

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

**ANÁLISIS DOGMÁTICO Y LEGAL DEL DELITO DE JUEGOS
ILÍCITOS REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE
GUATEMALA**

TESIS

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

Por

ANGEL FELIPE GARCÍA VÁSQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2012

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Mirza Eugenia Irungaray López
Vocal: Lic. Héctor David España Pinetta
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Carcamo

Segunda Fase:

Presidente: Lic. David Sentes Luna
Vocal: Lic. Otto Marroquín Guerra
Secretario: Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla

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



Licenciado

Wilvi Garibaldi Herrera Clara

Abogado y Notario-----

Guatemala 29 de octubre de 2010

Señor

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Su despacho.



Estimado Licenciado Castillo Lutín:

De conformidad con el oficio emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha dieciocho de febrero del año dos mil diez, me permito informarle que asesoré el trabajo de tesis del bachiller Angel Felipe García Vásquez, intitulado: "ANÁLISIS DOGMÁTICO Y LEGAL DEL DELITO DE JUEGOS ILÍCITOS REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA". Me es grato hacer de su conocimiento:

1. La tesis abarca un amplio contenido técnico y científico relacionado con la importancia de analizar el delito de juegos ilícitos, de conformidad con la legislación penal guatemalteca.
2. Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, que dio a conocer el derecho penal; el sintético, estableció sus características; el inductivo, señaló el delito de juegos ilícitos y el deductivo, indicó su regulación legal.
3. Para desarrollar la tesis fueron utilizadas las técnicas de fichas bibliográficas y la documental, con las cuales se logró obtener la información doctrinaria y legal actualizada.
4. La redacción utilizada es la adecuada y el tema es abordado de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina.



Licenciado

Wilvi Garibaldi Herrera Clara

Abogado y Notario-----

5. La tesis contribuye científicamente a la sociedad guatemalteca y señala la importancia de sancionar a los responsables de la comisión del delito de juegos ilícitos.
6. Las conclusiones y las recomendaciones se relacionan entre sí y con los capítulos de la tesis. Al trabajo de tesis se le hicieron algunas enmiendas, las cuales fueron atendidas por el sustentante. El autor aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios.
7. Los objetivos formulados establecieron que incurren en este delito los banqueros, administradores, empresarios, gerentes, los dueños de casas de juegos de suerte y azar, así como también quienes concurren a ellas a practicar actividades de juegos ilícitos.
8. La bibliografía empleada es la adecuada y se ajusta perfectamente al análisis del tema investigado. La hipótesis planteada, se comprobó al indicar que es fundamental el establecimiento y sanción de las casas de juego que funcionen ilegalmente.

Es por lo antes mencionado, que considero que el trabajo de tesis llena los requisitos necesarios que establece el Artículo 32 para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito DICTAMEN FAVORABLE, para continuar con la tramitación correspondiente, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.

Wilvi Garibaldi Herrera Clara
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Wilvi Garibaldi Herrera Clara

14 calle 6-12 zona 1 Edificio Valenzuela 4to. Nivel oficina 408

Tel: 22519373

Abogado y Notario

Colegiado 6,518

Asesor de Tesis




FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitres de noviembre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) GUSTAVO ENRIQUE ROLDÁN ARCHILA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ANGEL FELIPE GARCÍA VÁSQUEZ, Intitulado: "ANÁLISIS DOGMÁTICO Y LEGAL DEL DELITO DE JUEGOS ILÍCITOS REGULADO EN LA LEGISLACION PENAL DE GUATEMALA".

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


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

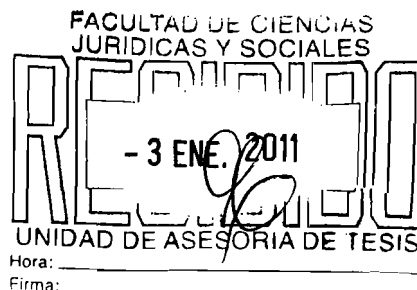
cc.Unidad de Tesis
MTCL/slh.





Guatemala, 03 de enero de 2011

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castillo Lutín:

Hago de su conocimiento que en cumplimiento a la designación recaída sobre mi persona, según resolución proferida por la Unidad de Asesoría de Tesis a su digno cargo de fecha veintitrés de noviembre del año dos mil diez, del bachiller **Angel Felipe García Vásquez**, revisé el trabajo de tesis intitulado: **“ANÁLISIS DOGMÁTICO Y LEGAL DEL DELITO DE JUEGOS ILÍCITOS REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA”**; le doy a conocer que la tesis abarca:

1. Un contenido técnico y científico del tema que se investigó. Además, se consultó la legislación y doctrina relacionada, utilizando la terminología jurídica y redacción apropiada y se desarrollaron sucesivamente los diversos pasos del proceso investigativo.
2. El bachiller García Vásquez, en el análisis realizado a su tesis señala claramente la importancia de sancionar el delito de juegos ilícitos, en los que la ganancia o pérdida depende de la suerte, envite o azar.
3. Se utilizaron los métodos adecuados, siendo los mismos los siguientes: el método sintético, que se empleó para señalar los juegos ilícitos; el método analítico, dio a conocer sus características; el método inductivo, señaló la problemática actual y el método deductivo, estableció su regulación en la legislación penal guatemalteca.
4. En relación a la contribución científica del trabajo de tesis llevado a cabo, la misma señala la importancia de que las personas que concurren a las casas de juegos de suerte; sean sancionadas con la multa estipulada en la legislación penal vigente.
5. Los objetivos generales y específicos, fueron alcanzados al ser determinantes en señalar lo fundamental de analizar el delito de juegos ilícitos.

Lic. Gustavo Enrique Rodón Achú 1/2
ABOGADO Y NOTARIO



6. También, la hipótesis se comprobó, al indicar la misma lo esencial de que los empresarios, banqueros, administradores, dueños de casas de juegos de suerte y gerentes; sean sancionados al cometer el delito de juegos ilícitos.
7. Se emplearon las siguientes técnicas de investigación: documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se obtuvo de forma ordenada la bibliografía actual y relacionada con el tema investigado.
8. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron clara y sencillamente, y las mismas son constitutivas de supuestos valederos que señalan la regulación del delito de juegos ilícitos; de conformidad con la legislación penal de Guatemala.
9. Al sustentante, le indiqué la necesidad de llevar a cabo varias correcciones a los capítulos de su tesis, introducción y bibliografía, encontrándose de acuerdo en su realización.

Es por lo antes mencionado, que considero que el trabajo de tesis llena los requisitos necesarios que establece el Artículo 32 para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para continuar con la tramitación correspondiente, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.

Lic. Gustavo Enrique Roldán Archila
Revisor de Tesis
Colegiado 5485

Lic. Gustavo Enrique Roldán Archila
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintidós de mayo de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante ÁNGEL FELIPE GARCÍA VÁSQUEZ intitulado ANÁLISIS DOGMÁTICO Y LEGAL DEL DELITO DE JUEGOS ILÍCITOS REGULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/iycr



DEDICATORIA

- A DIOS:** Padre, Hijo y Espíritu, Creador de todo el Universo.
- A MIS PADRES:** Angel García y Rosa del Carmen Vásquez de García.
- A MI ESPOSA:** Vida de García, por ser una ayuda idónea que Dios puso en mi vida.
- A MIS HIJOS:** Angel Obed y Angel Eliú por ser el motivo de mi vida y mi fuente de inspiración, la alegría de mis ojos, los amo con todo mi corazón.
- A MIS HERMANOS:** Gustavo Adolfo, Brenda Leticia, Manuel de Jesús quienes ya partieron, Edgar Estuardo, Juan Fernando y Rosa Cricelda, por compartir el anhelo de alcanzar nuestra metas, su cariño incondicional y respeto.



A MIS CATEDRÁTICOS:

Por los conocimientos transmitidos.

A MIS PADRINOS:

Por ser profesionales que han dejado huella en mi vida y son ejemplo a seguir.

A MIS AMIGOS:

Que si mencionara nombres podría cometer la injusticia de no mencionar a alguno, a todos los que me han brindado su amistad y apoyo y solidaridad en todo momento.

A MI CONGREGACIÓN:

La Iglesia Evangélica Ministerio Cristo Esperanza de Gloria, por guiarme y acercarme más a Dios.

A :

La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por abrir su puertas para mi crecimiento profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Definiciones.....	2
1.2. Evolución histórica.....	3
1.3. Finalidad.....	8
1.4. Elementos.....	8
1.5. Relación del derecho penal con otras disciplinas jurídicas.....	9
1.6. Teorías.....	11
1.7. Misión.....	13
1.8. Fuentes.....	13
1.9. Teoría del delito.....	14

CAPÍTULO II

2. Principios del derecho penal.....	17
2.1. Principio de humanidad.....	24
2.2. Principio de control social.....	25
2.3. Principio garantista.....	25
2.4. Principio de mínima intervención del Estado.....	26

2.5. Principio de derecho penal como ultima ratio legis.....	26
2.6. Principio de la minimización de la violencia estatal.....	27
2.7. Principio de maximización de la libertad ciudadana.....	27
2.8. Principio de la co-culpabilidad.....	28
2.9. Principio de mínima culpabilidad de autor.....	28
2.10. Principio del derecho a ser informado de la incriminación.....	30

CAPÍTULO III

3. El delito.....	35
3.1. Noción formal y sustancial del delito.....	38
3.2. Evolución del concepto dogmático del delito.....	44
3.3. Diversas escuelas.....	55
3.4. El delito en el sistema tripartito.....	59
3.5. El delito en el sistema de bipartición.....	60
3.6. Formas de hechos punibles.....	60

CAPÍTULO IV

4. El delito de juegos ilícitos regulado en la legislación penal de Guatemala....	73
4.1. Regulación legal.....	73
4.2. Elementos y sujetos.....	73



	Pág.
4.3. Asistencia a juegos ilícitos.....	74
4.4. Causas de inimputabilidad.....	75
4.5. Causas de justificación.....	75
4.6. Causas de inculpabilidad.....	76
4.7. Circunstancias atenuantes.....	77
4.8. Circunstancias agravantes.....	79
4.9. Estudio dogmático y legal del delito de juegos ilícitos que regula la legislación penal guatemalteca.....	82
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91



INTRODUCCIÓN

El tema de tesis se seleccionó debido a la importancia de analizar el delito de juegos ilícitos en la legislación penal guatemalteca y la importancia de alcanzar la pacífica convivencia de los grupos humanos, lo cual implica el establecimiento del orden social, ello es, del conjunto de reglas y pautas de conducta que rigen la convivencia.

Los objetivos determinaron que el mantenimiento de ese orden social precisa, a su vez de una serie de mecanismos dirigidos a promover y garantizar que el comportamiento de los individuos sea respetuoso con los contenidos del orden social acordado.

El control social, así entendido, comprende dos niveles de actuación: el definitorial, por una parte, que implica la delimitación del comportamiento inaceptable, bien sean desviados o criminales; y por otra, el operacional, que abarca el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones encaminadas a detectar, manejar y suprimir esos comportamientos.

La hipótesis formulada, comprobó la importancia de sancionar a los responsables de la comisión del delito de juegos ilícitos. El control social puede ser formal o informal, según se trate de instancias y acciones de carácter público específicamente dispuestos para la definición, individualización, para detectar, manejar y suprimir los comportamientos que sean desviados, o de acciones privadas o públicas que no específicamente se encuentren dispuestas para ese fin.



En dicho sentido, no se puede prescindir de la distinción entre orden social y orden jurídico, cuyos titulares respectivamente son la sociedad y el Estado. Y ello, debido a que siempre tiene que existir una instancia que sea superior y distinta que entre en funcionamiento cuando fracasen los mecanismos de tipo primario de autoprotección del orden social y garantice de forma efectiva, en los conflictos de mayor gravedad, la inviolabilidad de los valores fundamentales de la convivencia.

Es notorio que el derecho penal refleja el contenido y el modelo de control social imperante. Sobre un control social represivo, poco claro, primitivo y desproporcionado no se puede construir un derecho penal civilizado. El fundamento del derecho penal es el contrato social y el fin del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos.

Los métodos empleados fueron: analítico, con el cual se dio a conocer el delito de juegos ilícitos; el sintético, indicó sus características; el inductivo, estableció la problemática actual; y el deductivo, analizó su regulación legal. Las técnicas utilizadas fueron la documental y de fichas bibliográficas con las cuales se recolectó la información bibliográfica y doctrinaria relacionada con el tema investigado.

La tesis se dividió en cuatro capítulos: el primero, estableció el derecho penal; el segundo, dio a conocer los principios que informan el derecho penal; el tercero, señaló el delito; y el cuarto, analizó jurídicamente el delito de juegos ilícitos.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

No existe, al respecto de la definición relativa al derecho penal, una concepción que sea única, debido a que ella va a depender no únicamente del momento histórico en que se desarrolló, o de la escuela a la que pertenezca el autor que la exponga, sino también de las ideas propias del mismo, por lo que habrá que reconocer diversas definiciones de quienes se encargan de su planteamiento, sin poder hacer una descalificación de las mismas, a excepción de lo relativo a la confusión que persiste en tomar en consideración al derecho penal y a la ciencia que se encarga de su estudio en una misma cosa.

