


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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man in a long robe and a cap, possibly a scholar or a saint, standing on a horse. Above the figure is a crown with a cross on top. The seal is surrounded by a circular border containing the Latin text "ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CETERA ORBIS CONSPICUA CAROLINA".

**NECESIDAD DE REFORMAR LA PENA IMPUESTA AL DELITO
DE PATROCINIO INFIEL REGULADO EN EL ARTÍCULO 465
DEL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**

MARCO VINICIO DUARTE BURGOS

GUATEMALA, JUNIO DE 2013

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

**NECESIDAD DE REFORMAR LA PENA IMPUESTA AL DELITO
DE PATROCINIO INFIEL REGULADO EN EL ARTÍCULO 465
DEL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARCO VINICIO DUARTE BURGOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2013

**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 I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARÍA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Rosa Amalia Cajas Hernandez
Vocal: Lic. Geovanni Vasquez Vicente
Secretario: Lic. Raúl Antonio Castillo Hernandez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Hector René Marroquín Aceituno
Vocal: Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Carcamo

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).



Samuel Sentes Luna
Colegiado 6522
Abogado y Notario

Guatemala 06 de junio del año 2012

Lic. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Licenciado:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha dieciséis de marzo del año dos mil doce, procedí a la asesoría del trabajo de tesis del bachiller Marco Vinicio Duarte Burgos, con carné 9715301; que se denomina: **“NECESIDAD DE REFORMAR LA PENA IMPUESTA AL DELITO DE PATROCINIO INFIEL REGULADO EN EL ARTÍCULO 465 DEL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO”**. Después de la asesoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además el ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se señaló la importancia de analizar las penas impuestas en la legislación penal; el sintético, indicó el delito de patrocínio infiel; el inductivo, estableció sus características, y el deductivo, señaló su regulación legal. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada. Los objetivos determinaron y establecieron la pena impuesta al delito de patrocínio infiel. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer los fundamentos jurídicos que informan la necesidad de su reforma.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde el ponente señala un amplio contenido relacionado con el tema.

7ª. avenida 15-13 zona 1 tercer nivel oficina 35 Edificio Ejecutivo
Tel: 57084340



Licenciado
Gamaliel Sentés Luna
Colegiado 6522
Abogado y Notario

5. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros, que dan a conocer la problemática actual.
6. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. Al sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. Gamaliel Sentés Luna
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Gamaliel Sentés Luna
Abogado y Notario
Colegiado 6,522
Asesor de Tesis



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

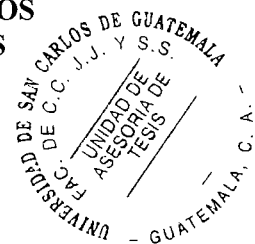


**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, ocho de junio de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **DAVID SENTES LUNA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante:): **MARCO VINICIO DUARTE BURGOS**, CARNE NO. **9715301** Intitulado: **“NECESIDAD DE REFORMAR LA PENA IMPUESTA AL DELITO DE PATROCINIO INFIEL REGULADO EN EL ARTÍCULO 465 DEL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO”**.

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

LIC. CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



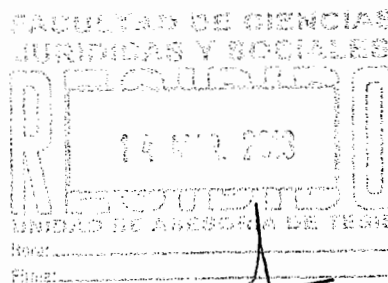
cc.Unidad de Tesis
CEHR/iycr



Lic. David Sentes Luna
Abogado y Notario

Guatemala 17 de julio del año 2012

Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado:

Le doy a conocer que de acuerdo a resolución emitida por el despacho a su cargo de fecha ocho de junio del año dos mil doce, se me nombró revisor de tesis del bachiller Marco Vinicio Duarte Burgos que se denomina: **“NECESIDAD DE REFORMAR LA PENA IMPUESTA AL DELITO DE PATROCINIO INFIEL REGULADO EN EL ARTÍCULO 465 DEL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO”**. Después de la revisión llevada a cabo, le indico:

- a) Al desarrollar la tesis se empleó un contenido técnico y científico acorde y relacionado con el tema investigado, mediante la obtención de la información jurídica y doctrinaria adecuada. También, se utilizó un lenguaje apropiado mediante la utilización de los pasos del proceso investigativo.
- b) Fueron empleados los métodos de investigación siguientes: analítico, con el que se señaló el delito de patrocinio infiel; el sintético, estableció su pena; el inductivo, dio a conocer sus consecuencias jurídicas; y el deductivo, indicó la normativa vigente.
- c) Se emplearon las siguientes técnicas de investigación: documental y de fichas bibliográficas, y con las mismas se recopiló la información legal y doctrinaria relacionada con el tema de tesis que se investigó.
- d) La redacción tiene relación con los capítulos de la tesis, y se adapta a los capítulos desarrollados. La hipótesis formulada, se comprobó al indicar la necesidad de reformar la pena impuesta en la legislación penal al delito de patrocinio infiel.
- e) La tesis contribuye científicamente a la ciudadanía guatemalteca y es de útil consulta para estudiantes y profesionales.



Lic. David Sentés Luna
Abogado y Notario

-
- f) Las conclusiones y recomendaciones, fueron redactadas de forma sencilla y constituyen supuestos valederos.
- h) La bibliografía es adecuada y actualizada. Al sustentante le sugerí la necesidad de realizar varias correcciones a su introducción, índice, capítulos y bibliografía; encontrándose de acuerdo en llevar a cabo las correcciones.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. David Sentés Luna
11 calle 0-48 zona 10 Edificio Diamond cuarto nivel oficina 404
Tel: 58979720
Colegiado 3860
Revisor de Tesis

DAVID SENTES LUNA
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 03 de mayo de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MARCO VINICIO DUARTE BURGOS, titulado NECESIDAD DE REFORMAR LA PENA IMPUESTA AL DELITO DE PATROCINIO INFIEL REGULADO EN EL ARTÍCULO 465 DEL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'BAMO/sllh'.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lic. Avidán Ortiz Orellana'.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Rosario'.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por iluminarme y darme el don de la sabiduría y del entendimiento.
- A MIS PADRES:** Especialmente a mi madre María del Rosario Burgos (Q.E.P.D.), por su abnegación, entrega y buenos ejemplos, porque no le basto darme la vida sino entregó también la suya por forjarme y hacer de mí un hombre de bien.
- A MIS HIJOS:** Kevyn, Astrid, Emily y Sofía por ser mi orgullo y el regalo de vida que Dios me ha encomendado para orientarlos, respetarlos, amarlos y enseñarles el temor a Dios y también por su paciencia.
- A MI ESPOSA:** Por su apoyo incondicional y darme fortaleza cuando flaqueaba, esperanza y fe cuando dude y decirle que esta victoria también es suya.
- A MIS HERMANOS:** Por sus manifestaciones de apoyo, motivación y cariño.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, por permitirme ingresar y culminar mi carrera en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho penal.....	1
1.1. Diversas definiciones.....	1
1.2. Misión.....	3
1.3. Fuentes.....	3
1.4. Relación con otras disciplinas jurídicas.....	5
1.5. Evolución histórica.....	6
CAPÍTULO II	
2. Principios del derecho penal.....	17
2.1. Principio de legalidad.....	19
2.2. Principio de reserva absoluta de la ley	19
2.3. Principio de exigencia de certeza en la ley.....	20
2.4. Principio de intervención mínima.....	23
2.5. Principio de subsidiariedad.....	25
2.6. Principio de proporcionalidad de las penas.....	28
2.7. Principio de culpabilidad.....	31
2.8. Principio de personalidad de las penas.....	32



CAPÍTULO III

3.	El delito.....	35
3.1.	Teoría del delito.....	37
3.2.	Noción formal y sustancial del delito.....	44
3.3.	Evolución del concepto dogmático del delito.....	49
3.4.	Sistema causalista.....	53
3.5.	Concepción finalista.....	54
3.6.	Escuelas.....	62
3.7.	Sistema tripartito.....	65
3.8.	Sistema bipartito.....	66
3.9.	Clasificación.....	66

CAPÍTULO IV

4.	Fases de realización del delito.....	71
4.1.	Iter criminis.....	71
4.2.	Fases de iter criminis.....	71
4.3.	Conceptualización de consumación.....	72
4.4.	Finalización del delito.....	73
4.5.	Tentativa.....	74
4.6.	Fundamento de la punibilidad.....	75
4.7.	Delimitación entre actos preparatorios y la ejecución.....	76
4.8.	Clases de tentativas.....	77
4.9.	Desistimiento voluntario.....	79

4.10. Requisitos del desistimiento.....	80
4.11. Efectos del desistimiento.....	81

CAPÍTULO V

5. Análisis de la importancia de reformar la pena impuesta al delito de patrocinio infiel en el Artículo 465 del Código Penal.....	83
5.1. Regulación legal.....	84
5.2. Tipicidad objetiva.....	85
5.3. Sujeto activo.....	86
5.4. Sujeto pasivo.....	87
5.5. Tipicidad subjetiva.....	87
5.6. Antijuricidad.....	88
5.7. Culpabilidad.....	88
5.8. Tentativa y consumación.....	89
5.9. La necesidad de reformar la pena impuesta al delito de patrocinio infiel regulado en el Artículo 465 del Código Penal.....	89
 CONCLUSIONES.....	 95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFIA.....	99



INTRODUCCIÓN

Mediante el delito de patrocínio infiel el abogado o mandatario judicial que, después de haber patrocinado o representado a una parte en un proceso judicial o administrativa.

El delito es un hecho jurídico, es decir. Es un hecho que tiene importancia jurídica, por cuanto el derecho le atribuye consecuencias jurídicas, el nacimiento de derechos para el agraviado y para el Estado, como el persecutor de los delitos, y pérdida de derechos para el delincuente.

Como el delito es un hecho jurídico voluntario, supone que él es ante todo un hecho humano y no un hecho natural y consiste en una acción, un obrar con efectos comprobables en el mundo exterior, y no una simple declaración de voluntad; y es, además, una acción voluntaria y consciente, por tanto imputable, es decir, referible al sujeto activo como suya.

Los objetivos de la tesis, dieron a conocer que la consumación del delito de patrocínio infiel, se lleva a cabo al asumir la función de abogado o mandatario judicial. El asumir la defensa, es dirigir en el aspecto técnico legal. Se busca dar un asesoramiento técnico sin que sea precisa la realización de actos que trasciendan al exterior, como presentación de escritos, y pronunciamiento de informes.

El abogado, como profesional del derecho asume la defensa y representación, respectivamente, de una persona física o jurídica. La doble defensa o representación se configura como un delito de sencilla actividad, que se consuma por la misma realización de la conducta que haya sido prohibida, sin exigirse, para su apreciación, la causación de un resultado material de perjuicio para los intereses del cliente.



La hipótesis formulada, se comprobó al dar a conocer la importancia de las conductas delictivas realizadas por abogado o procurador, del tipo subjetivo, de las formas imperfectas de ejecución y de las situaciones concursales que pueden plantearse cuando se produce esta doble defensa o representación.

El desarrollo de la tesis se llevó a cabo en cinco capítulos: el primer capítulo, describe al derecho penal, definiciones, misión, fuentes, relación con otras disciplinas jurídicas y evolución histórica; el segundo capítulo, se refiere a los principios del derecho penal; el tercer capítulo, indica lo relacionado con el delito, teoría del delito, noción formal y sustancial del delito, evolución del concepto dogmático del delito, sistema causalista, concepción finalista, escuelas, sistema tripartito, sistema bipartito, y clasificación; el cuarto capítulo señala las fases de realización del delito, iter criminis, fases del iter criminis, conceptualización de consumación, finalización del delito, tentativa, fundamento de la punibilidad, delimitación entre actos preparatorios y la ejecución, clases de tentativa, requisitos del desistimiento y efectos del desistimiento; y el quinto capítulo, analiza la importancia de reformar la pena impuesta al delito de patrocínio infiel regulado en el Artículo del Código Penal.

En dicho sentido, el bien jurídico que se busca tutelar lo constituye la inviolabilidad del secreto profesional, resguardando para ello la intimidad personal y familiar de las personas como un aspecto trascendente del bien jurídico general que viene a ser el derecho a la libertad individual, específicamente de aquellas personas que han confiado algún secreto a determinado profesional

El hecho punible de violación del secreto profesional se verifica cuando el sujeto activo o agente revela sin consentimiento del sujeto pasivo, secretos a los que ha tenido acceso en virtud de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio; por lo que deviene necesario reformar la pena de este delito, por cuanto se está protegiendo el secreto profesional de los clientes.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

Derecho penal es el conjunto de principios y reglas jurídicas que determinan las infracciones, las penas o sanciones, y las relaciones del Estado con las personas con motivo de las infracciones o para prevenirlas.

Cuando se habla de derecho penal se utiliza el término con diferentes significados, de acuerdo a lo que se desee hacer referencia, y de tal modo, se puede mencionar una clasificación preliminar tal como: derecho penal sustantivo, y por otro lado, el derecho penal adjetivo o procesal penal.

El primero de ellos, está constituido por lo que generalmente se conoce como Código Penal o leyes penales de fondo, que son las normas promulgadas por el Estado, estableciendo los delitos y las penas, mientras que el derecho procesal penal es el conjunto de normas destinadas a establecer el modo de aplicación.

1.1. Diversas definiciones

“El derecho penal es la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, para así aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles”.¹

“El derecho penal es el saber jurídico que establece los principios para la creación, interpretación y así ejecutar la aplicación de las leyes penales, propone a los jueces

¹ Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos en la teoría del delito**. Pág 56.



un sistema orientador de sus decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho”.²

“Derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, y la pena como legítima consecuencia”.³

El derecho penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas, que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

“Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico, que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción”.⁴

El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que definen las conductas delictivas y las penas o medidas de seguridad que hay que aplicar a sus infractores.

“Derecho penal es la rama del derecho público interno relativo a los delitos, a las penas y medidas de seguridad que tienen por objeto inmediato la creación y conservación del orden social”.⁵

² **Ibid.** Pág 7.

³ Manzini, Vincenzo. **Tratado de derecho penal.** Pág 90.

