

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

**ESTUDIO JURÍDICO DEL CRITERIO DEL DOMINIO DEL HECHO COMO
SEÑALIZADOR DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA Y DE LA AUTORÍA EN LA
LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA**

XIOMARA ALEJANDRA MORALES ARRIOLA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2013

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

**ESTUDIO JURÍDICO DEL CRITERIO DEL DOMINIO DEL HECHO COMO
SEÑALIZADOR DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA Y DE LA AUTORÍA EN LA
LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

XIOMARA ALEJANDRA MORALES ARRIOLA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, octubre de 2013

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

DECANO: Lic. Avidán Ortíz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
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

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).



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

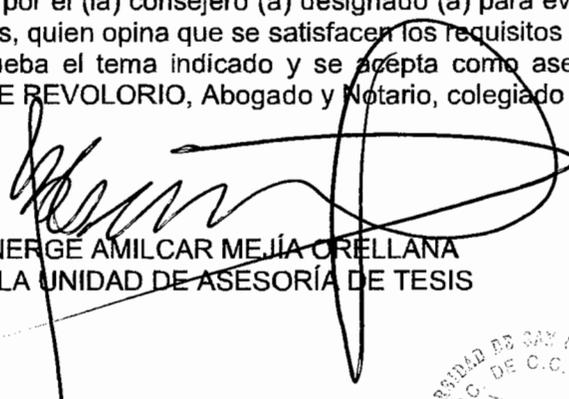


UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 30 de octubre de 2012.

ASUNTO: XIOMARA ALEJANDRA MORALES ARRIOLA, CARNÉ No. 199913946, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20121304.

TEMA: "ESTUDIO JURÍDICO DEL CRITERIO DEL DOMINIO DEL HECHO COMO SEÑALIZADOR DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA Y DE LA AUTORÍA EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor de tesis al Licenciado OTTO RENÉ VICENTE REVOLORIO, Abogado y Notario, colegiado No. 7,095.



DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

Adjunto: Nombramiento de Asesor
cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyr.





Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario

Guatemala 02 de septiembre del año 2013

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



De manera atenta me dirijo a usted con el objeto de manifestarle que en cumplimiento al nombramiento recaído en mí persona de fecha once de octubre del año dos mil doce, en mi calidad de asesor del trabajo de tesis de la bachiller Xiomara Alejandra Morales Arriola, que se intitula: **“ESTUDIO JURÍDICO DEL CRITERIO DEL DOMINIO DEL HECHO COMO SEÑALIZADOR DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA Y DE LA AUTORÍA EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA”**, procedí a emitir opinión y los arreglos pertinentes, los cuales fueron atendidos por la bachiller, por lo que procedo a dictaminar en el siguiente sentido:

- a) Por el contenido, objeto de desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por la autor, califico meritoriamente como importante y valedera la asesoría prestada, circunstancias de aplicación y académicas que tienen que concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación de tesis de grado.
- b) En relación a la redacción utilizada, se observó que durante el desarrollo de la tesis se empleó una ortografía y gramática acorde. En cuanto a la contribución científica se puede observar que el trabajo desarrollado tiene el contenido científico requerido, pues de su estudio se aprecia lo fundamental de analizar el criterio del dominio del hecho.
- c) Los métodos que se utilizaron fueron: analítico, sintético, deductivo e inductivo. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, las cuales fueron importantes para la recolección de la información doctrinaria y jurídica relacionada con el tema investigado.
- d) Se llevaron a cabo las correcciones sugeridas durante la asesoría a la introducción, capítulos, conclusiones, recomendaciones y citas bibliográficas al trabajo de tesis por parte de la bachiller Morales Arriola.

=====

5ª. Avenida 14-62 zona 1 oficina 302

Tel: 59179692



Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario

- e) En lo relacionado con las conclusiones y recomendaciones se puede claramente establecer que la bachiller analizó la participación delictiva y la autoría criminal, que a mi consideración son fundamentales para el trabajo llevado a cabo.
- f) La bibliografía que se utilizó constató que en el desarrollo y culminación del informe final de tesis, se utilizó doctrina de autores nacionales y extranjeros y la misma se ajusta perfectamente al contenido de los capítulos.
- g) He instruido y guiado a la estudiante durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas, y ello fue de utilidad para la comprobación de la hipótesis planteada de conformidad a la proyección científica de la investigación.

El trabajo de tesis en cuestión reúne los requisitos legales 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 ende emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que pueda continuar el trámite correspondiente para su posterior evaluación, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.


Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Col. 7028
Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario

=====

5ª. Avenida 14-62 zona 1 oficina 302
Tel: 59179692



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 18 de septiembre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante XIOMARA ALEJANDRA MORALES ARRIOLA, titulado ESTUDIO JURÍDICO DEL CRITERIO DEL DOMINIO DEL HECHO COMO SEÑALIZADOR DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA Y DE LA AUTORÍA EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyr.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO



Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS:** Fuente de sabiduría, que ha guiado mi vida en todo momento y me ha dado el entendimiento para poder alcanzar este triunfo tan anhelado.
- A MI MADRE:** Gloria Clemencia Arriola Pérez, gracias por haberme traído al mundo, ser madre, amiga y apoyarme en todo momento de mi vida.
- A MI PADRE:** Roberto Morales Marín, por su apoyo incondicional.
- MUY ESPECIALMENTE A:** Jorge Ramírez Borrayo, con todo cariño, respeto y admiración, gracias por su ayuda.
- A MI ESPOSO:** Lic. Luis Orlando Martínez Ramírez, por su amor, comprensión y apoyo constante, este triunfo es de los dos.
- A MIS HIJOS:** Orlando Rodrigo y Katerin Alejandra, infinitas gracias por su amor y paciencia, pues éste éxito es especialmente para ustedes que han sido mi motivo de superación.



A MIS HERMANOS: Carlos Roberto y Gloria Rubí, con todo cariño y aprecio.

A MIS TÍOS Y TÍAS: Sergio Arturo, Tránsito Aroldo, Edgar Eduardo (Q.E.P.D), María Dolores, Marta Elisa, con aprecio y muy especialmente María Graciela por su apoyo incondicional a lo largo de mi vida.

A MIS PRIMOS: Yasmin, Ángel, Saraí, Junior y Josué, con cariño.

A MI ABUELITA: Dominga Pérez por su esmero, amor y dedicación a lo largo de mi vida.

A MIS ABUELOS PTERNOS: Roberto Morales y Brígida Marín con cariño y respeto.

A MIS SUEGROS: Rodrigo Martínez y Graciela Ramírez, gracias por su ayuda y comprensión.

A MIS CUÑADAS: Gloria Leticia y Milvia Angélica, con todo cariño

A MIS AMIGOS: Wendy Carolina Ventura Urbina, Lic. Fredy Eulalio Díaz Lastro y Licda. Marta Ramírez por todo el tiempo que compartimos en las magnas aulas de la Facultad de Derecho.



A:

La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por brindarme la oportunidad de culminar mis estudios.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El delito.....	1
1.1. Definiciones.....	2
1.2. Clasificación.....	5
1.3. Concurso de delitos.....	14
1.4. Sujetos del delito.....	15
1.5. Causas de inculpabilidad.....	18
1.6. Circunstancias atenuantes y agravantes del delito.....	20
1.7. Objeto del delito.....	26
CAPÍTULO II	
2. Preparación del delito.....	29
2.1. Tentativa.....	30
2.2. Acción punible.....	32
2.3. La causalidad.....	33
2.4. Concausas.....	38
2.5. Omisión.....	38
2.6. Cooperación delictiva.....	39
2.7. Resultado.....	40
2.8. Acción libre en su causa.....	40
2.9. Caso fortuito.....	41



2.10. Clasificación de los delincuentes..... 41

CAPÍTULO III

3. La pena..... 47

3.1. Reseña histórica..... 48

3.2. Conceptualización..... 52

3.3. Teorías abolicionistas..... 54

3.4. Teoría de la defensa..... 55

3.5. Teoría de la enmienda..... 56

3.6. Teoría de la retribución..... 57

3.7. Pretensión..... 59

3.8. Clasificación..... 60

3.9. El Estado y la pena..... 64

CAPÍTULO IV

4. El criterio de oportunidad del dominio del hecho como señalizador de la participación delictiva y de la autoría..... 69

4.1. Autoría..... 69

4.2. Partícipes..... 70

4.3. Teoría del dominio del hecho..... 73

4.4. Consecuencias concretas de la teoría del dominio del hecho..... 74

4.5. Análisis jurídico del criterio del dominio del hecho como señalizador de la participación delictiva y de la autoría en la legislación penal..... 75



	Pág.
CONCLUSIONES	83
RECOMENDACIONES	85
BIBLIOGRAFÍA	87

INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se seleccionó, debido a la importancia de analizar jurídicamente el dominio del hecho como señalizador de la participación delictiva y de la autoría en la legislación penal guatemalteca.

La discusión frente a la intervención de las personas en el derecho penal, gira en torno al establecimiento, de si todo aquel que tiene participación en la comisión del delito es autor del mismo, o bien en su defecto, si existe la posibilidad del establecimiento de las diferencias entre los sujetos que tienen concurrencia en su producción.

Los objetivos de la tesis, dieron a conocer que la legislación guatemalteca debe adoptar el criterio del dominio del hecho para diferenciar la autoría de la participación, siendo el aplicador de la justicia el que se vale de diversos criterios para alcanzar la diferenciación, generando con ello dificultades para el establecimiento de un criterio único y uniforme en la jurisprudencia.

La hipótesis formulada fue comprobada, al señalar que la aportación de cada autor tiene que encerrar un determinado grado de importancia funcional, de forma que la colaboración de cada uno de ellos, mediante el desempeño de la función que a cada uno le corresponde, se presente como una pieza fundamental, para la realización del plan general bajo los parámetros de la teoría del dominio del hecho, en la medida en que una teoría subjetiva remita a la voluntad del autor.



Las técnicas bibliográficas empleadas fueron la documental y de fichas, con las cuales se recolectó la información jurídica y doctrinaria relacionada con el tema de tesis relacionado. Los métodos que se utilizaron durante el desarrollo de la tesis fueron: histórico, analítico y sintético.

El desarrollo de la tesis fue realizado en cuatro capítulos: el primer capítulo, indica el delito, definiciones, clasificación, concurso de delitos, sujetos del delito, causas de inculpabilidad y circunstancias atenuantes y agravantes del delito y objeto del delito; el segundo capítulo, indica la preparación del delito, tentativa, acción punible, causalidad, concausas, omisión, cooperación delictiva, resultado, acción libre en su causa, caso fortuito y clasificación de los delincuentes; el tercer capítulo, señala la pena, conceptualización, reseña histórica, teorías abolicionistas, teoría de la enmienda, teoría de la retribución, pretensión de la pena y clasificación, y el cuarto capítulo, analiza el dominio del hecho como señalizador de la participación criminal y de la autoría.



CAPÍTULO I

1. El delito

Los resultados del delito y el conjunto de actos tomados en consideración como tales, derivan de la conducta humana que consiste, a su vez, en el fundamento de la responsabilidad penal del delincuente, cuyo tratamiento se tiene que analizar a lo largo de las ideas y diversos criterios, de conformidad con la política criminal que se adopte en el tiempo y en el espacio, unas veces en una calificación adecuada y arbitraria de hechos y personas, con orientaciones represivas, otras en beneficio de su prevención sin que todavía se eliminen o atenúen las motivaciones criminológicas.

El mundo jurídico se manifiesta mediante la ley y las doctrinas, en relación a la interpretación y aplicación del derecho, siendo indispensable la orientación y argumentación de los razonamientos, así como también la discusión y análisis del desarrollo de las teorías, lo cual significa raciocinio.

La conceptualización de la delincuencia como obra humana, es referente a la naturaleza de los actos criminosos para el establecimiento, de conformidad con la que los actos del ser humano se conciben de conformidad con los intereses a los valores que, de una u otra forma, tienen que marcar una filosofía penal, siendo la misma consistente en la deducción de los componentes que de forma tradicional se le han otorgado como propios.



1.1. Definiciones

En toda actividad humana se expresa el pensamiento de lo que se hace y de lo que se comunica mediante el lenguaje, ya sea escrito, oral e inclusive por señales, y sin esa forma de expresiones no existiría conciencia propia ni de los demás, tampoco habría experiencia ni conocimiento en relación a los objetos y fenómenos del entorno.

