

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

**COLISIÓN CONSTITUCIONAL DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE
SUSTRACCIÓN Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

RICARDO GREGORIO GIRÓN LIMA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2013

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

**COLISIÓN CONSTITUCIONAL DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE
SUSTRACCIÓN Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RICARDO GREGORIO GIRÓN LIMA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto 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
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos
Vocal: Licda. Edna Mariflor Irungaray López
Secretario: Lic. Carlos Alberto Velásquez Polanco

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Vocal: Licda. Edna Mariflor Irungaray López
Secretario: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera

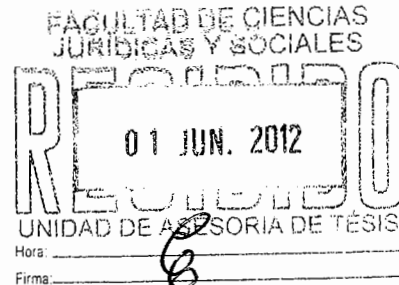
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Licenciada
María Milagros Larios Valle
Abogada y Notaria

Guatemala, 30 de mayo del año 2012

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



Respetuosamente me dirijo a usted, de la manera más atenta, según nombramiento proferido por su digno cargo de fecha seis de octubre del año dos mil once, con el objeto de emitir dictamen sobre la tesis del bachiller Ricardo Gregorio Girón Lima, de su trabajo de tesis intitulado: **“COLISIÓN CONSTITUCIONAL DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”**. Después de la asesoría encomendada, dictamino:

1. El contenido científico y técnico de la tesis es el adecuado y para su obtención, el sustentante empleó la doctrina y legislación correcta, redactándola y utilizando un lenguaje apropiado y además desarrolló de manera sucesiva; los distintos pasos del proceso de investigación.
2. Los métodos de investigación empleados, fueron los siguientes: analítico, con el que se señaló la presunción de inocencia; el sintético, dio a conocer el delito de sustracción; el inductivo, señaló sus características; y el deductivo, dio a conocer su regulación legal. Las técnicas de investigación utilizadas fueron: fichas bibliográficas y documental, con las cuales se recolectó la información actual y suficiente.
3. La redacción empleada es la correcta y se ajusta perfectamente al desarrollo de la tesis. La hipótesis comprobó que la importancia del análisis jurídico de la colisión constitucional del tipo penal del delito de sustracción y el principio de presunción de inocencia.
4. El contenido técnico y científico de la tesis, señala con datos actuales la importancia del principio de presunción de inocencia. Los objetivos se determinaron y establecieron los elementos que informan el delito de sustracción de conformidad con la legislación guatemalteca.



Licenciada
María Milagros Larios Valle
Abogada y Notaria

5. La tesis contribuye de manera científica a la sociedad guatemalteca y es de útil consulta para profesionales y para estudiantes, y en la misma el ponente señala un amplio contenido del tema investigado.
6. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de manera sencilla y constituyen supuestos certeros que definen el delito de sustracción.
7. La bibliografía utilizada es la adecuada y de actualidad. Al sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción, citas bibliográficas y capítulos; encontrándose conforme en llevar a cabo las modificaciones sugeridas.

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.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente.

Licda. María Milagros Larios Valle
ABOGADA Y NOTARIA

Licenciada María Milagros Larios Valle
7ª. Avenida 1-20 zona 4 Edificio Torre Café noveno nivel oficina 910
Tel: 23342043
Colegiada 8634
Asesora 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): **LUIS ALBERTO MÉNDEZ
FURLAN**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante:
RICARDO GREGORIO GIRÓN LIMA, CARNE NO. **200016241** Intitulado:
**“COLISIÓN CONSTITUCIONAL DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE
SUSTRACCIÓN Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”**

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/iyrc

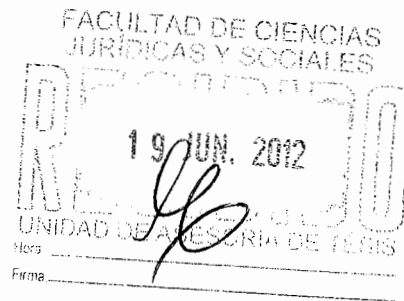


Lic. Luis Alberto Méndez Furlan
Abogado y Notario
Colegiado 4147

Guatemala, 18 de junio del año 2012

Licenciado

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



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Le doy a conocer que procedí a la revisión de tesis del bachiller Ricardo Gregorio Girón Lima, en base al nombramiento de fecha ocho de junio del año dos mil doce; intitulada: **“COLISIÓN CONSTITUCIONAL DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”**. Después de la revisión prestada, hago de su conocimiento:

- 1) En relación al contenido científico y técnico de la tesis, la misma es de importancia debido a que analiza y estudia la colisión constitucional del tipo penal del delito de sustracción en la legislación guatemalteca.
- 2) Al desarrollar la tesis se utilizaron los métodos y las técnicas de investigación adecuados. Los métodos utilizados fueron: analítico, el cual dio a conocer el principio de presunción de inocencia; el sintético, estableció sus características; el inductivo, dio a conocer su importancia; y el deductivo, indicó su regulación legal.
- 3) En cuanto a la redacción de la tesis, se llevó a cabo empleando un lenguaje apropiado. Los objetivos señalaron los elementos del delito de sustracción.
- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por el sustentante es fundamental para Guatemala, debido a que analiza jurídicamente el delito en estudio.
- 5) Se utilizó la bibliografía adecuada y la misma tiene relación con el trabajo de tesis y con el contenido de los capítulos desarrollados.
- 6) Las conclusiones y recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los capítulos desarrollados. Personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la

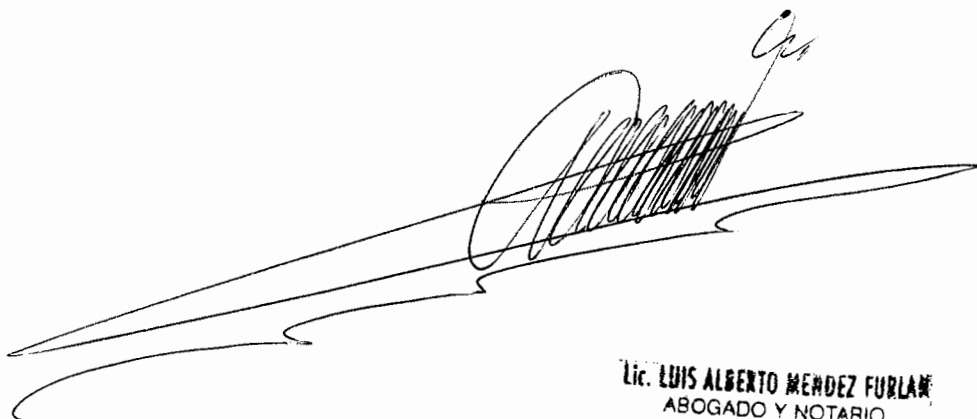


Lic. Luis Alberto Méndez Furlan
Abogado y Notario
Colegiado 4147

comprobación de la hipótesis formulada; relativa a señalar la colisión constitucional que puede ocurrir en el tipo penal del delito de sustracción.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual 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. LUIS ALBERTO MENDEZ FURLAN
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Luis Alberto Méndez Furlan
Revisor de Tesis
Colegiado 4147
7ª. Avenida 20-36 zona 1 oficina 33
Tel. 22300153



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante RICARDO GREGORIO GIRÓN LIMA, titulado COLISIÓN CONSTITUCIONAL DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE SUSTRACCIÓN Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/iyf.


Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser mi ser supremo y creador.
- A LA VIRGEN DEL CARMEN:** Por ser mi protectora.
- A MIS PADRES:** Por ser mi inspiración y darme la vida.
- A MI ESPOSA:** Por su amor y apoyo.
- A MIS HERMANOS:** Por su apoyo y comprensión.
- A MIS PRIMOS Y TÍOS:** Por sus consejos.
- A LA FAMILIA:** Tocora Cermeño, por darme un lugar en sus corazones.
- A MIS AMIGOS:** Por haber compartido conmigo sus estudios.
- A MI ASESORA Y A MÍ REVISOR:** Por su apoyo y ayuda.
- A:** La población universitaria.
- A:** Guatemala.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho penal.....	1
1.1. Definiciones desde distintos puntos de vista.....	2
1.2. Naturaleza jurídica.....	4
1.3. Contenido.....	5
1.4. Control social.....	6
1.5. Principios limitadores del poder punitivo del Estado.....	8
1.6. Principios constitucionales del derecho penal.....	14
CAPÍTULO II	
2. El delito.....	21
2.1. Definición.....	22
2.2. Teoría del delito.....	22
2.3. Sujetos del delito.....	24
2.4. Objeto del delito.....	25
2.5. El iter críminis.....	26
2.6. Criterios para definir al delito.....	29
2.7. Conceptualización.....	34



CAPÍTULO III

3. Tipo penal.....	37
3.1. Definición de tipo.....	37
3.2. Funciones del tipo.....	38
3.3. Tipo de antijuricidad.....	38
3.4. Tipo de adecuación social.....	41
3.5. Composición del tipo.....	42
3.6. Tipo injusto del delito doloso.....	49
3.7. Tipo injusto del delito imprudente.....	60

CAPÍTULO IV

4. Análisis de la colisión constitucional del tipo penal del delito de sustracción y el principio de presunción de inocencia.....	65
4.1. Importancia.....	65
4.2. El principio de presunción de inocencia.....	66
4.3. Regulación legal del delito de sustracción de menores.....	72
4.4. La colisión del tipo penal del delito de sustracción y el principio de presunción inocencia.....	73
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87



INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis es fundamental, debido a que analiza la colisión constitucional del tipo penal del delito de sustracción y el principio de presunción de inocencia, debido a que en la mayoría de las sentencias en las que se ha planteado la aplicación del delito de sustracción de menores, los acusados han sido absueltos afectando tanto el bienestar personal de los menores como el funcionamiento de la administración, siendo esencial el abordaje de los diversos aspectos del tipo, especialmente el problema de los sujetos y las modalidades de conducta contempladas en el delito.

De la amplia gama de comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona conforme al principio de intervención mínima los más intolerables y lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de una norma penal, cumpliendo así, además, las exigencias del principio de presunción de inocencia, como ocurre en el caso del delito de sustracción, en donde ocurre una colisión constitucional del tipo penal y de la presunción de inocencia.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 12 regula la inviolabilidad del derecho de defensa y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone en su Artículo 14 que la persona tiene derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección a ser informada, si no tuviera defensor del derecho que le asiste a tenerlo

Los objetivos de la tesis dieron a conocer que el sujeto activo en la sustracción propia puede ser cualquiera, inclusive los padres si lo sustraen de la persona que lo tenga bajo su poder. La misma, comprende dos modalidades: la primera, sustraer al menor y la segunda, retenerlo contra la voluntad de las personas encargadas legalmente del menor.



La hipótesis formulada, comprobó que la materialidad del delito en la inducción al abandono del hogar es su elemento de concreción, o sea, inducir a un menor de edad, pero mayor de diez años a que abandone la casa de sus padres o encargados. La inducción significa instigación, seducción para el abandono de la casa, no importando el motivo o destino final. El elemento psicológico o interno, se encuentra integrado por la voluntad y conciencia de que se induce al menor a abandonar el hogar, que es el hogar de sus padres.

El desarrollo de la tesis se realizó en cuatro capítulos: el primero, indica el derecho penal, definiciones desde los distintos puntos de vista, naturaleza jurídica, contenido, control social, principios limitadores del poder punitivo del Estado y principios constitucionales del derecho penal; el segundo, señala el delito, definición, teoría del delito, sujetos del delito, objeto del delito, el iter críminis, criterios para definir el delito y conceptualización; el tercero, establece el tipo penal, definición de tipo, funciones del tipo, tipo de antijuricidad, tipo de adecuación social, composición del tipo, tipo injusto del delito doloso y tipo injusto del delito imprudente y el cuarto, analiza la colisión constitucional del tipo penal del delito de sustracción y el principio de presunción de inocencia.