⁴ Bramont, Arias, Luis Alberto. **Manual de derecho penal.** Pág 34

⁵ Bacigalupo. **Ob.Cit.** Pág 23.



1.2. Misión

“El derecho penal no se reduce solamente al listado de las conductas consideradas delitos, y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad”.⁶

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

El derecho penal en su parte general, consiste en el conjunto de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico de determinado Estado, cuya finalidad primordial es regular conductas punibles, consideradas como delitos, con la aplicación de una pena.

1.3. Fuentes

La fuente del derecho es aquello de donde el mismo emana, dónde y cómo se produce la norma jurídica.

Entonces, la única fuente del derecho penal en los sistemas en los que impera el principio de legalidad es la ley, de la cual emana el poder para la construcción de las demás normas y su respectiva aplicación, por lo tanto, sólo ésta puede ser la creadora y fuente directa del derecho penal.

⁶ Cerezo Mir, Julio. **Derecho penal**. Pág 22.



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

Para el sistema anglosajón el antecedente judicial es fuente de derecho. En derecho penal, sin embargo, la costumbre no puede operar como creadora de delitos y penas.

A pesar de lo anteriormente dicho, algunos autores admiten la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad.

Según este argumento, se afirma que en determinados casos, una conducta que pareciera típica, sin embargo, por fuerza de la actividad social se la considera atípica o permitida.

Sin embargo, otros autores se posicionan en contra, por entender que admitir la adecuación social es aceptarle como fuente del derecho.

El caso típico que se pretende permitir con base en la adecuación social, es el de los pequeños regalos a los funcionarios, conductas que entran de lleno en delitos de corrupción, conductas gravísimas incluso en sus más leves manifestaciones que afectan a las propias bases del sistema social, y lo convierten en injusto.

La jurisprudencia es la reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de forma similar, no es una sola decisión, tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso.



“La jurisprudencia es utilizada para la toma de decisiones, y todos los abogados tienden a buscar precedentes jurisprudenciales, porque son los que le indican cómo interpretan los tribunales una determinada norma”.⁷

Ahora bien, en los sistemas penales continentales la jurisprudencia no es fuente de derecho, así como tampoco lo es la analogía.

La doctrina no es fuente del derecho penal, aunque cumple importantes funciones de cara a la creación e interpretación de la ley penal.

Los principios generales del derecho, tampoco pueden ser considerados fuente del derecho penal, aunque cumplen otras funciones al orientar y limitar la actividad legislativa; la interpretación o la aplicación de la ley penal.

1.4. Relación con otras disciplinas jurídicas

Si bien el derecho es un todo, en el cual es imposible escindir totalmente unas normas de otras, por cuestiones didácticas, pedagógicas, y también prácticas a la hora de su aplicación, se lo divide en diferentes ramas. Con cada una de ellas, el derecho penal tiene vinculaciones:

- Derecho constitucional: la Constitución Política de cada Estado, es la que fija las bases y los límites a los que el derecho penal deberá sujetarse, o sea, a limitaciones al *ius puniendo*, con principios como el de presunción de inocencia, y debido proceso, entre otros.

⁷ **Ibid.** Pág 35.



- Derecho civil: muchas de las nociones que se utilizan en el derecho penal provienen o son definidas en el derecho civil.
- Derecho mercantil: sucede lo mismo que en el caso anterior. Se puede ejemplificar con el delito de estafa con cheque, para lo cual es necesario tomar del derecho comercial el concepto de cheque.
- Derecho administrativo: por una parte, el derecho penal protege la actividad administrativa sancionando las conductas que atentan contra su debido funcionamiento; por otra, generalmente, el hecho de revestir el autor del delito de autoridad administrativa agrava la pena.

Luego, el ejercicio de la persecución penal, al estar a cargo de órganos administrativos, acerca también a estas dos ramas del derecho.

Por último, cuando los órganos administrativos imponen sanciones, se ha entendido que los principios y garantías del derecho penal, son también aplicables en el ejercicio de esta potestad, aunque con matices.

1.5. Evolución histórica

Cada sociedad, históricamente, ha creado y crea sus propias normas penales, con rasgos y elementos característicos según el bien jurídico que en cada caso se quiera proteger.

- Tabú y venganza privada: en los tiempos primitivos no existía un derecho penal estructurado, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias no sólo



para el ofensor sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu.

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

- La Ley del Talión: las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgen con el Código de Hammurabi, La Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Es el famoso ojo por ojo, diente por diente.

En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física, de modo tal, que al autor de un robo se le cortaba la mano.

A esta misma época, corresponde la aparición de la denominada composición, consistente en el reemplazo de la pena por el pago de una suma dineraria, por medio de la cual la víctima renunciaba a la venganza.

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

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

A partir de la Ley de las XII Tablas se distinguen los delitos públicos denominados crímenes, de los delitos privados o también llamados delitos, en sentido estricto. Los



primeros eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de éste, en tanto que los segundos, eran perseguidos por los particulares en su propio interés. Es de destacar que la ley de las XII tablas, no establecía distinciones de clases sociales ante el derecho.

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

“Durante la época de la República, solo van quedando como delitos privados los más leves. El derecho penal romano, comienza a fundarse en el interés del Estado, reafirmandose de este modo su carácter público”.⁸

Esta característica se ve claramente en la época del Imperio. Los tribunales, actuaban por delegación del emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más.

Con el desarrollo del período imperial, no se trata ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino de que todos serán intereses públicos. La pena en esta etapa recrudescer su severidad.

- Edad Media: durante la misma desaparece el Imperio romano. Las invasiones de los bárbaros, trajeron costumbres jurídico-penales diferentes y contrapuestas muchas de ellas a los principios del derecho del Imperio romano.

⁸ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág 12.



A medida que el señor feudal fortalece su poder, se va haciendo más uniforme el derecho, como fruto de la unión del antiguo derecho romano, y de las costumbres bárbaras.

Así cobra fuerza el derecho canónico, proveniente de la religión católica que se imponía, por ser la religión que se había extendido junto con el Imperio romano.

El derecho canónico que comenzó siendo un simple ordenamiento disciplinario, crece y su jurisdicción se extiende por razón de las personas y por razón de la materia, llegando con ello a ser un completo y complejo sistema de derecho positivo.

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

Se puede destacar que el derecho canónico institucionalizó el derecho de asilo, y que se opuso a las ordalías, afirmando con ello el elemento subjetivo del delito.

Es muy debatido si se distinguía el delito del pecado, pero la mayoría de los autores coinciden en que aunque haya existido una distinción teórica, en la práctica la misma se desvanecía.

Basta con mencionar algunos de los actos que se consideraban delitos: la blasfemia, la hechicería, el comer carne en cuaresma, el suministro, tenencia y lectura de libros prohibidos, la inobservancia del feriado religioso, etc.

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



Se produce entonces el renacimiento del derecho romano. En las universidades, principalmente, se estudia este derecho, como también las instituciones del derecho canónico y del derecho germano.

Los postglosadores ampliaron el campo de estudio, incluyendo también las costumbres.

Queda definitivamente consagrado el carácter público de la actividad represiva, y se establece que la finalidad de la pena es la expiación, es decir, la retribución del mal causado, como medio de intimidación, para que el hecho no se repita.

Se distingue conforme la influencia del derecho romano, el hecho cometido por el inimputable. Distinguida así la condición subjetiva para la imputación, estableciéndose que a tales sujetos no se les puede acusar, queda firmemente fijado el sentido subjetivo de esta ley penal, la cual, en este terreno, traza nítidas diferencias entre la simple comisión de un hecho y su comisión culpable.

Contiene también, especialmente en el homicidio, la diferencia entre el hecho doloso, el culposo y el justificado. Se prevén ciertas formas de instigación, de tentativa y complicidad.

- Derecho penal liberal: la pretensión no fue construir un sistema de derecho penal, sino trazar lineamientos para una política criminal.

"Beccaria fue el primero que se atrevió a escribir en forma sencilla, en forma de opúsculo, y concebido en escuetos silogismos y no en la de aquellos infolios en que los prácticos trataban de resumir la multiplicidad de las leyes de la época. Sobre



todo, es el primero que se atreve a hacer política criminal, es decir, una crítica de la ley".⁹

Parte de los presupuestos imperantes de la época, como origen de la constitución de la sociedad y la cesión de mínimos de libertad a manos del Estado y de su poder punitivo para la conservación de las restantes libertades.

Conduce a la formulación de una serie de reformas penales que son la base de lo que se conoce como derecho penal liberal, resumido en términos de humanización general de las penas, abolición de la tortura, igualdad ante la Ley, del principio de legalidad, y de proporcionalidad entre delito y pena.

- Escuela clásica o liberal: el primer representante de esta escuela es Francisco Carmignani. Su obra: Elementos de derecho criminal propone un sistema de derecho penal derivado de la razón, siendo uno de los primeros en trazar un sistema científico del derecho penal.

Siguiendo a Carmignani, pero superándolo, aparece en el escenario de la escuela liberal Francesco Carrara, conocido como el maestro de Pisa.

En su programa desarrolla la construcción del sistema de derecho penal alcanzando una depuración técnica, tanto que cuando muere Carrara se empieza a visualizar el proceso de demolición del derecho penal liberal.

⁹ Gómez Cruz, Eusebio. **Tratado de derecho penal**. Pág 11.

- Positivism: ante los avances de la ciencia y el afán por superar el Estado liberal no intervencionista, buscando afrontar su ineficacia respecto al nuevo crecimiento de la criminalidad, nace el positivismo.

Su idea es que la lucha contra la criminalidad, debe hacerse de una forma integral permitiendo la intervención directa del Estado.

Las mayores críticas contra los autores positivistas radican en el olvido de las garantías individuales, ya que su foco es la peligrosidad social del delincuente.

El fundador de la escuela positivista fue César Lombroso, quien cambió el enfoque del delito como ente jurídico para dirigirlo hacia el delincuente como hecho observable.

El delincuente es un fenómeno patológico, respecto del cual sostiene la existencia de una predisposición anatómica para delinquir, por lo que afirma la existencia de un delincuente nato por una malformación en el occipital izquierdo.

Para Lombroso, el que delinque es un ser que no ha terminado su desarrollo embrionfetal.

“Lombroso no era un jurista, por lo que Enrico Ferri será quien le dé trascendencia jurídica a las teorías de Lombroso. Ferri rotula como delincuente nato al hombre delincuente de Lombroso. El punto central de Ferri es que para su positivismo, el delito no es la conducta de un hombre, sino el síntoma de un mecanismo descompuesto”.¹⁰

¹⁰ **Ibid.** Pág 66.



El delito es síntoma de peligrosidad, por ello la medida de la pena está dada por la medida de la peligrosidad, y no del acto ilícito. Con el estado peligroso sin delito, se quiso limpiar la sociedad de vagos, alcohólicos y todo aquél que demostrara peligrosidad predelictual.

Con Rafael Garófalo se completa el trío positivista, y con él queda demarcada la tesis de guerra al delincuente.

Con él surge la idea de un delito natural, ya que las culturas que no compartían las pautas valorativas eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores, y que eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad.

El delito natural sería el que lesione los sentimientos de piedad y justicia, que eran los pilares de la civilización occidental.

- Otros positivistas: dentro del positivismo se pueden citar también otras posiciones, como las escuelas alemanas, el positivismo criminológico y su positivismo jurídico.

Franz von Liszt ocupó todas las áreas académicas que consideraba lindantes con el delito y formuló lo que llamó ciencia total del derecho penal, en la que incluye al derecho penal de fondo, derecho procesal penal, la criminología, política criminal, entre otras ramas.

Para Von Liszt el derecho penal no protege al orden jurídico ni a la comunidad, sino al sujeto que ha obrado contra ella. Dispone para él, el derecho a ser castigado sólo si concurren los requisitos legales y dentro de los límites establecidos por la ley.



Von Liszt adjudica a la pena, y como parte de un Estado intervencionista, un fin preventivo especial, rechazando el retribucionismo. Tal prevención tiene, a su juicio, un triple contenido: corrección de los delincuentes corregibles y necesitados de mejora, no intervención en caso de delincuentes no necesitados de mejora y la inocuización de los delincuentes no susceptibles de mejora o incorregibles. Defiende así la pena indeterminada.

Karl Binding con su positivismo jurídico desarrolló la teoría de las normas, donde afirma que el delincuente no viola la ley penal sino que la cumple, lo que viola es la norma prohibitiva u ordenatoria que subyace dentro de la norma penal.

La crítica básica del neokantismo al positivismo es la insuficiencia de su concepto de ciencia. El método de las ciencias naturales sólo da un conocimiento parcial, pues sólo determina aquello que se repite.

Es necesario añadir las ciencias del espíritu, y otras clases de métodos distintos a los científicos naturales. Es necesario referir los datos de la realidad a los valores de una comunidad, lo que se hace a través de las ciencias de la cultura, entre ellas el derecho.

El renacimiento del derecho natural en los primeros años de la segunda posguerra mundial, era un necesario volver a fundar el derecho penal en límites precisos y garantistas.

La doctrina del derecho natural fue la de Hans Welzel, con su teoría de las estructuras lógico-objetivas. Se trataba de un derecho natural en sentido negativo: no pretendía decir cómo debería ser el derecho, sino sólo lo que no era el derecho.



A diferencia del neokantismo, para el cual el valor era lo que ponía orden en el caos del mundo y lo hacía disponible, para el ontologismo welzeliano el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas de la realidad. Según Welzel, cuando se las ignora o quiebra, el derecho pierde eficacia, salvo que quiebre la que lo vincula a la estructura del ser humano como persona, en cuyo caso deja de ser derecho.





CAPÍTULO II

2. Principios del derecho penal

Es de importancia el análisis de los principios básicos que informan el derecho penal, centrándose preferentemente en aquellos principios que definen como se debe prohibir penalmente, qué se debe prohibir penalmente y a quien se debe sancionar penalmente.

Uno de los pilares en que reposa la razón de ser del Estado, es su protección de monopolizar el uso de la fuerza con la finalidad de asegurar la paz social, evitando la venganza privada. El monopolio del uso de la fuerza, convierte al Estado en el único legitimado para responder con violencia es el poder estatal, para imponer penas y medidas de seguridad.

