

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

**ESTUDIO LEGAL DEL PODER DE EXCLUSIÓN DE LA
ANTI JURICIDAD DE CONDUCTAS TÍPICAS, DE SU
IMPORTANCIA Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA EN LA
LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DOMINGO ARIEL MASAYA GAMBOA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

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. Héctor David España Pinetta
Vocal: Lic. Byron Oswaldo de la Cruz López
Secretario: Lic. René Siboney Polillo Cornejo

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Otto René Vicente Revolorio
Vocal: Lic. Edna Mariflor Irungaray López
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

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. Gamaliel Sentés Luna
Abogado y Notario

Guatemala 16 de septiembre del año 2013

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



Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Me dirijo a usted con el objeto de rendirle informe según nombramiento de asesor a su digno cargo de fecha siete de septiembre del año dos mil doce, en relación a la tesis del bachiller Domingo Ariel Masaya Gamboa, para su graduación profesional, la cual se intitula: **“Estudio legal del poder de exclusión de la antijuricidad de conductas típicas, de su importancia y fundamentación jurídica en la legislación penal guatemalteca”**.

- a. En el desarrollo de la tesis se aborda una temática que reviste gran importancia para el derecho penal guatemalteco, ya que señala y analiza jurídicamente el poder de exclusión de la antijuricidad.
- b. Al redactar la tesis el alumno demostró empeño, interés, seriedad y una rigurosidad científica mediante la utilización de los métodos y técnicas de investigación científicos acordes y necesarios, habiendo sido utilizado el método descriptivo, histórico y deductivo; y la técnica de fichas bibliográficas.
- c. El bachiller tuvo el cuidado de emplear un vocabulario propio de un trabajo de este nivel, haciendo uso y consultando para ese extremo los diccionarios jurídicos necesarios, y asistiendo a las bibliotecas del país a hacer las consultas necesarias.
- d. Es bastante interesante el trabajo de tesis, siendo los objetivos que señala puntuales y acordes con la realidad de la sociedad guatemalteca, y de igual forma indicó que la hipótesis planteada señala el poder de exclusión de la antijuricidad de conductas típicas, su importancia y fundamentación jurídica en la legislación penal guatemalteca.
- e. Cabe señalar que la introducción, márgenes, contenido, conclusiones, recomendaciones, y bibliografía utilizada se adapta perfectamente al tema de la tesis y de que se llevaron a cabo las correcciones sugeridas al sustentante.

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



**Lic. Gamaliel Sentes Luna
Abogado y Notario**

El trabajo de tesis reúne los requisitos reglamentarios del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y por lo tanto puede ser materia de discusión en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y en tal sentido emito dictamen favorable.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme con muestras de mi consideración y respeto.


Lic. Gamaliel Sentes Luna
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Gamaliel Sentes Luna
Asesor de Tesis
Colegiado 6522



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 09 de octubre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante DOMINGO ARIEL MASAYA GAMBOA, titulado ESTUDIO LEGAL DEL PODER DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURICIDAD DE CONDUCTAS TÍPICAS, DE SU IMPORTANCIA Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/silh.

Lic. Avdán Ortiz Orellana
 DECANO



Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser Supremo del camino y la verdad, infinitas gracias por haberme otorgado la oportunidad de cambiar mi vida y por las múltiples bendiciones recibidas por mí y toda mi familia.
- A MIS PADRES:** Otto Victoriano Masaya Andrade (Q.E.P.D.) y Elisa Gamboa Alvarado, muchas gracias por todo su esfuerzo y ayuda que he recibido durante mi vida.
- A MI ESPOSA:** Ana Maritza Maquín Rodríguez, por todo el amor que me brinda a mí y a nuestras hijas.
- A MIS HIJOS:** Johann Alexander, Jossé Ricardo Ariel y Erick Geovanny, gracias por su amor infinito, especialmente a Juan Pedro por apoyarme siempre en mis penas, sueños y alegrías, gracias por tu amor infinito.
- A MIS HIJAS:** Anna Mariela y Anna Gabriela, gracias por su amor infinito.
- A MIS HERMANOS:** José Félix y Aura Judith, especialmente a Ricardo Aníbal y Rolando Gabriel, quienes me apoyaron, creyeron y confiaron en mí en los momentos más difíciles de mi vida, muchas gracias hermanos queridos.
- A MIS AMIGAS:** Licdas. Graciél Cortéz, Gina Ortiz, Rosa Donis y Lucy López.



A MIS COMPAÑEROS: Que me han apoyado en el transcurso de esta nueva vida, solo por hoy.

AGRADECIMIENTO

ESPECIAL A: Lic. Carlos Humberto Girón Méndez, padrino que me dio la oportunidad a mi y a toda mi familia de tener una mejor calidad de vida.

AL MINISTERIO PÚBLICO: Por haberme abierto las puertas de tan digna institución durante 19 años que me han servido para tener una vida digna.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por ser mi Alma Matter de esta bendita profesión.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho penal guatemalteco.....	1
1.1. Importancia.....	4
1.2. Naturaleza.....	7
1.3. Conceptualización.....	10
1.4. Caracteres.....	14
1.5. Partes del derecho penal.....	24
1.6. Ramas del derecho penal.....	24
CAPÍTULO II	
2. El delito.....	27
2.1. Definiciones.....	30
2.2. Noción del delito.....	30
2.3. Evolución conceptual.....	36
2.4. Sistema causalista.....	40
2.5. Concepción finalista.....	41
2.6. Teoría de la ley penal.....	48
2.7. Clasificación.....	50



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Ley penal.....	55
3.1. Características.....	56
3.2. Ámbito temporal de la ley penal.....	58
3.3. Extractividad de la ley penal.....	59
3.4. Principios que rigen la aplicación de la ley penal.....	59
3.5. Analogía aplicada al derecho penal.....	61
3.6. Interpretación de la ley penal.....	62

CAPÍTULO IV

4. El poder de exclusión de la antijuricidad de conductas típicas, su importancia y fundamentación jurídica en la legislación penal.....	67
4.1. Teorías.....	67
4.2. Dogmática jurídica y tipo penal.....	70
4.3. Criterios.....	71
4.4. Integración del tipo.....	72
4.5. Análisis legal del poder de exclusión de la antijuricidad de conductas típicas, de su importancia y fundamentación jurídica.....	74
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93



INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se seleccionó, debido a la importancia legal de analizar las causas de justificación como formas de exclusión de la antijuricidad de una conducta típica en la legislación penal. Una vez subsumido el caso a la realidad en el supuesto de hecho de una norma penal, el siguiente paso, en orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la antijuricidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.

Los objetivos de la tesis, dieron a conocer que la tipicidad de un comportamiento no implica la antijuricidad del mismo, sino solamente un indicio de que el comportamiento es antijurídico como función indiciaria del tipo. En la práctica, la función del juicio de antijuricidad se reduce a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación y ello no significa que la misma no plantee una problemática propia.

En derecho penal, se emplea la expresión tipo de injusto para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles como típicas en el supuesto de aquellas acciones antijurídicas y de hechos de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuricidad. Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma, no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente, en donde la esencia de la antijuricidad es la ofensa a un bien jurídicamente protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción.

La hipótesis formulada, dio a conocer que las causas de justificación se encuentran reguladas en el Código Penal de Guatemala, pero no han recibido la atención que debieran, por lo cual es fundamental el análisis de las mismas para la determinación de su importancia y fundamentación jurídica.

Los métodos utilizados fueron: método sintético, con el cual se dio a conocer el poder de exclusión de la antijuricidad; el método inductivo, estableció sus características; el método analítico, indicó las causas de justificación y el método deductivo, analizó jurídicamente su regulación legal. Las técnicas que se emplearon durante el desarrollo de la tesis fueron la de fichas bibliográficas y la técnica documental, mediante las cuales se ordenó la información jurídica, que se relacionó con el tema investigado. El desarrollo se llevó a cabo en cuatro capítulos: el primer capítulo, es referente al derecho penal; el segundo capítulo, indica el delito; el tercer capítulo, analiza la ley penal y el cuarto capítulo, estudia el poder de exclusión de la antijuricidad de conductas típicas.

Con el trabajo de tesis, se aporta un análisis de las causas justificativas de la conducta ilícita, para el establecimiento de los elementos doctrinarios que fundamentan su existencia, para así permitir que estudiantes y profesionales del derecho comprendan de mejor forma la existencia del poder de exclusión y su significado.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal guatemalteco

Frecuente es encontrar en la ciencia del derecho penal interminables discusiones acerca del nombre que debe darse a alguna disciplina. La ciencia jurídica en estudio no ha escapado a este singular fenómeno y se han propuesto para designarla gran cantidad de nombres, más o menos acertados, reflejando, casi todos ellos, la tendencia peculiar que su autor quiere imprimirle a esta rama del derecho.