Por ser referente a la definición relativa a un sector del derecho, en la que solamente se destaca un papel de carácter particular que lo diferencia de otros sectores, de entre las distintas concepciones pueden distinguirse; en primer lugar, quienes optan por el criterio relativo a que las teorías de la moral del derecho denominadas y pertenecientes al iusnaturalismo, por el formalismo jurídico o bien por el realismo sociológico, y dentro de la ciencia jurídica penal en particular, pueden claramente encontrarse las que surgen de las diversas escuelas que han planteado su filosofía, en relación a esta rama del universo jurídico, e igualmente pueden diferenciarse las que atienden a su sentido objetivo o al subjetivo, siendo ello fundamental para el estudio del derecho penal.



1.1. Definiciones

“El derecho penal es el conjunto de las condiciones libres, para que el derecho que ha sido perturbado por una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos donde la violación llegó”.¹

“Derecho penal es el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho y a la pena como su legítima consecuencia”.²

El derecho penal consiste en el sector del ordenamiento jurídico que en garantía de las condiciones de existencia y desarrollo de la comunidad, atribuye efectos jurídicos propios, penas y medidas de seguridad a determinadas conductas que son los delitos.

“Derecho penal es la ciencia que estudia el sistema de normas jurídicas reguladoras del poder, y que determina las penas debidas a las acciones delictivas, las medidas de corrección y seguridad aplicables a los delincuentes y algunas indemnizaciones correspondientes a las víctimas, pretende el restablecimiento del desarrollo del orden jurídico, la defensa de la sociedad y la repersonalización de los autores de aquellas acciones”.³

¹ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**, pág 78.

² Cerezo Mir, José. **Derecho penal**, pág 55.

³ Cuevas del Cid, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal**, pág 47.

“Derecho penal es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes, y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”.⁴

1.2. Evolución histórica

Históricamente, cada sociedad ha creado sus propias normas penales, con rasgos y elementos que son característicos de conformidad con el bien jurídico que en cada caso se busque proteger.

En los tiempos primitivos, no existía un derecho penal que fuera debidamente estructurado, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos religiosos, cuya violación traía consecuencias no solamente para el ofensor y para todos los miembros de su familia; clan o tribu.

Cuando se responsabiliza a alguien por la violación de una de estas prohibiciones, el ofensor queda a merced de la víctima y de sus familiares, quienes lo castigaban causándole a él y a su familia un mal mayor. No existía, por ende relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

En los casos en los que no existía daño físico, se buscaba una manera de compensación física. En esa misma época, corresponde la aparición de la denominada composición, consistente en el reemplazo de la pena por el pago de una suma

⁴ Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**, pág 45.

dineraria, por medio de la cual la víctima llevaba a cabo la renuncia de la venganza.

En la actualidad, se introduce la remisión de la pena a cambio de servicios a la comunidad.

a) Derecho romano: el extenso período que abarca lo que habitualmente se denomina derecho romano, puede ser fundamentalmente dividido en épocas, acorde al tipo de gobierno que cada una de ellas tuvo.

“A partir de la Ley de las XII Tablas, se distinguen los delitos públicos denominados crímenes de los delitos privados delitos en sentido estricto. Los primeros, eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de éste, en tanto que los segundos, eran perseguidos por los particulares en su propio interés”.⁵

Con el transcurrir del tiempo, los delitos privados pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública.

Durante la época de la República, solamente van quedando como delitos privados los leves. El derecho penal moderno, reafirma la existencia de su carácter público.

Esa característica, se ve claramente en la época del Impero. Los tribunales llevaban a cabo sus actuaciones por delegación del emperador, y el procedimiento extraordinario

⁵ Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**, pág 78.

se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio; se fue ampliando cada vez más.

Con el desarrollo del período imperial no se trató de tutelar públicamente los intereses particulares, sino de que todos fueran intereses públicos. La pena en esta etapa, recrudece su severidad.

b) Edad Media: durante la misma, desaparece el Imperio romano, y con él la unidad jurídica.

Las invasiones de los bárbaros, trajeron costumbres jurídico-penales distintas, contrapuestas muchas de ellas a los principios del derecho penal del Imperio romano. A medida que el señor feudal fortalece su poder, se va haciendo mayormente uniforme el derecho, como fruto de la unión del antiguo derecho romano y de las costumbres bárbaras.

De esa forma, cobra fuerza el derecho canónico, proveniente de la religión católica que se imponía por ser la religión que se había extendido al lado del Imperio romano.

Además, el derecho canónico que inició como un sencillo ordenamiento disciplinario crece y su jurisdicción se extiende por razón de las personas y por ende de la materia, llegando a ser un total y complejo sistema de derecho positivo.

El delito y el pecado representaban la esclavitud y la pena de liberación; es el fruto de esa concepción y el criterio tutelar de ese derecho va a desembocar en el procedimiento inquisitorial.

Se destaca además, que el derecho canónico se encargó de institucionalizar el derecho de asilo, y se opuso por completo a las ordalias y afirmó el elemento subjetivo del delito.

Con la concentración del poder en manos de los reyes, los glosadores y la consiguiente pérdida del mismo por parte de los señores feudales, sientan las bases de los Estados modernos.

Además, se produce el renacimiento del derecho romano y en las universidades se estudia este derecho, como también las distintas instituciones del derecho canónico y del derecho germano.

Los glosadores avanzan sobre el derecho romano mediante Justiniano, recibiendo para el efecto su nombre por los glosas, que se encargaban de incluirlo también en los textos legales.

c) Escuela clásica: también se le llama liberal, y en ella se propone un sistema de derecho penal que deriva de la razón, siendo uno de los primeros en trazar un sistema de carácter científico del derecho penal en lengua no germana.

d) Positivismo: ante los avances de la ciencia y el afán por la superación del Estado liberal no intervencionista, buscó afrontar su ineficacia en relación al nuevo crecimiento de la criminalidad, naciendo de esa forma el positivismo.

Su idea es que la lucha contra la criminalidad debe hacerse de manera integral, permitiendo para el efecto la intervención directa del Estado.

Sus mayores críticas radican en el obvio de las garantías individuales, ya que su foco consiste en la peligrosidad social del delincuente.

Surge la idea de un delito natural, ya que las culturas que no compartían las pautas valorativas eran tribus que se apartaban totalmente de la recta razón de las poblaciones superiores, y eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad. El delito natural, sería entonces el que lesione a los sentimientos de piedad y de justicia, que eran los pilares de la civilización.

El positivismo entra en crisis desde finales del siglo XIX, surgiendo nuevos movimientos doctrinales, entre ellos el finalismo.

La crítica básica al positivismo, consiste en la insuficiencia de su concepto de ciencia. El método de las ciencias naturales solamente da un conocimiento parcial, debido a que solamente determina aquello que se repite.

1.3. Finalidad

“El contenido del derecho es de carácter sociológico o político, siendo ello una idea que ha traído negativas consecuencias prácticas; y como principal ejemplo se encuentran las leyes penales”.⁶

Ello, debido a que caso contrario se llegaría a la conclusión de que un delito no consiste en la lesión de un bien que se encuentra jurídicamente protegido, sino sencillamente es relativo a la violación de un deber.

De esa forma, la finalidad del derecho penal en general, consiste en la protección de los intereses de la persona humana, los que constituyen los bienes jurídicos, más no todos los intereses, sino que sencillamente los de superior jerarquía, a los que se les otorga esa protección mediante la amenaza y la ejecución de la pena.

1.4. Elementos

Los elementos fundamentales del derecho penal son los siguientes:

- a) **Delincuente:** el cual es tomado en consideración desde el punto de vista jurídico.

⁶ **Ibid**, pág 34.

- b) Delito: se toma en consideración como un antecedente.
- c) Sanción: siendo la misma una consecuencia.

El derecho penal, se encarga de compartir con todos los sectores del universo jurídico, una naturaleza de carácter normativa y valorativa, que aparece de la distinción entre el mundo del ser y el del deber ser, ubicando al derecho penal en este último, al ser ello un producto cultural, que ha sido creado en base a ciertos valores que se considera conveniente proteger.

1.5. Relación del derecho penal con otras disciplinas jurídicas

En primer lugar, es de importancia hacer la aclaración de que el derecho guarda una unidad, y es solamente uno; sin embargo se pueden distinguir diversas ramas especiales, que han nacido de la complejidad de la vida humana, y de ello deriva que se pueda hablar de derecho penal como rama del derecho público, debido a que solamente el Estado puede establecer las leyes que determinen los delitos y el gobernado se tiene que encontrar en una situación bastante similar de subordinación frente a aquél interno de un país, y guarda una estrecha relación con el resto de ramas jurídicas.

- a) Con el derecho constitucional: debido a que el Estado era el único actualmente facultado para la determinación y sanción de los delitos, en donde existe una relación



bien estrecha y establecida constitucionalmente debido a la forma que tiene que organizar el Estado y las facultades de determinados órganos, en la indicación de las acciones tomadas en cuenta como delitos y la forma de sancionar a los que cometieron dichas acciones.

De forma igual, al ser la Constitución la base de todo el sistema jurídico actual, en la misma se encuentran los preceptos penales fundamentales. Al organizar el derecho constitucional al Estado, de conformidad con las necesidades que en un momento dado reconoce la colectividad, y al dar el derecho penal satisfacción a esas necesidades protegiéndolas mediante la amenaza de la pena, ciertos tipos de delitos pueden surgir o derogarse de conformidad al cambio en la tutela de determinados intereses, pudiendo citarse en ese sentido la derogación de los tipos que tutelaban penalmente al Estado, al establecerse el laicismo constitucional.

b) Derecho internacional: el delito ha cobrado una importante vida internacional, ya que en la actualidad es incuestionable la estrecha relación que guardan los Estados, producto de la inmediatez de los medios de comunicación y de los intereses de carácter económico que enlazan a las sociedades, por lo que inclusive se habla de la existencia de un derecho penal internacional.

c) Derecho privado: cuando el desconocimiento de las obligaciones civiles importa una perturbación del orden público, entra en función el derecho penal, debido a que el daño ya no es solamente sufrido por el particular, el daño es ocasionado y resentido por



el interés general.

d) Derecho civil: muchas de las nociones que se emplean en el derecho penal, son provenientes o se definen en el derecho civil.

e) Derecho mercantil: sucede lo mismo que en el caso anterior, ya que se utilizan muchas nociones del derecho civil.

f) Derecho administrativo: por un lado, el derecho penal se encarga de proteger la actividad administrativa sancionando las conductas que atentan contra su debido funcionamiento; por otra, generalmente, el hecho de revestir el autor del delito de autoridad administrativa agrava la pena. Luego, el ejercicio de la persecución penal, al encontrarse a cargo de órganos administrativos, acerca también a estas dos ramas del derecho. Por ende, cuando los órganos administrativos se encargan de imponer sanciones, se entiende que los principios y garantías del derecho penal son también aplicables en el ejercicio de esta potestad, aunque con matices.

1.6. Teorías

Las teorías del derecho penal son las siguientes:

a) Teorías absolutas: el fundamento de castigar, se encuentra en la justicia absoluta. El delito es un mal, si el mismo se castiga con otro mal sería una injusticia, y



la pena es una justa consecuencia.

b) Teoría de la expiación la pena calma la irritación divina, por el sufrimiento del autor del delito, por ende la pena trata de borrar la falta mediante la represión, sin buscar la readaptación del delincuente.

c) Teoría de la retribución: la pena compensa el mal sufrido, mediante la represión sin que importe la regeneración del delincuente.

d) Teoría utilitaria: se castiga para que no se vuelva a cometer delitos, y de conformidad con el fin que se busca.

e) Teorías mixtas: buscan la conciliación de las teorías absolutas con las relativas, por lo que la pena tiene un fin retributivo pero también de carácter utilitario, por lo que el delito es la razón de la pena y su esencia consiste en la retribución, pero sin dejar a un lado el mantenimiento del orden y la defensa de la sociedad.

f) Teorías anarquistas: no es concebible, que exista un derecho a castigar. La imposición de una pena, consiste en el ejercicio de la fuerza y ésta de ninguna forma puede ser el fundamento de la justicia, pues toda coacción implica injusticia a la pena como otro crimen.

1.7. Misión

El derecho penal, no se reduce solamente al listado de las conductas tomadas en consideración como delitos y las penas que a cada uno corresponde, sino que esencialmente su misión es proteger a la sociedad.

Ello se logra, mediante medidas que por un lado llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, al lado que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada paso para lograr esta finalidad.

1.8. Fuentes

La fuente del derecho, consiste en aquello de donde el mismo emana, dónde y cómo se produce la norma jurídica. La única fuente del derecho penal en los sistemas en los que impera el principio de legalidad es la Ley, de la cual emana el poder para la construcción del resto de normas y su correspondiente aplicación, por ende, solamente ésta puede ser la creadora y fuente directa del derecho penal.

