

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

**IMPORTANCIA DE LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ASESINATO COMETIDO  
POR EL MENOR DE EDAD EN IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS DEL MAYOR DE  
EDAD**

**HELLEN PAOLA MIJANGOS RIVERA**

**GUATEMALA, AGOSTO DE 2012.**

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

**IMPORTANCIA DE LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ASESINATO COMETIDO  
POR EL MENOR DE EDAD EN IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS DEL MAYOR DE  
EDAD**

**TESIS**

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

Por

**HELLEN PAOLA MIJANGOS RIVERA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, agosto de 2012

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

DECANO:	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 Diéguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic. Belter Rodolfo Mancilla Solares
Secretario:	Lic. Jaime Amílcar González Dávila
Vocal:	Lic. Obdulio Rosales Dávila

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Omar Rafael Ramírez Corzo
Secretario:	Licda. Gloria Melgar de Aguilar
Vocal:	Lic. Guillermo Díaz Rivera

**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).

**ADA HAYDE CANTE AROCHE**  
**ABOGADA Y NOTARIA**



Edificio Centroamericano  
7ª Av. 7-78 Z.4 NIVEL 3  
TELS: 23615990, 23313891  
GUATEMALA, C.A.

Guatemala, 06 de julio de 2009.

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín,  
Jefe de la unidad de Asesoría de Tesis  
De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
De la Universidad de San Carlos de Guatemala.



Estimado Licenciado Castillo:

Conforme providencia de esa Jefatura de fecha 3 de junio de 2010, emitida por esa casa de estudios procedí a ASESORAR la tesis de la estudiante HELLEN PAOLA MIJANGOS RIVERA, titulada "IMPORTANCIA DE LA PENALIZACION DEL DELITO DE ASESINATO COMETIDO POR EL MENOR DE EDAD EN IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS DEL MAYOR DE EDAD" por lo que hago de su conocimiento:

I). Que la tesis en mención tiene un carácter científico y técnico, el primero porque se aplica la Ciencia Jurídica en la materia al tratar de que se aplique la misma pena del delito de Asesinato para el menor de edad y mayor de edad, que es lo que se pretende; y el segundo porque la creación de la misma llena los requisitos que establece la ley de la materia.

II). Los métodos Inductivo y Deductivo se aplicaron al extraer los análisis de los hechos generales, para llegar a conclusiones particulares y viceversa. La técnica de la investigación documental se aplica mediante el análisis de las doctrinas y teorías de diferentes juristas.

III) La Contribución Científica que se aporta es de verdadera importancia ya que se pretende dar solución al problema en el que la pena para el menor de edad impuesta por el delito de Asesinato es menor a la del mayor de edad, la cual debería ser en igualdad de circunstancias.

IV) Las conclusiones recomendadas y Bibliografía utilizada se ajusta al trabajo de investigación.

En virtud de lo anteriormente expuesto, apruebo el trabajo que he asesorado y en consecuencia rindo DICTAMEN FAVORABLE, ya que el mismo cumple con los requisitos que exige el artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el examen general y público.

Atentamente,

Ada Hayde Cante Aroche  
ASESORA. Colegiada 8915

Licenciada  
Ada Hayde Cante Aroche  
Abogada y Notaria

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MIGUEL ANGEL MORALES CIFUENTES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante HELLEN PAOLA MIJANGOS RIVERA, Intitulado: "IMPORTANCIA DE LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ASESINATO COMETIDO POR EL MENOR DE EDAD EN IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS DEL MAYOR DE EDAD".

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

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



cc.Unidad de Tesis  
MTCL/slh.



**MIGUEL ANGEL MORALES CIFUENTES**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

7ª. Av. 7-78, Zona 4, Edificio Centroamericano,  
Tercer nivel, oficina 301.  
Tels: 23318057-23601767  
Guatemala, C.A.

Guatemala, 11 de Noviembre de  
2011.

Lic. Carlos Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad.



Distinguido Licenciado Castro:

Al saludarlo con muestras de mi consideración, me refiero a la providencia de fecha tres de agosto del dos mil diez, por medio de la cual se me designó como revisor del trabajo de tesis de la Bachiller HELLEN PAOLA MIJANGOS RIVERA, titulado **IMPORTANCIA DE LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ASESINATO COMETIDO POR EL MENOR DE EDAD EN IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS DEL MAYOR DE EDAD.**

Después de su revisión formulé algunas observaciones de forma y fondo a la sustentante quien procedió a realizar las adiciones y supresiones a efecto de mejorar su contenido sin variar su hipótesis.

Con base a lo anterior puedo informarle lo siguiente:

1. La tesis planteada por la sustentante enfoca desde la perspectiva doctrinaria y legal el tema de la penalización de un delito grave, como lo es el asesinato, cometido por menores de edad, equiparándolo al ilícito cometido por un adulto, considerando que es de contribución científica por su contenido especialmente para



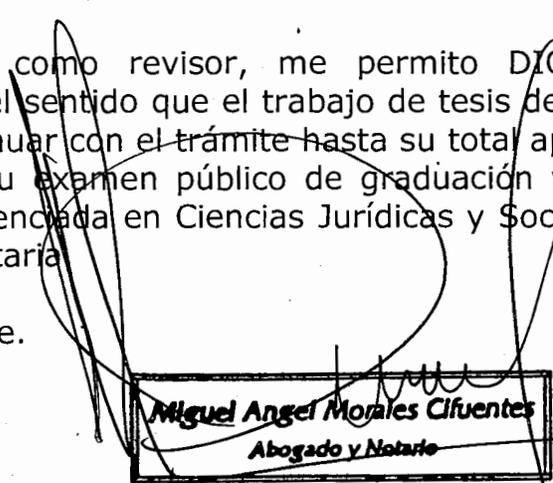
Abogados, científicos de áreas sociales y estudiantes de la carrera de Abogacía y Notariado.

2. El referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, cumpliendo todos los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura y del Examen General Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos De Guatemala, en el presente dictamen se determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en el artículo 32 de dicho Reglamento.

La investigación de mérito, se fundamenta en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el sentido que la sanción de privación de libertad en centro especializado de cumplimiento durará un período máximo de seis años para adolescentes entre los quince y los dieciocho años, y de dos años para adolescentes con edades entre los trece y los quince años.

3. El contenido del presente trabajo se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación.
4. En consecuencia, al haberse cumplido con los requisitos correspondientes, resulta procedente emitir el presente dictamen favorable, aprobando el trabajo de tesis que se me encomendó revisar.
5. Por todo lo anterior, como revisor, me permito DICTAMINAR FAVORABLEMENTE, en el sentido que el trabajo de tesis de grado de la autora, amerita continuar con el trámite hasta su total aprobación, para ser discutido en su examen público de graduación y optar el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos de Abogada y Notaria.

De usted, atentamente.

  
**Miguel Angel Morales Cifuentes**  
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala

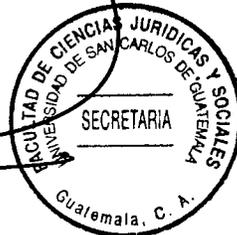
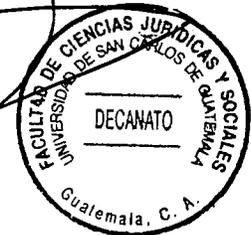


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de abril de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante HELLEN PAOLA MIJANGOS RIVERA titulado IMPORTANCIA DE LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ASESINATO COMETIDO POR EL MENOR DE EDAD EN IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS DEL MAYOR DE EDAD. 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/sllh.





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por su infinita gracia, amor, sabiduría y por permitirme alcanzar siempre mis metas.
- A MIS PADRES:** German Mijangos, que en paz descansa y a mi querida madre, Teresita de Mijangos, por todos los años de apoyo, ejemplo, amor y paciencia.
- A MI ESPOSO:** Juan Carlos, por apoyarme incondicionalmente todos estos años.
- A MIS HIJOS:** Carlos David y Danielita, quienes son la fuente de mi inspiración para superarme, gracias por existir, los amo.
- A MIS HERMANAS:** Karen y Andrea, quienes han sido parte fundamental en mi vida. Gracias por el apoyo.
- A MIS AMIGOS:** Adita Canté, Daniel Contreras, Ingris Canté, Irvin, Pamela, Gerbert, Carlitos, por su amistad tan valiosa para mí.
- A:** La única en el mundo, honorable, prestigiosa, gloriosa y tricentaria Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. En agradecimiento por mi formación académica.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. El Estado.....	1
1.1. Elementos del Estado.....	3
1.1.1. Población o elemento humano.....	3
1.1.2. Territorio.....	6
1.1.3. Poder soberano.....	7
1.1.4. Orden jurídico.....	10
1.1.5. Bien público temporal.....	14
1.2. Personalidad jurídica del Estado.....	15
1.2.1. Teorías positivas y negativas.....	15
1.3. Poder punitivo del Estado.....	18

### CAPÍTULO II

2. Derecho Penal.....	19
2.1. Definición.....	19
2.2. Definición de delito.....	21
2.3. Elementos del delito.....	22
2.4. Concepto de autor.....	35
2.5. La autoría mediata.....	40

### CAPÍTULO III

Pág

3.	Asesinato.....	45
3.1.	Antecedentes.....	45
3.2.	Regulación legal.....	46
3.3.	Naturaleza de las circunstancias agravantes del asesinato.....	51
3.4.	Elementos comunes con el homicidio.....	52
3.5.	Penalización del delito de asesinato para menores de edad.....	53
3.6.	Penalización del delito de asesinato para mayores de edad.....	54

### CAPÍTULO IV

4.	Análisis parcial del Código Penal y de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	55
4.1.	Proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal.....	57
4.2.	Órganos jurisdiccionales competentes en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal.....	61
4.3.	Principios del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal.....	61
4.4.	Análisis del Artículo 132 del Código Penal.....	66
4.5.	Análisis del Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	67
4.6.	Consideraciones del derecho penal de menores en el derecho comparado.....	69
4.7.	Acerca del derecho penal de menores.....	75
	CONCLUSIONES.....	79
	RECOMENDACIONES.....	81



Pág

83

BIBLIOGRAFÍA.....



## INTRODUCCIÓN

El presente estudio es de singular valor en el derecho penal, porque se refiere a la **IMPORTANCIA DE LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE ASESINATO COMETIDO POR EL MENOR DE EDAD EN IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS DEL MAYOR DE EDAD**, por lo que me interesé en estudiar este tema por su importancia en el derecho.

El tema objeto de estudio fue seleccionado porque de la comisión de asesinatos por menores y mayores de edad, no existe diferencia en la saña y perversidad brutal con que se cometen.

La hipótesis formulada oportunamente indica: Se considera importante efectuar el estudio de la penalización del delito de asesinato cometido por el menor de edad en igualdad de circunstancias del mayor de edad.

El presente trabajo de investigación se justifica porque se considera procedente aplicar las penas contenidas en el Código Penal a los menores de edad que cometen el delito de asesinato.

La problemática de este estudio, se deriva de la necesidad de reformar el Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, a efecto se incluyan penas de prisión para menores de edad, que cometen el delito de asesinato en igualdad de condiciones para adultos, como lo establece el Artículo 132 del Código Penal.



La definición del problema se incluyó de la siguiente forma: Se considera importante condenar con penas de prisión en el delito de asesinato a menores de edad como lo establece el Código Penal en igualdad de condiciones para adultos.

Se formularon los siguientes objetivos: General. Regular la penalización del delito de asesinato cometido por el menor de edad en igualdad de circunstancias del mayor de edad. Específicos: Determinar la contradicción que existe del Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, con el Artículo 132 del Código Penal, en cuanto a las penas de prisión por el delito de asesinato se refiere. Efectuar un análisis jurídico de los Artículos 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, comparándolo con el Artículo 132 del Código Penal. Aplicar penas de prisión para menores de edad infractores de la ley penal, de acuerdo al daño causado a la víctima.

El presente estudio se encuentra contenido en cuatro capítulos de la siguiente forma: El capítulo I se refiere al Estado; el segundo al Derecho Penal; el tercero contiene el delito de asesinato y el capítulo cuarto contiene el análisis del Código Penal y de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

En cuanto a la metodología se utilizaron los siguientes: Método inductivo, método deductivo, método analítico, método sintético y método jurídico. Las técnicas empleadas son: Técnicas bibliográficas y documentales, técnicas estadísticas, cuestionario estructurado, entrevistas e interpretación de la legislación.



## CAPÍTULO I

### 1. El Estado

Antes de iniciar el estudio de las características primordiales de las primeras culturas y asentamientos humanos originarios de algunos pueblos con características semejantes al Estado, debemos referirnos como base a algunas manifestaciones del hombre en la antigüedad.

