

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DE LAS TENDENCIAS ACTUALES DEL
DERECHO PENAL Y DE LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS
PROTEGIDOS EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN GUATEMALA**

CANDI CLAUDY VANEZA GRAMAJO IZEPPÍ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2013

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DE LAS TENDENCIAS ACTUALES DEL
DERECHO PENAL Y DE LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS
PROTEGIDOS EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CANDI CLAUDY VANEZA GRAMAJO IZEPPÍ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2013

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL 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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Rubén Solís Sánchez
Vocal: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Hugo Roberto Martínez Rebullá
Vocal: Lic. Héctor David España Pinetta
Secretaria: Licda. Carmen Patricia Muñoz Flores

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).



Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario

Guatemala 17 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

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
RECIBIDO
18 SET. 2013
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
Hora: 13:29
Firma:

De manera atenta me dirijo a usted con el objeto de manifestarle que en cumplimiento al nombramiento recaído en mí persona de fecha cinco de agosto del año dos mil trece, en mi calidad de asesor del trabajo de tesis de la bachiller Candi Claudy Vaneza Gramajo Izeppi, que se intitula: **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DE LAS TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL Y DE LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN GUATEMALA”**, 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 autora, 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 las tendencias actuales del derecho penal.
- 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 Gramajo Izeppi.

=====

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

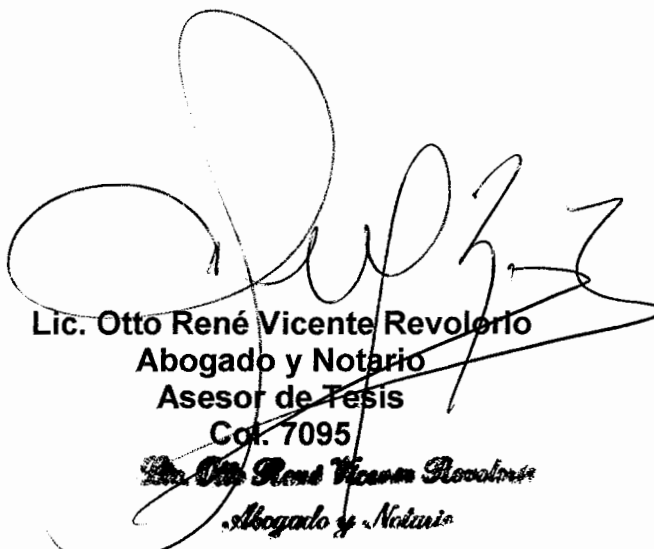


Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario

- e) En lo relacionado con las conclusiones y recomendaciones se puede claramente establecer que la bachiller analizó la normativización de los bienes jurídicos, que a mi consideración es fundamental 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 al 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
Cof. 7095
Lic. Otto René Vicente Revolorio
Abogado y Notario

=====

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



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

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante CANDI CLAUDY VANEZA GRAMAJO IZEPPÍ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO Y DOGMÁTICO DE LAS TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO PENAL Y DE LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN GUATEMALA. 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/iyf.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO

SECRETARIA





DEDICATORIA

A DIOS: Que está conmigo en todo momento, por darme la sabiduría y fuerza para no flaquear en esos momentos difíciles, a ti la honra y la gloria.

A MIS PADRES: Benigno y Lesbia, por su espíritu de lucha y superación, ejemplo digno de seguir gracias por demostrarme su apoyo absoluto e incondicional. Hoy quiero compartir con ustedes este triunfo.

A MIS HIJOS: Joseph Alfredo y Mia Renata, son mi inspiración y fuerza para salir adelante.

A MI ESPOSO: Por el apoyo incondicional que me brindó en todo momento, eres el amor de mi vida.

A MI ABUELITA: Jesús Barreda Barrillas (+), gracias por sus consejos y amor.

A MIS HERMANAS: Por ser parte de mi vida y por apoyarme en todo momento.

A MIS AMIGOS: Susan Estrada y Viviana Henry, gracias por compartir conmigo este triunfo.

AGRADECIMIENTO

ESPECIAL: Licda. Marta Alicia Ramírez, Licda. Sonia Cardoza, Licda. Ana María Azañon, Lic. Dionisio Aristondo, Lic.



Otto Revolorio, eternamente agradecia por su apoyo incondicional en los momentos más difíciles de mi vida.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser mi casa de estudios y brindarme la oportunidad de ser una profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Disciplina penal y sociedad guatemalteca.....	1
1.1. Caracterización general.....	4
1.2. Definición.....	6
1.3. Extensión y límites.....	7
1.4. Derecho penal y derecho procesal penal.....	8
1.5. Derecho penal y derecho penal ejecutivo.....	9
1.6. Derechos penales particulares.....	10
1.7. Otros derechos penales particulares.....	14
1.8. Contenido del derecho penal.....	15
1.9. Derecho penal objetivo y subjetivo.....	16

CAPÍTULO II

2. Historia del delito.....	21
2.1. Generalidades.....	22
2.2. La antigüedad.....	22
2.3. Asiria.....	24
2.4. Hebreos.....	25
2.5. Egipcios.....	26



	Pág.
2.6. China.....	28
2.7. Grecia.....	28
2.8. Roma y el derecho germánico.....	29
2.9. Los mayas.....	31
2.10. Edad Media.....	32
2.11. Edad moderna.....	34
2.12. Edad contemporánea.....	34
2.13. Corrientes penales.....	36
2.14. Escuela Clásica.....	36
2.15. Edad contemporánea.....	38
2.16. Siglo XXI.....	41

CAPÍTULO III

3. La culpabilidad y falta de protección de bienes jurídicos.....	45
3.1. Dolo.....	45
3.2. Composición.....	47
3.3. Excepciones del dolo.....	49
3.4. Error de hecho.....	50
3.5. Error de derecho.....	52
3.6. Error en la persona o en el objeto.....	52
3.7. Clases de dolo.....	53
3.8. La culpa.....	55



	Pág.
3.9. Elementos de la culpa.....	60
3.10. Falta de protección a bienes jurídicos protegidos.....	62

CAPÍTULO IV

4. Las tendencias actuales del derecho penal y la normativización de bienes jurídicos.....	65
4.1. Bien jurídico protegido.....	65
4.2. La propiedad.....	66
4.3. Diversos bienes jurídicos.....	69
4.4. Estudio legal y dogmático de las tendencias actuales del derecho penal y la normativización de los bienes jurídicos en la legislación penal.....	72
 CONCLUSIONES	 85
RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFÍA	89



INTRODUCCIÓN

La tesis analiza y estudia jurídicamente las tendencias actuales del derecho penal y la normativización de bienes jurídicos protegidos en la legislación penal guatemalteca. Es esencial, la protección de los derechos fundamentales en la medida en que éstos, a través de un proceso de normativización, son reelaborados en función de necesidades específicas, de determinados principios característicos convertidos en bienes jurídicos.

De forma que tan importante o más que el concepto de bien jurídico o de derecho fundamental que subyace en todo tipo delictivo, es el proceso mismo social y político a través del que se constituye.

Los objetivos, dieron a conocer que el derecho penal goza de una autonomía casi absoluta, pero esto no quiere decir que los bienes jurídicos, o sea los derechos fundamentales convertidos en bienes jurídicos protegidos en el derecho penal moderno, puedan ser protegidos o normativizados de cualquier modo o de forma arbitraria.

En el derecho penal clásico, el modelo de tipo delictivo que constituía el núcleo esencial de los códigos penales eran los delitos de lesión o, por lo menos, aunque ya en una fase más avanzada de la evolución legislativa de peligro concreto de bienes jurídicos preponderantemente individuales, a los que sólo se protegía frente a ataques más graves y, por ello, merecedores de una sanción penal. En relación con la protección penal que se brinda a los nuevos bienes jurídicos de carácter institucional, colectivo o



universal, se hace recaer el acento en la protección de la institución misma, quedando en un segundo plano o muy difuminada la protección de los intereses individuales.

La hipótesis formulada comprobó que no existe un análisis jurídico y dogmático del derecho penal moderno y ello ha permitido que no exista una normativización de los bienes jurídicos, que permita sancionar las conductas antijurídicas.

El desarrollo de la tesis se llevó a cabo en cuatro capítulos: el primer capítulo, señala la disciplina penal y la sociedad guatemalteca, caracterización general, definición, extensión y límites, derecho procesal penal, derecho penal ejecutivo, derechos penales particulares, contenido y derecho penal objetivo y subjetivo; el segundo capítulo, indica la historia del delito, generalidades, la antigüedad, Asiria, Hebreos, Egipcios, China, Grecia, Roma y el derecho germánico, los mayas, Edad Media, Edad moderna, Edad contemporánea, corrientes penales, Escuela clásica, Edad contemporánea y Siglo XXI, y el cuarto capítulo, analiza las tendencias actuales del derecho penal y la normativización de bienes jurídicos.

Las técnicas utilizadas para desarrollar la tesis fueron: bibliográfica y documental, con las cuales se ordenó la bibliografía recabada para la realización del trabajo de tesis. Los métodos empleados fueron los siguientes: analítico, sintético, inductivo y deductivo.



CAPÍTULO I

1. Disciplina penal y sociedad guatemalteca

Tradicionalmente, Guatemala se ha regido por modelos legales importados, con adaptaciones no siempre satisfactorias por resguardar muy particulares intereses y mantener un sistema jurídico que ha permanecido de manera casi secular.

De tal condición participa el orden penal, pues, generalmente ha respondido a las exigencias impuestas por núcleos de poder, de modo que ejerce un control de defensa jurídica para su mantenimiento, bajo criterios que determinan estigmas de desviación para los sectores marginales, a cambio de la garantizada impunidad para comportamientos dañosos en cuanto a corrupción, malversación, explotación humana, elusión fiscal, estafa e intromisión a organismos estatales, consolidando de esa manera una situación social que califica, estimula y aplica las llamadas teorías liberales del derecho.

“La intencionada falta de un estudio sobre la realidad o la deformación de la realidad, implica que la disciplina jurídica penal se deslinde del carácter sociológico como ingrediente eficaz en los comportamientos, significando con ello un retraso en la ciencia jurídica respecto a la ciencia social de actualidad”.¹

¹ Santos, Julio Andrés. **La humanización del proceso penal**. Pág. 34.



Sin embargo, esa relación que debe existir entre disciplina jurídica y ciencia social, no descansa sólo en su identificación, sino en el producto de esa relación, constituida por la técnica jurídica, pero no una técnica jurídica que sea mecanicista, sino aquella que consiste en diseñar y elaborar instrumentos legales que permitan afianzar una estimativa de equidad, comprendiendo no sólo conductas nocivas, sino deduciendo comportamientos ejemplares para la valoración exacta de la actitud asumida por la norma, de modo que no sea transgredida.

La técnica jurídica no es la regulación para un momento dado, sino debe extenderse para ir transformando y renovando el marco institucional en las etapas dinámicas en las relaciones sociales, nada justas en la inmóvil situación actual de la sociedad guatemalteca.

La exigencia de una técnica jurídica, no debe tenerse como una posición reduccionista para el legislador, el jurista, es nada más que un sostén científico, en el que hará falta la rectificación constante y la formación en lo legislativo, lo jurisdiccional y lo académico, por medio de una visión adecuada del mundo y su realidad para transformarla positivamente, en combinación con conocimientos y referencias científicas de lo económico, político, pedagógico, psicológico y antropológico.

Toda actividad humana es planificada en conexión y unidad entre teoría, método y técnica, entendiendo la teoría como la serie de conocimientos que dan una técnica, entendiendo la teoría como la serie de conocimientos que otorgan una explicación de



los fenómenos; el método como el desarrollo progresivo del conocimiento esencial, de manera que haya fijado o se aproxime la naturaleza del fenómeno estudiado; en tanto que la técnica es la exactitud y el rigor del conocimiento teórico y el método que lo sustenta.

En otras palabras, la forma de establecer la naturaleza del objeto de estudio es el método, con base en la teoría; la técnica es la serie de procedimientos a utilizar los instrumentos que darán dinámica a la actividad y la funcionalidad del objeto perseguido, únicamente verificable en la práctica.

De ahí, que el delito necesita ser estudiado teórica, metodológica y técnicamente desde la elaboración legislativa hasta la operación de la justicia, de manera equilibrada, pues un esquema de desigualdad hace emergente el fenómeno de la conducta sancionable como desvalor de la sociedad y por ser fenómenos sociales, los ilícitos han de analizarse desde el punto de vista de la unidad entre teoría, método y técnica, ya que integran un sistema que contribuye a examinar la realidad concreta, fundamentándose, desde luego, en la práctica o experimentación social e histórica.

“El examen metodológico exige un proceso cognoscitivo, con las contradicciones y aproximaciones en el estudio del fenómeno para conseguir su esencia. La teoría como producto de la técnica, ayuda al método, debido a que señala que la realidad tiene determinadas características”.²

² Pansini, Gustavo. **Tendencias actuales del derecho penal**. Pág. 12.



El estudio de todo fenómeno necesita una base teórica, la aplicación de su método y la utilización de la técnica. El derecho penal como ciencia, debe analizar el delito como fenómeno social, de culturas, idiomas y etnias diversas. El Estado guatemalteco, reconoce a los grupos indígenas como comunidades, obliga al respecto y promoción de sus formas de vida, costumbres, tradiciones y organización social, así como al uso de sus trajes, idiomas y dialectos.

Se deben reconocer las aspiraciones de los pueblos indígenas de asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida. Se deben proteger sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales.

Naturalmente que están a salvo las disposiciones que protegen los derechos humanos, para evitar desvíos o vicios que lesionen a la persona o a la sociedad y, por ello, es necesario divulgar las costumbres de cada región y regular las que se adopten, pues la perpetuación de la memoria colectiva está constituida por las diversas y multiformes normas que rigen la vida cotidiana.

1.1. Caracterización general

Si bien los ingredientes de relación deciden la sustentación de un régimen jurídico ecuánime, también determinan un ordenamiento social que sea la expresión de la voluntad mayoritaria, de modo que se satisfagan las necesidades del conglomerado al que se va aplicar ese régimen, aplicación siempre temporal para modificar su contenido



en la medida de la evolución social, reformándolo con experiencia de lo pasado provechoso.

