo IX Autoría y participación

Después de leer este capítulo, en hojas adicionales copie y conteste las siguientes preguntas. Para ello debe utilizar el módulo.

1. Escriba un concepto de autor.
2. Enumere las tres clases de dominio del hecho.
3. ¿Qué es la autoría directa y su fundamento legal?
4. ¿En qué consiste la autoría indirecta o mediata?
5. ¿En qué clase de autoría ubica al autor intelectual?
6. ¿Qué es la coautoría?
7. ¿Qué es la complicidad?
8. ¿A que ser refiere la instigación?
9. ¿En qué consiste la conspiración?
10. Escriba un concepto de proposición.

CONCURSO DE DELITOS Y CONCURSO APARENTE DE NORMAS

El concurso de delitos se refiere a la unidad y a la pluralidad de las conductas; si en una acción puede haber delitos, o si varios delitos deben ser juzgados y resueltos en una misma sentencia, o si la misma conducta fue repetida afectando a un mismo bien jurídico, cuyo titular puede ser una o varias personas. Por otra parte, en el concurso de leyes o la concurrencia aparente de tipos penales, ¿Qué ley es la más razonable para aplicarla al caso concreto?

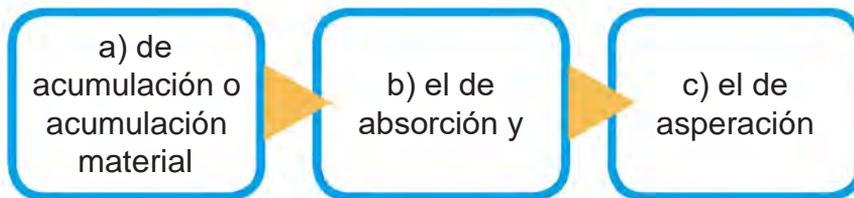
Estos temas son importantes y útiles para la determinación de la pena o la tipificación de conductas; el propósito de los concursos y los principios aplicables es no caer en lo jurídicamente absurdo, respetando en todo caso, el principio de racionalidad de las penas.

1. Concurso de delitos

Determinar si en un caso hay uno o varios delitos, que se imputan a una misma persona, ya sea porque realiza una conducta que abarca varios delitos, o bien varias conductas que corresponden a varios delitos, es importante para la estrategia de defensa, pues desde un punto de vista procesal al realizar una evaluación del caso podrá solicitarse acumulación de procesos, o bien oponerse a ella con argumentos técnicos; sin embargo, el momento más importante será el debate y los alegatos finales.

“Como en el concurso real hay una concurrencia de delitos en un proceso, en tanto en el concurso ideal hay una concurrencia de tipicidades en una única conducta”. (Zaffaroni, 2001, p. 824) El

tema de los concursos es sustantivo y a la vez procesal. De ahí la importancia de conocer los principios que rigen el concurso de delitos que tendrá sus efectos en la imposición de la pena. Para la ponderación de la pena en Guatemala, se utilizan tres principios:



1.1. Principio de acumulación

En el caso que haya varios delitos por concurso real, la pena de cada delito se determina separadamente y luego se suma y el resultado es la pena a imponer. Aquí habrá casos que la pena de prisión se pasa de cincuenta años, e imposible que el condenado cumpla el tiempo de prisión. Algunos tribunales utilizan este principio para la imposición de la pena.

1.2. Principio de absorción

Cuando en un mismo caso hay varios delitos para un acusado, se aplica la pena del delito más grave. La pena del delito más grave absorbe las penas de los demás delitos.

1.3. Principio de asperación

Cuando en el mismo caso hay varios delitos, se impone la pena por el delito más grave aumentada en una tercera parte, pero en todo caso, hay un límite que se explica más adelante.

2. Concurso real

En un mismo proceso hay varias acciones que corresponden a varios delitos y, en consecuencia, se resolverán en una misma sentencia.

Al responsable de dos o más delitos, se le impondrán todas las penas correspondientes a las infracciones que haya cometido a fin de que las cumpla sucesivamente, principiando por las más graves, pero el conjunto de las penas de la misma especie no podrá exceder del triple de la de mayor duración, si todas tuvieran igual duración no podrán exceder del triple de la pena.

Este máximo, sin embargo, en ningún caso podrá ser superior:

1°

A cincuenta años de prisión,

2°

A doscientos mil quetzales de multa. (Artículo 69 del Código Penal).

En el concurso real, se aplica el sistema de acumulación material puesto que se imponen todas las penas principiando por las más graves, pero el límite es que la suma de las penas no podrá exceder del triple de la de mayor duración.

2.1. Jurisprudencia

Expediente No. 1103-2014 Sentencia de Casación del 24/03/2015 “...según lo razonado en el fallo constitucional citado [sentencia de treinta y uno de octubre de dos mil trece, dictada dentro del expediente de amparo en única instancia número un mil cuatrocientos cuatro – dos mil trece], y bajo la misma lógica, es erróneo interpretar que concursan en forma real los delitos de robo agravado y portación ilegal de armas de fuego hechizas o de fabricación artesanal, en un hecho en el que el sujeto activo se vale de un arma de fuego de esas características, cuya portación es prohibida, para despojar de determinados bienes muebles al sujeto pasivo, pues, lo que se configura en ese caso –interpretando lo dicho por la Corte de Constitucionalidad- es un concurso aparente de normas, que se resuelve por vía de la aplicación del principio de consunción, por el cual se arriba a la conclusión de que el desvalor previsto en la forma agravada del robo aplicada en el presente caso –artículo 252 numeral 3 del Código Penal-, abarca o agota en su contenido, el desvalor de la acriminación de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas, siendo en consecuencia punible únicamente el primero de ellos, es decir, el de robo agravado...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales, 2015, pp. 101-102).

3. Concurso ideal

Una misma acción corresponde a varios delitos, por violar diferentes bienes jurídicos.

En caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario de cometer el otro, únicamente se impondrá la pena correspondiente al delito que tenga señalada mayor sanción, aumentada hasta en una tercera parte. El tribunal impondrá todas las penas que correspondan a cada una de las infracciones si a su juicio esto fuera más favorable al reo, que la aplicación de la regla anterior.

Cuando se trate de concurso ideal de delitos sancionados con prisión, de delitos sancionados con prisión y multa o de delitos sancionados sólo con multa, el juez, a su prudente arbitrio y bajo su responsabilidad aplicará las sanciones respectivas en la forma que resulte más favorable al reo. (Artículo 70 Código Penal).

En este artículo, también se trata al **concurso medial**, o sea cuando un delito es el medio para cometer otro, por ejemplo, para realizar una violación sexual fue necesario un allanamiento de morada. Otro ejemplo, robar un arma de fuego para causar heridas a otra persona.

En el primer párrafo de este artículo que regulan los concursos ideal y medial, se aplica el principio de asperación; en el segundo párrafo, el principio de acumulación, si fuere más

favorable al 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 más pena de multa.

El estudio socioeconómico del procesado adquiere vital importancia para discutir la determinación de la pena. Si se trata de multa se observará 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 prisión y multa, hay que insistir en la condición socioeconómica del acusado, ya que, si no paga la multa, ésta se convierte en prisión, aumentando 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.

Los penados con multa, que no la hicieren efectiva en el término legal, o que no cumplieren con efectuar las amortizaciones para su debido pago, o fueren insolventes, cumplirán su condena con privación de libertad, regulándose el tiempo, según la naturaleza del hecho y las condiciones personales del penado entre cinco quetzales y cien quetzales por cada día. (Artículo 55 Código Penal).

4. Delito continuado

Hay delito continuado cuando existen varias acciones u omisiones, pero por razones dentro de ellas utilitarias e incluso la más favorable al reo, se valoran como un solo delito, y se puede aplicar el principio de asperación para la imposición de la pena. “Consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen un misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza”. (Muñoz y García, 2015, p. 501).

Se entenderá que hay delito continuado cuando varias acciones u omisiones se cometan en las circunstancias siguientes:

1°

Con un mismo propósito o resolución criminal.

2°

Con la violación de normas que protejan un mismo bien jurídico de la misma o de distinta persona.

3°

En el mismo o diferente lugar.

4°

En el mismo o distinto momento, con aprovechamiento de la misma situación.

5°

De la misma o de distinta gravedad.

En este caso se aplicará la sanción que corresponda al delito, aumentada en una tercera parte. (Artículo 71 Código Penal).

Ejemplo conocido son las diversas estafas que se realizan en la compraventa de lotes de terreno, en donde los vendedores reciben la totalidad del precio o pagos iniciales, y después no otorgan la escritura de compraventa, por tratarse de lotificaciones fantasmas o anómalas, regularmente los vendedores no son los propietarios. **A** estafó a “**X**” por 15 mil quetzales, a “**Y**” por 25 mil quetzales y a “**Z**” por 35 mil quetzales. En diferente momento, y suman 75 mil quetzales. No se impone la pena por cada estafa en particular, sino por el principio de asperación, se aplica la pena aumentada en una tercera parte.