En primer lugar se encuentra el sedentarismo, que fue la primera manifestación de agrupación del hombre, debido a la búsqueda del espíritu y la acción, ya que al vivir a merced de la naturaleza y en condiciones extremadamente precarias, se vio en la necesidad de organizarse en pequeños grupos y asentarse en un lugar, aprendiendo de esta forma a convivir con más seres de su misma especie y repartiendo deberes y obligaciones tales como el cultivo y la caza. Después, el mismo hombre primitivo, aprendiendo a vivir en conjunto con otros seres, forma la primera institución social: La familia, cuya evolución es importante por ser la primera unión con otros seres biológicamente necesarios.

Nadie sabe en sí cuándo surge la familia como tal, porque no existen modos, ni formas, ni medios con los cuales pueda estructurarse el conocimiento de la familia primitiva, desde que un hombre empezó a vivir con una mujer, hasta el nacimiento del primer hijo y su convivencia. Lo cierto es que marcó la pauta para la primera estructura social. Con

el tiempo, y con la ayuda del medio ambiente y la familia, se desarrollan ciertas formas preestatales como:

- La banda y la tribu
- La horda
- La gens
- El clan y el tótem
- El tabú
- El carisma

Aportar una definición de Estado y, hacerlo en pocas líneas, ofrece dificultades insuperables, porque se trata de un concepto muy discutido. Por ello, es preferible limitarse a decir que el Estado" es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asumen la mayor fuerza política. Para Capitant, citado por el tratadista Manuel Ossorio, es "un grupo de individuos establecidos sobre un territorio determinado y sujeto a la autoridad de un mismo gobierno".<sup>1</sup>

Hay una gran variedad de conceptos de Estado, algunos más amplios que otros, pero en realidad todos con unas u otras palabras nos llevan a lo mismo, considero que uno de los más completos es el que nos da Francisco Porrúa Pérez: "El Estado es una

---

<sup>1</sup> Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 382.

sociedad humana, establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, que es creado, definido y aplicado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal, formando una institución con personalidad moral y jurídica".<sup>2</sup>

## **1.1. Elementos del Estado**

El Estado para su existencia, cuenta con varios elementos, los cuales se describen a continuación:

### **1.1.1. Población o elemento humano**

Siendo el Estado una categoría jurídica, política y filosófica exclusiva de los seres humanos, resulta natural considerar a la población como uno de sus elementos básicos. Los hombres, además de su ancestral sentido gregario, buscan agruparse por razones de diversa índole, entre ellas, de raza, religión, costumbres, tradiciones, idioma y otras características propias, lo que da por resultado la unificación bajo una autoridad común, el Estado, el que en adelante, con impulso propio, definirá y caracterizará a sus pobladores.

---

<sup>2</sup> Porrúa Pérez, Francisco. **Teoría del Estado**, pág. 55.

"La existencia del Estado sería imposible sin la presencia de la población sobre la que ejercerá su autoridad, beneficios, protección o tutela, por lo que no debe perderse de vista que ha sido creado para servir a la sociedad y facilitar su convivencia, y que su existencia obedece únicamente a la voluntad de su creador, el conglomerado humano; quien de acuerdo con sus necesidades y conveniencias puede realizar cambios o modificaciones que favorezcan el logro del bien común. Es por ello que la sociedad en su forma más representativa: el Estado debe otorgar a la persona humana suficiente libertad de acción, para que pueda desarrollar su propio programa de vida; suficientes medios materiales, para la conservación de la vida, para el desarrollo del cuerpo y del alma; y suficiente orden y tranquilidad pública indispensables para la convivencia y cooperación de los individuos y el logro del bien común".<sup>3</sup>

"La población puede ser considerada como objeto o como sujeto de la actividad del Estado. Como objeto del imperium, la población constituye un conjunto de elementos subordinados a la actividad del Estado. Como sujeto de la actividad del mismo los individuos que integran la población son considerados miembros de la comunidad política con los correspondientes derechos y obligaciones."<sup>4</sup>

En cuanto a la relación entre población y Estado es importante enfatizar que ambos poseen un conjunto de derechos y obligaciones que deben ser mutuamente respetados, ya que de no hacerse así surgirá la colisión que aún siendo común y cotidiana, puede

---

<sup>3</sup> Porrúa Pérez, Francisco. **Teoría del Estado**, pág. 223.

<sup>4</sup> García Maynez, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**, pág. 101.

alcanzar gravísimos niveles que incluso podrían degenerar en el rompimiento del orden constitucional.

Para explicar la distribución de la población en los diferentes Estados, son utilizados varios criterios: El primero es el territorial, el segundo es por características (raza, idioma, etc.). El tercero, seguramente el más utilizado, consiste en una clasificación mixta.

Tomando en cuenta que es inconcebible la existencia de un Estado sin población, han surgido algunas teorías organicistas que hacen similitudes entre el cuerpo humano y el Estado. La teoría orgánica de Otto Von Gierke considera al Estado y las restantes colectividades como organismos sociales. Establece la existencia de organismos colectivos cuyos miembros son los hombres.

Algunos autores consideran sinónimos a nación y Estado, lo que constituye un error. Según Francisco Porrúa, "nación significa, la suma de individuos, una abstracción de las características especiales que distinguen a un grupo de hombres, o más bien la serie de generaciones sucesivas marcadas con el mismo carácter nacional. No se trata sino de un hecho social que puede o no darse dentro del Estado. En otras palabras, el concepto de nación es eminentemente sociológico, mientras que el concepto de Estado es eminentemente jurídico".<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág. 124.



### 1.1.2. Territorio

“De la palabra latina terra... Parte de la superficie terrestre sometida a la jurisdicción de un Estado”.<sup>6</sup> Para Porrúa, “el territorio es un elemento fundamental del Estado que comprende además de la superficie terrestre, el subsuelo, la atmósfera y el mar territorial, comprendiendo en el mismo la plataforma continental”.<sup>7</sup>

El autor García Maynez, refiere que “territorio es la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder”.<sup>8</sup>

Los conceptos anteriores permitirán poner en claro que el Estado es una agrupación política no una mera expresión geográfica o económica, y que por ende el ámbito de validez de su normativa no debe verse limitada a un espacio físico sobre la superficie terrena. Para subsanar esta limitación el Estado moderno, ha recurrido al uso del sustantivo “espacio” como un genérico al que indistintamente se le agregará el término terrestre, marítimo, espacial, aéreo, según el caso. La validez del orden jurídico o la eficacia del poder del Estado se extenderán no sólo en latitud y longitud, sino también en altura y profundidad.

“Los territorios de los Estados, no son parte de la superficie terrestre, sino cuerpos cónicos, cuyos vértices se encuentran en el punto central de la tierra”.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 204.

<sup>7</sup> Porrúa Pérez, **Ob. Cit**; pág. 278.

<sup>8</sup> **Ob. Cit**; pág. 98.

<sup>9</sup> Kelsen, Hans. **Teoría general del Estado**, pág. 182.



El territorio es un elemento indispensable para la existencia del Estado, pero ello no implica que sea parte de la esencia del mismo. Simplemente es un medio para el cumplimiento de la misión y fines del Estado, por lo que el territorio debe relacionarse, no tanto con un concepto físico o una visión geográfica, como con el concepto de un ámbito de validez donde la norma estatal se pueda realizar a cabalidad.

### ➤ **Función del territorio**

La función de territorio es muy importante, pues físicamente limita al mismo Estado que forma y a los demás Estados internacionales, poniendo fronteras, un espacio determinado a la actividad estatal que realiza, y también da un alto a los Estados extranjeros para que no puedan interferir dentro del territorio nacional, entonces este espacio geográfico limitado, es en donde tiene vigor el orden jurídico que emana de la soberanía del Estado.

#### **1.1.3. Poder soberano**

De acuerdo con Cabanellas, poder significa: "Facultad para hacer o para abstenerse o para mandar algo. Potestad, imperio, mando, jurisdicción, atribuciones, fuerza, potencia, vigor, fortaleza, capacidad, posibilidad, autoridad, gobierno, superioridad, hegemonía".<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 314.



Toda sociedad organizada y en este caso específico el Estado, necesita de cierto poder, la autoridad, para cumplir sus fines. Para lograr lo anterior el Estado debe contar con un contenido interno de normas y fuerza física. La realidad social demuestra que la cooperación libre de los individuos, no pasa de ser una mera ilusión, lo que convierte en una necesidad la existencia de una institución que ejerza funciones de gobierno y administración. Por ello, para imponer ciertas conductas, evitar la anarquía y alcanzar el bien público, el Estado se convierte en administrador único del poder de coacción.

Según el autor Alberto Herrarte, "el poder reside en la totalidad de los ciudadanos y en ninguno en particular, lo que constituye una justificación del sistema democrático de gobierno. Sin embargo, el mencionado poder resultaría anárquico si el propio Estado no se organizara siguiendo los procedimientos por él mismo establecidos, libre de injerencias ajenas o externas. Este poder, sobre su propia organización, dará lugar a la existencia de una de sus más importantes características, atributos o cualidades: la soberanía. El mencionado poder sobre la organización del Estado, se materializará a través de los diferentes órganos que se distribuyen las competencias, que por ese motivo tienen un poder limitado y a la vez jerarquizado. Para asegurar su permanencia, el poder debe ser legitimado mediante su subordinación al orden jurídico vigente y la aceptación o consentimiento de la población".<sup>11</sup> El poder estatal no es ilimitado y en el caso particular de Guatemala, la Constitución así lo establece en los Artículos 140, 152, 153 y 154.

---

<sup>11</sup> Herrarte, Alberto. **Derecho procesal penal**, pág. 41-42.



En mi calidad de autora de la presente investigación, considero que el poder soberano es algo confuso, ya que sabemos que existe un poder, que hay personas que tratan de hacerlo valer, pero no tenemos claro a quién pertenece este poder. La palabra poder tiene varios significados, dependiendo del punto de vista que se tome, pues en términos generales poder significa las facultades, calidades y cualidades que tiene una persona para realizar una labor. En Derecho Civil, es la facultad que una persona da a otra para que obre en su nombre y en su cuenta. Desde un punto de vista político, poder es la potestad o el imperio que corresponde a la autoridad estatal para que lo ejerza a través de gobierno del Estado.

En un principio la soberanía es una concepción de índole política, que más tarde evoluciona en un concepto de índole jurídico. Las corrientes griegas definen a la soberanía como un poder supremo de dominación, y tenían el pensamiento de que la soberanía era lo mismo que la autarquía.

“La soberanía, es la manifestación que distingue y caracteriza al poder del Estado, con la cual se afirma su superioridad jurídica sobre cualquier otro Estado, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene sus facultades e independencia dentro de su territorio”.<sup>12</sup>

Algunas características que se le señalan a la soberanía son:

- Es imprescriptible

---

<sup>12</sup> Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 96.

- Es inalienable
- Es única

La soberanía tiene dos formas de ser:

1. Soberanía Interna: Es la que el Estado ejerce sobre los habitantes de la República.
2. Soberanía Externa: Es la que ejerce el mismo contra los Estados internacionales.

La Constitución Política de la República de Guatemala, no indica de dónde viene el poder, pero sí dice a quien pertenece y sobre quien se delega: El Artículo 141 constitucional establece que la soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida.

Habiendo tomado estos conceptos y el respaldo legal, se concluye que el poder pertenece al pueblo, y que es él quien lo delega en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cuyo fin es que el Estado o Gobierno guíe al pueblo y alcance el mayor bienestar público.

#### **1.1.4. Orden jurídico**

Todo Estado debe tener un orden jurídico, ya que su actividad se manifiesta por medio de la actividad de sus gobernantes, que actúan formando parte de la estructura del Estado, estructura denominada como órganos.

Estos órganos en su conjunto integran el gobierno y la administración del Estado, y los mismos tienen diversas funciones y distinta estructura.

El Estado es una forma de organización de índole jurídica, y las normas relativas a la organización fundamental de un Estado le llamamos Constitución Política de la República, que comprende las reglas jurídicas que determinan los Órganos Supremos del mismo, su modo de creación, las relaciones recíprocas, su competencia y la posición de cada uno conforme el poder estatal.

La Constitución Política de la República de Guatemala, señala los órganos supremos en el siguiente artículo: "Orden significa colocación de las cosas en el lugar que les corresponde, concierto de las cosas entre sí, regla o modo, sucesión de las cosas. Ordenamiento significa: Acción y efecto de ordenar, ley pragmática u ordenanza que da el superior".<sup>13</sup>

De acuerdo con el diccionario de derecho usual de Cabanellas, "orden significa regla, modo o norma de acción, normalidad basada en la libertad y en la justicia en que vive un pueblo, relación entre cosas, serie o sucesión de hechos. Ordenamiento significa: orden, concierto; debida y conveniente disposición o estructura, organización, mandato, orden, ley, pragmática, colección o cuerpo de leyes, determinación oficial de las fuentes del derecho, la academia ha admitido una acepción nueva, pero dual: "breve código de

---

<sup>13</sup> **Diccionario enciclopédico Quillet**, pág. 244.



leyes promulgadas al mismo tiempo, o colección de disposiciones referentes a determinada materia”.<sup>14</sup>

De acuerdo con lo anterior, y haciendo una visión retrospectiva de los elementos del Estado ya analizados es posible determinar que ni las corrientes anárquicas ni su contraparte, las de corte despótico, satisfacen la necesidad humana de convivencia armónica y pacífica, la que solamente puede alcanzarse mediante el establecimiento de una normativa aceptada por el conglomerado social y por supuesto, respaldada por el poder coercitivo que garantice su cumplimiento.