La entrega indebida de un menor es cometida cuando quien teniendo a su cargo la crianza o educación del menor lo entrega a un establecimiento público o a otra persona, sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, siendo el sujeto activo y el pasivo determinados: el primero, es quien tiene a su cargo al menor y el segundo, el mismo menor mencionado.

Debido a ello, es fundamental el análisis jurídico de la colisión constitucional del tipo penal del delito de sustracción y el principio de presunción de inocencia regulado en la legislación vigente en Guatemala.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

Desde la antigüedad, ha existido la necesidad de regular el comportamiento y las actuaciones de los seres humanos en la sociedad, con el objetivo de controlar y brindar protección al grupo social.

Tanto el delito, como la humanidad aparecen al mismo tiempo, debido a que si bien es cierto, aunque no existía un ordenamiento jurídico y la sociedad no se encontraba organizada como en la actualidad, el delito ya existía de una forma rudimentaria.

El hombre todavía no articulaba palabras, pero ya desarrollaba conductas que lesionaban a los demás, y de ello derivaba la necesidad de regular las conductas y señalar los castigos para lograr el orden y la convivencia pacífica.

Desde las primeras asociaciones humanas, se encuentran los hechos antisociales, que a su tiempo se convertían en extra y antijurídicos. La humanidad nació con vocación innata para el crimen. Contra aquella luchas, las fuerzas de carácter superior del espíritu se encontraron al amparo de las disciplinas morales.

Todo ser humano, es obediente a las fuerzas heredadas de sus instintos vigilantes desde su subconsciencia, confía, no obstante, en la educación para la mejoría de las



herencias y abre de esa forma la esperanza para un seguido perfeccionamiento de la humanidad.

1.1. Definiciones desde distintos puntos de vista

a) Desde el punto de vista subjetivo:

“Es la facultad o derecho de castigar y es la función propia del Estado, por ser el único que puede reconocerle válidamente a las conductas humanas, el carácter de delitos, conminar con penas y ejecutar a éstas por medio de los organismos correspondientes. Pero esta facultad no es ilimitada, pues la acota la ley penal misma al establecer los delitos y sus penas”.¹

Consiste, en la facultad que el Estado tiene de definir los delitos, fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad.

Es relativo, al llamado ius puniendo y es la facultad por la cual solamente él, por medio de sus órganos legislativos, tiene autoridad para dictar las leyes penales; pero es también deber porque es garantía indispensable en los Estados de derecho y se relaciona con la determinación de las figuras delictivas y su amenaza de pena con anterioridad a toda intervención estatal que exista de tipo represivo.

¹ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**. Pág 89.



b) Desde el punto de vista objetivo:

“Es el conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos, que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos en relación a los presupuestos, penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas”.²

Consiste en el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que tienen que imponerse las penas y las medidas de seguridad y se les conoce como ius poenale.

c) Desde el punto de vista sustantivo:

Es referente a las normas relativas al delito, al delincuente, a la pena o medida de seguridad. También, se le conoce como derecho material.

“Se señala que existen normas de derecho penal sustantivo, cuando hay indicación de los delitos, normas y medidas de seguridad, es decir, de la materia del propio derecho penal”.³

Sin embargo, el catálogo de delitos, que puede contener un código requiere de un conjunto de normas reguladoras de su aplicación, de procedimientos que permiten la aplicación de la materia a los casos concretos, siendo ello lo que

² Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág 90.

³ Cerezo Mir, Julio. **Derecho penal**. Pág 34.



constituye la esencia del derecho penal adjetivo, al que también se le conoce como derecho procesal penal, que constituye la forma en que se aplica a la materia penal.

d) Desde el punto de vista adjetivo:

“Consiste, en el complemento necesario del derecho sustantivo. Se trata del conjunto de normas, que se ocupan de señalar la forma de aplicar las reglas jurídico-penales en los casos concretos. Se le llama comúnmente derecho procesal o instrumental”.⁴

1.2. Naturaleza jurídica

Es de carácter público, debido a que las sanciones impuestas por el Estado, son en razón de un determinado interés público, y el delito crea una relación jurídica entre el sujeto activo del delito y el Estado, en cuanto a la facultad exclusiva del Estado de determinar los delitos, las penas y medidas de seguridad.

“El derecho penal de hoy es un derecho público, porque únicamente el Estado es capaz de crear normas que definan los delitos y que impongan sanciones en holocausto al apotegma liberal: nullum crimen, nulla poena sine lege. Esta característica, excluye la

⁴ Fontán Palestra, Carlos. **Derecho penal**. Pág 12.



posibilidad de considerar el llamado derecho disciplinario que ejercen las sociedades privadas en un derecho punitivo propiamente dicho”.⁵

El derecho penal es de naturaleza pública, debido a que únicamente el Estado se encuentra facultado para la creación de normas jurídicas, que califiquen los hechos considerados como delictivos, y que impongan las sanciones correspondientes, tomando en cuenta como fundamento el principio de legalidad.

1.3. Contenido

Para la concreción del derecho penal, es fundamental establecer la diferencia entre lo que es el derecho penal y la ciencia del derecho penal. La parte general del derecho penal señala que es el conjunto de normas jurídico-penales.

La ciencia del derecho penal, consiste en un conjunto sistemático de conocimientos obtenidos del ordenamiento positivo, referentes al delito, al delinciente, a las penas y a las medidas de seguridad.

Su estudio, se ha dividido en dos partes: general y especial, y de igual forma han sido divididos la mayoría de los códigos penales, dentro de los cuales se incluye al Código Penal guatemalteco Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

⁵ Hassemer, Wilhem. **Fundamentos del derecho penal**. Pág 39.



1.4. Control social

El Estado guatemalteco de conformidad con el Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se organiza para brindar protección a la persona y a la familia, siendo su finalidad suprema la realización del bien común, pero además el Artículo 2 de la misma norma hace referencia que es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la paz y el desarrollo integral de la persona.

De ello, se deduce que el Estado guatemalteco tiene que ser capaz de asegurar sus ciudadanos, tanto nacionales como extranjeros, que se pueden realizar y llevar a cabo sus actividades como hombres libres.

Todas las personas buscan vivir en una sociedad justa, equitativa e incluyente y el Estado es el encargado del ejercicio del poder punitivo sin abusos ni arbitrariedades.

En la actualidad, la sociedad cuenta con el derecho como uno de los instrumentos de control social de mayor importancia, siendo uno de ellos el derecho penal, debido a que protege una serie de valores fundamentales para los seres humanos, entre ellos: la vida, el patrimonio y el honor. Además, sanciona las conductas típicas, antijurídicas y culpables, previniendo los delitos como instrumentos protectores de los seres humanos y de la sociedad entre sí.



El derecho penal, es uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión y los grupos sociales, son también medios de control jurídico elevadamente formalizado como es el derecho penal.

Al igual que todo medio de control social, éste es tendiente a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan como indeseables, acudiendo para el efecto a que esas conductas se lleven a cabo, pero el derecho penal se caracteriza por prever las sanciones, como una forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos y que se denominan delitos.

Con ello, se trata de una forma de control social lo suficientemente importante como para que, una parte, haya sido monopolizada por el Estado, y por otra partes, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución Francesa se considera necesario delimitar con la mayor claridad posible como garantía del ciudadano.

De ello, que el poder punitivo reservado al Estado, solamente pueda ejercerse de conformidad con lo previsto por determinadas normas legales, a aprobar por parte de los representantes en los países democráticos.

Esas normas, que constituyen el derecho penal, tienen que determinar con la mayor precisión posible, qué conductas pueden ser tomadas en cuenta como constitutivas del delito y qué penas pueden sufrir quienes las realicen. Ello, es lo que en la actualidad se

conoce como principio de legalidad y consiste en el carácter eminentemente formalizado que diferencia al derecho penal de otros medios de control social.

El Artículo 1 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “De la legalidad. Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración, ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley”.

1.5. Principios limitadores del poder punitivo del Estado

En derecho penal, se ha entrado en un círculo en el cual el aumento de la criminalidad corre al lado del aumento de la pureza en la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se había salido ya definitivamente.

- a) Principio de intervención mínima: el poder punitivo del Estado, tiene que encontrarse regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con ello, el derecho penal solamente tiene que intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos de mayor importancia.

Las perturbaciones mayormente leves del orden jurídico, son objeto de otras ramas del derecho. La subsidiariedad, accesoriedad o secundariedad del derecho penal, no es más que una de las consecuencias que se derivan del principio de intervención mínima.



En el derecho penal, al igual que en todo ordenamiento jurídico, existe una función eminentemente protectora de los bienes jurídicos, pero dicha función de protección es relativa tan solo a una parte, y existe intervención solamente cuando fracasan el resto de barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho. Ello, ha llevado a determinado sector de la doctrina a que frente a estas otras ramas jurídicas, el derecho penal tiene carácter subsidiario.

El derecho penal, es parte del ordenamiento jurídico y como tal, consiste en una relación de interdependencia con las otras normas jurídicas, sin que ello quiera decir una relación de subordinación a las demás.

Dentro del ordenamiento jurídico, al derecho penal le es correspondiente la labor de castigar con las sanciones mayormente graves, los ataques más intolerables a los bienes jurídicos de importancia, y, en dicho sentido, sí se puede decir que el derecho penal es subsidiario del resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de ultima ratio, o sea, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o si el conflicto pueda ser solucionado rápidamente.

No puede conocerse la existencia de un delito, cuya creación sea genuinamente penal, en tanto no existe un explícito correlato en las leyes no penales o habría que buscarlo mediante las cláusulas generales. El asunto relativo a si el derecho penal crea sus prohibiciones o éstas le vienen ya dadas es pues, mayormente adecuada para oscurecer los problemas que para solucionarlos y, en todo caso, no se puede resolver



de un modo general, sobre todo si se toma en consideración que el ordenamiento jurídico se encuentra compuesto de comportamientos cerrados, sin comunicación alguna entre sí, sino que existe una relación de interdependencia entre ellos, sin que ello implique la subsidiaridad de ninguna.

Existe, por ende una unidad del ordenamiento jurídico en todas sus ramas y un concepto de licitud o antijuricidad válido para todas ellas, lo único que varían son sus efectos, los cuales se advierten en una o en otra y cada una se configura autónomamente de conformidad con sus necesidades.

Solamente las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico, pueden ser objeto del derecho penal. Pero, la vaguedad del concepto mismo y su posible manipulación obligan a ulteriores precisiones conceptuales, que ocupan en la actualidad una buena parte de las reflexiones de la ciencia del derecho penal.

“El concepto de bien jurídico, como todos los conceptos normativos, consiste en una creación artificial, y es el producto del consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado, y a veces, también es manipulado en sus elementos esenciales”.⁶

De esa forma, el derecho penal se encarga de brindar protección a los bienes jurídicos.

⁶ **Ibid.** Pág 50.



La completa autonomía del derecho penal en la configuración de sus efectos, no significa que los mismos puedan ser utilizados de cualquier manera, en su calidad y cantidad para la protección de los bienes jurídicos.

Con el principio de intervención mínima, se señala que los bienes jurídicos no solamente tienen que ser protegidos por el derecho penal, sino también ante el mismo.

O sea, si para el restablecimiento del orden jurídico que haya sido violado, es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son las mismas las que tienen que utilizarse y no las penales.

Pero, no todas las acciones que atacan a los bienes jurídicos son prohibidas por el derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él.

El derecho penal, se limita a castigar solamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos de mayor importancia, y de ello deriva su carácter fragmentario, debido a toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico.

Otras consecuencias del principio de intervención mínima, son referentes a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito. Las consecuencias de este principio son el principio de humanidad y el principio de proporcionalidad.