Sin embargo, en un Estado democrático y de derecho, este poder sancionador ha de tener límites.

El primer lugar, el poder sancionador no puede depender del criterio arbitrario de quien en nombre del estado decide la imposición de sanciones.

La decisión de qué conductas merecen sanción debe plasmarse en una ley escrita, que defina con la máxima precisión cuáles conductas son prohibidas y determine la sanción aplicable por infringir esta prohibición.



Así, la prohibición ha de ser previamente conocida por los ciudadanos, quienes sólo podrán ser sancionados si infringen las normas descritas en las leyes.

Todo esto queda recogido en el principio de legalidad que fija cómo se han establecer las prohibiciones penales.

En segundo lugar, el poder sancionador implica la vulneración de derechos fundamentales de la persona, como la propiedad, la libertad y, en algunos casos hasta la vida.

“La vulneración solo se puede justificar como mal necesario para poder asegurar la paz social y los derechos fundamentales del resto de los ciudadanos. De esta manera, el estado solo podrá sancionar cuando sea estrictamente necesario, tal como postula el principio de intervención mínima”.¹¹

En tercer lugar, la sanción sólo se podrá imponer en la medida en la que el infractor tenga capacidad de ser culpable, entiendo dicho concepto como la capacidad de haber elegido realizar una conducta que lesiona, o pone en peligro bienes jurídicos fundamentales.

De esta forma, no se podrá responsabilizar penalmente a las personas por hecho que no hayan cometido, ni por aquellos que no hubiesen podido prever su comisión.

¹¹ Muñoz Conde, Francisco. **Derecho penal**. Pág 44.



Conviene aclarar, que existen otros principios que fijan límites a la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, éstos influyen principalmente en el ámbito procesal o en la ejecución de las penas.

2.1. Principio de legalidad

“El principio de legalidad establece que nadie podrá ser penado por acciones u omisiones que no estén expresamente calificadas como faltas en una ley anterior a su perpetración”.¹²

Este principio, o sus consecuencias, vienen contemplados en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, Constitución Política, Código Penal y Código Procesal Penal y es considerado uno de los pilares de cualquier Estado democrático y de derecho.

Las consecuencias o garantías que emanan del principio de legalidad son muchas, siendo de importancia:

2.2. Principio de reserva absoluta de la ley

La garantía de reserva absoluta de ley estipula que tan sólo una ley demanda del Congreso de la República y puede definir tipos penales y establecer sanciones.

¹² **Ibid.** Pág 90.



De esta manera, se evita la creación de tipos penales mediante disposiciones reglamentarias.

La reserva absoluta de ley se encuentra en contradicción con lo que la doctrina denomina normas penales en blanco, que consisten en la remisión a una disposición reglamentaria de la descripción de una conducta prohibida. La doctrina rechaza el recurso a esta técnica legislativa, salvo en materias muy técnicas como el derecho penal ambiental o el derecho penal tributario. Incluso en esos casos, la norma penal debe describir genéricamente la conducta prohibida, especificar la sanción y dejar sólo a la vía reglamentaria el núcleo de la infracción, para remitir a la vía reglamentaria los detalles.

Sin embargo, la reserva absoluta de la ley no impide que se recurra a reglamentos, costumbre o jurisprudencia para interpretar el sentido de la ley, por ejemplo, para determinar en un accidente entre vehículos si un comportamiento es imprudente, habrá que recurrir al reglamento de tránsito, o para aclarar el alcance de la premeditación será necesario conocer la interpretación jurisprudencial del término.

2.3. Principio de exigencia de certeza en la ley

La razón de ser del principio de legalidad es evitar que el ciudadano pueda ser sorprendido y sancionado, por incurrir en una conducta que ignoraba que era prohibida.



La autoridad por su parte, deberá atenerse a lo estrictamente señalado en el texto legal, y no podrá imponer una sanción cuando la conducta realizada no se enmarque plenamente en lo descrito en el tipo.

Por ello, para que el principio de legalidad sea plenamente efectivo, es necesario que el legislador establezca con certeza cuáles son las conductas prohibidas, evitando al máximo el libre arbitrio del juez.

De esta manera deben proscribirse los tipos penales abiertos, en los que la descripción de la conducta es tan vaga que prácticamente es el juez el que decide qué es o prohibido.

En los Estados totalitarios eran comunes las normas que imponían sanciones a las conductas contrarias a los intereses de la patria o de la nación, sin especificarse concretamente cuáles eran esas conductas.

Lamentablemente, en el Código Penal de Guatemala existen algunos ejemplos de tipos penales abiertos. Uno de los más notables es la descripción del abuso de autoridad, que señala que comete abuso de autoridad el funcionario o empleado público que abusando de su cargo o función ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o legal en perjuicio de la administración o de los particulares que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones. Así la decisión sobre lo que es o no arbitrario, queda totalmente al criterio del juez.



La exigencia de certeza en la ley, impide recurrir en la definición de las conductas prohibidas a términos eminentemente valorativos, de gran vaguedad y que dependen en gran medida de los conceptos éticos o morales de cada persona.

Sin embargo la autorización de los términos más objetivos posibles unido a los criterios definatorios que debe fijar la jurisprudencia contribuyen a limitar al máximo la arbitrariedad en la interpretación de las leyes.

La prohibición de la analogía se encuentra contemplada en el Artículo 7 del Código Penal, al prohibir a los jueces crear por esta vía figuras delictivas o aplicar sanciones.

El derecho penal, describe una serie de conductas punibles y bajo ningún concepto un juez está autorizado a aumentar al alcance de dicha punibilidad.

“Sin embargo, no se puede confundir la analogía con la interpretación amplia. La interpretación, es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su sentido legal posible, mientras que la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros”.¹³

No obstante, la analogía sí se permite a favor del imputado. Ello, porque de esta forma se crean sanciones o delitos.

¹³ Puig Peña, Federico. **Derecho penal**. Pág 22.



2.4. Principio de intervención mínima

“El derecho penal es la forma más violenta que dispone el Estado para responder a las actuaciones contrarias a la ley de los ciudadanos. Por ello, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano estableció que la ley no debe establecer otras penas que las estricta y manifiestamente necesarias”.¹⁴

Anteriormente se señalaba que la pena debe ser pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes. El principio de intervención mínima impide en un Estado democrático la expansión del derecho penal, debiendo quedar éste reducido a su mínima expresión. A continuación, se desarrollan algunas consecuencias de este principio:

- a) Exclusiva protección a los bienes jurídicos: el principio de exclusiva protección a bienes jurídicos, es consecuencia del desarrollo del postulado proclamado desde la ilustración de que sólo deben considerarse delitos las conductas socialmente dañosas.

El derecho penal de un Estado social, se justifica como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho, se denominan bienes jurídicos.

¹⁴ **Ibid.** Pág 12.



De esta manera, la vida, que es un interés social digno de ser protegido por el derecho penal, se convierte en un bien jurídico a proteger.

Se establece así una primera limitación al poder sancionador del Estado. Sólo podrán calificarse como delito, aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos.

En ese sentido, no deben sancionarse meras conductas que no impliquen una lesión, o un riesgo directo sobre el bien jurídico.

Ello obliga a determinar cuáles son los intereses sociales que tienen suficiente importancia como para ser convertidos en bienes jurídicos penalmente protegidos. La Constitución de la República establece una serie de principios y valores que rigen la vida en sociedad del país.

Unido a esto, hay que considerar la finalidad del derecho penal que es asegurar los mínimos que permiten la convivencia pacífica entre los ciudadanos. Por ello, el derecho penal sólo debe proteger aquellos valores contenidos en la Constitución Política que al ser afectados, entorpecen los mínimos requisitos para desarrollar la vida en comunidad.

De esta manera, no pueden ser amparados por el derecho penal intereses meramente morales. La exigencia de exclusiva protección de bienes jurídicos y de un derecho penal mínimo, unido al respecto a la diversidad, la libertad de pensamiento y religiosa, y a la pluralidad, contenidos en la Constitución Política,



obligan al legislador a limitar al máximo los bienes jurídicos objeto de protección penal. Así, no afectan a los bienes jurídicos fundamentales.

Por otra parte, el Estado no puede proteger por la vía penal los bienes jurídicos del individuo en contra de su propia voluntad. Cuando ciertas conductas tan solo afectan los bienes jurídicos del autor, no parece lógico que el Estado sancione con una pena.

2.5. Principio de subsidiariedad

Se ha desarrollado la necesidad de que el tipo penal sea creado con la finalidad de proteger un bien jurídico, sancionando su lesión o puesta en peligro.

Sin embargo, el derecho penal ha de ser el último recurso, la *última ratio*, al que debe recurrir el Estado para proteger un bien jurídico. De esta manera se explica el carácter subsidiario del derecho penal.

Es importante, recordar que rara vez la ley penal puede resolver un problema social. Si por ejemplo, frente al índice de accidentes en transporte extraurbano, la única medida que se toma en el incremento de las penas a los pilotos de camioneta que manejan en forma imprudente, pocos resultados se obtendrán.

Posiblemente, previo a cualquier penalización parecería más razonable, por ejemplo, reforzar las medidas administrativas de control del Estado de los vehículos y los

métodos de selección de los pilotos, o exigir seguros de responsabilidad civil a los transportistas.

Directamente vinculado a la idea de subsidiariedad, está el principio de utilidad y el recurso a la vía penal, para la existencia de efectividad para proteger el bien jurídico tutelado. En caso contrario, no se justifica el recurso a esta vía.

Por ello, antes de utilizar cualquier tipo penal, es necesario determinar si la penalización es una forma útil para proteger un bien jurídico.

En otras palabras, si se quiere evitar que una conducta, considerada lesiva para un bien jurídico se realice la prohibición penal, ello no es siempre la vía más acertada. Se deben favorecer siempre las medidas preventivas y sociales antes que las represivas y penales.

“Lamentablemente, con excesiva frecuencia se recurre al carácter simbólico del derecho penal. Para las autoridades, resulta siempre más fácil demostrar que se toman medidas contra un problema, creando un tipo penal o aumentando las penas a los ya existentes”.¹⁵

Así, llama la atención observar cómo los diputados presentan propuestas de modificación al Código Penal de acuerdo a las noticias del día.

¹⁵ Salinas Siccha, Ramiro. **Derecho penal**. Pág 99.



Estas reformas, además de adolecer en general de graves errores técnicos en cuanto a la definición de los delitos y la proporción de penas, no suelen resolver ningún problema.

El principio de intervención mínima obliga al Estado, a sólo perseguir aquellas acciones concretas que impidan la normal convivencia social.

Por ello, se juzgará a las personas por hechos concretos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos. El respeto a este principio lleva lo que la doctrina ha denominado derecho penal de hecho.

Frente al derecho penal de hecho, durante mucho tiempo se apoyó, un derecho penal de autor. En él, se entendía que el derecho penal debía sancionar a las personas tanto por lo que hacen, sino por lo que son.

La ley penal debía sancionar a las personas no tanto por lo que hacen, sino por lo que son. La ley penal, adquiriría así un alto contenido moralizante, entrando a juzgar la forma de ser o la forma de vida de las personas.

Se sancionaban, de esta manera, las formas de vida consideradas como desviadas o antisociales, perdiendo con ello la protección al bien jurídico, y su función, límite y garantía del derecho penal.



El derecho penal de autor, favorece la imposición de medidas de seguridad predelictuales. Esto es, habiéndose detectado una personalidad peligrosa o desviada se le implica una medida de seguridad.

El derecho penal de hecho, sancionará al reo por haber robado una cantidad en un día concreto, mientras que el derecho penal de autor lo hará por ser un ladrón.

Lamentablemente, el Código Penal contiene numerosas manifestaciones de un derecho penal de autor.

No obstante, las manifestaciones más graves del derecho penal de autor no se reflejan en los textos legales, sino en la práctica forense.

2.6. Principio de proporcionalidad de las penas

El principio de intervención mínima implica limitaciones en las sanciones que el Estado puede imponer. Debe existir algún tipo de proporción entre la lesión o peligro al bien jurídico, y la sanción impuesta.

En este punto se plantea el problema de determinar cuál es la sanción proporcionada es decir, cuánta pena hay que imponer por cada delito. Está claro que no hay una respuesta cerrada, pero sí se pueden establecer una serie de criterios ilustrativos.



En primer lugar, en la determinación de la pena, se deberá considerar tanto el daño producido por el delito, como la culpabilidad del autor.

Las penas más graves, deberán reservarse para aquellos casos en los que se lesione gravemente bienes jurídicos importantes, y en las que el nivel de culpabilidad sea más alto.

En cuanto al límite mínimo de la pena, la indicación de mayor relieve, señala es aquella conforme a la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena: si no fuera así, no cumpliría ninguna función disuasoria.

Dicho de otra manera, la pena no tiene sentido si, a pesar de su imposición, sigue compensando cometer el delito.

En cuanto al límite máximo, se deben rechazar las penas que produzcan un sufrimiento mayor que el producido por el delito.

Asimismo, en la consideración de la pena de prisión se debe tener en cuenta su finalidad constitucional, para tender a la readaptación social y reeducación de los recursos, por lo que no son admisibles las penas privativas de excesiva duración.

La proporcionalidad de las penas también se mide comparando los delitos. Por ello, el legislador busca unificar en un mismo grupo legal normalmente denominado Código Penal, la mayoría de los delitos, ya que así resulta más fácil mantener coherencia entre la gravedad de las penas y de los delitos.



Lamentablemente, las sucesivas reformas parciales que se realizan en el Código Penal guatemalteco, desajustan esa lógica interna.

De todas maneras, la desproporción en las penas, no siempre se debe a una incorrecta técnica legislativa.

El derecho penal no es aséptico ni apolítico. Los diferentes códigos penales, reflejan una concepción de política criminal más o menos estructurada, que puede apreciarse en función de los bienes jurídicos que se consideran dignos de protección, así como el del grado de protección atribuido a los mismos.

En este sentido, el Código Penal de Guatemala defiende especialmente los intereses de una clase dominante, política y económica, al proteger preferentemente el derecho a la propiedad privada frente a otros derechos, a priori más importantes.