Se le han dado las siguientes denominaciones: derecho de castigar, derecho criminal, derecho penal, derecho represivo, derecho sancionador, derecho determinador, derecho reformador, derecho de prevención, derecho protector de los criminales, derecho protector de la sociedad, derecho de lucha contra el delito y derecho de defensa social.

Dentro de tales denominaciones, han tenido mayor aceptación las de derecho penal, derecho criminal, derecho protector de los criminales, derecho de lucha contra el delito y derecho de defensa social.

Las restantes denominaciones ya han sido descartadas, la de derecho de castigar porque no responde a la concepción actual del derecho que denomina o pretende denominar ya que en la actualidad, antes de castigar se pretende reformar y reeducar al

delincuente; la de derecho represivo por parecidas razones que la anterior, ya que la función represiva queda hoy desvanecida ante las finalidades reeducativas y regeneradoras que se asignan a la pena y a las medidas de seguridad; la de derecho sancionador porque la sanción entendida como sinónimo de pena ya no constituye la única consecuencia que la ley asocia al delito.

“La denominación derecho penal se encarga del uso constante que de ella se ha hecho, si bien debe tenerse presente que, en el estado actual del derecho penal, la inclusión del término penal ya no se ajusta exactamente al contenido que quiere designar, si se toma en consideración la existencia de medidas de seguridad que, paulatinamente, van restando campo de acción a la pena propiamente dicha”.¹

La expresión derecho penal asienta su preferencia en que tal nombre es el más conocido y de mayor uso; en que con escasa excepciones lo adoptan los Códigos relativos a la materia; en que es el que recibe la mayor parte de la cátedras en las que se enseña y en que la mayoría de autores están de acuerdo sobre las materias que comprende.

En una afán de superar las críticas que se han hecho al nombre de derecho penal, algunos autores han preferido el nombre de derecho criminal, expresión que ha tenido especial aceptación y de ello deriva que no es totalmente exacta ya que tal expresión

¹ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**. Pág. 58.

fue propia de los primeros estudios de conjunto más o menos sistemáticos que se hicieron en la materia.

La denominación derecho protector de los criminales, revela una tendencia excepcionalmente humanitaria utópica para la época en que se produjo y sobre ella se considera que es un término exacto limitante en el futuro.

“Se cree que el derecho será protector de los criminales, en cuanto que su finalidad esencial radicará en la obtención de la regeneración y reeducación del sujeto activo del delito, que podrá tornar al seno social como un elemento útil que pueda convivir con sus semejantes, sin causar nuevos daños”.²

El castigo en vez de reformar al hombre, lo hace inaceptable y piensa que la sanción ha de ser un favor para el criminal. Se piensa, que el criminal debe ser protegido a favor del criminal, y tiene que ser protegido porque al resguardar al delincuente se defiende también en la sociedad.

Las denominaciones de derecho de defensa social y derecho de defensa contra el delito son las mayormente aceptadas. Se considera, sin embargo, que ambas denominaciones, si se adoptan separadamente, son aún incompletas; la primera derecho de defensa social, porque si bien es cierto, que el derecho penal constituye uno de los medios de defensa social, no es el único y, por otra parte, la sociedad no se

² Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos del derecho penal.** Pág. 78.

defiende únicamente contra el delito; de ahí que tal denominación resulte demasiado amplia para el contenido del derecho que pretende designar; y la segunda derecho de defensa contra el delito porque puede provocar confusiones.

En efecto, la legítima defensa individual contra el delito, es también un derecho de defensa contra el delito sin que se olvide la distinción entre derecho objetivo como conjunto de normas y derecho subjetivo como facultad. Para evitar cualquier confusión, sería preferible denominar a la disciplina como un derecho de defensa social contra el delito.

Con esa denominación, se cree que pueden superarse las críticas que se hacen al nombre derecho de defensa social y se precisa mejor evitando confusiones el exacto sentido de la de derecho de defensa contra el delito.

1.1. Importancia

El derecho penal debe considerarse bajo tres aspectos: a) en el primer aspecto, aparece como exclusivo creador de un determinado elemento del orden jurídico, en cuanto crea mediante sus normas, intereses que tendrían carácter meramente ético; b) en el segundo aspecto, el mismo se presenta como constitutivo del orden jurídico en cuanto sanciona preceptos que no son exclusivamente propios de un determinado ordenamiento jurídico; c) en el tercer aspecto, el derecho penal tiene carácter

sancionatorio en cuanto proporciona su sanción a preceptos que son propios de otros ordenamientos jurídicos.

El mismo no es simplemente sancionatorio, secundario, accesorio, derivado, complementario o como quiera llamársele respecto a otras normas jurídicas y no se limita a determinar las consecuencias jurídico penales que nacen de la violación de normas jurídicas. Precepto jurídico y sanción jurídica, son elementos esenciales e inseparables de la ley penal.

Quienes asignan al derecho penal un carácter exclusivamente sancionatorio, reconocen que el punto de partida filosófico ha tenido gran influencia dentro de la teoría de la norma.

“El delincuente no infringe la ley del Estado, si no que adapta su conducta a ella, puesto que su acción se ajusta a la descripción que la ley contiene. La antijuridicidad de un hecho no deriva de la tipicidad, sino de la producción de una conducta que viola la norma que está implícita tras el ordenamiento penal”.³

Ninguna de las disposiciones de la ley penal de carácter sancionatorio tiene una esencia propia que no pertenezca en el fondo, a las consecuencias que surgen de la vida del hombre en el estado de sociedad. Al texto de ley van unidos íntimamente,

³ **Ibid.** Pág. 90.

antecedentes, costumbres, tendencias políticas, etc., que han formado la norma que ha dado nacimiento al precepto positivo penal.

Los actos tipificados en el Código Penal, han sido calificados previamente de antijurídicos y luego, dentro de los actos antijurídicos, se ha seleccionado a los que deben ser conminados con una pena.

De tal manera, que la presencia de la tipicidad denota la antijuridicidad del acto, puesto que antes debe haber pasado por el tamiz que retiene el primer desvalor, o sea, la antijuridicidad. El fundamento de la antijuridicidad de la acción yace en la misma ley penal.

El derecho penal es sancionatorio y ello significa que este derecho tiene como función dar mayor fuerza con su sanción propia a los preceptos y a las sanciones de las otras ramas del derecho, para demostrar este carácter del mismo se argumenta:

- a) Que todo precepto primario del derecho penal se encuentra expresa o implícitamente contenido en los preceptos de otra norma jurídica, es decir que toda conducta humana reprimida como delito, siempre y en todos los casos, además de estar limitada por el precepto penal, lo es también por las normas de derecho privado o público, no penal; en consecuencia, el delito, además de ser un ilícito penal, es también un ilícito jurídico, privado o público, no penal.

- b) Todo delito está prohibido antes que por el ordenamiento penal, por una norma extra penal.

Esta anterioridad, solamente quiere indicar un prius lógico sistemático y no necesariamente un prius histórico. De esta manera, el derecho penal no hace sino reforzar con su sanción, la prohibición ya contenida en otra rama del derecho.

“El derecho penal es un ordenamiento jurídico que se sobrepone al ya íntegramente formado por las otras ramas del derecho, es como una circunferencia de menor radio sobrepuesta a otra radio más amplia”.⁴

1.2. Naturaleza

La organización jurídica de la sociedad, debe asentarse siempre sobre una concepción estimativa que designe los valores cuya realización se consideran fundamentales para la convivencia ordenada y pacífica de los miembros del conglomerado. De ello, que todo ordenamiento legal presuponga la aceptación por parte del Estado del sistema de valoraciones.

Es evidente que la concepción valorativa varía de acuerdo con la naturaleza peculiar de cada Estado y con cada época. Por esta razón, será diferente el ordenamiento

⁴ Córdova Angulo, Miguel. **Derecho penal**. Pág. 22.

destinado a un régimen monárquico y también lo será el de un Estado liberal en relación a un Estado de tipo comunista.

El sistema de valoraciones sujetos a una jerarquía, se traslucen claramente al sistema positivo.

A través del mismo, se establece implícita o expresamente una serie de bienes jurídicos que, como tales, gozan de la protección del derecho.

Pero estos bienes jurídicos, al igual que los valores en que se fundan están sujetos a una gradación, de ahí que sea posible distinguir dentro de un ordenamiento legal, bienes jurídicos cuya conservación es fundamental para la convivencia social y bienes jurídicos que son importantes también pero menos vitales para el conglomerado.

Por esta razón, en las normas legales especialmente en las constitucionales es frecuente encontrar la enunciación de principios en los cuales se contienen precisamente la indicación de los bienes jurídicos fundamentales para ese ordenamiento.

Es decir, pues, que todo ordenamiento jurídico dispone siempre implícita o expresamente cuales son los bienes jurídicos a los que concede protección y por ende contra los cuales no debe atentar la conducta humana.