Hasta el momento, se aplica el delito continuado respecto a determinados delitos, especialmente de carácter patrimonial, sin embargo, cuando se trata de delito de carácter personalísimo como violación, o violencia contra la mujer, la jurisprudencia guatemalteca tanto en Cámara Penal como en la Corte de Constitucionalidad, considera que hay concurso real. Aunque doctrinariamente se menciona bienes personalísimos, es preferible referirse a una injerencia física en el bien jurídico. Así lo recomienda el profesor Zaffaroni (2001):

Hay tipos en los cuales el delito continuado exige además de las mencionadas condiciones de *identidad del titular del bien jurídico afectado*, requisito que suele expresarse considerando que se trata de supuestos de bienes jurídicos *personalísimos o altamente personales*, aunque con este concepto dista de ser doctrinariamente claro, es preferible no emplearlo lo cierto es que intuitivamente parece que no es razonable ignorar que la unidad de acción sólo es posible cuando medie identidad del titular (secuestro, lesiones, violación, entre otras), en tanto que hay otros en que ello no parece razonablemente necesario (ejemplo, Hurto, estafa). El criterio distintivo no se halla en las denominaciones confusas que se propusieron, sino en la afectación al bien jurídico que implica en los primeros una *injerencia física en la persona*, cosa que no sucede en los segundos. (pp. 827-828).

4.1. *Lege ferenda*

El Proyecto del nuevo Código Penal, al regular el delito continuado, excluye del mismo el bien jurídico vida, seguridad, integridad, libertad e indemnidad sexual de las personas, equidad de género, familia y estado civil de las personas.

Delito Continuado. Se entenderá que hay delito continuado cuando, varias acciones u omisiones se cometieren bajo la concurrencia de las siguientes circunstancias:

1°. Con un mismo propósito o resolución criminal.

2°. Con violación de normas que protejan un mismo bien jurídico, de la misma o de distinta persona.

3°. En el mismo o en diferente lugar.

4°. En distinto momento, con aprovechamiento de la misma situación.

5°. De la misma o de distinta gravedad.

Quedarán exceptuadas de esta disposición, las lesiones a los bienes jurídicos de vida, seguridad, integridad, libertad e indemnidad sexual de la persona, equidad de género, familia y estado civil de las personas. (Artículo 30. Iniciativa de Ley No 5494 Congreso de la República).

4.2. Jurisprudencia

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de fecha 19 de febrero de 2020

Al realizar el análisis de las constancias procesales, los alegatos de las partes y, fundamentalmente, de la sentencia que constituye el acto reclamado, en concordancia con lo anteriormente expuesto, frente a los agravios que denuncia el postulante en amparo, esta Corte estima que, la autoridad cuestionada, actuó con estricto apego a Derecho y su proceder no evidencia agravio alguno que amerite otorgamiento de la protección constitucional, puesto que al realizar el estudio correspondiente sobre los puntos alegados en el recurso de casación y el fallo de apelación especial, en relación al submotivo de procedencia invocado, determinó la existencia del vicio denunciado en tal medio de impugnación la falta de aplicación del Artículo 69 del Código Penal relacionado con los Artículos 7 de la Ley contra el Femicidio y Otras formas de violencia contra la Mujer y 71 del Código Penal. Ello porque, el Tribunal de Casación, al llevar a cabo el examen que presupone el caso de procedencia invocado con el rigor jurídico propio del recurso extraordinario de casación y de acuerdo a los límites que establece la ley, analizó de manera completa lo referente a la aplicación de la figura jurídica del delito continuado en los tipos penales cuyos bienes jurídicos tutelados son de carácter personalísimo, advirtiendo que contrario a lo expuesto por la Sala, en el caso concreto concurrían los elementos necesarios para calificar la conducta atribuida al postulante como concurso real de delitos, en tanto no pueden ser considerados como una sucesión de hechos delictivos, puesto que en atención al bien jurídico tutelado en esa clase de ilícitos, cada acción realizada en contra de este bien, equivale a una agresión

única e irreversible a la integridad de la víctima y, en ese sentido, el delito continuado no es aplicable. (Expediente 5107-2019, p. 13).

5. Importancia del concurso de delitos

Con base en el principio de culpabilidad como fundamento en la determinación de la pena, el Estado por medio de su política criminal, a través del legislador, diseñó la cesura del debate que se divide en dos partes, primero para discutir la responsabilidad penal, y luego, en audiencia separada, la determinación de la pena. En este sentido la ley procesal regula la división del debate único y otorga la facultad al defensor de pedirlo al evacuar la audiencia de ofrecimiento de prueba, o antes de iniciar el debate. En la discusión de la pena, se puede argumentar el principio *in dubio pro reo*, tal como preceptúan los Artículos 14 último párrafo del Código Procesal Penal y el Artículo 70 del Código Penal. En caso que se haya dictado ya sentencia, se puede interponer un recurso de apelación especial por motivo de fondo.

6. Concurso aparente de normas o leyes

Se refiere al caso, de que, al valorar la gravedad de un hecho, existan diversas normas penales que contienen delitos, y que pretenden regir al mismo tiempo la conducta, pero solo una norma es aplicable al caso concreto y la otra no. O bien se quiera imputar al acusado dos delitos. El problema es ¿Cuál es la norma mejor aplicable al caso concreto? Este problema de aplicación de leyes se soluciona mediante los siguientes principios:

a) Especialidad

b) Subsidiariedad

c) Consunción

6.1. Principio de especialidad

Establece que la ley especial prevalece sobre la ley general. “Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las materias de naturaleza penal, reguladas por otras leyes, en cuanto éstas, implícita o expresamente, no dispusieren lo contrario”. (Artículo 9 del Código Penal). También se aplica entre dos normas del Código Penal, que puede tener supuestos de hecho similares, en donde solo una es aplicable y teniendo duda en cuanto a la interpretación de las normas, se aplicaría lo más favorable a la persona humana mediante el principio *favo rei*.

6.1.1. Jurisprudencia

Expediente No. 1205-2013 Sentencia de Casación del 24/03/2014
“...Cuando un hecho con relevancia penal admite la calificación de

dos normas penales, la dogmática considera que existe un concurso aparente de normas, y es aparente porque necesariamente debe seleccionarse una para realizar la subsunción típica. Los criterios que la ciencia penal establece para resolver este aparente concurso se basa en los principios de especialidad, de consunción y de subsidiariedad (...) Cámara Penal considera que en el presente caso debe aplicarse el principio de especialidad para resolver el caso, que además estaría en congruencia con el principio *favor rei*.

(...) Los artículos del Código Penal en concurso aparente, por contener supuestos de conducta similares y tutelar el bien jurídico libertad son: el 201 párrafo tercero del Código Penal (...) El problema se genera porque no queda claro en la reforma el propósito de este “secuestro”, por lo que este cambio regula una conducta ya establecida en el Artículo 203 en relación con el 204 que establecen el delito de detenciones ilegales agravadas (...) existe un principio que fue invocado en la apelación especial por los procesados, que es el *favor rei*, que resumidamente consiste en que, cuando dos normas penales sustantivas regulan la misma situación fáctica, debe preferirse la que es favorable al reo, que ha realizado la conducta prohibida. (...) Respecto de este principio “(...) la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a

la persona humana...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales, 2014, pp. 71-72).

6.2. Principio de subsidiariedad

Mediante 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 interferencia de la tipicidad en las etapas anteriores; por ejemplo, se aplicará la norma del delito consumado, por el de tentativa. El delito consumado es subsidiario de la tentativa.

También hay conflicto de leyes cuando se desea aplicar agravantes genéricas del Artículo 27 Código Penal, y hay agravantes específicas contenidas en el tipo. Si la norma principal contiene las agravantes específicas no hay por qué agregar agravantes genéricas al injusto penal, porque éste las abarca. Por ejemplo, cualquiera de los 7 incisos que contiene el Artículo 252 del CP que regula el robo agravado por disposición del Artículo 29 Código Penal, no le son aplicables agravantes genéricas.

Exclusión de agravantes. No se apreciarán como circunstancias agravantes, las que por sí mismas constituyen un delito especialmente previsto por la ley, ni las que ésta haya expresado al tipificarlo, o sean de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiere cometerse. (Artículo 29 del Código Penal).

6.2.1. Jurisprudencia

Expediente No. 1335-2016 Sentencia de Casación del 19/07/2017

“...Cámara Penal advierte que no le asiste la razón jurídica a la recurrente, lo anterior debido a que conforme la sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia, no se acreditaron circunstancias agravantes que ameritaran un aumento en el mínimo de la pena (...) la inconsistencia jurídica en el reclamo de la casacionista, no solo porque como se indicó, no hubo agravantes; sino porque pretender en el delito de violencia contra la mujer en su manifestación física, que los golpes sufridos por la víctima puedan considerarse extensivos al delito, es infundado jurídicamente pues en estos delitos, el verbo rector para su configuración lo constituye el hecho de agredir físicamente a la víctima, por consiguiente dicho extremo no puede considerarse como una circunstancia graduadora de la pena según lo regulado por el Artículo 29 de la ley sustantiva penal, ya que los golpes son integrantes del tipo de violencia contra la mujer en su manifestación física...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales 2017, p.354).