Los criterios teóricos, con resultados en la práctica, deciden que la ley penal debe alcanzar ideales de humanidad, libertad y justicia.

Humanidad, en el sentido de respetar y acrecentar al ser humano, mediante el estímulo a la vida y contra comportamientos opuestos a la civilización y a la cultura. Libertad, para consagrar el precepto de hacer lo que la ley no prohíbe, en situaciones que permitan el desarrollo colectivo e individual. Justicia que dice de su prontitud, eficiencia y cumplimiento, proceso debido, estado de inocencia, garantía ineludible en juicio para todos sus participantes y respecto a la personalidad de sus sujetos.

Ello concluye al sentimiento de responsabilidad colectiva, distinguiéndose las conductas éticas y no éticas, en valoraciones originadas no por regímenes impuestos o por sistemas económicos de sujeción, sino en el encuentro y logro de una verdadera justicia.

Los valores son formas expresas de la conciencia social, son ideas saturadas de elementos morales que pertenecen y van emergiendo de la realidad circundante. No es un orden jurídico coercitivo el que los hace nacer; sino un sistema de correspondencia con la vida y los intereses colectivos. La libertad para hacer y formar una convivencia de bienestar no puede explicarse de forma que segregue a la sociedad, en la que unos grupos son calificados como desviados, no siéndolo, y otros como respetuosos de la ley,



tampoco siéndolo, la ley penal, y toda expresión jurídica, debido a que son vehículos para que los valores se descubran a través de la realidad y se fijen en la conciencia humana.

Así, la ley penal guatemalteca, y el derecho en general, traerán como consecuencia su propio respeto, su garantía de ejercicio y su debida y positiva aplicación, sin distinguir estrato social, condición económica, correspondencia étnica o surgida posición política en arrogación de privilegios.

1.2. Definición

“El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece”.³

“Derecho penal es la ciencia que determina el contenido de las facultades que corresponden al Estado como sujeto de la actividad punitiva”.⁴

“El derecho penal es una rama de saber jurídico que mediante la interpretación de leyes penales propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado de derecho”.⁵

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Derecho penal**. Pág. 78.

⁴ Soler, Sebastián. **Derecho penal**. Pág. 66.

⁵ **Ibid.** Pág.67.



1.3. Extensión y límites

La evolución histórica del derecho penal, ha hecho que sus límites y su extensión varíen de acuerdo con las diferentes épocas y tendencias. Una de las partes del estudio del derecho penal estaba constituida por el juicio. Es decir, lo que hoy constituye un campo de estudio totalmente autónomo como es el derecho procesal penal, formaba, entonces, parte del derecho punitivo.

Después de las preocupaciones positivistas, se amplió el campo del derecho penal, colocándolo en un plano totalmente diferente del sustentado. En efecto, los partidarios del positivismo hicieron notar que el estudio de esta disciplina no debía centrarse en el ente jurídico delictivo, sino que debía ocuparse, en primer plano, del estudio del hombre delincuente y considerar al delito no únicamente como un frío ente jurídico sino como una producción humana determinada por influencias biológicas y sociales. A consecuencia de esta manera de pensar, el derecho penal dejó paulatinamente de ser una construcción jurídica, para convertirse en una amalgama de conocimientos naturalistas acerca del delincuente.

El positivismo representa en la evolución del derecho penal una reacción violenta contra las concepciones clásicas y, como toda reacción de esta naturaleza, pasó a la historia para dar paso a nuevas corrientes más científicas y, sobre todo, más serenas que tomaron las cosas al punto correcto.



En esa virtud, el derecho que había abierto sus fronteras para comprender en su seno una serie de conocimientos naturalistas que lo hacían menos derecho que ciencia natural se redujo nuevamente. Es en este nuevo punto, que se considera que el derecho penal debe seguir siendo, ante todo, derecho y que, si bien debe ocuparse del delincuente como el delito y la pena debe hacerlo desde un punto de vista estrictamente jurídico, y que el estudio de los elementos naturales que influyen en el delincuente debe quedar confiado a otras ciencias que integran la enciclopedia de ciencias penales o criminológicas.

Por otra parte, el campo del derecho penal se amplía para incluir en su contenido a las medidas de seguridad, no concebidas aún por el derecho penal de los clásicos.

Pero aún cuando el derecho penal quede reducido a los límites de lo estrictamente jurídico debe aún deslindarse su campo, especialmente con relación a dos ciencias cuyo contenido se acerca al derecho procesal penal y el derecho penal y el derecho penal ejecutivo o derecho penitenciario.

1.4. Derecho penal y derecho procesal penal

La ciencia del derecho procesal penal fecunda en principios propios y en nuevos campos de investigación, se asienta hoy sobre bases completamente autónomas y, si bien guarda íntima relación con el derecho penal, del cual constituye la vía de aplicación práctica, también tiene, respecto de él, indiscutible y plena independencia



Las normas de derecho penal son normas sustantivas. Se refieren a la esencia de este derecho, pues delito, pena, medida de seguridad y delincuente son elementos substanciales de la disciplina penal.

La aplicación de estas normas sustantivas, tiene que estar regulada por un procedimiento que condicione la actividad del Estado a través de normas jurídicas de tal manera que su aplicación no sea arbitraria. Estas normas, constituyen el derecho procesal penal y tienen carácter adjetivo y formal respecto a las normas materiales y sustantivas del derecho penal.

1.5. Derecho penal y derecho penal ejecutivo

“La separación del derecho penitenciario del derecho penal, ha sido sostenida insistentemente, tomándosele en consideración como el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y las medidas de seguridad desde el momento en que es ejecutivo el título que le legitima”.⁶

La ejecución penal va quedando cada día más ligada al juez del crimen, debido a que en la actualidad se busca que la justicia penal no termine con la sentencia sino que la vigilancia del funcionario judicial continúe, aún cuando la pena ya se esté cumpliendo, para juzgar por sí mismo los efectos de la sanción.

⁶ Fontán Palestra, Carlos. **Derecho penal**. Pág. 55.



No puede afirmarse aún la existencia plenamente autónoma del derecho penitenciario, pero es evidente que las cuestiones relativas a la ejecución penal requieren cada día mayor atención sobre todo porque en esos asuntos se centra fundamentalmente el éxito o el fracaso de todo sistema penal.

El derecho penitenciario sigue siendo un derecho en formación, pero dentro de algún tiempo englobará en su seno el estudio de los complejos problemas relativos a la ejecución de la pena y de las medidas de seguridad. Podrá entonces, hablarse con propiedad de su autonomía, quizá no tanto porque su naturaleza sustancial difiera del derecho penal, como porque su campo de estudio habrá adquirido tal amplitud, que hará necesaria la preocupación del especialista.

Debe reconocerse la conveniencia de reunir en un cuerpo legal autónomo las disposiciones relativas a la pena o medida de seguridad, para formar un código de ejecución penal.

1.6. Derechos penales particulares

Se discute, la existencia autónoma de una serie de derechos penales particulares, entre los cuales se analizan los siguientes:

- a) **Derecho penal administrativo:** dentro de su órbita se incluye el conjunto de normas o disposiciones que establecen una sanción para los particulares que



incumplan deberes para con la administración pública. Dentro de él, se ha hecho aparecer como un sector importante que para alguno es sino sector del derecho penal propiamente establecido al derecho contravencional.

El derecho penal administrativo tiene de común con el derecho penal estricto sensu la asociación de sanciones a una conducta, pero se reparan radicalmente en cuanto el primero se ocupa de sancionar las acciones que lesionan en alguna forma intereses propiamente administrativos. El derecho penal, protege intereses administrativos y lo hace en el caso de que a la afectación de tales intereses se reúna una alteración del orden público. El mismo, no debe ser derecho penal verdadero y propio en la forma, en la sustancia y en la finalidad misma; debido a que se agrupa en torno a una rama de la administración.

La diferencia entre derecho penal administrativo y derecho penal propiamente establecido, excluye del seno del primero las llamadas contravenciones. Respecto a estas últimas, algunos autores las consideran como parte integrante del derecho administrativo, pero sobre tal tema, no hay acuerdo sino, por el contrario, larga discusión. En realidad, el fondo del problema radica en si deben considerarse a las contravenciones como algunas las llaman atentados como simples intereses administrativos o bien si constituyen verdaderos delitos. El derecho contravencional no es sino una parte del derecho penal administrativo, fuera de la órbita del derecho penal, en sentido estricto; pero si acepta el criterio



opuesto, se tiene que aceptar como consecuencia lógica que el derecho contravencional no es sino una parte integrante del derecho penal criminal.

“El problema es difícil de resolver al punto de lo califica como la desesperación de los juristas y escinde totalmente el campo del derecho penal administrativo del que corresponde al derecho penal propiamente dicho y considera que el delito criminal ataca a los bienes jurídicamente protegidos, en tanto que el delito administrativo no se proyecta en la conciencia y sólo representa una lesión a simples intereses administrativos, declarados administrativamente”.⁷

Ciertamente no conviene atomizar la ciencia jurídica, pero ello no importa y se desconoce la separación de sus diferentes ramas, cuando se asientan sobre fundamentos diferentes y buscan realizar finalidades también distintas.

- b) Derecho penal disciplinario: encuentra su fundamento en la organización jerárquica de la administración pública y tiene por finalidad la tutela de la disciplina que debe existir en los órganos administrativos, para el desenvolvimiento de sus funciones.

Su separación del derecho penal propiamente dicho es aceptada, si bien asocia penas a la producción de determinadas conductas, supone como lo hace notar una relación de dependencia de carácter administrativo, de dependencia

⁷ **Ibid.** Pág.56.



jerárquica; y en cuanto que esas penas no tienen por finalidad ni la prevención ni la represión de la delincuencia, sino la tutela de la disciplina de la función administrativa correspondiente. No deben incluirse dentro de este derecho las medidas de un órgano de Estado.

Dentro del derecho penal disciplinario se incluyen también las medidas de corrección que pueden adoptar determinados órganos del Estado no propiamente administrativos como los tribunales y las cámaras legislativas, con la salvedad, ya hecha, de que esas sanciones vayan encaminadas a sus propios miembros y no a personas extrañas no sometidas a relación jerárquica.

Todo precepto primario del derecho penal, se encuentra expresa o implícitamente contenido en los preceptos de otra norma jurídica.

El derecho penal disciplinario se encuentra por lo regular falto de suficientes garantías para su aplicación, al punto que se afirma que mientras en el derecho penal domina el principio nullum crimen, nula poena sine lege, el derecho disciplinario no está sujeto a tal reserva legal. Sin llegar a tal afirmación, se sostiene que una correcta administración debe establecer la genérica privación de las infracciones y de las sanciones en cuanto a alguna garantía procesal de audiencia al interesado, por simple y sumario que sea el procedimiento y generalmente estos derechos se hacen efectivos por la vía de recursos jerárquicos.



Es pues, indispensable que las infracciones sancionadas por el derecho disciplinario sean definidas con mayor precisión y que sus destinatarios sean dotados de mejores garantías para asegurar su justa aplicación.

- c) Derecho penal fiscal: todo precepto primario del derecho penal se encuentra expresa o implícitamente contenido en los preceptos de otra norma jurídica. Se considera como conjunto de disposiciones que asocian a la lesión de los intereses financieros del Estado una sanción penal determinada.

Que todo precepto primario del derecho penal se encuentra expresa o implícitamente contenido en los preceptos de otra norma jurídica.

1.7. Otros derechos penales particulares

Se habla de un derecho penal económico, de un derecho penal corporativo, de un derecho penal de trabajo, de un derecho penal industrial y de un derecho penal de imprenta, pero es evidente que el radio de acción de tales disciplinas debe quedar dentro del derecho penal común, ya que el mismo hecho de que sus preceptos sancionen la infracción de normas especiales, no es razón suficiente para concederles la autonomía que reclaman, ya que debe recordarse que el derecho penal, por su carácter sancionatorio se preocupa de asociar penas a las conductas que lesionen intereses jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico extra penal.



1.8. Contenido del derecho penal

“El derecho penal de los clásicos descuidó la consideración del delincuente. Preocupados sus propulsores en fundamentar y perfeccionar la teoría del ente jurídico delictivo, como mera infracción legal, olvidaron casi por completo el estudio de la personalidad del delincuente”.⁸

Es necesario que los positivistas hagan notar la necesidad de estudiar la personalidad del hombre que delinque, para que el derecho penal se haga cargo de estos problemas, pero la extrema posición positivista quiso incluir en el derecho penal una serie de estudios sobre el delincuente, de carácter naturalista.

Se admite que el derecho penal debe ocuparse no únicamente del binomio delito-pena, sino también del delincuente, pero se exige que la consideración de este nuevo elemento se haga desde el punto de vista jurídico quedando para las restantes disciplinas penales su consideración desde otros puntos de vista psicológicos, biológicos, sociológicos.

El derecho penal debe ocuparse del estudio de tres elementos: delito, delincuente y pena, desde el punto de vista jurídico y se admite también que deben quedar definitivamente fuera de su campo otras consideraciones naturalistas que deben

⁸ Gutiérrez Paez, Estuardo. **El derecho penal**. Pág. 66.



integrarse al campo de las disciplinas causal explicativas que se ocupan también del estudio del delincuente.

Por otra parte, el derecho penal de hoy ya no se limita a la consideración de la pena como única consecuencia del delito, sino que se preocupa del estudio y aplicación de medidas preventivas y asegurativas.

Las consecuencias del delito tradicionalmente consideradas como civiles van tomando un marcado carácter público ya que con ellas no se busca la satisfacción del interés privado, sino que sirvan como medio de prevención y como procedimiento general para resolver el problema económico social creado por el conjunto de los perjudicados por la delincuencia.