Por demás está repetir que la sociedad humana, integrada por seres individuales, con características propias que diferencian a unos de otros, no puede confiar en la supuesta bondad y solidaridad que las corrientes socialistas atribuyen al ser humano, lo que implica de manera necesaria y probablemente indispensable, la presencia en la misma de un orden normativo de la conducta y de la estructuración del grupo social, al que denominaremos, orden u ordenamiento jurídico.

El mencionado orden u ordenamiento jurídico consiste en un conjunto armónico de normas de derecho que harán posible la convivencia pacífica de los miembros de la sociedad humana a la cual estructura, organiza y rige, teniendo el bien común como valor jurídico tutelado, así como una creciente inclinación a limitar los excesos de poder,

---

<sup>14</sup> Cabanellas, **Ob. Cit:** pág. 126.



siendo por ello que al hablar del Estado también nos estamos refiriendo al orden jurídico y viceversa.

El derecho como conjunto de normas jurídicas, instaura o procura un orden determinado. Ello quiere decir que la presencia de lo jurídico implica la sistematización de conductas sociales, determinando cuáles deben seguirse, y, cuáles omitir.

El derecho asegura a la sociedad la presencia de ciertos valores, el primero de los cuales es el orden jurídico, lo que motiva que en algún momento se les identifique como sinónimos.

El orden jurídico implica la existencia de un conjunto sistematizado y jerarquizado de normas, es decir, de prescripciones obligatorias y coercibles que deben ser observadas por los miembros de la sociedad. Asimismo, delimita instancias y competencias, lo que representa el ámbito concreto de lo que la autoridad puede o no hacer.

El derecho tiene una función ordenadora que implica la generación de paz social. El derecho como orden también implica la renuncia al uso de la fuerza para dejar su monopolio en manos de la autoridad, buscando con ello la resolución de conflictos sociales mediante las vías previstas por las normas jurídicas.

### **1.1.5. Bien público temporal**

El bien público temporal, constituye lo que algunos autores llaman fines del Estado, y estos fines forman o son lo que justifica la existencia del Estado, pues de nada nos serviría un Estado que no tuviera una razón de ser, toda personalidad jurídica se forma para obtener o llegar a un fin, algunos tiene fines lucrativos, otros sociales, pero el Estado tiene varios fines, alcanzar el mayor bienestar económico, educacional, de salud, el orden, la paz, etcétera.

En doctrina a éstos fines en su conjunto se le llama bien público temporal, sin confundirlo con lo que es el bien común, pues éste es el fin de toda sociedad, y busca el bienestar de un grupo determinado de hombres, tal es el caso de un sindicato o de una sociedad mercantil. Mientras que el bien público, es el fin específico de la sociedad estatal, que persigue el bienestar de todos los individuos y de todos los grupos, no solo de la generación presente, sino, también de la generación futura.

A pesar de lo anterior en nuestra Constitución Política de la República se ha de tomar como sinónimo, pues se habla de bien común: “Artículo 1º. Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”

“La Corte de Constitucionalidad considera que la Constitución Política de la República, protege a la persona, pero añade inmediatamente que su fin supremo es la realización



del bien común, por lo que las leyes, pueden evaluarse tomando en cuenta que los legisladores están legitimados para dictar las medidas que, dentro de su concepción ideológica y sin infringir preceptos constitucionales, tiendan a la consecución del bien común. Al respecto, conviene tener presente que la fuera debe perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines particulares”.<sup>15</sup>

## **1.2. Personalidad jurídica del Estado**

Con respecto a la personalidad jurídica del Estado, existen varias teorías positivas y negativas, a continuación estudiaremos la esencia de ellas, pues hay autores que refieren que el Estado es una ficción, y otros jurisconsultos acertadamente considero que lo toman como persona jurídica, con derechos y obligaciones.

### **1.2.1. Teorías positivas y negativas**

El Estado constituye una realidad social y política, el cual esta integrado por un conjunto de hombres que tiene asiento en determinado territorio, con potestad soberana en el interior e independiente en las relaciones internacionales.

En las teorías negativas encontramos como principal exponente a León Duguit, quien niega la personalidad del Estado, asegurando que sólo el ser humano individual puede

---

<sup>15</sup> Corte de Constitucionalidad. Gaceta 1, expediente 12-86, sentencia del 17-9-86, pág. 3.



ser persona, ya que considera que solamente él posee razón y voluntad y que ambas características son necesarias para contraer derechos y obligaciones.

Duguit, citado por Jorge Mario Castillo González, define al Estado “como una asociación de personas individuales, o como una suma de personas físicas, gobernantes y gobernados, y esta es su base para afirmar que la voluntad del gobierno equivale a la voluntad individual de las personas investidas temporalmente del gobierno, y no a la voluntad del Estado, porque ésta es una voluntad diferente. Por esto Duguit concluye en que el Estado no puede ser persona, y en cuanto persona no existe en realidad, o sea que el Estado es una ficción jurídica sin conciencia y sin voluntad, pues estos son requisitos insustituibles de la persona”.<sup>16</sup>

Las teorías positivistas, al contrario sostienen que el Estado sí es persona y que su personalidad es producto de la organización constitucional; entre las teorías positivistas tenemos las siguientes: Teoría del Interés, Teoría de la Normatividad, teoría de la voluntad que comprende la teoría de la escuela orgánica alemana y la teoría de la voluntad de la colectividad, teoría de la institución, teoría de la corporación o de la solidaridad y la teoría de la nación.

De estas teorías la que más sobresalió fue la corporativista cuyo autor es Carré de Malberg, que refiere "...podría definirse, pues, cada uno de los Estados en concreto, como una comunidad de hombres fijada sobre un territorio propio y que posee una

---

<sup>16</sup> Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo**, pág. 54.

organización de la que resulta para el grupo, considerado en sus relaciones con sus miembros, una potestad superior de acción, de mando y de coerción".<sup>17</sup>

La sociedad es una simple reunión de asociados que entre ellos origina una relación de derechos regidos por un contrato, y la corporación es una unidad indivisible que origina un sujeto de derecho distinto de sus miembros individuales pero superior a todos ellos, regido por el estatuto de la corporación, las diferencias entre ambas son:

- a. Los individuos asociados están unidos por el contrato, pero en la corporación un solo individuo representa a todos los demás y se rige por el estatuto.
- b. Cada individuo asociado conserva en la sociedad su individualidad de sujeto de derecho, pero en la corporación la comunidad sustituye a todos los individuos.
- c. En la sociedad administran los apoderados de los individuos, y en la corporación administran los órganos de la comunidad.

Estas diferencias permiten que Carré de Malberg, citado por Francisco Porrúa Pérez, afirme que el Estado constituye una unidad jurídica".<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Carré de Malberg, R. **Teoría general del Estado**, pág. 26.

<sup>18</sup> Porrúa, **Ob. Cit**; pág. 189.



### 1.3. Poder punitivo del Estado

Define al Derecho Penal José Arturo González Quintanilla, en su obra intitulada Derecho penal mexicano, de la siguiente forma: "El Derecho Penal es el poder punitivo del Estado, constituyendo, desde luego, la expresión más enérgica del poder. Mediante este fenómeno se establecen los delitos y las penas como su legítima consecuencia. Los representantes y órganos correspondientes del Estado captan los valores medios que se requieren para la convivencia en común de la colectividad; así también, llevan a cabo la imposición de los valores propios que aseguran la subsistencia y desarrollo del Estado como tal, incorporando los de mayor envergadura en el Código o Leyes Penales".<sup>19</sup>

Entre las diversas concepciones del Derecho Penal, Jiménez de Asúa, citando a varios autores, nos menciona: "Hay definiciones subjetivas en que se alude al fundamento del derecho de castigar, considerándolo como la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado. En su sentido objetivo lo define como el conjunto de normas que regulan el derecho punitivo".<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> González Quintanilla, José Arturo. **Derecho penal mexicano**, pág. 15.

<sup>20</sup> Jiménez Asúa, **Ob.Cit**; pág. 4

## CAPÍTULO II

### 2. Derecho Penal

Tradicionalmente se ha definido el Derecho Penal en forma bipartita desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo, división que sigue siendo la más válida ya que permite la ubicación del delito como hace y como se manifiesta el Derecho Penal para regular la conducta humana y mantener el orden jurídico por medio de la protección social contra el delito.

En resumen, es el conjunto de normas jurídicas que regulan los delitos, las faltas, las sanciones y las medidas de seguridad creadas por el Estado.

#### 2.1. Definición

“Desde el ámbito subjetivo, es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano; es el derecho del Estado de determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso. Si bien es cierto, la facultad de penar no es un simple derecho sino un atributo de la soberanía estatal, ya que es al Estado con exclusividad que le corresponde esta tarea, ninguna

persona individual o jurídica, puede arrogarse dicha actividad que viene a ser un monopolio de la soberanía de los Estados".<sup>21</sup>

"Desde el punto de vista objetivo, es el conjunto de normas jurídico penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene el Código Penal en el Artículo 1, que se relaciona y complementa con el Artículo 7 del mismo cuerpo legal".<sup>22</sup>

"El derecho penal es una rama del derecho penal público. Ese carácter resulta de regular las relaciones entre el Estado y los individuos sometidos a un orden jurídico. Dicho de otra forma o en función especial, el juicio penal no decide los derechos de las partes entre sí o con relación a terceros sino la existencia de la potestad del Estado a través de su facultad más excepcional; la aplicación de sanciones del derecho criminal".<sup>23</sup>

Dentro de esa misma naturaleza lo coloca Cuello Calón, cuando dice que: "El derecho penal es una rama del derecho público interno, como disciplina jurídica que es, mantiene íntima relación con las demás".<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Curso de derecho penal guatemalteco**, pág. 6.

<sup>22</sup> **Ibid.**

<sup>23</sup> Fontán Balestra, Carlos. **Tratado de derecho penal**, pág. 78.

<sup>24</sup> Cuello Calón, Eugenio. **La moderna penología**, pág. 66.

## 2.2. Definición de delito

Delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, esta es una definición formal, sin embargo, para el autor Reyes Echandía, citado por Eduardo González Cauhapé-Cazaux, "la definición dogmática de delito es "la acción (o conducta) típica, antijurídica y culpable."<sup>25</sup> El delito es una acción o conducta humana que es prohibida.

Manuel Ossorio, cita a los siguientes autores: Jiménez Asúa, "se entiende por delito el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". "Soler lo define como una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta". Para Carrara, "es la infracción de la ley del Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."<sup>26</sup>

En todas esas definiciones se encuentran comprendidas de modo genérico las infracciones punibles cualesquiera que sea su gravedad. El delito tiene en algunos Códigos y en algunos autores un sentido restringido, porque emplean ese nombre para designar las infracciones de menor gravedad que el crimen y de mayor que la falta o contravención. Se trata de una cuestión relacionada con la división bipartita o tripartita de las infracciones penales.

---

<sup>25</sup> **Apuntes de derecho penal guatemalteco**, pág. 27.

<sup>26</sup> **Ob. Cit;** pág. 275.

Dado que nuestra ley no contiene una definición expresa de lo que debe entenderse por delito, deben tomarse en cuenta los elementos puestos de manifiesto por esa teoría jurídica, la cual puede utilizarse por el analista con toda confianza pues es fruto de una larga elaboración científica que se renueva constantemente.

"El derecho penal puede estar orgulloso de haber proporcionado a la ciencia jurídica un grado tan eminente de avance teórico mediante la utilización racional de la especulación abstracta y la aplicación rigurosa de la lógica jurídica; la profundidad que ha alcanzado la teoría del delito, la sistematización tan acabada que se procura para ella y el nivel de versación jurídica que es necesario para su dominio, la convierten en un verdadero paradigma de las construcciones nacionales que es capaz de producir el derecho".<sup>27</sup>

### **2.3. Elementos del delito**

Las normas del derecho penal tienen por objeto acciones humanas. Ya sea por la realización de una determinada conducta o por la omisión de otra. La acción constituye el objeto de las normas penales, pues es el elemento más importante del tipo.

---

<sup>27</sup> **Ibid**, pág. 12.

## a) Tipicidad

El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. "En la tipicidad no hay tipos de hechos, sino solamente tipos legales, porque se trata de la conducta del hombre que se subsume en el tipo legal".<sup>28</sup> Es la especial característica de hallarse el hecho descrito en la ley como delito. Es una consecuencia del principio de legalidad, pues sólo los hechos descritos como delitos en la ley antes de su comisión pueden considerarse como tales. "El tipo penal llega a ser entonces, la abstracta descripción de la conducta y tiene tres funciones principales: seleccionadora, garantista y motivadora".<sup>29</sup>

"Se define el tipo penal como la descripción de una conducta prohibida por una norma".<sup>30</sup> Así, la conducta señalada en el Artículo 123 del Código Penal, matar a otro, es descripción de una acción que infringe la norma general de no matarás.