En la elaboración de cualquier tipo penal, el legislador, teniendo en cuenta los principales aspectos del principio de intervención mínima tendrá que respetar reglas:

- La prohibición de cualquier conducta, debe estar encaminada a la protección de un bien jurídico concreto y no de principios morales o éticos.
- Sólo deben protegerse por la vía penal, los bienes jurídicos necesarios para permitir la convivencia en sociedad.

No se deben prohibir penalmente, las conductas que no afecte a terceros.

- Sólo se debe recurrir a la vía penal, si los bienes jurídicos no pueden ser protegidos por formas menos violentas, como ocurre en el derecho administrativo, derecho civil, etc.
- Debe rechazarse la vía penal, si esta genera más perjuicio que beneficio.
- No deben imponerse penas excesivamente altas ni desproporcionadas.
- Las conductas prohibidas han de describirse en forma concreta, evitándose los tipos penales abiertos.
- Nunca se debe creer que el derecho penal por sí solo resuelve problemas sociales.

2.7. Principio de culpabilidad

“Una de las finalidades en derecho penal, es ilustrar a los ciudadanos sobre las conductas que están prohibidas, debido a que afectan gravemente la convivencia social”.¹⁶

Se espera que de esa forma, la persona respete esta normativa y sepa que si la incumple será sancionada. El derecho penal motiva a las personas para que eviten ciertos comportamientos perjudiciales para la mayoría.

¹⁶ **Ibid.** Pág 101.



Por ello, la sanción penal no tiene razón de ser si la persona no decidió infringir la norma. El Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena, comportándose según el derecho.

Para que una persona sea culpable, primeramente primero tiene que haber cometido el ilícito. En segundo lugar, el resultado prohibido ha de haber sido querido por ella, o ser el fruto de una acción propia imprudente. En tercer lugar, la persona debe tener la capacidad y el conocimiento para ser consciente que estaba cometiendo un delito.

El concepto culpabilidad, se convierte en un límite a la capacidad sancionada del Estado. El Estado solamente podrá imponer una sanción penal cuando pruebe la culpabilidad conforme a la ley.

Del principio de culpabilidad, se extrae el principio de personalidad, la exigencia de dolo o imprudencia y la exigencia de comprensión.

2.8. Principio de personalidad de las penas

El principio de personalidad impide castigar a alguien por hechos ajenos. Hoy en día, ya nadie puede admitir la imposición de sanciones por hechos cometidos por algún familiar.



Lamentablemente, en Estados totalitarios así se ha actuado en numerosas ocasiones. Familias enteras eran detenidas y deportadas por ser alguno de sus miembros disidente político.

Sin embargo, este principio no es común todas las ramas del derecho. En numerosas ocasiones, ciertas personas que no cometieron los hechos, deberán responder civilmente por los mismos.

Por ejemplo, los herederos responden civilmente por el delito cometido por el responsable fallecido, o los que tienen su potestad o guarda legal a un inimputable responden subsidiariamente por los daños causados por éste.

No pueden exigir un delito, si no hay dolo o imprudencia en su autor. Ello quiere decir, que no basta que se produzca un resultado lesivo o que se realice un comportamiento peligroso. Para que haya delito, el autor debe haber querido el resultado o, al menos, haberlo producido por no haber puesto el debido cuidado.

Por ejemplo, un resultado de muerte no implica necesariamente la comisión de un hecho delictivo. Para que haya homicidio, el que causó la muerte tiene que haber realizado una acción buscando ese resultado o debe haber actuado en forma imprudente. Si la muerte no se produjo bajo ninguna de estas circunstancias, la personas que la causó no habrá cometido delito alguno.

No obstante, el Código Penal contiene numerosas vulneraciones a este principio básico.



Para que una persona sea culpable, es necesario que conozca que la conducta que va a realizar es prohibida, y que pueda respetar dicha prohibición.

De esta manera, no podrán ser culpables aquellos que por su juventud, enfermedad mental o desarrollo psíquico completo, no tengan la capacidad de entender y comprender el alcance de sus conductas.

De igual manera, tampoco responderán penalmente aquellos que, habiendo puesto la diligencia adecuada, ignoraban que la conducta que estaban realizando era prohibida.



CAPÍTULO III

3. El delito

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

La teoría y existencia de este principio constituye el derecho, en su acepción más extensa. Por tanto, el derecho como un conjunto de normas de observancia obligatoria para todos los miembros de la sociedad, que han sido establecidas por el Estado de acuerdo a procedimientos previamente establecidos, permiten la convivencia de todos los miembros de la sociedad entre sí, de las instituciones del Estado y la interrelación de éstas y la sociedad.

Desde luego, la manifestación del derecho, en su aspecto práctico y real, es por medio o a través de la ley. Ella y a los intereses de la sociedad, para una correcta y legal convivencia entre los miembros de la sociedad y su relación con las instituciones del Estado, que la misma ley denomina delito.

La causa de la infracción o de la no observación de las disposiciones de la ley, el delito, en perjuicio de la sociedad y de la obligatoriedad de la misma ley por los hombres, obedece a muchos y muy diversos factores; sin embargo, esos factores



tienen origen en la propia naturaleza del hombre y la convivencia estrecha a la que, hoy en día, se ve sometido.

Pues, el hombre siempre pretenderá tener un mayor número de satisfactores que otros, incluso más de los que necesita, por el sólo hecho de acumular riquezas y el poder, que en la sociedad actual, representan una posición admirada y envidiada por algunos de sus miembros, aún cuando no las puede conseguir de manera honesta y legal.

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

En este orden de ideas, es que se desarrolla el tema denominado el delito, desde el punto de vista del derecho penal, analizándose la definición de éste y la ubicación del delito dentro de él. Por su parte, al delito se le define, estudiando los tipos de delito cuya existencia acepta la ley, desde el punto de vista de su realización y su ubicación dentro de la legislación que los prevé, las circunstancias que inciden en su existencia.

Desde el punto de vista del derecho penal, actualmente la definición del delito tiene un carácter descriptivo y formal. Además, corresponde a una concepción dogmática, cuyas características esenciales sólo se obtienen de la ley.

De conformidad a lo anterior, en la mayoría de los ordenamientos herederos del sistema continental, se acostumbra a definirlo como una acción típica, antijurídica y culpable, eventualmente punible, o más precisamente como toda acción u omisión o



comisión por omisión, típicamente antijurídica y correspondientemente imputable al culpable, siempre y cuando no surja una causal de exclusión de la pena, o el enjuiciable sea susceptible de la aplicación de una medida de seguridad.

Sin embargo, aunque hay un cierto acuerdo a la misma es punible respecto de su definición, y no todos le atribuyen el mismo contenido. Así son especialmente debatidas las relaciones entre sus diversos elementos, y los componentes de cada uno de ellos consisten en discusiones que se realizan al interior de la llamada teoría general del delito.

3.1. Teoría del delito

“Es un instrumento conceptual útil, para realizar una aplicación racional de la ley penal al caso concreto. Se le atribuye una doble función: por un lado, mediar entre la ley penal y el caso concreto”.¹⁷

Por otro lado, mediar entre la ley penal y los hechos materiales que son objeto de juicio. Se trata de una teoría de la aplicación de la ley penal, ya que primero se tiene que verificar que una conducta humana denominada acción, se adapta a la descripción realizada por el tipo o tipicidad, luego que la misma no esté autorizada ni que goce de un permiso por el ordenamiento jurídico llamado antijuricidad.

Y por último, comprobar que el autor posee las condiciones personales para imputarle dicha conducta de culpabilidad. Esta es una construcción doctrinal, surgida a fines del siglo XIX.

¹⁷ Von Liszt, Franz. **Tratado de derecho penal**. Pág 98.



La teoría del delito es creada por la dogmática, con el propósito de entregar seguridad jurídica para resolver un caso concreto y además establecer una pena justa y proporcionada. Esta es un sistema categorial por niveles que permite saber cuando un determinado hecho denominado delito puede asociar una pena.

La teoría del delito, no se ocupa de los elementos del delito en particular, sino de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos.

Una falta, en derecho penal, es una conducta antijurídica que pone en peligro algún bien jurídico protegible, pero que es considerado de menor gravedad y que, por tanto, no es tipificada como delito.

El sistema de faltas o contravenciones ha dado origen a una sub rama del derecho penal llamado derecho contravencional, o derecho de faltas.

Las faltas cumplen con los mismos requisitos que un delito. La única diferencia es que la propia ley decide caracterizarla como falta, en lugar de hacerlo como delito, atendiendo a su menor gravedad.

Esta característica permite que el sistema de faltas, sea menos estricto en el uso de ciertas figuras penales como los tipos abiertos, los delitos formales sin dolo ni culpa, y la validez de las actas de constatación.

Dado que, por definición, la gravedad de una falta es menor a la de un delito, las penas que se imponen por las mismas suelen ser menos graves que las de los delitos, y se intenta evitar las penas privativas de libertad en favor de otras, como las penas pecuniarias o las de privaciones de derechos.



Uno de los casos característicos del sistema de faltas, son las infracciones de tránsito.

Los principios limitadores del derecho penal, son aquellas partes de la doctrina que le han impuesto barreras a la construcción del derecho penal, de tal forma que éste no se salga de control, y acabe con el estado de derecho. El objetivo de los principios, es la reducción del poder punitivo de los estados.

La pena es el medio con que cuenta el Estado, para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable. Es la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

El orden jurídico prevé además las denominadas medidas de seguridad, destinadas a enfrentar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta suficiente o adecuado.

De este modo, se puede sostener que el Estado cuenta con dos clases de instrumentos: penas y medidas de seguridad.

“Desde la antigüedad se discuten acerca del fin de la pena, habiéndose desarrollado fundamentalmente tres concepciones, las que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión”.¹⁸

¹⁸ **Ibid.**. Pág 14.



En relación a la pena se encuentran diversas teorías siendo las mismas las siguientes:

- Teoría absoluta de la pena: sostiene que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. Y es de carácter absoluto, porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social.
- Teoría relativa de la pena: las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, y ello se entiende como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico.
- Teoría mixta o de la unión: sostiene que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas teóricas antes mencionadas, y propone teorías multidisciplinarias que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos, e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas.

El objeto de estudiar la teoría de la pena es para la clara determinación del acto al que se denomina castigo.

La retribución significa que la pena debe ser equivalente al injusto culpable, según el principio de la justicia distributiva. Lo anotado no tiene que ver con venganza, sino con medida, ya que el hecho cometido se convierte en fundamento y medida de la pena, y ello se llama principio de proporcionalidad de la pena con el delito cometido.



El principio retribucionista descansa sobre dos principios inmanentes: el reconocimiento de que existe la culpabilidad, que puede medirse y graduarse; y el de que puedan armonizarse la gravedad de la culpa y la de la pena, para que se experimente como algo merecido por el individuo y por la comunidad.

En la teoría absoluta la imposición de la pena tiene un carácter moral. El sujeto sufre la pena para comprender el daño causado. Mediante la pena, expía su culpabilidad.

Las teorías relativas, profundizan esta máxima, teniendo una sola corriente que es la preventiva. Para ellas, la pena es un medio para obtener un fin que es la prevención del delito.

En la prevención se mira hacia el futuro, ya que se centra en la peligrosidad del sujeto y la predisposición criminal latente de la generalidad de los sujetos. La pena sería un medio para prevenir delitos futuros.

El delito entonces no es la causa sino la ocasión de la pena. Tampoco, es la medida de la pena, porque no se castiga con arreglo a lo que el delincuente se merece, sino según lo que se necesite para evitar otros hechos criminales. El principio prevencionista descansa sobre tres presupuestos inmanentes: la posibilidad de enjuiciar en un juicio de pronóstico mínimamente seguro respecto a la conducta futura del sujeto; la de que la pena pueda incidir de tal manera en la peligrosidad diagnosticada que ciertamente produzca un efecto preventivo; y que pueda lucharse eficazmente contra las inclinaciones y tendencias criminales.

El criterio de las teorías relativas prevencionistas, tiene dos vertientes que a su vez se subdividen en dos posiciones cada una. La prevención general, la cual actúa solo



sobre la comunidad, y la prevención especial las cuales recaen sobre el sujeto delincente.

La pena es el mal que se irroga a quien ha cometido un delito. El derecho de castigar, es el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito por causar una transgresión de la ley. La pena, en este sentido, no puede aplicarse nunca como un medio de procurar otro bien, ni aun a beneficio del culpable o de la sociedad, sino que siempre debe aplicarse la pena contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido.

La participación criminal consiste en la descripción de los hechos típicos, y supone siempre la presencia de un sujeto activo. Este sujeto activo, es el que ejecuta o realiza la acción descrita, o provoca el resultado señalado en el precepto respectivo.

A veces, sin embargo, la ley señala la intervención, dentro de la misma descripción típica, de más de una persona. Esto significa, que pueden haber varios copartícipes y puede ocurrir que no siempre sean coincidentes las actuaciones de uno y otro, ya sea en el plano objetivo o subjetivo.

Desde el punto de vista jurídico, Guatemala se presenta en la actualidad ante una profundización del estado de derecho democrático replanteado en el texto constitucional vigente; ahora bien, siempre que la política legislativa, demás políticas públicas y la práctica del derecho se encaucen en tal dirección, la Constitución Política debe significar una importante evolución en el desarrollo del Estado constitucional contemporáneo, entendido como Estado destinado a garantizar la protección y vigencia de los derechos humanos, conforme a los principios del derecho penal.



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

Tal orientación constitucional está expresamente establecida en la Constitución Política, cuando ratifican que Guatemala se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, cuyos fines giran en torno a los derechos humanos bajo el eje de la dignidad humana.

De esta forma, el derecho penal y su legislación dependiente deben sujetarse al modelo de derecho penal propio de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, lo cual supone la adscripción a los principios y a la contribución del derecho penal contemporáneo de signo garante.

De allí, también deriva la responsabilidad que tiene la justicia penal de ofrecer una tutela judicial efectiva íntimamente constreñida a los términos de las garantías penales de aquellos derechos y bienes jurídicos penalmente protegidos contra ataques violentos, significativos y relevante.

El horizonte de reflexión ética está enmarcado por los derechos humanos, por lo que el baremo de un texto normativo está dado por su congruencia con las declaraciones, convenios y acuerdos suscritos por la República en materia de reconocimiento, proclamación y garantía de los derechos inherentes a la persona humana.