- b) Principio de humanidad: obliga siempre al reconocimiento de que el delincuente, cualquiera que sea el delito que haya cometido, es bastante semejante a una persona humana que tiene derecho a ser tratado como tal y a reintegrarse en la comunidad como un miembro de pleno de derecho.

En el proceso penal, el principio de humanidad, que surge con la ilustración lleva a la eliminación de cualquier medio que prive al acusado, a la libre determinación de la voluntad.

“En materia de ejecución penitenciaria, el principio de humanidad obliga a tratar con respecto al encarcelado y procurar su reinserción en la vida social una vez que haya salido de la cárcel, ahorrándole, en todo caso, todo tipo de vejaciones inútiles y de sufrimientos”.⁷

- c) Principio de proporcionalidad: quiere decir que las penas tienen que ser proporcionales a la entidad del delito cometido, o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito. La gravedad de la pena depende de la forma de ataque al bien jurídico.
- d) Principio de intervención legalizada: la gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, la drástica intervención en los derechos más elementales y, por ende, fundamentales de las personas y el carácter de última

⁷ Cerezo. **Ob.Cit.** Pág 78.



ratio que esta intervención tiene, imponen de forma necesaria la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo estatal y que confine su aplicación dentro de los límites que excluyan la arbitrariedad y el exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo.

Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de principio de de legalidad, establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito por el imperio de la ley, entiende a ésta como expresión de la voluntad general.

El principio de intervención legalizada o de legalidad, es de utilidad para evitar el ejercicio arbitrario e ilimitado del poder punitivo estatal y supone al mismo tiempo, un freno para una política penal pragmática que, decidida a terminar con la criminalidad y movida por razones de defensa o resocializadoras demasiado radicales, sacrifique las garantías mínimas de los ciudadanos, imponiéndoles sanciones no previstas ni reguladas en ley alguna.

- e) Principio de culpabilidad: en derecho penal se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación que conviene distinguir desde el primer momento, para con ello evitar confusiones y polémicas inútiles en cuanto al contenido que tiene que dársele a la cuestión de que si procede, es decir, prohibido por la ley penal con la amenaza de una pena. Para ello, se exige la presencia de una serie de elementos que constituyen los elementos positivos específicos del contenido dogmático de culpabilidad.

Es suficiente, la falta de cualquiera de estos elementos específicos de la culpabilidad para que no pueda imponerse una pena.

Por otro lado, se encuentra la culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena. No se trata de fundamentar el sí, sino de determinar el cómo de la pena, su gravedad y su duración.

“Se asigna a la culpabilidad una función sobre todo limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de los límites impuestos por la idea misma de la culpabilidad, además de por otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido”.⁸

Por último, el concepto de culpabilidad se emplea como proscripción de la responsabilidad por el resultado, o responsabilidad puramente objetiva.

En dicho sentido, el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia.

1.5. Principios constitucionales del derecho penal

Los principios constitucionales que informan el derecho penal son los siguientes:

⁸ **ibid.** Pág 88.

- a) Principio de presunción de inocencia: toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.

- b) Principio de legalidad: consiste en la sumisión del derecho penal al imperio de la ley, de forma que nadie puede ser castigado sino por hechos definidos como delitos o faltas en una ley anterior a su perpetración, ni imponérsele penas distintas de las contenidas en la ley.

Se refiere a que el delito y la pena tienen que encontrarse previamente a su composición e imposición, contemplados en la ley penal.

- c) Principio de Estado de derecho: este principio dio vida a la intervención legalizada. Se estructura sobre el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la actuación administrativa y la garantía de derechos y libertades fundamentales.

- d) Principio de reserva de la ley o de concentración legislativa: la materia penal tiene que ser expresamente disciplinada por un acto de voluntad del poder del Estado, al cual le es asignada la voluntad de legislar, o sea, el poder legislativo exclusivamente.

- e) Principio de intervención mínima: el Estado con la facultad que le fue asignada, de penar y proteger la convivencia humana, garantizando la paz social, en su



función represiva y preventiva tiene que hacer uso del derecho penal, cuando otros medios de control social de carácter no penal sean insuficientes, pero solamente para proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más insoportables o intolerables.

- f) Principio de determinación del tipo y de las penas o medidas de seguridad: con ello se tiene que tomar en consideración que tanto el precepto como la sanción, deben ser precisos y certeros.

En el tipo penal, tienen que emplearse el menor número de elementos normativos. Las pena tiene que ser lo más exacta posible.

- g) Principio de irretroactividad: la ley tiene que ser previa a los hechos que se pretende sancionar.

El principio, tiene su excepción en las leyes penales que sean favorables al reo, con fundamento en razones humanitarias o de estricta justicia al oponerse un cambio legislativo que el propio legislador reconoce con la nueva ley más benigna, debido a que la antigua ha dejado de ser justa y existir. Como norma general, cabe afirmar que las leyes penales solamente se aplican a hechos que hayan ocurrido durante su vigencia.

La ley penal solamente puede aplicarse de forma retroactiva cuando favorezca al reo. El Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala



regula: "Irretroactividad de la ley. La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo".

El Artículo 2 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Extractividad. Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicará aquella cuyas disposiciones sean favorables al reo aun cuando haya recaído sentencia firme y aquel se halle cumpliendo su condena".

- g) Principio de exclusión de la analogía: por analogía, los jueces no pueden crear figuras delictivas ni aplicar sanciones.

Lo anterior, quiere decir un apego estricto a la ley, debido a que lo que no contenga un tipo penal como delito, no tiene que crearse apoyado en su similitud con otro, es decir, un hecho que no está plenamente contenido en un tipo penal, no tiene que pensarse que es semejante a otro y no tiene que buscarse otro que se le parezca, cuando no se integre el tipo.

- h) Principio del hecho: el Estado guatemalteco no puede intervenir en materia penal, si antes una persona no ha cometido un hecho delictivo.
- i) Principio de culpabilidad: no hay pena sin culpabilidad. Este principio, excluye penar por la conducción de vida o de carácter del agente.



- j) Principio de retribución: como respeto a la dignidad de la persona humana, solamente cabe aplicar pena a todo acto culpable. Toda pena, tiene que ser proporcional al grado de culpabilidad.

- k) Principio de humanidad: el Estado tiene la obligación de velar porque las personas se sientan realizadas como tales y por la readaptación social del condenado y además, se les tiene que respetar como seres humanos, para que finalmente se reinserte a la sociedad como un elemento útil a ella.

- l) Principio non bis in idem: en relación a que una persona no puede ser castigada más de una vez por la misma infracción, ni una circunstancia puede ser tomada en cuenta doblemente para determinar la naturaleza de un hecho, o dicho de otra manera que una acción o una circunstancia concurrente no puede ser enjuiciado dos veces, o tomada en consideración doblemente a la hora de establecer una sanción.

- m) Principio de proporcionalidad: es reconocido en la Declaración de los Derechos y Deberes del hombre y del ciudadano en su Artículo 12, en el cual se proclama que la ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales.

No se recoge de forma expresa en el texto constitucional, aunque sí se encuentra implícito en el mismo, al vedarse cualquier utilización excesiva o desmedida de las sanciones que conllevan privación de derechos fundamentalmente.



- n) Principio del bien jurídico protegido: en cuanto que el derecho penal resguarda determinados bienes jurídicos, que el legislador estima dignos de protección y solamente pueden tipificarse como delitos de lesión mediante una acción dolosa o imprudente.





CAPÍTULO II

2. El delito

“La palabra delito, deriva del latín delicto o delictum, del verbo delinqui o delinquere que quiere decir desviarse, resbalar, abandonar y encuentra su interpretación en el abandono de la ley”.⁹

Los criminalistas han intentado la formulación de una noción de delito en sí, en su esencia, una noción de delito filosófica que sea de utilidad en todos los tiempos y en todos los países, para la determinación de que si un hecho es o no delictivo. Esas tentativas han sido inútiles, debido a que encontrándose la noción del delito en conexión con la vida social y jurídica de cada sociedad y cada siglo, aquélla tiene que seguir obligadamente los caminos de éstas, y por ende es bien posible que lo pensado ayer como delito se considere en la actualidad como lícito. Es inútil, buscar una noción el delito en sí.

“En Roma se habló de noxa o noxia que significaba daño, posteriormente ya en la culta Roma para identificar a la acción penal, se utilizaron los términos flagitium, scelus, facinus, crimen, delictum y graus, teniendo mayor aceptación hasta la Edad Media los términos crimen y delictum”.¹⁰

⁹ Domínguez Estrada, Alfonso. **El delito, el delincuente, la pena y la medida de seguridad**. Pág 101.

¹⁰ **Ibid.** Pág 103.

Actualmente, se emplean los siguientes términos: delito, crimen, infracción penal, hecho o acto punible, conducta delictiva, acto o hecho antijurídico, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho penal, hecho criminal, contravenciones o faltas.

2.1. Definición

“Delito es un acto típicamente antijurídico, imputable y sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”.¹¹

“El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.¹²

2.2. Teoría del delito

La teoría del delito, se encarga del estudio de las características comunes que debe tener cualquier conducta en relación a las acciones u omisiones, para ser tomadas en consideración como delitos. Se encarga de la reunión en un sistema de todos los elementos que, de conformidad al derecho positivo, pueden ser tomados en consideración las características comunes a todo delito o a determinado grupo de delitos.

¹¹ Alonso Alamo, Manuel. **Circunstancias del delito e inseguridad jurídica**. Pág 67.

¹² **Ibid.** Pág 70.

Es obra de la doctrina jurídico penal y es constitutiva de la manifestación mayormente elaborada y de las características de la dogmática del derecho penal.

Además, cuenta con una finalidad teórica bastante elevada relativa a la búsqueda de los principios fundamentales del derecho penal positivo y su articulación dentro de un sistema unitario.

Constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características y no permite propuestas incondicionadas sobre lo que tiene que es el delito, sino elaboraciones sistemáticas de las características generales que permite el derecho positivo para atribuirle al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste.

La teoría general del delito, es una parte de la ciencia del derecho penal y comprende el estudio de los elementos positivos y negativos el delito, así como sus formas de manifestarse.

Los elementos positivos del delito, configuran la existencia de éste mientras que los elementos negativos constituyen su inexistencia y las formas de manifestación son referentes a la aparición del mismo.

Se encarga de la atención al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto y no de cada caso en particular, sino de las partes comunes de todo hecho delictivo, con la finalidad de determinar si existe o no un ilícito.



“Las partes o elementos son la conducta, la tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y punibilidad, así como sus elementos negativos, ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias y todo ello con la finalidad de establecer el momento en el que se le puede imputar un hecho delictivo a un sujeto”.¹³

Las funciones que derivan de la teoría del delito son las siguientes:

- a) Permite el conocimiento exacto de las conductas delictivas, así como también la pena que es aplicable.
- b) Consiste en una garantía de que solamente la conducta que se ubique justamente en la ley penal puede ser penada, y la pena no puede exceder de los límites que la misma norma establezca.

2.3. Sujetos del delito

Los sujetos del delito son el activo y el pasivo.

- a) Sujeto activo: es la persona física que comete el delito, también se le denomina delincuente, agente o criminal, siendo esta la última acepción manejada por la criminología.

¹³ Hassemer. **Ob.Cit.** Pág 89.

Es quien viola el derecho violado y tiene que ser una persona física, indistintamente de la edad, sexo y nacionalidad. Solamente una persona física puede ser imputable y capaz.

- b) Sujeto pasivo: es la persona física o moral, sobre quien cae el daño o peligro que se haya ocasionado debido a la conducta llevada a cabo por el delincuente. Consiste en el titular del derecho violado y es la persona que resiente el daño ocasionado debido a la infracción penal. También, se le conoce como víctima u ofendido.