6.3. Principio de consunción

Este principio se refiere a que un delito absorbe a otro, cuya conducta o supuesto de hecho, está contenido regularmente en el de mayor gravedad, o bien el precepto penal más amplio o complejo absorbe a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel. Por ejemplo: el acusado agredió a su esposa y le ocasionó lesiones leves. El juzgado tipificó violencia contra la mujer en su manifestación física (Artículo 7º inciso b)

de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, y lesiones leves (Artículo 148 Código Penal). En este caso, por el principio de consunción, el delito de violencia contra la mujer en su manifestación física absorbe al delito de lesiones leves. La no aplicación del principio de consunción podría vulnerar el principio *non bis in ídem*. El principio de subsidiariedad y el de consunción no los regula el Código Penal de Guatemala, pero no implica que no se aplique, pues en todo caso, “Es deber de Estado garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integra de la persona”. (Artículo 2 CPRG).

6.3.1. Jurisprudencia

Expediente No. 1044-2012 Sentencia de Casación del 18/06/2012 “...El argumento central del recurrente consiste en que la juez sentenciante, para graduar la pena, aplicó circunstancias que constituyen elementos de los tipos penales imputados, por lo que se inobservó el Artículo 65 del Código Penal.

Revisando el reclamo del casacionista, Cámara Penal encuentra que, éste se adhiere a la calificación dada por la juez sentenciante y ratificado por la sala, que el hecho del juicio era constitutivo de dos delitos, lo que objeta es la graduación de la pena. No obstante, en cumplimiento de lo que prescribe el Artículo 438 del Código Procesal Penal, este tribunal debe actuar en interés de la ley y la justicia, y en esta perspectiva, entra a resolver el recurso, centrando su atención en la verdadera violación de ley y lesión de la justicia.

El hecho del juicio acreditado por el tribunal de sentencia consiste en que el sindicado agredió físicamente a la agraviada y como consecuencia le provocó lesiones consideradas leves, y de aquí la juez sentenciadora desprendió que cometió dos delitos -violencia contra la mujer y lesiones leves -. De manera explícita se atribuyó que hay un concurso real de delitos, dado que el mismo hecho contra la misma agraviada, lesionó dos normas jurídicas, que contienen los delitos de violencia contra la mujer y lesiones leves.

El juicio de este tribunal es que, habiéndose acreditado que el procesado agredió físicamente a la víctima -mujer- y le ocasionó dichas lesiones, no puede sancionarse doblemente por ese mismo hecho, con la sola justificación de que concurre más de una causa calificante. Los elementos objetivos del delito de violencia contra la mujer (específicamente la física, que interesa al caso) se resumen, simplemente, en que se ejerza violencia contra ella, y por su redacción didáctica, se infiere que se consuma con cualquier arremetimiento físico contra la fémica, incluyendo golpes o lesiones. En cuanto al delito de lesiones leves, sus elementos objetivos consisten en causar lesión leve, que, para el caso de estudio, la enfermedad o incapacidad para el trabajo, provocada, debe durar más de diez días sin exceder de treinta.

En estos casos, el criterio dogmático penal para resolver es el de la consunción, debido a que, la comisión de un mismo hecho, puede lesionar a dos normas que entran en concurrencia como tales. Ello porque, “según se deduce de su racional interpretación;

el apotegma penal *ne bis in ídem* imposibilita que un hecho pueda ponerse varias veces a cargo del mismo autor, y este apotegma se vulneraría si se sancionase cada uno de los relieves o aspectos que una misma conducta antijurídica pudiera penalísticamente ofrecer”. (Jiménez Huerta, 1985. Página 322).

Los Artículos aplicados -148 del Código Penal y 7 inciso b de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer-, por su propia estructura, subsumen por igual a un mismo hecho. En ambos artículos, el desvalor delictivo es el mismo y por eso la doctrina habla de consunción, porque al aplicarse uno solo de los tipos, se juzga sobre los mismos elementos del otro tipo; es decir que, con la aplicación de uno solo de ellos, se destruye o extingue el desvalor delictivo plasmado en el otro tipo, ya que los elementos de aquel yacen latentes en éste.

En consecuencia, el criterio jurídicamente correcto es condenar por un solo delito, en este caso, por el de violencia contra la mujer, porque es el que contempla la pena más alta, pues, de otro modo, estaría violentándose el principio de no condenar dos veces por un mismo hecho. De lo dicho anteriormente, Cámara Penal considera que ha habido un error de calificación y que, por apego a la justicia, debe ser corregido, ya que no puede resultar posible que una conducta acreditada, y que se encuentra regulada de forma similar en normas penales distintas, sean aplicadas ambas en un mismo caso y contra un solo sujeto procesal...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal, 2012, pp. 769-771).

6.3.2. Jurisprudencia

Expediente No. 1125-2014 Sentencia de casación del 11/06/2015 “...Cámara Penal estima que, más allá de que sea correcto o no, que haber privado de su libertad a la víctima y que dicho extremo haya sido el medio para cometer el asesinato, lo importante es establecer, si es jurídicamente correcto condenar por un delito, que se tipifique como secuestro cuando la privación de libertad de la víctima constituyó una circunstancia de ejecución que, aunque por sí sola integra la conducta descrita en otro tipo autónomo, es calificante del tipo complementado, por dicha circunstancia (...) conforme el concurso aparente de normas, obligadamente tiene que aplicarse solo una, y que en este caso se resuelve por el principio valorativo de consunción, el cual permite resolver el problema del concurso aparente de tipos, con base en que, *“Hay conductas que al ser subsumidas en el tipo en que más adecuadamente encuadran, consumen, esto es, destruyen o extinguen, el desvalor delictivo plasmado en otro tipo, ya que en aquél yace latente éste. La indicada relación existente entre ambos tipos penales presupone la sola aplicación de aquél que, conforme a su íntegra y profunda significación incluye en el caso concreto el desvalor antijurídico del otro”*. (...). Por lo anterior Cámara Penal considera que, el principio *ne bis in idem* que prohíbe poner un hecho varias veces a cargo del mismo autor, se vulneraría, si se sancionara cada uno (...), por lo tanto, (...), la privación de libertad de la víctima, quedó subsumida en el desvalor del delito de asesinato, no pudiendo condenarse por el delito de plagio o secuestro, por lo que es procedente la

absolución de la sindicada por ese delito...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales, 2015, pp. 95-96).

6.3.3. *Lege ferenda*

El concurso aparente de normas se regula en el Proyecto del Nuevo Código Penal, de la siguiente forma:

Concurso aparente de normas (Principio de especialidad, consunción y subsidiariedad). El conflicto por la concurrencia de dos o más normas de este Código o de cualquier otra ley penal especial que pudieren ser aplicadas a un mismo hecho o conducta, se resolverá de acuerdo a las siguientes reglas:

1.

Cuando existiere conflicto entre normas de este Código y de cualquier ley penal especial, prevalecerán las normas establecidas en el presente Código.

2.

Cuando existiere conflicto entre normas del presente Código, prevalecerán las normas especiales por sobre las generales.

3.

La norma penal más amplia o compleja absorberá a las que castiguen las infracciones subsumidas en aquella.

4.

La norma subsidiaria se aplicará sólo en defecto de la principal, cuando se declare expresamente esa subsidiariedad. (Artículo 12, Iniciativa de Ley No 5494 Congreso de la República).

Ejercicios de comprensión de lectura del Capítulo X Concurso de delitos y Concurso aparente de normas

Después de leer este capítulo, en hojas adicionales copie y conteste las siguientes preguntas. Para ello debe utilizar el módulo.

1. Escriba un concepto de concurso de delitos.
2. ¿En qué consiste el principio de acumulación? Escriba un ejemplo.
3. ¿En qué consiste el principio de absorción? Escriba un ejemplo.
4. ¿En qué consiste el principio de asperación? Escriba un ejemplo.
5. ¿En qué consiste el concurso Real de delitos? Escriba el fundamento legal,
6. ¿En qué consiste el concurso Ideal de delitos? Escriba el fundamento legal,
7. ¿Se puede aplicar delito continuado en los delitos contra la indemnidad sexual? Razone su respuesta.
8. Escriba un concepto de Concurso de normas.
9. ¿En qué consiste el principio de subsidiariedad? Escriba un ejemplo.
10. ¿En qué consiste el principio de consunción? Escriba un ejemplo.

GRADUACIÓN DE LA CULPABILIDAD

Una vez realizado el juicio de culpabilidad para determinar el desvalor de resultado, así como el desvalor de acción, y aplicarlos en las medidas desjudicializadoras, (incluyendo el procedimiento abreviado), o bien, declarada la culpabilidad de la persona que se juzga, para los efectos de la imposición de la pena, es importante conocer las circunstancias tanto atenuantes y agravantes genéricas, que servirán como uno de los parámetros para la determinación o ponderación de la pena.

Las circunstancias que modifican la responsabilidad penal tienen un doble fundamento, en el principio de proporcionalidad y en la teoría del delito. En el principio de proporcionalidad, en un primer momento el legislador asignó una sanción a las conductas penalizadas que afectan bienes jurídicos. La pena de prisión para cada tipo penal está asignada entre un mínimo y un máximo. Un segundo momento corresponde a la actividad jurisdiccional en donde se impone la pena en el caso concreto, en proporción a las circunstancias que gradúan la responsabilidad penal.