La costumbre no es fuente del derecho penal, en su vertiente positiva en los sistemas penales denominados continentales, es decir, en aquellos en los que impera el principio de legalidad, aunque pueda serlo de otras ramas del derecho.

“El antecedente judicial es fuente de derecho, aunque son cada vez más, por razones de seguridad jurídica, los estados que adoptan el modelo del sistema de codificación, debido a que se necesita de una constante evolución”.⁷

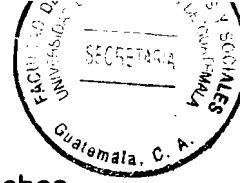
Se admite la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad. De acuerdo a ello, se afirma que en determinados casos, una conducta pareciera típica, sin embargo, por fuerza de la actividad social se le considera atípica o permitida.

“La jurisprudencia es la fuente clásica del derecho anglosajón. Consiste en la reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de forma similar, y no es una sola decisión, debido a que tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso. Ni la doctrina ni los principios generales de derecho, son fuente del derecho penal aunque cumplen importantes funciones de cara a la creación e interpretación de la ley penal, así como también orientan y limitan la actividad legislativa, la interpretación y la aplicación de la ley penal.

1.9. Teoría del delito

Es un instrumento conceptual de utilidad, para la realización de una aplicación de tipo racional de la ley penal al caso concreto y se le atribuye una doble función: por una parte, mediar entre al ley penal y el caso concreto.

⁷ Gutiérrez Paez, Estuardo. **Los derechos humanos**, pág 67.



Se trata de una teoría de la aplicación de la ley penal, debido a que los hechos materiales son objeto de juicio. Se trata de un teoría de la aplicación de la ley penal, ya que primero se tiene que verificar que una conducta humana denominada acción se adapta a la descripción llevada a cabo por el tipo que se denomina tipicidad, para después que la misma no esté autorizada ni que goce de permiso alguno para el ordenamiento jurídico o antijuricidad. Y por último, comprobar que al autor posee las condiciones personales para la imputación de esa conducta o culpabilidad.

La teoría del delito, es creada por la dogmática con la finalidad de entregar seguridad jurídica para la resolución de un caso concreto; y además establecer una pena que sea justa y proporcionada.



CAPÍTULO II

2. Principios del derecho penal

Los principios del derecho penal, son aquellas directrices de la doctrina que le han impuesto barreras a la construcción del derecho penal, de tal forma que éste no se extralimite y afecte el Estado de derecho.

Hay pues un primer nivel de análisis, cuando se plantea el sentido del poder punitivo del Estado en un sistema democrático, que reside en los principios inherentes a un derecho penal democrático.

Es ésta la primera perspectiva y el primer desafío con el cual se enfrenta la política criminal. Los principios propios a un derecho penal democrático, requieren de una revisión precisamente en razón del compromiso con la implementación concreta en una realidad dada.

También una idea dogmática, tiene la pretensión de confundir la pura formalidad de la enunciación del principio con su materialidad de realización. Los principios que deben regir el derecho penal, deben estar en normas rectoras, que sean reconocidas como principios rectores de la legislación penal, por su fundamental sentido del derecho penal, el cual debe estar guiado por normas rectoras y donde se encuentran preceptos orientados en la legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que poseen el doble carácter de principios del derecho penal y elementos del concepto general e institucional del delito.

Los principios del derecho penal, actualmente se encuentran en la Constitución Política con incidencias en el derecho penal, en este sentido la doctrina constitucional y la ciencia del derecho, establece que la Constitución Política, es el instrumento legal fundamental del ordenamiento jurídico, el cual debe contener en su articulado un marco para la organización política y la estructura del Estado.

Así la inclusión de preceptos o normas constitucionales con relevancia en el derecho penal, se debe a que el Estado tiene que garantizar al ciudadano, por una parte, su libertad y otros bienes jurídicos frente al *ius puniendi* estatal y a los eventuales excesos o extralimitaciones, que son evitados a través de ese marco constitucional es decir, la auto limitación de la potestad punitiva; y por otra parte, se ha de garantizar la efectiva concreción o aplicación de la misma y de la precitada potestad *puniendi* o potestad punitiva estatal, para proteger ciertos intereses frente a intereses ilícitos y para que el ciudadano no tenga que recurrir a hacerse justicia, lo que es contraproducente e inadecuado conduciendo esta práctica únicamente a una especie de guerra civil, dejándose de tal manera la función de administrar justicia penal al Estado, lo que supone una mayor efectividad, y mejor organización.

“En un sistema penal deben gobernar principios, que sean la fuente y fundamento de aquello para que sirva de guía en el conocimiento de la dogmática penal, es decir, en la interpretación del derecho penal”.⁸

⁸ Fernández. *Ob. Cit.*, pág 56.

Los principios, son el mejor punto de partida, de ninguna manera representan un punto de llegada o estado terminal del conocimiento, para derivar el conocimiento, los principios deben ser desarrollados y concretados, de tal modo que el conocimiento que se quede en ellos no pasa de la generalidad.

En el campo jurídico, esto significa que han de ser puestos en relación de sentido y armonía con las normas a que se refieren y a las que inspiran. El principio que no se aplica no solo no sirve, sino que en verdad no es principio de nada, es por ello que los principios jurídicos penales, se fundan en todo conocimiento y toda norma jurídico penal y de los que, en consecuencia, no se puede separarse de la práctica o del ejercicio del derecho penal.

El máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad del derecho penal, es el aforismo del *nullum crimen, nula poena sine praevia lege*. Así el principio de legalidad de los delitos y de las penas, es el supremo postulado político criminal del derecho penal moderno.

En los últimos años, la formulación con la exigencia de una ley cierta, cuyo efecto es la prohibición de leyes penales imprecisas o vagas, esto es, de los tipos indeterminados, que tanta incertidumbre siembra, y es precisamente uno de los cambios que debe orientar el proceso de transformación de nuestro Código penal, y en este sentido, los estudiosos y expertos en las materias deber tener suficientemente claro, cuales son esas imprecisiones en la ley penal, que consecuentemente se traduce en interpretaciones que van en perjuicios del imputado. Por otra parte, es necesario establecer la duración a largo plazo de la exigencia de que tanto los delitos como



las penas estén determinados en la ley, lo que le da el carácter de principio de reserva, con lo que se señala que solo el legislador, no el gobierno, ni los jueces pueden asumir esa tarea, la cual es competencia consagrada al cual le corresponde legislar en las materias de la competencia nacional, así como, la formación de las leyes.

La ley, es el acto sancionado por el Congreso de la República de Guatemala como cuerpo legislador, de allí que solo, está dado, la creación de normas de carácter penal. Según el principio del acto y de autor se habla de un derecho penal del acto cuando las normas punitivas se dirigen a lo que el hombre hace y no a lo que es, vale decir, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, su afectividad o sus hábitos de vida. Sin embargo, el principio del acto es el presupuesto fundamental del principio de culpabilidad, la cláusula de personalidad en la medida de la pena introduce una serie y contradictoria restricción al imperio de la culpabilidad, siendo el derecho penal de acto el que concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable, es decir la persona, a la que se le puede reprochar por lo tanto, retribuirle el mal en la medida de la culpabilidad, de la autonomía de voluntad con que actuó.

No puede legitimar la pena, porque ignora por completo la selectividad estructural de la criminalización secundaria, lo que determina que la pena retributiva se convierta en una pena preferentemente dedicada a los torpes, por lo que no se puede legitimar desde la ética.

El derecho penal de acto, debe reconocer que no hay caracteres que diferencien los conflictos criminalizados de los que se resuelven por otra vía o no se resuelven, si no que estos se seleccionan más o menos arbitrariamente por la criminalización primaria en el plano teórico jurídico, y por la secundaria en la realidad social. Cuando se pretende buscar datos prejurídicos del delito, el primer argumento suele ser su gravedad, por cierto, que hay delitos atroces y aberrantes, y ambos suelen llamarse crímenes, pero los primeros son reconocidos como tales, y por la opinión provocan el ejercicio del poder punitivo que frecuentemente se usa para controlar a quienes disienten con el poder que lo ejecuta. Para que un hecho sea típico, basta que una ley lo prevea, no importa de qué manera. La tipicidad es un elemento del delito, que implica una relación de perfecta adecuación y de total conformidad entre un hecho de la vida real y algún tipo legal o tipo penal.

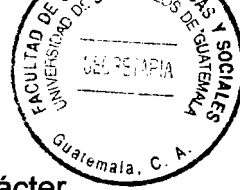
Se entiende por tipo legal, la descripción de cada uno de los actos acciones u omisiones que la ley penal considera delictivos. El principio de legalidad, entendido en tan amplio sentido formal, no significa mucho en el orden de las garantías individuales, pues ni auto limita sensiblemente el poder punitivo del Estado, ni estorba la arbitrariedad judicial, ni en realidad determina la conducta punible. En un Estado de derecho, el delito y la pena que regulase por la ley previa, estricta y cierta y únicamente por ella y, desde este punto de vista, el principio de legalidad del derecho penal es sólo una manifestación del imperio de la ley. En un Estado democrático esa ley no solamente debe ser expresión de un cuerpo representativo, sino que ha de respetar los límites formales y materiales establecidos en la Constitución y los tratados públicos y propiciar la creación y fortalecimiento de las condiciones sociales para que puedan ser

satisfechas las necesidades básicas de todas las personas, racionalizando los procesos macro sociales que se opongan a esa meta, pero respetando en todo caso la dignidad y autonomía ética del individuo y protegiendo, incluso penalmente, sus bienes fundamentales y sus derechos humanos.

El principio del bien jurídico, señala que todo delito supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en el cual radica la esencia del hecho punible. Precisamente el derecho penal, esta destinado a proteger bienes y valores cuya protección se considera imprescindible para la existencia de la sociedad.

Por tanto, todo delito supone, por lo menos, un peligro para un bien jurídico. El derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso del contenido no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad por la que se afecten bienes de una persona en desproporción con el mal provocado, siendo ello lo que trae como consecuencia que se jerarquicen las lesiones y establezca un grado de mínima coherencia entre la magnitud de penas a cada conflicto penal.

A manera de reflexión se recomienda el análisis de los principios analizados, y la participación de todos los sectores que conforma la sociedad para ser escuchados y observar su realidad para así poder reconocer e identificar las situaciones o realidades que se pretenden penalizar, a través de las conductas que deben tipificarse para adecuarlas más a los hechos punibles que aquejan a la sociedad.



Los principios rectores del derecho penal, deben ajustarse a las normas de carácter penal del nuevo siglo el cual que se inicia, y debe orientar el derecho penal para así realizar los cambios y transformaciones en las materias que merece atención entre las cuales están las que se consideran que deben ser atendidas.

El derecho penal contemporáneo, no sólo reposa en el conjunto de normas jurídicas positivas de carácter prescriptivo y anticipado, que ordenan o prohíben determinadas conductas humanas, que se conminan con una pena o medida de seguridad. También integran el derecho represivo, que deben conocer los operadores jurídicos y los jurisdiccionales, para aplicarlos conjuntamente en la práctica social y forense de prevención, combate y represión de los delitos y faltas penales, como parte de la política criminal del Estado y del sistema de control social y penal, para neutralizar la delincuencia común y la criminalidad organizada, que afecta a la paz social, tranquilidad y seguridad pública y la seguridad jurídica del pueblo.

“Los principios fundamentales del derecho penal, se derivan de todo el sistema jurídico del Estado, se infieren de la realidad social criminógena o estos se encuentran positivizados en la ley penal. Se invocan y se aplican en la prevención, combate y represión de los delitos y faltas penales, con la finalidad de control social y penal de la delincuencia; como el objeto de realizar la justicia penal”.⁹

⁹ Reyes Alvarado, Yesid. **Imputación objetiva**, pág 44.

2.1. Principio de humanidad

En el largo proceso de evolución de la sociedad, y del paso de una formación económica y social, a otra. El derecho penal como superestructura jurídica ha seguido los pasos históricos de estos sistemas económicos, sociales y políticos; exhibiendo diversos tipos históricos de penar y formas de represión del delito. En la comunidad primitiva predominó la venganza privada, religiosa y pública, con graves excesos o extralimitaciones de parte del ofendido o de sus familiares del agraviado; es la época del predominio total de la ley de la venganza. En albores de la sociedad esclavista y en la primera fase histórica de la sociedad feudal, aparece la forma de penar, fundada en la proporcionalidad incipiente de ojo por ojo, diente por diente; hasta su humanización, que comienza a finales de la sociedad feudal. Se desarrolla en la sociedad burguesa y se perfecciona la humanización de las penas en la sociedad socialista.

El principio de humanización de la pena, conduce necesariamente a manifestar respecto de la persona humana del procesado y sentenciado y procura su reducción y rehabilitación social. El principio también reposa en la mínima intervención del Estado, y en el derecho penal como *ultima ratio legis*.