Los tipos penales tienen dos componentes básicos: El aspecto objetivo, que se refiere a lo externo de la conducta y el aspecto subjetivo, que alude al elemento psicológico del comportamiento; por lo que se refiere al aspecto objetivo, podemos distinguir entre tipos de acción o simple actividad, constituidos únicamente por un comportamiento y tipos de

<sup>28</sup> Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 946.

<sup>29</sup> Díez Ripollés, José Luis. **Manual de derecho penal guatemalteco**, pág. 144.

<sup>30</sup> González Cauhapé-Cazaux, **Ob. Cit**; pág. 39.

resultado, en los que además forma parte de ellos un efecto separado de la conducta el resultado y la correspondiente relación de causalidad entre la acción y el resultado.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, se distingue entre tipos dolosos e imprudentes (culposos). De los primeros forma parte la voluntad consciente del sujeto encaminada a realizar el comportamiento delictivo. En los segundos no existe tal voluntad y en su lugar se exige que el sujeto actúe de forma descuidada, sin tener en cuenta el peligro que se deriva de su comportamiento. En ocasiones en los delitos dolosos se exigen otros elementos subjetivos además del dolo, que se han denominado elementos subjetivos del tipo.

El conjunto de actos internos y externos que constituyen la acción o la omisión tiene una secuencia que se denomina *iter criminis*. No todo ese camino interno y externo puede ser sancionado penalmente, en atención a la seguridad jurídica. Por ejemplo, presente una actitud interna encaminada a realizar el delito, no puede estarse seguro de que éste efectivamente se vaya a realizar. Por lo que se refiere a actos de preparación externa del delito, éstos pueden confundirse con actividades que no son delictivas, por lo que se penan únicamente determinados actos preparatorios. Al margen de esto último el Artículo 14 del Código Penal exige como norma general, para poder hablar de tipicidad, cierto grado de desarrollo del comportamiento como el comienzo de la ejecución del hecho mediante actos exteriores idóneos.



Ciertas acciones, pese a ser típicas, no tienen una importancia o relevancia social suficiente como para ser sancionadas, como es el caso de la ponderación excesiva de las cualidades de una mercancía en un contexto publicitario, acción que ciertamente podría incluirse en algún precepto de los delitos contra la actividad comercial lícita, pero que en realidad son comportamientos adecuados a la vida social ordinaria, por lo que se aceptan como lícitos.

#### **b) Antijuricidad**

"La definición es fácil, pues debe entenderse por tal lo que es contra derecho. Determinar su contenido ya resulta más complicado, porque saber cuándo una acción humana es opuesta al derecho requiere, una apreciación de índole subjetiva. Así, matar a una persona constituye un acto claramente antijurídico, sin embargo, pueden darse circunstancias en que matar a una persona represente un derecho y hasta una acción elogiada. Lo mismo en todos los aspectos del derecho. Por eso, en el examen de cada caso concreto, sólo a los jueces está reservada la facultad de establecer la juricidad o la antijuricidad de los actos".<sup>31</sup>

"En términos generales se entiende la antijuricidad como una relación de contradicción con el orden jurídico. Esta contradicción ya se ha dado, aun de modo provisional, en cuanto se comprueba la realización del tipo. Sin embargo, algunas acciones en principio contrarias al orden jurídico pueden en determinados casos considerarse

---

<sup>31</sup> Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 76.

finalmente lícitas; ello sucede cuando procede la aplicación de una causa de justificación, la cual convertirá en lícita una conducta que, sin tal causa sería antijurídica. Las causas de justificación lo que hacen, es permitir excepcionalmente la infracción de los mandatos o prohibiciones contenidos en los tipos, cuando concurren ciertas circunstancias que al legislador parecen más importantes que la protección del bien jurídico protegido en el tipo".<sup>32</sup>

### c) Culpabilidad

El Artículo 12 del Código Penal, indica que el delito culposo es "cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia."

La culpabilidad puede definirse "como el juicio de reproche que se realiza al autor de un hecho delictivo por haber realizado la conducta antijurídica. Una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico es culpable cuando sea un adulto con todas sus facultades, que conoce la norma prohibida y sin que exista una circunstancia que haga inexigible otra conducta".<sup>33</sup>

Los autores suelen atribuir a esta palabra dos acepciones distintas: en sentido lato significa la posibilidad de imputar a una persona un delito, sea de orden penal o de orden civil. En sentido estricto, representa el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad penal o de responsabilidad civil.

<sup>32</sup> Díez Ripollés, **Ob. Cit**; pág. 146.

<sup>33</sup> González Cauhapé-Cazaux, **Ob. Cit**; pág. 91.

La culpabilidad es definida por Jiménez de Asúa, citado por Ossorio, como: "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Esa definición viene a coincidir con la acepción académica de la palabra de falta más o menos grave cometida a sabiendas y voluntariamente. Claro es que el concepto primeramente señalado es el que encuadra científicamente dentro de la órbita del derecho penal; en tanto que el segundo es de un contenido vulgar, jurídicamente discutible, porque puede haber culpa sin voluntariedad en cuanto al resultado del acto delictivo".<sup>34</sup>

La coincidencia precitada no va más allá de la determinación de que en toda conducta antijurídica reprochable interviene en el agente una culpabilidad. Ahora bien, esa culpabilidad genérica representa diversos aspectos, entre los cuales son los principales lo que la dividen en dos: la dolosa y la culposa y de ahí que los delitos se distinguen en dolosos y culposos.

En cuanto a la culpa, referida al delito culposo, es también definida por Jiménez de Asúa al decir que ella existe "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo".<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> **Ob. Cit;** pág. 246.

<sup>35</sup> **Ibid,** pág. 244.

En términos generales, puede decirse que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente o, pudiera añadirse, con infracción de reglamentos. Es un concepto contrapuesto al dolo, porque, mientras en la culpa la intención está referida a la acción u omisión que causa el daño sin propósito de hacerlo, en el dolo la intención recae sobre el daño mismo que se ocasiona. Uno de los muchos ejemplos de delito culposo es el del automovilista que comete la imprudencia de marchar a excesiva velocidad, o la negligencia de no haber hecho arreglar los frenos y atropellar a una persona.

Conforme a lo ya indicado, quien ha actuado antijurídicamente ha realizado un comportamiento típico, lesivo de un bien jurídico penalmente protegido, sin que pueda ampararse en una causa de justificación que haga su conducta finalmente lícita. "Para que una persona sea culpable son necesarios los siguientes requisitos:

- a. Imputabilidad o capacidad de culpabilidad, que consiste en tener madurez física y psíquica para poder determinarse conforme lo indica la ley penal, lo que se encuentra normalmente en personas mayores de edad y mentalmente sanas;
- b. Conocimiento de la antijuricidad, pues el individuo debe poder conocer, aunque sea a grandes rasgos, el contenido de las prohibiciones que se encuentran en la ley, pues sólo así este individuo puede motivarse conforme a la norma;

- c. Exigibilidad de obediencia al derecho, que supone que el comportamiento antijurídico se ha realizado en condiciones normales, ya que hay ciertas situaciones excepcionales en que al sujeto, aun siendo imputable y conociendo la prohibición, no se le puede exigir que obedezca las normas".<sup>36</sup>

El Código Penal regula de acuerdo con los elementos de la culpabilidad señalados, ciertas causas de exención de la responsabilidad cuando no concurren algunos de estos elementos, causas que habrán de llamarse, causas de inculpabilidad. Así, faltará la imputabilidad cuando se den las existentes en el Artículo 23; asimismo faltará el conocimiento de la antijuricidad en el caso de error de prohibición contenido en el Artículo 25 inciso 3; por último, no se dará la exigibilidad de obediencia al derecho si concurre el Artículo 25 inciso 1.

#### **d) Punibilidad**

"La punibilidad se define como la situación en que se encuentra quien, por haber cometido una infracción delictiva, se hace acreedor a un castigo. Sin embargo, hay circunstancias que, aun existiendo la infracción penal y su autor, éste no puede ser castigado por razones previamente determinadas por el legislador".<sup>37</sup>

La punibilidad se configura como el último requisito que debe cumplirse para poder afirmar que se ha dado un delito en todos sus elementos. Con ella nos aseguramos

<sup>36</sup> Díez Ripollés, **Ob. Cit**; pág. 147.

<sup>37</sup> Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 796.



que, no concurren razones de oportunidad o conveniencia favorable a no imponer la pena, aun cuando ya estemos ante un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

En ocasiones existen argumentos político criminales que aconsejan prescindir de la pena, y así lo prevé nuestro legislador. Ese es el caso, por ejemplo de la exención de responsabilidad penal de que gozan determinados parientes, en virtud del Artículo 280 del Código Penal, respecto a ciertos delitos contra la propiedad cometidos respecto a otros parientes.

#### **e) Inimputabilidad**

"Si se toma la definición semántica de imputabilidad, como calidad de imputable, queda fuera de toda duda que la inimputabilidad habrá de ser la calidad de no imputable. De ahí que en la doctrina se haya discutido ampliamente si la inimputabilidad presenta un concepto autónomo dentro de la ciencia penal o si, por ser el aspecto negativo de la imputabilidad, debe ser considerada juntamente con ésta. La tesis de la índole negativa de la inimputabilidad, encuentra un fuerte apoyo en el presupuesto que todo el mundo es inimputado mientras no sea objeto de imputación".<sup>38</sup>

Jiménez de Asúa expresa "que siendo el concepto de imputabilidad en psicología, la facultad de comprender el bien, lo único que hay que hacer es conocer el aspecto negativo, o sea los motivos de inimputabilidad, que pueden ser definidos como la falta

---

<sup>38</sup> **Ibid**, pág. 479.

de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, o aquellas causas que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró".<sup>39</sup>

#### **f) Causas de inimputabilidad**

El Código Penal en el Artículo 23 regula las causas de la inimputabilidad así: "No es imputable: a) El menor de edad, b) Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retar de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o determinarse de acuerdo comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, que haya sido buscado de propósito por el agente".

En la parte final del Artículo 23 "...salvo cuando el trastorno haya sido buscado de propósito por el agente". Vemos entonces, que no opera esta causa cuando el sujeto activo con el fin de cometer el acto delictivo, dispuso embriagarse o drogarse deliberadamente, conociendo de antemano su responsabilidad. El estudio de este tipo de trastorno comprende el aspecto meramente patológico, así como cualquier situación que por causas determinadas, acontezca. En ese sentido, el autor guatemalteco Hernán Hurtado Aguilar afirma que hay que diferenciar dos situaciones: la patológica es un índice permanente de peligrosidad que obliga al pronunciamiento de medidas

---

<sup>39</sup> Ibid.

tutelares, mientras el trastorno mental transitorio no revele peligrosidad cuando no se busca a propósito.

Los menores de edad se les reputa como inimputables, por estimarse su edad no les ha permitido el desarrollo intelectual y moral que los capacite plenamente para responder de sus actos ante el poder público. La falta de desarrollo psíquico le impide discernir sobre el alcance de sus actos; la falta de madurez, deficiente formación psíquica excluye igualmente al adolescente la capacidad de conocimiento sobre el carácter ilícito y de autodeterminarse con libertad para realizarla.

Como lo señala el autor Pavón Vasconcelos, "el problema del límite de la edad depende fundamentalmente de la idiosincrasia, temperamento, cultura, desarrollo educacional, económico y social de la región en que legisle, aunque ordinariamente se fija en los dieciséis años la edad límite, cuya superación hace plenamente capaz a la persona".<sup>40</sup>

#### **g) Naturaleza jurídica del delito**

"No hay forma de establecer una naturaleza o construcción filosófica, aceptada por todos y para siempre. Esta comúnmente depende del tiempo y lugar, es decir coyuntura y país."<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco. **Imputabilidad e inimputabilidad**, pág. 116.

<sup>41</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal español**, pág. 130.

Para la Escuela Clásica fue un ente jurídico, al decir que el delito es un acontecimiento jurídico, una infracción a la Ley del Estado, un ataque a la norma penal. El delito lo es porque depende de que aparezca en una norma. (Principio de legalidad *nulla poena, nullo crime sine lege*) critica, el delito no puede ser sólo por consecuencia de la ley.

Para la Escuela Positiva el delito, fue un fenómeno natural o social. Estudian al delito como la acción humana resultante de la personalidad del delincuente, quedando completamente marginada la concepción jurídica del delito con el apareamiento de la Teoría del Delito Natural y Legal de Rafael Garófalo, que afirmaba que el delito no lo es si el hombre no vive en sociedad. Se le critica, que no sólo depende de que el hombre viva en sociedad. El estudio del delincuente puede que sea natural, pero el del delito es jurídico.