En la teoría del delito, las circunstancias que modifican la responsabilidad penal son elementos accidentales a todos los delitos y se dividen en atenuantes que disminuyen la culpabilidad, y agravantes que la aumentan. Se denominan genéricas a las que se encuentran en las disposiciones generales, y específicas las que están contenidas en los tipos penales en particular.

1. Circunstancias atenuantes

Serán todas aquellas que disminuyan la culpabilidad del sujeto, y tendrá efectos en la ponderación de la sanción penal, en principio una pena mínima, como en el caso de Guatemala, o una consecuencia jurídica de menor afectación para el condenado, atendiendo, desde luego, al fin de la pena que en todo caso es eminentemente resocializador.

El Artículo 26 del Código Penal se refiere a las circunstancias atenuantes, sin embargo, por razones didácticas las dividiremos en tres clases:

a) Las relacionadas con la persona del autor antes de cometer el hecho;

b) las relacionadas con comportamiento del autor posterior al hecho; y

c) circunstancias análogas.

1.1. Circunstancias que disminuyen la culpabilidad antes de cometer el hecho

1.1.1. Inferioridad psíquica

En esta atenuante, se incluyen todos aquellos casos en

donde no concurrió en su totalidad, ninguna de las causas de inimputabilidad; hay imputabilidad disminuida y menor reprochabilidad de la conducta. Por ejemplo, en el desarrollo psíquico incompleto, cuando se realiza un examen mental al paciente, y se tiene como resultado, una debilidad mental o retardo mínimo que no llega a la eximente. “Las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto”. Artículo 26 inciso 1º Código Penal).

1.1.2 Exceso de las causas de justificación

Este es el caso de causas de justificación incompletas, por ejemplo, ausencia de una agresión ilegítima, en la persona que por nerviosa se defiende ante lo que considere una agresión, sin que ésta exista. Otro ejemplo en el estado de necesidad, es que el mal que se realizó sea mayor al mal que se trate de evitar. Por existir una causa de justificación incompleta, no elimina la antijuricidad, pero si atenúa la responsabilidad penal. “El exceso de los límites establecidos en las causas de justificación”. (Artículo 26 inciso 2º Código Penal).

1.1.3. Estado emotivo

El agente actúa en forma precipitada, confundido temporalmente, sin meditar sobre la conducta típica realizada. Naturalmente significa que ese arrebató no haya sido efecto de drogas o bebidas alcohólicas, pero es aplicable en estados pasionales provocados por situaciones emocionales. Importante resulta en este caso

el examen psicológico para todos los factores y el entorno de la persona que se presume actuó bajo esta circunstancia, especialmente cuando no se configura como una situación de inimputabilidad, por ejemplo, trastorno mental transitorio. “Obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación”. (Artículo 26 inciso 3º).

1.1.4. Ignorancia

En un país con un índice alto de analfabetismo, multicultural y plurilingüe, constituye una atenuante la ignorancia ya sea en los elementos del tipo penal, o en el conocimiento de la antijuricidad del hecho. En este caso, estamos ante una forma mínima de culpabilidad inferior al error de tipo y error de prohibición. “La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución”. (Artículo 26 inciso 9º Código Penal).

1.1.5. Dificultad de prever

El deber de cuidado ha sido muy difícil de prevenir por parte del agente, y como consecuencia, se produjo un resultado que afecta al bien jurídico, no obstante, en los delitos imprudentes, atenúa la responsabilidad penal. “En los delitos culposos, es causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever”. (Artículo 26 inciso 10 Código Penal).

1.1.6 Provocación o amenaza

En esta atenuante, el autor obra respondiendo a un estímulo por parte del provocador que se convierte en agraviado, pero

sin llegar a configurar la legítima defensa. “Haber precedido inmediatamente, de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito”. (Artículo 26 inciso 11 Código Penal).

1.1.7. Vindicación de ofensa

Se entiende por vindicación, a una reacción próxima que se ejerce consecutivamente a una ofensa recibida, en donde no ha habido el tiempo necesario para la reflexión. En esta atenuante, el imputado reacciona violentamente, reivindicando sus acciones o en venganza ante la persona o personas que le han causado a él o a sus parientes una ofensa grave. “Haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, su concubinario, sus parientes dentro de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados”. (Artículo 26 inciso 12 Código Penal).

1.1.8. Inculpabilidad incompleta

El miedo invencible, fuerza exterior, error, la obediencia debida, y la omisión justificada no tienen la magnitud de constituir eximentes de responsabilidad penal, pero sí la disminuyen. “Las expresadas en el Artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos”. (Artículo 26 inciso 13 Código Penal).

1.2. Atenuantes por el comportamiento del autor posterior al hecho

1.2.1. Arrepentimiento eficaz

El arrepentimiento no debe quedar en un plano verbal, sino que debe repararse el daño causado, ya sea resarciendo al agraviado, o realizando actos que impidan consecuencias que dañen el bien jurídico. Esta atenuante es muy significativa cuando el acusado declara durante el debate, la forma en que ocurrieron los hechos, pues indica estar arrepentido y además aporta pruebas que demuestran que ha resarcido o tratado de resarcir los daños causados. “Si el delincuente ha procurado con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”. (Artículo 26 inciso 4º Código Penal).

1.2.2. Reparación de perjuicio

Esta atenuante puede ser utilizada desde la primera declaración, y puede ser útil para argumentar la solicitud de una medida sustitutiva de privación de libertad; es requisito indispensable para otorgar el criterio de oportunidad en los delitos en donde haya agraviado en particular. Si el caso llegó a debate, puede invocarse en las conclusiones. “Si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia”. (Artículo 26 inciso 5º Código Penal).

1.2.3. Preterintencionalidad

Se aplica en tipos dolosos, en donde no hubo intención de lesionar el bien jurídico en la forma que se dañó. No concurre en los delitos culposos, ni en tipos penales como homicidio preterintencional, aborto preterintencional, porque habría atenuante de un tipo atenuado. “No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad o como el que se produjo”. (Artículo 26 inciso 6º Código Penal).

1.2.4. Presentación a la autoridad

Esta atenuante se presenta, cuando el imputado aun pudiéndose fugar o evadir a la justicia, voluntariamente se presenta a la autoridad (Policía Nacional Civil, Ministerio Público, o tribunales) para aclarar su situación jurídica. En los casos donde sea procedente, se puede argumentar para solicitar una medida sustitutiva de privación de libertad, pues desvanece algunos de los supuestos de peligro de fuga del artículo 262 del Código Procesal Penal. “Si pudiendo el imputado eludir la acción de la justicia por fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad”. (Artículo 26 inciso 7º).

1.2.5. Confesión espontanea

En el sistema acusatorio, se toma como atenuante la declaración espontánea que preste el acusado durante diversas etapas del proceso penal. Lamentablemente en Guatemala, no hay una Ley de aceptación de cargos, o disposiciones en el Código Procesal Penal

que regulen la aceptación de cargos, pues si el imputado confiesa tendrá derecho a una rebaja significativa de la pena dependiendo de la fase del proceso. Por el momento, es un atenuante que habrá que utilizar como mecanismo de defensa en los casos de procedencia. “La confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración”. (Artículo 26 inciso 8º Código Penal).

1.3. Circunstancias análogas

1.3.1. Atenuantes por analogía

En derecho penal es prohibida la analogía, excepto como atenuante denominada también analogía *in bonam partem*. En este sentido, se incluye aquí cualquier circunstancia que pueda favorecer al imputado o imputada que tenga relación con las demás circunstancias reguladas en el artículo 26 del Código Penal, y no abusar de la analogía como si fuera el canasto del sastre. “Inciso 14 “Cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores”. (Artículo 26 inciso 14 del Código Penal).

2. Circunstancias agravantes

Son sucesos, eventos en los que en la ejecución del delito hubo o se produjo un resultado de mayor gravedad del mal producido al bien jurídico, o bien se puede exigir un mayor reproche al autor. El efecto de estas circunstancias es agravar la sanción regulada en la norma penal, en el caso de Guatemala, la pena se inclina hacia el máximo establecido en el tipo.

2.1. Clasificación de las agravantes

Se clasifican en circunstancias personales o subjetivas, en las que hay un mayor reproche al autor), y materiales u objetivas las que presentan un daño más grave al bien jurídico protegido. Las agravantes personales no deben comunicarse a los codelincuentes. “Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en factores o caracteres meramente personales del delincuente, o que resulten de sus relaciones particulares con el ofendido, no se comunican a los codelincuentes.

Las circunstancias atenuantes o agravantes que resulten de la ejecución material del hecho delictuoso o de los medios empleados para realizarlo, sólo se apreciarán respecto de aquellos partícipes que de ellas tuvieron conocimiento antes o en el momento de la acción”. (Artículo 30 Código Penal).

2.1.1. Circunstancias mixtas

Hay casos en los que se pueden apreciar como atenuantes o como agravantes, si concurren situaciones de parentesco, amistad o confianza entre los sujetos del delito.

“Podrán ser apreciadas como circunstancias atenuantes o agravantes, según la naturaleza, los móviles y los efectos del delito:

Ser el agraviado cónyuge o concubinario, o pariente del ofensor por consanguinidad o por afinidad dentro de los grados de ley; así como las relaciones de respeto, amistad, gratitud, dependencia u hospitalidad que existan en el imputado respecto al ofendido.