1.9. Derecho penal objetivo y subjetivo

El derecho puede ser considerado desde dos puntos de vista: a) como conjunto de normas que regulan la conducta humana; y b) puede considerársele como facultad derivada de la norma. La consideración del derecho como norma no lo coloca frente al derecho objetivo; siendo la consideración del derecho como facultad la que constituye el derecho subjetivo. Como facultad constituye el derecho subjetivo. Ambos derechos son complementarios, puesto que no pueden concebirse derechos subjetivos o facultades que no estén fundadas en una norma.



Esta misma diferenciación, se ha hecho en el campo del derecho penal en el cual se ha hablado en un derecho penal objetivo y de un derecho penal subjetivo. El primero, esta constituido por el conjunto de normas positivas que constituyen el derecho penal vigente en un Estado y que regulan la potestad punitiva del mismo. El segundo, constituye la facultad reconocida al Estado de establecer y perseguir los delitos y de imponer sanciones a los delincuentes. En el derecho penal, más que en ninguna otra rama jurídica, la facultad está condicionada por la norma y, en esa virtud, la actividad del estado no debe producirse arbitrariamente, sino ajustarse totalmente a lo que señala el derecho objetivo.

De tal manera que el Estado no puede perseguir sino las acciones que la norma objetiva ha delineado como delitos, ni imponer pena a actos destinados de aquellos que encuadren en tales delitos, ni aplicar sanciones diferentes que las que la propia norma objetiva establece.

Tal es el fundamento del principio liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege* que constituye el pilar básico de todo ordenamiento penal democrático y que únicamente ha sido rechazado por los códigos que sirven de instrumento a sistemas totalitarios.

Los sistemas democráticos que aceptan el principio de legalidad deben ajustarse en su función jurisdiccional a las descripciones delictivas contenidas en la norma penal, sin que se pueda juzgar un hecho por analogía, si no encaja perfectamente dentro de tales descripciones.



Debe advertirse que no todos los autores aceptan la distinción ya tradicional, entre derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo. La potestad punitiva del Estado no puede considerarse propiamente como un derecho subjetivo.

Si el derecho subjetivo es la facultad concedida por el derecho objetivo de pretender una cierta conducta de otro, no se puede admitir en el Estado sino la potestad de exigir la sujeción de la pena.

No se puede confundir la facultad agendi del derecho subjetivo privado con la potestad de obrar en materia penal. En la primera, el derecho objetivo otorga el modo de exigir que otro lo haga, incluso en algunos casos la prohíbe expresamente. En la segunda, por el contrario, el derecho objetivo además de conceder la facultad de exigir e imponer también un deber de hacer reuniéndose en el mismo sujeto.

La expresión de derecho subjetivo puede aceptarse por comodidad de exposición pero no como especie exactamente clasificada ni como término técnico, ya que si se encuentra al sujeto al cual pertenece la potestad jurídica y el objeto sobre el cual se ejercita, el otro requisito del derecho subjetivo, es la determinación dada al poder jurídico y no aparece diversalmente caracterizada en la finalidad y en el modo de comparación con los derechos subjetivos comunes, no únicamente cuando estos corresponden a los particulares sino también cuando, aún perteneciendo al Estado, están en la zona en la cual el Estado mismo se somete, aunque sea con algún privilegio, a la disciplina del derecho privado.



“El poder punitivo del Estado se separa de los derechos subjetivos comunes, porque constituye al mismo tiempo un deber jurídico y el poder punitivo del Estado, no es sino un aspecto de su potestad soberana considerada en su actividad de justicia, a la cual denomina derecho de supremacía sobre la persona de otro”.⁹

La distinción entre derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo no puede mantenerse ya que de ella se desprende que al mismo sujeto, el Estado no tiene tal derecho subjetivo antes de establecer las normas de derecho objetivo, pero que después de haberlas dictado no se sabe con que derecho las aplica, ejercita el derecho subjetivo de obrar conforme a ellas y se convierte, entonces en juez y parte.

La acción del Estado frente al delito no es ejercitada sino en virtud de su poder soberano y del saber que tiene que reaccionar contra el delito.

El delito no lesiona el derecho subjetivo de los particulares, sino que es contrario al ordenamiento jurídico y contrario al derecho subjetivo, así como a la obediencia que pertenece al Estado.

El poder punitivo del Estado, no es sino un verdadero derecho subjetivo derivado de la norma objetiva a la cual debe ajustarse para perseguir los delitos e imponer las sanciones.

⁹ Domínguez Estrada, Alfonso. **El delito, delincuente, la pena y la medida de seguridad.** Pág. 78.



De otra manera, si se le concibe como simple manifestación de la potestad soberana del Estado, caemos peligrosamente cerca del reconocimiento de la arbitrariedad, contraria al Derecho.

La potestad punitiva del Estado constituye al mismo tiempo un deber y no es suficiente para desmentir la naturaleza de derecho subjetivo de esa potestad. El sufragio constituye un derecho subjetivo pero al mismo tiempo un deber jurídico y es por decirlo un derecho, que no por eso pierde su carácter de derecho subjetivo.



CAPÍTULO II

2. Historia del delito

Los sucesos en el pretérito del derecho se han establecido con una historiografía calificada, producto de la investigación de especialistas, con base en el estudio progresivo sobre las concepciones del orden jurídico y su influencia cultural, filosófica y sociológica a través del tiempo y de acuerdo a cada organización de los pueblos antiguos.

La filosofía jurídica y, por lo tanto, la del derecho, descansan en el quehacer humano de interpretación y adecuación de la realidad social para el logro de justicia, que se hace cambiar según los intereses de los grupos hegemónicos.

Es la reminiscencia que muestra no sólo el origen, sino también el desenvolvimiento, la consolidación y la rectificación del régimen normativo de las instituciones jurídicas, que no siempre han representado un derecho real que se oponga al derecho legislado en interés particular o de clase, apartándose del conocimiento de las sociedades totales que son los elementos vitales en el respeto a la humanidad.

La historiografía del derecho enseña de qué modo se establecieron las relaciones humanas, cómo se indujo determinada vida, su composición y su arquitectura, muchas veces contradictorias, entre sí y otras en armonía. Es pues, la historiografía y, por ende,



la historia del derecho, la fuente de interpretación y la evidencia del espíritu y naturaleza de las leyes y el ordenamiento jurídico, lo mismo que la influencia que ha tenido a lo largo del ser humano y su vida, desde las concepciones del derecho natural y su pretendida verdad absoluta, hasta el cambio que pudiera determinarse por las circunstancias en el transcurso del tiempo.

2.1. Generalidades

La experiencia acumulada a lo largo de la vida de los pueblos y sus civilizaciones, demuestra el desarrollo de sus instituciones, entre las cuales se encuentran los distintos regímenes jurídicos y las diversas concepciones sobre la realización de la justicia; aparecen muchas veces saturadas de crueldad encaminada a la defensa de intereses estatales, cortesanos o religiosos.

De esta cuenta, la historia se ha estructurado en épocas que abarcan las edades antigua, media, moderna y contemporánea.

2.2. La antigüedad

“Dentro de esta época se ha estudiado el estadio remoto del derecho, caracterizado por la venganza, o sea la satisfacción personal ante agravios cometidos contra el individuo o su familia”.¹⁰

¹⁰ Reynoso Dávila, Roberto. **Teoría general del delito**. Pág. 100.



Esta venganza, ya sea individual, esto es, la practicada de individuo a individuo o la realizada por un grupo familiar contra otro, no puede considerarse como una forma de reacción penal, pues la venganza es puramente personal y la sociedad permanece indiferente a ella. Únicamente, cuando la sociedad se pone de parte del vengador, reconoce la legitimidad de su venganza y le ayuda en caso necesario y lo es cuando puede hablarse de una venganza privada equivalente a la pena.

Estos tipos de venganza fueron sustituidos por la Ley del Tali3n, en que la reivindicaci3n al mal ocasionado se cobraba con el mismo mal, ojo por ojo, diente por diente, y luego se limitaron ambos procedimientos con la composici3n, sobre todo en el derecho germ3nico, en el cual el victimario compensaba al ofendido a las familias con dinero; de esta manera se logr3 que la barbarie concluyera.

Ahora bien, la situaci3n antigua sobre el delito y su forma de reprimirlo, obedeci3 a la falta de autoridad centralizada, o sea que no hab3a propiedad privada ni clases sociales, por lo tanto, tampoco exist3a el Estado, que al crearse, vino a ser un apartado pol3tico que ten3a que ejercer el poder social y la defensa de los intereses de determinado sector, preponderantemente el econ3mico.

Es la escisi3n de las relaciones jur3dicas, o sea el conjunto regulador de conductas con car3cter obligatorio y coactivo y lo considerado leg3timo o ileg3timo de acuerdo a los intereses de surgidas clases dominantes que en la actualidad todav3a se llama derecho, fundamentado en uno de los aparatos ideol3gicos de car3cter oficial.



Dentro de esa etapa del apareamiento estatal y jurídico, se enmarca concretamente la antigüedad para dividir la historia del derecho.

2.3. Asiria

Aún cuando es de mayor importancia su contenido civil, se le reconoce haber distinguido la culpabilidad en lo penal y la práctica de penas, sobre todo en los delitos contra la propiedad, cuyos castigos iban desde el apaleamiento, la mutilación de orejas y nariz, hasta la muerte.

Se aplicó la Ley del Talión y los delitos más castigados fueron: la hechicería, perjurio, adulterio, lesiones, homicidio, robo y robo de niños, traición, aborto y fraude. Los medios de prueba eran igualmente cruentos, en la hechicería, se arrojaba a la víctima a un río, si se ahogaba, el hechizador tomaba posesión de los bienes del hechizado; si sobrevivía, se imponía pena de muerte. En el adulterio, también se ahogaba a los responsables de la infidelidad; pero el marido podía perdonar a la esposa y el Rey al adúltero. En lesiones, el autor era castigado con las mismas heridas que había ocasionado pero si eran accidentales, sólo se le obligaba al pago. El robo aceptó la composición, y si no se tenía medios para satisfacerla había pena de muerte, para lo cual el hechor tenía que cavar su propia tumba. El vandalismo con ocasión de incendio se penaba arrojando al mismo fuego a los ladrones y si el robo era religioso o de casa de gente económicamente poderosa, el castigo era la privación de la vida. Para quien



fracasaba en una operación quirúrgica, se le mutilaban ambas manos. La mujer religiosa que entrara a una taberna era ejecutada en una hoguera.

2.4. Hebreos

“Los israelitas inician su régimen jurídico sistematizado a partir de la etapa mosaica y las tablas de decálogo. Su normativo legal y moral fue inspirado en el deuteronomio o Código Deuteronómico extendido a todas las tribus que lo aplicaron desde el siglo IV antes de la era cristiana”.¹¹

Se siguió la Ley del Talión, según la sentencia de ojo por ojo y diente por diente, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.

Sin embargo, en lesiones ocasionadas por el amo de sus esclavos no había pena, ya que la decisión oficial era liberar al esclavo o esclava.

La persecución estaba a cargo del Estado, aunque también por los ofendidos, caso en el cual la solución era la composición.

Sin embargo, la persecución no podía efectuarse si el delincuente buscaba refugio en ciudad distinta. Hubo falso testimonio, cuya sanción quedaba al deseo de la víctima.

¹¹ **Ibid.** Pág. 45.



En delitos contra la propiedad aceptaban la composición, pero con la condición de resarcir mayor cantidad de lo robado. Si se cometía el hecho durante la noche y el hechor era sorprendido en flagrante, se autorizaba al agraviado a matarlo.

Especial atención hubo para la falta de respeto que los hijos debían a sus padres, pues si un hijo observaba mala conducta o llevaba una vida licenciosa, los padres lo podían llevar ante los ancianos, que lo condenaban. La deshonra de sacerdote por una de sus hijas la llevaba a la hoguera.

La concepción religiosa de los hebreos, sustentada en el monoteísmo sancionaba al falso profeta con la muerte y cualquiera podía matarlo cubierto de piedras, por cuanto intentó apartarse del culto.

La prisión no existía y solamente se aplicaba mientras se dictaba sentencia. Los lugares de reducción eran las excavaciones que se construían para el efecto, se utilizaban lazos o sogas para bajar o subir a los reclusos. En general, como en otras regiones, los castigos fueron de muerte en la hoguera.

2.5. Egipcios

Muchos de los ilícitos estimados en la época de los faraones, han pasado a la legislación actual, por ejemplo, la sedición, cuya persecución se afectaba por el estado y se ventilaba en el llamado tribunal de los treinta.



Había también delitos cometidos por funcionarios públicos que juzgaba el faraón, prescindiendo de juez competente. La falsificación era otro delito referido a documentos, castigado por el talión con mutilación de la mano del falsario.

El adulterio, con amputación de la nariz para la mujer; pero si se efectuaba con violencia contra la mujer, la sanción era la falotomía o castración.

El Talión, también se aplicaba en casos de homicidio, lo mismo que en lesiones corporales; la traición se castigaba cercenando la lengua del considerado responsable. Hubo también sanciones pecuniarias y penas de prisión, cuyas primeras leyes se recopilaron en los libros sagrados.

Su contenido era religioso y giraba en torno al dios Brahma. Se considera actualmente de interés extraordinario, ya que no reconocía la Ley del Talión. Tanto que, siendo el Rey representante de Brahma, se le condenaba por la opinión pública y se cometían injusticias en sus sanciones.

“A pesar de ser condenado por algunos autores como el cuerpo legal más perfecto del mundo oriental antiguo, contiene un profundo desprecio hacia la mujer. Se encaminó a la calificación de delitos gravísimos cuando había infracción a sus creencias, indicándose que la pena purificaba a los seres”.¹²

¹² Soler. **Ob.Cit.** Pág. 90.



2.6. China

Saturados de religión y de lo sagrado, los chinos también se cometieron, más que a un régimen jurídico sistematizado, a la condición moral individual y colectiva bajo las creencias del Lao Tse y el budismo, secundados posteriormente por confucio, en el respecto a las tradiciones. No obstante, hubo un cuerpo legal poco o nada estudiado que se llamó Libro de las Cinco Penas, inspirado en la Ley del Talión y de influencia brahamán.