Una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como en los delitos patrimoniales y contra la nación. De forma directa, el ofendido es a quien indirectamente resiente el delito.

2.4. Objeto del delito

El objeto del delito puede ser material y jurídico, los cuales se explican brevemente a continuación:

- a) Objeto material: se integra por la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro, o sea, por la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa.



- b) Objeto jurídico: consiste en el interés jurídicamente tutelado y protegido por el Estado. Es el bien que resguarda la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan. Todos los delitos cuentan con un bien jurídico que protegen, debido a que las legislaciones penales clasifican los delitos atendiendo al objeto jurídico, o bien que se encuentra protegido por el Estado, al agrupar los delitos.

2.5. El iter críminis

El delito continúa un desarrollo, de forma que cuando se lleva a cabo, es la culminación de varias fases o etapas, de donde dependerá su punibilidad. Consiste en el camino o la vida del delito. La persona que va a cometer un delito primero lo plasma y posteriormente lo lleva a cabo, es decir, lo exterioriza en dos fases: fase interna y fase externa.

- a) Fase interna: consiste en el proceso interior que ocurre en la mente del sujeto activo. Esta etapa abarca las siguientes etapas: ideación, deliberación y resolución.
- Ideación: es el surgimiento de la idea criminal, en el momento en que nace el delito en la mente del delincuente.
 - Deliberación: es la idea que surge en relación a que se realizará o no el delito, de conformidad con los valores que la persona tenga, ya que decide o no en relación al hecho.



- Resolución: consiste en la decisión del delincuente de cometer el delito, la cual en un momento determinado lleva a cabo o rechaza de manera definitiva.

“La fase interna tiene bastante importancia para la criminología. A la criminología, le es de interés el conocimiento de los factores lejanos en el tiempo relativo a la conducta criminal, mientras que al derecho penal los factores mayormente cercanos, los detonantes y desencadenantes con la finalidad de lograr una auténtica prevención”.¹⁴

- b) Fase externa: es la que abarca desde el momento en que el delito se manifiesta y termina con la consumación. Además, abarca la manifestación, preparación y ejecución.

- Manifestación: la idea criminal aflora al exterior, surgiendo en el mundo de la relación, pero sencillamente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente solamente en la mente del sujeto. Esta fase no es incriminable.

- Preparación: integrada por los actos llevados a cabo por el sujeto con la finalidad directa de cometer el delito, o sea, los actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos y, consecuentemente, no revelan la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan delitos.

¹⁴ Alonso. **Ob.Cit.** Pág 90.

- Ejecución: consiste en la realización de los actos que originan propiamente el delito. En la misma, se tienen que tomar en consideración los siguientes artículos del Código Penal:

El Artículo 13 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Delito consumado. El delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación”.

El Artículo 14 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Tentativa. Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente”.

El Artículo 15 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Tentativa imposible. Si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad”.

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



2.6. Criterios para definir al delito

Para conocer la naturaleza del delito, es necesario analizar los postulados más importantes.

a) Escuela Clásica:

Para la Escuela Clásica, el delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

El delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violencia del derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella; pero para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado y violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad, y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos.

Es importante señalar cómo la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la ley penal las simples



opiniones, deseos, y pensamientos, también para significar que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima al acto o a la omisión moralmente imputable, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política.

Para esta escuela, el delito es un acontecimiento jurídico, una infracción a la ley del Estado, un ataque a la norma penal, un choque de la actividad humana con la norma penal, es en esencia un ente jurídico.

b) Escuela Positiva:

“La Escuela Positiva consideró al delito como un fenómeno natural y social producido por el hombre. En la misma, ocurre la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia o piedad y probidad o justicia en la medida en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad”.¹⁵

Las observaciones que se hacen al concepto suministrado de delito natural, estriban en que quedan fuera de ella algunas figuras delictivas, a virtud de que existen otros sentimientos, que pueden ser lesionados: el patriotismo, el pudor, la religión, así como que es relativo el concepto de la medida en que son poseídos los sentimientos de piedad y probidad”.

¹⁵ Domínguez. **Ob.Cit.** Pág 56.



Los positivistas conciben el delito como una realidad humana, como un fenómeno natural o social.

c) Criterio jurídico formal:

Esta definición que también es conocida como definición legal, preceptiva o in abstracto, se refiere al delito como una forma de la conducta del hombre descrita en una norma del derecho penal, norma dentro de la cual se encuadra una actividad humana a la que le corresponde una sanción punitiva o pena.

Esta noción se encuentra apegada a la ley, que impone su amenaza penal. El delito es verdaderamente configurado por su sanción penal. Si no hay ley sancionadora no existirá el delito, aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social.

Se trata de una noción incompleta, pues no se preocupa de la naturaleza del acto en sí, sino que sólo atiende a los requisitos formales. En este aspecto formal, se define como la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena.

Todos los delitos artificiales, es decir, son creación de la ley que los encuadra dentro de sus tipos; y si desaparece la ley, el delito quedará suprimido.



d) Criterio filosófico:

Las nociones filosóficas, pretenden encontrar la esencia del acto punible con validez universal, temporal y espacialmente y por lo mismo lo han concebido con diferentes apreciaciones que a la postre han sido vanas ya que el delito se caracteriza por ser dinámico.

Destacan entre las definiciones de carácter filosófico, en primer lugar las concepciones de los teólogos, que identifican el delito con el pecado, analizando el acto punible en su aspecto moral.

Durante esta época, la Partida VII definió los delitos como los malos hechos que se hacen a placer de una parte y a daño de deshonra de la obra, hechos tales que son contra las buenas costumbres y contra los mandamientos de las leyes.

El delito abarca el elemento ético mínimo que es indispensable para vivir en sociedad; y es una acción contraria a la ley, a la moral y a la justicia.

e) Criterio nacional sociológico:

Vista la imposibilidad o infructuosidad de los intentos por dar una definición absoluta del delito, los positivistas elaboran la noción del delito con base en la distinción entre delito natural y delito artificial.



La delincuencia natural ataca a los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, en tanto que la delincuencia artificial o legal abarca los demás delitos no ofensivos de estos sentimientos señalados, tales como los contrarios al pudor, honestidad, etc.

La principal característica del delito es su oposición a las fundamentales condiciones de la vida social y su enfrentamiento a la moralidad media.

En realidad, todos estos autores, que frente a la delincuencia natural colocan la artificial, reactualizan la arcaica distinción entre delitos malos y los delitos que lo son por estar establecidos por la ley positiva.

Lo que el delincuente infringe es la norma, anterior a la ley penal; ésta última crea el delito, en tanto que la norma cultural es un concepto social y son el fundamento de la convivencia entre los hombres en donde se crea la antijuridicidad de la acción. En definitiva, el delito es un fenómeno social.

f) Criterio técnico jurídico:

El movimiento denominado técnico jurídico es producto del fruto de la dogmática alemana y de la utilización del método analítico, que se aparta de los extremos positivistas para dedicarse de lleno al examen lógico del delito, de donde se origina lo que se conoce como la construcción técnico jurídica de la infracción.



El delito es la acción antijurídica y culpable castigada con una pena. La tipicidad es una de las características principales del delito, siendo el mismo una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de punibilidad.

El criterio del movimiento técnico jurídico, es el que mayor aceptación ha tenido en cuanto a la definición del delito, por considerar que es el más aceptado dentro del campo penal. Delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable sancionada por la ley.

2.7. Conceptualización

La conceptualización jurídica del delito debe ser naturalmente formulada desde el punto de vista del derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiar las ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminales y otras.

Una verdadera conceptualización del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y ello permite un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos.

“En lugar de señalar la violación de la ley como una referencia formal de antijuricidad, o concretarse a buscar sentimientos o intereses protegidos que vulneren como contenido material las violaciones a la ley, puede citarse sencillamente la antijuricidad como



elemento que lleve consigo dos aspectos: formal y material, dejando a un lado la voluntariedad y los móviles antisociales, como expresión formal y criterio material sobre la culpabilidad, tomando esta última como un auténtico elemento del delito, a reserva de desarrollar por su análisis todos sus aspectos o especies”.¹⁶

Desde ese punto de vista, se han elaborado definiciones del delito de orden formal y de carácter sustancial, las cuales se desarrollan a continuación:

- Noción jurídico-formal: la auténtica noción formal del delito la suministra la ley positiva a través de la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de determinados actos.

Ello, debido a que formalmente hablando, expresan el delito y el mismo se caracteriza por su sanción penal, sin una ley que sancione una determinada conducta, ya que no es posible hablar de delito, siendo el mismo la acción punible, o sea, el conjunto de los presupuestos de la pena.

- Noción jurídica sustancial: es referente a los distintos elementos de que consta el delito. No existe acuerdo de los estudiosos en cuanto a una relación del número de elementos que tienen que integrar el delito. Existen dos corrientes: unitaria o totalizadora y la analítica.

¹⁶ **ibid.** Pág 88.



La primera, sostiene que el delito es una unidad y que por ende no admite división alguna. La segunda, señala que el delito se encuentra conformado por varios elementos, los cuales integran y dan vida al mismo. De conformidad con la misma, se estima que el delito se forma con un determinado número de elementos.

CAPÍTULO III



3. Tipo penal

Por imperativo del principio de legalidad, de su vertiente del *nullum crimen sine lege*, solamente los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.

Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo no es típico, es decir no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

Existe exasperación del principio de legalidad que, llevado hasta sus últimas consecuencias desembocaría en un casuismo que de todos modos dejaría algún supuesto de hecho fuera de la descripción legal. La diversidad de formas de aparición, que adoptan los comportamientos delictivos que impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta, tienen características esenciales comunes. Esta figura puramente conceptual, consiste en el tipo.

3.1. Definición de tipo

Tipo es la descripción de la conducta no permitida que lleva a cabo el legislador, en el supuesto de hecho de una norma penal.



3.2. Funciones del tipo

El tipo tiene en el derecho penal, tiene una triple función:

- a) Una función seleccionadora, de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b) Una función de garantía, en la medida que solamente los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.
- c) Una función motivadora general, debido a que con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos los comportamientos que no están permitidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la esas conductas.

3.3. Tipo de antijuricidad

“La antijuricidad es un juicio negativo de valor, que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico”.¹⁷

¹⁷ Cerezo. **Ob.Cit.** Pág 55.



Es un concepto unitario válido, para todo el ordenamiento jurídico, de tal forma que lo que es antijurídico en una rama del derecho, lo es también para las restantes ramas del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante. Por imperativo del principio de legalidad y de la idea de seguridad y certeza jurídica solamente los comportamientos antijurídicos que, además son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico penal.

La tipicidad de un comportamiento que no implica, sin embargo, la antijuridicidad del mismo, es un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico.

El tipo y la antijuridicidad, son dos categorías distintas de la teoría general del delito. El tipo, puede desempeñar una función indiciaria de la antijuridicidad que se llama *radio cognoscendi*, pero no se puede identificar con ella.

La identificación entre tipo y antijuridicidad, conduce a considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo. En verdad, difícilmente se puede equiparar una conducta atípica con una conducta típica, pero realizada por una causa de justificación. Por otra parte, la indagación sobre la antijuridicidad solamente tiene sentido, si previamente se ha establecido la tipicidad del comportamiento.

Aunque en la práctica, ambas cualidades de la acción se suelen comprobar conjuntamente, nada impide que puedan o deban ser separadas conceptualmente. Las



consecuencias de identificar tipo y antijuridicidad, se reflejan sobre todo en materia de error, pues al considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo, no existe otra posibilidad que tratar unitariamente el error sobre los elementos del tipo y el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación.

La relación entre tipo y antijuridicidad, puede ser más o menos estrecha. Generalmente, en el tipo se incluyen todas las características de la acción, que no son permitidas y que fundamentan positivamente su antijuridicidad.