En caso de error en persona, para la sanción no se tomarán en cuenta las circunstancias agravantes que provengan de la naturaleza del ofendido o de vínculos con éste. Las circunstancias atenuantes concurrentes si el delito lo hubiere cometido en la persona, contra quien se lo había propuesto, se apreciarán en favor del responsable”. (Artículo 31 Código Penal).

2.2. Circunstancias agravantes subjetivas

2.2.1. Motivos fútiles o abyectos

El autor ejecuta el acto por razones de poco aprecio (desprecio), y vil en extremo, o bien de poca importancia y ocasiona el delito. Uno de tantos ejemplos es la confianza que se da a una persona conocida y corresponde mal a la misma, pues aprovechando esta circunstancia se comete el delito. “Haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos”. (Artículo 27 inciso 1º). Otro ejemplo, puede ser la persona que, conduciendo un automóvil, le dispara a otro conductor, por el solo hecho que no le quiso dar la vía en una esquina.

2.2.2. Alevosía

En esta agravante, el autor ha seleccionado los medios para la comisión del delito, que la víctima no podrá defenderse o evitar la ejecución del delito.

La alevosía exige que los medios tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución, evitando el riesgo de una posible defensa del ofendido. Ejemplos de ataques alevosos son los que se producen por la espalda y sin desafío previo, o estando la víctima en la cama o de rodillas. Los ataques a traición son alevosos. (Mir Puig, 1989, p.701)

“Ejecutar el hecho con alevosía Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medios, modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, o cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentra, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse”. (Artículo 27 inciso 2º Código Penal).

2.2.3. Premeditación

Esta agravante no es aplicable en los delitos imprudentes; existe en la legislación guatemalteca por ser causalista. Actualmente, la idea criminal, la deliberación que hace el agente para tomar la decisión y la selección de los medios para ejecutar el injusto penal, son parte del recorrido criminal (fase interna). La acción,

como elemento del delito, es una conducta dirigida a una finalidad, que, para el autor, es el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo; incluso está inmersa en diferentes tipos penales y tiende a desaparecer de los códigos penales modernos. “Obrar con premeditación conocida. Hay premeditación conocida, cuando se demuestre que los actos externos realizados, revelen que la idea del delito surgió en la mente de su autor, con anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente”. (Artículo 27 inciso 3º Código Penal).

2.2.4. Abuso de superioridad

Esta circunstancia es de fácil comprensión, sin embargo, la defensa debe tener cuidado que no la incluya como agravante genérica, si el tipo penal ya la contempla como específica. Por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual, violación con agravación de la pena del Artículo 174 incisos 2º y 3º del Código Penal. “Abusar de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima”. (Artículo 27 inciso 6º).

2.2.5. Abuso de autoridad

Si el autor fuere empleado público, médico, maestro, ministro religioso, o que ya no ejerza el cargo, pero para ejecutar el delito hace valer sus funciones anteriores. “Prevalerse, el delincuente, de su carácter público o del poder inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión, o cometerlo haciendo uso de funciones

que anteriormente, hubiere tenido”. (Artículo 27 inciso 12 Código Penal).

Si el autor fuere jefe o encargado del orden público, que haya realizado el delito por grave abuso de autoridad o confianza, la agravante es especial de aplicación relativa, y la pena se aumenta en una cuarta parte. “Agravante especial de aplicación relativa. Los jefes o agentes encargados del orden público, que cometieren cualquier delito contra las personas o sus bienes, siempre que se pruebe que en la realización del mismo se produjo grave abuso de autoridad y de la confianza que el estado les ha otorgado, se le impondrá la pena correspondiente al delito cometido, aumentada en una cuarta parte”. (Artículo 28 Código Penal).

2.2.6 Menosprecio de autoridad

Al delincuente no le importa, no respeta, que esté presente alguna autoridad. “Ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad pública o en el lugar en que ésta esté ejerciendo sus funciones”. (Artículo 27 inciso 16 Código Penal).

2.2.6.1. Jurisprudencia

Expediente No. 1477-2016 Sentencia de Casación del 16/03/2017 “...para que concurra esta agravante [menosprecio de autoridad], es preciso que la ofensa o el desprecio se realice en contra de la autoridad pública, o sea, una persona revestida de algún poder o mando por delegación del Estado y no cualquier autoridad; pero este agravante no puede apreciarse cuando el delito guarde

relación con las funciones de autoridad, pues forman parte del tipo, es decir que, si en el delito de atentado el sujeto pasivo no es funcionario, autoridad o sus agentes, no se configura, conforme lo establecido en el Artículo 408 numeral 2) del Código Penal, por lo que en ese sentido, elevar la pena tomando en consideración esta agravante general, vulneraría el Artículo 29 del cuerpo legal precitado...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal, 2017, pp. 66-67).

2.2.7. Embriaguez

Aunque la agravante solo se titule embriaguez, el autor deliberadamente ingiere bebidas alcohólicas o drogas para tener el valor de realizar la conducta delictiva, y como es de propósito, constituye una agravante. El elemento que habrá que probar además de los efectos por ingerir bebidas alcohólicas o drogas, es que se haya hecho deliberadamente. “Embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito”. (Artículo 27 inciso 17 Código Penal).

2.2.8. Menosprecio al ofendido

El autor previamente ha seleccionado a su víctima, discriminando por razones de género, edad, situación económica, estado de enfermedad o incapacidad física. En este caso el delincuente busca víctimas que tengan determinada vulnerabilidad específica, para asegurar la ejecución del delito. “Ejecutar el hecho con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, de la enfermedad o de la condición de incapacidad física o penuria económica del ofendido,

según la naturaleza y accidentes del hecho”. (Artículo 27 inciso 18 Código Penal).

2.2.9. Reincidencia

Se denomina reincidente a la persona que ya fue condenada por un delito, y comete un nuevo delito.

“La de ser reincidente el reo. Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena”. (Artículo 27 inciso 23 Código Penal).

Como agravante de la pena, el efecto era aumentar la pena. Actualmente ésta agravante se regula en la ley, pero no se aplica en la determinación de la pena, ya que, por jurisprudencia de Cámara Penal, y doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad, es inaplicable para aumentar la pena, pues es considerada derecho penal de autor, toda vez que se basa en la peligrosidad del culpable y además vulnera el principio *nen bis in ídem*, sustantivo regulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

No obstante, y como se explica más adelante la reincidencia limita la aplicación de determinados beneficios penitenciarios, la conmuta, como suspensión condicional de la pena, la libertad condicional, el perdón judicial entre otras. Porque responde a una arista distinta a la de aumento de la pena.

2.2.9.1. Jurisprudencia

Expediente No. 1228-2017 Sentencia de Casación del 06/02/2017 “...Cámara Penal concluye que la reincidencia como agravante vulnera el principio *non bis in ídem*, toda vez que en concordancia con normas de carácter internacional ratificadas por el Estado de Guatemala, es inadmisibles la sanción penal múltiple, simultánea o sucesiva por un mismo hecho, pues el citado principio constituye una garantía de que nadie podrá ser juzgado nuevamente por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme, y la de que nadie puede ser penado dos veces por el mismo hecho, (...). Partiendo de los argumentos anteriores para invocar el *non bis in ídem* como vulnerado y en consecuencia impedir la aplicación de la reincidencia en el caso en análisis, Cámara Penal advierte que el procesado (...) fue condenado por un tribunal competente por delito doloso, condena que pretende ser usada nuevamente como agravante en la comisión de un nuevo delito. Con fundamento en lo anteriormente considerado, Cámara Penal concluye que resulta procedente el recurso de casación por motivo de fondo, pues el supuesto error cometido por la Sala sí se configuró, ya que al avalar el aumento de la pena del rango mínimo, fundado en la agravante de reincidencia, vulneró el principio de *non bis in ídem*, (...), por lo que debe casarse el presente fallo únicamente en cuanto a modificar la pena impuesta para el procesado (...) sin tomar en cuenta la agravante de reincidencia e imponer la pena tres años y seis meses de prisión, quedando todo lo demás como ya fue considerado y sin modificación...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal, 2017, p. 845).

2.2.9.10 Doctrina legal

Al respecto la Corte de Constitucionalidad tiene doctrina legal en los expedientes números 4611-2016; 5805-2017; y 4628-2018 sentencia de fecha 7 de mayo de 2019.