#### **h) Criterios para definir el delito**

Existen varios criterios para definir al delito, que van de lo más simple a lo más complejo, atendiendo que cada uno de los estudiosos ha sentido la inquietud por los problemas del crimen desde diferentes ángulos. Ante la imposibilidad de analizar cada una de ellas por separado resulta más conveniente para su comprensión agruparlas en torno a un juicio que se ha seguido para formularlas, a fin de condensar el proceso evolutivo que han tenido las ideas penales respecto al delito y principalmente comprobar o no la validez de éstas ante el derecho penal moderno.

Para el autor Francisco Muñoz Conde, delito es: "Toda conducta que el legislador sanciona con una pena". Esta definición es muy corta puesto que él no señala que tipo de conducta se sanciona".<sup>42</sup> Todo intento de definir al delito al margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico para hacer filosofía, religión, moral o sociología. La verdad es que las concepciones filosóficas, morales o sociológicas del delito ayudan poco en ésta materia al jurista. Esto viene a ser una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*, y que impide considerar al delito como toda conducta que no llega dentro de las fallas de la ley penal.

a) Luis Jiménez de Asúa dice que "delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se halla conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella".<sup>43</sup>

b) José María Rodríguez Devesa. "Delito es el acto típicamente antijurídico y culpable, al que está señalada una pena".<sup>44</sup>

c) Raúl Carrancá y Trujillo. "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputables a un hombre y sometidos a una sanción penal".<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Muñoz Conde, Francisco, **Derecho procesal penal**, pág. 41.

<sup>43</sup> Jiménez de Asúa, **Ob. Cit**; pág. 32.

<sup>44</sup> Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**, pág. 53.

<sup>45</sup> De Mata Vela, Héctor Anibal y De León Velasco, José Francisco. **Curso de derecho penal guatemalteco**, pág. 39.

d) Sebastián Soler. “Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal”.<sup>46</sup>

e) Carlos Fontán Balestra. “Delito es, La acción típicamente antijurídica y culpable”.<sup>47</sup>

f) Eugenio Cuello Calón. “Delito es, La acción humana antijurídica, típica, culpable sancionada por la ley”.<sup>48</sup>

#### **2.4. Concepto de autor**

Según el concepto ontológico o real de autor, éste será el sujeto a quien se le pueda imputar un hecho como suyo. Welzel señalaba que autor es el anónimo de los tipos legales. En el Artículo 123 del Código Penal, autor del delito de homicidio, quien diere muerte a alguna persona. El verdadero autor de un hecho es aquel que lo realiza. Sin embargo el concepto ontológico de autor no coincide con el concepto legal de autor. El Código Penal no requiere la propia realización de uno de los tipos de la parte especial, sino que considerará autores a sujetos que en realidad son partícipes especialmente importantes. Así el artículo 36 de ese cuerpo legal considera autores a inductores y cooperadores necesarios entre otros.

---

<sup>46</sup> **Ibid**, pág. 136.

<sup>47</sup> **Ibid**.

<sup>48</sup> **Ibid**.

A la hora de diferenciar la autoría y la participación hay que recurrir al concepto ontológico de autor. Ello es necesario porque sólo quien es autor en sentido estricto puede realizar un tipo sin necesidad de la concurrencia de otra persona. Los partícipes están sometidos al principio de accesoriedad de la participación respecto del hecho realizado por del autor real. Por mucho que el Código diga que el inductor es autor, para que se dé inducción será necesaria la existencia de un hecho antijurídico por parte del autor real, porque la inducción a cometer un hecho atípico no es delito.

En este sentido, el Código Penal, en su artículo 17, señala, que la inducción, la instigación, la conspiración, la proposición o la provocación a cometer delito no son en si mismas punibles, salvo cuando la ley lo indique expresamente. Por ejemplo, la inducción a cometer un homicidio no se sancionará si el inducido no inicia la ejecución de éste delito. Como lo indica el artículo, la excepción se dará cuando el Código crea un tipo penal que describa este tipo de acciones de inducción a cometer un delito (ver por ejemplo el artículo 389 del Código Penal de incitación pública a la rebelión o sedición).

➤ **Delimitación del concepto ontológico de autor**

Para delimitar qué hay que entender por autor en un sentido real u ontológico, la doctrina ha elaborado una serie de teorías:

**Teoría unitaria.** Según esta teoría no es posible distinguir entre autoría y participación, sino que toda persona que interviene en el hecho es autor. Se parte de la teoría de la

equivalencia de las condiciones por la que toda condición necesaria para que se de el resultado es causa del mismo.

**Teoría diferenciadora.** Esta teoría reconoce que deben diferenciarse entre autores y partícipes. Dentro de la misma se diferencian distintas concepciones de autor:

1. **Concepto extensivo de autor.** Este concepto parte también de la teoría de la equivalencia de las condiciones. En ese sentido reconoce que todos los que aportan alguna intervención que afecta al hecho son igualmente causa del mismo. Sin embargo, reconocen que la ley debe distinguir distintos grados de responsabilidad. La distinción tendrá que basarse en un concepto subjetivo: Será autor quién obre con ánimo de autor y partícipe quien obre como partícipe. Esta es la teoría subjetiva de la participación que es el complemento necesario al concepto extensivo de autor. No obstante puede llevar a soluciones contradictorias. Tomemos el ejemplo, clásico en la doctrina, de la madre que pide a su hermana que mate a su hijo recién nacido. En base a este concepto la madre sería autora y la tía, que efectivamente mató a su sobrino, respondería como partícipe del delito de infanticidio.
2. **Concepto restrictivo de autor.** Este concepto parte de que no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo. La participación supone ampliar la pena a personas que por

su actuar son causa del delito pero que no lo realizan. El problema será delimitar cuándo se está actuando como partícipe y cuándo como autor. Hay tres teorías:

- a. Teoría objetivo-formal. Lo decisivo es realizar actos ejecutivos previstos en el tipo legal. Por ejemplo, el clavar un puñal en el pecho de la víctima. El problema se plantea en una serie de supuestos:

En los delitos en los que sólo se hace referencia al resultado, sin fijar los medios, el concepto puede ser muy amplio. Por ejemplo, en el homicidio, podría ser autor el que le da la pistola al que dispara.

En los casos de autoría mediata (vid. infra).

En la coautoría, cuando uno de los coautores no realiza ninguna acción típica en sentido estricto. Si uno se sube encima de otro para robar una manzana, el que está debajo no comete ninguna acción típica.

**Teoría objetivo-material.** Intentó superar los defectos de la teoría anterior. Será autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante. Parte de la idea de que no todas las condiciones son causas sino sólo algunas. En realidad es un concepto muy subjetivo que tampoco resuelve muchos problemas.

**Teoría del dominio.** Esta teoría tiene su origen en el finalismo. Es autor doloso quien domina finalmente la ejecución del hecho, quien tiene en sus manos el curso del suceso típico. El dominio del hecho se puede manifestar de varias formas:

- a. Dominio exclusivo de la acción. Se da cuando alguien ejerce el dominio sobre los propios actos: Cometer el delito en forma directa, sin ser determinado por otro.
- b. Dominio de la voluntad. Se da cuando alguien no participa en la ejecución directa pero ejerce el dominio de la voluntad ajena: son Los supuestos de autoría mediata.
- c. Dominio funcional. Varios autores se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito: La coautoría.

El autor Santiago Mir Puig, "refiere que junto a este requisito del dominio, exige la pertenencia del hecho, o en otras palabras, el poder decir que el hecho era suyo".<sup>49</sup>

➤ **La autoría en los delitos culposos**

La autoría en los delitos culposos divide la doctrina:

---

<sup>49</sup> Derecho penal parte general, pág. 422.

1. La doctrina dominante alemana maneja dos conceptos distintos de autor. En los delitos dolosos se seguirá un concepto restrictivo de autor fundamentado en la teoría del dominio del hecho y en los imprudentes un concepto unitario de autor: En un delito imprudente será autor todo sujeto que cause el hecho por imprudencia.
2. La doctrina española distingue autoría y participación en los delitos imprudentes. Si la autoría supone la realización del tipo objetivo no se podrán diferenciar delitos dolosos e imprudentes, pues ambos supuestos requieren la producción del igual hecho por igual. La diferencia entre ambos vendrá determinada por el tipo subjetivo. Por ejemplo, el que induce a manejar de forma imprudente a un conductor, quien como consecuencia atropella a un peatón, podrá ser inductor de un delito culposos de homicidio.

### **2.5. La autoría mediata**

Se da autoría mediata cuando se realiza el hecho utilizando a otro como instrumento. Existe una relación tal entre el autor mediato y la persona instrumento que se invierten los papeles. Normalmente, autor es el que realiza materialmente el hecho y el hombre de atrás es partícipe; sin embargo, en la autoría mediata el autor es el hombre de atrás, mientras que la persona instrumento no comete delito.

Se excluyen de estos casos los supuestos en los que se utiliza a una persona como instrumento material, es decir en los casos de ausencia de acción: Si A empuja a B contra un cristal para romperlo, A actuaría como autor inmediato, y ello porque realmente la acción de A hubiese sido igual si en vez de empujar a B empuja a una estatua.

No cabe autoría mediata en supuestos de delitos especiales -los que solo pueden cometer determinados sujetos, como los delitos de funcionarios- cuando el autor mediato no reúna dichas características. Si alguien engaña a un juez para que dicte una resolución injusta, no podrá cometer delito de prevaricación. Por el contrario, sí puede darse cuando sea la persona instrumento la que no reúna las características (el funcionario que ordena a su secretaria quemar archivos de suma importancia).

Tampoco puede admitirse la autoría mediata en los delitos de propia mano, que requieren una realización personal. No será autor mediato de violación el que obligue a un inimputable a forzar sexualmente a una mujer.

➤ **Formas de autoría mediata**

La autoría mediata puede aparecer de formas variadas. Lo fundamental es que el autor mediato debe tener el dominio final del hecho y pertenencia del mismo, y el autor inmediato o instrumento no debe cometer un delito.



Partiendo de este principio, se señalan diversos ejemplos en los que existe autoría mediata:

El instrumento realiza una conducta atípica.: El autor mediato utiliza para la realización del tipo penal la acción de otro que actúa sin tipicidad: Norberto sugiere a Pedro que agarre un cable ocultándole que era de alta tensión. Pedro lo agarra y muere electrocutado. En este caso la acción de matarse a sí mismo es atípica. Si considerásemos al hombre de atrás inductor no podríamos castigarlo, por cuanto la inducción de un hecho atípico es atípica (principio de accesoriedad de la participación). Por ello, el concepto de autor mediato permite evitar la impunidad en estos supuestos.

El instrumento actúa sin dolo. El autor utiliza la acción de otro sujeto que actúa sin dolo. El médico que decide matar a un paciente y le da una jeringuilla, con una dosis letal de morfina, a la enfermera, que ignora tal circunstancia, para que se la inyecte al enfermo. En estos casos existe en el instrumento, la enfermera, un error de tipo invencible.

El instrumento actúa bajo una causa de inculpação: El autor utiliza a una persona inimputable (un menor o un enajenado) para cometer un delito o somete a un imputable a un miedo insuperable: Leonardo le pone una pistola en la cabeza a Gaspar obligándole a disparar contra Marcelino.



### ➤ **Autoría mediata a través de estructuras de poder organizada**

Hasta este momento se han analizado supuestos en los que una persona era considerada como autor cuando había usado a otra persona inculpable para cometer un delito. Sin embargo Roxin planteó el supuesto en que una persona pudiese ser autor mediato aunque el "instrumento" actuase con plena culpabilidad. Ello se daría en los casos en que el dominio se diese por fuerza de un aparato organizado de poder. Para ello sería condición necesaria que el ejecutor fuese fungible, es decir, fácilmente reemplazable por cualquier otro miembro de la estructura. El ejecutor actúa responsablemente pero el que bajo la orden seguirá siendo autor mediato. Por otra parte este autor mediato mantiene éste, existe una total pertenencia del hecho.

Las características de la autoría mediata a través de estructura de poder son:

1. El autor mediato dispone de un aparato organizado que funciona como una máquina.
2. Puede consumir delitos sin ponerse en acuerdo en cada caso concreto, generalmente respondiendo a un plan preestablecido.
3. El ejecutor es fungible, es una pieza en el engranaje.

El autor mediato tiene el dominio del hecho, al igual que muchos de los eslabones de la cadena de mando. Pero si alguno de los eslabones inferiores se oponen, no hay



problema en reemplazarlo (fungibilidad). Sin embargo, puede haber integrantes de la estructura que sólo respondan en tanto que partícipes.

Algunos autores, no obstante prefieren resolver estos casos a través de la coautoría, la cooperación necesaria o la inducción.