Se reconoce la dignidad de la persona humana como un valor esencial, que debe servir de basamento a la creación, interpretación y aplicación del orden jurídico



positivo. Valor ético que, debe guiar el quehacer de legisladores, administradores y jueces.

La carencia de conocimiento no puede mermar la obligatoriedad de la Ley. La autoridad pública, pone las leyes al alcance de los ciudadanos, quienes pueden enterarse de ellas por sí mismos o por medio de terceros.

Es, realmente necesario que el ciudadano conozca las leyes; pero se sabe que es materialmente imposible que todos los habitantes puedan conocer con la prontitud del caso las leyes que se dicten.

3.2. Noción formal y sustancial del delito

En la antigüedad, para establecer la responsabilidad penal, sólo se tomaba en cuenta el daño ocasionado, pero ciertos autores han formulado el concepto en los términos siguientes: el delito es la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo, o sea, el delito es la negación del derecho objetivo.

La idea del delito toma su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación de la ley penal o, para ser más exactos, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia, delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo, en ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea



antes o después de la comisión o realización del delito, que no revisten mayor relevancia, por el momento.

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

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

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

Según los sujetos que los realizan, los delitos individuales y colectivos, comunes y especiales según la ley que los contenga; y ocasionales y habituales según la constancia con que delinque el sujeto que los realiza. Según los requisitos para



la procedibilidad o persecución de los delitos, conforme al bien jurídico protegido que afecta, de acuerdo a la naturaleza del daño afectación del bien, los delitos son de acción pública (denuncia) o de acción privada (querrela).

“La teoría del delito a los fines del siglo XIX y bajo la influencia de las ideas científicas, imperantes por entonces, son aquellas en donde los juristas se preocuparon de identificar los elementos naturales del delito”.¹⁹

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

El acto realizado era, en consecuencia, considerado ilícito cuando contradecía el derecho positivo. La descripción naturalista de la infracción deviene apoyada en el sistema conceptual del positivismo jurídico, y en la base de las investigaciones penales. Su esquema (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) ha sobrevivido hasta ahora.

Se puede sostener que esta concepción clásica del delito proviene del positivismo que se caracteriza, en el ámbito del derecho y en la resolución de problemas penales, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas. La idea central consistía en separar, radicalmente, la realidad del mundo normativo. El primer efecto de esta idea fue la constatación que del análisis empírico de la realidad no es posible extraer criterios normativos, que permitan apreciar axiológicamente esta realidad.

¹⁹ **ibid.** Pág 67.



La noción de delito es, entonces, revisada de acuerdo a los fines axiológicos del derecho penal.

En el dominio de la tipicidad, se tiene que tomar en consideración la identificación de los elementos normativos del tipo legal.

Se tiene que verificar que la constatación de la antijuricidad es tanto material como formal.

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

Se presupone que el individuo tiene la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento en función de uno de estos fines. Su capacidad esta en relación con las posibilidades que tiene de prever las consecuencias de su acción, y del conocimiento que posee respecto a la causalidad.

La aceptación de los criterios comporta una modificación profunda de la sistemática del delito. La tipicidad no puede ser más considerada como la descripción objetiva de la acción.

Debe comprenderse, igualmente, la estructura finalista del comportamiento. Resulta así necesario, con la finalidad de tener en cuenta el aspecto esencial del comportamiento, establecer al lado del tipo legal objetivo, otro de naturaleza subjetiva.



En las infracciones intencionales, la finalidad de la acción que no es diferente del dolo o intención, constituye el elemento central del tipo subjetivo. Los elementos subjetivos que caracterizan la finalidad de la acción y que eran considerados extraños al tipo legal, se transforman en partes intrínsecas de la tipicidad. Los cambios en el dominio de las infracciones culposas han sido también fundamentales.

La nueva estructura de la tipicidad hace necesario separar, claramente, las infracciones dolosas de las culposas. El carácter ilícito de estas últimas, no puede ser reducido al hecho de causar un daño a terceros. Para corregir esta deficiencia, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber de cuidado destinado a evitar dicho perjuicio.

De esta manera, el finalismo logra depurar a la culpabilidad de los elementos psicológicos conservados por la concepción neokantiana. La culpabilidad es, por tanto, definida como un puro reproche dirigido contra el autor del acto típico.

De otra parte, el finalismo ha conducido a explicar, separadamente, las infracciones omisivas; pues, su peculiar estructura requiere un análisis especial. Así, se afirma la diferencia substancial entre las infracciones de comisión y las de omisión. Estas últimas constituyen siempre la no realización de una acción exigida por el orden jurídico.

Los elementos del delito omisivo deben ser entonces revisados tomando en cuenta este aspecto normativo. Las innovaciones del finalismo han permitido la rectificación global de las imprecisiones y contradicciones propias al neoclasicismo.

En los últimos años, se ha producido una renovación de la teoría del delito. Se caracteriza, principalmente, por el abandono del procedimiento axiomático-deductivo



del finalismo. Se trata de innovar el análisis del delito mediante criterios que estarían en la base de un sistema, penal racional y liberal. Con este objeto, se recurre a los innegables aportes de los modernos trabajos en el ámbito de la política criminal y de la criminología.

De acuerdo al principio de la legalidad, nadie puede ser penado si no ha cometido un acto descrito previamente en la ley. Se designa a tal acción con el nombre de delito *lato sensu* y a la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se llama teoría del delito.

Tradicionalmente, el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley. Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales. Las diferentes concepciones doctrinales hacen referencia a un esquema básico de la infracción como acción típica, ilícita y culpable.

3.3. Evolución del concepto dogmático del delito

Conforme a lo que hoy plantea la teoría dogmática, el delito es una conducta típica acción u omisión, antijurídica y culpable, añadiéndose frecuentemente que, además, sea punible.

Sus elementos son entonces, la tipicidad, la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal, la antijuricidad como la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico, y la culpabilidad como el reproche que se hace al sujeto porque pudo actuar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico esencialmente.

Las bases de la moderna teoría del delito fueron sentadas por que fue el primer autor que deslindó el problema de la consideración subjetivista del delito, y la consideración objetivista de éste, introduciendo en el derecho penal la idea de antijuricidad que previamente había sido formulada en el ámbito del derecho privado.

La acción es un hecho natural en la que lo esencial es el movimiento corporal humano. A este movimiento corporal, se le aplica el tipo y la conformación de la tipicidad es, así, absolutamente objetiva.

La acción objetivamente típica se hace objeto del primer juicio: si es un ataque a bienes jurídicos después, de una segunda valoración se tiene en cuenta el contenido de voluntad. El sistema causalista-naturalista queda establecido de la siguiente manera:

- La acción es la base del delito, no uno de sus elementos.
- Lo injusto surge como primer elemento que tiene dos aspectos: la tipicidad (descriptivo-no valorativo), y la antijuricidad (descriptivo-valorativo).
- Se tiene en cuenta la culpabilidad como elemento subjetivo.

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

La acción humana es siempre tendiente a un fin, es finalista. Este carácter se fundamenta en que el hombre, que conoce los procesos causales, representa dentro de ciertos límites los resultados que su conducta puede acarrear y los quiere, conforme al plan que ha previsto. Este carácter de la acción, no lo desconocían ni



negaban los causalistas, pero se diferencian de los finalistas en que éstos recurren desde el primer momento a los elementos subjetivos para tipificar la acción, no admitiendo que queden relegados para posteriores análisis. Según el finalismo, la consideración de la acción nunca puede prescindir de los fines perseguidos por el actor, ya que la finalidad da sentido al proceso puramente causal y es, esencialmente, inseparable de éste. Y todo esto trae las siguientes consecuencias en la elaboración del concepto de delito:

- La tipicidad tiene aspectos objetivos tanto descriptivos como normativos y por lo tanto valorativos, y aspectos subjetivos como el dolo y la culpa. La antijuricidad es un juicio objetivo de valor que contiene elementos subjetivos.
- La culpabilidad es un juicio subjetivo de valor que analiza la posibilidad de un actuar distinto del sujeto, de un actuar conforme a derecho.

Se han efectuado intentos de desarrollar un sistema racional-final o funcional del derecho penal. Los defensores de esta orientación, están de acuerdo en rechazar el punto de partida del sistema finalista, y la asunción de la idea de que el sistema única y exclusivamente pueda basarse en las finalidades del derecho penal.

Se sustituye la vaga referencia a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal, todo ello con las siguientes consecuencias:

Respecto del concepto de acción, se considera que alguien ha llevado a cabo una acción realizando una valoración consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer. En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena,

independientemente de la persona del sujeto concreto y de la situación concreta de la actuación.

Por tanto, el fin político-criminal de la conminación penal es preventivo general. En el injusto, se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos de la respectiva situación. En este tercer escalón del delito, se desliga el hecho de la abstracta tipificación situando el hecho en el contexto social. La última categoría política penalmente relevante es la de la responsabilidad, mediante la cual se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El sistema funcionalista tiene dos piezas fundamentales:

- En primer lugar, la teoría de la imputación al tipo objetivo. Mientras que para la concepción casualista el tipo objetivo agotaba el contenido del tipo, para la concepción causalista valorativa comprendía los elementos subjetivos del tipo y para el finalismo comprende el dolo, para la concepción funcionalista hace depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por valoraciones jurídicas.
- En segundo lugar, la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad se añade a la condición ineludible de la necesidad preventiva, general o especial, de la sanción penal.

Entre los intentos de lograr una fundamentación teleológica del derecho penal destaca que se niega el contenido prejurídico a los conceptos básicos (acción,



causalidad, etc.), los cuales sólo se pueden determinarse según las necesidades de la regulación jurídica.

La peculiaridad más notable de su teoría del delito consiste en que para él, en concordancia con su teoría del fin de la pena, la culpabilidad queda totalmente absorbida por la prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado. El primer elemento del concepto del delito es el de la acción u omisión. De ello se deduce que no pueden constituir delito el mero pensamiento ni la mera resolución de delinquir, que no haya sido puesta de manifiesto por hechos externos, ni una mera disposición de ánimo.

Es de la acción de quien se predicán los restantes elementos del delito, y es la realización de la acción el dato inicial de que el derecho penal parte para intervenir, en cuanto al ordenamiento jurídico penal sólo importa la conducta externa, esto es, la externa manifestación de la voluntad del hombre.

Sin embargo, los derechos positivos, no formulan un concepto de acción ni de omisión, se limitan a declarar qué acciones u omisiones son constitutivas de infracción penal.

3.4. Sistema causalista

En el sistema causalista, la acción consiste en una modificación causal del mundo exterior, perceptible por los sentidos y producida de modo voluntario por un movimiento corporal. Los tres elementos de la acción son:

- Manifestación de voluntad: bastando con que el sujeto quiera su propio obrar. El contenido de la voluntad, es decir, lo que ha querido, carece de

significación y sólo tiene importancia dentro de la problemática de la culpabilidad.

Asimismo, la manifestación de voluntad ha de ser consciente, espontánea y exteriorizada, ya que no constituyen acción, por ejemplo, los hechos realizados en sueños o por movimientos meramente reflejos, y menos aún, aquellos que se realizan cuando el sujeto se halla constreñido por una fuerza irresistible.

- El resultado: que puede consistir o bien en una modificación o cambio del mundo exterior como consecuencia de la manifestación de voluntad, o bien en el mantenimiento de ese mismo mundo exterior a causa de la no realización de una acción esperada y exigible.
- Una relación de causalidad: consistente en una precisa relación entre los dos elementos anteriores, manifestación de voluntad y resultado.

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

3.5. Concepción finalista

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

Con ello, discrepa el finalismo que tiene en cuenta los fines ya en sede de tipicidad, afirmando que cuando el legislador describe una conducta en un tipo penal no



describe un simple proceso causal, sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana.

Naturalmente, el sujeto realiza una valoración de la acción, pero es una valoración positiva, bien porque la considere justa, beneficiosa o de otro modo positiva para él. Pero junto a esa valoración positiva existe otra valoración negativa de la acción, que es la realizada por la comunidad y que constituye la llamada antijuricidad.

Para el finalismo, la diferencia entre la acción culposa y la dolosa estriba en que, mientras en la acción dolosa la finalidad es factor configurador del proceso acción, en la acción culposa es únicamente momento de referencia. En este caso, la acción del sujeto no está dirigida al fin y lo que eleva a este suceder por encima de un simple proceso causal es la circunstancia de ser evitable finalmente, siendo la acción culposa, por ello, genuina acción.

Así pues, según la teoría finalista, las acciones dolosas se separan radicalmente de las culposas, pasando a ser el dolo un elemento de la acción sustraído al ámbito de la culpabilidad, y como la acción constituye la base del tipo de lo injusto, el dolo deviene un elemento subjetivo del tipo legal.

También cabe mencionar al tratar el concepto de acción a la teoría social del derecho el concepto social de acción, que parte de la idea de que un elemento tan fundamental para la configuración y efectos del derecho penal como es la acción, no puede ser definida atendiendo solamente a las leyes de la naturaleza, de espaldas al mundo del derecho. Lo que la acción importa al derecho penal, es que produzca consecuencias socialmente relevantes.



Por tanto, el concepto de acción debe ser configurado, según esta teoría, de tal modo que pueda ser valorado por patrones sociales, bastando con que el producir sea voluntario.

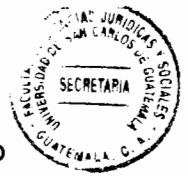
Así entendida, acción será la realización de consecuencias relevantes para el mundo social y voluntariamente realizadas por un hombre. Por otra parte, para que una acción o una omisión sean constitutivas de delito, han de estar comprendidas en un tipo de lo injusto del Código Penal o de una ley penal especial, como consecuencia del principio de legalidad.

La acción o la omisión habrán de estar comprendidas, por tanto, en una de las figuras de delito contenidas en el Código Penal o en las leyes penales especiales. El concepto de tipo es acuñado en la sistemática de la teoría del delito.

En las relaciones tipicidad-antijuricidad, se profundiza otorgando a la primera una función de indicio y conocimiento de la antijuricidad, admitiendo, asimismo, la presencia de elementos normativos en la tipicidad, al señalar que la propia función indiciaria de la tipicidad comporta ya la idea de que ésta no puede ser valorativamente neutral.

En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena; es decir, independientemente de la persona del sujeto concreto y de la concreta situación de la actuación.