“...Lo expuesto permite concluir que la reincidencia, como circunstancia agravante de la sanción jurídico penal, tiene su origen en un derecho penal de autor y no de acto, pues se fundamenta en la posible peligrosidad del sujeto como una característica personal (‘ser reincidente’), atribuida a quien, no obstante haber padecido una pena anterior, comete un nuevo delito, por lo que pretende traer a cuenta su conducta delictiva anterior –que ya fue sancionada– para aumentar la pena del delito actual, lo cual, efectivamente, vulnera la garantía penal non bis in idem y contraviene el Artículo 17 constitucional, por cuanto se estaría sancionando dos veces una misma conducta, al atraer un hecho pasado para agravar las consecuencias jurídicas de una acción delictiva presente, aunado a que la sanción jurídico penal tendría sustento, no en las acciones delictuosas cometidas, sino en características personales o aspectos subjetivos como las decisiones de vida del sujeto, lo que resulta inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho, que funciona dentro del marco de un sistema penal democrático, en el que la persona humana se concibe como ‘sujeto y fin del orden social’ (Preámbulo del Texto Supremo). Se refuerza lo anterior con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido: 248. El Artículo 9 de la Convención Americana establece que ‘nadie

puede ser condenado por acciones u omisiones', es decir que sólo puede ser condenado por 'actos'. El derecho penal de 'acto' es una elemental garantía de todo derecho penal conforme a los derechos humanos. Precisamente, ante las aterradoras consecuencias del desconocimiento de esta premisa básica de los derechos humanos es que éstos comienzan su desarrollo a partir de 1948. El derecho penal conforme a todos los instrumentos de derechos humanos rechaza frontalmente el llamado 'derecho penal de autor', que considera a la conducta típica sólo como un signo o síntoma que permite detectar a una personalidad o carácter, ampliándose incluso a actos atípicos, siempre que se considere que cumplen la misma función de señalación subjetiva. 249. El derecho penal 'de autor' ha seguido diferentes caminos, siendo uno de ellos el de la llamada 'peligrosidad', que no tiene vinculación con el presente caso y que ha sido rechazado por esta Corte...' (*Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú, sentencia de veintiuno de octubre de dos mil dieciséis*). (Expediente, 4628-2018, pp. 9-10)

En cuanto a la reincidencia como motivo para no aplicar beneficios penitenciarios, porque la ley sustantiva lo prohíbe, la Corte de Constitucionalidad considera que en este caso no existe agravamiento de la pena, porque la reincidencia en estos casos como requisito para la obtención de determinados beneficios penitenciarios es una de las consecuencias de reiteración delictiva, que están incluidas dentro de la política criminal guatemalteca. Al respecto la sentencia que se viene desarrollando establece:

“En relación a la segunda de las aristas de la reincidencia enunciadas con anterioridad, es decir aquella que se refiere a la negación por parte de la legislación al acceso de determinados beneficios penales, su manifestación normativa en el caso de sistema guatemalteco se encuentra, entre otras, en el Código Penal: i) Artículo 51: ‘La conmutación no se otorgará: 1°. A los reincidentes y delincuentes habituales...’; ii) Artículo 72: ‘Al dictar sentencia, podrán los tribunales suspender condicionalmente la ejecución de la pena, suspensión que podrán conceder por un tiempo no menor de dos años ni mayor de cinco, si concurrieren los requisitos siguientes: (...) 2°. Que el beneficiado no haya sido condenado anteriormente por delito doloso...’; iii) Artículo 80: ‘Podrá concederse la libertad condicional al reo que haya cumplido más de la mitad de la pena de prisión que exceda de tres años y no pase de doce; o que haya cumplido las tres cuartas partes de la pena que exceda de doce años y concurren, además, las circunstancias siguientes: 1°. Que el reo no haya sido ejecutoriamente condenado con anterioridad por otro delito doloso...’; y iv) Artículo 83: ‘Los jueces tienen facultad para otorgar, en sentencia, perdón judicial, siempre que, a su juicio, las circunstancias en que el delito se cometió lo amerite y se llenen los requisitos siguientes: 1°. Que se trate de delincuente primario...’. Es decir que estos preceptos hacen acopio a otras consecuencias de la reiteración delictiva, diferentes a la circunstancia agravante de reincidencia que, como se dijo, incide en la dosimetría de la sanción penal. Este último aspecto resulta de especial relevancia constitucional al momento de tratar

el tema, dado que como efectivamente lo resuelve la normativa de Guatemala, debe separarse el tratamiento de la reincidencia como agravante de la pena y como restricción de acceso a determinados beneficios punitivos. En razón de lo anterior, es viable para el tratamiento del tema indicar que a priori la imposibilidad de otorgar determinados beneficios penales, no influye de manera directa en la sanción previamente impuesta, sino se refiere a la etapa propia de cumplimiento o ejecución, y que recae en un aspecto de política criminal determinada previamente por el Estado. (...) De tal cuenta que, en el caso de la aplicación de la reincidencia como limitación de acceso a beneficios penales, el juzgador se encuentra ante un individuo que ha requerido ser sancionado de nueva cuenta, por lo que, ante esta circunstancia, de acuerdo con la política criminal del Estado no cumple las condiciones o requisitos para acceder a cierto tipo de beneficios penales. Debe tenerse presente que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, responde al principio de necesidad, pues su aplicación solamente se legitima en la medida que sea útil para la protección de los bienes jurídicos que la sociedad ha considerado de especial relevancia para ser tutelados por el derecho penal. En consecuencia, puede sostenerse que tanto la creación de tipos penales, como la determinación de la sanción y las formas de su cumplimiento, derivado del principio de legalidad, corresponden con exclusividad al Organismo Legislativo, que en representación del Estado y como rector de su política criminal, deberá establecer cuáles son las conductas consideradas como delictivas y qué respuesta ameritan penalmente, atendiendo a ciertos fenómenos sociales que ponen en peligro o lesionan

aqueellos bienes jurídicos, tomando en cuenta, además, los fines de la pena constitucionalmente previstos (la readaptación social y la reeducación de los condenados como propugna el Artículo 19 del Texto Supremo). Es importante destacar que, en atención al principio de legalidad, es al Congreso de la República de Guatemala al que atañe la atribución de emitir normas ordinarias que, en materia penal, respondan a la política criminal del Estado. De esa cuenta, al establecer el legislador en el sistema penal la imposición de sanciones privativas de libertad, tal circunstancia no excluye que deba observarse el Artículo 19 *ibídem*. En ese sentido, se advierte que los fines de la pena deben cumplirse de manera independiente al tipo o duración de la sanción impuesta o su modalidad de cumplimiento. (Criterio expuesto en la sentencia de cinco de abril de dos mil dieciocho, dictada en el expediente 619-2017). En tal sentido se establece que en esta segunda vertiente de tratamiento de la reincidencia por parte de la legislación, la limitación de ciertos beneficios, como la conmuta, no responde a la sanción del mismo hecho, sino más bien a la aplicación de la política criminal del Estado, en atención a la especial tutela que debe brindar a la sociedad y a la modulación de la ejecución de las penas, pues el legislador pudo haber considerado que la condena anterior no cumplió los fines constitucionalmente previstos, por lo que ante la reiteración delictiva esta nueva sanción queda excluida de algunos beneficios. Cabe reiterar que desde esta perspectiva no se sanciona doblemente al delincuente por la comisión de un ilícito por el que ya cumplió la sanción, en tanto que el quantum de la nueva pena no se ve afectado por la reincidencia, sino más

bien su forma de cumplimiento se ve modificada, por la restricción de algunos beneficios, que surge como consecuencia de una condición objetiva, configurada en este caso por la existencia de una o más condenas previas; es decir que en estos casos no existe agravamiento de la pena que legalmente corresponde por el nuevo delito, y únicamente, en atención a la política criminal del Estado y los fines de la sanción jurídico penal, se modula su forma de cumplimiento para hacer efectivas las finalidades readaptadoras, resocializadoras y reeducadoras ...”. (Expediente, 4628-2018. pp.12.15).

“(…) De lo transcrito anteriormente, del estudio de las constancias procesales y de los alegatos de las partes, esta Corte estima que la autoridad reprochada, al emitir el acto que se señala como reclamado, no transgredió derecho alguno de la institución postulante, puesto que la motivación del recurso de casación por motivo de fondo instado por el procesado, era que el fallo del Tribunal de apelación especial erró al avalar el incremento de la sanción que el Tribunal sentenciador impuso en su contra, al aplicar para el cálculo de la pena la circunstancia agravante de reincidencia, lo cual era una expresión del Derecho Penal de autor y vulneraba sus derechos y, como se determina de la transcripción de lo resuelto por la autoridad cuestionada, ésta expresó con claridad y precisión los razonamientos lógico-jurídicos en que basó su decisión, concluyendo que, en efecto, el criterio de aumentar la pena con base en la agravante de reincidencia, contravenía derechos fundamentales al ser incongruente con la

teoría del Derecho Penal de acto que regula el Texto Supremo y los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, por lo que la sentencia de casación fue dictada realizando el examen correspondiente del asunto concreto, ajustándose a los principios del Derecho Penal y en observancia de los razonamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. (Expediente, 4628-2018. pp.15-16).

2.2.10. Habitualidad

El Código Penal de Guatemala (Artículo 27 inciso 24), brinda el concepto legal de habitualidad: La de ser reo habitual.

Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas. El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena.

En la misma circunstancia que la reincidencia, la Corte de Constitucionalidad (Expediente 5058-2018) sentencia de fecha 5 de junio de 2019, declaró Derecho penal de autor a esta agravante e inaplicable para la ponderación de la pena.

Procede otorgar la protección constitucional solicitada cuando han quedado establecidos los agravios que el postulante reclama, advirtiéndose que la autoridad denunciada, al emitir el acto reclamado, basó su decisión de incrementar la pena de prisión impuesta en la circunstancia de habitualidad, lo que lesiona el principio de legalidad, en tanto que la sanción jurídico penal tendría

sustento en las características personales del sujeto y no en las acciones antijurídicas perpetradas; además, se determina que la autoridad reprochada no fundamentó debidamente su decisión respecto al cálculo del *quantum* de la pena a aplicar. (p.6).