La función del derecho penal democrático, opera dentro del marco político de un Estado de derecho burgués o socialista, donde predomina el respeto por el principio de legalidad, como presupuesto de la justicia penal preestablecida; con la finalidad de proteger a la sociedad de la delincuencia común y de la criminalidad organizada, frente a conductas intolerables; manifiestamente lesivas; por tanto, gravemente perjudiciales para los bienes jurídicos protegidos por la ley; pero respetando los derechos



constitucionales y los derechos humanos del sujeto infractor y de la víctima. Se trata entonces, de un derecho penal preventivo, represor, pero también premial del delito, y utilitario socialmente, como medio de defensa social, de la comunidad y rehabilitador o reeducador del delincuente.

2.2. Principio de control social

Se enfatiza que la pena debe ser necesaria para prevenir, combatir, reprimir y conminar los delitos y faltas penales; esto apunta, que el castigo como corrección jurídica no debe ir más allá de los fines prefijados de lo que realmente es necesario como control social de la delincuencia.

Uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad, la eficacia de la conminación y de control social, fundado en la proporción de las penas con el daño ocasionado a las víctimas.

Este principio de la proporción de las penas en correlación con la calidad del delito, rechaza los gobiernos dictatoriales y autocráticos de extrema derecha, quienes apelan a criterios irracionales, anticientíficos y antitécnicos para justificar la sanción de leyes severísimas como leyes talionales, que denominan a las leyes de seguridad nacional.

2.3. Principio garantista

El Estado de derecho, debe asegurar a todos los ciudadanos como garantía constitucional que solo se sancionan penalmente las conductas humanas prohibidas, que se conminan con un pena o medidas de seguridad, por estar tipificadas como

delitos o faltas en la ley penal, con anticipación al hecho injusto punible, en observancia y aplicación del principio de legalidad *nullum crimen nulla poena sine lege* que es el principio garantista que se sustenta en el derecho penal democrático y humanista de pena justa y proporcional.

2.4. Principio de mínima intervención del Estado

Este principio de justicia penal se denomina poder mínimo del Estado, esto es, la limitada intervención del Estado con su poder de coerción penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, en virtud de otro principio garantista y democrático, que hay derecho penal, sólo se debe acudir, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del derecho; sólo se debe apelar al derecho punitivo como *ultima ratio legis* y no para solucionar cualquier controversia o conflictos de intereses, cuando existe otras vías jurídicas de solución de los actos ilícitos no punibles; como es el caso de los actos ilícitos civiles, administrativos, agravios, laborales y constitucionales.

2.5. Principio del derecho penal como *ultima ratio legis*

La violencia estatal institucionalizada, se aplica como consecuencia del *jus imperium* y del *jus puniendi*, que a su vez reposa en el principio filosófico de estricta legalidad, sustentada y es aquella norma jurídica legal y punitiva, que se somete la validez de las leyes que autoriza la violencia estatal a una serie de requisitos que corresponden con las garantías constitucionales y los derechos humanos, relacionados con las garantías penales, procesal penal, que se afincan en la tipicidad y en principio *nulla poena sine*

culpa y nulla poena sine iudicio así como de las motivaciones de las resoluciones judiciales en todas las instancias del poder judicial.

El principio de la *ultima ratio legis* se operativiza en la práctica jurídica y forense, cuando han fracasado los otros sectores del derecho en la solución de la *litis*, conflictos de intereses en lucha, cuando no solucionan los derechos conculcados o lesionados. Entonces se pone en movimiento en la potestad punitiva del Estado, con todo su arsenal persecutorio, respectivo y conminatorio de las penas, para garantizar la seguridad jurídica, la paz social y la tranquilidad pública.

2.6. Principio de la minimización de la violencia estatal

El Estado debe recurrir con mínima violencia estatal, para prevenir, combatir y reprimir los delitos y faltas penales, como una de sus principales funciones públicas en mantener el orden, la seguridad jurídica, la tranquilidad y seguridad pública; así como para cumplir y hacer cumplir la ley y el imperio de la justicia, que son sustentos de un Estado de derecho constitucional y democrático, como de la pena justa y proporcional.

2.7. Principio de maximización de la libertad ciudadana

Este principio jurídico significa la menor intromisión del poder estatal y del control penal, en la vida privada y social de la ciudadanía, en la medida que los ciudadanos cumplen con el deber y obligación de observar la ley, los mandatos de autoridad competente y se desenvuelven dentro de los requerimientos de la legalidad nacional y del imperio de la justicia.

El Estado sólo recurrirá al uso del poder persecutorio represor y sancionador cuando la lesión atenta contra los bienes jurídicos protegidos por la Ley. Sino concurren estos supuestos hipotéticos, la libertad ciudadana con protección constitucional, limita el poder punitivo del Estado, con la vigencia del derecho penal garantista, democrático y proporcional de la pena justa.

2.8. Principio de la co-culpabilidad

Es la causa eficiente y condicionadora de las causas sociales, materiales y culturales de la conducta criminal de los hombres; por eso, se prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta en el momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente.

En esta forma la sociedad y el Estado, que toleran que impere las desigualdades económicas, las injusticias sociales, políticas y culturales, estarían reconociendo que no brindan iguales posibilidades de superación a todos los hombres, para exigirles un comportamiento con adecuación a la ley y a los intereses generales y colectivos de la comunidad regulados por el derecho positivo; por tanto, se está aceptando una responsabilidad de la sociedad y del Estado, en lo que les respecta, en la conducta delictiva de los infractores penales.

2.9. Principio de mínima culpabilidad de autor

La persecución del delito y faltas penales, entre otros, son fines y objetivos de la política criminal del Estado, como pretensión punitiva del Estado para combatir la criminalidad, para evitar el imperio de la Ley pública o privada o hacerse justicia por propia

mano. Sin embargo, por razones de utilidad pública, por interés social o de necesidad de descongestionar la administración de justicia, de racionalizar la actividad probatoria la admisión de los órganos persecutorios y jurisdiccionales del Estado, se puede acudir al principio de mínima culpabilidad del autor que sustenta el principio procesal de oportunidad.

Opera el principio de mínima culpabilidad del autor y de oportunidad, en atención a los siguientes objetivos: para que no se inicie la persecución penal del evento criminoso o para poner término al proceso penal, en los siguientes casos hipotéticos:

- En delitos de bagatela, denominados así por dogmática penal, en aquellas infracciones penales de poca monta o en delitos de mínima cuantía y de lesividad de bienes jurídicos protegidos, que no conculcan de modo apreciable el interés jurídico del agraviado, como ocurre en delitos patrimoniales de mínima significación, según la relación víctima y victimario y en delito de lesiones personales que no causan incapacidad relevante al agraviado.
- Debe producirse transacciones entre autor y el sujeto pasivo o agraviado perjudicado, que concluya en satisfacción del agraviado, por el arreglo del principio de oportunidad, que le favorece.
- Ahorro de tiempo y de inversión monetaria del gasto público y racionalización de función de los órganos persecutorios y jurisdiccionales del Estado.

2.10. Principio del derecho a ser informado de la incriminación

La imputación punitiva con detención preventiva o con citación en la fase pre-procesal o en la etapa del proceso penal, requieren por mandato constitucional. Se tiene que se informe al denunciado o imputado, la pretensión punitiva del Estado, sobre los hechos de la incriminación penal para que ejerza su derecho irrestricto de defensa, pero dentro del marco de la Constitución del Estado de los derechos humanos y de las leyes y refuerce su derecho de presunción de inocente.

“El agraviado como justificable o sus representantes legales o apoderados legítimos, también puedan ejercitar su derecho de defensa, de sus intereses lesionados o puestos en peligro”.¹⁰

Se defiende la igualdad de las partes, ante la Ley y critica la pretensión de los acusadores públicos que aspiran a tener más ventajas o mejor derecho a ser oído o creídos dentro del proceso por el solo hecho de su investidura. Postula la sanción procesal para los actos violatorios de las normas rituales preestablecidas por la ley. Es decir, cuando el legislador establece el procedimiento que debe servir de freno a los agentes de justicia y de garantías a las libertades civiles, no debe contentarse con dar consejos, sino que deben impartir órdenes que den la seguridad de ser cumplidas. Para la escuela clásica el delito, era un ente jurídico abstracto; el método que se utilizaba era un método silogístico, es decir, frente a la premisa de la infracción de un delito tipificado, la conclusión era una sanción. La sanción era la conclusión porque se partía del

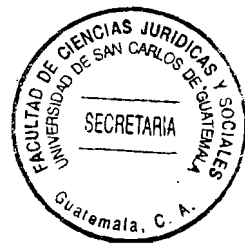
¹⁰ *Ibid*, pág 45.



principio de que los delincuentes usaban de su libre albedrío, considerándose que quedarían libres para escoger una conducta en vez de otra y que, por lo tanto eran plenamente responsables de sus actos. La fundamental conclusión de la escuela clásica era la de la responsabilidad moral de las personas. Cuando irrumpe la escuela positivista, ya no se piensa que la persona posee libre albedrío, sino que está determinada por una serie de circunstancias, exógenas, endógenas que rodean la situación. Como la persona ya no era poseedora del libre albedrío, sino que esta determinada su responsabilidad moral no existe, y lo que existe es lo que se llamó responsabilidad social, por lo tanto, debe ser objeto no de pena, sino de medidas de seguridad, medidas de tratamiento, de rehabilitación. Se dice, que con la escuela positivista también nace la criminología.

Ese fundamento, esencialmente utilitario, debe ser limitado, completado por la ley que es principio fundamental de la alianza de la ley penal con la ley moral. La filosofía penal liberal se concretó en el pensamiento de una fórmula jurídica que resultaba del contrato social en donde el principio de la legalidad de los delitos y de las penas determina que nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la Ley.

El fundamento del derecho de castigar, siempre ha seguido las vicisitudes de la norma de cultura y cuando está en los siglos pasados permitía las mayores crueldades, la pena iba acompañada de sufrimientos. Hoy como antes y siempre será el Estado el



que tiene el derecho a castigar.

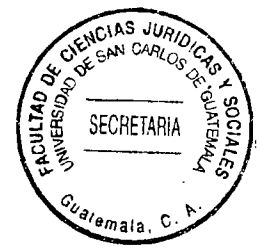
El Estado impone una sanción y canaliza, así los instintos ancestrales del hombre, la retribución, la venganza y el sadismo. Los términos que envuelve a este instinto están relacionados con la venganza que significa satisfacción directa del agravio. Esta reparación privada del mal que otro causa o que por tal se toma, se rebaja cuando existe la posibilidad y la garantía de recurrir a la justicia a la humanidad a la condición del salvajismo en que no hay más juez que la víctima o los suyos. La venganza puede ser equivalente a pena, sanción castigo. La venganza es toda reacción contra el mal recibido, aún justamente; como la de la que atenta al salir de presidio contra el testigo que lo acuso, con razón o contra el juez que sentenció contra él. La venganza privada ha constituido sin duda el primer escalón de la justicia en lo penal. Quien no podía defenderse a tiempo o alguno de lo suyo.

En un sistema penal debe gobernar principios, que sean la fuente y fundamento de aquello para que sirva de guía en el conocimiento de la dogmática penal, es decir, en la interpretación del derecho penal.

Desde el punto de vista de la filosofía, se habla, de los principios morales, de principios del ser que son en realidad las causas y de principios del conocimiento, que son las máximas fundamentaciones del pensamiento explicativo o deductivo. Las ciencias por tanto explican todos y cada uno de los conocimientos de cada ciencia particular, pero se encuentran fuera de esta y no pueden ser explicados por ella, cada ciencia, y los

principios que los contienen son, gnoseológicos prestados o tomados de otras disciplinas, que poseen, por tanto, una mayor implicación en el conocimiento que debe ser expresados en fórmulas muy generales y clara para su entendimiento. Los principios, son el mejor punto de partida, de ninguna manera representan un punto de llegada o estado terminal del conocimiento, derivar conocimiento, los principios deben ser desarrollados y concretados, de tal modo que el conocimiento que se quede en ellos no-pasa de la generalidad. En el campo jurídico, esto significa que han de ser puestos en relación de sentido y armonía con las normas a que se refieren y a las que inspiran. El principio que no se aplica no solamente no sirve para nada, sino que en verdad no es principio de nada, es por ello que los principios jurídicos penales, se fundamentan en todo conocimiento y toda norma jurídico penal y de los que, en consecuencia, no se puede separarse de la práctica o del ejercicio del derecho penal.

El derecho penal debe reconocerse como un mal necesario, y la pena como una necesidad social, que presupone, por tanto, el empleo de una amplia variedad de medidas sociales previas que contrarresten las causas criminógenas que inciden en el entorno que le toca actuar. Estos principios rectores, por su máxima generalidad, son difíciles en el nuevo sistema penal, cuyo impacto está llamado a garantizar el acceso a la justicia.



CAPÍTULO III

3. El delito

Debido a que el hombre se encuentra dotado de una voluntad libre que le permite desarrollar sus facultades naturales, teniendo como única limitante, a esa libertad, relativa a su misma naturaleza, pero, que en sociedad se encuentra forzosamente limitada por el respeto a la libertad de otros hombres, deriva la necesidad de contar con normas que aseguren a cada miembro del cuerpo social, con una medida igual, el ejercicio de su actividad y desarrollo.