El lenguaje consiste en la articulación de palabras con sentido lógico, evitando con ello ambigüedades, por ende, ello es la expresión que tiene que observarse con claridad y precisión en los términos utilizados, para así evitar la equivocación, que en lógica es conocida como definición.

Dentro de las disposiciones legales, incluyendo las de orden penal, se aplica la función directora del lenguaje, función que también se denomina imperativa o prescriptiva, en el sentido que se tiene que ordenar o mandar normativamente.

“Durante el siglo XIX, se recogió en los códigos la definición del delito, al indicar que el mismo consiste en la infracción voluntaria de la ley penal. En la moderna técnica legislativa se omite el delito y en vez del mismo se encuentran establecidas ilicitudes de acción u omisión evitables, de conformidad a que se describen en los cuerpos legales que sean producto de dolo o culpa. Existen disposiciones que definen el delito doloso y el culposo, la consumación y la tentativa”.¹

¹ Creus, Carlos. **Derecho penal**. Pág. 116.



El delito se puede definir en sentido formal, o sea jurídico-dogmático, o bien en sentido real. Para la proposición formal delito es toda acción legalmente punible. Según la propuesta real, delito es toda acción que ofende el orden ético-jurídico y por ello merece grave sanción que es la penal.

El delito es un mal que debe ser retribuido con otro mal, para la reintegración del orden ético-jurídico ofendido.

Además, es punible porque es un hecho injusto, pero no es injusto por ser punible, en consecuencia, hay que atenerse a la historia y llegar a la abstracción de la razón, porque para la historia, delito ha sido la acción que la ética de una comunidad ha estimado punible.

Es el relativismo histórico el que produce la experiencia, por lo que lo ético, lo moral, cambian con el tiempo y las sociedades, resulta entonces imposible una definición universal del delito, cuyo catálogo legal tampoco puede contener de modo categórico o absoluto.

Las posiciones filosóficas pretendieron universalizar lo que es el delito, sin tomar en consideración las condiciones sociales y la legislación de cada país, tiene que considerar que lo delictuoso en cualquier latitud es el delito natural.

En relación a las teorías sociológicas, se configuró al delito como acto que de forma individual y antisocial hace cambiar las condiciones de existencia y vulnera la moralidad de una comunidad en un momento dado.

Al calificar los delitos se tienen que tomar en consideración la legalidad como producto de la sociología jurídica, en función de una sociología diferencial en formación de las características de cada comunidad, más la aplicación de una tipología jurídica a cada grupo en particular y en la sociedad total.

El delito es una acción típica, antijurídica, culpable, reprimida con sanción penal adecuada a la culpabilidad y que llena las condiciones de punibilidad.

Consiste en una infracción a la ley del Estado, promulgada para brindar protección a la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y es un acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena.

“Los juristas en la época anterior a la segunda guerra mundial del siglo XX, proclamaron la concepción unitaria del delito, compuesta de una fuerza física, que es el elemento objetivo, y una fuerza moral, que viene a ser el elemento subjetivo. El delito es la rebelión de la voluntad individual contra la colectividad. Es la rebelión de la voluntad individual contra la colectividad”.²

² Lorca Navarrete, Antonio María. **Derecho penal**. Pág. 34.



1.2. Clasificación

El concepto de delito se subordina a sus clases, de donde se proponen esas especies, señalando que se encuentran representadas por la gravedad, la intención, la ejecución, el efecto, la duración, el objeto, el o los sujetos y la procedibilidad.

También, se tienen que analizar las formas de delito, de forma que éste puede o no llevarse a cabo, si hay participación única o colectiva, si se trata de una misma vulneración legal o de varias y, en consecuencia, las figuras que han de apreciarse son la tentativa, coparticipación, delito único y plural.

Por ende, la legislación ha incluido hechos menores y hechos mayores, como son las faltas y los delitos propiamente dichos.

- a) Faltas: de las especies, la primera clasificación consiste la de diferenciar los delitos de las contravenciones, conocidas como faltas, catalogación denominada bipartita, adoptada por la mayoría de legislaciones, contraria a la tripartita, cuya clasificación se tiene que llevar a cabo en crímenes, delitos y contravenciones.

La clasificación bipartita consiste en la aceptación generalizada y defendida por doctrinarios del derecho penal. Las contravenciones o faltas solamente contrarían el bien público. Esas transgresiones no destruyen ningún derecho inherente a la naturaleza del hombre o a la naturaleza de la sociedad.

Los delitos agravan bienes jurídicos primarios y las contravenciones bienes jurídicos secundarios.

El mismo vulnera un bien jurídico, destruyéndolo o poniéndolo en peligro, en tanto que las contravenciones o faltas, no significan un peligro real, pues son delitos formales de desobediencia.

La división bipartita ya se conocía en el derecho germánico que clasificaba las infracciones en graves y leves.

“En relación a la división tripartita se ha establecido que tiene antecedentes desde el siglo XVII en el derecho sajón, la cual determinó una clasificación de las infracciones, en una graduación que colocaba a la atrocidad como una manifestación más alta del delito y en invocación a la locución atrocitatem fascinerosis”.³

La división tripartita distingue los crímenes, que son los actos contra la vida o la libertad del ser humano; los delitos donde las legislaciones incluyen primordialmente las disposiciones reglamentarias, o no, de policía.

Es de importancia que se establezca la competencia judicial, cuya perfección se cree descansa posteriormente en la bifurcación de delitos y contravenciones,

³ Ibid. Pág. 112.



subsumiendo los crímenes en la generalización de delitos, con fundamento en la precisión de que el delito produce violación a los derechos subjetivos, en tanto que las contravenciones se encaminan a alterar el derecho objetivo.

Los delitos lesionan un bien jurídico protegido en concreto, mientras que las contravenciones se dirigen a una eventual peligrosidad del agente.

La naturaleza jurídica de las contravenciones plantea dos cuestiones fundamentales como su definición y su imputabilidad, declarando que la definición se resuelve por el género próximo y la diferencia específica de la imputabilidad se agrupa en tres direcciones.

El sistema cualitativo descansa en el establecimiento de cualidad o sustancia, estimación que se dirige a considerar el derecho-interés vulnerando en la forma que se lesione y los delitos lesionan derechos naturales o innatos, en tanto que las contravenciones violan derechos civiles o adquiridos; es decir que los delitos van contra derechos fundamentales, mientras que las contravenciones se encaminan a situaciones secundarias o contingentes, de forma que habrá delitos si hay daño a la seguridad de un grupo social o de la individual. La contravención o falta consiste en la ofensa a los postulados que han de lograr el bienestar público.

El sistema cuantitativo, sustentado en la intensidad del ilícito, estimando para el efecto que el delito implica mayor peligro y más deterioro que la contravención, criterio de indudable inspiración en la proporcionalidad de las penas graves o severas para el delito, leve o de poca punición para las contravenciones.

El sistema cuali-cuantitativo, se entiende como la reunión de los dos sistemas anteriores, debido a que se encarga de hacer una distinción entre delitos y contravenciones por la calidad y la cantidad a la vez.

Para las doctrinas que niegan la distinción, no tiene que existir diferenciación sustancial, debido a que entre delitos y faltas o contravenciones solamente hay distinciones cuantitativas refiriéndose indudablemente a la magnitud del daño y a la sanción en cada uno de los ilícitos.

Hay faltas delictuosas, o sea actos veniales, que en esencia, son idénticos al delito, debido a que también son intencionales y causan daño individual o colectivo, incluso, se mueven hacia el delito en grado de tentativa y hasta de consumación.

- b) Los delitos: sobre las clases de delitos, son profusos los criterios, por ende, tienen que analizarse los delitos de acción pública, o sea, los que se siguen por parte del Estado y a cargo de un órgano oficial, como es el Ministerio Público y sus fiscalías. Se les denomina también delitos perseguibles de oficio, debido a



que su inicio de investigación o judicial se produce sin el consentimiento del ofendido, y si el mismo lo presta, participa como querellante adhesivo.

Por otra parte, se encuentra la clase de delitos de acción privada o particular o por querrela, que consiste en la facultad del agraviado o querellante exclusivo para ejercitar al acción o para omitirla.

El Código Penal guatemalteco, incluyen delitos de acción pública pero dependientes de instancia particular, de modo que sin la participación del perjudicado no hay actividad del órgano oficial, por lo que la acción pública y la persecución penal no se producen, excepto si se consideran razones de interés público.

Además, se incluyen delitos de ejecución personal o de acción personal directa o de propia mano, los que solamente puede cometer una sola persona, denominada, por lo tanto, autor directo, lo que determina la distinción con el delito de coparticipación, en el que, sin ser autor directo se colabora con actos anteriores o simultáneos, o se proporcionan medios para su comisión, o sea, es el autor calificado como cómplice.

“De los actos punibles correspondientes a personas jurídicas, la responsabilidad es para los directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados, cuya participación hizo posible el acto punible”.⁴

⁴ Maurach, Ronaldo. **Derecho penal**. Pág. 22.

Otras clases de delito referido al sujeto responsable son los denominados delitos de sujetos calificados, siendo, respectivamente, aquellos que cometen personas específicas, ya sea por una profesión o bien por el cargo que ocupan y el juez con conocimiento resuelve contra la ley o se apoya en los hechos falsos. A esta clase de delitos, también se les denomina delitos especiales.

Existen otras clases como lo son los delitos tipo y los delitos circunstanciales. Los primeros se denominan además, delitos simples o netos, y son los que se describen en la ley, mientras que los circunstanciales obedecen a determinadas características.

También existe el delito doloso, delito preterintencional y delito culposo. El delito doloso se define como aquel que se lleva a cabo con intención; el delito preterintencional es el que va más allá de la intención, con quien buscó inicialmente lesiones y resultó la muerte; el delito culposo, se produce por negligencia o imprudencia, no habiendo en él malicia o dolo, caso del producido por accidente automovilístico.

Los delitos formales o de peligro y materiales, se toman en consideración los formales que son los que se cometen aun sin el resultado perseguido y son delitos materiales los hechos en los cuales si existe resultado, o sea que son equivalentes al delito consumado.



Existen delitos clasificados por su resultado, que generalmente son los delitos dolosos pero cuyas consecuencias son mayores que un hecho delictuoso ordinario, como ocurre con la aprehensión ilegal en que la persona que se encuentra detenida es objeto de coacciones.

Los delitos de acción se establecen por el resultado positivo de la intención, o sea, la consecuencia de un acto efectivo, consiguiendo para ello el propósito, o sea querer algo.

En relación a los delitos de omisión se presentan dos aspectos que son: omisión propia y omisión impropia, denominando a los segundos de comisión por omisión.

Los delitos de omisión propia son relativos a desatender una obligación legal, son olvidos deliberados en relación a la ley.

Los casos mayormente representativos de esta clase de delitos son los perpetrados por los gobernantes del Estado guatemalteco, y en ese sentido, se estima que cuando el Estado no cumple con las obligaciones que la Constitución le impone, se puede impugnar judicialmente, debido a que ha incurrido en una inconstitucionalidad por omisión.

Los delitos de comisión por omisión o de omisión impropia, traen consigo un efecto positivo por la ley, debido a que se realiza algo objetivo.



Los delitos individuales se conocen también con el nombre de unisubjetivos, y son los cometidos por un mismo sujeto, al contrario de los delitos colectivos, los cuales se denominan a su vez plurisubjetivos, los que requieren para su comisión de un grupo de personas y también se les conoce como delincuencia organizada.

Los delitos también pueden ser bilaterales, cuando en los mismos existe la participación de dos personas, como lo son la aceptación de regalos o dádivas por funcionarios o empleado público para que actúen a favor del que entrega el regalo, debido a que necesariamente, tiene que darse la participación de un oferente y de un aceptante, y si son más de dos participantes, el delito se denomina plurilateral, como la rebelión o la sedición, en los que tiene que existir para su comisión un concierto de personas.

Los delitos de daño se refieren a un mal, un agravio o a una ofensa, lo que sucede en cualquier delito, pero la clase ha sido tomada como aniquilamiento, que es referente a la destrucción de algo, como la vida del ser humano y de ello deriva que también se les denomine delito de lesión.

En relación a los delitos de peligro, son aquellos que implican un daño, como ocurre con los delitos hostiles encaminados a la conflagración entre dos o más Estados, o bien la inducción al uso de estupefacientes, aunque también existen los delitos de doble resultado, que tienen como efecto tanto el peligro como el



daño, así, la obstaculización intencional de una vía férrea y el consiguiente descarrilamiento del mismo.