Sin embargo, no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características y hay que dejar al juez o al intérprete la tarea de buscar las características que faltan. Sucede esto sobre todo en los delitos imprudentes, en los que esa acción no permitida, tiende a ser establecida por el juez que ayuda. En los delitos de comisión por omisión, la autoría tiene que ser completada con el criterio de la posición de garante.

Ello se debe, a la dificultad de plasmar legalmente las características en el tipo legal, pero una vez halladas, pertenecen al tipo igual que las demás.

“La materia de prohibición, solamente permite saber si se tienen en cuenta los elementos que también afectan a la antijuridicidad. Lo que se plantea, es si esos elementos pertenecen también a la tipicidad y si, por consiguiente, no se dan y excluyen ya la tipicidad misma antes que la antijuridicidad”.¹⁸

¹⁸ **ibid.** Pág 56.



La cuestión, tiene trascendencia en el ámbito del error, ya que, se estiman los elementos del tipo o, en su caso, como errores de prohibición. Conviene tener en cuenta el carácter secuencial de la definición del delito, que obliga a tratar y a resolver a cada categoría los problemas que en ella se presentan, antes de pasar a la siguiente. La relación entre el tipo y las restantes categorías del delito también es muy estrecha.

Cuando se hable de tipo de culpabilidad, se designan aquellos elementos que fundamentan el juicio de culpabilidad. También, se habla de tipo de delito como el conjunto de presupuestos que deban darse para imponer una pena. Sin embargo, el nombre de este tipo, debe reservarse para aquellas imágenes conceptuales que sirven para descubrir la conducta prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal y que después va ser objeto de juicio de antijuridicidad, es decir, va a ser analizada desde los motivos y de las causas de justificación. Se habla así de tipo injusto y en este sentido va a ser utilizado mientras no se diga lo contrario.

3.4. Tipo de adecuación social

Aunque el tipo, no es una categoría neutra valorativamente, sino que implica ya una selección de comportamientos y, por tanto, una valoración de lo típico y ello es relevante penalmente, no es menos cierto, sin embargo que ciertas acciones en sí típicas carecen de relevancia al ser corrientes en el ámbito social. No obstante, se estima que, por ser comportamientos adecuados socialmente, no deben considerarse típicos y mucho menos antijurídicos.



Sin embargo, se confunde con esta teoría de la adecuación social dos planos distintos y con distinta trascendencia: el social y el jurídico. Ciertamente, lo que es adecuado socialmente, es decir, los comportamientos habituales en la sociedad aceptados y practicados por la mayoría, no deberían ser generalmente típicos, es decir, penalmente relevantes.

Este desfase, puede llevar inclusive a la derogación de hecho de la norma jurídica y a proponer su derogación formal, pero, en tanto esto último no suceda, no puede admitirse que la adecuación social sea una causa de exclusión de la tipicidad.

La adecuación puede ser un criterio que permita, en algunos casos, una interpretación restrictiva de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden el ámbito de prohibición.

Pero, ésta es una consideración fáctica que no puede pretender validez general, dada su relatividad e inseguridad. Por ello, debe rechazarse el criterio de la adecuación social como causa de exclusión del tipo.

3.5. Composición del tipo

La imagen conceptual, que es el tipo que se formula en expresiones lingüísticas, con mayor o menor acierto, intentan descubrir, con las debidas notas de abstracción y generalidad, la conducta no permitida.



Para cumplir su función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad en relación a la conducta no permitida. Para ello, hay que utilizar un lenguaje claro, preciso y asequible al nivel cultural medio.

Se debe ser cuidadoso en la utilización de elementos normativos, como los acreedores e insolventes. Que implican siempre una valoración y, por eso, un cierto grado de subjetivismo, así como el empleo sobre todos los elementos lingüísticos descriptivos que de cualquiera pueden apreciar o conocer en su significado, sin mayor esfuerzo: matar, daños, lesiones, etc. Aunque, realmente es imposible desterrar los elementos normativos e incluso los puramente descriptivos.

Igualmente debe evitarse en lo posible, el casuismo en la descripción de las conductas no permitidas. Es imposible, llegar a describir exhaustivamente todas las formas de aparición de un delito.

Algunas veces, es imposible comprender en un mismo tipo las diversas formas de aparición de un mismo delito. Sucede esto, cuando el delito aparece acompañado de algunas circunstancias objetivas o personales que atenúan o gravan la antijuridicidad o la culpabilidad y el legislador ha creído conveniente tener en cuenta expresamente estas circunstancias, para crear otros tipos derivados del tipo básico. Otras veces, las circunstancias atenúan la pena.

Los tipos cualificados o privilegiados, añaden circunstancias agravantes o atenuantes, pero no modifican los elementos fundamentales del tipo básico. El delito autónomo



constituye, por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y ámbito de aplicación propios y con un marco penal autónomo.

De lo dicho, se desprende que en la composición de los tipos penales entran una serie de elementos de distinta procedencia y distinta significación. Es imposible, delimitar a priori todas las peculiaridades que presenten los distintos tipos delictivos. Esta es una tarea que corresponde a la parte especial, que precisamente se ocupa del estudio de cada uno de los distintos tipos delictivos.

Los intentos de elaborar una parte general de la parte especial en la que incluyan todas las características generales comunes a los distintos tipos delictivos, no son posibles y de antemano con un destino al fracaso. Es imposible reducir a un denominador común, las diversas características de los tipos delictivos.

El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza la acción no permitida. Normalmente, en el tipo se alude al sujeto con expresiones impersonales.

En estos casos, el sujeto activo del delito puede ser cualquiera en los delitos comunes, al margen de que después pueda o no ser responsable del delito en cuestión, si tiene las facultades psíquicas mínimas necesarias para la culpabilidad.

En algunos tipos delictivos se plantean, sin embargo, algunas cuestiones en relación con el sujeto activo.



En primer lugar, se tienen los delitos plurisubjetivos, en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo objeto; bien autónomamente, como partes de una misma relación delictiva como ocurre en los delitos de encuentro.

De estos delitos, deben distinguirse los casos de participación necesaria en los que intervienen también varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido es el tipo del sujeto pasivo.

En algunos casos, la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito y son los llamados delitos especiales. El sujeto activo de estos delitos, solamente pueden serlo las persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo.

Los delitos especiales en sentido estricto y los delitos especiales se dividen en delitos especiales sean de sentido estricto y delitos especiales en sentido amplio. Los primeros, son aquellos que no tiene correspondencia con una común por ejemplo el alzamiento de bienes; los segundos, tienen correspondencia con uno común, pero la realización por determinadas personas hace que este se convierta en tipo autónomo distinto, con punición también distinta.

Estos delitos, plantean especiales dificultades en relación con el tratamiento que debe darse a aquellos partícipes que intervienen en la realización con el tratamiento que



deba darse a aquellos partícipes que intervienen en la realización del delito especial, **sin** tener las cualidades personales exigidas en el tipo.

Distintos a los delitos especiales, son los delitos de propia mano. En ellos, el tipo exige se encuentre en posición de ejecutar inmediata y corporalmente, la acción puede ser sujeto activo o autor en sentido estricto de la acción descrita en el tipo legal.

En todo tipo hay una acción, entendida como comportamiento humano, constituye el núcleo del tipo, que es su elemento más importante. La acción viene descrita generalmente por un verbo, cuando el tipo solamente exige la realización sin más de la acción existe un delito de mera actividad o en su caso, de mera inactividad.

En otros casos se exige, junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material. La distinción puede llevar a confusiones, ya que todo delito consumado tiene resultado constituido por la realización del tipo. Cuando aquí se habla de resultado se alude el resultado como modificación producida en el mundo exterior, distinta idealmente de la acción misma.

En algunos delitos, se exige para la consumación del tipo la modificación separada de la acción y en este sentido se habla de delitos de resultado.

En algunos tipos de acción, se delimita por la exigencia del empleo de algunos medios legalmente determinados por el lugar o por el tiempo.



Según que el tipo corresponda una o varias acciones, se habla de delitos simples y delitos compuestos. Los últimos se dividen en complejos y mixtos. Los delitos complejos se caracterizan por la concurrencia de dos o más acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo, pero de cuya unión nace un complejo delictivo autónomo distinto.

En los delitos mixtos el tipo contiene, bajo la misma conminación penal, diversas modalidades de conducta.

También se dividen los tipos en función de la relación psicológica entre el autor y su acción o resultado surgiendo así los delitos dolosos, los delitos imprudentes y los delitos con elementos específicos subjetivos.

La norma penal, tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, los comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.

Todo tipo de delito está orientado hacia la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico. Este no es otra cosa, que el valor que la ley quiere proteger de las acciones que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. La cualidad de bien jurídico es, por lo tanto, algo que no crea la ley y no algo preexistente a ella misma. Lógicamente se espera que, de acuerdo con el



principio de intervención mínima, el legislador solamente utiliza el derecho penal para proteger bienes jurídicos verdaderamente importantes y tipifique aquellos comportamientos verdaderamente lesivos o peligrosos para esos bienes jurídicos. De ahí la necesidad de hacer presente siempre una actitud crítica tanto a los bienes jurídicos protegidos como a la forma de protegerlos penalmente.

El concepto de bien jurídico se utiliza en derecho penal como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos. Según este criterio de clasificación, se distingue entre bienes jurídicos individuales y comunitarios.

Esta distinción no tiene, sin embargo, un valor absoluto, ya que tan importante es para el individuo que se respeten los bienes jurídicos que le afectan al orden social en el que el individuo tiene que vivir y realizarse.

Distinto del bien jurídico es el objeto de la acción, que es aquella cosa del exterior sobre la que recae directamente la acción típica.

En algunas ocasiones, pueden coincidir ambos conceptos sobre un mismo objeto, pero en este caso inclusive se puede distinguir entre el objeto como objeto material físico sobre el que recae la acción y el objeto jurídico como objeto material físico sobre el que recae la acción y el objeto jurídico como bien o valor ideal a la que la ley conoce su protección.



Titular del bien jurídico es el sujeto pasivo y no siempre coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal con el sujeto pasivo de la acción típica.

La distinción tiene importancia en algunos casos para saber quién está legitimado para consentir y disponer del bien jurídico. En la mayoría de los delitos de carácter comunitario el sujeto pasivo aparece de un modo borroso y vago, por lo que se habla de delitos vagos o con intereses difusos.

En otros casos, se discute la cualidad de sujeto pasivo a las personas jurídicas respecto a determinados bienes jurídicos y en otros se habla de un sujeto pasivo genérico presente en todo delito que es el estado.

En realidad, el concepto del sujeto pasivo es poco preciso y solo tiene interés para saber quién es el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal, en aquellos casos que se tenga que disponer libremente de la propiedad.

3.6. Tipo de injusto del delito doloso

“El tipo de injusto no está compuesto solo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La acción u omisión subsumible en el tipo no es un simple causal ciego, sino un proceso causal regido por la voluntad”.¹⁹

¹⁹ Cuello. **Ob.Cit.** Pág 79.



De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad sin efectos concomitantes y selección de medios. Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva como subjetiva. En la primera, se incluyen todos los elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica relativos al autor, acción, normas y medios de acción, resultado, y objeto material. En la segunda, el contenido de la voluntad es el que rige la acción.

Esta vertiente subjetiva es, a diferencia de la objetiva, mucho más difusa y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir. Entre aquellos supuestos en los que al final del autor coincide exactamente con el resultado prohibido en el tipo y otros con el resultado prohibido en el tipo de aquellos, otros en los que el fin pretendido es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico penal, pero en los que se desapruueba la forma de utilización de los medios elegidos para conseguir ese fin, hay diferencias evidentes que merecen una distinta valoración.

De ahí, la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre tipo injusto realizado dolosamente y tipo de injusto realizado imprudentemente. La distinción tiene gran importancia, porque cada uno ofrece particularidades dogmáticas propias y su distinta trascendencia social y jurídica.