La teoría y existencia del principio anotado, constituye el derecho, en su acepción más extensa. Por ende, el derecho como un conjunto de normas de observancia obligatoria para todos los miembros de la sociedad, que han sido establecidas por el Estado de acuerdo a procedimientos previamente establecidos, permiten la convivencia entre los miembros de la sociedad y su relación con las instituciones del Estado, que la misma ley denomina delito.

La causa de la infracción o de la no observación de las disposiciones de la ley, en perjuicio de la sociedad y de la obligatoriedad de la misma ley por los hombres, obedece a muchos y a diversos factores.

Esos factores, tienen origen en la misma naturaleza del hombre y en la convivencia estrecha a la que, en la actualidad se ve sometido. Debido a que el hombre siempre busca un mayor número de satisfactores que otros, incluso más de los que necesita por el sólo hecho de la acumulación de riquezas y el poder, que en la sociedad actual, representan una posición que es admirada por algunos de sus miembros, aún cuando no las puede conseguir de forma honesta y legal.

En dicho sentido, es que el delito consiste en una consecuencia de la convivencia social, que infringe normas legales, en el afán de llegar a obtener la aprobación social, desde el punto de vista económico, y la dirigencia de la misma, como patrón de admiración.

En ese orden de ideas, al analizar la definición de delito desde el punto de vista del derecho penal, se tiene que señalar que se deben estudiar los tipos de delito cuya existencia acepta la ley, desde el punto de vista de su realización y su ubicación dentro de la legislación que los prevé, circunstancias que inciden en su existencia.

Desde el punto de vista jurídico, se presenta en la actualidad ante una profundización del estado de derecho democrático del texto constitucional, siempre que la política legislativa, demás políticas públicas y la práctica del derecho se encaucen en esa dirección, la Constitución Política tiene que significar una importante evolución en el desarrollo del Estado constitucional contemporáneo, entendido como un Estado que se encuentra destinado a asegurar la protección y vigencia de los derechos humanos, de conformidad a los principios de progresividad, indivisibilidad, interdependencia e



irrenunciabilidad.

De esa forma, la democracia, el Estado constitucional y la garantía de los derechos humanos de víctimas y victimarios, se constituyen en un único cuerpo prismático.

Esa orientación constitucional se encuentra expresamente establecida constitucionalmente, cuando se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, cuyos fines giran en torno a los derechos humanos bajo el eje de la dignidad humana.

De esa manera, el derecho penal y su legislación dependiente tienen que sujetarse al modelo de derecho penal auténtico de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, lo cual supone la adscripción a los principios y a la contribución del derecho penal de signo garante.

De ello deriva la responsabilidad que tiene la justicia penal de ofrecer una tutela judicial efectiva íntimamente constreñida a la terminología de las garantías penales de aquellos derechos y bienes jurídicos penalmente protegidos contra cualquier ataque violento, significativo y relevante.

Se reconoce la dignidad de la persona humana un valor esencial, que tiene que servir de fundamento a la creación, interpretación y aplicación del orden jurídico positivo. Valor ético que, tiene que guiar el quehacer de legisladores, administradores y jueces.

La carencia de conocimiento no puede caer en la obligatoriedad de la Ley. La autoridad pública pone las leyes al alcance de la ciudadanía, quienes pueden enterarse de ellas por sí mismos o por medio de tercero.

3.1. Noción formal y sustancial del delito

Es esencial para el establecimiento de la responsabilidad penal, debido a que solamente se tomaba en cuenta el daño ocasionado. El delito es la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo.

La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo que es indisoluble, debido a que el delito es propiamente la violación de la ley penal.

La infracción de un orden o prohibición impuesta por la ley, en consecuencia, del delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

En el delito, para su existencia, tienen que incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo, en ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea antes o después de la comisión o realización del delito, que no reviste mayor importancia, por el momento.



El sujeto activo del delito será toda persona que, en términos generales, infrinja la ley penal, ya sea por su misma voluntad sin ella; es decir, el delito puede ser cometido, por el sujeto activo, con pleno conocimiento de la acción que va a llevar a cabo, esperando el resultado de ese, o en caso contrario, sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción, que da origen al delito no es la deseada y se comete por imprudencia o sucede por un accidente.

Sin embargo, este sujeto será el que lleve la acción de la conducta o la omisión de la misma que se encuentre previstas y sancionadas por la ley penal. En el caso del sujeto pasivo del delito, éste será toda persona que resienta el daño que ocasiona la comisión del delito, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona, en sus derechos o en sus bienes. La persona a quien se le afecta en su esfera personal de derechos e intereses.

El delito formal se perfecciona con una sencilla acción u omisión, haciendo abstracción de verificación del resultado. Los delitos de lesión o daño y de peligro, de conformidad con el objeto fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra la cosa pública o el Estado mismo o sus instituciones y delitos contra las personas privadas, delitos políticos y no políticos.

De conformidad con los sujetos que los llevan a cabo, los delitos individuales y colectivos, comunes y especiales de conformidad con la ley que los contenga; y ocasionales y habituales de acuerdo a la constancia con que delinque el sujeto que los

lleva a cabo. De conformidad con los requisitos para la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que lesionan, de conformidad a la naturaleza del daño afectación del bien, los delitos son de acción pública o de acción privada.

“El delito es concebido como un comportamiento humano típico, ilícito, y culpable. Por típico, se entiende de acuerdo a la descripción contenida en la disposición penal. Esta última, es denominada tipo legal, y es considerada un descubrimiento revolucionario”.¹¹

La culpabilidad ha sido vista como el aspecto subjetivo del comportamiento que consistía en la relación psicológica existente entre el autor y su acción. El carácter ilícito del acto, fue explicado recurriendo al positivismo jurídico que reducía al derecho a un conjunto de normas dictadas por el legislador.

El acto realizado era, en consecuencia, considerado ilícito cuando contradecía el derecho positivo. La descripción naturalista de la infracción deviene apoyada en el sistema conceptual del positivismo jurídico, que es la base de las investigaciones penales. Su esquema de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad es de importancia. Esta concepción clásica del delito, es proveniente del positivismo que se caracteriza, en el ámbito del derecho y en la resolución de problemas penales, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas.

¹¹ Roxin, Claus. **Derecho penal**, pág 123.

El reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad que consiste en un reproche formulado contra quien obra libremente, contra el orden jurídico. Las insuficiencias de la concepción neoclásica, son criticadas por la teoría finalista.

A la idea de distinguir, con nitidez el mundo normativo y la realidad concreta se oponen las ideas de las estructuras lógico-objetivas previas a toda regulación jurídica y, de otro lado, la idea de la naturaleza de las cosas. El comportamiento humano tiene que ser entendido desde una perspectiva ontológica.

Este elemento fáctico, no puede ser ignorado ni alterado por el legislador en la elaboración de las normas legales. La base de la concepción señalada, es justamente el comportamiento humano caracterizado primordialmente por su estructura finalista.

Ello, presume que el individuo tiene la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento en función de uno de esos fines. Su capacidad se encuentra en relación con las posibilidades, que tiene de prever las consecuencias de su acción y del conocimiento con el cual cuenta respecto a la causalidad.

La aceptación de los criterios señalados comporta una modificación profunda de la sistemática del delito. La tipicidad puede ser más tomada en consideración como la descripción objetiva de la acción.

Se tiene que comprender de igual forma, la estructura finalista del comportamiento. Por ende, resulta necesario con la finalidad de tener en cuenta el aspecto esencial del comportamiento, estableciendo al lado de tipo legal objetivo, otro de naturaleza subjetiva.

En las infracciones, la finalidad de la acción no es distinta del dolo o intención y constituye el elemento central del tipo subjetivo.

Los elementos subjetivos que caracterizan la finalidad de la acción, y que eran tomados en consideración extraños al tipo penal, se transforman en partes propias de la tipicidad. Los cambios del dominio de las infracciones culposas, han sido también fundamentales.

La nueva estructura de la tipicidad, hace necesario separar de forma clara, las infracciones dolosas de las culposas. El carácter ilícito de estas últimas, no puede ser en ningún momento reducido al hecho de causar un daño a terceros.

Para corregir esta deficiencia, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber de cuidado destinado a evitar ese perjuicio. De esa forma, el finalismo logra la depuración a la culpabilidad de los elementos psicológicos conservados por la concepción neokantiana.

La culpabilidad es, por tanto, definida como un puro reproche que se encuentra dirigida



contra el autor del acto típico.

De otra parte, el finalismo ha conducido a explicar, separadamente, las infracciones omisivas; pues, su peculiar estructura requiere un análisis especial.

De esa forma, se afirma la diferencia substancial entre las infracciones de comisión y las de omisión. Estas últimas constituyen siempre la no realización de una acción exigida por el orden jurídico.

Los elementos del delito omisivo deben ser entonces revisados, tomando en consideración ese aspecto normativo de las innovaciones del finalismo que han permitido la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias al necoclasicismo.

Nadie puede ser penado si no ha cometido un acto un acto descrito previamente en la ley. Se designa a tal acción, con el nombre de delito y a la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se llama teoría del delito.

Tradicionalmente, el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley. Esta definición, puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales.



3.2. Evolución del concepto dogmático del delito

De conformidad con lo que en la actualidad plantea la teoría dogmática, el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, añadiéndose de forma frecuente que, además, sea punible.

Las bases de la moderna teoría del delito deslindaron el problema de la consideración subjetivista del delito y la consideración objetivista de éste, introduciendo en el derecho penal la idea de antijuricidad.

La acción es un hecho natural, en donde lo esencial es el movimiento corporal humano. A este movimiento corporal se le aplica el tipo y la conformación de la tipicidad es, así, absolutamene objetiva y no es un juicio valorativo ni tiene en cuenta la subjetividad. La acción objetivamente típica se hace objeto del primer juicio.

Si es un ataque a bienes jurídicos, después de una segunda valoración, se tiene en cuenta al contenido de voluntad. El sistema causalista naturalista queda establecido de la siguiente manera: la acción es la base del delito, no uno de sus elementos; lo injusto surge como primer elemento que tiene dos aspectos: la tipicidad, y la antijuricidad.

La acción se concibe como un fenómeno puramente causal, exactamente igual que cualquier otro fenómeno de la naturaleza. Lo que el sujeto haya querido con su acción y ello solo interesa en el ámbito de la culpabilidad.



La acción humana es siempre tendente a un fin, es finalista, y ese carácter se fundamenta en que el hombre que conoce los procesos causales, representa dentro de determinadas límites los resultados que su conducta puede traer consigo y los quiere, de conformidad al plan que ha previsto.

Ese carácter de la acción no lo desconocían ni negaban los causalistas, pero se diferencian de los finalistas en que éstos recurren desde el primer momento a los elementos subjetivos para tipificar la acción, no admitiendo que queden relegadas para posteriores análisis.

De conformidad con el finalismo, la consideración de la acción nunca puede prescindir de los fines perseguidos por el actor, ya que la finalidad da sentido al proceso puramente causal y es, esencialmente, inseparable de éste. Y todo ello trae las siguientes consecuencias en la elaboración del concepto de delito.

“La tipicidad, tiene aspectos objetivos tanto de carácter descriptivo como normativos y por lo tanto valorativos y aspectos subjetivos como el dolo y la culpa. La antijuricidad es un juicio objetivo de valor que contiene elementos subjetivos”.¹²

La culpabilidad es un juicio subjetivo de valor que analiza la posibilidad de un actuar distinto del sujeto, de un actuar conforme al derecho.

¹² **ibid**, pág 124.

Los defensores de ello, se encuentran de acuerdo en rechazar el punto de partida del sistema finalista y la asunción de la idea de que el sistema única y exclusivamente pueda basarse en las finalidades del derecho penal.

Sobre ello, se elabora y desarrolla con un nuevo contenido los puntos de partida, sustituyendo la referencia a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal.

El primer elemento del concepto del delito es el de la acción u omisión. De ello, se deduce que no pueden constituir delito, el pensamiento ni la resolución de delinquir que no haya sido puesta de manifiesto por hechos externos, ni una mera disposición de ánimo.

Es de la acción, de quien se predicen los restantes elementos del delito, y es la realización de la acción el dato inicial de que el derecho penal para intervenir, en relación al ordenamiento jurídico penal solamente importa la conducta externa, ello es, la externa manifestación de la voluntad del hombre.

Los derechos positivos incluidos, no formulan un concepto de acción, se limitan a declarar qué acciones u omisiones son constitutivas de infracción penal.

En el sistema causalista, la acción consiste en una modificación causal del mundo exterior, perceptible por los sentidos y producidas de modo voluntario por un



movimiento corporal. Los tres elementos de la acción son:

a) Manifestación de voluntad, bastando con que el sujeto quiera su mismo obrar. El contenido de la voluntad, es decir, lo que ha querido, carece de significación y solamente tiene importancia dentro de la problemática de la culpabilidad. De esa forma, la manifestación de voluntad tiene que ser consciente, espontánea y exteriorizada, debido a que no constituyen acción, los hechos realizados por movimientos reflejos, y menos aún, aquellos que se llevan a cabo cuando el sujeto se halla constreñido por una fuerza irresistible.