“El derecho penal, no puede ser constitutivo puesto que la ilicitud no proviene directamente de sus normas sino a la lesión de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico no penal a la cual se limita asociar una sanción”.⁵

Hay algunas normas penales que sancionan conductas que lesionan bienes no mencionados por la legislación extra penal, pero, debe tomarse en consideración que, desde el momento que la producción de una conducta es asociada con una pena, es porque dentro del ordenamiento jurídico general el bien lesionado por dicha conducta se ha considerado tácitamente como valioso y digno de protección.

Si el bien jurídico lesionado no se encuentra previsto expresamente en el ordenamiento jurídico lesionado por las conductas, ello significa que el mismo se ha considerado tácitamente como valioso y digno de protección.

Dentro de los preceptos constitucionales se establece que el Estado concede protección preferente a la existencia humana y se dice que las autoridades están instituidas para mantener a los habitantes en el goce de sus derechos, los cuales son, primordialmente, la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad de la persona.

No debe atentarse contra la vida, la libertad, la seguridad de la persona, de su honra y de sus bienes. Es evidente, que las acciones que atentan contra tales derechos

⁵ **Ibid.** Pág. 34.

lesionarán bienes jurídicos protegidos por el derecho y en consecuencia, el precepto penal no hará sino describir tales conductas y las aunará con una sanción específica.

La prohibición de atentar contra la propiedad privada, emana en forma implícita del reconocimiento que el régimen constitucional concede a la propiedad privada.

El Código Penal, se limita a unir aquellas conductas que atentan contra tal derecho con una pena. De aquí, las figuras legales de hurto, robo, usurpación, quiebra fraudulenta, estafa, usura, incendio, daños, etc.

1.3. Conceptualización

Muchas veces se ha repetido la inconveniencia de asentar una definición al principio de un estudio, señalándose que la enumeración teórica que ella comprende aparece aún ausente de un contenido efectivo.

Todo el que emprende el estudio de una disciplina si lo hace a fondo, acabará formando una definición acabada de la ciencia que trabaja.

“La definición apriorística de nada le habrá servido para guiar sus pasos y además, toda definición es un silogismo que, si bien plantea correctamente los problemas, los resuelve luego tautológicamente”.⁶

⁶ Fernández Carrasquilla, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**. Pág. 88.

A pesar de ello, se cree que la definición, al principio de un estudio, llena una finalidad de determinación y esclarecimiento ab initio de los problemas que comprende el derecho de defensa social contra el delito.

“Derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen, como hecho, una pena que es su legítima consecuencia eminentemente objetiva”.⁷

El derecho penal se circunscribe a su aspecto puramente legal y deja fuera la labor preventiva que corresponde al Estado y que se realiza a través de medidas de seguridad que no son propiamente penas.

“Es la ciencia que estudia al delito como fenómeno jurídico y al delincuente como su sujeto activo, y por lo tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena, como reintegración de ese orden”.⁸

A la pena, se le asigna el papel exhaustivo de consecuencia única del delito, siendo su definición la que resulta defectuosa por la existencia de medidas asegurativas.

La existencia de una sanción, no logra reintegrar o restaurar el orden jurídico que ha sido violado.

⁷ Gómez, Eusebio. **Tratado de derecho penal**. Pág. 80.

⁸ **Ibid.** Pág. 87.

También, se le considera al derecho penal como conjunto de reglas jurídicas y de doctrina fundamentales, por cuyo medio las sociedades buscan las mejores condiciones posibles para prevenir los delitos y reprimir, con medidas coercitivas y regeneradoras, los hechos antisociales que se producen en su seno.

No se puede negar ni desconocer el decisivo papel que la labor jurisdiccional desempeña en el desentrañamiento del exacto sentido de la ley penal, pero tampoco se cree que esta labor de genuina interpretación y aplicación, puede convertirse en labor de creación, al afirmar que puede modificar fundamentalmente una institución.

“Las normas jurídicas que integran el derecho penal positivo coinciden o deben coincidir con las propuestas de la ciencia penal, para sistematizar la defensa contra el delito. Por ello, se ha podido decir con toda exactitud, que en la definición del derecho penal deben estar comprendidas las reglas jurídicas y las doctrinas fundamentales en que aquéllas se inspiran, porque sin doctrinas no hay derecho penal”.⁹

En toda la amplitud del concepto, no se debe limitar el contenido de la disciplina en estudio a lo estrictamente jurídico. Respecto a este punto, la definición de derecho penal sí debe limitarse a lo jurídico porque las consideraciones de otra índole como las sociológicas y psicofísicas deben quedar confiadas a otras ciencias causales explicativas.

⁹ Cerezo Mir, José. **Problemas fundamentales del derecho penal**. Pág. 101.

El mismo, queda así con su campo delimitado dentro de lo jurídico en el estado actual de la ciencia, ya que le son extraños, a pesar de que en la época de fervor positivista se les consideró como sus elementos esenciales.

Los datos antropológicos, sociológicos deben ser bien recibidos como aportes de otras ciencias al derecho, pero deben quedar definitivamente erradicados como la parte integrante del derecho penal.

Es considerado como el conjunto de normas jurídicas que, regulan el ejercicio del poder penal del Estado y que asocian al delito como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica, en donde el delito es un presupuesto que se puede asociar a consecuencias jurídicas de índole que la pena y especialmente a medidas que tienen por objeto impedir futuros delitos.

La dogmática jurídico penal o ciencia del derecho penal en sentido estricto, se considera como la disciplina que estudia el contenido de las disposiciones que forman en el seno del ordenamiento jurídico- positivo, el derecho penal.

Consiste en el conjunto de normas jurídicas estatales que a la violación de sus propios preceptos unen como consecuencia una pena o sanción criminal. En la actualidad, se considera al delito, no como violación de los preceptos propios del derecho penal, sino como quebrantamiento de las normas de cultura que están amparadas y presupuestas

por el ordenamiento jurídico- penal positivo, en donde la pena está unida como consecuencia a la violación de los propios preceptos del derecho penal.

Una definición correcta del derecho de defensa social contra el delito deberá abarcar: a) la enunciación de que, como rama del derecho, tiene que estar constituido por normas jurídicas; b) las normas deben fijar la noción del delito, la responsabilidad del delincuente, condicionar el ejercicio del poder del Estado en la prevención y represión del mismo; y c) deben fijar las penas y medidas de seguridad que el Estado podrá aplicar, con base en la producción del delito.

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

1.4. Caracteres

Los caracteres del derecho penal son los siguientes:

- a) El derecho penal es ciencia cultural: en atención al método que se emplea en la investigación científica, el cual, a su vez, está condicionado por la naturaleza peculiar del objeto de estudio, el campo del conocimiento humano aparece hoy

ascendido entre las ciencias naturales y las ciencias culturales o del espíritu, en donde el objeto de estudio de las primeras pertenece a la naturaleza psico- física y el proceso que emplean para descubrir nuevos principios se asienta sobre conceptos fundamentales en donde la sustancia consiste en descubrir la esencia de un hecho dentro de sus diversas y accidentales manifestaciones.

En virtud de la de causalidad, se descubre que un fenómeno determina a otro; la relación causal implica dos miembros: la causa y el efecto; la naturaleza de aquélla la determina y viceversa.

La observación reiterada de fenómenos físicos o más bien, de fenómenos naturales ligados por la causalidad lleva al naturalista a la formulación de la ley natural que encarna la tercera fase del proceso lógico de las ciencias naturales.

“Las ciencias culturales, en cambio, enfocan sus preocupaciones hacia el conocimiento de los productos o elaboraciones de la actividad creadora del hombre que constituyen bienes culturales”.¹⁰

El método de las ciencias culturales o del espíritu como también se le llama, difiere naturalmente del de las ciencias naturales que emplean el método experimental, la ciencia natural busca descubrir y elevar a leyes naturales los enlaces que se dan entre los hechos, en tanto que en las ciencias culturales se

¹⁰ *Ibid.* Pág. 133.

encuentra un elemento totalmente distinto, en donde no se busca relación causal de causa y efecto sino relación teológica de medio fin.

Los acontecimientos culturales sólo pueden encontrar explicación si se investigan sus motivos o fines; de ahí que, en la base del fenómeno cultural, siempre se encontrará la idea de fin para cuya investigación debe emplearse el método teológico.

El derecho es ciencia cultural por excelencia, ya que en él no se estudian fenómenos naturales enlazados por nexos de causalidad en donde se regulan conductas en atención a un fin considerado como valioso.

“La investigación de la realidad social, el estudio estadístico de los hechos sociales y el de las características psíquicas del hombre son importantes para el derecho, por cuanto el mundo de las normas debe asentarse firmemente en la realidad tanto para que la ley sea justa como para que sea eficaz”.¹¹

Pero, el momento estrictamente jurídico se caracteriza por la comprobación o verificación de los hechos o de sus regularidades y por la vinculación de la realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados como valiosos o no valiosos y, como consecuencia procurados y evitados.