El fin político criminal de dicha conminación penal abstracta es preventivo general: al acogerse una determinada conducta en un tipo, se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo, o en los delitos de omisión, para



que lleve a cabo la conducta ordenada. Pero no sólo la prevención general, sino también el principio de culpabilidad imprime carácter al tipo.

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

Así pues, la necesidad abstracta de pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios político criminales rectores del tipo; y, únicamente la prevención especial es ajena a la interpretación del tipo, ya que la misma presupone un delincuente concreto, que aquí no desempeña aún ningún papel.

En la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisón o prohibición. En este tercer escalón del delito debería hablarse de injusto y no de mera antijuricidad.

Pues así como el tipo acoge dentro de sí la acción, sólo las acciones pueden ser típicas, ya que el injusto contiene acción y tipo y sólo las acciones típicas pueden ser injusto penal. En cambio, la antijuricidad no es una categoría especial del derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico debido a que hay conductas que pueden ser antijurídicas para el derecho civil y no obstante ser irrelevantes para el derecho penal, y las causas de justificación también proceden de todos los campos del derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto.



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

La dogmática clásica ancló su concepto de delito en la distinción entre un injusto entendido de forma puramente objetiva, y una culpabilidad concebida con carácter puramente subjetivo, por lo que limitó el concepto de antijuricidad a la valoración del estado causado por el hecho.

Así, de forma especialmente clara, se dice que el injusto es modificación de un estado jurídicamente aprobado o producción de un estado jurídicamente desaprobado, no alteración jurídicamente desaprobada de un estado.

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

De ahí se sigue para la dogmática actual la fructífera distinción de desvalor de acción y desvalor de resultado en el injusto. Últimamente, sobre la base de una teoría del injusto entendida de modo puramente final, se defiende la tesis extrema de que el desvalor del resultado carece por completo de significación para el injusto y que la razón de su admisión por el legislador en el precepto penal, es, sólo, la de que la necesidad de pena ha de vincularse a una manifestación externa del desprecio de la prohibición.



En el concepto de delito el desvalor de resultado sería, únicamente, por tanto, una condición objetiva de punibilidad. Pero esta concepción debe ser rechazada. El injusto no consiste sólo en la relación existente entre voluntad de la acción y mandato de la norma, sino también el daño social que por causa del hecho sufren el lesionado y la comunidad y que el mandato de la norma está llamado a impedir.

La eliminación del desvalor del resultado conduciría, asimismo, a resultados opuestos a las necesidades político-criminales. Así, en el hecho doloso tiene que equiparar la tentativa acabada a la consumación y en el hecho imprudente debería someterse a pena todo comportamiento descuidado.

Lo primero a tener en cuenta es que la concepción de la esencia de la antijuricidad depende decisivamente de la posición que se adopte en torno a la cuestión de si las proposiciones jurídicas son normas de valoración o de determinación, o ambas cosas a la vez. Una norma sería de valoración si se limitase a expresar un juicio de valor, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo concreto dirigido a su destinatario.

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

La norma jurídica con arreglo a la cual se mide la antijuricidad de una acción es sólo una norma de valoración. Para la misma, el legislador ordena la convivencia humana mediante la constatación por las normas jurídicas de los estados y acontecimientos que se corresponden con el orden por él imaginado para la colectividad y de aquellos otros que se oponen a él.



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

Toda norma jurídica es norma objetiva de valoración que permite enjuiciar el actuar del hombre desde la perspectiva del orden comunitario. El derecho no contiene imperativos dirigidos a los particulares, sólo establece, un deber ser impersonal, al limitarse a caracterizar como deseables o indeseables ciertos estados y acontecimientos.

Como norma de determinación, en cambio, el derecho no ha de hacer aparición hasta el momento de la culpabilidad. Sólo allí habrá que preguntar si, y en qué medida pudo el hombre dejarse guiar por los juicios de valor contenidos en las proposiciones jurídicas normas de determinación.

El orden jurídico penal se integra, según esta, de manifestaciones de voluntad del legislador, que imponen un determinado comportamiento de parte de sus destinatarios. Es preciso, por tanto, concebir sus normas como proposiciones de deber ser dirigidas a todos.

Las normas jurídicas han de entenderse, pues, como imperativos, sentido en el que de hechos conciben por parte de la colectividad. Los imperativos de las normas se dirigen a todos aquellos a los que afecta su contenido, sin distinción según la edad, la salud mental ni la cultura de los destinatarios de la norma.

La pena es el castigo legalmente impuesto por el estado al delincuente para conservar el orden jurídico y las medidas de seguridad son prevenciones legales, encaminadas a impedir la comisión de nuevos delitos por quienes ya han sido autores de algunos.



El derecho penal se interrelaciona con otras ramas y disciplinas auxiliares que como su nombre lo indica lo auxilian en la aplicación y ejecutamiento de sus normas, y ello es muy importante ya que sin la ayuda de ellas no podría llevarse a cabo el cumplimiento del derecho penal.

La criminalística esta constituida por un conjunto de conocimientos heterogéneos encaminados al hallazgo de los delincuentes, al conocimiento del *modus operandi* del delito y al descubrimiento de las pruebas, y de los procedimientos para utilizarlas. Se trata de diversas ciencias y artes para investigar los delitos y descubrir a los delincuentes. El Estado cuenta con la política criminal que es la ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito. Es el aprovechamiento práctico por parte del gobierno, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, a fin de dictar las disposiciones pertinentes para el logro de la conservación básica del orden social.

Se colige que el hombre nace igual en cuanto sus derechos; por ello, la ley debe aplicarse en la misma manera a todos los hombres, por provenir de la misma circunstancia de igualdad.

Como el hombre nace con libre albedrío y puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de tipo moral. El punto de partida de los problemas penales lo constituye el delito, que es una entidad meramente jurídica; así, importa mas lo objetivo que lo subjetivo.

La manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa, independientemente de circunstancias internas y, con base en el delito, debe castigarse al delincuente.

Como se sabe, el objeto determina el método en la investigación, de manera que se va de lo general a lo particular. También se conoce como método especulativo, lógico abstracto, teleológico o finalista.

“Como el derecho penal es una ciencia normativa que pertenece al mundo del deber ser, no era posible, según los clásicos, emplear el método seguido por las ciencias naturales en el que las leyes son inflexibles, pues este terreno pertenece al mundo del ser, independientemente de la voluntad del hombre”.²⁰

La pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido, y previamente señalada en la ley.

3.6. Escuelas

La escuela clásica elabora diversas clasificaciones de delitos al enunciar las características del positivismo como corriente filosófica del derecho penal, valorando las aportaciones de sus doctrinas.

En virtud de su fracaso la escuela positivista pretendió formular un concepto sociológico. Sus representantes son: Enrico Ferri, Rafael Garófalo y César Lombroso. Se fundamenta en bases científicas, que corresponden a las ciencias naturales.

Es imposible concebir un conjunto de acciones que en todos los tiempos y en todos los países, hayan sido consideradas como delictuosas. Abandona el examen de los

²⁰ **Ibid.** Pág 67.



hechos universalmente castigados en todo tiempo y lugar, y acude al análisis de los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas.

Los delitos naturales constituyen dos categorías:

- Ofensas al sentimiento de la piedad:
 - a) Todos aquellos actos que tiendan a producir un mal físico en las personas.
 - b) Actos que producen a la vez un dolor físico y moral.
 - c) Acciones que producen un dolor moral.
- Ofensas al sentimiento de la probidad:
 - a) Agresiones violentas contra la propiedad.
 - b) Ataques a la propiedad sin violencia pero con abuso de confianza.
 - c) Ataques directos a la propiedad y a los derechos civiles de las personas.

Existen hechos que, aunque no atacan ninguno de dichos sentimientos, suponen un peligro para la organización política del Estado y es lógico que se castiguen tales hechos como delitos. Los mismos ya no son delitos naturales, sino legales o de creación política.

Entre ellos figuran:

- a) Las acciones que van contra el Estado.
- b) Las acciones que atacan al poder social sin un fin político.



- c) Las acciones que atacan a la tranquilidad pública, a los derechos políticos de los ciudadanos, el respeto debido al culto o al pudor público.
- d) Las transgresiones de la legislación particular de un país.

Con la negación del libre albedrío se afirma que el hombre no escoge libremente y de manera consciente el mal sobre el bien; puesto que es un ente natural y, en algunos casos, con anormalidades que evitan su sano y libre discernimiento, no puede elegir.

A diferencia de la escuela clásica, la positivista manifiesta que la responsabilidad, lejos de ser moral, es de tipo social. La colectividad, al tener en cuenta la posible predisposición hacia el delito en determinados sujetos, debe tomar las medidas necesarias para prevenirlo y, en un momento dado, defenderse.

El delito no es el centro de atención, sino la persona que lo comete; a su vez, el delincuente es el objeto de estudio, mientras que el delito es solo la consecuencia. Los positivistas utilizaron el método inductivo de lo particular a lo general, conocido también como experimental. A partir de estudios realizados acerca de un delincuente o sujeto antisocial concreto, llegan a determinadas conclusiones y desarrollan hipótesis, con lo que crean tesis relacionadas con el comportamiento criminal.

Pena proporcional al estado peligroso: En relación a que la pena tiene que ser proporcional al estado peligroso, se niega que la pena tenga o deba tener proporcionalidad directa con el delito, y se asegura que debe ser proporcional al estado peligroso, independientemente del tipo y la gravedad del delito.



De los postulados anteriores se desprende la importancia de la prevención del delito, que debe darse en lugar de la represión. La medida de seguridad es mas importante que la pena. En vez de castigar se debe prevenir y, por tanto, aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas. Se hacen clasificaciones de las medidas de seguridad según diversos criterios, y se afirma que debe aplicarse la mayormente adecuada al caso, en virtud de la peligrosidad y caracterología específicas del sujeto.

No le preocupa tanto la clasificación de delitos como la de los delincuentes, con fundamento en su peligrosidad y características sociales y psicológicas, de las cuales existen diversas clasificaciones. Además, se proponen los sustitutivos penales como medios para evitar la abundancia y crueldad de las penas. Los positivistas consideran ineficaces a las penas, y se plantean numerosos sustitutivos: religiosos, médicos, y psicológicos.

3.7. Sistema tripartito

Consiste en la formación de la voluntad contra un deber de una persona y que es reprochable a su autor. El juez imputa el delito a su autor como consecuencia de haber formado su voluntad, contra un deber impuesto por una persona. Ya no hay término psicológicos; ni culpabilidad normativa.

Hay formas de actuar culpablemente. El dolo consiste en la voluntad de obrar según los elementos del tipo y tener conocimiento de ello, y conciencia de que se obra antijurídicamente, y la imprudencia que es relativa a incurrir en un error, en una falta de cuidado; en donde se ha infringido un deber de cuidado; y no se tiene la voluntad de causar ese resultado.



3.8. Sistema bipartito

De acuerdo con esta concepción, la noción tripartita no puede ser aceptada, sobre todo por el hecho de considerar la antijuricidad como un elemento del delito. Según los partidarios de esa posición, la antijuricidad no puede ser considerada como un elemento más junto a la acción o hecho humano y la culpabilidad. Entre los autores modernos que siguen la bipartición señalan que: un elemento objetivo consiste en el hecho material o comportamiento exterior del hombre y un elemento subjetivo, dado por la actitud de la voluntad que da origen al hecho material, la voluntad culpable. La antijuricidad para esta concepción no es un elemento del delito. Es, la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el in se del delito. Y como carácter esencial del delito, lo abarca en su totalidad y en todos sus factores.

3.9. Clasificación

- a) Delitos omisivos: se ejecutan por medio de un comportamiento negativo, un no hacer determinada obligación o no ejecutar una acción. Además, existen delitos que, por su índole estructural, exigen para su existencia la incidencia de una acción y luego una omisión, o viceversa.

Los delitos que no necesitan resultado material, ya que la sola conducta del sujeto los realiza, son los que se perfeccionan con el cumplimiento de determinada acción u omisión, cuya consecuencia es la no-observación de una obligación o de un deber, pero cuyo resultado no se manifiesta en el mundo físico con un hecho, de momento, perceptible.

- b) Delitos de resultado: son los que para su consumación exigen, además, de la conducta del sujeto activo que se produzca determinado efecto, distinto de la



omisión o de la acción; el resultado en estos delitos se observa físicamente en el mundo real. Los delitos se clasifican de esta manera, por que se atiende a la estructura exterior de ellos.

- c) Delitos de daño: requieren para su perfeccionamiento jurídico que el bien tutelado, jurídicamente protegido, sea destruido o disminuido.
- d) Delitos de peligro: basta que el bien jurídico sea amenazado al realizarse la conducta, acción u omisión, con la causación de un daño o peligro inminente, determinado y grave.
- e) Delitos instantáneos: son aquellos que con la misma realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia.
- f) Delitos permanentes: son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto. Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo; y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, que prosigue con ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el delito.



En este mismo orden de ideas, atendiendo a la duración de las consecuencias del delito, éstas son permanentes; es decir, hay delitos instantáneos y delitos permanentes, en cuanto a los actos de se realización con efectos permanentes, cuya característica es la duración de las consecuencias del delito.

Ahora bien, dentro de las especies del delito, que por ser varias, conforme a los fines que se persigan para su tipificación, o conforme al bien jurídico que tutela la ley, entre otros aspectos, existirá delito siempre que se realice la conducta prevista y sancionada por la ley penal o en alguna otra ley especial, en tanto que la falta, no obstante ser una conducta contraria a la ley y sancionada por esta misma, la sanción la aplica una autoridad u órgano diferente al poder judicial, generalmente una autoridad de índole administrativa.

Según la intención con que se comete o realiza la acción que da origen al delito, existen delitos con intención o dolosos, culposos o contra la intención y los que son cometidos más allá de la intención o preterintencionales.

Si se ha deseado realizar la acción u omisión para la comisión del delito, y previsto el resultado del mismo, se está ante un delito doloso. En tanto, que sí de deseaba realizar la acción u omisión, pero no el resultado del delito, se trata de un delito culposo. Y cuando se ha deseado realizar la acción u omisión y no el resultado como consecuencia, en su integridad, sino un efecto menos grave, se trata de un delito preterintencional.