El resultado, que puede consistir o bien en una modificación o cambio del mundo exterior como consecuencia de la manifestación de voluntad, o bien en el mantenimiento de ese mismo mundo exterior a causa de la no realización de una acción esperada y exigible.

Es una relación de causalidad, consistente en una precisa relación entre los dos elementos anteriores, manifestación de voluntad y resultado.

Para los causalistas, la acción es una conducta humana voluntaria, prescindiendo de qué se ha querido con tal comportamiento, cuya consideración pertenece al ámbito de la culpabilidad.

En cambio, de conformidad con la concepción finalista, la acción siempre tiende a una finalidad, no se concibe un acto voluntario que no se encamine a un fin, lo cual es ignorado por la teoría causalista, pero su importancia se estudia en el ámbito de la culpabilidad.

Con ello, discrepa el finalismo que tiene en consideración los fines ya en sede de tipicidad, afirmando que cuando el legislador describe una conducta en un tipo penal no describe un simple proceso causal, sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana.

De forma natural, el sujeto lleva a cabo una valoración de la acción, pero es una valoración positiva, bien porque la considera justa, beneficiosa o de otro modo positiva para él.

Pero junto a esa valoración positiva existe otra valoración negativa de la acción, que es la llevada por la comunidad y que constituye la llamada antijuricidad.

Para el finalismo, la diferencia entre la acción culposa y la dolosa estriba en que, mientras en la acción dolosa la finalidad es factor configurador del proceso acción, en la acción culposa es solamente momento de referencia.

En dicho caso, la acción del sujeto no está dirigida al fin y lo que eleva a este suceder por encima de un sencillo proceso causal es la circunstancia de ser evitable finalmente,



siendo la acción culpable, por ello, genuina acción.

De esa forma, de conformidad con la teoría finalista, las acciones dolosas se separan de forma radical de las culpables, pasando a ser el dolo un elemento de la acción sustraído al ámbito de la culpabilidad, y como la acción constituye la base del tipo de lo injusto, el dolo deviene un elemento subjetivo del tipo legal.

También, es de importancia señalar el concepto de acción a la teoría social del derecho. El concepto social de acción parte de la idea de que un elemento tan esencial para la configuración y efectos del derecho penal como es la acción, no puede ser definida atendiendo solamente a las leyes de la naturaleza.

Por ende, el concepto de acción debe ser configurado, según esta teoría, de tal modo que pueda ser valorado por patrones sociales.

Para que una acción o una omisión sean constitutivas de delito, han de estar comprendidas en un tipo de lo injusto del Código Penal o de una ley especial, como consecuencia del principio de legalidad.

La acción o la omisión habrán de estar comprendidas, por ende, en una de las figuras de delito contenidas en la legislación penal o en las leyes penales especiales.

El fin político criminal de la conminación penal abstracta es preventivo general, al acogerse una determinada conducta en un tipo, y con ello se busca motivar a un individuo para que omita la actuación descrita en el mismo, o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada. No solamente la prevención general, sino también el principio de culpabilidad imprime carácter al tipo.

Un cometido esencial de la teoría de la imputación objetiva consiste en excluir del tipo objetivo, frente su anterior entendimiento puramente causal, las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad, por infringir el principio de culpabilidad.

De esa manera, la necesidad abstracta de pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios político criminales rectores del tipo; y, solamente la prevención especial es ajena a la interpretación del tipo, ya que la misma presupone un delincuente concreto.

En la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo para ello a todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisión o prohibición.

La antijuricidad no es una categoría especial del derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico, y las causas de justificación también proceden de todos los campos del derecho, lo que no deja de tener importancia para los criterios rectores de injusto.



En el aspecto político criminal, el juicio de injusto se caracteriza por tres funciones: soluciona colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes, y sirve de enlace para las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas, y entrelaza el derecho penal con todo el ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas.

El injusto es modificación de un estado jurídicamente aprobado o producción de un estado jurídicamente desaprobado, no alteración jurídicamente desaprobada de un estado.

Por el contrario, la moderna teoría del delito, parte de la observación de que la antijuricidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado del delito, sino que también la forma de producción del estado jurídicamente desaprobado debe incluirse en el juicio de desvalor.

En el concepto de delito de desvalor de resultado sería, únicamente por ende, consiste en una condición objetiva de punibilidad.

El injusto no consiste solamente en relación existente entre la voluntad de la acción y mandato de la norma, sino también el daño social que por causa del hecho sufren el lesionado y la comunidad.

De esa forma, el hecho doloso tiene que equiparar la tentativa acabada a la consumación y en el hecho imprudente debería someterse a pena todo comportamiento descuidado.

Lo primero que se tiene que tomar en consideración de la esencia de la antijuricidad depende de forma decisiva de la posición que se adopte en cuanto a la cuestión de si las proposiciones jurídicas son normas de valoración, o de determinación o ambas cosas a la vez.

Una norma sería de valoración, si se limitase a expresar un juicio de valor, positivo o negativo, sin poner ningún imperativo concreto encaminado a su destinatario.

En cambio, norma de determinación quiere decir la expresión de un mandato o prohibición que trata a modo de imperativo o directivo de determinar la conducta del destinatario.

La norma jurídica con arreglo a la cual se mide la antijuricidad de una acción, es solamente una norma de valoración.

Para la misma, el legislador ordena la convivencia humana mediante la constatación por las normas jurídicas de los estados y acontecimientos que corresponden con el orden por el pensado para la colectividad, y de aquellos otros que se oponen a él.

En la concepción anotada, el derecho no es sino la suma de los juicios de valor con cuya ayuda se distingue el comportamiento jurídico del antijurídico.

Cualquier norma jurídica, es norma de carácter objetivo de valoración que permite enjuiciar el actuar del ser humano desde la perspectiva del orden comunitario.

El derecho, por ende no contiene imperativos que se encuentren dirigidos a los particulares, ya que solamente establece, un deber impersonal, al limitarse a caracterizar como deseables o indeseables ciertos estados y acontecimientos.

Como norma de determinación, en cambio, el derecho no tiene que hacer su aparición hasta el momento de la culpabilidad.

El orden jurídico penal se integra, de manifestaciones de voluntad del legislador, que se encargan de la imposición de un determinado comportamiento de parte de sus destinatarios.

Es preciso, por ende, concebir sus normas como proposiciones de deber que tienen que encaminarse a todos.

Las normas de carácter jurídico tienen que ser entendidas, como imperativos, sentido en el que de hechos se conciben parte de la colectividad.



Los imperativos de las normas, se dirigen a todos aquellos a los que afecta su contenido, sin la existencia de distinción de edad, salud, y cultura de los destinatarios de la norma.

Lo anotado, cuenta con consecuencias de importancia en relación a que las medidas asegurativas o educativas que el juez impone, no son disposiciones policiales que tienen que ser cometidas, sino que son sanciones que se asocian a un hecho antijurídico.

La norma jurídica, por ende, no tiene que concebirse solamente como norma de determinación, sino al mismo tiempo como norma de valoración debido a que vincula el mundo del pensar al mundo del actuar.

La pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para la conservación del orden jurídico y las medidas de seguridad son prevenciones legales.

Apreciar la función de sus ramas y disciplinas auxiliares es esencial, debido a que el derecho penal se relaciona con otras ramas y disciplinas auxiliares que como su nombre lo indica, auxilian en la aplicación y ejecutamiento de sus normas y es importante ya que sin la ayuda de ellas no se puede llevar a cabo el cumplimiento del derecho penal. Además, se encargan del estudio del nexo entre el delito y los factores que influyen en su producción.



3.3. Diversas escuelas

A continuación se dan a conocer y explican de manera breve diversas escuelas relacionadas con el delito.

a) Escuela clásica: se encarga de la elaboración de las distintas clasificaciones de los delitos.

Es esencial, la enunciación de las características del positivismo como corriente filosófica del derecho penal, valorando para el efecto las aportaciones relativas a sus doctrinas, pero debido al fracaso de la escuela positivista se buscó la formulación de un concepto sociológico.

Encuentra su fundamento, en bases científicas que corresponden a las ciencias de la naturaleza.

Además, es imposible concebir un conjunto de acciones que en todos los tiempos y en todos los países, hayan sido tomadas en consideración como delictuosos.

Se abandona el examen de los hechos universalmente castigados en todo tiempo y en todo lugar, y se acude al análisis de los sentimientos integrantes del sentido moral de las agrupaciones humanas.

Se llega a la conclusión de que solamente existen dos sentimientos fundamentales: la piedad y probidad, definiendo al delito como: "Ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de la piedad y la probidad en la medida en que son poseídos por un grupo social determinado".

Los delitos naturales son constitutivos de dos categorías:

- Ofensas al sentimiento de la piedad: en donde se abarcan todos aquellos actos, que tiendan a la producción de un mal físico en las personas; actos que producen a la vez un dolor físico y moral; y acciones que producen un dolor moral.

- Ofensas al sentimiento de la probidad: en donde existen agresiones violentas contra la propiedad; ataques a la propiedad sin violencia pero con abuso de confianza; y ataques directos a la propiedad y a los derechos civiles de las personas.

Además, existen hechos que, aunque no atacan ninguno de esos sentimientos, suponen la existencia de un peligro para la organización política del Estado y es lógico que se castiguen esos hechos como delitos. Los mismos ya no son delitos naturales, sino de carácter legal o de creación política.

Entre los mismos, se encuentra las acciones que van contra el Estado; las acciones que atacan al poder social sin un fin político; las acciones que atacan a la tranquilidad pública, a los derechos políticos de los ciudadanos o el respeto al pudor público; y las



transgresiones de la legislación particular de un país.

b) **Negación del libre albedrío:** esta escuela afirma que el hombre no escoge de forma libre y de manera consciente el mal sobre el bien, debido a que es un ente natural, y en algunas ocasiones con anormalidades que evitan su sano y libre discernimiento. Es de importancia, destacar en esta escuela de negación del libre albedrío en donde el ser humano no tiene la opción de poder elegir que la influencia de la misma dio origen a la teoría criminal, afirmando la existencia de hombres que nacen con la predisposición hacia su futura forma de comportamiento, de conformidad con sus características biológicas, antropológicas y psicológicas.

c) **Responsabilidad social:** a diferencia de la escuela clásica, la positivista manifiesta que la responsabilidad, lejos de ser de carácter moral, es de tipo social. La colectividad al tener en consideración la posible predisposición hacia el delito en determinados sujetos, tiene que tomar en consideración las medidas que sean necesarias para su prevención, y en un momento determinado defenderse.

d) **Delincuente:** el delito no es el centro de carácter principal, sino la persona que lo comete; y a su vez, el delincuente es el objeto de estudio, mientras que el delito es solamente la consecuencia. El método que se utiliza es el conocido como experimental. Después del estudio del delincuente o sujeto antisocial concreto, se llega a la conclusión y al desarrollo de varias hipótesis que señalan el comportamiento criminal del ser humano.

“A esta escuela no le preocupa tanto la clasificación de delitos como la de los delincuentes, con fundamento en su peligrosidad y características sociales y psicológicas, de las cuales existen diversas clasificaciones”.¹³

e) Pena proporcional al estado peligroso: en esta corriente lo que se niega es que la pena tenga relación o proporcionalidad directa con el delito, y además se asegura que tiene que ser proporcional al estado peligroso, y ello es independiente del tipo y de la gravedad del delito.

f) Prevención: de los postulados señalados anteriormente, se desprende claramente la importancia de la prevención del delito, que tiene que darse en lugar de la represión.

Los positivistas creen que, es conveniente prevenir, y aseguran que la medida de mayor importancia es la pena.

En vez de castigar se debe prevenir, y por ende, aplicar las medidas de seguridad para de esa forma evitar las penas. Se tienen que hacer diversas clasificaciones de las medidas de seguridad de conformidad con varios criterios, y se afirma que tiene que aplicarse la mayormente adecuada al caso, en virtud de la peligrosidad y caracterología específica del sujeto.

¹³ Santos, Julio. **La humanización del proceso penal**, una propuesta desde la victimología, pág 89.

3.4. El delito en el sistema tripartito

Es una acción humana, típicamente antijurídica y culpable, en donde existe la formación de la voluntad contra un deber de una persona y es reprochable a su autor.

El juez imputa a su autor, como consecuencia de haber formado su voluntad contra un deber impuesto por una persona. No existen términos psicológicos, ya que se relaciona con la culpabilidad normativa.

Existen dos formas de actuar de forma culpable:

a) Dolo: es la voluntad de obrar, de conformidad con los elementos del tipo y de esa forma tener conocimiento de ello, así como también conciencia de que se obra de manera antijurídica.

b) Imprudencia: incurre en un error, en una falta de cuidado, debido a que se ha infringido un deber de cuidado.

“La concepción neoclásica, es dominante y por eso surgen objeciones político criminales, ya que existe indiferencia de la dogmática del derecho público frente a la transformación de la sociedad, debido al relativismo valorativo del concepto del delito neoclásico”.¹⁴

¹⁴ **Ibid**, pág 99.