2.7. Grecia

Los historiadores coinciden en que el derecho griego representa el paso final del derecho oriental antiguo al mundo jurídico occidental. En la transición hacia principios políticos, el castigo de origen religioso pasó a ser moral y cívico para el ordenamiento estatal, en vez de la creencia divina.

En el período, sin embargo, debe tomarse en cuenta la diversidad jurídica de los distintos pueblos o Estados griegos, como el de Atenas, con su justicia basada absolutamente en lo oficial y la sistematización de los delitos con severas penas, producto del más sobresaliente legislador de la época, como lo fue Dracón, hacia finales el siglo VII a C. También, ha de estimarse el derecho de Esparta, en sublimación de la defensa militar, castigando la cobardía de los soldados. También, debe mencionarse el régimen y sus sanciones de inspiración simbólica.



Según la historia, las primeras leyes escritas fueron atenienses y el castigo más grave fue para los delitos contra la comunidad, en tanto que los inferidos al individuo en particular eran más benignos, dato que se considera como característica del derecho penal griego.

En resumen, la facultad de punir se atribuyó al Estado y no en venganza de los particulares. Se traslada el delito contra las personas como tales y no hacia los dioses; las penas fueron de intimidación o temor por lo hecho y no de expiación o castigo.

2.8. Roma y el derecho germánico

El estudio del derecho Romano con el germánico, en forma conjunta, se debe a la relación entre la inspiración del régimen germánico anterior y el posterior a la ocupación por el imperio.

De manera que, partiendo del derecho romano en la consolidación del principio político iniciado en Grecia, se apartan las creencias religiosas de lo jurídico, no obstante que en los inicios hubo práctica de la venganza y castigo por mandato divino.

“Como consecuencia de la participación oficial, los romanos diferenciaron el orden jurídico público y el orden jurídico privado. Sin embargo, quedaron vestigios en cuanto a castigar en forma absoluta”.¹³

¹³ **Ibid.** Pág. 88.



el pater familias, simultáneamente con el poder soberano del Rey o el Magistrado.

Con la precisión del delito mediante una acción humana considerada lesiva para los demás, reestablecieron tipos criminales y su respectivo castigo, además se contempla el dolo que el juez debía tomar en cuenta para sus fallos, penándose de igual manera la tentativa y la complicidad como responsabilidad en condición de autoría.

Con el advenimiento del imperio se estanca la ley penal, pero se da inicio a un cambio que diferencia los delitos privados y los públicos, entre los que estaban el estelionato, la estafa y el rapto; asimismo, surgieron los delitos religiosos, como la herejía y la blasfemia, todos con penas crueles, en defensa de la conservación del Estado.

En su primera etapa, los germanos se regularon por la costumbre, de modo que no hubo ley escrita ni punición en análisis de cada caso, sino que se atendía únicamente a sus resultados, de ahí que las tribus se encargasen de jugar bajo el requisito de conservar la paz, cuya violación se consideraba privada si se cometía en ofensa de personas en particular, y pública si atentaba contra la comunidad, caso en el cual al infractor lo podía matar cualquier persona.

Después de la ocupación, se pasó a la costumbre legislada; ésta consistía en la preservación de la paz como valor jurídico que se fue transformando en paz territorial. Se delimitó el reino geográficamente, introduciéndose la intencionalidad en los hechos



delictivos, se proscribieron los procedimientos de venganza privada, mientras que se abolieron las ordalías como métodos de probanza.

2.9. Los mayas

En la época anterior a la invasión española en tierras de Guatemala, existieron regímenes de solidaridad comunal, en la que cada habitante era fiel cumplidor de sus obligaciones, de respeto a la vida normal, a la palabra empeñada; los delitos de orden público y privado eran infrecuentes, mientras que a los jueces prevaricadores se les mandaba a ahorcar.

Las decisiones se tomaban en lugares que se llamaron de sentencia y los jueces conocían de las quejas cada diez días, auxiliados por un artista que pintaba lo acontecido en el juicio. No obstante, en casos graves, las resoluciones se proclamaban en no menos de ochenta días.

La autoridad suprema era el Ah Pop, con jurisdicción plena y sede en la casa del juzgado. Los actos de agravio, no podían resolverse con la venganza privada. Se utilizó la composición y el castigo, que generalmente consistía en reparar las ofensas o el daño causado. La composición fue usual en delitos contra la propiedad, como el hurto, en el que el ladrón debía restituir el equivalente de lo apropiado y si no lo hacía era reducido a la esclavitud.



Los homicidios o asesinatos se castigaban con el ahorcamiento. El adúltero era lapidado, lo mismo que se condenaba a muerte al hechicero practicante de la magia negra.

Quien difamaba a su prójimo sufría la cercenación de los labios y de las orejas. Al proxeneta se le quemaba el pelo en público. Las bebidas embriagantes sólo se permitían en las bodas; fuera de ellas había pena de muerte, sobre todo si la embriaguez la presentaban los jóvenes o las mujeres.

La pederastia se castigaba también con la pena de muerte. Los prisioneros de guerra eran sometidos a la esclavitud. En casos de necesidad, los propios grupos humanos libres se vencían como esclavos y hasta había padres que vendían a sus hijos por no poder mantenerlos, aunque una vez solventada la crisis se les devolvía la libertad como personas.

2.10. Edad Media

Los antecedentes remotos del derecho medieval se asientan en la distribución proclamada por San Agustín que, tomando criterios anteriores de los filósofos griegos, consideraron que hay un derecho natural y un derecho positivo, de manera que el derecho natural, era el absoluto rector de la naturaleza humana, por lo que debía obedecerse, para llegar a la plenitud de la Ciudad de Dios. Es el inicio de la corriente que históricamente se conoce como Patrística.



Santo Tomás de Aquino representa el apogeo de la escolástica y expone un ley natural eterna; pero admite la ley positiva que no sólo era producto humano sino también divino; ante la reforma y el surgimiento del protestantismo, aparece la Escuela Racionalista del Derecho Natural y la separación del régimen legal con las orientaciones teológicas.

Pero el medievo, se caracterizó por los tribunales que se llamaron de la inquisición creados para juzgar delitos que, según se efectuaban los juicios, lesionaban la libertad de conciencia y con el index la libertad de expresión, ya que se castigaba severamente la apostasía, la herejía o magia, todo, a cargo del Santo Oficio. Los procedimientos de investigación eran crueles, consiguiéndose confesiones con el martirio a los considerados delincuentes.

No obstante que los inquisidores fueron sacerdotes católicos, entrada la Edad Media la Iglesia aplicó sus doctrinas legislando lo que se conoce como derecho canónico, con base en enseñanzas de caridad, fraternidad y redención, de manera que va abandonando y disminuyendo sus crueles procedimientos, aplicando treguas que, según la creencia, eran divinas.

Comenzó a reconocer el derecho de asilo, refugio otorgado por las iglesias para salvación física de los delincuentes, evitando así, la venganza privada o la persecución estatal; incluso la Iglesia sufragaba el pago a las víctimas, en caso de que el infractor no pudiera hacerlo. Se tomó la pena como una redención, por el arrepentimiento que hacía reflexionar y lograr que el sujeto del delito se volviera bueno.



El delito contra la fe católica siguió siendo juzgado por la Iglesia y se creó el tribunal secular y el delito mixto si se ofendía tanto al catolicismo como al orden social civil.

2.11. Edad moderna

“Según los historiadores, la etapa moderna se inicia con el descubrimiento de nuevas tierras, como lo fue el hallazgo del Continente llamado posteriormente América aun cuando navegantes habían llegado a lugares de ese continente”.¹⁴

Se adjudica a esta época un ingrediente que se hizo común, o sea que era el Estado el que debía perseguir las violaciones a la ley; nació así la acción pública o ex officio, además de jueces específicos y permanentes; pero continuó la secretividad ineludible del proceso.

2.12. Edad contemporánea

Factores importantes de esta etapa fueron el Iluminismo y el Enciclopedismo, que iniciaron el período doctrinario y el movimiento de reforma en el derecho penal de carácter humanitario. El Iluminismo, alimentado por las teorías científicas anteriores, indujo al pensamiento propio y a una moral fundamentada en la igualdad, en oposición al Estado, sobre todo al monárquico.

¹⁴ Silva Silva, Jorge Alberto. **Derecho procesal penal**. Pág. 34.



Los enciclopedistas pugnaron por la autonomía judicial, la igualdad y la abolición de un régimen de castigos inexorables, de modo que se dio gran auge al contenido analítico del derecho penal y se lograron reivindicadoras enmiendas.

Se empieza, así, al abatimiento de aquellos delitos contra la majestad del Estado y contra la dogmática de infalibilidad de la iglesia. Varias monarquías atenúan el mal trato a los criminales, suprimiendo el sacrificio o la pena de muerte.

La reforma tuvo como consecuencia la sistematización del cuerpo de leyes, dando lugar a la codificación y, por consiguiente, al derecho penal con el inventario de delitos; una pretendida igualdad ante la ley; racionalización de las penas; preocupación por el régimen carcelario con respecto y se omite la forma inquisitiva del proceso.

Estas innovaciones caracterizan a la Revolución Francesa, aunque persistió la pena de muerte con la decapitación en la guillotina, principalmente aplicada a la derrocada aristocracia.

“A pesar de las bondades de la reforma, el delito fue cada vez menos preventivo y controlado, por lo que el problema delincuencial tuvo que ser objeto de mayor cuidado en el período histórico de la Escuela Clásica. Dicho período, se desarrolló en la segunda mitad del siglo XIX, en él se analizaba la personalidad del delincuente, los



elementos endógenos que podían determinar el crimen y se consideraba la pena como defensa de la sociedad”.¹⁵

2.13. Corrientes penales

Con pretensiones de precisión, se debe hacer un recorrido histórico de las etapas que han estudiado las conductas consideradas nocivas hacia la persona, la sociedad o el Estado.

Fueron estudios que fijaron la actividad oficial para reprimir y catalogar delitos, tratando de solucionar también otros problemas penales, como la ley, la pena y el tratamiento penitenciario.

Son las Escuelas del derecho penal que, en fechas más recientes, imprimieron ciencia y técnica en sus planteamientos, distinguiéndose de la manera siguiente: clásica; correccionalista; positivista; crítica y sociológica.

2.14. Escuela Clásica

Significó la escuela clásica un verdadero rechazo hacia los abusos anteriores, principalmente contra la venganza privada sólo era individual si se extendía a la rivalidad entre familias y hasta de comunidades.

¹⁵ **Ibid.** Pág. 27.



Se conocieron dos corrientes en esta Escuela; la primera con una tendencia filosófica y técnica, y la segunda caracterizada por lo jurídico y práctico, bajo la doctrina que conformó orgánicamente los conceptos jurídicos y de manera depurada pugna por la racionalidad entre delito y pena, elimina sanciones y procedimientos basados en la crueldad; el delito debe ser declarado por la ley y establece como ente jurídico la transgresión a la ley del Estado.

La responsabilidad para esta escuela, debe derivarse del libre albedrío o sea que esa responsabilidad sólo puede deducirse por la libertad personal de actuar y la culpabilidad por la moral del infractor.

No puede haber pena ni reclamo, sino cuando se comete un delito consciente y voluntariamente, en virtud del libre albedrío personal.

Aunque el principio de libre albedrío no fue aceptado totalmente, la pena si se tomó como una tutela jurídica; pero dio lugar a distintos criterios, contenidos en las teorías absolutorias, relativas y mixtas.

Para las corrientes absolutorias o absolutas, la sanción es la consolidación de la justicia categórica, no hay en ella una razón social, pues se debe pagar el mal por otro mal, por ello también se conoce la adquisición del principio retribucionista, que dividió los delitos en religiosos, morales, estéticos o puramente jurídicos, divinos, vengativos, expiatorios, etc.



Las doctrinas relativas ya no toman la pena como finalidad de la justicia, sino como un medio para realizarla, porque el delito rompe el llamado contrato social y, por lo tanto, su sanción le da seguridad a ese pacto. Por otra parte, se cumple con medidas de precaución, intimidación, coacción síquica y enmienda en sentido correccional.

Las proposiciones mixtas, reuniendo los criterios absolutos y relativos, hicieron aparecer el eclecticismo, en donde el delito se castiga como una defensa a la sociedad, con arreglo a la ley, cuyo sustento es la justicia, que descansa en la opinión pública.

El delito trae como consecuencia la sanción; pero fundamentada en la moral humana, aunque sujeta al conglomerado, recogido por normas que deben obedecerse para resguardo del orden social.

2.15. Edad contemporánea

Considerada como una corriente apasionante y de gran trascendencia en el estudio del derecho penal. Los principios positivistas descansan en que hay un delito un incumplimiento al deber social; no obra en él el libre albedrío, y la peligrosidad es producto antisocial, no sólo del delincuente, sino también del propio hecho efectuado.

Por otra parte, para esta escuela el delito es una manifestación natural y social no un ente jurídico, como lo tomaron los clásicos, ya que en esa clase de atentados su fundamento está determinado por las condiciones biológicas, físicas y sociales.



La escuela positiva aplica el análisis del delincuente como medio casi único, estableciendo rasgos de su personalidad, toma en cuenta su moral, a manera de que se utilice la experiencia mediante el método, precisamente, experimental, cambiando lo especulativo que caracterizó a los criterios de los clásicos.

Del mismo modo, cambia la corriente ecléctica de que la pena es un daño que debe sufrir el delincuente, pues la pena es un medio de defensa del organismo social, y de ahí el amparo a la comunidad determinada por la clase de delincuente. Se habla entonces de delincuentes natos y delincuentes habituales, a los que debe eliminarse, en tanto que a los delincuentes ocasionales o pasionales se les debe aplicar la represión con fines reparadores.

La posición de esta corriente fue calificada de positivismo crítico y descansó en que los fines que deben perseguirse con la penas significan una medida de justicia, atenuando el castigo, sin estar de acuerdo con que el delito sea producto de la libertad del infractor; aunque admite que hay libre albedrío, lo mismo que analiza la personalidad del delincuente; pero rechaza la utilización de la sociología criminal.