Los delitos principales son aquellos que se producen de forma independiente de la realización de cualquier otro hecho delictivo. Los delitos accesorios, son aquellos que necesitan la presencia de presupuestos que sean relativos en otro delito.

Los delitos comunes son aquellos que por lo general se encuentran contenidos en las normas jurídicas.

Los delitos especiales, aunque se encuentren regulados en las leyes o códigos, son aquellos que se caracterizan por la condición del sujeto que los lleva a cabo, en este caso, son los delitos específicos de militares en servicio, o los que solamente pueden cometer los notarios.

Existen delitos calificados por el tiempo, ya sean simultáneos en tiempo y lugar, o aquellos que tienen consecuencias en lugar y tiempo diferentes. Los primeros, tienen resultados inmediatos; los segundos son de efecto diferido.

Los criterios para calificar los delitos se fundamentan en la forma en que se ejecutan en relación con el sujeto infractor, en la intención y en el tiempo y lugar, lo cual no es lo mismo que el género de delitos, que se encuentra recogido en las

codificaciones u otras leyes, de conformidad con la técnica legislativa, de donde se contemplan los delitos contra la vida y la integridad de la persona, delitos contra la tranquilidad social, delitos contra la seguridad del Estado, sistematizando y enumerando los hechos criminosos, regulándolos en agrupaciones generales, en rangos que indican su condición y situación variando de conformidad con cada sistema legal.

“Por su parte, el posmodernismo trajo la criminalidad cibernética o delitos informáticos, como la alteración de programas, registros prohibidos, manipulación de información, mientras que el deterioro terrenal por acción humana, ha hecho surgir el delito contra el ambiente”.⁵

1.3. Concurso de delitos

La concurrencia o simultaneidad de los delitos, se presenta de dos formas que son el concurso real y el concurso ideal.

El primero, es relativo a la comisión de dos o más delitos y se le denomina también concurso material o reiteración, cuando los hechos son o no de la misma clase, debiéndose efectuar al mismo tiempo o en forma sucesiva, de forma que necesitan de la unidad del sujeto activo, en relación a varios hechos sin relación entre sí y que no

⁵ **Ibid.** Pág. 114.

hayan sido juzgados con anterioridad uno o más de ellos. Ese concurso puede presentarse de manera simultánea.

El segundo, se produce en un mismo hecho cuando se vulneran dos o más disposiciones penales y una de ellas consiste en el medio necesario para llevar a cabo la o las ilegalidades.

A pesar del producido concurso ideal, receptado por la mayor parte de los códigos, han surgido dos corrientes, como es la unitaria, en las que debe estimarse justamente la unidad de los hechos, o sea, de acción y de infracción, pero lo que concurre son las disposiciones legales y no los delitos resultantes.

En contraposición, se encuentra la teoría pluralista que, no obstante la concurrencia, toma en consideración que lo que se produce es una figura delictiva compleja, encerrada en normas independientes que traen consigo la punibilidad, pero los delitos se conservan con sus características y solamente se resumen para dar lugar a la concurrencia ideal.

1.4. Sujetos del delito

Los sujetos del delito se han designado como activo, cuando el sujeto es el que comete el delito o es el cómplice del hecho dañoso, y sujeto pasivo el que lo sufre y, en ambos

casos, pueden ser persona individual o colectiva y de forma especial en la ley y en el Estado aunque todo ilícito se relaciona con la alteración al orden social.

El sujeto activo se conoce como persona física, como persona de existencia visible o persona material, o sea, el ser humano capaz para adquirir y ejercer derechos, mientras que la persona colectiva se ha denominado como persona de existencia ficticia, persona abstracta o, con algún rechazo por varios sujetos, persona moral.

El ser humano es el agente transgresor de la ley penal, y es necesario someterlo a un análisis de personalidad con el auxilio multidisciplinario de conocimientos científicos y establecer las causas de su conducta, estudio que tiene que encontrarse fundamentado en la salud, el ambiente natural y en el comportamiento de conformidad con la extracción social, los usos, hábitos, costumbres del entorno en que se vive, examen aplicable a cualquier inculpatado, sobre todo en lo económico, ya sea de quien necesite lo que no tiene por habersele negado, o quien quiere o tiene más de lo que necesita.

En la Escuela Clásica, el ser humano es un ente normal que asume conductas buenas y conductas malas, de conformidad con su libre albedrío, pero posteriormente la Escuela Positiva puso énfasis a lo antropológico y consideró que el delincuente era una especie de particularidad psicológica, fisiológica y anatómica. Posteriormente, se impulsó el criterio delincencial del tipo penal y su clasificación en natos, habituales, ocasionales y otros.



Pero, las nuevas corrientes acotan que los factores ciminógenos son diversos y el delito varía de acuerdo a motivos y circunstancias cambiantes. El delito es un fenómeno humano, y por ende social, de forma que las experiencias antropo-sociológicas han de señalar las condiciones individuales y estructuras sociales para la determinación de las causas que sean acentuadas o disminuidas, que se encargan de decidir el comportamiento lesivo, indeseable, con lo cual la política criminal tiene que encaminarse hacia la prevención del delito.

En toda disposición penal existe una figura prohibida y un bien jurídico protegido, contenido que necesariamente apunta a la participación de una o más personas y al agravio de otra u otras, es decir, por una parte el sujeto activo o agente y por otra el sujeto pasivo o víctima.

“De forma general, quien comete hechos punibles es denominado sujeto indiferente y en algunos casos las leyes discriminan en relación a las condiciones propias de la persona que actúa ofendiendo a otra o vulnerándole algún bien material, de forma que para especificar determinados delitos se requiere ser funcionario, empleado público, como en el abuso de autoridad, o ser pariente”.⁶

El sujeto pasivo, es una o más personas ofendidas, pero es la sociedad extensivamente la que sufre el daño, debido a que altera su desenvolvimiento normal y es, por su personalidad, la titular de todo bien jurídico tutelado que se lesione, tomada esa

⁶ Nino, Carlos. **Los límites de la responsabilidad penal**. Pág. 11.



personalidad como juicio universal de valor, procurando la seguridad y protección a la vida humana.

En relación al sujeto lesionado por el ilícito penal, se tiene que analizar la innovación introducida al derecho penal contemporáneo, en atención a quien sufre el agravio, y que la doctrina penal denomina victimología.

La víctima es la persona que ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que constituya una violación a la legislación penal nacional; que constituya un delito internacional, el cual sea consistente en una violación a los principios sobre derechos humanos reconocidos y ratificados internacionalmente; y que de alguna forma implique un abuso de poder por parte de personas que ocupen posiciones de autoridad política o económica.

La misma, puede ser un individuo o una colectividad, incluyendo grupos, clases o comunidades de individuos, corporaciones económicas o comerciales y grupos u organizaciones políticas.

1.5. Causas de inculpabilidad

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



Miedo invencible:

- 1º. Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias.

Fuerza exterior:

- 2º. Ejecutar el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él.

Error:

- 3º. Ejecutar el hecho en la creencia racional de que existe una agresión ilegítima contra su persona, siempre que la reacción sea en proporción al riesgo supuesto.

Obediencia debida:

- 4º. Ejecutar el hecho en virtud de obediencia debida, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a quien lo haya ordenado. La obediencia se considera debida, cuando reúna las siguientes condiciones:
 - a) Que haya subordinación jerárquica entre quien ordena y quien ejecuta el acto.
 - b) Que la orden se dicte dentro del ámbito de las atribuciones de quien la emite, y esté revestida de las formalidades legales.
 - c) Que la ilegalidad del mandato no sea manifiesta.

Omisión justificada:

- 5º. Quien incurre en alguna omisión hallándose impedido de actuar, por causa legítima e insuperable”.



1.6. Circunstancias atenuantes y agravantes del delito

El Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala que regula en el Artículo 26: "Son circunstancias atenuantes:

"Inferioridad síquica:

- 1º. Las condiciones determinadas por circunstancias orgánicas o patológicas que disminuyan, sin excluirla, la capacidad de comprender o de querer del sujeto.

Exceso de las causas de justificación:

- 2º. El exceso de los límites establecidos en las causas de justificación.

Estado emotivo:

- 3º. Obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebatos u obcecación.

Arrepentimiento eficaz:

- 4º. Si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

Reparación del perjuicio:

- 5º. Si el delincuente, a criterio del tribunal, ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia.

Preterintencionalidad:

- 6º. No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.

Presentación a la autoridad:

7º. Si, pudiendo el imputado eludir la acción de la justicia por fuga u otro medio idóneo, se ha presentado voluntariamente a la autoridad.

Confesión espontánea:

8º. La confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración.

Ignorancia:

9º. La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución.

Dificultad de prever:

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

Provocación o amenaza:

11. Haber precedido inmediatamente, de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito.

Vindicación de ofensas:

12. Haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, su concubinario, sus parientes dentro de los grados de ley, sus adoptantes o sus adoptados.

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

Inculpabilidad incompleta:

13. Las expresadas en el artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos.

Atenuantes por analogía:



14. Cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores”.

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

“Motivos fútiles o abyectos.

1º. Haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos.

Alevosía:

2º. Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medios, modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; o cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentre, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse.

Premeditación:

3º. Obrar con premeditación conocida.

Hay premeditación conocida, cuando se demuestre que los actos externos realizados revelen que la idea del delito surgió en la mente de su autor, con anterioridad suficiente a su ejecución, para organizarlo, deliberarlo o planearlo y que, en el tiempo que medió entre el propósito y su realización, preparó ésta y la ejecutó fría y reflexivamente.

Medios gravemente peligrosos:

4º. Ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, envenenamiento, narcótico, varamiento de nave, accidente de aviación,



avería causada a propósito, descarrilamiento, alteración del orden público o por cualquier otro medio idóneo para ocasionar estragos de carácter general.

Aprovechamiento de calamidad:

5°. Aprovechar para la ejecución del delito, que ocurra o haya ocurrido un ciclón, terremoto, inundación, naufragio, incendio, descarrilamiento, accidente de tránsito de cualquier clase, explosión, alteración del orden público o cualquier otro estrago o calamidad pública.

Abuso de superioridad:

6°. Abusar de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima.

Ensañamiento:

7°. Aumentar, deliberadamente los efectos del delito, causando otros innecesarios para su realización o emplear medios que añadan la ignominia a la acción delictual.

Preparación para la fuga:

8°. Ejecutar el hecho empleando vehículo o cualquier medio, modo o forma que asegure la fuga del delincuente.

Artificio para realizar el delito:

9°. Cometer el delito empleando astucia, fraude, disfraz o cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente.

Cooperación de menores de edad:

10. Cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad.



Interés lucrativo:

11. Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

Abuso de autoridad:

12. Prevalerse, el delincuente, de su carácter público o del poder inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión, o cometerlo haciendo uso de defunciones que anteriormente, hubiere tenido.

Auxilio de gente armada:

13. Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

Cuadrilla:

14. Ejecutar el delito en cuadrilla.

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

Nocturnidad y despoblado:

15. Ejecutar el delito de noche o en despoblado, ya sea que se elija o se aproveche una u otra circunstancia, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Menosprecio de autoridad:

16. Ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad pública o en el lugar en que ésta éste ejerciendo sus funciones.

Embriaguez:

17. Embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito.

Menosprecio al ofendido:



18. Ejecutar el hecho con desprecio de la edad avanzada o de la niñez, del sexo, de la enfermedad o de la condición de incapacidad física o penuria económica del ofendido, según la naturaleza y accidentes del hecho.

Vinculación con otro delito:

19. Ejecutar el delito para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para impedir su descubrimiento.

Menosprecio del lugar:

20. Ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando éste no haya provocado el suceso.

Facilidades de prever:

21. En los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.

Uso de medios publicitarios:

22. Ejecutar el hecho por medio de la imprenta, grabado, cuadros expuestos al público, cinematógrafo, proyecciones luminosas, radiotelégrafo, teléfono, televisión o cualquier otro medio de alta difusión.

Reincidencia:

23. La de ser reincidente el reo.

Es reincidente quien comete un nuevo delito después de haber sido condenado, en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena.

Habitualidad:

24. La de ser el reo delincuente habitual.



Se declarará delincuente habitual a quien, habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido las penas.

El delincuente habitual será sancionado con el doble de la pena”.