3.5. El delito en el sistema de bipartición

De conformidad con esta concepción, la noción tripartita no puede ser aceptada, sobre todo por el hecho de considerar la antijuricidad como un elemento del delito. De acuerdo a estos partidarios, la antijuricidad no puede tomarse en cuenta como un elemento más junto a la acción o al hecho humano y la culpabilidad.

En la misma, se encuentra un elemento objetivo consistente en el hecho material o comportamiento exterior del hombre; y un elemento subjetivo, relativo al hecho material o comportamiento exterior del ser humano, debido a que la actitud de la voluntad da origen al hecho material, o sea a la voluntad culpable.

La antijuricidad para esta concepción no es un elemento del delito. Es, la esencia misma de la naturaleza intrínseca.

3.6. Formas de hechos punibles

El delito es un hecho jurídico, o sea, un hecho que tiene importancia jurídica, debido a que el mismo derecho le atribuye diversas consecuencias jurídicas.

Surgen en el mismo derecho para el agraviado y para el Estado, como el persecutor de los delitos, y también surge la pérdida de derechos para el delincuente.



Es una acción, un obrar con efectos comprobables en el mundo exterior, y no una sencilla declaración de voluntad; y es, además, una acción voluntaria y consciente, y por ende imputable, es decir, referible al sujeto activo como suya. Ello, da lugar a la clasificación de los diversos tipos de delitos:

a) Delitos de acción: son aquellos que se cometen mediante una conducta de carácter positiva, es decir de un hacer.

b) Delitos por omisión: son los que se ejecutan mediante un comportamiento negativo, un no hacer determinada obligación o bien no ejecutar la acción. También, existen delitos, que debido a su índole estructural, exigen para su existencia la incidencia de una acción y luego de una omisión.

Son delitos que no necesitan de un resultado material, ya que la sola conducta del sujeto que los lleva a cabo, es la que se perfecciona con el cumplimiento de un determinada acción u omisión, cuyas consecuencias son la falta de observación de una obligación o de un deber, pero cuyo resultado no se manifiesta en el mundo físico de un hecho, que es de momento perceptible.

c) Delitos de resultado: son los que para su consumación exigen, además de que la conducta del sujeto activo sea producida con efectos distintos a la omisión, el resultado en esos delitos sea físico y en el mundo real. Los delitos se clasifican de esa forma debido a que se atiende a la estructura exterior de los mismos.



- d) Delitos de daño: necesitan para su perfeccionamiento jurídico que el bien que haya sido tutelado, sea jurídicamente protegido, destruido o disminuido.

- e) Delitos de peligro: solamente es necesario que el bien jurídico sea amenazado al llevarse a cabo la conducta, acción u omisión con la causación de un daño o peligro inminente, determinado y grave.

- f) Delitos instantáneos: son aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan tipificados, sin que se necesite una acción posterior para su continuidad o vigencia.

- g) Delitos permanentes: son los que se caracterizan debido a que el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que a su vez se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto.

Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, sea proveniente de la conducta del sujeto activo de forma continua, o sea, que no se agote en solo instante, sino que prosiga durante un determinado tiempo; y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta de carácter voluntario del sujeto, que prosigue con ella de forma ininterrumpida después de la realización del hecho que constituye el delito.

En dicho orden de ideas, atendiendo a la duración de las consecuencias del delito, éstas son de carácter permanente, o sea, que existen delitos instantáneos y delitos permanentes, en relación a los actos cuya característica es la duración de las consecuencias del delito.

Dentro de las especies del delito, que por ser varias, de conformidad con los fines que se busquen para su tipificación, o de acuerdo al bien jurídico que tutela la ley, entre otros aspectos, se encuentran los delitos y las faltas.

Existe delito siempre que se lleve a cabo la conducta que se encuentra prevista y sancionada por la ley penal o alguna otra ley especial; y existe falta, no obstante cuando una conducta es contraria a la ley y sancionada por esta misma, en donde la sanción es aplicada por una autoridad o un órgano diferente al poder judicial.

De conformidad con la intención con que se comete o lleva a cabo la acción que da origen al delito, se encuentran delitos con intención o dolosos, culposos o contra la intención y aquellos que son cometidos más allá de la intención o preterintencionales.

Si se desea llevar la acción u omisión para la comisión del delito y se ha previsto el resultado, se está ante un delito doloso.

En tanto, que si se deseaba realizar la acción u omisión, pero no el resultado del delito, se trata de un delito culposo.

Y cuando se ha deseado llevar a cabo la acción u omisión y no el resultado como consecuencia, en su integridad, sino un efecto que sea menos grave, entonces se trata de un delito preterintencional.

“Los delitos tipo, o también simples o netos, son aquellos que se presentan en su misma forma legal, sin más características que sus elementos esenciales; y los delitos circunstanciados son los que además de contar con los elementos esenciales, se presentan acompañados de circunstancias o accidentes a sus elementos. Por su efecto, los delitos se consideran simples y complejos, formales y materiales, de lesión y de peligro”.¹⁵

Dentro de los individuos que intervienen en la preparación del delito, la comisión del mismo y el encubrimiento después de su perpetración, no forma parte del delito, aunque sí muy íntimamente relacionados, ya que el delito será tipificado conforme a las circunstancias en que sea cometido, las que influyen en la sanción que les sea impuesta a los delincuentes.

El delito como figura principal del derecho penal, es la que le da contenido a éste, pues el objeto principal de su materia a estudio, con todas las características que el mismo envuelve.

¹⁵ Roxin. **Ob. Cit.**, pág 122.

El delito es una conducta típica, acción u omisión, antijurídica y culpable, añadiéndose frecuentemente que, además sea punible.

La tipicidad es la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal o penal.

El tipo determinará lo que es o no es relevante para el ordenamiento jurídico-penal.

Los elementos que integran cualquier tipo penal son la acción, los sujetos y el objeto.

La acción puede ser comisiva u omisiva, es el comportamiento en sentido amplio y por lo tanto, comprensivo de conductas activas y omisivas.

Los sujetos son el tipo penal que supone la presencia de un sujeto activo y de un sujeto pasivo.

El sujeto activo es quien realiza el tipo, pudiendo serlo sólo las personas físicas. El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por el delito.

El objeto material sobre el que recae físicamente la acción típica es el objeto del delito. No hay que confundir, por lo tanto lo que es el objeto de la acción con el objeto jurídico del delito.

Los delitos de resultado requieren que la acción vaya seguida de un resultado.

El delito permanente, supone el mantenimiento de una situación antijurídica en el tiempo por la voluntad del autor, por ejemplo, en las detenciones ilegales, el delito se

sigue consumando hasta que cesa la detención ilegal. Por último en el delito de estado, la consumación cesa desde la aparición de éste, pues el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento.

Los delitos de medios determinados serían la estafa, puesto que se exige que la acción se concrete en forma de engaño; el robo con fuerza en las cosas. Por el contrario, en los delitos resultativos, el tipo no limita las posibles modalidades de la acción, basta con que sean idóneas para la producción del resultado, Así sucede en los delitos contra la vida, o la integridad corporal.

Los delitos de mera actividad se caracterizan porque no existe resultado. Es decir, que la mera acción consume el delito. La mayor parte de los delitos son delitos de mera actividad.

Los delitos de comisión se realizan una conducta prohibida por su nocividad, infringen una norma prohibitiva. Son delitos de comisión todos los consistentes en un hacer, lesionar, robar, etc.

Los delitos de omisión consisten en que el sujeto se abstiene de realizar una conducta ordenada por la norma, infringen una norma preceptiva o de mandato. Los delitos de omisión consisten en no prestar auxilio, no cumplir con los deberes de asistencia de familia.

Según el número de acciones el delito puede ser el que describa a) una acción; b) una pluralidad de acciones; o c) varias alternativas; el delito será de a) un acto; b) de



pluralidad de actos; o c) alternativo.

Delitos de un acto, lo constituye el hurto consistente en el apoderamiento; de pluralidad de actos, el robo que implica la acción del apoderamiento más el ejercicio de violencia sobre las personas o cosas; y delitos con tipo alternativo, la violación de domicilio, que prevé dos conductas alternativas, entrar en morada ajena o mantenerse en ella contra la voluntad de su dueño.

Por los sujetos pueden ser por las cualidades personales exigidas: Delitos comunes, y delitos especiales.

Los delitos comunes pueden ser cometidos por cualquier sujeto.

Los delitos especiales pueden ser realizados sólo por algunos sujetos. En estos delitos se exigen la concurrencia de determinadas cualidades personales en el sujeto activo, por ejemplo, ser funcionario público, estar en posición de garante, ser padre, etc.

En los delitos especiales propios se prevé sólo como posibles sujetos activos a personas especialmente cualificadas, de forma que esa conducta realizada por otra persona nunca les convertirá en autores del delito.

Los delitos especiales impropios tiene correspondencia con un delito común, pero su realización por sujetos cualificados hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto.



Por la intervención personal pueden ser delitos de propia mano. La especificidad de estos delitos reside en que el sujeto activo tiene que realizar personal o físicamente el tipo penal.

Los delitos simples son aquellos cuando se protege un bien jurídico, como por ejemplo en el delito de homicidio la conducta sólo afecta a la vida.

Los delitos compuestos son aquellos cuando se protege varios bienes jurídicos, como por ejemplo en el delito de extorsión, la conducta típica lesiona dos bienes jurídicos, la libertad y el patrimonio.

Los delitos por la proximidad de la amenaza son aquellos que pueden ser delitos de lesión y delitos de peligro concreto.

Los delitos de lesión son aquellos en los que se menoscaba o lesiona el bien jurídico protegido en el tipo. Son todos los delitos contra la vida y la integridad corporal.

Los delitos de peligro concreto son aquellos en los que la consumación del tipo exige la creación de una situación de peligro efectivo, concreto y próximo para el bien jurídico. Por ejemplo se encuentra el delito contra el medio ambiente, que ponga en riesgo de grave perjuicio para la salud.

Es importante distinguir de los delitos de peligro concreto los de peligro abstracto, éstos constituyen un grado previo respecto de los delitos de peligro concreto.



Por ejemplo, es un delito de peligro abstracto conducir un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes.

Es antijurídica la conducta típica que no puede justificarse. Es la conducta que contradice a todo el ordenamiento jurídico.

Es conveniente precisar que no todas las conductas coincidentes con el supuesto de hecho típico están prohibidas penalmente, pues algunas se realizan bajo condiciones, que reciben el nombre de causas de justificación.

Por agresión se entiende cualquier ataque a bienes jurídicos o derechos cuyo titular sea una persona: la vida, la salud, pero también el honor, la intimidad o la propiedad. La agresión debe ser, además ilegítima.

Ello quiere decir que debe reunir los caracteres de una conducta prohibida por el derecho penal, ya que es el desvalor intrínseco a ella lo que justifica su neutralización por la víctima.

La culpabilidad se estructura sobre la base de la motivación normativa del sujeto responsable de un hecho antijurídico.

Uno de los elementos de la culpabilidad es, junto a la imputabilidad y la exigibilidad de un comportamiento diferente, el conocimiento que el sujeto posee de la prohibición, esto es, la conciencia de la antijuricidad.

El tipo de injusto doloso es el conjunto de conductas lesivas de los bienes jurídicos se pueden distinguir dos clases distintas.

Ello, según sean la actitud del sujeto respecto del bien jurídico y la dirección de su voluntad.

En un primer grupo de casos, el autor es plenamente consciente de que con su actuar lesiona el bien jurídico y actúa de ese modo porque lo que quiere es lesionarlo.

En otro grupo de casos, el autor ni busca ni pretende lesionar el bien jurídico, pero su forma de actuar arriesgada y descuidada produce su lesión.

Ambas conductas son estructuralmente diferentes, pues las dolosas son conductas dirigidas por la voluntad contra la propia norma de prohibición a atentar contra el bien jurídico de que se trate y las conductas imprudentes se limitan a desconocer la norma de cuidado.

La mayor parte de los delitos de la Parte especial son delitos dolosos, es decir, delitos cuyo tipo objetivo, constituido por la descripción de sujeto, la acción y sus características, sus circunstancias, el resultado lesivo, etc. se complementa con el elemento subjetivo del dolo, o sea, por la conciencia del autor de todos esos elementos y circunstancias y la voluntad de realizar la conducta y producir el resultado.

El dolo es el elemento subjetivo del tipo doloso.

Dolo es la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente



en la figura delictiva.

Dolo directo es cuando el resultado típico o la acción típica es el objetivo perseguido por el sujeto; por ejemplo en el homicidio, lo que quiere es matar a otro y lo mata.

CAPÍTULO IV

4. El delito de juegos ilícitos regulado en la legislación penal de Guatemala

Desde tiempos remotos, se distingue entre juegos lícitos e ilícitos. Se consideran ilícitos aquellos en los que la ganancia o pérdida depende total o casi totalmente de la suerte, envite o azar, sin que influya en ellos la natural y lícita habilidad del juzgador.

4.1. Regulación legal

El Artículo 477 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Juegos ilícitos. Los banqueros, administradores, empresarios, gerentes o demás personas encargadas y los dueños de casas de juegos de suerte, envite o azar, serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de un mil a diez mil quetzales”.