Los delitos tipo, o también simples o netos, son los que se presentan en su puro modelo legal, sin más características que sus elementos esenciales; y los delitos



circunstanciados son los que además de contar con los elementos esenciales, se presentan acompañados de circunstancias o accidentes a sus elementos.





CAPÍTULO IV

4. Fases de realización del delito

Los tipos penales describen conductas o resultados prohibidos cuya comisión implica una sanción. Sin embargo, en algunos supuestos se sancionan también aquellas conductas que, sin completar los tipos penales, ponen en peligro los bienes jurídicos.

4.1. *Iter criminis*

Cuando el Código Penal tipifica y describe un delito, lo hace en su forma consumada. Sin embargo, hasta ese momento se reconoce un camino más o menos largo en la realización del delito; es llamado *iter criminis* que va desde que surge la decisión de cometerlo hasta su consumación.

El análisis del mismo sólo tiene sentido en los delitos dolosos. Debido a la ausencia de voluntad de cometer un delito y por el principio de intervención mínima del derecho penal, en los delitos culposos sólo se castiga el delito consumado.

4.2. Fases del *iter criminis*

Se distinguen cuatro fases:



- a) **Ideación:** se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito, y se propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin, los medios para alcanzarlo. Es el momento en el que surge en el autor la decisión de cometer el delito.

- b) **Preparación de actos preparatorios:** es el proceso por el cual, el autor obtiene y organiza los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin.

- c) **Ejecución:** es la utilización concreta de los medios elegidos, en la elaboración del plan. No siempre será fácil distinguir esta fase de la preparación.

- d) **Consumación:** es la obtención del fin planteado mediante los medios utilizados por el autor.

De estas cuatro etapas, sólo entran en el ámbito de lo punible las de ejecución y de consumación, siendo impunes las otras dos. El derecho no castiga la ideación de un plan.

4.3. Conceptualización de consumación

Por consumación se entiende la plena realización del tipo en todos sus elementos.

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

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

“Distinta de la consumación, es la terminación del delito en la que el autor no sólo realiza los elementos típicos, sino que además consigue satisfacer la intención que perseguía. En la medida en que estos fines últimos estén incluidos en el tipo, serán irrelevantes jurídico penalmente hablando”.

Existen muchos supuestos en los que no está claro cuándo se consuma el delito. Corresponde a la parte especial del derecho penal, al analizar cada uno de los tipos delictivos, señalar cual es el momento consumativo.

4.4. Finalización del delito

La consumación del delito no siempre es sinónimo de finalización. Por ello, es conveniente distinguir aquellos supuestos en los que ambos momentos no son coincidentes:

- En los delitos de mera actividad, el delito se consuma a partir del momento en que el autor realiza todas las acciones descritas en el tipo. Sin embargo, el delito solo finalizará cuando dicho autor deje de realizar la conducta prohibida.



- En los delitos de resultado se distinguen:
- a) Delitos instantáneos: estos delitos se consuman a partir del momento en que se produce el resultado, sin que se determine una situación jurídica duradera.
 - b) Delitos permanentes: son aquellos en que una vez producido el resultado, se mantiene una situación antijurídica por voluntad del autor.
 - c) Delitos de estado: son aquellos en los que aunque se crea el estado antijurídico duradero, la consumación cesa a partir del momento que se da el resultado, ya que el tipo solamente describe la producción del estado y no su mantenimiento.

La determinación del momento de finalización tiene importancia especial para fijar la fecha a partir de la cual empiezan a correr los plazos de prescripción. En los delitos instantáneos y en los que causan estado, la prescripción se inicia cuando se produce el resultado descrito.

4.5. Tentativa

Habría tentativa cuando el *iter criminis* no se completa, dándose únicamente las tres primeras etapas.



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

Del contenido del Artículo se extraen los tres elementos esenciales de la tentativa:

- La decisión del autor de cometer el hecho.
- La puesta en marcha de medios idóneos para la realización del tipo.
- La falta de realización del tipo sí que se completa (el dolo va a ser el mismo en el delito tentado que en el consumado).

Sin embargo, no en todos los delitos puede confirmarse la tentativa. En aquellos en los que la puesta en marcha de los medios para realizar el tipo, que implican su realización inmediata no habrá posibilidad de tentativa.

4.6. Fundamento de la punibilidad

Para justificar el porqué de la punibilidad de la tentativa, han surgido toda una serie de teorías:

- a) Teoría objetiva: para esta teoría, el fundamento de la punibilidad es el peligro que corre el bien jurídico tutelado en el principio penal. Por ello, habrá que imponer una pena, aunque ésta debe ser menor que los casos en los bienes



que el bien jurídico ha sido afectado. Esta teoría, está influida por la del desvalor del resultado.

- b) Teoría subjetiva: el fundamento de la punibilidad se encuentra en la conducta mostrada por el sujeto, cuyo contenido de voluntad está orientado a la consecución de un fin delictivo. Para los defensores extremos de esta teoría, la pena a imponer debería ser la misma en los delitos tentados y los consumados. La influencia del desvalor de la acción es obvia.

La legislación penal guatemalteca sigue básicamente una postura objetiva, aunque tiene alguna influencia subjetiva, sobre todo en el tratamiento de la tentativa imposible.

4.7. Delimitación entre actos preparatorios y la ejecución

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

En las formas imperfectas de realización del delito, el momento en que se comienza su ejecución es por actos exteriores e idóneos. El concepto de ejecución es muy discutido y la doctrina aún no ha encontrado una respuesta satisfactoria. La opinión dominante lo ve como un concepto de naturaleza formal referida al tipo delictivo concreto de cuya ejecución se trata. Conforme al principio de legalidad, solo las



acciones que queden englobadas en el tipo penal, podrán incluirse como actos de ejecución.

A pesar de todos los esfuerzos doctrinales, el límite no siempre será claro por lo que tendrá que ser jurisprudencia la que fije el inicio de la tentativa en cada caso.

4.8. Clases de tentativas

Estas modalidades de tentativa, aunque no se distinguen expresamente en el Código, tienen relevancia al analizar el desistimiento. En otros países la distinción tiene importancia en cuanto a la pena a imponer.

Será acabada la tentativa cuando el autor, según su plan, realice todos los actos de ejecución necesarios para alcanzar la consumación del delito, pero el resultado no se produce.

Será inacabada la tentativa cuando aún resten por cumplir uno o más actos necesarios para que el resultado se produzca.

Para distinguir una de otra, es necesario comparar entre los actos de ejecución desarrollados por el sujeto, y el plan de realización del delito que éste se trazó. Si conforme al plan se han realizado todos estos actos, la tentativa será acabada.



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

El Código Penal define la tentativa imposible como la efectuada con medios normalmente inadecuados, o sobre un objeto de tal naturaleza que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible.

Estas conductas deberán quedar impunes, pues no se puso en peligro ningún bien jurídico. Sin embargo, en base al desvalor de la acción la tentativa imposible ha de sancionarse pues el elemento subjetivo del tipo se dio plenamente.

El Código Penal guatemalteco opta en su Artículo 15 por imponer a los autores de tentativa imposible una medida de seguridad.

“La tentativa inidónea, para ser punible, debe tener las mismas cualidades que la idónea debe haber dolo, haberse iniciado la fase ejecutiva y suponer ésta una puesta en peligro para el bien jurídico protegido. Este último requisito no debe interpretarse igual que la tentativa idónea. Por ello ha de distinguirse la tentativa imposible de otros supuestos parecidos que han de quedar impunes”.²¹

La tentativa irreal se da cuando el medio usado por el autor nunca producirá el resultado.

²¹.Hassemer. **Ob.Cit.** Pág 87.



Al delito putativo o aparente también se le denomina error de prohibición al revés, y se da en los casos en que la persona cree que esta delinquiendo cuando en realidad su comportamiento es penalmente irrelevante.

4.9. Desistimiento voluntario

El Código Penal en su Artículo 16, despenaliza la conducta de aquél que iniciando la ejecución de un delito desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo. Hay desistimiento, cuando el autor ha iniciado la ejecución de un hecho punible, el cual no alcanza su grado de consumación, porque voluntariamente él mismo lo evita.

El fundamento de esta figura es de orden político, criminal y preventivo. El legislador quiere dar todo tipo de facilidades para que el delincuente no consume el delito, es decir, entiende que es más importante el bien jurídico en peligro que la persecución de los delitos.

Cuando se actúa de otra manera, los resultados reales son poco satisfactorios. El Código tan solo despenaliza los supuestos de tentativa inacabada, sin hacer referencia a los puestos de tentativa acabada o delito frustrado.

El hecho de que el Código Penal no distinga de forma general la tentativa acabada de la inacabada se debe a que entiende que merecen idéntica sanción penal. Por ello, al ser ambos supuestos semejantes y al ser igualmente válidos para el delito frustrado el fundamento político criminal de esta figura, se tiene que llevar a cabo

una interpretación extensiva de los casos en los que el autor evita voluntariamente que el resultado se produzca.

4.10. Requisitos del desistimiento

Los requisitos del desistimiento variarán según se trate de tentativas inacabadas o delitos frustrados.

En la tentativa inacabada, son requisitos:

- Omisión de continuar con la realización del hecho encaminado a la ejecución.
- Voluntariedad del desistimiento: la decisión de no continuar en la ejecución del delito debe provenir de una decisión interna. No debe basarse en causas independientes a su voluntad.
- Carácter definitivo del desistimiento: no debe ser una postergación para ejecutarlo un momento posterior.

En la tentativa acabada o delito frustrado es necesario que se den:

- Los tres requisitos de la tentativa inacabada, siempre que en la voluntariedad del desistimiento, el autor no sepa que ha sido descubierto.



- Que el autor haya impedido la producción del resultado.

4.11. Efectos del desistimiento

El desistimiento tiene como efecto principal la exclusión de la punibilidad en la tentativa. Sin embargo, el hecho seguirá siendo típico, antijurídico y culpable. Es decir, para parte de la doctrina será delito, aunque no se castigue, y para otra no será delictivo.

El Artículo 16 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Desistimiento. Cuando comenzaba la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo, sólo se le aplicará sanción por los actos ejecutados, si éstos constituyen delito por sí mismos".

Por otra parte el Código citado mantiene la pena para los actos ejecutados que constituyan delito.





CAPÍTULO V

5. Análisis de la importancia de reformar la pena impuesta al delito de patrocinio infiel regulado en el Artículo 465 del Código Penal

El patrocinio infiel se lleva a cabo por parte de un abogado o mandatario, que defiende o representa a las partes contrarias en el mismo juicio y que perjudica de cualquier forma los intereses que les han sido confiados.

Desde el punto de vista de la antijuricidad, se trata de un tipo de peligro, y no obstante, y aunque el texto punitivo no se desprende de dicha exigencia, algún sector de la doctrina y cierta jurisprudencia han estimado, de una parte, que tiene que exigirse la producción efectiva de un perjuicio para los intereses del primitivo cliente, tanto de carácter procesal como material.

Se tiene que tomar en consideración que ello consiste en el carácter contencioso de los litigios en los cuales existen dos partes enfrentadas, y que tienen intereses contrapuestos. Por ello, es lógico que el abogado que asesora o defiende a una de las partes, no puede pasar después a defender o a representar a la parte contraria, salvo previa autorización del primer cliente.

Si el asesoramiento solamente se toma en consideración para la definición del presupuesto típico consistente en haber asesorado al primer cliente, o también si se lleva a cabo por conducta típica relativa a asesorar al segundo.



También, en relación con el conflicto de intereses que tiene que existir, entre el primer y segundo cliente, se puede determinar que si se tiene o no que exigir para su consumación, la producción de un perjuicio efectivo de los intereses del primer cliente.

En relación a la figura del consentimiento, que conlleva a la atipicidad de la conducta, cuando el primer cliente consiente esa segunda relación profesional, se tienen que analizar por un lado, los requisitos que rodean al mismo, y por otra parte, se tiene que tomar en consideración si cabe la extensión de la exigencia del consentimiento también al segundo cliente o si, por otra parte, en atención al bien jurídico protegido, el consentimiento del primer cliente tiene que ser irrelevante y, por ende, no tiene que haberse incluido en la descripción típica de la conducta.

5.1. Regulación legal

El Artículo 465 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Patrocinio infiel. El abogado o mandatario judicial, que de cualquier modo, perjudicare deliberadamente los intereses que le estuvieren confiados, será sancionado, siempre que el hecho no constituyere un delito más grave, con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo de la condena”.

5.2. Tipicidad objetiva

En ello, tienen que darse dos supuestos anteriores a la conducta delictiva del agente ello es, el sujeto pasivo tiene que haber confiado algún hecho o circunstancia que le interesa mantener en secreto, y que el sujeto activo tuvo que haber tenido acceso al secreto por desempeñar una profesión, oficio, empleo, ministerio o por su estado.

“El injusto puede materializarse por acción o por omisión impropia. El sujeto pasivo al hacerle partícipe de algún hecho o circunstancia que le interesa guardar en secreto, deposita su confianza en el profesional y éste lo acepta voluntariamente”.²²

En dichos términos, se concluye que la conducta prohibida es relativa a revelar los secretos, sin la autorización de la persona que la prestó. Por revelar, se entiende el manifestar, enunciar o pregonar un secreto, aunque sea a una misma persona. Se necesita además de que mediante la publicación del secreto revelado se pueda causar un daño, pero para configurar el tipo no se exige la sencilla publicación sino la potencialidad de que con ello pueda llegar a producir ese perjuicio.

La condición especial del sujeto activo consiste en un elemento de importancia para la configuración el tipo penal en análisis, y en donde se tuvo que haber tenido acceso al secreto por su estado, oficio, profesión, empleo o ministerio.

²² Chávez de la Peña, César Alberto. **El delito de patrocínio infiel**. Pág 88.



Ante un hecho concreto, el operador jurídico deberá determinar si el denunciado tuvo acceso al secreto revelado por su estado, ello es, debido a la especial relación de dependencia con el portador del secreto, o bien, cuando el denunciado tuvo acceso al secreto debido a que desempeña un determinado oficio, como ocurre cuando el secretario del abogado o la auxiliar del médico que conocen el secreto al tener acceso al falso expediente o en su condición de profesional, entendido como toda persona que cuenta con título a nombre de la nación para desarrollar una profesión.