## CAPÍTULO III

### 3. Asesinato

El asesinato no es un delito de homicidio simple agravado por una circunstancia genérica, sino un delito específico distinto y más grave caracterizado por circunstancias calificativas que definen el tipo legal. Para su existencia es precisa la concurrencia de algunas de las circunstancias comprendidas en el Artículo 132 del Código Penal, éstas cuando concurren, han de estimarse como calificativas del asesinato, no como agravantes del homicidio.

#### 3.1. Antecedentes

El origen de la palabra asesinato se hace remontar al tiempo de las Cruzadas, proveniente de la palabra árabe *asis* (insidia) pues se llaman asesinos a los miembros de la partida de un príncipe del Asia Menor que se armaban y dirigían contra los cruzados. Los prácticos de la edad media, aceptaron este nombre designado con él a los *sicariorim* o sicarios y a los envenenadores. En España de los tiempos antiguos se encuentra la noción de asesinato calificado por el envenenamiento. En la legislación española se usa por primera vez la palabra asesinato para referirse a los que dan muerte a traición, conteniéndose también el crimen sicario. En España, en el Código



Penal de 1822, se empleó la voz asesinato ya con mayor extensión para los casos de realizarse por promesas o dones, con asechanza, o mediante veneno o explosión".<sup>50</sup>

Básicamente en el asesinato existe el elemento que también es fundamental en el homicidio, como es la privación de la vida de un hombre por otro, agregándose como elemento, la existencia de las cualificantes que se encuentren en el hecho, de las señaladas por la ley.

El sistema seguido por las legislaciones en la regulación de este delito es muy diverso. Ciertos códigos lo consideran bajo la denominación de asesinato, como un homicidio calificado por la concurrencia de determinadas circunstancias, sistema seguido por Francia, Bélgica, Hungría, Holanda, Suecia, Noruega, Cuba. El derecho inglés se inspira en este sistema, pues distingue entre murder que corresponde a la infracción que las citadas legislaciones denominan asesinato, y el murder se caracteriza por la premeditación malgina o excogitata, en el antiguo derecho ingles.

### **3.2. Regulación legal**

El Artículo 132 del Código Penal, regula que comete asesinato quien matare a una persona:

1) Con alevosía

---

<sup>50</sup> De León Velasco y De Mata Vela, **Ob. Cit;** pág. 348.



- 2) Por precio, recompensa, promesa, ánimo de lucro
  
- 3) Por medio o en ocasión de inundación, incendio, veneno, explosión, desmoronamiento, derrumbe de edificio u otro artificio que pueda ocasionar gran estrago
  
- 4) Con premeditación conocida
  
- 5) Con ensañamiento
  
- 6) Con impulso de perversidad brutal
  
- 7) Para preparar, facilitar, consumir y ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la inmunidad para si o para copartícipes o por no haber obtenido el resultado que se hubiere propuesto al intentar el otro hecho punible
  
- 8) Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas

Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente. A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa.



1. **Alevosía.** Consiste en el empleo de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para el agresor que proceda de la defensa que pudiera hacer la víctima o con la búsqueda consciente de que el delito quede impune. Son casos de alevosía aquellos en los que se aprovecha la particular situación de desvalimiento e indefensión del agredido, cuando la ejecución es súbita e inesperada, por sorpresa, o cuando se hace mediante acechanza, apostamiento, trampa, emboscada o celada. También lo son la nocturnidad o el disfraz, que impide el reconocimiento del autor del crimen.

La alevosía se define cuando califica el asesinato, declara la jurisprudencia, no puede ser estimada además como agravante genérica, pero cuando concorra siempre deberá ser estimada como calificativa del asesinato y no como agravante del homicidio.

2. **Precio, Recompensa o Promesa o ánimo de lucro.** Este es el crimen intersicarios del derecho romano, el homicidio por mandato. La antigua doctrina empleó por primera vez la palabra asesinato para designar este homicidio. Presupone la intervención de dos personas, la que ofrece el precio o la promesa y el ejecutor material. Esta circunstancia tiene un carácter ineludiblemente económico. Es una expresión antigua, pero que el legislador español ha querido mantener por existir una jurisprudencia profusa en aplicación de la misma. No es necesario que la contraprestación económica



sea previa a la comisión del hecho delictivo, ni que se verifique objetivamente (cabén casos de fraude). Lo importante es que el sujeto activo cometa el hecho movido por esta *intencionalidad económica*.

3. Por inundación, incendio. La razón de la especial agravación del asesinato cometido por estos medios es no solamente la mayor perfidia del medio empleado que revela un delincuente sumamente peligroso, sino también el peligro general que tales medios encierran para la colectividad. Para la existencia de este asesinato, es menester que la inundación o incendio, constituyan el medio de ejecución del asesinato, no el medio para ocultarlo o impedir su descubrimiento.
4. Premeditación conocida. La premeditación ha sido reconocida por la mayoría de los autores y de las legislaciones como la calificativa por excelencia del asesinato. Algunos códigos la definen tomando como modelo el texto del código francés, otras legislaciones la menciona como elemento integrante del asesinato o del homicidio agravado, pero sin definirla. En cuanto a la noción que los juristas poseen de la premeditación como calificativa del homicidio, las opiniones son discordes. Para unos consiste en obrar conforme a un plan deliberado y con medios escondidos o preparados de antemano, creen otros que se refiere esencialmente más que a los medios empleados para matar, a la estimación de los motivos de inhibición, hay quien afirma que su nota principal es la existencia de un espacio de tiempo entre la resolución delictiva y la acción



homicida.

5. Ensañamiento: aumentando deliberada y de forma inhumana el dolor del ofendido. El ensañamiento se aprecia tanto por la intención, como por el objetivo resultado de incrementar el dolor del agredido, y por ello excluye actos realizados sobre el cadáver con posterioridad a la muerte de la víctima (que podría constituir otro delito diferente, como es la profanación de cadáver).

También se entiende que se trata de asesinato cuando el homicidio se realiza por medio de inundación, incendio, explosivo o veneno, entendiéndose por este último cualquier sustancia que introducida en el cuerpo humano por ingestión, inyección o inhalación pueda producir la muerte. La comisión de un asesinato mediante inundación o incendio supone que éste es el medio utilizado, no que se comete por ese motivo.

6. Con impulso de perversidad brutal. Figura tomada de la ley italiana. Este impulso, trajo muchos problemas porque su definición nunca fue clara. Por ejemplo, no se trataba de la obra de un bruto perverso porque al bruto le falta la sofisticación intelectual para ser perverso.

### **3.3. Naturaleza de las circunstancias agravantes del asesinato**

Como ya se ha dicho, las características de la conducta delictiva descritas en el Artículo 132 del Código Penal, son elementos típicos del asesinato y no circunstancias agravantes genéricas como las descritas en el Artículo 27 del mismo cuerpo normativo. Lo dispuesto en el Artículo 65 respecto al cómputo de las circunstancias modificativas y del Artículo 64 de dicha ley, en caso de concurrencia de varios partícipes en la acción delictiva no es, desde luego, aplicable directamente al asesinato. Cuando existen varias circunstancias de las citadas en el Artículo 132 relacionado, ya se sabe que solo permiten analizar la gravedad de la conducta, ya que con sólo que concorra una de ellas, es suficiente para que se tilde la conducta como un Asesinato.

Pero si se descubre la existencia de las demás que son señaladas en la norma, se determina de hecho, la aplicación del segundo párrafo del Artículo 132, donde se describe la condena a la inyección letal del sujeto activo. La norma reza que se le aplicará la pena de muerte, en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente. Por lo que sólo una vez que estemos en el marco penal de este artículo, se podrá acudir al régimen general de la determinación de la pena en función de la concurrencia de circunstancias modificativas genéricas agravantes o atenuantes.

Así por ejemplo, si concurre sólo una circunstancia calificadora del asesinato, se aplica la pena del Artículo 132, de 25 a 50 años de prisión. Dentro de ese marco se aplican las agravantes y atenuantes genéricas conforme al régimen general previsto en el Artículo 65. Si se dan dos o más circunstancias de esa regulación legal, se aplica el segundo párrafo, el que se refiere a la pena de muerte. La cuestión se complica más cuando se dan todas las agravantes del Artículo 132 ya mencionado, pero por igual se afirma que, ante la pena de muerte ya no existe mayor pena, pues ésta es la máxima expresión en la condena. Es quitarle la vida al condenado, acto del Estado más grave no existe. Es llamado el Asesinato legalizado por el Estado.

#### **3.4. Elementos comunes con el homicidio**

La concurrencia de alguna de las circunstancias del Artículo 132 diferencia el asesinato del homicidio descrito en el Artículo 123, pero ambos delitos tienen algunas características comunes. Así, aparte de la igualdad en el bien jurídico protegido (vida), coinciden los sujetos, activo y pasivo, el objeto material y los problemas de la relación de causalidad. En el tipo Subjetivo existe, sin embargo, una diferencia fundamental. Mientras que en el homicidio cabe la comisión imprudente, que la legislación guatemalteca la califica de culpa, ésta no es factible que se produzca en el asesinato, ni mucho menos que exista éste acompañada de un calificativo de imprudencia.

La naturaleza misma de las circunstancias del Artículo 132 se opone a esta posibilidad, ya que unas exigen la referencia del dolo a ellas (las objetivas), mientras que otras

consisten en una serie de móviles o especiales tendencias (las subjetivas) que son incompatibles con la imprudencia o la culpa. Por tanto, la muerte ocasionada empleando un medio objetivamente alevoso (por ejemplo, un incendio), pero sin intención de matar, constituirá doctrinariamente, un homicidio por imprudencia, en el remoto caso se produzca la muerte de una persona, nunca se podrá calificar como un asesinato. Esto es declaración doctrinaria, ya que si se observa, nuestra legislación lo contempla como Asesinato a simple vista de la norma penal, pero aquí se estaría ante la exégesis de la norma penal. En el numeral 3 del Artículo 132 se establece la circunstancia por medio o con ocasión de incendio. Habría en todo caso, que establecer plenamente que no existió la intención de matar a alguien, sino únicamente el de causar el daño material, o que se ignoraba la presencia de alguien dentro del inmueble, o del lugar al que se le ha prendido fuego entre otros

### **3.5. Penalización del delito de asesinato para menores de edad**

El Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece: "Privación de libertad en centro especializado de cumplimiento. La sanción de privación de libertad en centro especializado de cumplimiento es de carácter excepcional. Puede ser aplicada sólo en los siguientes casos: a) Cuando se trate de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas y la propiedad y se trate de un delito contra la vida, la libertad sexual, la libertad individual, robo agravado y tráfico de estupefacientes. b) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años. La



sanción de privación de libertad durará un período máximo de seis años para adolescentes entre los quince y los dieciocho años, y de dos años para adolescentes con edades entre los trece y los quince años...”

### **3.6. Penalización del delito de asesinato para mayores de edad**

De conformidad con lo que establece el Artículo 132 del Código Penal, al reo de asesinato se le impondrá de 30 a 50 años de prisión, sin embargo, se impondrá la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad del agente.



## CAPÍTULO IV

### **4. Análisis parcial del Código Penal y de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**

El objeto de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es la integración familiar y promoción social, que persigue lograr el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca, dentro de un marco democrático e irrestricto respeto a los derechos humanos. Lo anterior implica, que la aplicación de penas de privación de libertad son de menor importancia, lo cual lesiona los principios constitucionales de protección a la persona y a la familia, el deber del Estado de Guatemala de proteger la libertad, la justicia, pero fundamentalmente la protección a la vida humana desde su concepción, la integridad y la seguridad de la persona.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, contenida en el Decreto 27-2003 del Congreso de la República, se caracteriza por ser una ley ordinaria que pretende proteger los derechos humanos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, restándole menor importancia a la aplicación de las penas por delitos cometidos, por jóvenes menores de edad.

Es conocida la información de la participación de adolescentes pertenecientes a pandillas juveniles, principalmente los denominados Mara 18 y Mara Salvatrucha, en asesinatos violentos con premeditación, alevosía y saña, que recientemente se han

realizado en los centros de detención para menores, lo cual refleja la peligrosidad social y el daño causado irreversible tanto a las víctimas como a los familiares de éstas.

Si se realiza una comparación del daño causado en los asesinatos cometidos por los pandilleros menores de edad mencionados anteriormente y las penas de prisión reguladas en el Artículo 252 de la citada Ley, estas últimas son ilógicas, puesto que deben ser sancionados con penas de acuerdo a la magnitud del delito cometido.

El Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece: “Privación de libertad en centro especializado de cumplimiento. La sanción de privación de libertad en centro especializado de cumplimiento es de carácter excepcional. Puede ser aplicada sólo en los siguientes casos: a) Cuando se trate de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas y la propiedad y se trate de un delito contra la vida, la libertad sexual, la libertad individual, robo agravado y tráfico de estupefacientes. b) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años. La sanción de privación de libertad durará un período máximo de seis años para adolescentes entre los quince y los dieciocho años, y de dos años para adolescentes con edades entre los trece y los quince años...”

Artículo 65 del Código Penal establece que el juez o tribunal determinará en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los



antecedentes personales de éste, la intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el hecho.