4.2. Elementos y sujetos

Los sujetos activos del delito de juegos ilícitos son los banqueros, administradores, empresarios, gerentes y encargados o dueños de casas de juegos, suerte, envite o azar.

El delito en estudio, es un delito de peligro, no de resultado y se configura con el hecho de ser banquero o dueño de casa de juegos de suerte, envite o azar.

El elemento interno se encuentra constituido por la conciencia de la prohibición de juegos de suerte, envite o azar, por la conciencia de que los juegos que se practican en la casa, son ilícitos.

4.3. Asistencia a juegos ilícitos

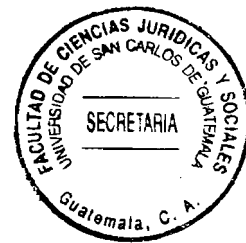
En el Artículo citado se sanciona a las personas que concurrieren a las casas de juegos de suerte, envite o azar.

En el delito de juegos ilícitos el sujeto activo puede ser cualquier persona y el hecho se constituye por la asistencia a las casas de juegos, de suerte, envite o azar.

“Por casas de juego se entiende generalmente los lugares habitualmente y por especulación destinados a los de suerte, envite o azar, en la jurisprudencia sentada acerca de ellas destaca la nota de habitualidad. Es indiferente, para la existencia del delito que sean casas públicas o privadas”.

Esos juegos son aquellos que no dependen de la destreza de quien los ejecuta sino de la suerte, se consuma con la simple asistencia a las casas de juegos aunque se ha dicho que para que se consume el delito es preciso jugar.

El elemento intencional está integrado por la conciencia de que se asiste a una casa de juegos de suerte, y la voluntad de realizar el hecho a pesar de ese conocimiento.



4.4. Causas de inimputabilidad

El Artículo 23 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “No es imputable:

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

4.5. Causas de justificación

El Artículo 24 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son causas de justificación:

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

- a) Agresión ilegítima.
- b) Necesidad racional del medio empleado para 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 pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la



inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

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

Estado de necesidad: quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro. Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

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

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

Legítimo ejercicio de un derecho: 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”.

4.6. Causas de inculpabilidad

El Artículo 25 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: Son causas de inculpabilidad:

Miedo invencible: ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o



mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.

Fuerza exterior: ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él.

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

Obediencia debida: ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:

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

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

4.7. Circunstancias atenuantes

El Artículo 26 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica: las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

Exceso de las causas de justificación: el exceso de los límites establecidos en las

causas de justificación.

Estado emotivo: obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebató u obcecación.

Arrepentimiento eficaz: si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Reparación de perjuicio: si el delincuente, a criterio del tribunal ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia.

Preterintencionalidad: no haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.

Presentación a la autoridad: si, pudiendo el imputado eludir la acción de la justicia por fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad.

Confesión espontánea: la confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración.

Ignorancia: la falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución.

Dificultad de prever: en los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever.

Provocación o amenaza: haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito.

Vindicación de ofensa: 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. Se entiende por vindicación



próxima la que se ejerce consecutivamente a la ofensa, o cuando no ha habido el tiempo necesario para la reflexión.

Inculpabilidad incompleta: las expresadas en el Artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos.

Atenuantes por analogía: cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores”.

4.8. Circunstancias agravantes

El Artículo 27 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son circunstancias agravantes:

Motivos fútiles o abyectos: haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos.

Alevosía: 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.

Premeditación: 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.

Medios gravemente peligrosos: 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.

Aprovechamiento de calamidad: aprovechar para la ejecución del delito, que ocurra o haya ocurrido un ciclón, terremoto, inundación, naufragio, incendio, descarrilamiento, alteración del orden público o cualquier otro estrago o calamidad pública.

Abuso de superioridad: abuso de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima.

Ensañamiento: aumentar, deliberadamente los efectos del delito, causando otros innecesarios para su realización o emplear medios que añadan la ignominia a la acción delictual.

Preparación para la fuga: ejecutar el hecho empleando vehículo o cualquier medio, modo o forma que asegure la fuga del delincuente.

Artificio para realizar el delito: cometer el delito empleando astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente.

Cooperación de menores de edad: cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad.

Interés lucrativo: cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

Abuso de autoridad: 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.

Auxilio de gente armada: ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

Cuadrilla: ejecutar el delito en cuadrilla.

Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas.

Nocturnidad y despoblado: ejecutar el delito de noche o en despoblado, ya sea que se elija o se aproveche una u otra circunstancia, según la naturaleza y accidente del hecho.

Menosprecio de autoridad: ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad pública o en lugar en que ésta éste ejerciendo sus funciones.

Embriaguez: embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito.

Menosprecio al ofendido: 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 de hecho.

Vinculación con otro delito: ejecutar el delito para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para impedir su descubrimiento.

Menosprecio del lugar: ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando este no haya provocado el suceso.

Facilidades de prever: en los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.

Uso de medios publicitarios: 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.

Reincidencia: 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.

Habitualidad: la de ser el reo delincuente 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”.

4.9. Estudio dogmático y legal del delito de juegos ilícitos que regula la legislación penal guatemalteca

En la actualidad se han experimentado grandes cambios económicos, sociales y culturales. La difusión de las ideas ilustradas y el gran auge económico, entre otras cosas, han producido un relajamiento de costumbres.

“A partir del siglo XVIII aparece una separación clara entre las diversiones de élite y las populares. Con la reforma del teatro se pretendía controlar uno de los medios de expresión y difusión ideológica de mayor alcance en el siglo señalado”.¹⁶

Los ilustrados pensaban que las representaciones teatrales bajo control de las autoridades eran un medio ideal para congregar a los ociosos, alejándolos de otras diversiones mayormente perniciosas. El teatro era una recreación ordenada y honesta,

¹⁶ **Ibid**, pág 135.

el medio adecuado para reformar las costumbres y transmitir los principios morales y formas de comportamiento acordes con su política.

Además, del teatro, también fue reglamentando todas las otras diversiones públicas, los toros, las comedias, el juego de pelota y se hicieron reformas urbanas, dictando para el efecto una serie de medidas para controlar las manifestaciones populares durante las procesiones, en los paseos, los cafés y las peluquerías.

Los juegos de azar no pudieron pasar desapercibidos, en ese afán de reformar las diversiones de conformidad con lo señalado. De esa forma, surgieron bandos en contra de los juegos prohibidos.

La inclinación a los juegos de azar es tan vieja, como la humanidad misma y se ha dado en todo tipo de sociedades.

“No puede la naturaleza humana dedicarse continuamente a solo los serios y penosos asuntos propios del estado de cada individuo, sin mezclar algún tiempo de suspensión y descanso entre sus tareas y decaería muy en breve el ánimo de éstos si jamás levantasen la mano de un trabajo intenso. Para continuar su desempeño, pueden lícitamente usar algunas recreaciones que reparen la decadencia de su espíritu, en los intermedios que aquellos les permitan, pero con la moderación debida del sueño, alimento y otras cosas necesarias a la conservación de su vida”.¹⁷

¹⁷ **ibid**, pág 167.



Incurrir en el delito de juegos ilícitos los dueños y banqueros de casas en las que se practique esta actividad y los jugadores que concurren a ellas. Además, se denomina casa pública o privada al lugar que se destina de forma habitual a juegos prohibidos.

Pero, el juego de azar en casas particulares, practicado más o menos accidentalmente, en cantidad que no comprometa la situación económica del jugador ni de su familia, es lícito.

Por dueño de casa de juego, se conoce a la persona individual o colectiva que establece, consiente o fomenta el juego en el local sometido a su disposición, dirección o gerencia. Basta con que sea simplemente arrendatario del local, si con su anuencia o consentimiento, se practica el juego.

Banquero es el que asume la dirección del juego tomando la banca. Son jugadores los que participan directamente, pues lo que castiga el derecho es la actividad del azar ilícito, no alcanzando la responsabilidad a los que están de espectadores.

La reincidencia específica en esta actividad, personalizada en la figura del jugador profesional, implica una especial peligrosidad, por la dificultad de corregir ese hábito, lo cual hace que se apliquen medidas preventivas de seguridad a estos sujetos. Si en el juego ilícito se hace uso de engaño o fraude para asegurar la suerte, el delito concurre con el de estafa.

Los juegos de azar se consideran una gran plaga social. Las bebidas y juegos de albuces, bancas y bisbises que se franquian en todas partes, sin temor de la justicia ni respeto alguno de los bandos prohibitivos publicados en diversos tiempos con el fin de contener los gravísimos y perniciosísimos efectos que resultan del imponible abuso de estos dos manantiales de vicios y delitos.

La prohibición de los juegos de azar se explica debido a que efectivamente se perturba el orden social, y se juegan grandes cantidades lo que ocasionaba la ruina de las familias y la desunión de éstas. Muchas personas no acuden al trabajo por pasarse el día en las casas de juego o en pulquerías o vinaterías donde también se juega.

El juego es un vicio destructor de las cosas y de las familias, fomento de la ociosidad y de la holgazanería, origen y principio de otros males.

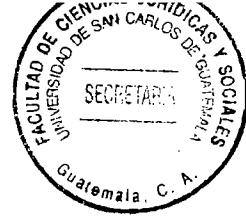


CONCLUSIONES

1. La falta de objetivización del delito de juegos ilícitos como manifestación de un hecho delictivo previsto en la ley penal en donde se regula una sanción prevista en la misma ley penal, no ha permitido la inhibición al individuo de la comisión de las conductas delictivas relacionadas con la participación delictual en actividades ilícitas.
2. La clasificación del delito de juegos ilícitos en la legislación penal guatemalteca no es únicamente con fines didácticos o teóricos, sino de índole práctico, para que su ubicación sea posible dentro de los parámetros que ordenan su persecución, así como la gravedad que les asigna la ley en relación a las consecuencias jurídicas para la sociedad y la afectación del bien jurídico protegido por la ley penal.
3. Las penas impuestas al delito de juegos ilícitos regulado en la legislación penal guatemalteca no han servido para que exista restricción a la gran afición que existe por los juegos de azar, y ello permite que los banqueros, administradores, empresarios, gerentes y demás personas lleven a cabo la comisión del delito sin la existencia de temor alguno.
4. No se han tomado las más severas medidas de corrección y castigo a quienes cometen el delito de juegos ilícitos en la sociedad guatemalteca, no se castiga



severamente a quienes cometan el delito en estudio y ello ha permitido un elevado nivel de corrupción al no existir la debida vigilancia a la comisión de lo juegos prohibidos.

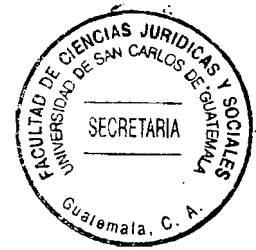


RECOMENDACIONES

1. El Organismo Judicial, tiene que señalar que no esta calificando la conducta tipificada en el delito de juegos ilícitos como manifestación de un hecho delictivo que se encuentra previsto en la normativa penal, para que así se pueda regular una sanción en la ley penal y se pueda limitara al individuo de cometer actos delictivos que se relacionen con los juegos ilícitos.
2. Los jueces de primera instancia penal, deben evaluar el delito de juegos ilícitos en la normativa penal del país, no únicamente con finalidades teóricas y didácticas, sino también de índole práctico, para ubicar al delito dentro de parámetros para que se ordene su persecución y se pueda determinar la gravedad de mismo al determinar sus consecuencias jurídicas para la sociedad y su afectación al bien jurídico protegido.
3. El Ministerio Público, tiene que determinar que las penas impuestas al delito de juegos ilícitos que regula el Código Penal de Guatemala no ha servido para restringir la afición por los juegos de azar, permitiendo que los banqueros, administradores, empresarios, gerentes y demás personas puedan cometer el delito sin temor alguno.
4. El gobierno de Guatemala, tiene que indicar que no se aplican las medidas severas correctivas y de castigo a quienes cometan el delito de juegos ilícitos en



el país para así castigar a quienes cometan el delito en análisis, para que se pueda eliminar los elevados índices de corrupción que provocan los juegos ilícitos al no existir una adecuada vigilancia al ser cometidos.



BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. UNED, 1998.

CÓRDOBA ANGULO, Miguel. **El principio de culpabilidad.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Universitaria, 1993.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1988.

CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1954.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy.** Madrid, España: Ed. Jurídicas, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teorías del garantismo penal.** Madrid, España: Ed. Trotta, 1997.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abellido Perrot, 1970.

GUTIÉRREZ PAEZ, Estuardo. **Los derechos humanos.** México, D.F.: Ed. Temis, 1989.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. **Introducción a la imputación objetiva.** Bogotá, Colombia: Ed. Universitaria, 1996.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.



SALAZAR, Ana Estela. **De la dignidad de la persona y la autodeterminación.** Madrid, España: Ed. Universidad de Extermadura, 1995.

SANTOS, Julio Andrés. **La humanización del proceso penal, una propuesta desde la victimología.** México, D.F.: Ed. Legis, 2003.

Legislación:

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

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

Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.