No cabe duda, de que si se cuenta con el consentimiento del interesado para revelar o hacer público el secreto, así se verifica con ello en el sistema jurídico penal guatemalteco, y se evidencia con ello la ubicación que el legislador le ha dado dentro de la normativa.

Cualquier persona tiene el derecho de exigirle al profesional en quien ha confiado, le guarde en secreto hechos o circunstancias que le interese no hacer público. Es por ello, que se protege el derecho de las personas de exigir al profesional que guarde el secreto a él confiado.

5.3. Sujeto activo

Al señalarse en el tipo penal determinadas cualidades o calificativos del sujeto activo de la conducta punible, se evidencia claramente que se trata de un delito especial, ello es, ninguna persona que no tenga las cualidades especificadas en el tipo penal puede ser agente o autor del delito de violación del secreto profesional.



Por tratarse de un delito especial, el sujeto activo solamente puede ser un determinado círculo de personas que desarrollan una actividad específica, oficio, profesión o detentan un estado o ministerio a causa de lo cual forman con los secretos ajenos.

5.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de la conducta delictiva, es cualquier persona que con anterioridad haya confiado en un profesional determinada información que quiere guardar en secreto.

Teniendo en consideración que el tipo penal se refiere al sujeto pasivo de la acción utilizando la palabra interesado, se tiene que advertir que no solamente puede ser sujeto pasivo aquel que confió en el secreto, sino todo aquel que se encuentre afectado con la revelación del secreto profesional.

5.5. Tipicidad subjetiva

De la estructura del supuesto de hecho del delito de violación del secreto profesional, se establece que se trata de un delito de comisión dolosa, en donde no cabe la comisión por imprudencia.

Ello quiere decir que el sujeto activo, tiene que conocer que revela un secreto profesional sin el consentimiento del interesado y voluntariamente decide hacerlo. También, puede presentarse el error de tipo en relación al consentimiento del



interesado, cuando el agente lleve a cabo sus actuaciones bajo la creencia de que el sujeto pasivo le autorizó a revelar o divulgar algunos hechos o circunstancias a él confiadas. En dicho supuesto, de probarse el error de tipo, la conducta tiene que ser penalmente relevante, así se evidencie que el error era vencible al haber actuado imprudentemente el agente.

5.6. Antijuricidad

Después que se verifican los elementos típicos objetivos y subjetivos del delito de violación del secreto profesional, corresponde al operador jurídico determinar si en la conducta típica concurre alguna causa de justificación de las previstas en la legislación penal.

Si se llega a concluir que en la conducta analizada no aparece alguna causa de justificación, entonces existe una conducta típica y antijurídica.

5.7. Culpabilidad

En la etapa de la culpabilidad es correspondiente al operador jurídico, determinar si la conducta típica y antijurídica es posible que sea atribuida a su autor.

Se tiene que analizar que el autor de la conducta llevada a cabo es imputable, o sea, se tiene que analizar si el agente al momento de actuar conocía la antijuricidad de su conducta y finalmente, se tiene que verificar si el autor en lugar de perfeccionar el



injusto penal pudo actuar de forma diferente a la de revelar, sin el consentimiento del interesado, el secreto profesional a él confiado.

5.8. Tentativa y consumación

El injusto penal se verifica o consuma en el mismo momento en que el profesional revela o pregona la información a la que ha tenido acceso, en razón de su condición especial y que constituye secreto profesional.

La única circunstancia exigible lo constituye que aquella revelación pueda causar algún perjuicio al interesado. Se trata de un delito de mera actividad, en donde no es necesario que el sujeto activo muestre que se le ha causado un daño efectivo.

La conducta punible puede quedarse en actos ejecutivos de la acción, verificándose de esa forma un tipo de realización imperfecta.

5.9. La necesidad de reformar la pena impuesta al delito de patrocinio infiel regulado en el Artículo 465 del Código Penal

Ya el derecho romano obligaba a los abogados al mantenimiento del secreto profesional y se pensaba severamente la revelación del mismo, así como el engaño en perjuicio de las partes llevando a cabo por los abogados.

El desarrollo normal de administración de justicia, que precisa siempre de una actividad jurisdiccional llevada a cabo en el término de la ley, y en donde se pone en



riesgo cuando los abogados que patrocinan o defienden o los mandatarios que representan a las partes en juicio, actúan de manera infiel para con sus representados. El patrocinio infiel consiste en actos que pueden llegar a desviar la correcta decisión de los jueces en un proceso judicial o administrativo.

Los abogados y los representantes son sujetos cuya intervención en el proceso tiene que tener como designio primordial el perfeccionamiento de la relación procesal y, por ende, el correcto funcionamiento de la administración de justicia se encuentra bajo la dependencia de ellos tanto como del juez.

Cuando el abogado lleva a cabo sus actuaciones de manera dolosa o fraudulenta, el juez es el encargado de remitir copia a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados, para las respectivas sanciones.

Lo que se quiere garantizar es la fidelidad a los deberes profesionales para con la administración de la justicia, y no la fidelidad al cliente, aunque también ésta puede recibir protección por efecto de la tutela de aquel.

Es necesario precisar que mediante la presente figura típica, la tutela penal va más allá de la exclusiva protección de la administración de justicia común y resguarda, además la correcta marcha de los procesos administrativos ya que estos pueden desembocar en un posterior proceso judicial.



Dicha disposición guarda coherencia con el bien jurídico protegido de manera genérica por estos delitos. En la administración pública es en donde se encuentran inscritos los delitos contra la administración de justicia.

El legislador penal no ha buscado la protección de la administración de justicia como una actividad asignada exclusivamente a uno de los poderes del Estado, siendo su intención la de resguardar el legal desarrollo de los procesos judiciales o administrativos.

De esa forma, la ley penal guatemalteca ha consagrado un concepto bien amplio de administración pública que no se encuentra circunscrito a los actos del poder legislativo, ni tampoco a los actos exclusivos del poder judicial o legislativo.

En el tipo objetivo, el sujeto activo del delito de patrocínio infiel solamente puede serlo el abogado y el mandatario judicial.

El abogado comprende tanto la representación en proceso civil, comercial, laboral, contencioso administrativo, como también la defensa en proceso penal. También, se pueden dar intereses contrapuestos, aunque no mediara acción civil ejercida conjuntamente.

En lo que respecta al mandatario judicial como posible sujeto activo de este delito, tiene que tenerse por tal a todo aquel que tiene poder para estar en juicio por otro y en calidad de parte. Algunos sostienen que el mandatario puede tener facultad de abogar por el representado.



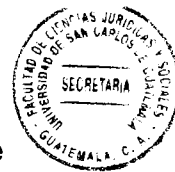
En el tipo objetivo, el sujeto pasivo del delito de patrocinio infiel es el Estado como titular del bien jurídico vulnerado, no obstante, los directamente agraviados por el delito son aquellos ciudadanos que ven defraudadas sus expectativas por el actuar infiel de aquellos que los representan en calidad de abogados o mandatarios judiciales.

La acción típica de este delito consiste en asumir la defensa o presentación, como abogado o mandatario judicial de la parte contraria a la que se defendió o representó en el mismo proceso judicial o administrativo.

El asumir la defensa es dirigir en el aspecto técnico legal, y se trata de un asesoramiento técnico. La parte contraria es toda aquella que sostiene intereses antagónicos a los de otra parte y con relación al mismo proceso.

Para que existan partes contrarias en un proceso, no es suficiente la sencilla ausencia de intereses homogéneos entre las mismas, sino que es necesario su contraste. Es decir, se precisa que la admisión de la pretensión de una de las partes implique el rechazo o inadmisión de la pretensión de su contrincante.

Partes contrarias en un mismo procedimiento son no solamente las que se encuentran en una situación procesal contrapuesta, por ejemplo demandante y demandado, parte civil y acusado, sino las que se encuentran con intereses opuestos y que tiene que ser protegidos, como es en el caso de varios acusados y varias partes civiles, y las partes que tienen dicha situación o dichos intereses



opuestos, deben considerarse contrarias, aunque se encuentren sustancialmente de conformidad para conseguir su finalidad.

Se inscriben en el tipo la infidelidad de los abogados o de los mandatarios judiciales que asesoran, de forma sucesiva, a la parte contraria en un proceso penal. En la actualidad, la doctrina más seguida admite partes en este tipo del proceso y elabora el concepto procesal de partes. En dicho sentido, se entiende por parte procesal a todas las personas que soliciten de un órgano judicial la imposición de una pena y de una sanción civil y la persona frente a las que se ejercitan estas pretensiones, aunque no idénticas a las del actor y demandado en el proceso civil.

La colusión puede ser llevada a cabo de forma simultánea. Es entenderse secretamente en perjuicio de un tercero, con persona que tenga intereses antagónicos a los de aquel.

De conformidad con la redacción del tipo, el consentimiento del defendido para que su abogado asesore a la otra parte, de forma sucesiva en el mismo proceso, no constituye causa de justificación.

El tipo subjetivo es un delito doloso, y el agente tiene que saber que asume la defensa o repretación de la parte contraria a la que patrocinó en el mismo proceso judicial o administrativo. A pesar de este conocimiento, el agente lleva a cabo la acción típica.

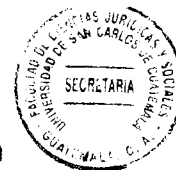


El Código Penal castiga al abogado o mandatario judicial por el patrocinio o representación sucesiva, de las partes contrarias en un mismo proceso cualquiera que sea su fase o grado. Por dichos motivos, la colusión del abogado o del mandatario judicial con el adversario de la parte que representa, se encuentra fuera del tipo, siendo fundamental el severo castigo a los responsables de la comisión del delito de patrocinio infiel que se encuentra regulado en el Artículo 465 del Código Penal, para lo cual es necesario reformar la pena que se le impone actualmente.



CONCLUSIONES

1. En el caso de que un abogado deje de desempeñar la magistratura o algún cargo público, no tiene que aceptarse el patrocinio de un asunto del cual conoció en su carácter oficial, ni tampoco patrocinará un asunto semejante a otro en el cual expresó opinión adversa con ocasión del desempeño de su cargo, mientras no justifique su cambio.
2. La falta de acuerdo y de disposiciones en el convenio para patrocinar a una persona jurídica, no permite que se obligue al abogado a la prestación de sus servicios en los asuntos de carácter particular de las personas naturales que le integran o representen.
3. En la legislación guatemalteca no se especifica claramente la revelación o divulgación sin el consentimiento del interesado del secreto que se le ha confiado al profesional en su calidad de confidente y con el cual se encuentra obligado al sigilo.
4. No constituye bien jurídico el derecho al secreto profesional, debido a que este derecho es reconocido en beneficio de los profesionales, es decir, cuando conozcan hechos o circunstancias en virtud de su profesión que no están obligados a revelar ni coercitivamente.
5. La prevaricación de los representantes de las partes en el delito de patrocinio infiel atenta directamente y de manera grave, contra los fines del proceso;



pues la verdad puede ser absolutamente distorsionada y la solución proporcionada al conflicto injusta.



RECOMENDACIONES

1. El Organismo Judicial, se debe encargar de señalar que en el caso de que un abogado deje de desempeñar la magistratura o algún cargo público, no tiene que ser aceptado el patrocinio del asunto conocido oficialmente, ni tampoco patrocinar un asunto parecido a otro en el cual exprese su opinión adversa para desempeñar el cargo.
2. El Ministerio Público, se tiene que encargar de determinar la falta de acuerdos y disposiciones en relación a convenios que permitan patrocinar a personas jurídicas, para que se les pueda obligar a los abogados a que se encarguen de prestar sus servicios en asuntos de carácter particular de las personas naturales que le integran o representen.
3. Los fiscales del Ministerio Público, tienen que dar a conocer que no se especifica de manera clara la revelación y divulgación sin el consentimiento del interesado en relación al secreto que ha sido confiado al profesional en su calidad de confidente y del cual se encuentra obligado al sigilo, o a las reservas propias de su profesión, en donde el secreto alude a cualquier información que el titular debe mantener el reserva y en el ámbito de su intimidad.
4. El gobierno de Guatemala, tiene que indicar que el secreto profesional no puede constituir un bien jurídico, ya que ese derecho tiene que ser



reconocido en beneficio de los profesionales, o sea, cuando puedan conocer hechos o circunstancias en virtud de su profesión.

5. El Ministerio Público, tiene que señalar que la prevaricación de los representantes de las partes en el delito de patrocinio infiel atenta de forma directa los fines del proceso de forma que al amparo de un proceso legalmente correcto la verdad puede encontrarse distorsionada y las soluciones ser injustas, siendo necesario reformar la pena impuesta al Artículo 465 del Código Penal para sancionar severamente el delito de patrocinio infiel.



BIBLIOGRAFÍA

- ALIMENA, Bernardino. **Delitos contra la persona**. Colombia, Bogotá: Ed. Temis, 1975.
- APARICIO FRISANCHO, Manuel. **Delitos contra la administración de justicia**. Lima, Perú: Ed. Moreno S.A, 2004.
- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos en la teoría del delito**. Costa Rica: Ed. Juricentro, 1985.
- BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. **Manual de derecho penal**. Lima, Perú: Ed. San Marcos, 1998.
- BURGOS, Ignacio. **Las garantías individuales**. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1986.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales del derecho penal**. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1991.
- CEREZO MIR, Julio. **Derecho penal**. Madrid, España: Ed. UNED, 2000.
- CEREZO MIR, José. **Problemas fundamentales del derecho penal**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1982.
- CHÁVEZ DE LA PEÑA, César Alberto. **El delito de patrocínio infiel**. Madrid, España: Ed. Reus, 2005.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1981.



GÓMEZ CRUZ, Eusebio. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Civitas, 1988.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **Derecho penal.** México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1991.

GOLDSTEIN, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Castrea, 1988.

HASSEMER, Wilhem. **Fundamentos del derecho penal.** Barcelona, España. Ed. Reus, 1989.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, S.A., 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal.** Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2000.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Nauta, 1986.

SALINAS SICCHA, Ramiro. **Derecho penal.** Lima, Perú: Ed. Heliasta S.R.L., 1989.

VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal.** Barcelona: Ed. Reus, S. A., 1981.

Legislación:

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

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

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