Es importante mencionar que en las disposiciones finales del Código Penal se incluya la parte derogatoria en la cual quedan invalidadas todas las disposiciones que se opongan a esa ley, en consecuencia, es oportuno indicar que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, es contradictoria con el Código Penal, en consecuencia, deben aplicarse las penas contenidas en el Código Penal a los adolescentes que cometen un hecho delictivo, que si se compara el daño causado a la víctima y sus familiares, con un delincuente mayor de edad, es el mismo.

Como puede determinarse, las condenas de seis y dos años para menores de edad que cometen asesinato que incluye extraer las vísceras y destruir el cráneo y exposición de la masa encefálica con una piedra, contradicen la regulación legal contenida en el Código Penal, que es la ley específica, pues dicha ley establece para el delito de asesinato con impulso de perversidad brutal, la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad del agente.

#### **4.1. Proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal**

El proceso de adolescente en conflicto con la ley penal, se divide en las etapas preparatoria o de investigación, intermedia y de juicio o debate, cuyo objeto de cada



una de ellas es semejante a las del proceso penal ordinario, interviniendo en todas estas fases el Juez unipersonal de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal.

Este proceso tiene como objetivos establecer la existencia de una transgresión a la ley penal, determinar quién es su autor y partícipe y ordenar la aplicación de las sanciones correspondientes, asimismo, buscará la reinserción del adolescente en su familia y en la sociedad.

Estos objetivos tienen estrecha relación con los objetivos del proceso penal que se refieren a la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido; el establecimiento de la posible participación del sindicado; el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma. Esa relación se da de conformidad a lo regulado en el Artículo 141 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, respecto a la aplicación supletoria del Código Procesal Penal.

De conformidad con la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto número 27-2003 del Congreso de la República, las fases del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, son:

**Fase preparatoria.** Esta fase se inicia con la investigación de oficio o por denuncia. El Ministerio Público deberá promover la averiguación de conformidad con la ley, teniendo en cuenta las restricciones que el procedimiento especial de adolescentes requiere,



para determinar la existencia del hecho, establecer los autores, cómplices y el daño causado. Esta fase investigativa se deberá efectuar en el plazo de dos meses, pudiendo el Ministerio Público requerir la ampliación por un plazo igual.

El Juez al tener conocimiento de la comisión de un hecho antijurídico, ordenará iniciar la investigación para comprobar la edad del adolescente y practicar las diligencias necesarias. Si se formula acusación y se requiera apertura a juicio o sobreseimiento, el juez ordenará la notificación a las partes y fijará audiencia oral para el procedimiento intermedio.

**Procedimiento intermedio.** Al fijarse día y hora para la audiencia del procedimiento intermedio, el juez se constituirá en el lugar señalado, verificará la presencia de las partes, cumpliendo con los procedimientos introductorios y luego dará la palabra a la parte agraviada o al querellante para que manifieste sus pretensiones y reproduzca los medios de convicción en que se funda. Concluida esta diligencia, intervendrá el adolescente y el abogado defensor para que se manifiesten respecto a las pretensiones del fiscal y del querellante y en su caso, reproduzcan la prueba en que se funden sus pretensiones.

Si el juez admite la acusación, el fiscal debe aportar la descripción del hecho delictivo y la identidad del adolescente, la tipificación del hecho antijurídico, las medidas preventivas y la descripción de la prueba en que se fundamenta la acusación.



**Juicio y debate.** Si en el hecho delictivo resulta cierta la participación del adolescente el juez y las partes examinarán las actuaciones, los documentos y las cosas secuestradas y las pruebas correspondientes. Con relación al debate, debe efectuarse en forma reservada, conforme las disposiciones establecidas en el Código Procesal Penal. El debate se dividirá en dos partes: sobre el grado de responsabilidad del adolescente en el hecho que viole la ley penal y sobre la idoneidad y justificación de la sanción.

Para la imposición de la sanción, el juez requerirá la opinión de un psicólogo y un pedagogo. Posteriormente se efectuarán las diligencias relacionadas a la declaración del adolescente, la recepción de pruebas, las declaraciones en la primera etapa del debate, las conclusiones, debate sobre la idoneidad de la sanción, la resolución sobre la responsabilidad transgresional del adolescente y los requisitos de la sentencia así como su notificación.

**Fase de impugnación.** Las partes podrán impugnar las resoluciones del Juzgado respectivo, mediante los recursos de revocatoria, apelación, casación y revisión, de conformidad con los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal.

## **4.2. Órganos jurisdiccionales competentes en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal**

Los hechos antijurídicos cometidos por adolescentes, serán conocidas en primera instancia por los Juzgados de Paz, Juzgados de adolescentes en conflicto con la ley penal y en segunda instancia por la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia y por el propio Juzgado de Adolescentes en el caso de los recursos interpuestos en contra de las resoluciones de los juzgados de Paz. La Corte Suprema de Justicia tendrá competencia para conocer los recursos correspondientes y el juez de control de ejecución de sanciones tendrá competencia para la fase de cumplimiento de las sentencias emitidas por los juzgados respectivos.

## **4.3. Principios del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal**

### **a) Principio de justicia especializada**

Este principio se refiere a que el personal que integra los órganos jurisdiccionales, deben ser especializados en materia de derechos humanos, el personal debe tener una formación especializada en derecho, sociología, psicología, criminología y ciencias del comportamiento, con el fin de orientar a la adolescencia en conflicto con la ley penal.



## **b) Principio de legalidad**

Este principio tiene su origen en el derecho de defensa constitucional, puesto que persigue la protección a los adolescentes en el sentido que no podrán ser sometidos a proceso por hechos que no sean considerados como delitos ni a procedimientos ni sanciones que no sean establecidos previamente por la ley. Tal garantía consiste en la observancia por parte del órgano jurisdiccional de todas las garantías en la tramitación del proceso y el derecho de los adolescentes de obtener un pronunciamiento rápido.

## **c) Principio de lesividad**

Este principio persigue la protección del adolescente, a efecto de no ser sometido a ninguna medida establecida en la ley respectiva, si no se comprueba que su conducta es antijurídica y pone en peligro el bien jurídico tutelado.

## **d) Presunción de inocencia**

Los adolescentes en conflicto con la ley penal, se les considerará inocentes mientras no se les compruebe su participación en un hecho ilícito considerado como delito por el Código Penal. Este principio se deriva de la presunción de inocencia establecida en la Constitución Política de la República que reconoce el derecho de toda persona la que se le impute la comisión de hechos, actos y omisiones ilícitas indebidas a que se

presuma su inocencia durante la dilación del proceso y hasta en tanto no se le haya declarado responsable judicialmente en sentencia ejecutoriada.

**e) Derecho al debido proceso**

A los adolescentes se les debe respetar su derecho al debido proceso, durante la tramitación del proceso, como al imponerles alguna medida o sanción. Este principio tiene relación con el debido proceso reconocido en el Artículo 12 constitucional, al provenir de una norma general prevista en la parte dogmática, deben tener plena observancia en todo procedimiento que que se sancione, condene o afecten derechos de una persona. Tales derechos abarcan la potestad de ser oído, de ofrecer y aportar medios de prueba y de rebatir argumentaciones deducidas y el pronunciamiento definitivo de conformidad con la ley.

**f) Derecho de abstenerse de declarar**

Ningún adolescente estará obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge o parientes dentro de los grados de ley. Este derecho se deriva de la norma constitucional contenida en el Artículo 16, el cual establece que en proceso penal ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, su cónyuge o parientes dentro de los grados de ley.



**g) Principio de non bis in ídem**

Este principio es específico porque ningún adolescente podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho delictivo. Este principio es congruente con el Artículo 17 del Código Procesal Penal, que establece en forma expresa que ninguna persona podrá ser perseguida más de una vez por el mismo hecho.

**h) Principio de interés superior**

Esta disposición se refiere a la aplicación de una norma cuando existieren dos o más, que favorezca los derechos fundamentales del adolescente. Esta garantía pretende favorecer al adolescente con la ley más benigna si existieren dos o más de la misma o igual naturaleza.

**i) Principio de confidencialidad**

Esta garantía establece la confidencialidad de la información, los hechos antijurídicos cometidos por los adolescentes. Su función principal es la de mantener la secretividad en cuanto a la identidad y la imagen de un adolescente sometido a un procedimiento penal.



#### **j) Principio de inviolabilidad de la defensa**

El derecho a un defensor es el carácter principal de este principio, para que defienda en todo el procedimiento a los adolescentes en conflicto con la ley penal. Tal garantía se deriva del derecho a elegir defensor contenida en el Artículo 92 del Código Procesal Penal, el cual establece en forma indubitable que el sindicado tiene derecho a elegir un abogado defensor de su confianza, sin menoscabar el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones.

#### **k) Principio contradictorio**

Establece con claridad que los adolescentes tienen derecho a ser oídos, aportar pruebas e interrogar a los testigos y de refutar los argumentos del contrario, actividades procesales garantizadas por la intervención de un defensor y del Ministerio Público dentro del proceso.

#### **l) Principio de racionalidad y de proporcionalidad**

Este principio tiene como fundamento imponer sanciones racionales y proporcionales de acuerdo a la transgresión a la ley penal por parte del adolescente.

#### **m) Principios de determinación de las sanciones**

Se refiere a la no imposición de sanciones que no se encuentren reguladas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Este principio tiene su origen en el derecho de defensa contenido en el Artículo 12 constitucional, en el sentido que nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y establecido con anterioridad.

#### **4.4. Análisis del Artículo 132 del Código Penal**

Como antecedentes de la pena de prisión regulada en el Código Penal, el Artículo 65 de ese cuerpo normativo, establece que el juez o tribunal determinará en la sentencia, la pena que corresponda, dentro del máximo y mínimo señalado por la ley, para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, los antecedentes personales de éste, la intensidad del daño causado y las circunstancias atenuantes o agravantes que concurren en el hecho.

El Artículo 66 regula que cuando la ley disponga que se aumente o disminuya una pena en una cuota o fracción determinada, se aumentará el máximo y el mínimo en la proporción correspondiente, o se disminuirá en su caso, quedando así fijada la nueva pena, dentro de cuyos límites se graduará su aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo que antecede.

De conformidad con lo que establece el Artículo 132 del Código Penal, al reo de asesinato impone de 30 a 50 años de prisión, y la pena de muerte, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad del sujeto activo.

#### **4.5. Análisis del Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**

El Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, contenida en Decreto 27-2003 del Congreso de la República, regula la pena de prisión para delitos cometidos por menores de edad.

Como puede determinarse, las condenas de seis y dos años para menores de edad que cometen asesinato que incluye extraer las vísceras y destruir el cráneo y exposición de la masa encefálica con una piedra, contradicen la regulación legal contenida en el Código Penal, que es la ley específica, pues dicha ley establece para el delito de asesinato con impulso de perversidad brutal, la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad del agente.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se caracteriza por ser una ley ordinaria que protege los derechos humanos de los adolescentes en conflicto con la ley

penal, restándole menor importancia a la aplicación de las penas por delitos cometidos, por jóvenes menores de edad.

Es conocida la información de la participación de adolescentes pertenecientes a pandillas juveniles, principalmente los denominados Mara 18 y Mara Salvatrucha, entre otras, en asesinatos violentos con premeditación, alevosía y saña, que recientemente se han realizado en los centros de detención para menores, lo cual refleja la peligrosidad social y el daño causado irreversible tanto a las víctimas como a los familiares de éstas.

Si se realiza una comparación del daño causado en los asesinatos cometidos por los pandilleros menores de edad mencionados anteriormente y las penas de prisión reguladas en el Artículo 252 de la citada Ley, estas últimas son ilógicas, puesto que deben ser sancionados con penas de acuerdo a la perversidad brutal del delito cometido.

De lo anterior se deriva de la necesidad de reformar el Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el sentido que se regulen penas de prisión para menores de edad, que cometen el delito de asesinato con perversidad brutal, en igualdad de condiciones para adultos, como lo establece el Artículo 132 del Código Penal.

#### **4.6. Consideraciones acerca del derecho penal de menores en el derecho comparado**

El derecho penal de menores se ha caracterizado, desde su surgimiento, por ser el no derecho penal de menores.

Esto significa que desde que en Illinois en 1899 se creara el primer tribunal específico de menores como consecuencia del amplio movimiento de reformas sobre las personas menores de edad, se creó una estrategia de control social, caracterizada por convertir en objetos a los niños y a los jóvenes y por desconocerles, en consecuencia, todos sus derechos.

Con el telón de fondo del positivismo que implicaba legitimaciones de las penas/medidas de seguridad por razones de prevención especial y modelos político-criminales de defensa social, todas las personas menores de edad que no se socializaran a través de los mecanismos informales de control social, iban a ser resocializadas a través del derecho penal (en sentido material). Una de las tantas inconsistencias teóricas de este planteo consistió (y consiste aún hoy) en pretender la resocialización de asociales, como eran considerados en el país a comienzos del siglo, los hijos de los inmigrantes europeos de tendencias ácratas o de izquierda en general que trabajaran con sus padres vendiendo publicaciones en la calle.