(...) En síntesis, puede concluirse que la reincidencia y la habitualidad, como condiciones limitadoras de beneficios propios de la forma de cumplimiento de la sanción penal, no vulneran la garantía penal *non bis in idem*, ni contravienen el Artículo 17 constitucional, pues solo establecen una restricción ante un status jurídico distinto que le impide al condenado el acceso a ciertos beneficios reservados para delincuentes primarios. Sin embargo, al tratarse de la aplicación de la reincidencia y la habitualidad como circunstancias agravantes utilizadas como parámetros para aumentar la pena, esta Corte advierte vulneración a la garantía penal mencionada y al principio de legalidad.

En virtud de lo anterior, este Tribunal advierte la existencia del agravio alegado por el postulante, debido a que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, tomó en cuenta la circunstancia de habitualidad para aumentar al doble la pena de prisión impuesta, lo cual, como ya quedó acotado, resulta insostenible en un Estado Constitucional de Derecho, puesto que tal proceder vulnera la garantía penal *non bis in idem* y viola el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que “*No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración.*”, en virtud de que el aumento de la sanción jurídico penal impuesta

tendría sustento en las características personales del sujeto y no en las acciones antijurídicas perpetradas. (p.23)

2.3. Circunstancias agravantes objetivas

Este tipo de agravantes suponen una mayor peligrosidad en el hecho y en consecuencia mayor riesgo para el bien jurídico.

2.3.1. Medios gravemente peligrosos

Es un ejemplo claro del dolo directo de segundo grado, en donde al agente para conseguir su propósito delictivo, no le importa ocasionar daños de carácter general o aprovechar situaciones de calamidad. “Ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, envenenamiento, narcótico, varamiento de nave, accidente de aviación, avería causada a propósito, descarrilamiento, alteración del orden público o por cualquier otro medio idóneo para ocasionar estragos de carácter general”. (Artículo 27 inciso 4º Código Penal).

2.3.2. Aprovechamiento de calamidad

Se agrava el delito porque el autor aprovecha circunstancias adversas para la población relacionadas con acontecimientos de sufrimiento, en donde en vez de ayudar, comete el delito. “Aprovechar para la ejecución del delito, que ocurra o haya ocurrido un ciclón, terremoto, inundación, naufragio, incendio, descarrilamiento, accidente de tránsito de cualquier clase, explosión, alteración del orden público o cualquier otro estrago o calamidad pública”. (Artículo 27 inciso 5º Código Penal).

2.3.3. Ensañamiento

Esta agravante supone un ataque más extenso a bienes jurídicos, e incluso resultados innecesarios, u ofensa grave que sufre el honor o la dignidad de una persona. “Aumentar, deliberadamente los efectos del delito, causando otros innecesarios para su realización o emplear medios que añadan la ignominia a la acción delictual” (Artículo 27 inciso 7º Código Penal).

2.3.4. Preparación para la fuga

“Ejecutar el hecho empleando vehículo o cualquier medio modo o forma que asegure la fuga del delincuente”. (Artículo 27 inciso 8º Código Penal).

2.3.4.1. Jurisprudencia

Expediente No. 1561-2015 Sentencia de Casación del 22/11/2017 “...de los hechos acreditados claramente se desprende que después del hecho, en forma inmediata, el acusado (...) se bajó por la parte de adelante del bus, en tanto que el acusado (...) se bajó por la parte de atrás del bus, y que juntos abordaron un vehículo tipo automóvil, color blanco, que los esperaba, circunstancia que utilizaron para facilitar su fuga, pues el vehículo era un medio idóneo con el que podrían asegurar su huida del lugar. De esta manera se determina la clara intención de los acusados de escapar del lugar del hecho, y con ello facilitar su impunidad, puesto que luego de pedirle al piloto del autobús que detuviera la marcha, para bajarse, después de haberle disparado a la víctima, posteriormente uno se bajó por la puerta delantera, el otro por la de atrás, para luego

subirse al vehículo anteriormente indicado, concretándose de esta manera la agravante de preparación de la fuga...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal, 2017, p.82).

2.3.5. Artificio para realizar el delito

El artificio se refiere a un procedimiento o medio ingenioso para conseguir, encubrir u ocultar la identidad del delincuente. “Cometer el delito empleando astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente”. (Artículo 27 inciso 9º Código Penal).

2.3.5.1 Jurisprudencia

Expediente No. 386-2017 Sentencia de Casación del 14/09/2017 “...En ésta circunstancia agravante [artificio para realizar el delito] entraña en términos generales, valerse de medios engañosos que facilitan la comisión del delito o dificultan su persecución por la imposibilidad de identificar al autor. Para que concurra esta agravante también debe darse el elemento subjetivo. Es preciso que el sujeto utilice, consiente y voluntariamente, los medios engañosos con el fin de facilitar el delito o dificultar su identificación. La circunstancia agravante de artificio para realizar el delito puede darse, en principio, en la comisión de delitos contra personas o la propiedad. En el presente caso, de los hechos acreditados (...) fue claro que hacerse pasar por un cliente para ingresar al comercio, para luego sacar un arma de fuego y robar un bien mueble propiedad de una de las víctimas, configuró la agravante utilizada por el Tribunal de Sentencia para aumentar el límite

mínimo de la pena de prisión impuesta...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal, 2017, p. 54).

2.3.6. Cooperación de menores de edad

El fundamento de esta circunstancia se encuentra en la protección de los derechos de niños y adolescentes, por el mal ejemplo que reciben vulnera el libre desarrollo de su personalidad. Asimismo, la intención de parte del autor al utilizar menores de edad, conociendo que son inimputables. “Cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad”. (Artículo 27 inciso 10 Código Penal).

2.3.7. Interés lucrativo

Esta agravante se refiere al móvil para cometer el hecho, sin importarle al autor la víctima como persona. “Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria”. (Artículo 27 inciso 11 Código Penal).

2.3.8. Auxilio de gente armada

Las personas armadas que concurren en la comisión del delito tienen la calidad, agrava la comisión del delito para el autor principal, ya que su ayuda es determinante en la ejecución del hecho. “Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad”. (Artículo 27 inciso 13 código Penal).

2.3.8.1 Jurisprudencia

Expediente No. 1244-2016 Sentencia de Casación del 23/08/2017 “...La agravante de auxilio de gente armada regulada en el Artículo 27 numeral 13) del Código Penal se materializa, en la comisión de los tipos penales donde no es necesario la pluralidad de sujetos activos para que se considere consumada la acción antijurídica, verbigracia violación, parricidio, entre otros; tipos penales que vulneran bienes personalísimos, los cuales deben de ejecutarse por un solo sujeto activo; sin embargo, en el caso de mérito quedó acreditado, que el incoado se auxilió de gente armada, cuando se presentó al lugar de los hechos acompañado de otras personas y una de ellas también portaba arma de fuego más el procesado, arma que fue utilizada posteriormente para matar a otras dos personas, como quedo acreditado por el Tribunal de Sentencia. La agravante (...), fue cuantificada por el *Ad quem* en cuatro años y al decidir reducir la pena, se le resto esa cantidad al total de la pena de cuarenta años que fue impuesta de parte del Tribunal de Sentencia. De lo anterior, Cámara Penal determina que el procesado, según los hechos acreditados por el *A quo*, sí se auxilió de gente armada para perpetuar el acto ilícito, dando como resultado el agravio alegado por el Ministerio Público, el cual constituyó la omisión del tribunal de alzada, al dejar de considerar la agravante de auxilio de gente armada. Expuesto lo precedente se establece que se elevará nuevamente la pena en la misma cuantificación realizada por el *Ad quem*, a razón que la misma fue acreditada por el *A quo*...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal, 2017, pp. 54-55).

2.3.9. Cuadrilla

En esta agravante es requisito que tres o más personas estén armadas. Constituye una presunción que admite prueba en contrario, pues si hay cinco personas, pero solo una está armada, no se configura la cuadrilla. Ejecutar el delito en cuadrilla. Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas.” (Artículo 27 inciso 14 Código Penal).

2.3.10. Nocturnidad y despoblado

El término nocturnidad no debe interpretarse desde un punto de vista del horario nocturno, sino como falta de iluminación u oscuridad, pues si el ilícito ocurre a las 23 horas, pero hay iluminación natural o artificial, no concurre esta agravante. El segundo supuesto de despoblado se refiere a que en ese lugar no hay casas, industrias, hay ausencia de construcciones y de personas, lo que asegura que no habrá posibilidades de auxilio para la víctima para asegurar el resultado. “Ejecutar el delito de noche o en despoblado, ya sea que se elija o se aproveche una u otra circunstancia, según la naturaleza y accidentes del hecho”. (Artículo 27 inciso 15 Código Penal).

2.3.11. Vinculación con otro delito

Se ejecuta la acción delictiva para realizar u ocultar otro delito. Un ejemplo muy conocido se da en los estafadores, que utilizan otro nombre y documentos de identificación personal, incluso hasta documentos comerciales como tarjeta de crédito para ocultar los delitos previos y su persona. “Ejecutar el delito para

preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para impedir su descubrimiento”. (Artículo 27 inciso 19 Código Penal).