Dentro de la escuela del positivismo crítico que defiende y fundamenta el ius puniendi por medio del cual la pena tiene categoría social, pues es advertencia y prevención general y una pena específica al autor del daño, procurando abatir las tendencias delictivas para que la sanción sea una especie de recompensa al perjudicado y el hecho no quede impune.



Esta escuela se sustentó en el contenido sistemático del derecho positivo o vigente, sin ninguna clase de apreciaciones filosóficas sociales o morales, dando al derecho penal y a sus disposiciones una independencia categórica.

Otra orientación técnica respecto al delito, es la capacidad anímica del hechor como un acto de su espíritu, que es lo que determina su culpabilidad, y bien es cierto que debe existir la pena material en su sentido educativo y de corrección, no hay que omitir que el respeto al derecho se consigue en la conciencia humana. Estos criterios inspiraron la escuela llamada idealismo actualista.

En una etapa más reciente, aparece otra tendencia pragmática, para la que el delincuente debe ser sujeto de experimentación, porque el delito sólo se efectúa por el ser humano, al que debe readaptarse a la sociedad actual y a la del futuro, en aras de la moral.

Estas propuestas a partir de la técnica jurídica, se han incluido en la clasificación de las orientaciones novísimas, antecediendo al derecho penal autoritario, propio de los regímenes dictatoriales o totalitarios, tutelando exaltadamente al organismo estatal y el indignante culto a la personalidad, centrada en el jefe de Gobierno y de prácticas en persecución de sus enemigos políticos.

En los inicios del siglo recién pasado, trascendió un lineamiento sobre la naturaleza del delito, sin abandonar sus ya reconocidos elementos, sembró muchas inquietudes en el



mundo jurídico que se llamó teoría finalista, doctrina que describe el delito fuera de las concepciones tradicionales, adjudicándole características de contenido distinto.

Sobre la acción, la teoría finalista dice que no se trata de un producto causal, puesto que es diferente a los hechos de la naturaleza; la acción es producida por el ser humano como medio para conseguir una finalidad, que es la esencia de la acción.

En planos jurídicos, considera que el tipo penal no es solamente descripción objetiva de la causa, sino que también tiene un elemento subjetivo que es la finalidad; esto constituye el dolo.

“La teoría finalista establece dos manifestaciones de la conducta humana; esta se concreta, en primer lugar, por la actividad del delincuente y, en segundo lugar, por la omisión, que es la negación de la acción; por tanto, en la omisión no hay causa ni tampoco finalidad que es lo que supone la causa”.¹⁶

2.16. Siglo XXI

El derecho autoritario fue práctica constante durante el siglo pasado; pero luego fue atenuándose, dando lugar a concepciones garantistas y humanitarias para concretar un derecho penal de resguardo social y con disposiciones de prevención del delito.

¹⁶ Santos. **Ob.Cit.** Pág. 78.



Cada escuela, ha tenido méritos. Se trató de examinar el delito en concurrencia de otras disciplinas, pues las acciones dañosas son producto de la conducta humana; aproximadamente después de la segunda conflagración mundial del siglo XX, la preocupación sobre el crimen se fue asentando en el estudio de la persona del infractor; la pena se concibe en términos de resocialización, no como castigo, represión o escarmiento; hay medidas de seguridad todavía ineficaces en algunos países; se practica la defensa garantizada por ordenamientos jurídicos; hay respecto a la personalidad del delincuente de modo que la incriminación al individuo tenga seguridad de proceso justo y se estime su inocencia; que cuente con juez natural y su detención sea legal, que se aplique la ley más favorable.

En la ejecución de penas de prisión, se han suscrito convenios para que delitos cometidos en el extranjero, cumplan la sanción en su país de origen, a donde son trasladados.

Sin embargo, lo que todavía no se ha resuelto totalmente son las causas de carácter exógeno que impelen al delito, abundante por la falta de satisfactores en las necesidades sociales y en el entorno del individuo.

El delito es un fenómeno social, pero también ambiental y está determinado por la prevalencia de sistemas económicos impuestos para favorecer el refuerzo de las fuerzas agresivas y por lo tanto de fuerzas impelentes.



El delito, debe considerarse como resultado de una gama de elementos que modelan la personalidad del ser humano.

Este resultado, lleva a la actuación delictiva directa o a la omisión de un deber, resultando de ello un agravio punible, de manera que es imprescindible el estudio de los factores criminógenos, aún no satisfecho.

Las leyes sociales supeditan a las leyes biológicas y por eso, en la actualidad, el delito se estima en función de una conducta que se revela contra la realidad social adversa. Por ello sin olvidar la prevención, en vez de represión, se advierte que las políticas económicas sólo favorecen a pocos, lo que significa que se cultiva en terreno fértil.

La prevención del delito debe descansar en las garantías y derechos que eliminen o imposibiliten los abusos oficiales, no sólo contra las personas sino también evitando y castigando la corrupción de gobernantes, jueces y demás autoridades; situaciones estas que son endémicas en Guatemala y que quedan impunes, causando mayores daños sociales.

Los principios que se están adoptando en la política criminal son la descriminalización, omitiendo disposiciones que califican de patológicas a quienes infringen la ley, aún levemente, designándolos peligrosos, sobre todo a los que carecen de medios para vivir por estar en la pobreza.



De ahí que la ley deba fundarse en una dogmática jurídica penal en aplicación de teorías modernas sobre el delito. Por otra parte, está la desjudicialización que sirve para dirimir casos sin la participación judicial, muchas veces desconfiable.

Ha habido preocupación en la formación de abogados en una eficaz exégesis, evitando la educación mecánica por la petición de textos legales sin ningún análisis.

Se procura aplicar el menor daño posible en el juzgamiento de personas y se trata de esclarecer que el delito es una acción del ser humano, en el que se conjugan factores subjetivos y objetivos.

Paulatinamente se está aboliendo la pena de muerte, mediante extremos que contradicen declaraciones nacionales e internacionales que protegen la vida como valor fundamental del ser humano.

Se pretende que la prisión sea una última medida de coerción, sin provocar otros males físicos y psicológicos del reducido a ella. Hay aplicación más extensiva de las medidas de seguridad, de la suspensión y remisión de la pena y el perdón judicial, según las circunstancias de cada caso.



CAPÍTULO III

3. La culpabilidad y falta de protección de bienes jurídicos

Los estudios sobre el delito han asentado que se compone de dos grados, clases o niveles que determinan la culpabilidad que son el dolo y la culpa, aunque ha surgido una triple fragmentación consistente en incluir la prevención sin voluntad, corriente que ha sido mayoritariamente rechazada quedando únicamente el dolo y la culpa. Las características para el dolo son, la voluntad o ánimo de concretar un daño, y falta de previsión para la culpa.

No obstante, el grado de culpabilidad significa aspectos mayores en el dolo, tomado psicológica y jurídicamente, pues representa la actitud más subjetiva del daño. La culpa, por el contrario, se califica de menores consecuencias en cuanto a su tratamiento penal, y hasta se ha propuesto que deje de ser punible.

3.1. Dolo

“Varias acepciones se han dado al término dolo, teniéndose como falsedad, disimulo de la verdad, artificio, astucia o maquinación, atribuyéndole, en todo caso, voluntad viciada o actitud psicológica o criterios que han pretendido ofrecer una definición clara del dolo en materia penal.”¹⁷

¹⁷ De León Velasco, Héctor y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 111.



En tal sentido, son varias las posiciones formuladas, iniciándose con la teoría considerada clásica y que asegura que dolo es la disposición de lograr un resultado, o sea la voluntad dirigida a la comisión de un acto ilícito.

En efecto la corriente fue atacada, en vista de que la voluntad de hacer daño puede tener como resultado algo no deseado, algo que no se quería realizar.

A finales del siglo XIX aparece la segunda teoría o fase, que descarta la voluntad como ingrediente único del dolo, pues es lo deseado por el determinado; el dolo por el contrario, sería eventual, cuyo concepto se venía desarrollando. En consecuencia, nace la teoría de la representación para afirmar que el dolo es la representación del resultado en el agente que realiza un acto delictivo.

La escuela positiva, señala una tercera teoría que comprende voluntad, intención y fin, y el fin, precisamente, es el que significa mayor relevancia, equiparándolo a móvil o impulso.

El fundamento, radica únicamente en que habrá acción dolosa si hay móvil ilícito como característica del dolo.

La teoría fue criticada por su rigorismo y a rechaza al advertir que el móvil o fin, no es el elemento absoluto y único y, por supuesto, solo habrá de servir para el grado de sanción que se aplique, de ahí que surgiera la individualización de la pena.



Por último, esta teoría reúne voluntad y representación para que los motivos se tomen en la aplicación de la sanción, analizando y calificando esos motivos, por lo que se ha propuesto la definición del dolo, que dice: es la producción de un resultado típico y antijurídico con conocimiento y representación del mismo que se quiere ratificar.

3.2. Composición

La más reciente teoría sobre el dolo apunta a su construcción, acumulando voluntad y representación, puesto que la voluntad es un acto del ser humano y la representación determina el resultado del acto, resultado, que es un querer elaborado en el pensamiento o proceso mental del autor, con lo cual la composición del dolo se sitúa en lo volitivo o representación y en el desear o querer.

El desenvolvimiento del querer o desear ha sido llamado como elemento intelectual, que a su vez, se relaciona con el conocimiento de hecho y el conocimiento de su significación.

Pero, ese conocimiento de la significación del acto ha sido interpretado de diferente manera, pues varios autores consideran que el agente tiene conciencia de la ilegalidad en que incurre. Otros afirman que se debe tener conciencia del hecho, no en cuanto a la ilegalidad, sino en relación a la ética. Una tercera postura, cambia el conocimiento por la posibilidad del conocimiento antijurídico. Para otros penalistas no hay conciencia en el acto, aunque sí se incurre dolosamente sin necesidad de lo consiente. Una última



teoría, asegura que es imprescindible la conciencia de lo antijurídico, en el sentido de que se está en contra de la totalidad del orden jurídico, en donde los actos contrarios al orden jurídico no suponen que el acto conozca lo que está tipificado como delito, ni cuál pena le corresponde, pues basta que su conciencia le advierta que el comportamiento de daño está prohibido por el orden jurídico.

Respecto a lo emocional o volitivo, es indispensable para los estudiosos del derecho penal, que el conocimiento se acompañe de la parte emocional del agente, o sea el dolo directo.

Otra posición, es la de calificar de dolosa la creación por la cual el resultado sólo se representa como posible, pero con conocimiento de esa posibilidad por parte del hechor, de manera que, aunque esa eventualidad dependa de su voluntad, sí la considera probable, es decir que mientras en la voluntad los resultados son necesarios, en el caso de lo eventual sólo es probabilidad, configurando el dolo eventual.

Las teorías anteriores han sido motivo de objeción, sin excluir la voluntad:

- a) Se debe considerar deseado el resultado, si el sujeto ha consentido el mismo
- b) Se considera querido el resultado, si el agente lo estimó como probable de realización. El agente persigue un resultado concreto, o prevé resultados colaterales o posibles, y siempre habrá dolo, calificado según las circunstancias.



Si falta uno de los componentes del tipo y su conocimiento, no hay dolo, y aunque el conocimiento debe estar presente al producirse el acto ilegal, no hay que olvidar que ese consentimiento no es coetáneo al hecho, puesto que, conocida la ilegalidad, ésta toma camino diferente en cuanto al contenido de la norma, de donde el actor debe saber cuáles son los componentes de la tipicidad del acto y, de acuerdo a un mayor o menor o menor grado de entendimiento y comprensión, se puede deducir la actitud dolosa para que se aplique la pena en forma específica, se agrave o se atenúe.

3.3. Excepciones del dolo

“Como en casi todos los estudios sobre las instituciones penales, la exclusión del dolo es un tema del que no se llega a una solución definitiva o, por lo menos, a su condición unificadora, no obstante que se acepta que el dolo se estructura con la voluntad y con el proceso intelectual que es el conocimiento y la significación del acto”.¹⁸

Diversos planteamientos, han dado lugar a la discusión de los excluyentes del dolo, aceptados si hay error o ignorancia, rescatados inicialmente por la postura aristotélica de que hay ignorancia de negociación e ignorancia de disposición, habiéndose cambiado tal criterio, al decir que la ignorancia es ausencia de conocimiento y el error es conocimiento equivocado.

¹⁸ Pansini. **Tendencias actuales del derecho penal**. Pág. 86.



Sin embargo, se hace surgir la teoría de la unificación para que el error y la ignorancia se tomen conjuntamente al deducirse las consecuencias jurídicas, ya que en ambos casos no hay voluntad para la consecución del hecho.

3.4. Error de hecho

La doctrina penal, ha considerado elementos que constituyen el acto mediante circunstancias que el autor debe o no representarse para poder encuadrar en el tipo, de lo cual se ha deducido que hay que distinguir el error esencial y el error no esencial, de modo que cuando el agente se representa lo que precisa para el hecho y le es necesario, se está ante el dolo en condición de error esencial.

Al contrario, el error no esencial se produce si esas circunstancias no estuvieron representadas, por lo que deja de configurar el dolo.

Se ha dicho, entonces, que puede haber conocimiento de las circunstancias para consumir el hecho, lo que ha dado lugar a otras clases de error como son: error vencible y error invencible.

Es vencible, el error cuando se han previsto las circunstancias, de modo que el actor ha tenido una representación. La diferencia está, pues, en lo previsible o vencible, y en lo imprevisible o invencible.



Pero, la manera en que debe establecerse la previsibilidad o la imprevisibilidad, ha sido motivo de diversos criterios.

Así, por ejemplo, clásicamente existe la teoría de que la fijación radica en lo objetivo, en el carácter o calidad del acto, pues si su consumación es más fácil también es más previsible; si no lo es, será más imprevisible.

Por otro lado, el enfoque de la previsión o de la imprecisión se ha tomado desde el punto de vista subjetivo, en el que debe analizarse el estado anímico del sujeto infractor, pues no tener un grado normal le impide discernir.

Deben tomarse en cuenta las dos situaciones y apreciarse conjuntamente las condiciones objetivas y las subjetivas; por supuesto, para determinar lo subjetivo ha de rendirse el expertaje psicológico sobre la personalidad del agente, y para las características objetivas es necesario que la investigación sea minuciosa y fiel.