Conviene recordar que la consecuencia necesaria de encontrarse en alguno de los

supuestos que la ley define como de abandono o riesgo moral o material es la aplicación de una medida rehabilitadora, tutelar, socioeducativa por tiempo indeterminado.

- El Artículo 5 del Código de Menores de Guatemala del año 1979, dedicado a la protección del menor en situación irregular, señala que se consideran menores en tal situación a aquellos que sufren o estén expuestos a sufrir desviaciones o trastornos en su condición fisiológica, moral o mental y los que se hallen en abandono o peligro.
- El Artículo 114 del Código del Menor de Bolivia señala que la conducta irregular puede ser leve o aguda, leve cuando se debe a ligereza o torpeza del menor y aguda, cuando es renuente a los tratamientos biopsicopedagógicos, a los que deberá ser sometido un menor en caso de cometer alguna falta o contravención de las definidas en el Artículo 119, entre otras, inasistencia a establecimientos educativos, consumo de tóxicos o bebidas alcohólicas, o la sola concurrencia al lugar donde se las expenda, mendicidad, desobediencia o irrespetuosidad a padres, maestros, etc., realizar viajes o excursiones sin autorización de la Dirección Regional del Menor, manejar vehículos, integrar o promover agrupaciones políticas partidarias, organizar pandillas juveniles, etc.; y
- Los Artículo 98 y 99 del Código de Menores de El Salvador, donde se enumeran todas las actividades que puede hacer una persona menor de edad como de

abandono o bien como de peligro o riesgo, para luego agregar un último inciso en el Artículo 98 que por las dudas agrega “que se encuentren en situaciones análogas a las relacionadas en los números anteriores” y en el Artículo 99 “que denotaren cualquier otro tipo de conducta que constituya peligro para la sociedad”; por dar algunos ejemplos más que significativos.

No es necesario realizar un examen minucioso para detectar en todas estas legislaciones violaciones manifiestas y groseras a todos los principios, derechos y garantías que inspiran al derecho penal liberal nacido con el Estado de Derecho y sobre el que con tanta claridad escribiera Beccaria allá por 1764 con su célebre *De los delitos y de las penas*.

Por ese motivo decíamos al comenzar este apartado que el derecho penal de menores se ha caracterizado, desde su surgimiento, por ser el no derecho penal de menores. Es de menores y no de la infancia y la juventud porque el derecho cumplió aquí también su rol encubridor y subversivo de la realidad. Los niños y los jóvenes van al Kinder, van al colegio o a la escuela. Los menores, ya lo hemos dicho, van a los Institutos.

- Madrid: El artículo 19 del vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, fija efectivamente la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente.

Como consecuencia de los principios, criterios y orientaciones, que conformaron y llevaron a cabo el texto de la Ley Orgánica referida, puede decirse que la redacción de la Ley Orgánica ha sido conscientemente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autónomas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución.

Sin embargo, la Ley tampoco puede olvidar el interés propio del perjudicado o víctima del hecho cometido por el menor, estableciendo un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento, en sus caso, de daños y perjuicios, dotando de amplias facultades al Juez de Menores para la incorporación a los autos de documentación y testimonios relevantes de la causa principal.

En éste ámbito de atención a los intereses y necesidades de las víctimas, la Ley introduce el principio en cierto modo revolucionario de la responsabilidad solidaria con el menor responsables de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores, si bien permitiendo la moderación judicial de la misma y recordando expresamente la aplicabilidad en su caso de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de



Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Así mismo la Ley regula, para procedimientos por delitos graves cometidos por mayores de dieciséis años, un régimen de intervención del perjudicado en orden a salvaguardar el interés de la víctima en el esclarecimiento de los hechos y su enjuiciamiento por el orden jurisdiccional competente, sin contaminar el procedimiento propiamente educativo y sancionador del menor.

Esta Ley arbitra un amplio derecho de participación de las víctimas ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos.

La competencia corresponde a un Juez ordinario, que, con categoría de Magistrado y preferentemente especialista, garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos en conflicto.

La posición del Ministerio Fiscal es relevante, en su doble condición de institución que constitucionalmente tiene encomendada la función de promover la acción de la Justicia y la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos.



El letrado del menor tiene participación en todas y cada una de las fases del proceso, conociendo en todo momento el contenido del expediente, pudiendo proponer pruebas e interviniendo en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor y a la ejecución de la medida, de la que puede solicitar la modificación.

La adopción de medidas cautelares para los menores de edad que hubieran cometido un delito grave sigue el modelo de solicitud de parte, en audiencia contradictoria, en la que debe valorarse especialmente, una vez más, el superior interés del menor.

Conforme a los principios señalados, se establece, inequívocamente, el límite de los catorce años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal y se diferencian, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por prestar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas.

La aplicación de la presente Ley a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, prevista en el Artículo 69 del Código Penal vigente, podrá ser acordada por el juez atendiendo a las circunstancias personales y al grado de madurez del autor, y a la

naturaleza y gravedad de los hechos. Estas personas reciben, a los efectos de esta Ley, la denominación genérica de jóvenes.

#### **4.7. Acerca del derecho penal de menores**

Frente a tan grave panorama de violación total (tanto en los hechos como en la ley) de los derechos de las personas menores de edad, la reacción se hizo esperar pero finalmente llegó en la figura de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (que mencionáramos al comienzo) y de todos los instrumentos internacionales que conforman la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas.

Paralelamente a la ratificación de la Convención Internacional por la casi totalidad de los países del mundo, muchos de ellos reformaron sus legislaciones para cumplir con el mandato de la Convención de asegurar en el orden interno de los países los derechos y garantías en ella reconocidos expresamente.

En América Latina quien dio el gran salto en esta materia fue Brasil, al incorporar la cuestión de la infancia como prioridad nacional al texto constitucional y al sancionar por ley federal 8069 del 13 de julio de 1990, el Estatuto del Niño y del Adolescente.

Esta ley se hizo quebrando con la tradición del paradigma menor: objeto de tutela y compasión-represión, adoptando el de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas: niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho. La ley distingue y

separa claramente las cuestiones asistenciales, propias de las políticas sociales y de las que se encargarán los Consejos Municipales y Estatales -situación que en la tradición anterior era captada por el derecho penal y determinaba la institucionalización injustificada de niños y adolescentes, y que sigue haciéndolo aún hoy en los otros países del área- y la práctica de lo que denomina "acto infractor" llevado a cabo por un menor de 18 años.

Enumera en sus Artículos 106 a 109 todos los derechos individuales y acto seguido, en los Artículos 110 y 111, las garantías procesales que le son aseguradas al joven infractor. Estas son:

1. Que no será privado de su libertad sino en caso de flagrancia de acto infractor o por orden escrita y fundada de autoridad judicial competente, teniendo derecho el adolescente a la identificación de los responsables de su aprehensión, debiendo ser informado acerca de sus derechos (Artículo 106);
2. Que su detención (y el lugar donde esté alojado) será inmediatamente comunicada a la autoridad judicial competente y a la familia o a la persona que él indique, examinándose bajo pena de responsabilidad la posibilidad de liberación inmediata (Artículo 107);
5. Que la internación, antes de la sentencia, puede ser determinada por el plazo máximo de cuarenta y cinco días, por decisión fundada y basada en indicios

suficientes de autoría y materialidad, así como en la demostración de la necesidad imperiosa de la medida (Artículo 108); y

6. Que el adolescente civilmente identificado no será sometido a identificación compulsiva por los órganos policiales, de protección y judiciales, salvo en caso de confrontación, existiendo duda fundada (Artículo 109).
7. Además: que ningún adolescente será privado de su libertad sin el debido proceso legal (Artículo 110); y el pleno y formal conocimiento de la imputación del acto infractor, mediante citación o medio equivalente; igualdad en la relación procesal, pudiendo confrontarse con las víctimas y testigos y producir todas las pruebas necesarias a su defensa; defensa técnica por abogado; asistencia jurídica gratuita e integral para los necesitados; derecho a ser oído personalmente por la autoridad competente y derecho a solicitar la presencia de sus padres o responsable en cualquier fase del procedimiento (Artículo 111).

Una reforma de similar tenor, aunque no tan radical y con mínima repercusión a nivel continental en relación a la que tuvo el Estatuto del Niño y del Adolescente, acaba de darse en Ecuador en julio del pasado año.

El contraste con la tradición anterior es evidente. Los juristas preocupados por los derechos de los niños y de los jóvenes latinoamericanos advertimos nuestra "mala conciencia", pero tranquilos. Por fin se les reconocerá su condición de sujetos y a los



infractores, todos los derechos y garantías por las que tanto se reclamó: igualdad ante la ley, principio de legalidad, principio de reserva, la garantía de juicio previo, la garantía de proceso legal previo, el derecho de defensa en juicio, el principio de inocencia y el criterio de culpabilidad por el acto. Por fin las personas menores de edad ingresarán al derecho penal.



## CONCLUSIONES

1. Los derechos del niño y del adolescente, se encuentran protegidos mundialmente, ya que éste no tiene el discernimiento de un adulto para la comisión de un delito, sin embargo, no se ha tomado en cuenta a la víctima y a los familiares de ésta, en cuanto al daño causado por la saña y brutalidad con que asesinan a sus víctimas.
2. El Congreso de la República no ha penalizado el delito de asesinato cometido por el menor de edad en igualdad de circunstancias del mayor de edad, considerando la aplicación de la pena, conforme el daño causado con perversidad y brutalidad, saña y desprecio por la vida humana.
3. Que el Congreso de la República, no ha establecido en forma clara e indubitable la contradicción de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, con el Código Penal, en cuanto a la aplicación de las penas se refiere en la comisión del delito de asesinato.
4. Si se realizara una comparación del daño causado en los asesinatos cometidos por los pandilleros menores de edad y las penas de prisión reguladas en el Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, estas últimas son ilógicas, puesto que no son sancionados con penas de acuerdo a la saña y perversidad del delito cometido.



5. Existe contradicción de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, con el Código Penal, en cuanto a la aplicación de las penas se refiere en la comisión del delito de asesinato.



## RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República, reforme el Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el sentido que se incluyan penas de prisión para menores de edad, que cometen el delito de asesinato con perversidad brutal, en igualdad de condiciones para adultos, como lo establece el Artículo 132 del Código Penal.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el sentido que se incluyan penas de prisión para menores de edad, que cometen el delito de asesinato con perversidad brutal, en igualdad de condiciones para adultos, como lo establece el Artículo 132 del Código Penal.
3. Que el Congreso de la República, derogue el Artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, por contradecir en forma expresa e indubitable el Artículo 132 del Código Penal.
4. El Congreso de la República de Guatemala debe penalizar el delito de asesinato cometido por el menor de edad en igualdad de circunstancias del mayor de edad, considerando la aplicación de la pena, conforme el daño causado con perversidad y brutalidad, saña y desprecio por la vida humana.



5. El Congreso de la República de Guatemala debe tomar en cuenta el derecho comparado, especialmente el derecho penal de los Estados Unidos de América, donde la pena es aplicada a menores de edad como si fueran mayores de edad, de acuerdo a la gravedad del delito, la saña, la perversidad y brutalidad y el desprecio por la vida humana.

## BIBLIOGRAFÍA



- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**, Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1996.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, Buenos Aires: Ed. Heliasta, 1979.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo**, Ed. Impresos Industriales. Guatemala, 1984.
- CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoría general del Estado**. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penología**, Barcelona, España: Ed. Bosch Casa Editorial S.A. 1998.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATTA VELA, José Francisco. **Curso de derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Centroamericana, 1998.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Manual de derecho penal guatemalteco**, Guatemala: Ed. Industriales, S.A. 2001.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Tratado de derecho penal**, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**, México: Ed. Porrúa, 1960.
- GONZÁLEZ CAUHAPÉ-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**, Guatemala: Ed. Centroamericana, 1998.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. **Derecho penal mexicano**, México, Ed. Porrúa, 1997.
- GROPPALI, Alessandro. **Doctrina general del Estado**, traducción de Alberto Vázquez del. Mercado, Ed. Porrúa, México, 1944.
- HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal**. Guatemala: Ed. José de Pineda Ibarra, 1978.
- KELSEN, Hans. **Teoría general del Estado**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Universitaria, 1987.



LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **El Estado de derecho en la actualidad**, Madrid: Labor, 1934

MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Derechos humanos y Procurador de los Derechos Humanos**, Centro Ed. Vile, Guatemala. C.A. 1990.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal parte general**, Ed. Reppertor, Barcelona-España, 2002.

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

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Imputabilidad e inimputabilidad**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1986.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado**, México: Ed. Porrúa, 1993.

#### **Legislación:**

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

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

**Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia,** Congreso de la República, Decreto 27-2003, Guatemala, 2003.