De acuerdo con ello, estudiaremos por separado, el tipo de injusto del delito doloso y el tipo de injusto del delito imprudente o culposo.



Pero antes de empezar el tipo de injusto del delito doloso conviene saber la razón de este proceder sistemático. La dogmática tradicional, todavía dominante, divide los componentes del delito entre lo objetivo y lo subjetivo. Al tipo y a la antijuridicidad correspondía valorar al lado objetivo y a la culpabilidad lo subjetivo.

En algunos tipos delictivos era imposible caracterizar el tipo de injusto de un modo puramente objetivo porque el legislador exigía ya a nivel típico la presencia de determinados elementos subjetivos.

Igualmente se puede decir, de un modo general, que el dolo es la tentativa de un elemento subjetivo del tipo de injusto ya que sin la referencia al fin pretendido por el autor, no se puede caracterizar un simple proceso causal externo que no llega consumarse.

Por otra parte, culpabilidad no es una simple relación sin que el autor sea el culpable. Finalmente, la acción que se caracteriza como típica no es un simple proceso regido por la voluntad.

Tanto el dolo como la culpa, en cuanto al contenido de la voluntad, deben ser tenidos en cuenta a la hora establecer el tipo de injusto, sin perjuicio de que otros elementos y matices subjetivos además del dolo y la culpa, tengan que ser examinados y posteriormente si se den para comprobar la antijuridicidad con los elementos subjetivos de las causas de justificación o la culpabilidad relativa al conocimiento de la antijuridicidad.



El ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo.

El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.

De la definición de dolo, se deriva que el mismo se constituye por la presencia de dos elementos: uno intelectual y otro volitivo.

Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica.

No es necesario, en cambio, que conozca otros elementos pertenecientes a la antijuridicidad, a la culpabilidad o la penalidad. El conocimiento de estos elementos puede ser necesario a otros efectos para calificar la acción como antijurídica, culpable o punible, pero no para calificarla como típica. El elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica: sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.

El que el sujeto conozca la ilicitud de hacer o su capacidad de culpabilidad es algo que no afecta para nada la tipicidad del hecho, sino a otros elementos de la teoría del delito.

El conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no estando uno meramente potencial, es decir, el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera o podido saberlo. Esto no quiere decir, que el sujeto deba tener un



conocimiento exacto de cada particularidad o elemento del tipo objetivo. En algunos casos, esto sería imposible.

Se habla en estos casos de valoración paralela, es decir, el sujeto ha de tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de tales elementos sobre el error, error de tipo.

Para actuar dolosamente, no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además querer realizarlos. Este querer no se confunde con el deseo o con los móviles del sujeto.

Igualmente, son indiferentes para caracterizar el hecho como doloso los móviles del autor. Los móviles del autor pueden ser simplemente lucrativos, de venganza, políticos, etc.

Los móviles solamente en casos excepcionales tienen significación típica y por lo general, solamente inciden en la determinación de la pena como circunstancias atenuantes o agravantes.

El elemento volitivo, supone voluntad condicional de realizar algo que el autor cree que puede realizar. Si el autor, aún no está decidido a realizar el hecho o sabe que no puede realizarse no hay dolo, bien porque el autor no quiere todavía, bien porque no puede querer lo que no está dentro de sus posibilidades.



De algún modo el querer supone además el saber, ya que nadie puede querer realizar algo que no conoce.

Según que sea mayor o menor la intensidad del elemento intelectual o volitivo, se distingue entre dolo directo o dolo eventual. Ambas categorías, suponen una simplificación y una reducción de los complejos procesos psíquicos que se dan en la mente del sujeto en relación con los elementos objetivos del tipo.

Entre la intención coincidente en todo con el resultado prohibido y el simple querer eventual de este resultado hay matices y gradaciones, no siempre perfectamente nítidos consistentes en la admisión de la distinción tradicional entre dolo directo y dolo eventual.

En el dolo directo, el autor quiere realizar precisamente el resultado en los delitos de resultado, o la acción típica, en los delitos de simple actividad. En estos casos, se habla de dolo directo de primer grado. En el Código Penal, se utilizan a veces expresiones como de propósito, que equivalen también a los casos en el que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende.

No basta, con que prevea la consecuencia accesoria, es preciso que, previéndola como de necesaria producción, la concluya en su voluntad. De acuerdo con lo dicho anteriormente no hay, por consiguiente, ninguna dificultad en admitir también aquí la



existencia de dolo o incluso de dolo directo, aunque para diferenciarlo del supuesto anterior, se hable de este caso de dolo directo.

Con la categoría de dolo directo, no se pueden abarcar todos los casos en los que el resultado producido debe, por razones político criminales, imputarse a título de dolo, aunque el querer del sujeto no esté referido directamente a ese resultado. Se habla aquí de dolo eventual.

En el dolo eventual, el sujeto se representa el resultado como probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual realización. El sujeto no quiere el resultado, pero cuenta con el, admite su producción y acepta el riesgo.

Con todas estas expresiones se pretende describir un complejo proceso psicológico en el que se entremezclan elementos intelectuales y volitivos, conscientes o inconscientes, de difícil reducción a un concepto unitario de dolo o culpa.

El dolo eventual constituye, por lo tanto, la frontera entre el dolo y la imprudencia o culpa y dado el diverso tratamiento jurídico de una y otra categoría es necesario distinguirlas con la mayor claridad.

Para distinguir el dolo eventual de la imprudencia se han formulado principalmente dos teorías:



- a) Teoría de la probabilidad: parte del elemento intelectual del dolo, debido a lo difícil que es demostrar en el dolo eventual el elemento volitivo de querer el resultado, la teoría de la probabilidad admite la existencia del dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, admita o no su producción. Si la probabilidad es más lejana o remota, habrá culpa o imprudencia con representación.

Teoría de la voluntad: o del consentimiento y atiende al contenido de la voluntad. Para esta teoría no es suficiente con que el autor señale el resultado como el de probable producción, sino que es preciso que además se indique que aun cuando fuere segura su producción, actuaría. Hay por el contrario, culpa si el autor, de haberse representado el resultado como de segura producción, hubiera dejado de actuar.

Contra la teoría de la probabilidad, se afirma que deja sin valorar una parte esencial del dolo: el elemento volitivo y que, por otra parte, no siempre la alta posibilidad de la producción de un resultado obliga a imputarlo a título de dolo.

La continua jurisprudencia en relación con los delitos de tráfico, considerando que en la mayoría de ellos todo lo demás se da por imprudencia o conducción temeraria, demuestra que no es suficiente con la representación de la alta probabilidad del resultado para imputarlo a título de dolo, aunque sea eventual.



Parece, por ello, preferible la teoría de la voluntad, por cuanto, además de tener en cuenta el elemento volitivo, delimita con mayor nitidez el dolo de la culpa. Sin embargo, también contra ella se han formulado objeciones. En primer lugar, porque presume algo que no se da en la realidad que el autor se plantea lo que haría, caso de que el resultado fuera de segura producción.

“Ciertamente la teoría de la voluntad, se basa en confrontar al delincuente con el resultado cuando este todavía no se ha producido, imaginándolo como efectivamente acaecido. En segundo lugar, porque no siempre se puede demostrar un querer efectivo, ni aun en los casos en que el autor se imagine el resultado como seguro. Incluso en el dolo directo de segundo grado, es suficiente con la representación de la necesaria producción del resultado concomitante”.²⁰

A pesar de estas objeciones, es preferible la teoría de la voluntad, porque, en última instancia, todo el problema de dolo desemboca a la larga en la demostración de querer el resultado, siendo insuficiente la simple representación de su probable producción, la demostración de ese querer plantea, ciertamente, problemas de prueba en la práctica, pero por ello no puede prescindirse de él.

Un ulterior criterio para matizar la existencia de la voluntad respecto al resultado puede ser la desconsideración, la falta de respeto o la indiferencia hacia el bien jurídico protegido.

²⁰ **ibid.** Pág 98.



Pero la gran probabilidad del resultado y la desconsideración y falta de respaldo hacia la vida de los demás que implica la realización de tales hechos, permite imputar en los casos más graves los resultados lesivos que se produzcan a título de dolo eventual.

Algún sector doctrinal, aun manteniendo la distinción de dolo eventual y de imprudencia, en tanto sea dolo, solamente puede incluirse en el tipo de injusto del delito doloso con todas sus consecuencias. Las dificultades para trazar fronteras entre dolo eventual e imprudencia han condicionado una jurisprudencia vacilante que una veces utiliza la teoría de la probabilidad y otras la del consentimiento.

Como ya antes se ha dicho, el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos excluye, por tanto el dolo y si el error fuera vencible, deja subsiguiente el tipo de injusto de un delito imprudente.

El error, igual que el dolo, debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva o normativa. Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una valoración para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo.

El error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo (error sobre los presupuestos de la justificación, errores sobre la antijuridicidad, culpabilidad carece de relevancia a efectos de tipicidad. Solo el error sobre elementos



del tipo excluye el dolo. Por eso se le llama error de tipo (sobre otras clases de error, especialmente error de prohibición, trataremos más adelante).

El error de tipo excluye el dolo y todo lo demás, cuando sea vencible, deja subsistente una posible responsabilidad a título de imprudencia.

El que dispara contra una persona confundiéndola con un animal no responde por homicidio doloso, pero si a título de homicidio por imprudencia, si su error se debía a una ligereza o negligencia.

El error puede recaer sobre distintos elementos típicos. De acuerdo con ello se distingue entre:

- a) Error el objeto de la acción: en principio, es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción. En algunos casos la cualidad de la persona determina la comisión de un tipo distinto.
- b) Error sobre la relación de causalidad: las desviaciones que no afectan a la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes.

Por el contrario, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor, todo lo más podrá imputarse el hecho como tentativa.



- c) Error en el golpe: ocurre sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física.

El mismo tratamiento teórico que la aberratio ictus merece el llamado dolus generalis. En este caso, el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce el delito por un hecho posterior el sujeto.

- d) El error sobre los elementos accidentales: determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado.

Normalmente, el tipo de injusto de los delitos dolosos solamente requiere en el ámbito subjetivo el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo.

Estos elementos subjetivos específicos no coinciden, sin embargo, con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito.

3.7. Tipo de injusto de delito imprudente

Hasta hace relativamente poco tiempo, el delito imprudente ocupaba un lugar secundario en el derecho penal, consagrado fundamentalmente al delito doloso a cuya estructura respondía a los delitos más graves y cualitativamente más importantes.



El delito imprudente solo era un quasi delictum, más afín al derecho civil que el penal propiamente dicho.

El proceso de industrialización, que comienza con la revolución industrial en el siglo XIX y que continúa y aumenta, supuesto de la manipulación de máquinas y medios peligrosos para la vida, la salud, la integridad física y el patrimonio de las personas.

Frente al aumento cuantitativo de este tipo de delincuencia, la doctrina no estaba preparada para resolver técnicamente los problemas jurídicos que planteaba; las teorías y la dogmática jurídico penal se habían desarrollado sobre el delito doloso, dejando prácticamente abandonado al delito imprudente.

Tradicionalmente, se concebía el dolo y la culpa como formas de culpabilidad o, incluso, como la culpabilidad misma, considerando que era una cuestión valorativa, pero no dogmática que obligaba a hacer la distinción.

Pronto se observó, sin embargo, que la distinción dolo culpa era algo más que un problema de culpabilidad. Igual que antes, respecto al delito doloso, pronto se observó que el delito culposo ofrecía ya particularidades notables en el tipo de injusto.

Lo esencial del tipo injusto del delito imprudente no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción.



La observancia del deber objetivo de cuidado y la diligencia debida, constituye, por tanto, el punto de referencia obligado del tipo de injusto del delito imprudente.