1.7. Objeto del delito

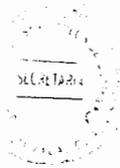
“El objeto del delito es lo material, denominado también acción y se toma en consideración lo físico en que recae el hecho, ya sea en dinero o en otro bien, o en la persona que sufre lesiones”.⁷

El objeto material no se da en todos los delitos. Además, en algunos delitos pueden coincidir el objeto material.

Por bien, se entiende toda cosa apta para la satisfacción de necesidades humanas. En consecuencia, puede ser objeto jurídico del delito un objeto del mundo externo o una cualidad del sujeto. Pueden tener naturaleza corpórea o incorpórea como la vida, la integridad corporal, el honor y la seguridad.

El objeto jurídico o bien jurídicamente protegido es el bien tutelado por el derecho mediante la amenaza penal. Es el bien o interés que está protegido por el derecho, lo

⁷ **Ibid.** Pág. 15.



que la norma mediante la amenaza de la pena, tiende a tutelar, a cuidar de posibles agresiones.

El objeto jurídico, en cambio, es la calificación que se hace del delito de conformidad a la norma infringida, de manera que tiene carácter procesal, debido a que corresponde a los jueces el establecimiento de la figura delictiva corresponde.





CAPÍTULO II

2. Preparación del delito

“La trayectoria que surge en la idea de cometer un delito, tiene que consistir en lo que se conoce como *iter criminis*, o sea el camino hasta la consumación. Consiste, en un proceso que va concibiendo la intención, la planificación y la disposición para llevar a cabo un hecho”.⁸

Es, una evolución mental a la que se denomina fase o etapa intermedia, que deriva de la voluntad o libre albedrío, siendo el período no aceptado totalmente como de perjuicio, debido a que la idea, la sencilla intención no es punible, ya que lo que se juzga y castiga es el delito concluido.

El pensamiento, lo imaginado y el simple propósito no son correspondientes al derecho penal, debido a que en ello no existe vulneración legal.

Lo que si se reprime es la manifestación del acto, aun cuando no se hubiese creado el delito, esa manifestación es lo que configura la proposición y la conspiración en otro episodio de la preparación del crimen, que consiste en la fase o etapa intermedia para pasar a la fase o etapa externa o concreción del ánimo criminal.

⁸ Manzini, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**. Pág. 44.



En el iter criminis los actos preparatorios o de la intención solamente se pueden ligar a la realización del delito. Los actos preparatorios que abarca son contingentes o unívocos y evidencian certeramente la peligrosidad.

El Artículo 38 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Responsabilidad penal de personas jurídicas. En lo relativo a personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiera realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales".

2.1. Tentativa

La tentativa consiste en el comienzo de la ejecución del delito, pero sin llevar a cabo su realización, sin resultado, ya sea mediante actos fallidos o bien por el abandono a la voluntad del causante.

La misma, viene a ser la serie de actos que hacen depender el objetivo principal y tienen carácter accesorio, como una figura independiente, relativa al inicio de la ejecución y, por ende, la representación del delito que sea perseguido.



Por otro lado, como no se llega a la consumación, se estima como delito imperfecto desde el punto de vista del hecho mismo, o sea, de naturaleza objetiva, porque lo subjetivo no tiene consecuencia, a menos que el autor acepte de forma expresa, o se deduzca probatoriamente que el contrato tenía como finalidad el perfeccionamiento del delito.

Para la doctrina penal es fundamental que la tentativa se lleve a cabo en períodos o partes en sucesión, de donde el intento tiene que componerse de inicio y de la determinación de llegar al resultado final del hecho que se pretende, algunas veces por motivos ajenos a la voluntad del agente existe interrupción del acto, aunque para algunos penalistas habiendo voluntad, se produce el desistimiento o renuncia, susceptible de la atenuación de la pena.

Ello, no ocurre con la primera clase de tentativa, que se registra como delito independiente en varios códigos.

También se considera la tentativa imposible, la cual tiene que ser definida legalmente como la utilización de los medios no idóneos, o si el hecho resulta imposible o si es sobre objeto que sea igualmente inadecuado, de forma que el acto se tornara negativo y su autor solamente quedaría reprendido con medidas de seguridad.



2.2. Acción punible

La persona es la única susceptible de delinquir, y por ende, dentro de la teoría criminal se le considera como el agente, pero no en anticipo a esa condición, de conformidad con el criterio de la teoría lombrosiana, que hizo calificación a priori del delincuente.

Siendo el obrar humano una acción que se define como la mutación en el mundo exterior, la acción penal implica que tiene que revelarse exteriormente, ya sea positiva o negativamente y que, en su orden, se manifiesta en una actividad corpórea que viene a ser la comisión del hecho, o en una actitud de no hacer o sea la omisión.

“En la acción penal existen elementos que la caracterizan como lo son el comportamiento exterior de forma voluntaria y que tiene como resultado una modificación en el entorno o ámbito externo”.⁹

Pero, no existe uniformidad en relación a que se tenga que producir un cambio en el exterior, debido a que esa mutación puede solamente devenir o sobrevenir, como sucede con la tentativa.

Tampoco, se acepta que necesariamente exista actividad corporal propia o protagonismo físico directo.

⁹ **Ibid.** Pág. 112.



La línea que se ha adoptado al considerar que la acción tiene que concurrir con el movimiento corporal en actitud mecánica propia o de inactividad u omisión se denomina concepto naturalista, por tener al comportamiento humano como hecho natural tomándolo como causa.

La conducta humana es tendiente a perseguir un fin, siendo la voluntad humana la que supone una finalidad consciente de lo que se quiere conseguir. La voluntad humana supone una finalidad consciente de lo que se quiere conseguir. La regla común, sin embargo proclama que el delito es acción stricto sensu.

2.3. La causalidad

La teoría finalista en relación a la acción no ha tenido mayor recibimiento en el ámbito jurídico penal, y por ende persiste una articulación indispensable entre la actitud delictiva y la causa, o sea lo que varios códigos denominan relaciones de causalidad, éstas suponen que los hechos previstos como delitos son consecuencia de una sanción u omisión, idóneas para su producción.

Existe una relación entre conducta y resultado adheridos en forma indisoluble, pues, necesariamente, la acción debe causar el efecto, quien agrega que se está ante una acción que obra con causa, en una acción que no es estática sino dinámica.



El comienzo de la responsabilidad en materia penal, se encuentra constituido por el vínculo de una serie de decisiones encaminadas a un resultado, siendo esta relación la que se conoce como causalidad, nexo entre dos o más actos en que uno es producido por el otro, relación lógica que lleva racionalmente de fundamento a consecuencia, de causa a efecto o resultado.

La causalidad, entonces, es el enlace entre dos actitudes o hechos, en virtud de que al producirse uno, seguramente se produce otro.

En el ámbito penal es indispensable conocer la causalidad o las causas para el establecimiento de los resultados, pero no quiere decir que cualquier acto anterior se halle indefectiblemente relacionado en cuanto a la causa y el efecto.

La responsabilidad tiene que establecerse a través el raciocinio para no confundirla con la ocasión.

- a) Teoría de la igualdad: también toma el nombre de la equivalencia de causas de la conducta, que hace descansar el resultado en todas las causas que concurren de forma que la totalidad de lo que precede a un fenómeno es de igual eficacia para el resultado, subsumiendo causa, concausa y condición, atrayéndose el resultado a los antecedentes más distantes y lejanos.



La acumulación de los acontecimientos más remotos se enmendó, y sus seguidores reconocieron que la continuidad causal no se produce si surgen otros factores, pues, de lo contrario, se estaría confundiendo causalidad con casualidad.

- b) Teoría de la causa eficaz: en otro punto de vista, se propuso la teoría de la condición más eficaz que descansa en la preponderancia de una condición sobre otras, de forma que no admite causas concurrentes, debido a que el resultado llega por una de ellas completamente necesario, con rigor único, razón por la cual se le denomina también teoría de la causa necesaria única y absoluta.
- c) Teoría de la causa sobresaliente: la teoría de la preponderancia se fundamenta en el enfrentamiento de las causas en términos de superioridad, de forma que las condiciones anteriores no se valoran en expresiones de igualdad, quedándose una última con carácter preponderante, por lo cual se elimina la relación con otras para decidir el resultado.
- d) Teoría de la cualidad: con criterio cualitativo esta opinión privilegia la condición haciéndola decisiva antes que la causa, olvida que todas las condiciones pueden tener influencia en el efecto, siendo un movimiento que abarca todos y cada uno de los cambios y procesos que se operan en el universo, desde el sencillo desplazamiento de lugar hasta el pensamiento.



- d) Teoría de la causa próxima: la teoría se fundamenta en tomar en consideración la causa inmediata de forma exclusiva, o sea la que está más cercana al hecho y, al tener oposición se tiene que tomar en consideración el grado de eficiencia.

- e) Teoría de la causalidad adecuada: de conformidad con sus ponentes, esta corriente arranca de la diferencia entre condición y causa, en el sentido de que es la condición la que determina la causa idónea para el resultado.

“Se ha analizado el contenido de esta teoría para estimar que su valor es civilista, aparte de que mezcla dentro de la causa de antijuricidad y la imputabilidad, motivo por el cual se cambia al introducir lo que se denomina causa humana exclusiva. ”¹⁰

En ella, se tiene que tomar en consideración, con base en la causa, un efecto positivo o, por el contrario sin resultado o efecto negativo lo que se ha criticado, debido a que es igual al criterio de la causalidad adecuada, solamente con pretensión de cambio no conseguido.

- f) Teoría finalista: la causalidad se encuentra íntimamente ligada a la acción, y el resultado que se busca alcanzar es el desenlace de un acto o de un no actuar.

¹⁰ Bacigalupo, Enrique. **Principios de derecho penal**. Pág. 67.



Se asegura que el significado de la causa no es correspondiente al derecho, debido a que no se trata de un concepto jurídico, sino de actos humanos en función de causa o que hay responsabilidad deducida del acto y del resultado, aunque si depende de ellos.

La ontología jurídica, lindando con la jusfilosofía para el análisis de las propiedades trascendentales del derecho llegar también a la deontología jurídica que trata de los deberes éticos del abogado.

La norma contiene valores representados como el orden, la justicia y otros más y la conducta es una valoración de todos ellos, por eso, una conducta sin valor ontológicamente no puede serlo.

La base deontológica que inspira a la teoría finalista, ya había sido esbozada en una crítica a las opiniones, ya que para la apreciación de este conflicto de teorías se tiene que observar el traslado total a un terreno apriorístico y prejurídico.

Ello, consiste en un error metodológico y el problema jurídico-penal que se debate no es de ninguna forma el problema de la causalidad como tal, sino la comprensión del contenido de cada uno de los tipos penales.



2.4. Concausas

Su aplicación jurídica es fundamento de la unión de una cosa con otra para la producción de un efecto. Es condición concomitante y de existencia anterior, constituyendo un factor ajeno, o que el actor si conoce.

Aún cuando tiene que resolverse en casos concretos, el problema se encuentra en si el resultado y la acción tuvieron una disolución, la concausa fue suficiente por sí misma.

Las legislaciones modernas han eliminado el concepto de concausa, debido a que prevalece el criterio de que todas son causas en concurso y productoras del resultado.

2.5. Omisión

“El olvido, descuido u omisión, es lo opuesto a acción es el actuar sin actuar, aunque la palabra no tiene que tomarse como antítesis de acción, tomándosele como especie del género”.¹¹

Una diferenciación para saber el alcance de la omisión, la divide en omisión propia y omisión impropia, delito cuyo resultado está prohibido legalmente.

¹¹ **Ibid.** Pág. 145.



La omisión es un comportamiento de inactividad, pero no toda inactividad es omisión, porque la misma tiene que ser voluntaria, por ello se define señalando que se produce cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

2.6. Cooperación delictiva

La terminología para calificar la participación en el delito ha oscilado entre denominarla codelincuencia o concurso de delincuentes.

Pero, esta última expresión se reserva para la coparticipación necesaria, y la cooperación fuera de ella se denomina complicidad.

Las concepciones jurídicas sobre la complicidad se han dividido en componentes objetivo y subjetivo, siendo dos clases que se diferencian en la denominación clásica o tradicional, monista o unitaria, con fundamento en la unidad o accesoriedad, o sea, que la participación sea única, pero con varios agentes, aunque con actividad fundamental o complementaria.