¹¹ Ferrajoli, Luis. **Teoría del garantismo penal**. Pág. 66.

La ley, por lo tanto, regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de los hechos

El carácter cultural del derecho penal lo diferencia fundamentalmente de las restantes disciplinas que integran las ciencias penales, las cuales deben ser situadas en el campo propio de las ciencias naturales.

- b) El derecho penal es normativo: como parte del derecho en general contiene normas, o sea, reglas de conducta de observancia obligatoria, expresiones de lo que debe ser cumplido. El derecho se encuentra formado por el conjunto de derechos y deberes para los componentes de una sociedad y además, por la determinación de las consecuencias que deben producirse en caso de inobservancia de estos deberes o de vulneración de los derechos.

Por lo tanto, la norma es expresión de lo que debe ser, independientemente de la circunstancia de que ocurra o no. El derecho es pues normativo, puesto que sus preceptos contienen mandatos dirigidos a la conducta humana, pretendiendo condicionarla, pertenece al mundo del deber y no al del ser.

Dentro de este orden de ideas, las ciencias normativas se contraponen a las ciencias causal explicativas, que se ocupan del estudio de la realidad psico física y social con base en el principio de causalidad.

“La naturaleza normativa del derecho penal, es hoy reconocida por la generalidad de los tratadistas, superando así la etapa de positivismo en la que se creyó que el mismo debería abandonar todo carácter jurídico, para adoptar una postura eminentemente naturalista”.¹²

Se reconoce que el derecho penal reviste un carácter jurídico y es indispensable que existan normas que los constituyan.

Es utópico, que en el futuro, asentado el mismo sobre altas bases y orientado hacia otros fines, las normas jurídicas dejarán de ser necesarias.

Las normas de derecho penal constituyen una garantía de la libertad y el mismo tendrá siempre carácter jurídico integrándolo normas elaboradas con los datos de la antropología criminal y la sociología criminal.

- c) El derecho penal es valorativo: la existencia de un ordenamiento jurídico, presupone siempre la presencia de un sistema de valoraciones que sirven de guía, para que la norma jurídica ordene su determinada conducta y disponga que se sancione la infracción de principios culturales que se han considerado valiosos y, por lo tanto, básicos para la pacífica convivencia social en donde exista un ambiente democrático.

¹² **ibid.** Pág. 68.

Este sistema de valoraciones, es el presupuesto en todo sistema jurídico y se encuentra ordenado conforme una jerarquía, dentro de la cual es posible distinguir valores de mayor o menor importancia.

La norma jurídica busca dar una protección mayor los valores cuya realización, aparezcan como importante para la ordenada convivencia del conglomerado social y busca la existencia de una protección también eficaz, a los otros valores cuya realización se haya estimado como menos importante.

Al derecho penal, queda confiada la protección de los valores considerados de mayor rango dentro del conglomerado social, y de ello deriva que su naturaleza sea eminentemente valorativa.

“El derecho penal funciona en general, como sistema tutelar de los valores más altos, ello es, interviene ante las transgresiones que vulneran los valores fundamentales de una sociedad”.¹³

- d) El derecho penal es finalista: si bien el derecho debe sentar sus normas sobre la realidad para hacerlas más justas y eficaces, no es esa realidad propiamente el objeto de sus preocupaciones científicas. El derecho en efecto se ocupa de conductas y como tal, se ha señalado en él un carácter finalista.

¹³ Grispigni, Filippo. **Derecho penal**. Pág. 99.

La labor del Estado en la elaboración jurídico penal, está siempre informada de la idea de finalidad en efecto y el Estado para reiterar las conductas que se producen en el conglomerado y la forma en que este obrar incide sobre la vida social en general.

Esta consideración, unida íntimamente con las finalidades que el Estado persigue realizar y que considera valiosas, establece y condiciona la necesidad de exigir ciertas conductas y de prohibir y sancionar con penas de producción de unas que causan daño a la sociedad, porque la atacan en menoscabo de lo que se ha considerado y consagrado en la ley como valioso.

La ley regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos. La naturaleza finalista del derecho penal une al derecho penal con la concepción del bien jurídico.

- e) El derecho penal es derecho público: la diferenciación del derecho penal en público y privado subsiste, pero ha sido necesario acudir a diferentes criterios para calificar la naturaleza privada o pública de las normas.

Abandonado ya, por su imprecisión, el criterio que asentaba la diferencia en que el derecho público regulaba intereses generales y el derecho privado intereses particulares, se buscó la diferencia en la naturaleza de los sujetos que

intervenían dichas relaciones de derecho privado en donde los sujetos se encuentran en un mismo plano de igualdad, en tanto que, en las de derecho público, la relación se produce en un pie de desigualdad desde el momento que interviene en ellas un sujeto particular y el Estado.

Más tarde, tomando en consideración en primer lugar, que el derecho público no solamente regula relaciones sino que también organiza instituciones y que, por otra parte, el Estado no siempre interviene en su calidad de entidad soberana, se llegó a considerar que el derecho público es el que reglamenta la organización y actividad del Estado y demás organismos de poder público.

El derecho penal es indiscutiblemente derecho público interno, puesto que el establecimiento de sus normas y su aplicación, está confiado en forma exclusiva al Estado, investido de poder público.

La represión privada, sólo puede considerarse como una forma histórica definitivamente superada. La creación de las figuras delictivas y la amenaza de imponer una pena al trasgresor es una actividad típicamente pública del Estado, es la expresión de su máximo poder interno.

- f) El derecho penal es un derecho constitutivo o un derecho sancionador complementario: se puede considerar una tercera clase de relación entre el hombre y la ley a saber como lo es la de desobediencia a la pena y ésta da lugar

al establecimiento de leyes criminales que, en el fondo, más bien que una clase de particular de leyes, son la sanción de todas las demás.

Esta afirmación atribuye al derecho penal un carácter complementario o sancionatorio con relación a las restantes leyes y no ha sido pacíficamente aceptada por todos los penalistas.

Por el contrario, el problema de si el derecho penal debe considerarse como un ordenamiento primario o complementario o sancionatorio, ha sido objeto de larga discusión.

El problema se centra en si deben considerarse las figuras delictivas acuñadas por el Código Penal como creadoras de una ilicitud estrictamente penal o bien, si no existe una ilicitud propiamente penal, debido a que se concreta a sancionar la violación de preceptos contenidos en toda la legislación.

Quienes creen que el derecho penal es un derecho constitutivo, consideran que la ilicitud penal es una especie autónoma de la misma.

Es decir, la ilicitud proviene del hecho de que una determinada acción se encuentra descrita como delito dentro del ordenamiento penal positivo.

Por medio de la tipicidad, la ley penal escoge en la vida real determinadas acciones, creando figuras legales o delitos, fuera de las cuales no pueden darse conductas delictivas ni sancionables.

“Sin tipicidad, pues, no puede darse delito y ella no es por sí sola suficiente para calificar una conducta como delictiva, ni sancionable, puesto que hacen falta otros elementos como la antijuridicidad y culpabilidad, debido a que si una conducta no se adapta al tipo acuñado por la ley, no podrá considerarse que esa conducta constituya delito”.¹⁴

La norma es la que establece la prohibición de realizar determinadas acciones y desde ese punto de vista, la tipicidad cumple una función descriptiva. La norma, crea lo antijurídico y la acción crea la acción punible.

Sin embargo, es por medio de la tipicidad que los actos que violan las normas adquieren la naturaleza de actos delictivos.

La promulgación de una ley penal no siempre supone la creación de un nuevo tipo de lo injusto, pero siempre es nueva la creación de un tipo del injusto con significación desde el punto de vista penal. El Código Penal crea el injusto y esto sucede cuando incrimina acciones sobre las cuales no existía anteriormente una norma legal.

¹⁴ **Ibid.** Pág. 145.

1.5. Partes del derecho penal

“La ciencia del derecho penal para el estudio de su contenido, o sea, del delito, delincuente, pena y medidas de seguridad, tradicionalmente se ha dividido en dos partes, que coinciden con la división de la mayor parte de códigos penales del mundo”.¹⁵

- a) Parte general del derecho penal: se ocupa del estudio de las distintas instituciones, conceptos, principios, categorías y doctrinas relativas al delito, delincuente, penas y medidas de seguridad.
- b) Parte especial del derecho penal: se ocupa de los ilícitos penales propiamente establecidos, de las penas y medidas de seguridad que tienen que aplicarse a quienes los cometen.