A diferencia del delito doloso, el delito imprudente, es decir, la realización imprudente de los elementos objetivos de un tipo de delito, no se castiga en todo caso.

El principio de intervención mínima obliga a una mínima restricción, seleccionando, por un lado, los comportamientos imprudentes que afectan a bienes jurídicos fundamentales y castigando, por otro, de entre todos estos comportamientos aquellos que llegan a producir realmente un resultado lesivo para dichos bienes jurídicos.

Hasta cierto punto, es lógico que esto suceda, porque la penalización indiscriminada de todo comportamiento imprudente, cualquiera que sea el bien jurídico a que afecte o independientemente del resultado que produzca, supondría una enorme inflación del derecho penal y una paralización de la vida social.

El derecho penal solamente debe intervenir en casos de ataques graves a bienes jurídicos muy importantes y en la medida en que sean insuficientes, para sancionar otros medios jurídicos menos radicales.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia dominantes han interpretado que solamente algunos tipos delictivos pueden cometerse en su forma imprudente.



Tanto la moderna doctrina, como la jurisprudencia penal destacan dos componentes fundamentales del tipo del injusto del delito imprudente: la acción típica imprudente y el resultado que ella ha causado.





CAPÍTULO IV

4. Análisis de la colisión constitucional del tipo penal del delito de sustracción y el principio de presunción de inocencia

Doctrinariamente la retención y ocultación, se encuentran referidas a la acción de sustraer consistente en la acción en la que reside la esencia del delito. Esas acciones, presuponen la sustracción del menor por otra persona. Se exige siempre, que el menor haya sido sustraído del poder de una de las personas que menciona, de conformidad con la idea tradicional a que obedece el precepto.

4.1. Importancia

La expresión genérica sustracción cuadra, bien claramente tanto en la retención como en la ocultación, debido a que realmente por defecto de una y otra, el menor queda sustraído a la potestad de las personas expresadas aunque no media traslación alguna que es lo que caracteriza a la sustracción propiamente dicha.

La doctrina no es pacífica en relación a la determinación del bien jurídico tutelado, debido a que sobre ello pueden mencionarse diversos criterios. La norma busca resguardar la libertad individual del menor sustraído.

Es fácil observar que la conducta en el delito de sustracción de menores, hace imposible la verificación de los derechos y deberes de vigilancia, custodia y educación,



por parte de las personas o instituciones a las cuales legalmente se les atribuye. Todos esos supuestos, a la vista del texto legal, comportan de manera inexorable, la ruptura de las relaciones en toda su dimensión, en relación del menor con las personas que se encuentran encargadas de su tutela y cuidado. Esa ruptura es en consecuencia y permite el entendimiento del bien jurídico protegido.

La sustracción de menores es una afectación de los derechos familiares pronunciándose en relación al plagio de niños, entre los distintos fines en los cuales se puede instigar el plagio.

Esta figura es típicamente dolosa y se confunde con la desaparición de personas y es un delito de lesa humanidad no prescriptible, o sea, es un delito instantáneo de conductas continuadas que provoca problemas en la dosimetría de la pena cuando la conducta no permitida sea llevada a cabo por uno de los padres, a excepción de que éste haga desaparecer al menor.

4.2. El principio de presunción de inocencia

El Artículo 12 de la Constitución Política regula en el Artículo 12: "Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente".



El Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: “Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.

El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata”.

El proceso penal es el único instrumento para actuar el derecho penal, al que han de someterse tanto el Estado como el ciudadano. Frente al derecho a la acusación, el ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado o del imputado, a obtener también la tutela efectiva por medio de una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad.

El derecho de defensa, reconocido como derecho fundamental exige un presupuesto básico: la audiencia del imputado, la contradicción procesal, con objeto de articular su adecuada intervención en el proceso, para lo que es requisito imprescindible conocer la acusación formulada contra él.



“El titular del derecho de defensa, derecho fundamental e inalienable, es el propio imputado, aunque su ejercicio puede llevarse a cabo tanto por él mismo como por su defensor técnico, y a tal fin se reconoce el derecho a hacerse asistir de un abogado”.²¹

El derecho fundamental de defensa se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales de carácter instrumental.

El primer derecho que se ha de reconocer al sujeto pasivo de una instrucción penal es el de poder acceder al proceso, a fin de que ejercite ese recurso efectivo o derecho a ser oído por un tribunal independiente. En cuanto a su extensión, dicho derecho de acceso se le ha de conceder al imputado en todas y cada una de las instancias.

En segundo lugar, exige también el referido derecho fundamental que dicha posibilidad de acceso sea efectiva, por lo que el ciudadano sometido a una instrucción penal habrá de poder tomar conocimiento de la previa existencia del proceso, para lo cual se hace obligada la comunicación personal de los actos que tengan por objeto su comparecencia.

Dicha comunicación, sobre los hechos que han dado lugar al procedimiento, ha de ser clara y precisa, pues se vulneraría el derecho a la defensa si se traslada a la imputada expresión genérica o inconcreta.

²¹ Bacigalupo, Enrique. **Presunción de inocencia dentro de los derechos fundamentales y justicia penal.** Pág 13.



El incumplimiento, por otra parte, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, exige acudir a los medios de comunicación más rápidos para hacer llegar la existencia del procedimiento al imputado.

En cuanto a la naturaleza de dicha facultad de acceso, no parece que pueda ser concebida en el concepto de los derechos u obligaciones de carácter procesal, sino que debe ser enmarcada dentro de la categoría de las posibilidades procesales, puesto que la no realización u ocasión procesal, lo único que puede originar es la preclusión del acto de comparecencia o los desfavorables efectos de la rebeldía.

A diferencia de los testigos, cuya incomparecencia puede ser sancionada disciplinaria y penalmente, y ninguna sanción contempla el ordenamiento para la incomparecencia de las partes en el proceso penal, fuera de la pérdida de la posibilidad de constituirse en parte acusadora, de la declaración de rebeldía del imputado o de la posibilidad de que éste se haga acreedor de una medida cautelar penal como la detención.

En realidad, en el desarrollo del proceso penal, como consecuencia de la vigencia del derecho al silencio y a no confesarse culpable, las obligaciones procesales de la defensa son menores o menos intensas que en el proceso civil.

El acceso del imputado a las actuaciones del proceso penal, debe comenzar por permitirle conocer el contenido de las diligencias.



Es claro que el imputado en un proceso cuyas actuaciones estén declaradas secretas tiene derecho a la defensa, que no ha sido despojado de este derecho por el secreto de las diligencias, aunque no pueda conocer todo lo que se está haciendo, ni pueda intervenir en todas las actuaciones como le habilita.

Sin embargo, para el ejercicio del derecho de defensa es preciso, como mínimo, que conozca cuáles son exactamente los hechos que se están investigando, pues en otro caso resultarían absolutamente falaz las posibilidades defensivas.

Junto al reconocimiento de la posibilidad de acceso al proceso, el derecho de defensa exige además que la entrada en él del titular del derecho a la libertad se efectúe mediante el otorgamiento de todo el estatuto de una parte procesal, porque en el proceso moderno la evidencia no puede obtenerse sino mediante la oposición de la acusación y de la defensa.

Lógicamente, para que pueda producirse este choque entre la pretensión y su resistencia, se hace necesario que la acusación preceda a la defensa y que nunca se produzca la situación inversa, de forma que se hace obligado también cumplir con el deber de información de la acusación formulada contra ellos.

No solamente debía garantizarse el derecho a la asistencia de abogado en las diligencias previas ante el juez de instrucción, sino que su presencia había de ser obligatoria desde que se fuera a proceder al primer interrogatorio judicial del imputado, porque ya entonces debe entenderse que necesita siempre el consejo de un abogado,



de donde su designación e intervención efectiva resultaba preceptiva desde antes de esa diligencia.

Además de existir el derecho del imputado de hacerse asistir de un defensor, la defensa técnica resulta obligatoria en el proceso por delitos desde el momento de la detención o prisión, salvo cuando se persigan hechos delictivos contra la seguridad del tráfico y también cuando el imputado necesite el consejo del abogado o pretenda interponer algún recurso.

Pero, cuando el imputado no quiera defenderse y adopte conscientemente una actitud pasiva y de rechazo de todo abogado, y aun así el ordenamiento le impusiera la presencia de un defensor, éste vendría al proceso actuando un legítimo medio de autoprotección del sistema, para que se vean satisfechas cumplidamente las reglas del juego de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes, paliando la inferioridad en que pueda encontrarse el imputado por falta de conocimientos técnicos, de experiencia forense, de serenidad, o por imposibilidad física de actuar, funcionando al mismo tiempo como controlador del regular desenvolvimiento del proceso en interés del imputado.

De todos modos, lo que no puede admitirse es que la obligatoriedad de la asistencia letrada genere en el imputado una carga que menoscabe su posición procesal.



4.3. Regulación legal del delito de sustracción de menores

El Artículo 209 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Sustracción propia. Quien sustrajere a un menor de doce años de edad o a un incapaz del poder de sus padres, tutor o persona encargada del mismo y el que lo retuviere contra la voluntad de estos, será sancionado con prisión de uno a tres años.

La misma pena se aplicará si el menor tuviere más de doce años de edad y no mediare consentimiento de su parte

La pena a imponer será de seis meses a dos años, si el menor de más de doce años de edad hubiere prestado consentimiento”.

El Artículo 210 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Sustracción impropia. Quien, hallándose encargado de la persona de una menor, no lo presentare a sus

El Artículo 211 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Quien, hallándose encargado de la persona de una menor, no lo presentare a sus padres o guardadores, ni diere razón satisfactoria de su desaparición, será sancionado con prisión de uno a tres años”.

El Artículo 212 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Inducción al abandono del hogar. Quien indujere a un menor de



edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, será sancionado con prisión de seis meses a dos años”.

El Artículo 213 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Entrega indebida de un menor. Quien, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad lo entregare a un establecimiento público o a otra persona, sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad en su defecto, será sancionado con multa de cien a quinientos quetzales”.

4.4. La colisión del tipo penal del delito de sustracción y el principio de presunción de inocencia

La legislación guatemalteca requiere para su configuración, de la sustracción que el autor o autores de la misma aparten al menor de la esfera de custodia en que se encuentra, la cual tiene que encontrarse otorgada por ley a los padres, tutores o al resto de encargados. No se considera en ningún momento impedimento, a los efectos de la configuración del tipo el consentimiento del menor.

El Artículo 14 del Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Tratamiento como inocente. El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente, en esta materia, la

interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles contra el imputado son las que éste Código autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes.

La duda favorece al imputado”.

Este derecho a ser informado de las causas de la acusación, conlleva no sólo la obligación de dar traslado del escrito de acusación con un tiempo prudencial para que el acusado pueda eficazmente contestarla, sino también el cumplimiento de una serie de garantías:

- a) La obligación de informar al imputado de todos sus derechos en un modo que le sea comprensible y, en particular, de los efectos desfavorables que pueden derivarse de su sometimiento voluntario a un determinado acto de investigación.
- b) La obligación de ilustración de la imputación al sujeto pasivo, con carácter previo a su interrogatorio policial.
- c) La puesta en conocimiento de la imputación, el derecho a ser asistido en sus declaraciones por un intérprete, cuyos gastos habrán de ser satisfechos por el Estado, tanto si fuere extranjero como sí, siendo español, desconociera



absolutamente el castellano. La obligación de proveer de intérprete al acusado es también extensible a los sordomudos, incluso en el juicio de faltas.

- d) El objeto de dicha puesta en conocimiento del imputado ha de ser el hecho punible cuya omisión se le atribuye, para lo cual las autoridades habrán de transmitirle, al menos, una breve relación circunstanciada fáctica y su respectiva calificación legal.