En resumen, el error de hecho resulta de un conocimiento defectuoso o incompleto, en relación a las incidencias que podrían rodear el acto realizado.

Es importante ese análisis en conjunto, puesto que del resultado equivocado puede tipificarse la causa de la inculpabilidad, como el miedo invencible; dada una situación de inseguridad por la proliferación de la delincuencia.



3.5. Error de derecho

Este error descansa en la ignorancia de la ley, que se promulga por algunos cuerpos legislativos, diciendo que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento.

Aún cuando el precepto se aplica en varios países, ha tenido adversidades doctrinarias y hay posiciones que sustentan que en algunos casos concurre el error de hecho con el de derecho y que debe tomarse como un mismo error deducido de las circunstancias en que se produjo el acto, pues si la ignorancia es admitida como no imputable al sujeto, hay exclusión del dolo, y si hay ignorancia por negligencia, se atenúa la pena o se califica de hecho culposo, ya varios Códigos registran como atenuante la ignorancia, en el sentido de falta de ilustración, según sea el delito y la forma de ejecutarlo. Modernamente, se equiparan la ignorancia y el error de hecho y de derecho para los efectos de la responsabilidad.

3.6. Error en la persona o en el objeto

Los estudios jurídicos, en general, no han sido de la semántica, tomada como el significado de las palabras, de manera que la aberración, equivalente de error, se reproduce como aberratio.

Aberratio causante, es lo que lleva a una causa distinta del modo empleado por el agente para acaecer el hecho.



La otra clase de error es el accidental, llamado aberrario ectus, o error en la persona o en el golpe, de manera que la acción destinada a otro recae en persona distinta.

En ambos casos, el error lleva implícito el dolo, y siempre hay responsabilidad en el autor, pues aunque la acción recaiga en persona distinta o se haya deseado cometer otro hecho igualmente punible, el resultado es de culpabilidad.

3.7. Clases de dolo

“Mucho se ha abundado en los criterios sobre la clasificación del dolo, incluyendo casos que actualmente no son significativos y hasta se consideran equivocados, aunque las opiniones descansan en la tradición. Sin embargo, las más acentuadas toman en cuenta el contenido, la intensidad y la extensión, para esclarecer las clases de dolo o sus especies. ”¹⁹

Así, hay dolo genérico si en cualquier hecho se produce resultado ilícito. Será específico, cuando se refiere a determinado delito. Hay dolo directo, si el efecto obtenido coincide con la intención y por ello también se conoce como dolo intencional. Habrá dolo indirecto si el delito es preterintencional, pues la voluntad va dirigida a producir mayor gravedad que la que resulta y que, incluso, se registra como circunstancia atenuante.

¹⁹ Soler. **Ob.Cit.** Pág. 65.



La calificación de indirecto en el dolo ha provocado discusión y la expresión es contradictoria, puesto que la voluntad va dirigida a cometer un delito y es absurdo asegurar que haya dolo no dirigido a ese delito, opinión que descarta la preterintencionalidad como dolo indirecto, ya que se trata de dolo directo, y aunque el resultado sea diferente, siempre hay voluntad de causar daño. La intención criminal no específica es intención criminal, no se acepta, unánimemente, que haya dolo indirecto.

También hay dolo terminado, que consiste en conseguir lo que se propuso el hechor: un solo resultado, contrario al dolo indeterminado, que tiene por objeto varias consecuencias, de tal manera que el dolo se deduce en sus plurales resultado. Opuestamente, el dolo será eventual si hay dos o más resultados como probables, siendo uno el principal y los otros contingentes; pero previstos.

Otras clasificaciones son dolo de daño caracterizado por el efectivo daño que se propone, y el dolo de peligro, como el contagio de enfermedades, tal la sífilis, cuando el autor considera que podría haber contagio. Si embargo, esta clase de dolo linda con la culpa; pero si se efectúa el resultado, se toma como dolo de daño con dolo de peligro.

Hay también dolo inicial y dolo subsiguiente; siendo inicial, el que se presenta al principio del iter criminis, o sea la planificación del hecho. El subsiguiente conocido también como sobrevenido, se presenta si el agente se encuentra en situación normal; pero luego lo atrae el querer cometer un acto ilegal.



Por su intensidad, las clases de dolo se han diferenciado como de ímpetu y de propósito. El ímpetu, es un arrebatado que hace reaccionar de manera inmediata, instantánea, y se mide por lo inusitado del hecho, tal el caso de quien la emprende a golpes contra otro, por el simple hecho de que le es antipático; es algo no meditado, al contrario del de propósito, que conlleva el ánimo de dañar. No se incluyen en estos hechos los estados pasionales o los estados emotivos para los que, generalmente, funciona la atenuación de la pena.

3.8. La culpa

La historia del derecho no registra su evolución sistemática. No aparece en el Código de Hammurabi, ni en los libros Egipcios, ni en la Legislación Mosaica, lo que significa que no existían entre los actos voluntarios de casos fortuitos.

Al transcurrir técnicamente la vida jurídica en Roma, hay dudas sobre la teoría de la culpa que se aplicó al derecho penal, pues los estudiosos afirman que únicamente fue una institución del derecho civil, nacida en el llamado primer renacimiento del derecho Romano, cuando se legislaron en el Digesto los tres tradicionales grados de la culpa, es decir: culpa lata, culpa leve y culpa levísima, distinguiéndose en que la culpa lata, es una negligencia tan grave y culpa levísima distinguiéndose en que la culpa lata, es una negligencia tan grave que ni el más indolente la cometería; la culpa leve, consistía en infringir el cuidado que común y corrientemente se pone en cosas leves, en tanto que la



culpa levísima, descansa en las medidas de previsión que en cada asunto aplica quien es diligente y activo.

La interpretación de la culpa tenía carácter civil en el cuasidelito, hasta que el derecho natural la consideró punible penalmente, aunque con carácter extraordinario, haciéndose una marcada diferencia entre el rerum crimen y el cuasi delictum, caracterizándose, respectivamente, por el dolo y la culpa.

La Escuela Clásica proclamó que la voluntariedad del agente decidía el grado de responsabilidad y la sanción aplicable, lo que lo hace no peligroso, pues se consideraba el acto como una imprevención. La culpa es la voluntad y falta de previsión de las consecuencias dañosas, es la omisión voluntaria de la diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. Es un acto voluntario que tiene interés en las facultades intelectivas, de modo que el culpable de imprudencia o negligencia carece de inteligencia y de voluntad, para que la culpa sea también una falta de conciencia de criminalidad en los actos así ejecutados, puesto que se derivan, precisamente, de la negligencia.

En pocas palabras, es la ejecución de un acto que está contra la ley, sin tenerse conciencia de su ilegalidad. La previsión del acto y la razón penal informan la culpa, ya que por un vicio de la voluntad, se ha omitido voluntariamente la diligencia que debía prever lo previsible.

Para la Escuela Clásica, entonces lo esencial de la culpa consiste en la previsibilidad, y así se conoce la corriente: teoría de la previsibilidad, nombre derivado de la opinión que se llevó de la culpa como una posibilidad de prever un resultado no querido, o sea una omisión que no prevé posibles consecuencias del hecho que resulta lesivo.

La teoría ha sido vulnerada por corrientes que la contradicen, ya que si lo que integra la culpa es la previsibilidad, deberían excluirse tipos de culpa como el de la culpa consciente, o sea la que representa el resultado como posible; pero que el agente considera que su habilidad impedirá que se realice.

Se quiso transformar la teoría, en el sentido de que el vicio no es de la voluntad, sino de la inteligencia y la memoria. Si se toma en cuenta, la voluntad implica la intención de provocar un cambio en el mundo exterior que, de ser dañoso, significa sanción, pues si no hay voluntariedad no puede tampoco haber castigo, de modo que la culpa ha de tomarse como dolo de peligro y pensarse simbólicamente.

“La Escuela Positiva, de su parte, es partidaria de la pena en la culpa, descarta la posibilidad de tomar en cuenta la voluntad, justificando la represión en los delitos culposos, con fundamentos fisiopsicológicos, indudablemente con influencias de la antropología criminal, para decidir que el delincuente es un enfermo, o que se trata de individuos con trastornos de la personalidad”.²⁰

²⁰ **Ibid.** Pág. 93.



La teoría fisiopsicológica, sostiene que hay individuos que carecen de moral, siendo los que mayor peligrosidad y temibilidad representan. También, se incluye entre los inmorales a los que explotan a trabajadores, sobre todo si son menores de edad o mujeres, sujetándolos a labores que significan mayor esfuerzo del que su condición les permite.

También, existen delincuentes que actúan por defecto de la facultad de atención y de coherencia, situándolos entre los de gran incidencia criminal, pues ellos sí tienen conciencia de la causa; pero no han tenido previsión por falta de cuidado o atención, caso frecuente en los conductores de vehículos o trabajadores en máquinas.

Finalmente, esta teoría apunta que los delincuentes que no prevén la causa ni el efecto, actúan inconscientemente, por cansancio, llegando al extremo de obrar mecánicamente, dada la fatiga provocada por un trabajo intenso y excesivo, viéndose obligados a realizar horas extras, por el bajo salario, que completan con labores de llegar a extenuarlos.

La culpa se caracteriza por una falta de voluntad y, permite la falta de inteligencia o de sentido, ya que el agente no tiene capacidad para reconocer la significación antisocial del daño que se causa, por su indiferencia.

La culpa es un acto derivado de la voluntad, un acto previsto en sus efectos, como sucede con el dolo, a diferencia de que en la culpa se desconoce el acto antijurídico y el



autor lo ejecuta sin conciencia de que está ocasionando un daño. Es ignorancia de la ley, no del acto.

En el delito se produce por la ausencia del deber de atención; pero la atención puede faltar en el más experimentado o que el inexperto pudiera tener una gran capacidad de atención y ambos incurrir en culpa.

Para fijar la esencia se debe considerar que en la vida social se presentan situaciones en las cuales, dada una determinada actividad, pueden derivarse consecuencias dañosas para bienes jurídicos tutelados ajenos.

El delito culposo se produce ante la inobservación de las reglas de conducta o de los usos sociales, o sea, en la inobservancia de las normas sancionadoras decididas por los usos o expresamente previstas por la autoridad, a fin de prevenir resultados de daño. Por lo tanto, la nota conceptual de la culpa está dada por la imprudencia y la negligencia.

Por culpa, se entiende la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de prevención del deber de conocer no solamente cuando ha faltado en el autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se produce sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo.



En la culpa consciente, llamada también culpa con representación se ha previsto el resultado antijurídico; pero se espera que no se produzca. Desde luego que las circunstancias del hecho son siempre inciertas, dudosas, de ahí que haya improbabilidad del hecho y sus resultados.

La culpa inconsciente, que igualmente se conoce como culpa sin representación se diferencia en que no se prevé el posible resultado antijurídico. Es una ignorancia de las circunstancias del hecho, ya sea por acción u omisión que descansen en fallas de la voluntad.

3.9. Elementos de la culpa

“El dolo y la culpa conforman la culpabilidad y ambos se manifiestan por una acción, un acto típico, antijurídico y, por consiguiente, punible y culpable. De esta cuenta, la culpa, en tanto se reprima, es un acto típico, antijurídico y culpable, elementos que le dan forma”.²¹

El tipo penal, esta definido por la descripción de la conducta prohibida, la que, a su vez, determinará el tipo objetivo en los delitos; esta es característica propia del delito culposo, puesto que no coincide la intención del agente y el resultado dañoso; de lo contrario habría dolo y se daría el tipo subjetivo del acto ilegal.

²¹ Silva Silva, Jorge Alberto. **Derecho procesal penal**. Pág. 34.



Cabe hablar de la organización legal en la definición de la culpa, que la doctrina ha dividido en sistemas cerrados y sistemas abiertos. Pertenecen a los primeros o *numerus clausus*, aquellos Códigos que no definen la culpa en su parte general, aunque en la parte especial sancionan varios hechos considerados como culposos. Son del sistema abierto, o *numerus apertus*, los que definen la culpa en la parte general, para su aplicación a las figuras delictivas de su parte especial.

La antijuridicidad, no es un simple elemento del delito, sino su última esencia, su intrínseca naturaleza, pues son dos los puntos de vista en que tiene que examinarse la antijuridicidad: uno, la conducta asumida y que contraviene la norma, o sea su aspecto formal; otro, el aspecto material, constituido por el daño causado a bienes jurídicamente tutelados, de modo que la acción ilegal y su concretización en daño, hacen la antijuridicidad, válida igualmente para el dolo y la culpa, siempre que para ambas manifestaciones delictuosas exista el principio de legalidad.

Pero, además de que el delito debe ser un hecho típico y antijurídico, también ha de ser culpable, en el sentido en que el autor imponga en el acto su condición moral, es decir, que tal hecho le sea reprochado. La reprochabilidad, desde luego, va en relación directa con que el agente sepa lo antijurídico del acto y que sea imputable.

Para los delitos culposos hace falta que el autor tenga capacidad de previsión, y establecer la conexión de la causa con el efecto. Es esencial en las clases de culpa, para determinar lo consciente o lo inconsciente.



3.10. Falta de protección a los bienes jurídicos protegidos

Es realmente contrario al derecho, punir un acto culposo de un bien jurídico protegido deduciendo responsabilidad por el resultado, opinión que se basa en que todo acto ilegal debe haber voluntariedad del agente, o sea que debe tener conciencia de lo que hace e intención en el resultado dañoso, lo que no reúne la culpa, puesto que aquí el resultado no se ha querido, de manera que para los seguidores de esta corriente es incorrecta la represión por hechos en que no se ha deseado la consecuencia que se produce involuntariamente y, a veces, ni siquiera se ha previsto, como ocurre con la culpa consciente.

Para el caso de la culpa inconsciente, se argumenta que las acciones u omisiones devienen de olvidos, de vicios de la inteligencia, de falta de sentido o de la dependencia del yo respecto al súper yo y la influencia del ello, según la corriente anteriormente expuesta. Esa situación debiera tratarse como defectos mentales o limitaciones de las facultades volitivas e intelectuales en los hechos y declararlos inimputables, como sucede con los menores o los enfermos mentales temporales o permanentes.