1.6. Ramas del derecho penal

El derecho penal se divide en tres ramas, siendo las mismas las siguientes:

- a) Derecho penal material: también se le denomina sustantivo, y es referente a la sustancia misma que integra el objeto de estudio de la ciencia del derecho penal como lo es el delito, el delincuente, pena y medidas de seguridad y legalmente se

¹⁵ Hassemer, Wilhem. **Fundamentos de derecho penal**. Pág. 70.

manifiesta contemplado en el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

- b) Derecho penal adjetivo: busca la aplicación de las leyes del derecho penal sustantivo mediante un proceso, para llegar a la emisión de una sentencia y consecuentemente a la deducción de la responsabilidad penal imponiendo una pena o medida de seguridad y ordenando para ello su ejecución. Es referente, al conjunto de normas y doctrinas reguladoras del proceso penal en toda su sustanciación, convirtiéndose en el vehículo que tiene que transportar y aplicar el derecho penal sustantivo o material, y que legalmente se manifiesta mediante el Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

- c) Derecho penal ejecutivo: es referente al conjunto de normas y doctrinas que tienden a la regulación de la ejecución de la pena, en los centros penales o penitenciarios que se encuentran destinados para tal efecto.



CAPÍTULO II

2. El delito

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

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

“Desde luego, la manifestación del derecho, en su aspecto práctico y real, es por medio o a través de la ley, para una correcta y legal convivencia entre los miembros de la sociedad y su relación con las instituciones del Estado, que la misma ley denomina delito”.¹⁶

¹⁶ Manzini, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**. Pág. 59.



La causa de la infracción o de la no observación de las disposiciones de la ley en perjuicio de la sociedad y de la obligatoriedad de la misma por los hombres, obedece a muchos y muy diversos factores.

Sin embargo, esos factores tienen origen en la propia naturaleza del hombre y en la convivencia a la que hoy en día, se ve sometido. Pues, el hombre siempre pretenderá tener un mayor número de satisfactores que otros, incluso más de los que necesita, por el sólo hecho de acumular riquezas y el poder, que en la sociedad actual, representan una posición admirada y envidiada por algunos de sus miembros, aún cuando no las puede conseguir de manera honesta y legal.

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

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

De esta forma, democracia, Estado constitucional y garantía de los derechos humanos, de víctimas y victimarios, se constituyen en un único cuerpo prismático. Guatemala se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, cuyos fines giran en torno a los derechos humanos bajo el eje de la dignidad humana.

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

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

La sociedad guatemalteca reconoce en la dignidad de la persona humana un valor esencial, que debe servir de base a la creación, interpretación y aplicación del orden jurídico positivo. Valor ético que, debe guiar el quehacer de legisladores, administradores y jueces.

La carencia de conocimiento no puede tener injerencia en la obligatoriedad de la ley. La autoridad pública pone las leyes al alcance de los ciudadanos, quienes pueden enterarse de ellas por sí mismos o por medio de terceros. Es, realmente necesario que

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

2.1. Definiciones

“Delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”.¹⁷

“El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.¹⁸

2.2. Noción del delito

En la antigüedad, para establecer la responsabilidad penal, sólo se tomaba en cuenta el daño ocasionado. El delito es la violación de un deber jurídico, de un derecho subjetivo y consiste en la negación del derecho objetivo.

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

¹⁷ **Ibid.** Pág. 112.

¹⁸ Mir Puig, Santiago. **Tratado de derecho penal.** Pág. 59.

como consecuencia una pena, impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso.

En el delito, para su existencia, deben de incidir dos sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo, en ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea antes o después de la comisión o realización del delito.

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

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

El delito formal se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado. Los delitos de lesión o daño y de peligro son aquellos que tienen relación con el objeto o fin que persiguen, la perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido.

En relación a la teoría del delito a los fines del siglo XIX y bajo la influencia de las ideas científicas, imperantes por entonces, los juristas se preocuparon de identificar los elementos naturales del delito. Las nociones utilizadas fueron de naturaleza síquica o biológica.

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

El acto realizado era, en consecuencia, considerado ilícito cuando contradecía el derecho positivo. La descripción naturalista de la infracción deviene apoyada en el sistema conceptual del positivismo jurídico y en la base de las investigaciones penales.

Se puede sostener que la concepción clásica del delito, proviene del positivismo que se caracteriza, en el ámbito del derecho y en la resolución de problemas penales, por la utilización exclusiva de nociones jurídicas.

El inicio del presente siglo fue marcado, en el dominio penal por la pérdida de crédito por parte de la concepción. El progresivo abandono de sus ideas, fue consecuencia de las críticas formuladas, primero, desde la perspectiva filosófica.

La noción de delito es, entonces, revisada de acuerdo a los fines axiológicos de derecho penal que no son contrarias a lo admitido por el positivismo jurídico previsto completamente en la ley. La definición del delito, denominada neoclásica o teológica, se funda en tres descubrimientos esenciales:

- a) En el dominio de la tipicidad.
- b) La constatación que la antijuricidad material.
- c) El reconocimiento del carácter normativo de la culpabilidad: consiste en un reproche formulado contra quien obra libremente contra el orden jurídico.

Las insuficiencias de la concepción neoclásica fueron criticadas por la teoría finalista. El comportamiento humano debe ser comprendido desde una perspectiva ontológica. Este elemento fáctico, no puede ser ignorado ni alterado por el legislador al elaborar las normas legales. La base de la concepción es, precisamente, el comportamiento humano, caracterizado, esencialmente, por su estructura finalista.

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

La aceptación de los criterios comporta una modificación profunda de la sistemática del delito. La tipicidad no puede ser más considerada como la descripción objetiva de la acción y debe comprender, igualmente, la estructura finalista del comportamiento. Resulta así necesario, con la finalidad de tener en cuenta el aspecto esencial del comportamiento, establecer al lado del tipo legal objetivo otro de naturaleza subjetiva.

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

“La nueva estructura de la tipicidad hace necesario separar, claramente, las infracciones dolosas de las culposas. El carácter ilícito de estas últimas, no puede ser reducido al hecho de causar un daño a terceros. Para corregir esta deficiencia, los finalistas colocan en primer plano la violación del deber de cuidado destinado a evitar dicho perjuicio”.¹⁹

De esta manera, el finalismo logra depurar la culpabilidad de los elementos psicológicos. La culpabilidad es, por tanto, definida como un reproche dirigido contra el autor del acto típico. De otra parte, el finalismo ha conducido a explicar, separadamente, las infracciones omisivas; pues, su peculiar estructura requiere un

¹⁹ Muñoz Conde, Francisco. **Derecho penal**. Pág. 155.

análisis especial. Así, se afirma la diferencia entre las infracciones de comisión y las de omisión. Estas últimas, constituyen siempre la no realización de una acción exigida por el orden jurídico.

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

En los últimos años, se ha producido una renovación de la teoría del delito. Se caracteriza, principalmente, por el abandono del procedimiento axiomático-deductivo del finalismo. Se tiene que innovar el análisis del delito mediante criterios que estarían en la base de un sistema, penal racional y liberal. Con este objeto, se recurre a los innegables aportes de los modernos trabajos en el ámbito de la política criminal y de la criminología.

Nadie puede ser penado, si no ha cometido un acto descrito previamente en la ley. Se designa a tal acción con el nombre de delito *lato sensu* y a la parte de la disciplina jurídica que lo estudia se llama teoría del delito. Tradicionalmente, el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley. Esta definición, puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales.

Las diferentes concepciones doctrinales, hacen referencia a un esquema básico de la infracción acción típica, ilícita y culpable.

2.3. Evolución conceptual

Conforme a lo que en la actualidad plantea la teoría dogmática, el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, añadiéndose frecuentemente que, además, sea punible. Sus elementos son, entonces, la tipicidad consistente en la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal; la antijuricidad, relativa a la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico y la culpabilidad que significa el reproche que se hace al sujeto porque pudo actuar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico esencialmente.

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

La acción es un hecho natural en la que lo esencial es el movimiento corporal humano. A este movimiento corporal se le aplica el tipo y la conformación de la tipicidad que es absolutamente objetiva y no es un juicio valorativo ni tiene en cuenta la subjetividad.

El sistema causalista-naturalista queda establecido de la siguiente manera:

- a) La acción es la base del delito, no uno de sus elementos.

- b) Lo injusto surge como primer elemento que tiene dos aspectos: la tipicidad y la antijuricidad.

- c) Se tiene en cuenta la culpabilidad como elemento subjetivo.

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

La acción humana es siempre encaminada a un fin y su carácter se fundamenta en que el hombre que conoce los procesos causales, representa dentro de ciertos límites los resultados que su conducta puede traer consigo, conforme al plan que ha previsto. Este carácter de la acción no lo desconocían ni negaban los causalistas, pero se diferencian de los finalistas en que éstos recurren desde el primer momento a los elementos subjetivos para tipificar la acción, no admitiendo que queden relegados para posteriores análisis.

“Según el finalismo, la consideración de la acción nunca puede prescindir de los fines perseguidos por el actor, ya que la finalidad da sentido al proceso puramente causal y es, esencialmente, inseparable de éste. Y todo esto, trae las siguientes consecuencias en la elaboración del concepto de delito”.²⁰

²⁰ **Ibid.** Pág. 158.