Por otro lado, se señala que la clase de complicidad pluralista o moderna, es la que la cooperación criminal se produce por diversos hechos.



2.7. Resultado

Para que exista una resolución del delito, tiene que haber cambio en el mundo exterior como un efecto del acto voluntario que hizo posible esa modificación, de forma que una definición bien aceptada consiste en apuntar que es la consecuencia de la acción, que la norma jurídica toma en consideración decisiva para la realización del delito, o sea, la adecuación del tipo del delito establecido legalmente.

Pero la resolución punible no es relativa solamente en cuanto al efecto, no solamente significa la actividad ilegal y declaratoria del hecho como consumado, sino también ha de considerarse si se ha agotado, cuya verificación apunta hacia múltiples consecuencias.

El perfeccionamiento del delito es ajeno a las circunstancias que trae consigo, y se estima que la consumación del delito es superior del iter criminis, cuando ya se ha ejecutado la acción y se adecua al tipo legal, de forma que se ha logrado el ánimo perseguido por el delincuente que, de forma voluntaria y conscientemente, ha llegado a la culminación de su finalidad.

2.8. Acción libre en su causa

El estado mental del delincuente hace que sus actos ilegales sean de reproche jurídico, debido a que en ese estado de carácter subjetivo, radica la culpabilidad, pero existen

casos en los cuales el sujeto del delito busca o adquiere de forma voluntaria una situación que signifique inculpabilidad, y entonces se produce la actio liberae in causa.

Se trata, de persona imputable al momento de decidir un resultado, pero al producirse el mismo, la imputabilidad queda suprimida y anulada debido a que la situación buscada la excluye, sin que haya consecuencias de culpabilidad.

Por lo general, el agente es imputable, pero al tener el pretexto o excusa para omitir una obligación y dar lugar al daño, se convierte en inimputable, ya en delitos dolosos o culposos.

2.9. Caso fortuito

Los resultados que limitan la culpa con el caso fortuito son el producto de la previsión, pero siendo imprevisible el daño, dan lugar a la causalidad que no apunta la culpabilidad, debido a que son hechos lindantes a la fuerza mayor, de forma que sus elementos apuntan a un acto lícito.

2.10. Clasificación de los delincuentes

Siendo la delincuencia el resultado de conducta infractoras a la ley, se encuentran sujetos a represión oficial. Consisten en hechos que vulneran la vida normal de la sociedad y los principios éticos que caracterizan a una comunidad determinada.

De esa forma, los criterios para el establecimiento de las clases de delincuentes, han variado de conformidad a las etapas históricas, y se discute si cabe una catalogación precisa y definitiva.

- a) Delincuente habitual: algunas legislaciones determinan como agravante que tiene que ser el juez quien califique esa circunstancia, tomando en consideración que el autor ha sido condenado tres o más veces por delitos cometidos en cualquier país, de los que cumplió o no las penas.

Pero, no tiene que confundirse al delincuente habitual con el reincidente, el que solamente se califica por un segundo delito habiendo sido condenada y cumplida la pena.

La doctrina señala que los delincuentes habituales son los que empiezan a delinquir desde jóvenes, debido al entorno social en que se desenvuelven, o por las personas con las que conviven, de forma que se ven estimulados por la costumbre adquirida y a quienes también se les denomina delincuentes incorregibles.

- b) Delincuente nato: se fundamenta en la idea en el carácter atávico del infractor, tomándose como un ser primitivo que no tiene conocimiento del avance o progreso social, presentando anormalidades biológicas, poca estima por los demás, a quienes hace a un lado.

“La teoría descansa en la antropología criminal en donde predominó la degradación y alteraciones de la personalidad en lo psíquico y en lo biológico, de donde cabe la posición determinada por el funcionamiento patológico de las glándulas de secreción interna”.¹²

Los estudios en este sentido son de importancia, pero la delincuencia tiene otras causas como para hacerla descansar en una sola y es extremadamente ingenuo hablar de criminales tiroideos, hipofisarios, suprarrenales, tímicos o mentales.

No obstante, tiene que importar científicamente la endocrinología que puede determinar trastornos de la personalidad que se tienen que establecer médica y psicológicamente pero sin tomar en consideración ambas disciplinas como interpretadoras totales de las conductas adversas o de daño.

- c) Delincuente pasional: es el delincuente considerado como pasional, y también el crimen que comete quien, empujado por la vehemencia o el delirio, despierta pasiones como el amor y los celos, culminando en hechos de sangre, que se encuentran caracterizados por lo general con el ensañamiento con que se producen, habiéndose clasificado en delitos pasionales agudos, resultado de la exaltación emotiva de la naturaleza externa, y el delito pasional crónico, como consecuencia de la pasión surgida de lo interno del autor como conducta permanente.

¹² De León Velasco, Héctor. **La práctica penal en Guatemala**. Pág. 26.



- d) **Delincuente político:** ha suscitado bastante incertidumbre en la clasificación de los delincuentes, y es que la defensa del Estado, reducida nada más a la impune protección de quienes gobiernan, hace descansar la actividad sediciosa o de rebeldía en actos que se estiman de atentado a las instituciones de mando o de administración de un país, incluso tal incertidumbre ha hecho privilegiar estos hechos, eliminando, en su caso, la extradición y, al lado de ella, la pena para sus autores.

- e) **Delincuente ocasional:** el origen de esta actitud es eventual o fortuito, o sea que no existe propensión a delinquir, aunque si tentaciones para actuar de forma ilegal.

Se trata de individuos normales que delinquen circunstancialmente. No son totalmente normales y tienen una ligera inclinación a la criminalidad.

- f) **Delincuente sexual:** aunque todo delincuente significa un riesgo para la sociedad, el delincuente sexual abarca una serie de desquiciamientos de la personalidad, como la pedofilia, el proxenetismo, la violación, el estupro, acosos lujuriosos, sodomía, incesto, exhibicionismo y el adulterio, siendo algunos de ellos acompañados de lesiones, asesinatos.



La pedofilia se ha incrementado cada vez mas, con execrable lascivia de los mismos padres de la niñez, maestros, sacerdotes católicos o pastores que precisamente, son los moralmente obligados a proteger a la niñez.

En el proxenetismo o rufianería, existe una combinación o dueto de mujer y hombre, que se conoce como la pareja delincuente, y que no tiene que confundirse con la pareja penal de la victimología.

Los delincuentes sexuales son, entonces, los sujetos que ejecutan actos de impudicia en abuso de la libertad erótica corporal de otra persona.

- g) Delincuente privilegiado: se les denomina también delincuentes de levita o de cuello blanco, y son aquellos infractores que gozan de prerrogativas para quedar impunes, sobre todo por la protección del antejuicio que difícilmente prospera en su contra, cuando se trata de funcionarios públicos que delinquen o sin consecuencias penales por favores gubernamentales o judiciales.

En la lucha contra este flagelo de lesa humanidad, se tiene que incluir como criminales a los países de doble conducta que dicen perseguir la narcoactividad pero cuyas poblaciones son las mayormente desenfrenadas.





CAPÍTULO III

3. La pena

Diversos son los nombres con los cuales se ha conocido el régimen impositivo o coercitivo del derecho penal en aplicación de sanciones al responsable de un delito y de esa forma, se habla de sistema penitenciario o de ciencia penitenciaria y hasta de criminología, que son referentes a las fases políticas criminales y, por otra parte, consisten en designaciones sobre la administración, disciplina y todo el gobierno de los centros de reclusión, dedicados a hacer cumplir las penas y no a aplicarlas, lo que es función judicial, mientras que el análisis de la personalidad del delincuente, estudio sociológico, psicológico, fisiológico y ambiental se relaciona con el infractor punible.

La pena es la sanción traducida en prisión y en otras circunstancias coercitivas para el privado de libertad. Se deriva de la palabra latina poena, tomada del griego penan, equivalente a dolor o a sufrimiento, aunque se han realizado otros estudios sobre su etimología, afirmándose que es procedente de punyá, cuya raíz quiere decir depuración o purificación, y de ello derivan los criterios que le asinan a la pena los objetivos correccionales, de redención y reinserción social y de comunicación para que no se reincida o se evite cometer delitos por quienes no los han realizado.

También, se utiliza el término penología, que se tiene como híbrido del lenguaje, al tomarse en consideración principalmente como el existente solamente dentro del



derecho penal y si se toma como ejecución de las penas, pasa al derecho penitenciario y en general linda con la política criminal.

A pesar de que su etimología viene a significar la ciencia que trata de cumplir y aplicar la pena, la penología tiene el encargo de examinar las penas y las medidas de seguridad con lo cual se ha persistido en la palabra para el estudio de la pena.

3.1. Reseña histórica

La pena y sus distintas civilizaciones se han dividido de la siguiente forma:

- a) **Antiguo Oriente:** la civilización es un término que implica diversas épocas históricas, que comienzan con sociedades clasistas en una manera cruenta, al dividirse en esclavos, siervos y señores de privilegio de arrogancia de poder dividido y de decisiones absolutas.

Surgen, entonces el Estado y el derecho y con ellos la propiedad privada, en muchas ocasiones con rasgos del caos primitivo característico de los abusos contra la persona.

Dentro de este contexto aparece el castigo a las conductas consideradas lesivas y el onmímodo derecho a penar por parte del soberano o por algunas instituciones que posteriormente aparecieron.



“Al emperador se le debía obediencia ciega, en donde la imputabilidad es física, sin distinguir el dolo, culpa o caso fortuito, ni siquiera ofrecimientos y la responsabilidad recaía en la familia, los amigos, animales y se aplicaban penas sumamente degradantes”.¹³

En la India no se produjeron cambios sustanciales a no ser porque el poder divino se trasladó a los brahmanes, oscilando entre la buena conducta, denominada drama y la de daño llamada adharma, de forma que en el Código de Manú la pena es una garantía para cumplir con las obligaciones que corresponden a cada clase social, dividida en brahmanes, guerreros, comerciantes, y trabajadores. La pena, de conformidad con los brahmanes, se encuentra encaminada al género humano debido a que el hombre no es virtuoso por naturaleza pero puede efectivamente llegar a serlo solamente por el temor al castigo.

La responsabilidad penal se extendía a la familia ya que los hijos eran requeridos por lo que hacían sus padres y éstos por lo que hacían sus hijos.

Babilonia es conocida desde la antigüedad por el Código de Hammurabi que, no obstante el influjo divino atribuido al rey para impartir justicia, se asentó en el principio de guardar el orden para la imposición de penas a los delincuentes.

¹³ Par Usen, José Mynor. **El juicio oral**. Pág. 44.



En Egipto existió la imprecación a la Esfinge, que decidía hasta dónde el individuo podía tener libertad en sus acciones, sin tomar en consideración a los esclavos, a los que no se les otorgaba derecho alguno por no ser libres.

Grecia construye ideas que separaron la religión y aunque existen cimientos científicos al lado, se sitúa la mitología en que los desviados son juzgados por los dioses, en un afán de divinizar lo humano y humanizar lo divino.

La pena no tiene que considerarse como un mal, sino como un acto de justicia, de forma que la corrección es una medicina. Castigar es hacer justicia y es también salvar el alma, debido a que la justicia libera al hombre de la intemperancia, de donde el delincuente aprende mediante el sufrimiento de castigo, a conocer la verdad.

La pena es una terapéutica para la mala índole, debido a que se proclamaba que la finalidad de la justicia terrenal era el respeto a la ley, ello mediante el cuestionamiento mutuo y el encuentro de la verdad dialéctica en aplicación del método mayéutico. También, se privilegió el respeto a la ley y de la punición a las conductas lesivas consistía en un acto de justicia, pero también era necesario para evitar la impunidad. La pena, era un medio necesario de carácter moral que significaba la convivencia social.



- a) Roma: a pesar de que la venganza privada es practicada en los inicios de la legalidad latina, la expiación religiosa prevaleció como aplicación de la pena, tomando en consideración a la muerte.

Se tomaba en cuenta la enmienda como objeto de la pena, de conformidad con el Digesto y Séneca, preceptor de Nerón, como Platón, coma la pena como medicina del alma y ello con el objetivo de la existencia de amor, virtud, cumplimiento de deberes y sentimiento por la justicia.

Las penas cortas pueden sobreseerse o perdonarse y la de muerte solamente se aplicaría si ello significara un bien y un alivio al delincuente peligroso. Lleva a cabo una gradación de las sanciones, recomendando para el efecto amonestaciones privadas o públicas.