Por el contrario, quienes consideran que los hechos culposos deben ser reprimidos, se fundamentan en que la fabril actividad a que la civilización ha obligado, significa un constante riesgo que la política criminal debe prevenir. Por supuesto, sostienen no hay forma absoluta de evitar los peligros, ni puede obligarse a una vida inactiva que implique que no haya actos que tengan características riesgosas.



La exigencia actual es que haya cuidado y limitación en el peligro que, impone la época, de manera que las actividades técnicas y profesionales deben saturarse de máximo cuidado y evitar en lo posible los peligrosos y los riesgos, mediante la preocupación legal y la preparación psicopedagógica del individuo, puesto que la culpa es una absoluta carencia de atención.

No se acepta por esta corriente que haya inimputabilidad en la culpa, ni en la inconsciente, en la que con mayor frecuencia se permite la negligencia y ocurre la negligencia y la impericia, pues si bien es cierto que aquí el agente no ha representado el resultado antijurídico, también lo es que pudo y debió preverlo y no guardó la previsión por negligencia o no llegó al alcance del resultado, ya que su impericia le hizo cometer una imprudencia, circunstancias que le dan mayor peligrosidad.

A pesar de existir corrientes que consideran que la culpa sólo debe dar lugar a responsabilidad civil, la punibilidad es el criterio que los códigos modernos han adoptado y es la situación que debe preverse en el ritmo actual de vida.

La pena es útil para prevenir tomando en consideración la atención, para hacer que el individuo que menosprecia el cuidado impuesto por el deber jurídico-social, aumente la alerta debida, ante el temor de que la pena conminada en la ley recaiga sobre él por negligente o imprudente.





CAPÍTULO IV

4. Las tendencias actuales del derecho penal y la normativización de bienes jurídicos protegidos

La dogmática jurídica, se encuentra constituida de forma sustancial por interpretaciones de normas jurídicas determinadas. Al lado de la labor del establecimiento de las consecuencias jurídicas de los textos legales, se encuentran elaboraciones que trascienden las interpretaciones de un determinado sistema positivo. Las mismas, son llamadas teorías.

4.1. Bien jurídico protegido

El significado de la expresión bien jurídico, es objeto de extensas controversias. Su división, no versa sobre hechos o en relación a la captación de supuestas naturalezas o esencias de fenómenos, sino en cuanto al significado de palabras. La labor, consiste en estipular un significado para la expresión de tal forma que la misma sea el reflejo en lo posible del núcleo central de los usos lingüísticos y cumpla la función que se le ha asignado en la teoría del delito.

Para la dogmática penal, todo delito lesiona un bien jurídico y no es concebible un delito que no lesione un bien jurídicamente protegido. De esa forma, la lesión a un bien parece ser definitoria del concepto del delito.



El bien jurídico que se lesiona con el delito es distinto, para la dogmática penal del objeto material por el afectado. En el delito de daño, junto con la cosa dañada o destruida, se afecta la propiedad que es el bien jurídico protegido por la punición de este hecho.

“Los distintos bienes jurídicos, presentan una gran heterogeneidad. De forma evidente, se afecta la vida, la propiedad, el honor, la honestidad, la administración pública, la tranquilidad pública y la fe pública, los cuales son conceptos con notables diferencias categoriales entre sí”.²²

4.2. La propiedad

El delito de daño, es constitutivo del típico caso en que se afecta la propiedad; para la dogmática, con el daño no solamente se destruye o deteriora una cosa, se lesiona la propiedad de un determinado individuo. Para el hombre común solamente hay cosas, para el jurista también hay bienes.

La existencia de una realidad jurídica no es siempre coincidente con la realidad real. Se habla de presunciones o ficciones, de construcciones legales, de un mundo no empírico.

Existen dos posibilidades de concertar la propiedad con hechos que es conveniente referir:

²² López Díaz, Claudia. **Introducción a la imputación objetiva**. Pág. 87.



- a) El derecho de propiedad no es más que un conjunto de actos ejercidos sobre las cosas, en donde el propietario usa y goza de una cosa mejorándola. Ser propietario, no es más que ejercer sobre un bien, actos de esta clase con cierta regularidad.

Pero, los casos en los cuales ocurre el ejercicio regular de este tipo de actos, por parte de un individuo, no siempre son coincidentes con los casos en que se señala que un individuo es el propietario de una cosa.

No siempre se destruye una cosa, se afecta el uso y goce de la persona que se pretende titular de un bien jurídico lesionado.

- b) La propiedad es un conjunto de expectativas, en donde el propietario puede no usar ni gozar de una cosa, pero tiene la expectativa de usarla y gozar de ella, si lo desea.

En el delito de daño, no siempre se destruye una cosa o se frustra una expectativa de determinado individuo a quien se le atribuye la titularidad del bien jurídico. La expectativa de usar o gozar de la cosa, la tiene el individuo distinto al propietario.

El término propiedad, no tiene referencia semántica alguna. En el pensamiento dogmático existen varios hechos condicionantes: tradición, accesión, aprehensión y sucesión que originan la propiedad, la cual a su vez permite el origen a ciertas



circunstancias jurídicas como el derecho de gozar de una cosa, reivindicarla y venderla. Pero, no existe nada entre los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas.

Cuando se utiliza el término propiedad, no se hace referencia a ninguna entidad, sino que se menciona, la existencia de algún hecho condicionante, y otras veces, el conjunto de consecuencias jurídicas.

Al término propiedad, a pesar de no corresponderle ninguna entidad empírica, cumple una importante función técnica de presentación, debido a que permite hacer referencia abreviada a una compleja regulación normativa, cuya especificación expresa hace incómoda la comunicación jurídica.

Con la destrucción de la cosa, se deroga el derecho de su último propietario de gozar de ella, usarla, realizar actos jurídicos relacionados con ella. El goce, uso y venta de una cosa implican la existencia de la cosa.

La propiedad no se extingue con la destrucción de la cosa, es decir que, se mantienen las facultades de usar de ellas y de gozarlas. Además, la posesión se pierde en los casos de hurto o robo de la cosa, de usurpación de la misma, de imposibilidad física de ejercer actos posesorios.

Con la destrucción de la cosa resulta imposible su uso, cuando se señala que además cesa la permisión de usarla. La consideración del cambio del estado normativo del



propietario no agrega nada a la noción de que con la destrucción de una cosa se afecte generalmente al propietario, debido a que se le imposibilita el uso y goce de la misma.

No en todos los casos de delitos contra la propiedad se afecta la posibilidad anotada, debido a que puede ser que ya no la hubiera y es posible que el que tenga la posibilidad de usarla no sea el titular del bien jurídico propiedad, sino otra persona como el arrendatario o el heredero.

La concepción difundida de que al término propiedad le corresponde un hecho real ha sido rebatida, con curiosa profundidad. No es posible, hacer corresponder una base fáctica de las ideas sobre derechos subjetivos, entre los cuales se encuentra la propiedad y una noción del objeto del derecho, consistente en una ventaja.

Al hablar de derechos subjetivos se presume la existencia de poderes sobrenaturales que existen con independencia del poder real sobre las personas y las cosas. Son fuerzas que solamente pueden ser manipuladas por medios especiales.

4.3. Diversos bienes jurídicos

Entre los mismos se encuentran los siguientes:

- a) Vida: de forma evidente la expresión vida, aunque sumamente dispersa, hace referencia a un fenómeno cuya existencia es verificable empíricamente. No es,



por ende, de la misma especie que la propiedad. El bien jurídico en análisis, no es un proceso biológico, sin la clara expectativa o el derecho que el mismo se desarrolle normalmente.

- b) Honor: uno de los bienes jurídicos de más difícil identificación es el honor. Se habla de honor objetivo, cuando es referente al aprecio que los demás tienen de una persona; y del honor subjetivo, siendo el mismo el que se encuentra constituido por la opinión que un individuo tiene de una autovaloración.

“La apreciación del alcance de la protección al honor subjetivo, tiene que llevarse a cabo de conformidad con los cánones objetivos, de conformidad con el consenso social y tiene que analizarse en los casos en los que no se encuentra admitida la prueba de la verdad, si no se ha lesionado el aspecto subjetivo del honor”.²³

Es analítico, que el delito de injurias lesiona el honor o el crédito de una persona. La interpretación vigente de esta figura independiza la existencia de este delito de la efectiva comprobación de que se ha lesionado el aprecio que una persona tiene de sí misma o el que tienen los demás de ella, para pasar a exigirse solamente que se trata de una imputación perteneciente a una clase que en general tiene esos efectos. De esa forma, la conexión entre las injurias y la lesión al honor es contingente y no necesaria.

²³ Salazar, Ana Estela **Interpretación normativa**. Pág. 23.



En relación a las calumnias, la relación del tipo es excluyente de toda conexión necesaria entre delito y la lesión al honor, siendo suficiente una imputación de una conducta criminal dolosa, aunque en un caso concreto el imputado no se siente afectado ni se deteriora su crédito social.

- c) La honestidad: es objeto de controversias entre los penalistas es la determinación del ámbito de referencia de este bien jurídico. El sujeto pasivo de estos delitos es el titular del bien jurídico. La única forma de interpretar de forma correcta los alcances de este bien jurídico consiste en dar a conocer los actos deshonestos.
- d) Libertad: es el bien jurídico que tiene limitaciones imprecisas. Es bien difícil encarar su análisis, evitando con ello disposiciones metafísicas sobre la libertad humana.

Todos los delitos lesionan en alguna forma la libertad, debido a que consisten en compeler a alguien a hacer algo que no quiere o en privado de algo que no le está prohibido. Por ello, existe dificultad en encontrar el aspecto de la libertad a que son referentes estas figuras, de forma que justifique su agrupamiento bajo un mismo título. La dogmática no lo ha conseguido, es decir no ha encontrado un común denominador de todos estos tipos, que sea a la vez específico en relación a las otras figuras que se encuentran clasificadas de forma distinta.



4.4. Estudio legal y dogmático de las tendencias actuales del derecho penal y la normativización de los bienes jurídicos en la legislación penal

De las distintas propiedades definitorias de delito, la que ha sido vinculada con la lesión a un bien jurídico es la antijuricidad. Tiene importancia la inclusión de esta característica en el concepto de delito, ya que es una reconstrucción de los usos lingüísticos respecto a este término.

Para distinguir el delito de las demás condiciones de la sanción, se debe tomar en consideración el esquema conceptual de normas prohibitivas, respecto a las cuales el delito constituye una infracción. Estas normas secundarias no siempre forman parte del sistema legal positivo, aunque el legislador haya tenido en cuenta alguna al formular las normas primarias; por lo cual en esos casos, el juez y el jurista las introducen en el sistema, teniendo en cuenta generalmente las valoraciones predominantes en el grupo social.

La dogmática penal establece una relación estrecha entre la antijuricidad y la lesión a un bien jurídico, no surgiendo con claridad el carácter de esa relación.

El bien jurídico se identifica con la norma. Un acto será antijurídico si, y sólo si, lesiona un bien jurídico, pero este concepto de antijuricidad y el concepto de delito resultante, no responde a los usos de la dogmática penal. El que un acto sea delito no depende de



la verificación de la lesión de un interés, de una expectativa, de un disfrute o de un derecho subjetivo.

Los términos teóricos, son aquellos que no hacen referencia directa a ninguna entidad observable. Se refieren a supuestos objetos, fenómenos, o procesos que son inobservables en principio.

Los términos teóricos no pueden ser entendidos en forma aislada de una teoría que los defina implícitamente. Si se cambia la teoría, se modifica el significado de estos fenómenos. Una teoría es un enunciado, o más comúnmente, un conjunto de enunciados que establecen relaciones entre entidades inobservables. La validez de las teorías no puede ser establecida por medio de la verificación experimental, ya que no hace referencia a hechos observables, sino por su capacidad para explicar leyes empíricas existentes y para predecir otras nuevas.

Pero para relacionar las leyes teóricas con las leyes empíricas, es necesario vincular los términos teóricos que figuran en las primeras con los términos observacionales que están incluidos en las últimas. Para eso, es necesario recurrir a determinados enunciados que se les ha denominado definiciones coordinadoras, definiciones operacionales, reglas semánticas, reglas de correspondencia, correlaciones epistémicas o reglas de interpretación. Las reglas de correspondencia no dan una definición explícita de los términos teóricos en el sentido que en todo contexto en que se usa el término puede ser reemplazado por su definición. Hay varias explicaciones de



este hecho, como que el lenguaje utilizado para formular un modelo teórico a veces tiene connotaciones que no posee el lenguaje de los procedimientos experimentales, y que los términos teóricos a menudo son relacionados por las definiciones coordinadoras con más de un concepto experimental. La interpretación de un término teórico, mediante reglas de correspondencia, es necesariamente incompleta, y siempre admite la incorporación de nuevas reglas de correspondencia. Si la definición fuera completa cesaría de ser un término teórico para pasar a ser un término observacional.

“La expresión bien jurídico, tal como se la usa en la mayoría de los contextos dogmáticos, no puede ser definida explícitamente en función de entidades observables. Su identificación con expectativas, intereses, etc., está determinada por un lenguaje metafórico originado en el pensamiento analógico”.²⁴

No es posible reemplazar, en la mayor parte de los usos dogmáticos la expresión bien jurídico, por otro conjunto de palabras que haga referencia a observables, como ser expectativas protegidas, intereses garantizados, normas secundarias, etc.

El significado de la expresión bien jurídico, está determinada por el conjunto de enunciados teóricos en que la misma aparece. Uno de los procedimientos recurrentes para establecer una correlación empírica de la expresión bien jurídico es vinculándola con la antijuricidad.

²⁴ **Ibid.** Pág. 50.



No hay ilicitud sin un efectivo y externo quebramiento de los bienes jurídicos. La lesión a un bien jurídico, generalmente no puede ser verificada con independencia del carácter antijurídico de un comportamiento.