La tipicidad tiene aspectos objetivos tanto descriptivos como normativos y por lo tanto valorativos y aspectos subjetivos como el dolo y la culpa. La antijuricidad es un juicio objetivo de valor que contiene elementos subjetivos.

La culpabilidad es un juicio subjetivo de valor que analiza la posibilidad de un actuar distinto del sujeto, o sea de un actuar conforme a derecho.

Se considera, que alguien ha llevado a cabo una acción realizando una valoración consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer.

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

Por tanto, el fin político y criminal de la conminación penal es preventivo general. En el injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos de la respectiva situación. En este tercer escalón del delito, se desliga el hecho de la abstracta tipificación situando el hecho en el contexto social.

La última categoría política penalmente relevante es la de la responsabilidad, mediante la cual se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El sistema funcionalista tiene dos piezas fundamentales:

- a) En primer lugar, la teoría de la imputación al tipo objetivo: mientras que para la concepción casualista el tipo objetivo agotaba el contenido del tipo, para la concepción causalista valorativa comprendía los elementos subjetivos del tipo y para el finalismo comprende el dolo.

Para la concepción funcionalista, hace depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por valoraciones jurídicas.

- b) En segundo lugar, la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad: a la culpabilidad se añade la condición ineludible de la necesidad preventiva, general o especial, de la sanción penal.

“Es de la acción de quien se predicen los elementos del delito, y es la realización de la acción el dato inicial de que el derecho penal parte para intervenir, en cuanto al ordenamiento jurídico penal sólo importa la conducta externa, esto es, la externa manifestación de la voluntad del hombre”.²¹

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

²¹ Muñoz Conde, Francisco. **Derecho penal**. Pág. 40.

2.4. Sistema causalista

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

- a) **Manifestación de voluntad:** bastando con que el sujeto quiera su propio obrar. El contenido de la voluntad, es decir, lo que ha querido, carece de significación y sólo tiene importancia dentro de la problemática de la culpabilidad.

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

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

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

2.5. Concepción finalista

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

Con ello, discrepa el finalismo que tiene en cuenta los fines ya en sede de tipicidad, afirmando que cuando el legislador describe una conducta en un tipo penal no describe un simple proceso causal, sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana.

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

“Para el finalismo, la diferencia entre la acción culposa y la dolosa estriba en que, mientras en la acción dolosa la finalidad es factor configurador del proceso acción, en la acción culposa es únicamente momento de referencia. En este

caso, la acción del sujeto no está dirigida al fin y lo que eleva a este suceder por encima de un simple proceso causal es la circunstancia de ser evitable finalmente, siendo la acción culposa, por ello, genuina acción”.²²

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

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

Por tanto, el concepto de acción debe ser configurado, según esta teoría, de tal modo que pueda ser valorado por patrones sociales, bastando con que el producir sea voluntario. Así entendida, la acción será la realización de consecuencias relevantes para el mundo social y voluntariamente realizadas por un hombre. Por otra parte, para que una acción o una omisión sean constitutivas de delito, han de estar comprendidas en un tipo de lo injusto del Código Penal o de una ley penal especial, como

²² **Ibid.** Pág. 55.

consecuencia del principio de legalidad. La acción o la omisión habrán de estar comprendidas, por tanto, en una de las figuras de delito contenidas en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

El concepto de tipo es acuñado en la sistemática de la teoría del delito, quien postulaba una concepción descriptiva del mismo, aunque en ulteriores escritos revisara su postura.

Posteriormente, en las relaciones tipicidad-antijuricidad, otorgó a la primera una función de indicio y conocimiento de la antijuricidad, admitiendo, asimismo, la presencia de elementos normativos en la tipicidad, al señalar que la propia función indiciaria de la tipicidad comportaba ya la idea de que ésta no puede ser valorativamente neutral. En el tipo, se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena; es decir, independientemente de la persona del sujeto concreto y de la concreta situación de la actuación.

“El fin político criminal de la conminación penal abstracta es preventivo general: al acogerse una determinada conducta en un tipo se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el mismo, o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada. Pero no sólo la prevención general, sino también el principio de culpabilidad imprimen carácter al tipo”.²³

²³ Pansini, Gustavo. **Lecciones de derecho penal**. Pág. 89.

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

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

En la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisón o prohibición. Así como el tipo acoge dentro de sí la acción, solamente las acciones pueden ser típicas, el injusto contiene acción y tipo. En cambio, la antijuricidad no es una categoría especial del derecho penal, y las causas de justificación también proceden de todos los campos del derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto.

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

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

El injusto es modificación de un estado jurídicamente aprobado o producción de un estado jurídicamente desaprobado, relativo a la no alteración jurídicamente desaprobada de un estado.

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

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

En el concepto de delito, el desvalor de resultado sería únicamente, por tanto, una condición objetiva de punibilidad. Pero, esta concepción debe ser rechazada. El injusto

no consiste sólo en la relación existente entre voluntad de la acción y mandato de la norma, sino también el daño social que por causa del hecho sufren el lesionado y la comunidad y que el mandato de la norma está llamado a impedir. La eliminación del desvalor del resultado conduciría, asimismo, a resultados opuestos a las necesidades político-criminales. Así, en el hecho doloso habría que equiparar la tentativa acabada a la consumación y en el hecho imprudente debería someterse a pena todo comportamiento descuidado.

Lo primero a tener en cuenta es que la concepción de la esencia de la antijuricidad depende decisivamente de la posición que se adopte en torno a la cuestión de si las proposiciones jurídicas son normas de valoración o de determinación, o ambas cosas a la vez.

Una norma sería de valoración si se limitase a expresar un juicio de valor, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo concreto dirigido a su destinatario. En cambio, norma de determinación, significa la expresión de un mandato o prohibición que trata, a modo de imperativo o directivo, de determinar la conducta del destinatario.

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

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

“Toda norma jurídica es norma objetiva de valoración, que permite enjuiciar el actuar del hombre desde la perspectiva del orden comunitario. El derecho no contiene imperativos dirigidos a los particulares, sólo establece un deber ser impersonal, al limitarse a caracterizar como deseables o indeseables ciertos estados y acontecimientos”.²⁴

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

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

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

²⁴ **Ibid.** Pág. 100.

la cultura de los destinatarios de la norma. Ello posee, la importante consecuencia de que las medidas asegurativas o educativas que el juez impone a enfermos mentales y jóvenes no son disposiciones de policía que deban combatir una perturbación del orden público procedente de un estado peligroso, sino propias sanciones que se asocian a un hecho antijurídico.

La norma jurídica, por tanto, no ha de concebirse sólo como norma de determinación, sino, al mismo tiempo, como norma de valoración: la norma vincula el mundo del pensar al mundo del actuar.

2.6. Teoría de la ley penal

“Delito es la infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o demanda y pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico y las medidas de seguridad como prevenciones legales, encaminadas a impedir la comisión de nuevos delitos por quienes ya han sido autores de algunos”.²⁵

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

²⁵ Roxin, Claus. **Derecho penal**. Pág. 78.

de el derecho penal. Estudian el nexo entre el delito y los factores que influyen en su producción.

La criminalística esta constituida por un conjunto de conocimientos heterogéneos encaminados al hallazgo de los delincuentes, al conocimiento del modus operandi del delito y al descubrimiento de las pruebas y de los procedimientos para utilizarlas.

El Estado cuenta con la política criminal, que es la ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito. Es el aprovechamiento práctico por parte del gobierno, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, a fin de dictar las disposiciones pertinentes para el logro de la conservación básica del orden

El hombre nace igual en cuanto sus derechos y por ello, la ley debe aplicarse en la misma manera a todos los hombres, por provenir de la misma circunstancia de igualdad. Como el hombre nace con libre albedrío y puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de tipo moral.

“El punto de partida de los problemas penales lo constituye el delito, que es una entidad meramente jurídica; así, importa mas lo objetivo que lo subjetivo. La manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa, independientemente de circunstancias internas y, con base en el delito, debe castigarse al delincuente”.²⁶

²⁶ **Ibid.** Pág. 89.

Como el derecho penal es una ciencia normativa que pertenece al mundo del deber ser, no era posible, según los clásicos, emplear el método seguido por las ciencias naturales en el que las leyes son inflexibles, pues este terreno pertenece al mundo del ser, independientemente de la voluntad del hombre. La pena debe ser un castigo directamente proporcional al delito cometido, y previamente señalado en la ley.

2.7. Clasificación

“El delito es un hecho jurídico, es decir, que tiene importancia por cuanto el derecho le atribuye consecuencias jurídicas en relación al nacimiento de derechos para el agraviado y para el Estado, como el persecutor de los delitos, y pérdida de derechos para el delincuente”.²⁷

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

- a) Delitos de acción y de omisión: conforme a la conducta que desarrolla el sujeto activo para realizarlo.