- b) Edad Media: los alcances jurídicos de la civilización greco-romana, contrastan con la infiltración cristiana, que supeditó la ciencia de la fe, la fatalidad para el considerado pagano y el premio divino para el cristiano.

El castigo o pena es el designio de la justicia divina y esa justicia tiene que ser aplicada por la Iglesia. La pena es una institución divina, y es Dios quien castiga el mal y quien juzga la conciencia de los hombres, para que de conformidad con su comportamiento de fidelidad o no con el cristianismo deberá purgar su mala conducta o enmendarla con el arrepentimiento.



“La práctica penal en el medioevo fue de juicios extremadamente terribles, crueles, basados en supersticiones y en la invocación única de la religión católica, con pretextos de prevención, como sucedía con las ordalías”.¹⁴

La evolución del derecho penal llevó consigo la naturaleza de la pena y los fines perseguidos por ella, de manera que debe existir una relación de ese desenvolvimiento con la idea de los criterios sobre la punición, castigo o pena, en sus diversas proposiciones.

3.2. Conceptualización

Dentro de las distintas expresiones para la designación de la pena, se emplean las palabras castigo, purga y expiación y existen quienes determinan que consiste en la imposición de un mal proporcionado al hecho tomándolo en cuenta como retribución.

Para los griegos significaba dolor, y su finalidad era la regeneración, mientras que en otras culturas era equivalente a la purificación, los cuales son sinónimos que se emplean con fines que buscan la rehabilitación o reincorporación social, para que dada su institución, el contenido legal y su aceptación jurídica sea definida como la sanción característica de una transgresión delictiva, o sea el desenlace que representa haber infringido la ley.

¹⁴ **Ibid.** Pág. 109.

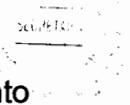


Dentro de las expresiones para designar la pena, se utilizan las palabras castigo purga, expiación, etc. y hay quienes determinan que es la imposición de un mal proporcionado al hecho, tomándolo como retribución.

Para los griegos significaba dolor, cuya finalidad era la generación, mientras que, en otras culturas equivalía a purificación, sinónimos que todavía se utilizan con fines que pretenden rehabilitación o reincorporación social para que, dada su institución, el contenido legal y su aceptación jurídica, se defina como la sanción característica de una transgresión delictiva, o sea el desenlace que representa haber infringido la ley.

La fuerza de las leyes propiamente dichas depende, ante todo, de su sanción, que es la que pone, por decirlo así, el sello de la autoridad de aquellas. Se trata, pues, de una coerción final, no obstante que la casuística legal comprende verdaderos casos de conciencia, al decidir que la prisión preventiva no es sanción, a pesar de llamarse prisión y tampoco las medidas de seguridad, que recluyen al individuo, siendo que ambos casos limitan la libertad de locomoción, carácter esencial de la coerción al imputado, aunque lo más importante, que es la prevención, se encuentra totalmente descuidada.

La fundamentación de la pena o castigo, se ha hecho derivar del jus puniendi que tiene el Estado, en una especie de poder oficial que significa un derecho público subjetivo, en el que se incluye la formalidad para exigir conductas definidas en razón coactiva, promulgando, preceptos y sanciones mediante órdenes omnes, aunque de manera



abstracta, de modo que establece un vínculo que determina fases concretas en cuanto surge la violación del precepto.

Pero tal facultad se ha visto alterada en los regímenes de fuerza, totalitarios y despóticos, sin la ética que es factor determinante para la exigencia conductual razonable.

Los efectos preventivos del sistema penal emanan en primer lugar de la autoridad moral que dicho sistema posee en la sociedad, sólo gracias a esa autoridad moral los individuos pueden ser influenciados de tal manera que lleguen a considerar como indeseable tal conducta condenada por el sistema y, consecuentemente, a evitarla.

En general, esas teorías pueden distinguirse entre normativas y descriptivas, persiguiéndose la facultad del castigo de acuerdo al precepto o norma vulnerados, y otras que se fundamentan en la retribución de un mal con otro mal, además de algunas que son abolicionistas.

3.3. Teorías abolicionistas

Por su importancia histórica, con inspiración de Platón, se aceptaba la pena y sus postulados de una república idealista, autores posteriores los interpretaron en situaciones políticas de proyección utópica.

La pena ha de desaparecer ante el advenimiento de la igualdad, en la que no habrá sino reproches de orden moral. Luego aparece la corriente sociológica que aconseja la prevención del delito, que concluirá con la extinción de la pena, orientándose, en consecuencia, a evitar el delito. Son, pues, criterios abolicionistas absolutos y abolicionistas relativos.

3.5. Teoría de la defensa

Considerada naturalista, la corriente sobre la defensa es discutida en cuanto si esa defensa debe ser personal o social. Siendo personal, se admite que todo ser humano se asegura contra agresiones físicas o de sus bienes, sin confundirla con la pena de la justicia oficial o defensa social, sino que se trata de una punición material, ya sea para reprimir la ofensa o para evitarla; es una posición que pretende descansar en la ética y los valores morales; pero diluye derecho y moral, según aseguran varios autores, y hay quienes dicen que se llegaría a mezclarse como medio materiales protector contra el delito y posiblemente con la primitiva vindicta propia.

Esta teoría, no debe confundir la defensa directa con la defensa indirecta, pues ésta es la defensa putativa, en la que se supone la agresión por el victimado.

Por otra parte, no se puede especular sobre si el Estado como tal actúa en esos límites de defensa; todo lo contrario, el Estado impone castigos o penas porque el delincuente

o cualquiera, debe obedecer las leyes, aun sin estar de acuerdo con ellas, sobre todo, desafortunadamente, si se trata de un Estado dictatorial y totalitario.

3.5. Teoría de la enmienda

Descansa este criterio en una especie de pietismo, que propugna la enmienda o la corrección por medio de la educación y la redención moral. El delincuente, para la aplicación de esta doctrina, es un ser espiritual, consciente y de condiciones éticas, susceptible de rectificar su mala conducta.

Se considera que fue Platón quien inició este criterio, al estimar que la pena es una medicina del alma, y en esa dirección llegó a los romanos, propiciada por Paulo, el jurisconculito que proclamó la pena como enmienda de los hombres y que Santo Tomás recogió al afirmar que los hombres son buenos. Posteriormente se aseguró, que la pena debía ser proporcional al grado de arrepentimiento del castigado.

“A pesar de la dosis de misericordia de la teoría, la corrección o enmienda tienen un sustrato pedagógico, ejercido con mayor eficacia por las catequesis en las cárceles pero sin llegar a la satisfacción universal, ya que una cantidad insignificante de penados la que logra rectificar su conducta”.¹⁵

¹⁵ Peñaranda, Elías. **La participación en el delito y el principio de accesoriedad**. Pág. 78.

3.6. Teoría de la retribución

En esta orientación sobre la justificación de la pena, se acentúa más la religión y, sobre todo, la religión católica, pues se arranca de la retribución que, según la corriente, está a cargo de Dios, cuyo orden no puede ser infringido, y si lo es se debe someter al culpable a un castigo, porque en lo divino hay poder punitivo delegado en la autoridad terrenal, y también se le agrega la retribución moral que obliga a que el mal se retribuye con el mal, como requisito ético, de acuerdo al imperativo categórico.

Empeoro, esa retribución moral que requiere una retribución jurídica y, por consiguiente, la teoría enlaza la justicia divina con la humana, pues el castigo inflingido al delincuente por las disposiciones legales tienen como respaldo la fuerza de Dios que modera conductas, como es la caridad, una de las tres virtudes teologales. El origen de la teoría ha decidido su rechazo.

Ninguna de las teorías sobre el concepto de pena, excluye la facultad del Estado para aplicar castigo ante los procederes considerados como de daño; más, cómo se explica esa facultad cuando la readaptación, la regeneración, la enmienda o la retribución no han conseguido bajar el índice en el delito, de modo que su penalización no ha conseguido atenuarlo, menos eliminarlo, lo que es consecuencia de un sistema en el que núcleos de poder consienten o practican las desviaciones y a los que no se extiende el jus puniendi.



Por supuesto que no está en posición de que el crimen quede sin sanción. La pena, debe estar en la medida de lo justo, de la efectiva recuperación de la delincuencia y su inserción en la conciencia social.

No se puede propugnar un castigo legislado y ejecutado en nombre de principios morales inciertos o inexistentes, haciendo del jus puniendi la paradójica facultad de un Estado que patrocina, fomenta o practica situaciones jurídicas de preferencias, de erguidas inmunidades, estigmatizando al individuo de comportamiento irregular y al que se pretende resocializar, readaptar o regenerar y volverlo a una sociedad descompuesta por un mantenido e invariado sistema.

No son los fundamentalismos religiosos, ni es suficiente la pedagogía, aunque sí necesaria, para lograr el rescate de las personalidades adversas o perversas.

La reintegración a la sociedad será válida siempre que en ella haya cohesión, como conjunto, un derecho, sobre todo el penal, saturado reverencialmente de humanismo.

Es un derecho garantista que abata el abuso, los fundamentos contra el condenado y termine con la impunidad de quienes, haciendo mal, se arrogan la facultad de conducir una sociedad.



3.7. Pretensión

Se ha sostenido tradicionalmente que la base de la pena es una reacción contra el delito; pero lo cierto es que son escasos los regímenes en que esa reacción tiene origen social, pues la punición al delito solamente es reacción oficial sin sentido, según convenga a quienes gobiernan y cómo gobiernan.

Al margen de ello, la pena, en su sentido exacto, es la consecuencia derivada de un delito sancionado en proceso legal; pero también posee la pretensión de prevenir el ilícito, evitando conductas de daño, con expresas medidas oficiales de seguridad, justicia plena y bienestar colectivo.

La pena es un mal infligido en nombre de la sociedad y en ejercicio de una condena judicial al autor de un delito, porque él es culpable y socialmente responsable de su acto.

Es un sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal. Se toma como mal coercitivo y conminatorio y es el sufrimiento que recae sobre el declarado autor de un delito, como único medio de afirmar el derecho y justo dolor frente al injusto goce del delito.

Por el contrario, hay autores que conceptúan la pena como un bien y no como un mal para el delincuente, pues con ella se consigue la positiva rectificación de la conducta del infractor.

La pena es un proceso de tratamiento que deja de ser represivo y doloroso y que busca la reeducación del delincuente, la pena debe ser el tratamiento adecuado a que se somete el delincuente, con el fin de una defensa social y aplicada a quien quiera haya cometido un delito o aparezca como socialmente peligroso.

Rechazando los argumentos que fundamentan la pena como castigo y como mal o de prevención, juristas no aceptan los conceptos de retribución o de aflicción y se inclinan también por el tratamiento integral del infractor, según sean sus requerimientos de personalidad, salud física y mental, orientación ética, inducción al trabajo, educación, adaptación económica y ambiental y observación una vez ha recobrado su libertad, de modo que el individuo se dé cuenta de las circunstancias que lo indujeron a la infracción y lo aparte posteriormente de su conducta desviada, para resocializarse a un entorno que lo estimule provechosamente, procedimiento que se proyectaría a las demás personas y quienes, además del agente, reformarían sus sentimientos morales y de respeto a la ley, estos objetivos deben tomarse en cuenta para eliminar las opiniones que determinan definiciones que proclaman la pena como castigo o sufrimiento.

3.8. Clasificación

De la misma manera en que instituciones del derecho penal han sido diversas en cuanto a fijar criterios y clases, la clasificación de la pena también ha ido variando, según sea el tipo de legislación adoptada por cada país, generalmente dedicada con preferencia a la defensa de los interés de quienes ejercen el poder o de sectores

privilegiados. La ley penal contemporánea, sin embargo, ha variado al introducir nuevas formas de pena y sus procedimientos de aplicación, aun persisten sanciones tradicionales, pero sin lo cruento de épocas pretéritas.

Tomando en cuenta las pautas actuales, las clases de pena han sido adoptadas así: prisión, o sea la limitación al derecho de locomoción, aplicada únicamente cuando sea imprescindible, pudiendo ser evitada con medidas sustitutivas, con excepción en los llamados delitos de gran impacto social.

Las prisión representa, en leyes avanzadas, la sanción máxima a que se somete el condenado, ya que la pena de muerte se ha ido eliminando para responder a una política criminal de respeto a la persona, cuya existencia normal está protegida por proclamaciones internacionales o nacionales, tomando la vida como soberana trascendencia humana.