2.3.11.1 Jurisprudencia

Expediente No. 386-2017 Sentencia de Casación del 14/09/2017 “...La circunstancia agravante de vinculación con otros delitos supone mayor gravedad de lo injusto y particularmente del desvalor de la acción, ya que al autor no le importa la lesión de otro bien jurídico para cometer el hecho propuesto. Así mismo, aumenta la peligrosidad de la acción sí, apreciada en el momento de la comisión del hecho, aparece como más probable el fin propuesto de facilitar, consumir u ocultar otro delito. En el presente caso, de los hechos acreditados (...) se establece que el procesado luego de despojar una computadora, se propuso para consumir y ocultar ese hecho, disparar con el arma de fuego que portaba a dos de las víctimas para evitar ser perseguido y así lograr su fin principal (robar), no logrando darle muerte a quienes les disparó, por causas ajenas a su voluntad, por lo que queda claro que el sindicado preparó otro hecho para procurar impunidad...”. (CENADOJ Criterios Jurisprudenciales Penal, 2017, p.88).

2.3.12. Menosprecio del lugar

Por el principio de taxatividad, esta agravante no podrá ser utilizada cuando el delito se haya cometido, por ejemplo, en una iglesia u hospital, puesto que solo se refiere a la residencia del ofendido siempre y cuando no haya provocado la acción delictiva.

“Ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando éste no haya provocado el suceso”. (Artículo 27 inciso 20 Código Penal).

2.3.13. Facilidad de prever

Es aplicable únicamente en delitos imprudentes o culposos, cuando el autor pudiendo prever el resultado, no lo hizo. “En los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible”. Artículo 27 inciso 21 Código Penal).

2.3.14. Uso de medios publicitarios

La utilización de medios publicitarios es un ardid para que las víctimas tengan confianza y puedan ser engañadas para ser presa fácil en la comisión del delito. Por ejemplo, en las estafas que se realizan en las ventas de lotes de terreno, en donde se anunció la lotificación por medio de vallas publicitarias, volantes entre otros. “Ejecutar el hecho por medio de la imprenta, grabado, cuadros expuestos al público, cinematógrafo, proyecciones luminosas, radiotelégrafo, teléfono, televisión o cualquier otro medio de alta difusión”. (Artículo 27 inciso 22 Código Penal).

En el litigio, las circunstancias que modifican la responsabilidad penal (atenuantes y agravantes) deben existir en la plataforma fáctica de la acusación, pero es indispensable que tengan un sustento probatorio y no simplemente especular. Si son parte de los hechos, tienen un fundamento probatorio y encuadran en el supuesto jurídico, sus efectos surtirían en la determinación o ponderación de la pena.

Ejercicios de comprensión de lectura del Capítulo XI

Graduación de la culpabilidad

Después de leer este capítulo, en hojas adicionales copie y conteste las siguientes preguntas. Para ello debe utilizar el módulo.

1. ¿Qué diferencia hay entre las agravantes genéricas y las agravantes específicas?
2. ¿Qué son las circunstancias atenuantes?
3. Escriba las atenuantes antes de cometer el hecho, y comente una.
4. Escriba las atenuantes después de cometer el hecho y comente una.
5. ¿Qué son las circunstancias agravantes?
6. Escriba las circunstancias agravantes personales o subjetivas y comente una, que no sea reincidencia o habitualidad.
7. Escriba las circunstancias agravantes materiales u objetivas y comente una.
8. En un debate, durante el alegato final, la fiscalía pide que la pena se aumente porque el acusado es reincidente, y hay prueba documental de esa circunstancia. ¿Cuál es su argumento para oponerse?
9. En un debate, durante el alegato final, la fiscalía pide que la pena se aumente porque el acusado es delincuente habitual, y hay prueba documental de esa circunstancia. ¿Cuál es su argumento para oponerse?
10. ¿Cuál es la importancia de conocer las atenuantes y las agravantes? ¿Cómo deben de describirse en la acusación?

Referencias bibliográficas

Libros

- Bacigalupo, Enrique. (1994), *Manual de Derecho Penal Parte General*. Santa Fe Bogotá. Editorial Temis S.A.
- Bustos Ramírez. Juan. (1989). *Manual de Derecho Penal*. Barcelona. Editorial Ariel S.A.
- Caro Hohn, José Antonio y Polaino-Orts, Miguel. (2009). *Derecho Penal Funcionalista. Aspectos Fundamentales*. México. Flores Editor y Distribuidor, S.A.
- Casiodoro Reina y Cipriano de Valera. *La Sagrada Biblia*. Revisión de 1960. Revisada por Sociedad Bíblica Unida. Edición Letra Grande.
- Dal Dosso, Darío Alberto. (2011). *Teoría de la Imputación Objetiva Investigación para la Evaluación final correspondiente a la VI Edición del Master Propio en Derecho Penal*. España. Universidad de Sevilla.
- De León Velasco, Héctor Aníbal. De Mata Vela, José Francisco. Enríquez Cojulúm, Carlos Roberto. López Rodríguez, Augusto Eleazar. Ramírez García, Luis Rodolfo. Rodríguez Barillas, Alejandro, coordinados por Diez Ripolles, José Luis y Giménez Sallinas i Colomer, Esther. (2001). *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*. Guatemala. Impresos Industriales.
- Girón Palles, José Gustavo. (2003). *Revista del Defensor No 3*. Guatemala. Instituto de la Defensa Pública Penal.

- Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo. Arroyo Zapatero, Luís, Ferré Olivé. Juan Carlos. Serrano Piedecabras, José Ramón. García Rivas, Nicolás. (1996). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. España. Editorial Praxis.
- Instituto de la Defensa Pública Penal (2019). *Experiencia institucional en la defensa de casos paradigmáticos con pertinencia cultural 2009-2015*. Guatemala.
- Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Quinta Edición, Editorial, Porrúa, S.A. México: 1985. Página 322).
- Mir Puig, Santiago. (1990). *Derecho Penal Parte General*. 3ª Edición. Barcelona. Editorial PUU Promociones Universitarias S.A.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. (2015). *Manual de Derecho Penal Parte General*. 2ª edición. Valencia España. Tirant lo blanch, editora.
- Paz y Paz. (2003). Claudia. *Módulo Medidas Desjudicializadoras*. Instituto de la Defensa Pública Penal. Guatemala. Serviprensa.
- Paz y Paz, Claudia, Urbina, Miguel Angel, Baldetti, Julissa (2006). *Manual de Estrategias de Litigio con Enfoque de Género*. Guatemala. WLR/USAID.
- Programa de Justicia USAID. (2001) *Módulo Instruccional Teoría del Delito*. s/a s/i.

- Reyes Alvarado, Yesid. (2012), *Pensamiento filosófico y jurídico penal de Gunther Jakobs*. México. Flores Editor y Distribuidor S.A.
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid España. Gráficas Rogar S.A.
- Welzel, Hans. (1964) *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona. Ariel.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, (2001) *Manual de Derecho Penal Parte General*. México. Editorial Porrúa.

Consultas electrónicas

- Alcocer Guaranga, Wilmer Nino (2015). Teoría de la Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana. Revista Derecho y Cambio Social. Perú. Recuperado de <file:///C:/Users/capa03.foca/Downloads/Dialnet>
- Reyes Alvarado, Yesid. (1992). Fundamentos Teóricos de la Imputación Objetiva. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Recuperado de <file:///C:/Users/capa03.foca/Downloads/Dialnet>

Leyes

- Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente 1985.
- Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
- Convenio 169 de los Pueblos Indígenas y Tribales.
- Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República
- Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República.
- Ley del Organismo Judicial
- Ley Contra la Delincuencia Organizada
- Ley Contra la Narcoactividad
- Ley de Armas y Municiones.

Jurisprudencia

- Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Material Penal 2012. Guatemala. Organismo Judicial.
- Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Material Penal 2012. (2014). Guatemala. Organismo Judicial.
- Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Material Penal 2013. (2016). Guatemala. Organismo Judicial.
- Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Material Penal 2014. (2018). Guatemala. Organismo Judicial.

- Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Material Penal 2015. (2019). Guatemala. Organismo Judicial.
- Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Material Penal 2016. (2019). Guatemala. Organismo Judicial.
- Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial. Criterios Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Material Penal 2017. (2020). Guatemala. Organismo Judicial.
- Corte de Constitucionalidad. Expediente 5058-2018. Sentencia de fecha 5 de junio de 2019.
- Corte de Constitucionalidad. Expediente 4628-2018. Sentencia de fecha 7 de mayo de 2019.

Iniciativa de ley

- Congreso de la República de Guatemala. Iniciativa de ley No 5494. Proyecto del Nuevo Código Penal.



7ª. Avenida 10-35 zona 1, ciudad de Guatemala



www.idpp.gob.gt



direccion_general@idpp.gob.gt



Instituto de la Defensa Pública Penal Guatemala



Instituto de la Defensa Pública Penal Guatemala



Instituto de la Defensa Pública Penal Guatemala



(502) 2501 5757



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

La realización de este documento fue posible gracias al apoyo generoso del pueblo de los Estados Unidos de América, proporcionado a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). El contenido aquí expresado es responsabilidad exclusiva del Instituto de la Defensa Pública Penal y el mismo no necesariamente refleja las opiniones de la USAID o del Gobierno de los Estados Unidos de América.