El bien jurídico no es la cosa sobre la que actúa el delincuente, no es un interés, no es un derecho subjetivo. La norma jurídica encierra un valor y ese valor cuando se concreta en un objeto, constituye un bien jurídico.

Una acción es antijurídica, cuando infringe una norma prohibitiva del sistema jurídico, ya sea que ella esté formulada explícitamente por el legislador, o ya sea que la establezca el jurista o el juez en contradicción o en ausencia de la formulación legislativa. Las normas prohibitivas generalmente se formulan en atención a las valoraciones vigentes en el grupo social dominante.

El supuesto carácter objetivo de los valores no influye pues, en los juicios dogmáticos acerca de si se lesionó o no un bien jurídico, que dependen de qué normas de prohibición.

Hablar de protección de derechos fundamentales en el Código Penal, es tanto como indicar todo el derecho penal. Efectivamente, el derecho penal, y con él, el cuerpo legal que recogen la mayoría de sus disposiciones, se caracteriza por ser ante todo y sobre todo, la culminación de todo un sistema jurídico dirigido primordialmente a la protección de intereses y derechos fundamentales para el individuo y la sociedad.



La doctrina del derecho penal a través de la teoría del bien jurídico ha convertido esos derechos fundamentales en bienes jurídicos a los que el derecho penal concede su máxima protección, castigando con los instrumentos sancionatorios más radicales y contundentes de cuantos dispone el Estado de derecho, las conductas que pueden lesionarlos o ponerlos en peligro.

El Código Penal protege derechos fundamentales, es decir una obriedad. Cualquiera de los bienes jurídicos protegidos en los diversos tipos delictivos contenidos en el Código Penal, son reconducibles directa o indirectamente, a alguno o algunos de los derechos que la propia Constitución Política de la República de Guatemala reconoce como fundamentales.

No todos los bienes jurídicos que protege el derecho penal, tienen directamente el carácter de derechos fundamentales en la terminología constitucional, sino simplemente el de derechos que igualmente reconoce la Constitución Política de la República de Guatemala y de principios rectores de la política social y económica que igualmente son objeto de protección a través del derecho penal.

En realidad, el derecho penal no sólo protege derechos fundamentales, pero en general, se puede decir que tanto en las conductas que sanciona elevándolas a la categoría de delitos, como en la forma de sancionarlos, con penas que principalmente limitan o privan de libertad, el derecho penal incide de lleno en la configuración y desarrollo de los derechos estrictamente fundamentales y libertades públicas.



Todo esto no quiere decir, sin embargo, que el derecho penal sea un apéndice del derecho constitucional y que su misión consista sólo en brindar protección a través de la sanción penal a los derechos ya previamente reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.

El derecho penal a través del principio de intervención mínima y de la elaboración doctrinal del concepto de bien jurídico, presenta una serie de peculiaridades que lo convierten en un mecanismo de protección jurídica autónomo y hasta cierto punto independiente de las demás ramas del ordenamiento jurídico, incluido el derecho constitucional.

Este sólo representa un marco dentro del cual el derecho penal se mueve con más o menos libertad a la hora de decidir qué derechos fundamentales en forma de bienes jurídicos debe proteger y cómo debe hacerlos.

No existe una obligación para el legislador de sancionar penalmente toda conducta que lesione un bien jurídico, ni es el derecho penal el único medio protector de los mismos, sean o no derechos fundamentales.

La vida humana, como cualquier fenómeno biológico está sometida al inevitable proceso de nacimiento, desarrollo y muerte. No se puede proteger la vida que todavía no existe o que ya ha dejado de existir.



Existe, además, el hecho de que la vida antes de alcanzar su autonomía pase por un proceso de formación desde el momento de la concepción hasta su independización del claustro materno.

El bien jurídico de la integridad moral aparece como un bien jurídico difuso, cuyo arranque se puede situar en el concepto de dignidad humana, entendiendo por ésta la propia cualidad del ser humano y el respeto a esa cualidad que todos tienen por el hecho de ser personas; o sea, la superioridad o importancia que se le concede a una persona por el simple hecho de serlo y con independencia de la forma en que se comporte.

Tradicionalmente, la integridad física se ha interpretado, en la doctrina penal, como lo contrario a la falta de algún miembro u órgano corporal, quedando excluida, por tanto, la salud, como ausencia de enfermedad y la integridad psíquica. Las reformas operadas en materia de lesiones, obligan, sin embargo, a la ampliación del contenido del bien jurídico integridad física a estos dos ámbitos. Con la tipificación del delito de lesiones ya no sólo se castigan aquellas acciones que produzcan la pérdida de un órgano, sea o no principal, sino que se incluyen también aquellas acciones que den lugar o provoquen el padecimiento de una enfermedad, sea ésta de carácter físico o psíquico, es decir que atenten contra la integridad física, que abarca el estado saludable de una persona, y la integridad psíquica. De esta manera, el bien jurídico protegido en el delito de lesiones se dirige más hacia un concepto global de salud o de incolumidad personal, como estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones,



entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato, estado que, por otra parte, posibilita una concreta participación en el sistema social.

La diferencia entre integridad física e integridad moral, entendida esta última como integridad psíquica se desvanece. Además, la protección penal dispensada en la tipificación del delito de lesiones se ajusta más a la importancia del bien jurídico como presupuesto de un desarrollo normal de la vida de una persona.

La integridad moral se constituye como un derecho de los ciudadanos compuesto por valores como la voluntad, las propias ideas, los pensamientos o los sentimientos. Pero, la esencia de este derecho vendría dada no por el contenido de estos valores, sino por el derecho a configurarlos o mantenerlos de forma voluntaria sin que nadie pueda alterar por la fuerza dicha configuración.

La base del atentado contra la integridad moral es cualquier acto violento contrario a la voluntad de su titular; y, en segundo lugar cuando actos de este tipo se cometen, se lesiona de forma directa el bien jurídico protegido en cada caso, pero también, de forma indirecta, el bien jurídico de integridad moral.

Tanto en el campo penal como en el constitucional, la determinación del contenido mínimo del derecho a la integridad moral resulta una cuestión altamente complicada, dada la ausencia de definiciones al respecto. Las delimitaciones negativas de sus límites y la enumeración de las acciones que pueden suponer un ataque al mismo



señalan un resultado del concepto de integridad moral y el concepto de voluntad, como libre determinación de la persona.

El concepto de bien jurídico se formuló originalmente más como límite que como exigencia para la intervención del derecho penal. Precisamente, el principio de intervención mínima, tenía sentido, para evitar una hipertrofia cualitativa y cuantitativa del derecho penal que eliminara su carácter de ultima ratio frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.

La antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez son más complejas.

Hasta cierto punto esto, por lo menos en sectores que caracterizan el moderno derecho penal, parece inevitable; pero ello da lugar, a un cierto debilitamiento de algunos de los principios básicos y garantías del derecho penal clásico, que también constituyen hoy derechos fundamentales a los que no se puede renunciar porque son consustanciales al Estado de derecho.

Hasta cierto punto parece lógico que el legislador ante un cambio social acelerado o ante una situación especialmente conflictiva caiga en la tentación de dejar a los jueces un amplio arbitrio, ofreciéndoles programas de decisión flexibles, pero ello no puede llegar hasta el punto de abandonar uno de los principios fundamentales del derecho penal, como lo es el principio de legalidad y el de la división de poderes que le subyace.



No se puede renunciar al principio de la división de poderes, o a principios formalizadores del proceso penal, como el de publicidad del proceso, el derecho a ser oído que tiene el acusado, el derecho a la asistencia de abogado desde el momento de su detención, el derecho a proponer pruebas, a intervenir en el proceso, el in dubio pro reo, etc. Todo esto, son conquistas del derecho penal clásico que, en ningún modo, pueden considerarse superadas por un entendimiento puramente funcionalista del moderno derecho penal.

Como es lógico, los sectores más afectados por estas quiebras del principio de legalidad son los más característicos de esa parte del derecho penal que, por contraposición al llamado derecho penal clásico, se puede denominar moderno, es decir, aquellos ámbitos en los que el progreso científico o técnico, el tráfico económico o la intervención del Estado en la economía, plantean problemas de tal complejidad que no pueden ser resueltos satisfactoriamente con los modelos del derecho penal. Se recurre aquí a la técnica de la norma penal en blanco, es decir, a la remisión a otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente al derecho administrativo, para determinar el supuesto de hecho de la norma penal.

Con ello, se corre el peligro de que el verdadero carácter delictivo del comportamiento tipificado en la ley como delito no lo determine la ley penal misma, sino las leyes administrativas y otras disposiciones de carácter jerárquico incluso inferiores a la ley, pues, como bien ha destacado la doctrina, lo grave no es ya que se recurra a la técnica de la norma penal en blanco, ya que esto es muchas veces inevitable por la propia



especificidad de la materia regulada, lo grave es que no queden en la propia norma penal suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta punible.

Una de las razones que pueden explicar estas quiebras de los principios básicos del derecho penal clásico es la tendencia a la funcionalización, que también se denuncia como una característica del moderno derecho penal que se refleja igualmente el nuevo Código Penal.

La penetración de los intereses preventivos en constelaciones jurídico-penales con alta necesidad política de solución se refleja en la aparición de una legislación penal simbólica, en la que la necesidad de solución del problema no se corresponde con posibilidades de solución adecuada por la vía del derecho penal.

Consecuencia de esta funcionalización, es la frecuente utilización en el Código Penal de los delitos de peligro abstracto y la amplia protección que se brinda a bienes jurídicos universales. Respecto a los primeros, es fácil entender por qué el moderno legislador utiliza esta forma de tipificación de la conducta delictiva.

Por un lado, amplían enormemente el ámbito de intervención del derecho penal a supuestos en los que ni siquiera hay que demostrar una puesta en peligro concreta del bien jurídico, ni por supuesto un perjuicio o una relación de causalidad entre éste y la acción realizada.



Basta con demostrar la realización de la acción incriminada misma, sin ulteriores exigencias probatorias respecto a datos que han sido excluidos en la configuración de los tipos penales.

El trabajo de tesis es fundamental, debido a que analiza jurídica y dogmáticamente las tendencias actuales del derecho penal y la normativización de los bienes jurídicos protegidos en la legislación penal guatemalteca.





CONCLUSIONES

1. El derecho penal moderno se caracteriza por una serie de problemas que no pueden han sido resueltos con los esquemas tradicionales del derecho penal clásico, siendo su resolución de carácter urgente para la idoneidad en la eliminación de las dificultades relacionadas con la inexistencia de mecanismos de normativización y protección jurídica de bienes.
2. La frecuente utilización de leyes indeterminadas, es decir, de leyes en las que se emplean conceptos vagos y cláusulas generales de difícil interpretación, dejan en la penumbra los límites entre los comportamientos delictivos y los que no lo son, o dejan en manos del juez la solución final, sin vincularlo a conceptos claros y precisos, y ello no ha permitido la adecuada protección de bienes jurídicos.
3. La formalización de las decisiones legislativas no debe entenderse como algo contrapuesto a la función protectora de bienes jurídicos que el derecho penal se encuentra obligado a su cumplimiento, sino como una vía racional de su realización para el control del debido orden de las tendencias actuales del derecho penal guatemalteco.



4. La inexistencia de un análisis jurídico y dogmático de las tendencias actuales del derecho penal y de la normativización de los bienes jurídicos protegidos en la legislación penal guatemalteca, no ha permitido la aplicación de los principios de legalidad, seguridad y certeza, prohibición de analogía y de retroactividad de la ley penal.



RECOMENDACIONES

1. El Organismo Judicial, debe señalar que el derecho penal moderno se caracteriza por una serie de problemas que no se han podido resolver con los esquemas tradicionales y el derecho clásico, siendo su resolución urgente para la existencia de idoneidad y para la implementación de mecanismos una serie de normativización y protección de bienes jurídicos.
2. Que el Ministerio Público, se encargue de indicar la actual utilización de leyes indeterminadas, o sea de leyes en las que existen conceptos vagos y cláusulas generales de difícil interpretación que dejan en la penumbra las limitaciones entre comportamientos delictivos y los que no lo son, o que dejan en manos del juez la solución final sin vincular conceptos que permitan proteger los bienes jurídicos.
3. Los diputados del Congreso de la República de Guatemala, tienen que señalar que la formalización de las decisiones legislativas no deben entenderse como contrapuestas a proteger los bienes jurídicos que el derecho penal se encuentra obligado a cumplir, sino como una vía racional de su realización, para controlar el orden de las tendencias de actualidad del derecho penal.



4. Los juzgados penales, deben señalar que no existe un análisis jurídico y dogmático de las tendencias de actualidad del derecho penal y de la normativización de los bienes jurídicos protegidos en la legislación penal, y ello no ha podido permitir que se puedan aplicar los principios de legalidad, seguridad, certeza y prohibición de analogía y retroactividad de la ley penal.



BIBLIOGRAFÍA

DE LEÓN VELASCO, Héctor y José Francisco De Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Editores, 2002.

DOMÍNGUEZ ESTRADA, Alfonso. **El delito, el delincuente, la pena y la medida de seguridad**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1998.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 2001.

GUTIÉRREZ PAEZ, Estuardo. **El derecho penal**. México, D.F.: Ed. Temis, 1989.

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

MEDINA PEÑALOSA, Sergio Joel. **Teoría del delito: causalismo, finalismo e imputación objetiva**. México, D.F.: Ed. Rosanda S.A., 1989.

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

PANSINI, Gustavo. **Tendencias actuales del derecho penal**. Bogotá, Colombia: Ed. Universitaria 1996.

PUIG PEÑA, Federico. **Derecho penal**. Madrid, España: Ed. Nauta S.A., 1979.

REYNOSO DÁVILA, Roberto. **Teoría general del delito**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 2006.

SALAZAR, Ana Estela. **Interpretación normativa**. Madrid, España: Ed. Universidad de Extermadura, 1995.



SANTOS, Julio Andrés. **La humanización del proceso penal.** México, D.F.: Ed. Legis, 2003.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina.: Ed. Tea, 1983.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar, 2000.

Legislación:

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

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

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