²⁷ Hassemer. **Ob.Cit.** Pág. 50.

- b) Delitos de conducta resultado: en cuanto a la consecuencia que produce el delito.
- c) Delitos de daño y de peligro: atendiendo al tipo de resultado que produce el delito.
- d) Delitos instantáneos y permanentes: por la continuidad de la conducta que requieren para su existencia.
- e) Delitos de acción: los que se cometen por medio de una conducta positiva, es decir un hacer.
- f) Delitos por omisión: se ejecutan por medio de un comportamiento negativo, un no hacer determinada obligación o no ejecutar una acción. Además, existen delitos que, por su índole estructural, exigen para su existencia la incidencia de una acción y luego una omisión, o viceversa.

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

- g) Delitos de resultado: son los que para su consumación exigen, además, de la conducta del sujeto activo que se produzca determinado efecto, distinto de la omisión o de la acción; el resultado en estos delitos se observa físicamente en el mundo real. Los delitos se clasifican de esta manera, por que se atiende a la estructura exterior de ellos.

- h) Delitos de daño: requieren para su perfeccionamiento jurídico que el bien tutelado, jurídicamente protegido, sea destruido o disminuido.

- i) Delito de peligro: Basta que el bien jurídico sea amenazado al realizarse la conducta criminosa, acción u omisión, con la causación de un daño o peligro inminente, determinado y grave.

- j) Delitos instantáneos: son aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia.

- k) Delitos permanentes: son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto. Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un mismo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo; y

que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, que prosigue con ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el delito.

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

“El delito es toda acción u omisión punible, objetivizada en la manifestación de un hecho previsto en la ley penal, al cual le recae una sanción, también prevista en la misma ley penal, a fin de inhibir al individuo a la comisión de esas conductas consideradas como delitos. En cuanto a las formas de comisión de los delitos, ya se trate de acción o de omisión, éste siempre será una conducta, es decir un hacer o un no hacer, cuyos resultados prevé la ley penal, los que tienen trascendencia en el mundo físico y en el del derecho”.²⁸

Es de hacer notar que la clasificación de los delitos no es únicamente para fines didácticos o teóricos, sino de índole práctica, ya que con éstas es posible ubicar a los delitos dentro los parámetros que ordenan la persecución de los mismos, la gravedad que les asigna la ley, en cuanto a las consecuencias que tienen dentro de la sociedad, por afectar determinado bien jurídico protegido por la ley penal; la tipificación de los

²⁸ **ibid.** Pág. 88.

delitos en cuanto a su comisión, así como la punibilidad de los mismos tratándose de la tentativa, etcétera.

Por otra parte, si bien es cierto que solamente las conductas que prevé la ley penal pueden ser consideradas como delitos, la preparación de esas conductas, no obstante que no constituyan propiamente un delito, sí son la tentativa del mismo, la que será penada cuando se pretenda afectar un bien jurídico que trascienda a la seguridad de la sociedad, además del individuo que sufre la lesión causada por el delito.

Dentro de los individuos que intervienen en la preparación del delito, la comisión del mismo y el encubrimiento después de su perpetración, no forman parte del tema del delito, aunque sí muy íntimamente relacionados, ya que el mismo será tipificado conforme a las circunstancias en que sea cometido, las que influirán en la sanción que le sea impuesta a los delincuentes.

CAPÍTULO III

3. Ley penal

Es aquella que prohíbe, manda o permite determinados comportamientos y prevé las más severas sanciones por su incumplimiento. Consiste, en una norma de conducta social de carácter general, dictada por la autoridad legítima para el bien común y garantizada por la fuerza pública.

Cuando esa norma prohíbe un hecho, asociándolo a una sanción penal para el infractor, se tiene la ley penal, que se compone de dos partes: el precepto y la sanción. El precepto, es el que define el delito, o sea la parte que describe la conducta ilícita. La sanción, es la privación de la libertad o pena de otro orden que trae consigo la violación del precepto; constituye el medio coactivo para la observancia de la norma y es el elemento característico de la ley penal, el que le otorga la individualidad y permite distinguirla de los demás ordenamientos jurídicos.

El precepto impone comúnmente una obligación de no hacer, pero a veces consagra una obligación de hacer, al exigir a los empleados públicos despachar oportunamente los asuntos a su cargo, o cuando manda a lo particulares denunciar a las autoridades los delitos de cuya comisión tuvieran conocimiento.

“Cuando la norma es prohibitiva, cuando impone una obligación de no hacer, su violación se produce realizando la acción contraria. Y, cuando manda un hacer se quebranta lógicamente mediante la conducta pasiva y omisiva contraria al mandato”.²⁹

3.1. Características

Las características de la ley penal son las siguientes:

- a) Generalidad, obligatoriedad e igualdad: se refiere a que la ley penal se dirige a todas las personas naturales o jurídicas que habitan un país, y por supuesto todos tienen la obligación de acatarla; le ley penal entonces, resulta ser general y obligatoria para todos los individuos dentro del territorio de la República de Guatemala sin discriminación de raza, color, género, religión, nacimiento, posición económica, social o política; y esto lleva a la igualdad de las personas frente a la ley penal, con excepción de manera parcial de las personas que por disposición de la ley y por razón del cargo que desempeñan, gozan de ciertos privilegios como inmunidad y el antejuicio.

Esto, no quiere decir que dichas personas estén, como tales, fuera del alcance de la ley penal, también ellas tienen absoluta obligación de acatarla porque como personas son iguales que cualquier ciudadano y como funcionarios de gobierno son depositarios de la ley y nunca superiores a ella.

²⁹ González de la Vega, Francisco. **Derecho penal mexicano**. Pág. 176.

- b) **Exclusividad:** es referente a la exclusividad de la ley en la creación del derecho penal, ya que de acuerdo con el principio de legalidad, de defensa o de reserva nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas por su perpetración, ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley *nullum crimen, nulla poena sine leges*, es decir, que sólo la ley penal puede crear delitos y establecer las penas y medidas de seguridad para los mismos. En este sentido, la exclusividad de la ley penal se convierte en advertencia y al mismo tiempo en garantía, advierte que será sancionado o castigado, quien comete cualquiera de los ilícitos penales que abstractamente describe la ley penal, y simultáneamente garantiza que nadie puede ser castigado o sancionado por un hecho que no este previamente establecido como delito o falta.
- c) **Pertenencia e ineludibilidad:** se refiere a que la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio hasta que otra ley lo abroge o derogue, y mientras ésta permanezca debe ser ineludible para todos los que habitan el territorio nacional, salvo las limitaciones de inmunidad y antejucio, debido a que al expresar el término abrogar, es referente a la abolición total de una ley, mientras al hablar de derogar se hace referencia a la abolición parcial de una ley.
- d) **Imperatividad:** se refiere a que las normas penales, a contrario sensu de otro tipo de normas, contienen generalmente prohibiciones o mandatos que todos deben cumplir, no deja librado nada a la voluntad de las personas, manda hacer o

prohíbe hacer, sin contar con la anuencia de la persona que solamente debe acatarla, y en caso contrario, la amenaza con la imposición de una pena.

- e) Sancionadora: a pesar de que actualmente se habla de un derecho penal preventivo, reeducador, reformador y rehabilitador a través de las medidas de seguridad; lo que realmente distingue a la norma penal es la sanción que bien puede ser una pena o una medida de seguridad.
- f) Constitucional: se refiere a que indiscutiblemente, la ley penal como cualquier otra no sólo debe tener su fundamento en la ley suprema que es la Constitución Política de la República, sino debe responder a sus postulados y lineamientos políticos. Cuando una ley penal contradice preceptos constitucionales, entonces existe una ley penal inconstitucional y como tal se invalida ante todos los hombres, es decir se excluye su aplicación.

3.2. Ámbito temporal de la ley penal

Cuando la doctrina se refiere a la ley penal en el tiempo, lo hace con el fin de explicar el tiempo de duración de las mismas y los hechos que debe regular bajo su imperio.

Las normas penales, lo mismo que las demás normas legales, nacen y se proyectan siempre hacia el futuro, regulando únicamente hechos o actos humanos nacidos con posterioridad a su vigencia; es decir, miran el porvenir no al pasado. Sólo el derecho

natural, se ha dicho, está integrado por normas permanentes o inmutables, pues todas las normas legislativas, es decir, las normas dictadas por lo hombres, nacen, desarrollan su eficacia y mueren.

En cuanto a la eficacia temporal de validez de la ley penal, es el período comprendido entre el inicio de su vigencia hasta su abrogación o derogación, de tal forma que su ámbito de validez temporal está limitado en dos momentos: El momento en que nace su promulgación y, el momento en que fenece por la aprobación o derogación.