Una vez puesta en su conocimiento la imputación o acusación formulada, se le ha de conferir al acusado el derecho a deducir su pretensión exculpatoria o, lo que es lo mismo, a introducir los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal y a verificar sobre ellos la prueba que libremente proponga y sea declarada pertinente.

- e) El derecho del acusado a defenderse frente a la pretensión penal formulada contra él ha sido limitada, al permitirse la continuación del proceso aunque no se haya presentado el escrito de defensa del acusado o del tercero responsable. En este caso, la norma, parte de la ficción legal de la oposición a las acusaciones y permite a la defensa solicitar la práctica de prueba.

El derecho de defensa puede articularse y ejercerse de dos modos reconocidos: bien, porque el imputado, por sí mismo, lleve a cabo actuaciones defensivas, bien porque se confíe a un técnico en derecho, o a un abogado, la tarea de plantear en el procedimiento el modo en que mejor defender los derechos del imputado.



“La autodefensa consiste en la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible”.²²

La autodefensa, como derecho a defenderse por sí mismo, aparece reconocida en textos internacionales.

Entre las actividades que se permite realizar al imputado aparecen: la de proponer verbalmente la recusación cuando se encontrara incomunicado; asistir a las diligencias de investigación; nombrar peritos; solicitar ser reconocido a presencia judicial por quienes dirijan cargo contra él; proponer diligencias; proponer prueba anticipada; prestar declaración en el sumario cuantas veces quiera; pedir de palabra la reposición del auto elevando la detención a prisión; prestar conformidad con la calificación más grave; decir la última palabra en el juicio oral.

Constitucionalmente, se reconoce el derecho a la asistencia de abogado, garantizado tanto en las diligencias policiales como en las judiciales.

Justamente por su formulación normativa y asistencia, la actuación del defensor no puede entrar en colisión con la voluntad del defendido, ya que el abogado que asume la defensa es un alter ego procesal. El abogado defensor es llamado a colaborar con el imputado en el ejercicio del unitario derecho de defensa, y con ello se explica que el

²² Vallejo, Manuel Juan. **La presunción de inocencia en la jurisdicción constitucional**. Pág 66.



defensor deba gozar de total autonomía frente al juez y de una autonomía relativa o limitada frente al defendido, que no puede ser despojado o expropiado de su derecho de defensa, ni siquiera a favor de un abogado.

El imputado a diferencia del testigo, no tiene la obligación de comparecer a la llamada del juez de instrucción, si bien su ausencia provoca una orden de detención judicial y, si no fuera encontrado por la policía, el juez dictará, contra él, una requisitoria de búsqueda y captura.

La defensa penal, a diferencia de la civil, ofrece la singular característica de ser una parte dual, pues está integrada por dos sujetos procesales: el abogado defensor que ejercita la defensa técnica y su defendido o imputado puede actuar en relación a ejercitar su defensa privada o autodefensa.

Ambas defensas, se manifiestan coincidentes en un único objetivo: hacer valer el derecho a la libertad. El imputado ejercita su derecho a la libertad, la defensa técnica ha de proteger la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico.

La autonomía del defensor, no significa exclusión de la autodefensa. El derecho de defensa no consiste en proveer al imputado de cualquier abogado, sino que guarda un orden sucesivo: el imputado tiene derecho, en primer lugar, a elegir su abogado de confianza para que le defienda en el proceso y tan solo cuando no quiera ejercitar dicho derecho, o sencillamente reclame expresamente el nombramiento de un abogado del turno de oficio, es cuando intervendrá dicho defensor de oficio.



Por estos motivos, puede el imputado revocar el nombramiento del defensor que hasta entonces le estuviera asistiendo en cualquier momento, y designar otro abogado.

Cuando el imputado ha sido detenido debe contar con la asistencia de abogado, bien por designación del propio detenido, bien por designación de oficio, a solicitud de la propia policía, debiendo este abogado asumir la defensa durante todo el proceso, de modo que comenzará a prestar su asistencia en las diligencias policiales de prevención. El derecho a hacerse asistir de abogado se extiende a todo el procedimiento, es decir, hasta la obtención de una resolución estable que le ponga término.

Este régimen, suscitaba series críticas en un doble sentido: por una parte, se sostenía que el derecho de defensa había de garantizarse también en las diligencias policiales cuando no se hubiera procedido a la detención del imputado.

La tenencia del niño es propia de quién lo tiene de hecho y no necesita que sea de derecho. La acción de sustraer se encuentra consumada en el momento que ese poder de custodia es interrumpido sin justificación alguna.

El delito en estudio se concibe como el sencillo traslado del menor a un lugar distinto de aquél en el cual se encuentra bajo el amparo de las personas a quienes el precepto legal es referente.

La acción queda consumada, cuando de hecho se ha logrado la sustracción, aunque el raptor no haya efectivamente consolidado su dominio sobre el menor, el cual puede de



manera eventual continuar los actos de residencia, o quedar en poder de terceros desconocidos por el autor.

La legislación no especifica nada, en relación a la forma en la que tiene que ser llevada a cabo la sustracción. No necesita de ningún acto en especial como la utilización de la violencia, amenazas o de algún tipo de ardid.

El consentimiento del menor resulta completamente ineficaz o no hace desaparecer la delictuosidad del hecho, debido a que los menores carecen del juicio suficiente para el libre manejo de sus acciones.

El delito anotado, tiene que entenderse consumado con cualquier acto que tienda a la remoción del menor en la custodia de sus padres contra su voluntad expresa o presunta.

El primer problema que plantea el tipo del delito de sustracción de menores, consiste en la determinación de cuál es el interés protegido. Para el efecto, existen diversas alternativas.

De esa forma, cabe interpretar que mediante el castigo de las conductas contempladas, se buscan solamente los intereses del menor o bien que, además se atienda también a los de los progenitores.



Los menores son protegidos, pero también se contemplan los igualmente los derechos del resto de personas que se encuentran afectados por la conducta e que se trate.

El delito en estudio, es un delito de desobediencia a las decisiones judiciales en relación a la custodia y a la guardia de los hijos menores en caso de separación o el divorcio de sus progenitores.

Con la referencia al bien jurídico de la desobediencia, resulta bien difícil entender por qué aquí esta figura se castiga con una pena de prisión que puede efectivamente multiplicar la desobediencia genérica.

Por regla general, tanto doctrinariamente como en las resoluciones en las que se trata el asunto del bien jurídico protegido en la sustracción de menores, se anota que éste se configura en relación a los intereses, tal como lo señala la jurisprudencia.

El principal interés tutelado es el del menor. En bastantes resoluciones judiciales, se alude a que el objeto de tutela se encuentra integrado por el derecho del menor a relacionarse de forma regular con sus dos padres en caso de crisis familiar.

En efecto, realiza el tipo el que, aprovechando una visita a su hijo, lo retiene y, a continuación se pone en contacto con que hasta ese momento tenía la guarda y custodia para organizar un régimen de visitas. Con un objeto de tutela semejante, la cuestión de la guardia y custodia deja de tener relevancia, debido a que lo único significativo es que, con independencia de quien tenga materialmente al menor, adopte



las medidas adecuadas para asegurar que también se pueda relacionar con el otro cónyuge. Ese bien jurídico, se vería afectado de forma igual cuando el no custodio no cumple con el régimen de visitas.

Con un objeto de tutela semejante la cuestión de la guardia y custodia deja de tener relevancia, debido a que lo único significativo es que, con independencia de quien tenga materialmente al menor, adopte las medidas adecuadas para asegurar que también se pueda relacionar con el otro cónyuge. Ese bien jurídico se vería afectado igualmente cuando el no custodio no cumple con el régimen de visitas.

La tesis constituye un aporte científico a la sociedad guatemalteca, al dar a conocer a estudiantes, profesionales y ciudadanía guatemalteca la colisión constitucional del delito de sustracción de menores y el principio de inocencia.





CONCLUSIONES

1. El reconocimiento constitucional del derecho de defensa como derecho fundamental y por tanto su directa aplicabilidad, exige que haya de ser respetado y promovido por todos los poderes públicos y comporta al propio tiempo una especial y privilegiada protección, a través del amparo constitucional que regula la presunción de inocencia.
2. En la sustracción impropia regulada en la legislación penal guatemalteca, el hecho material consiste en que una persona se halle encargada de un menor y no lo presente a sus padres o guardadores y sus elementos esenciales, son el hecho de no presentarlo cuando se tenga bajo cargo o haya sido confiado, así como tampoco la presentación de las razones satisfactorias de su desaparición.
3. La mayor parte de los fallos en el delito de sustracción de menores son absolutorios en el seno de una pareja y cuando uno de los progenitores se marcha con los hijos habidos en la misma o se lo lleva, sin que hubiera hasta ese momento ninguna resolución judicial, no se logra la presentación debida de la guarda y custodia a alguno de ellos.



4. El hecho material del delito de sustracción, se encuentra integrado por el alejamiento del menor de la esfera de la potestad de quien lo tiene a su cargo legalmente, ya sea con una acción de sustracción o de retención, encontrándose el tipo penal en relación con la esencia del delito relativa al alejamiento del menor del poder de quien lo tenga legalmente, generando con ello una colisión constitucional.



RECOMENDACIONES

1. Que el Ministerio Público, se encargue de señalar el reconocimiento constitucional del derecho de defensa como fundamental, para indicar que su aplicabilidad directa tiene que exigir que los poderes públicos se respeten y promuevan para brindar protección mediante amparos constitucionales regulados en la presunción de inocencia.
2. Que los juzgados penales, señalen que en la sustracción impropia que regula la legislación penal guatemalteca, el hecho material consiste en que una persona se halle encargada de un menor y no lo presente a sus guardadores o padres, así como también consiste en que no lo presente cuando lo tenga bajo su cargo o le haya sido confiado.
3. Los auxiliares fiscales del Ministerio Público, deben señalar que la mayoría de los fallos en el delito de sustracción de menores son absolutorios en el seno de su pareja y cuando uno de los progenitores se marcha con los hijos, sin que hubiera hasta ese momento resolución judicial, no se puede lograr la presentación y custodia de los mismos.



4. El Ministerio Público, debe señalar que el hecho material del delito de sustracción se encuentra integrado por el alejamiento del menor de la potestad de quien lo tiene legalmente a su cargo, ya sea con una acción de sustracción o retención, encontrándose el tipo penal relacionado con el delito de alejamiento del menor del poder de quien lo tenga legalmente y ello puede generar una colisión constitucional.



BIBLIOGRAFÍA

- ALIMENA, Bernardino. **Delitos contra la persona.** Colombia, Bogotá: Ed. Temis, 1975.
- ALONSO ALAMO, Manuel. **Circunstancias del delito e inseguridad jurídica.** Madrid, España: Ed. Nacional S.A., 1995.
- BACIGALUPO, Enrique. **Presunción de inocencia dentro de los derechos fundamentales y justicia penal.** San José, Costa Rica: Ed. Juricentro, 1992.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1986.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano.** México, D.F.: Ed. Porrúa; 1980.
- CEREZO MIR, Julio. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. UNED, 2000.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1981.
- DOMÍNGUEZ ESTRADA, Alfonso. **El delito, el delincuente, la pena y la medida de seguridad.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1987.
- FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal.** Barcelona, España: Ed. Labor S.A., 1989.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abellido Perrot, 1977.
- GARITA VILCHEZ, Ana Isabel. **Defensa penal e independencia judicial.** Madrid, España: Ed. Ilanud, 1986.



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.

MORA MORA, Luis Paulina. **Los principios fundamentales que informan el proceso penal.** Madrid, España: Ed. Reus, S.A., 1983.

THOMPSON, José. **Garantías penales y procesales en los derechos humanos.** San José, Costa Rica: Ed. IIDH, 1993.

VALLEJO, Manuel Juan. **La presunción de inocencia en la jurisdicción constitucional.** Madrid, España: Ed. Akal, 1987.

Legislación:

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

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

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

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