También se ha establecido la poca eficacia de las penas cortas de privación de libertad, que se remplazan por otras obligaciones para el sancionado, como el arresto domiciliario o alguna actividad voluntaria en provecho de la comunidad o de la víctima.

Cuando así lo establezca la ley, y mediante determinados requisitos, se puede suspender la pena bajo libertad o condena condicional, dependiendo de los antecedentes del procesado, de la cuantía de la pena y de la naturaleza del delito. or otra parte, en caso de cumplimiento de la pena de prisión, se puede gozar de lapsos de

libertad vigilada o remisión de la pena por trabajo en la prisión, aparte de la atribución de organismos, como el Legislativo, de decretar amnistía, exclusivamente en los delitos llamados políticos u comunes conexos, o el indulto.

Otra de las sanciones comunes es la multa, calculada en las posibilidades económicas del sujeto de la infracción y la naturaleza del delito, aunque persiste conversión, que consiste en cambiar la sanción pecuniaria o arresto domiciliario calculado en un día de reclusión por dada suma diría no pagada, de acuerdo a resolución de la respectiva sentencia.

“Otra clase de pena es la inhabilitación, dividida en absoluta y especial. Lo primero consiste en la prohibición de continuar en cargos o empleos públicos, incluyen aquellos de elección popular, condenándose, en todos, al impedimento de acceso a cualquier plaza en el sector público”.¹⁶

La especial se aplica a profesionales u otras ocupaciones que requieren autorización o licencia previas.

Modalidades no frecuentes pero que responden a mitigar o evitar la prisión, en el arresto de fin de semana o las instrucciones especiales, siendo esta última en fijar ciertas prohibiciones, como permanecer en determinados lugares, abstenerse de asistir

¹⁶ **ibid.** Pág. 114.



a otros, a espectáculos públicos, reuniones o establecimientos donde se consume licor, etc.

Para las personas jurídicas, las penas se regulan en varios códigos con multa; cancelación de la personalidad jurídica; suspensión de las ventajas oficiales fiscales; cancelación total o parcial de las gestiones de la empresa; deber de presentar sus estados financieros; cubrir los daños que se hayan ocasionado por las ilicitudes cometidas.

Para toda condena debe agregarse la responsabilidad civil, o sea la obligación de reparar los perjuicios derivados y el comiso de bienes a favor del Estado.

Las penas se extinguen por muerte del condenado; por amnistía o indulto; ante la prescripción; por finalizar actividades las personas jurídicas, y por el perdón del o la ofendida en delitos de acción privada.

De manera genérica hay clasificaciones que agrupan las penas en corporales, prácticamente en desuso por tratarse de sacrificios físicos, como la multiplicación, los azotes, o la pena de muerte, ya rechazada por varios países, aunque algunos criterios toman como pena corporal la prisión misma.



Otra clase de pena es la llamada principal, que es la dirigida a un delito en particular. Hay pena divisible, que consiste en la graduación entre dos extremos, uno mínimo y otro máximo, según circunstancias atenuantes o agravantes.

Al contrario, está la indivisible, que no admite grados, sino se aplica totalmente. Accesorias es la pena que va conjuntamente con la principal. Es pecuniaria política, que es la inhabilitación para ejercer derechos ciudadanos mientras dura la condena.

Aunque no todas las legislaciones lo registran, debiera individualizarse la pena, de modo que se analice la personalidad del agente, su conducta anterior, el impacto del hecho, y si es para personas jurídicas, establecer su solvencia económica, licitud constante de sus negocios, comportamiento moral de quienes las representan, etc.

3.9. El Estado y la pena

Ciertos sistemas económicos determinan comunidades crimino impelentes, aunque no sean esos sistemas los únicos factores para que haya delincuencia, puesto que las condiciones antro-po-sociológicas y las configuraciones políticas devenidas o inamovibles, son de mayor o menor incidencia en las conductas de daño, tanto que actualmente se toma en cuenta que la delincuencia es un síntoma de imperfecciones de la organización social impuesta por el Estado.

Eso lleva a exponer cómo el Estado, de acuerdo a una sumisa estructura social, ha venido atribuyéndose el derecho de punir, desde el Estado absoluto con el soberano que se decía representante de Dios en la tierra, hasta cualquier régimen que descansa, principalmente, en la decantada reinserción social del infractor, sin tener definida su política criminal.

No es suficiente el estudio de las estructuras actuales o sobrevenidas, sin analizar, criticar, objetar y contradecir, en su caso, cómo funciona el Estado y cómo se comportan sus funcionarios y empleados para evitar desviaciones hegemónicas que se hacen intolerables, porque no hay seguridad, lógica y justicia en las regulaciones que lo facultan a intimidar, y no sólo favorece a gobernantes y sus protegidos.

La pena también es una consecuencia para la extraviada actividad del Estado y de quienes asumen su control. Hay responsabilidad sancionable ante las actividades incongruentes con sus compromisos hacia la colectividad o la individualidad.

La Constitución Política exige de los funcionarios ello dentro de la ley, caso contrario, habrá vinculación o responsabilidad que los convierte en sujetos activos del delito, además de la solidaridad del propio Estado si uno de sus miembros lesiona la ley, acarreándole compromisos civiles y penales que deberá cumplir.

En ese sentido, la jurisprudencia comparada, ha resuelto que se puede iniciar acción judicial contra el Estado si el daño o perjuicio es consecuencia de la negligencia o de un acto contrario a la ley cometido por el Ejecutivo o por cualquier otro organismo oficial,

en lo que llaman responsabilidad sin culpa, si el daño o perjuicio sea consumación de actos oficiales no por negligencia, sino por ser injustos.

La conferencia Europea de la Comisión Internacional de juristas sobre el individuo y el Estado reconoció la responsabilidad del Estado a nivel universal, como requisito esencial para asegurar la protección del ser humano si se le discrimina respecto de la sociedad, especialmente en cuanto a la igualdad en dignidad y derechos, de manera que se establezca el equilibrio entre el bien común y los intereses particulares.

Es cierto que se contempla en las legislaciones una serie de delitos que solamente pueden cometer los funcionarios o empleados de gobierno; pero hay una gran diferencia y mayor distancia entre la comprobada comisión de esos hechos.

También, se relaciona con la consolidación de la justicia, ya sea por legalizados privilegios, como la autorización oficial para juzgarlos, o lo que es más frecuente, por consentimiento que significa complicidad, o por encubrimiento, que ya son delitos propios, todo, con la más indignante impunidad, desvirtuando el Estado de derecho hasta en su acepción más simple como es la de que la ley está sobre los gobernantes y no éstos sobre aquélla.

El estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, contiene una serie de delitos susceptibles de cometerse por el Estado y sus instituciones,



Ello, principalmente por las fuerzas armadas o por bandas oficiales paramilitares, destacándose aquellos hechos criminales de lesa humanidad, cuyo conocimiento, bajo carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

Lo anotado, es competencia de la Corte creada por ese cuerpo legal internacional y que hace derivar la eliminación de acciones lesivas a la comunidad, producto de la represión oficial practicada todavía en muchos países donde, aun en tiempos de paz, el irrespeto al ser humano hace del Estado de guerra sin disparos.



CAPÍTULO IV

4. El criterio de oportunidad del dominio del hecho como señalizador de la participación delictiva y de la autoría

De conformidad con la dogmática contemporánea, en relación con la autoría, ello es, con la determinación de quién es el autor de un hecho delictivo existe la posibilidad de distinguir dos puntos de vista que son abarcar con el concepto de autor a todos los intervinientes en el hecho, o bien establecer las diferenciaciones entre las personas que concurren.

4.1. Autoría

El Artículo 36 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Autores. Son autores:

1. Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito.
2. Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.
3. Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.
4. Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito están presentes en el momento de su consumación".

Son autores quienes desarrollan la conducta típica, pero también es autor quien no llevándola a cabo por sí mismo domina la voluntad de otro a quien utiliza como instrumento.

Por ende, es claro que autor en la legislación penal guatemalteca no es solamente quien lleva a cabo por sí mismo la conducta punible, sino quien se sirve de otro para su realización.

De igual manera, se consideran autores a quienes a través de acuerdo común actúan por actos equivalentes o por división del trabajo.

4.2. Partícipes

El Artículo 35 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Responsables. Son responsables penalmente del delito. Los autores y los cómplices. De las faltas sólo son responsables los autores".

El Artículo 37 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Cómplices. Son cómplices:

1. Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito.
2. Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.
3. Quienes proporcionaren informes o suministraren medios después de cometido el delito.

4. Quienes sirvieren de enlace o actúen como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito”.

La inducción consiste en determinar dolosamente al otro al hecho antijurídico por el cometido.

Quien induce a otro se limita a la provocación en el autor el comportamiento delictivo. Originalmente, todos los medios de inducción son idóneos, en la medida en que supongan un influjo psíquico, el inductor tiene que actuar dolosamente, siendo suficiente para ello el dolo eventual, que tiene, por un lado, que encontrarse dirigido a la producción de la resolución de cometer el delito, y por otra, a la ejecución del hecho principal, incluyendo los elementos subjetivos de tipo y la realización del resultado típico.

“El dolo desplegado por el inductor tiene que ser un dolo concreto, o sea, que se encamine a un determinado hecho y a un determinado autor en el que se produzca la resolución de delinquir”.¹⁷

De esa forma, la acción del inductor tiene que ocasionar definitivamente la resolución de cometer el hecho en el autor principal.

¹⁷ **Ibid.** Pág. 109.



Frente a ello, cabe la posición doctrinaria relativa a si el autor principal ya se encuentra decidido a realizar la conducta, solamente concurrirá tentativa en la inducción o complicidad.

Por último, a quien se induce en el hecho tiene que incluirlo con consumación o al menos con la tentativa, en la medida en que de no debe iniciarse el comportamiento punible, el comportamiento del inductor sería de todo impune.

El cómplice solamente se puede caracterizar de una forma negativa, es decir, aquel que ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito.

Desde el punto de vista del instante de la aportación del cómplice, ésta se genera tanto en la etapa de preparación como en la de ejecución, no cabiendo la posibilidad de una complicidad posterior a la comisión del hecho delictivo, a excepción de cuando se cumpla una promesa anterior al delito, siendo ello lo que determina la complicidad en la promesa anterior.

Si esa promesa no tuvo incidencia en el hecho, no existirá complicidad, pero si la hubo habrá complicidad aun cuando no se cumpla.

Debe existir vinculación entre el hecho principal y la acción del cómplice, de forma que el aporte doloso de éste suponga una contribución objetiva a aquél. Puede ser de carácter necesario o imprescindible, cuando sin ella el hecho no se hubiere realizado. A

esta especie se le denomina complicidad primaria o necesaria, o en su defecto, cuando la contribución o aporte se hubiere realizado de todas formas, caso en el cual se presenta el fenómeno de la complicidad secundaria o no necesaria.

La colaboración del cómplice tiene que ser el aporte doloso, de donde se deduce la inexistencia de una complicidad culposa. El mismo, de conformidad con la teoría del hecho, no cuenta con el dominio sobre las circunstancias que determinan la acción y la producción del resultado típico.

4.3. Teoría del dominio del hecho

Es constitutiva de la posición dominante en la doctrina de actualidad. Es esencial la aproximación a una definición concreta en relación a la teoría del dominio del hecho, para así contar con una uniformidad de un criterio único, que sirva de fundamentación a la aplicación de la teoría en su estado más reciente.

La idea del dominio del hecho en un sentido completamente moderno exige, al lado del elemento subjetivo de la voluntad del dominio, o sea, el auténtico dominio objetivo en la ejecución en el mismo sentido.

Lo esencial para la autoría no es solamente la presencia de una voluntad del contenido, relativa a querer el hecho como propio, sino que la realización de esa voluntad tiene

además tener lugar, de forma que la misma se lleve a cabo bajo su dominio para que la voluntad domine y se encamine a la ejecución que sirve a su realización.

Posteriormente, se tendrá como fundamento el finalismo, sobre la tesis relacionada a que en los delitos dolosos es autor quien domina la ejecución del hecho, de la misma forma que se observa lo decisivo de la acción en el control final del hecho.

La expresión dominio del hecho se refiere al sujeto del delito, pero se entiende solamente en relación a los elementos materiales de la culpabilidad, es decir, a la imputabilidad, al dolo y a la imprudencia y a las causas de exculpación.

4.4. Consecuencias concretas de la teoría del dominio del hecho

Las consecuencias concretas de la teoría del dominio del hecho son las siguientes:

- a) Siempre es autor quien ejecuta por su propia mano todos los elementos del tipo.
- b) Es autor quien ejecuta el hecho utilizando a otro como instrumento.
- c) Es autor el coautor que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global, aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero participando en todo caso de la común resolución delictiva.

4.5. Análisis jurídico del criterio del dominio del hecho como señalizador de la participación delictiva y de la autoría en la legislación penal

El autor del hecho es quien lo realiza de manera final, con motivo de la toma de decisiones que devienen de su voluntad. El sustento de cualquier teoría del dominio del hecho, de conformidad con la doctrina, es consecuencia del sustento de las teorías de la autoría, y de esa forma influyen en la formación del concepto, la teoría del dolo, la objetivo material y la objetivo formal.

La diferenciación entre autor y partícipe en sentido funcionalista no se encuentra ligado a conceptos ontológicos, sino a consideraciones normativas, es decir, que su fundamento se encuentra en consideración del mundo real y en valoraciones jurídicas.

La responsabilidad jurídico-penal se fundamenta en el quebrantamiento de un papel o representación que cumple cada persona, en el cual pueden distinguirse dos categorías: los roles especiales que obligan a determinadas personas que es el caso en que solamente los titulares de esos roles son los responsables de los quebrantamientos a título de autor, de forma que las personas no abarcadas dentro del rol no pueden aparecer como partícipes pero no como autores.

Por otra parte, la responsabilidad puede ser abarcada por obligaciones de carácter general o común de la persona en sociedad. Esta organización se denomina dominio del hecho en donde los actos se les conoce como delitos de dominio. Se identifican con



los deberes comunes a todos dentro de la sociedad de respetar los bienes ajenos, de no abusar de los derechos propios. De esa forma, serán autores todos los que concurran a la ejecución de las acciones punibles en tanto, que por acción u omisión, quebranten el papel común a toda persona.

La teoría funcional del concepto de autor, cuando una sola persona organiza y ejecuta el hecho siempre será autora, si varias personas toman parte del hecho de forma coordinada en sus ámbitos de organización, de forma que planean en conjunto un delito, aportando actos de la misma importancia, se trata de coautores, si los aportes son de menor importancia, se trata de partícipes, y finalmente, si existe sometimiento al ámbito de organización de otro, se considerará que éste es autor mediato.

Según la teoría funcional del concepto de autor, cuando una sola persona organiza y ejecuta el hecho siempre será autora, si varias personas toman parte del hecho de forma coordinada en sus ámbitos de organización, de forma que planean en conjunto un delito, aportando para el efecto actos de igual importancia, se trata de coautores, si los aportes son de menor importancia, se trata de partícipes, y finalmente, si existe sometimiento al ámbito de organización de otro, se considerará que éste es autor mediato.

No es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo común, sino la competencia por lo que sucede, y esta competencia también puede concurrir en caso

de ausencia de dolo, y por ello puede existir participación imprudente en un hecho doloso denominado autoría imprudente.

La razón de la responsabilidad no se encuentra en los acuerdos, sino en la competencia común por configuración del mundo que crea un riesgo no permitido, y por ende, los intervinientes responden por cometerles el resultado lesivo, por ejecutar el comportamiento que encierra el riesgo no permitido, por ejecutar el comportamiento que encierra el riesgo no permitido, o por mediar un comportamiento en fase de preparación que constituya razón para imputar el comportamiento en fase de ejecución.

Cuando son varias las personas que mancomunadamente ejecutan el hecho punible, reciben la calificación de coautores, en cuyo caso lo que existe es una pluralidad de autores. De forma que llamar autores a los coautores no constituye incongruencia alguna, ni sustancial del error.

Las legislaciones que dan preferente acogida a la mayoría del dominio de la acción suelen destacar esta vocación con términos que la dan a entender. La tesis restrictiva de la autoría nunca ha encontrado respaldo en la doctrina y jurisprudencia nacional ya que por el contrario, impera la extensiva, la que no pretende, como su nombre lo indica, disminuir el número de autores, sino ampliarlo.

Con esa tendencia, el estatuto se adscribe a la actual del derecho penal, y la complicidad secundaria es relativa a la retirada bajo la consideración de integrar la

autoría de todas las actividades dimanantes de un acuerdo mutuo que genera una responsabilidad de todos los partícipes, cualquiera que sea el acto de su intervención.

En oposición a lo que estima el recurrente, la conceptualización de coautor no constituye una creación jurisprudencial, porque se entiende al autor o autora con otros u otros es incuestionable que no se trata de una invención, debido a que el coautor es un autor, solamente que lleva a cabo el hecho en compañía de otros.

Es necesario, para despejar el equívoco y dejar en claro la objetividad legal precisar si el actor se encuentra ligado finalmente o no a la realización de la conducta. Cuando brinda colaboración posterior a un hecho punible del cual hace parte, por motivo de su compromiso objetivo y subjetivo con sus resultados, se trata de un coautor. Pero si la ayuda es de coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los fines últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible.

“Son distintas las concepciones sostenidas por vía de la jurisprudencia, en las que definitivamente se han presentado debates de interés sobre autores y partícipes, atendidos en los momentos y en las circunstancias concretas en las cuales ellos se producen”.¹⁸

¹⁸ Herrarte. **Ob.Cit.** Pág. 127.



La teoría del dominio del hecho es consecuencia de aceptar el dolo en el tipo. De esa forma, se mantiene la posición en relación a que la acción humana consiste en un suceso finalmente dominado por la voluntad, lo cual es un asunto de quién ha llevado a cabo una acción y por ende, quién es autor de la misma, remite a aquel que ha tenido el dominio final de la acción.

El dominio del hecho es un elemento objetivo de la autoría, y por ende, un elemento del tipo objetivo y elemento del tipo subjetivo; así el dominio del hecho y la voluntad de dominio constituyen los elementos del dominio final del hecho.

El elemento objetivo de la autoría está comprendido dentro del tipo objetivo o dominio objetivo del hecho, mientras que el elemento subjetivo de la autoría o la voluntad de dominar el hecho se encuentra en el tipo subjetivo.

El dominio del hecho es una construcción solamente objetiva, con fundamento en que quien tiene el dominio del hecho puede actuar con la voluntad que desea. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque lleve a cabo cualquier actividad, y a pesar de que tenga la voluntad del autor, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía.

El mismo, se encuentra bajo la dependencia de un contenido social, o sea, de elementos personales del autor a los que denomina elementos objetivos del autor, para que así el autor pueda tener el dominio del hecho, no únicamente en sentido final, sino

El autor es el punto de partida metodológico del dominio del hecho y de donde puede partir el concepto legal, ya que de allí se extrae un concepto prejurídico de diferenciación que no tiene objeción y el legislador es el encargado de caracterizar al autor mediante el concepto de ejecutar, al inductor mediante determinar el hecho presta ayuda. De esa forma, el legislador de manera concreta contempla en el centro de la actuación al ejecutor, en donde la esencia de la participación consiste en el apoyo en la figura del autor.

Con la figura del autor como criterio central de la actuación no queda solucionada la definición material del autor, pues de ello depende, en gran medida las valoraciones del legislador, la estructura del comportamiento y el tipo específico de que se trate y por ende es de importancia dotar de contenido la figura central.

Ese contenido se logra mediante el dominio del hecho, de la infracción del deber especial o de la actuación de propia mano.

Es de importancia tomar en cuenta los sucesos y fenómenos de la vida real pero con un cierto principio rector común que sirva de conducto y que permita la diferenciación de los casos en concreto.

Ello, es lo que se denomina concepto abierto que constituye el indicador de la dirección que se tiene que seguir, mediante el cual se constituye la teoría del dominio del hecho, estudiando en cada caso particular la autoría y las diferentes formas de aparición del

fenómeno participativo y extrayendo los principios rectores que den solución a los diversos casos en particular.

Como formas de dominio del hecho se considera el dominio de la acción en la teoría inmediata unipersonal, y es la que quien sin estar coaccionado y sin depender de otro más allá de lo que socialmente es habitual realiza de propia mano todos los elementos del tipo es autor, en cualquier caso será autor; el dominio del hecho, según la idea de la figura central, una coacción o la utilización de quién sufre un error hace al sujeto la figura clave del acontecimiento, a diferencia de si se hubiera limitado a una incitación o a un mejor consejo en la autoría mediata; finalmente el dominio funcional en la coautoría al margen de consideraciones valorativas generales que desembocan en consideraciones de merecimiento de una pena, siendo esencial el análisis jurídico del criterio del dominio del hecho.

CONCLUSIONES

1. No basta, en relación a la determinación de la autoría un sencillo aporte causal al hecho, o la misma voluntad de ser autor, debido a que es preciso que el autor domine el hecho y ello quiere decir que se encuentre en posición de orientación de los factores causales de conformidad con la dirección final de su voluntad, para lo cual es necesario el dominio del hecho, su finalidad y posición objetiva.
2. La coautoría en el ámbito de la participación criminal no puede entenderse como fenómeno jurídico que integre hasta confundir en un solo los actos ejecutados por los diversos autores ya que el coautor sigue siendo autor aun cuando hipotéticamente se suprima otra participación delictiva de conformidad con la legislación penal.
3. El concepto de dominio del hecho no puede ser un concepto indeterminado, debido a que ello da lugar a dejar insolubles algunos casos no fundamentados, ni tiene que ser un concepto fijo en el que se apele a la subsunción estricta para la solución de las diferentes circunstancias fácticas de participación delictiva y de la autoría.



4. Los distintos criterios que han sido establecidos por la dogmática no son suficientes para que se alcance una diferenciación frente al fenómeno de la autoría y la participación y esas figuran continúan determinadas por la percepción del juez al momento del análisis probatorio, permitiendo que los criterios de la jurisprudencia no sean homogéneos y de acuerdo al dominio del hecho.

RECOMENDACIONES

1. El Organismo Judicial, debe señalar que no basta en relación a la determinación de la autoría un sencillo aporte causal al hecho, o la voluntad de ser autor debido a que es necesario que el autor domine el hecho para encontrar una posición de orientación de los factores causales, de acuerdo a la dirección final de la voluntad para lo cual debe existir el dominio del hecho.
2. Los jueces de primera instancia penal, tienen que señalar que la coautoría en el ámbito de la participación criminal no puede entenderse como fenómeno jurídico que pueda integrar hasta confundir en uno mismo los actos ejecutados por los distintos autores, debido a que el coautor sigue siendo autor cuando de forma hipotética se suprime la participación delictiva de acuerdo a la legislación penal.
3. Que el Ministerio Público, señale que el concepto de dominio del hecho no puede ser un concepto indeterminado debido a que ello permite dejar insolubles algunos casos no fundamentados, ni tiene que ser un concepto fijo en el que se pueda apelar la subsunción estricta, para solucionar las diferentes tácticas de participación delictiva y de autoría.



4. El Organismo Judicial, debe señalar los distintos criterios que tienen que establecerse y que no son suficientes para alcanzar una diferenciación frente al fenómeno de la autoría y participación y esas figuras continúan determinadas por la percepción del juez al momento del análisis de prueba, permitiendo que los criterios no sean homogéneos y de conformidad con el dominio del hecho.



BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Artemis y Edinter, 2001.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **El proceso penal en Guatemala.** Guatemala, Ed. Terra Magna, 1993.

BOVINO, Alberto. **Problemas de derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Artemis y Edinter, 2001.

CREUS, Carlos. **Derecho penal.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1980.

DE LEÓN VELASCO, Héctor. **La práctica penal en Guatemala.** Guatemala: Ed. Praxis, 1979.

HERNÁNDEZ, Alejandro. **La autoría mediata en derecho penal.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1996.

HERRARTE LEMUS, Alberto. **Apuntes de derecho penal guatemalteco.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Lude S.A., 1998.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. **Derecho penal.** España, Madrid: Ed. Tecnos, 1988.

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

MAURAUCH, Ronaldo. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1995.

NINO, Carlos. **Los límites de la responsabilidad penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Bosch, 1998.



PAR USEN, José Mynor. **El juicio oral.** Guatemala: Ed. Editores, 2003.

PEÑARANDA, Elías. **La participación en el delito y el principio de accesoriedad.** Madrid, España: Ed. Tecnos, 1990.

Legislación:

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

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1993.

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