3.3. Extractividad de la ley penal

“La denominada extractividad de la ley penal, no es más que una particular excepción al principio general de la irretroactividad en cualquier clase de ley, por el cual una ley solamente debe aplicarse a los hechos ocurridos bajo su imperio, es decir, bajo su eficacia temporal de validez”.³⁰

3.4. Principios que rigen la aplicación de la ley penal

Los principios que rigen de la aplicación de la ley penal:

- a) Territorial: es aquel conforme al cual la ley penal rige de modo exclusivo en el Estado, que la ha expedido y se aplica a los que cometieron delitos en su

³⁰ **Ibid.** Pág. 155.

territorio, sean nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes, aún cuando otro Estado pretendiere el ejercicio de la acción penal.

- b) Real o defensa: así se denomina el sistema según el cual es competente para aplicar sus leyes penales el Estado a que perteneciere el interés lesionado por el delito, aunque el hecho se hubiere cometido en el extranjero.

“La ley penal tiene en este principio, plena validez cuando se ofendiere al Estado o a uno de sus ciudadanos, como ocurre con los delitos que atentan contra la seguridad interior o exterior de la república, o la falsificación de documentos de crédito público o de moneda, realizados desde afuera del territorio nacional”.³¹

- c) Personalidad o nacionalidad: es aquel según el cual la competencia y el ámbito de validez de la ley penal se determinan por la nacionalidad del agente de la infracción.

Se considera que la ley nacional, donde quiera que fuere se distingue un principio activo o absoluto, conforme al cual la ley nacional se aplica siempre, cualquiera que sea el bien o interés jurídico vulnerado por el delito, es decir pertenezca o no a la nación del delincuente, y un principio pasivo o relativo,

³¹ Manzini. **Ob.Cit.** Pág. 45.

según el cual la ley penal sigue al nacional únicamente cuando el bien quebrantado sea igualmente de la nación de origen.

- d) Universal: consiste en darle validez universal a la ley penal de cada Estado, de manera que la pretensión punitiva pueda ser ejercida por el país en cuyo territorio se hallare el delincuente, siempre que no hubiere sido sancionado suficientemente en el exterior, cualquiera que fuere el lugar de comisión del delito, la nacionalidad del autor, o el interés jurídico ofendido.

El principio dominante es obviamente el territorial, pero ninguna legislación lo emplea en toda su pureza y con exclusión de los otros sistemas, sino asociándolos a éstos.

3.5. Analogía aplicada al derecho penal

Para saber si el procedimiento analógico es aplicable en el derecho penal, es necesario distinguir entre analogía in malam partem y analogía in bonam partem.

- a) Analogía in malam partem: surge cuando se pretende extender a casos no contemplados en la ley, figuras delictivas o sanciones previstas legalmente, para otros casos o circunstancias que agravan la situación del procesado; tal analogía no es de aplicación en el derecho positivo porque resulta violatoria del principio de la legalidad de los delitos y de las penas.

- b) Analogía in bonam partem: aparece cuando su finalidad es la de favorecer al delincuente, ya sea aplicando a un caso no previsto legalmente una causa de exención del delito de la pena, o una circunstancia de menor punibilidad.

Es importante señalar que el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal prohíbe expresamente la analogía en su Artículo 7° que señala: “Exclusión de la analogía. Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones”.

3.6. Interpretación de la ley penal

Interpretar es fijar el sentido de la ley para poder aplicar una regla general a una situación concreta.

Las diferentes clases de interpretación son las siguientes:

- a) Según la persona de quien emana: de acuerdo con el sujeto que la hace, la interpretación puede ser auténtica, doctrinal y judicial.
- b) Auténtica: es la explicación del contenido de una ley hecha por el propio legislador o con posterioridad a su expedición. Es esta una interpretación sui generis, en cuanto es el propio autor de la ley quien, mediante otra norma jurídica de carácter obligatorio y general, aclara su sentido y alcance.

- c) Doctrinal: la interpretación doctrinal es la exposición del contenido de las leyes penales hechas por la ciencia jurídico-penal.

Son los juristas y abogados quienes interpretan doctrinalmente la ley, a ellos les corresponde la clarificación y actualización de cada una de las normas que constituyen el derecho positivo vigente, la construcción de los institutos jurídicos sobre los cuales aquellas descansan y la de delimitación del sistema dentro del cual se organizan tales instituciones.

- d) Judicial: es la que realiza el juez cada vez que aplica la norma al caso materia del proceso, teniendo en cuenta la voluntad contenida en ella.
- e) Según los medios de que se valga el interprete: la interpretación puede ser gramatical o teleológica.
- f) Gramatical: esta clase de interpretación busca la voluntad de la norma, ateniéndose a la significación filológica de los términos utilizados en ella.
- g) Teleológica: la ley no es más que un medio de que se vale el legislador para la obtención de determinados fines sociales; la interpretación teleológica, partiendo de este presupuesto, no se detiene al simple texto de la norma sino que va más allá; en busca de su finalidad, de su verdadera finalidad, de su verdadera

voluntad, se eleva hacia el espíritu de las disposiciones, deduciéndolo todo de los varios elementos que puedan revelarlo.

Sus elementos son los siguientes:

- a) **Racional:** para lograr el esclarecimiento de la voluntad contenida en la norma hay necesidad de desentrañar su razón de ser que se revela en el bien o interés jurídico protegido, en el por qué de su tutela y en la finalidad que con tal protección se persigue; algunas veces, la naturaleza de la sanción prevista ayuda también a descubrir la ratio legis.
- b) **Sistemático:** el ordenador jurídico penal no está constituido por preceptos autónomos e independientes unos de otros; al contrario, es un sistema orgánico de normas coordinadas entre sí y agrupadas en institutos jurídicos que, dada su afinidad, integran el sistema. Al interpretar una norma es necesario, ponerla en relación con las demás que configuran el instituto y, en general, con los principios fundamentales que informan el ordenamiento jurídico penal.
- c) **Histórico:** para lograr su objetivo, el elemento histórico se vale de la legislación comparada en la medida en que ella ha influido en la formación de la ley nacional; de los trabajos preparatorios que preceden a la formación de la ley; de los informes de las comisiones parlamentarias de la exposición de motivos que explican los alcances y características de la futura ley, y, finalmente, de los

debates a que da lugar la discusión del proyecto en el seno de las cámaras legislativas.

- d) Político: las normas penales, como cualquier otra ley de orden público, no pueden menos que reflejar la concepción política vigente en el Estado que les dio origen.

“Es indudable que los principios políticos que orientan a un Estado capitalista no son iguales a los que rigen la vida de un Estado socialista, y tales principios necesariamente aparecen en la ley porque ella es el vehículo de comunicación entre el Estado y los coasociados que la conforman”.³²

Una recta interpretación de la ley no puede, entonces, desconocer este elemento; los intereses jurídicos que la norma tutela tienen un contenido económico, ético, familiar, vital, pero, por sobre todo, tienen un contenido político.

- e) Según el resultado: al que el intérprete puede llegar, utilizando los medios ya descritos, la interpretación es declarativa, restrictiva y extensiva.
- Declarativa: la interpretación es declarativa, cuando la eventual duda se resuelve con la exacta correspondencia entre el espíritu y la letra de la ley, sin dar a la fórmula, ni significado más restringido ni más amplio.

³² *Ibid.* Pág. 123.

- Restrictiva: cuando se reduce el alcance de la palabra de la ley, por entender que su pensamiento y voluntad no consienten atribuir a su letra todo el significado que en ella podría contenerse.
- Extensiva: la interpretación es extensiva cuando amplía el natural y obvio alcance de la ley, de manera que por encima de su tenor literal aparezca su verdadero espíritu.

Ésta clase de interpretación no se pretende sobrepasar los límites de la voluntad de la ley; lo que se busca es no detenerse más acá de esos límites; la interpretación extensiva no procura cosa distinta a la de reintegrar la verdadera voluntad de la ley.

CAPÍTULO IV

4. El poder de exclusión de la antijuricidad de conductas típicas, su importancia y fundamentación jurídica en la legislación penal

“La antijuricidad, es una estimación sobre lo alcanzado por la actividad dañosa, vulnerando una garantía registrada en el orden jurídico, y en lo penal la conducta lesiva debe corresponder con la descripción o figura punible establecida en la ley, hay exenciones de responsabilidad o inculpación”.³³

Sin embargo, el criterio de que todo comportamiento contra el ordenamiento jurídico es antijuricidad, se objeta en el sentido de que lo antijurídico se deduce del proceder del agente que será culpable si su actitud ha sido consciente o voluntaria.

4.1. Teorías

Siendo las mismas las siguientes:

- a) Teoría de la norma: el delito, según concepción generalizada, es violación a la ley; más no existe tal violación, pues el delincuente lo que hace es ajustarse al contenido legal; pero, al hacerlo quebranta la norma. La teoría vislumbra la antijuricidad, aunque su fundamento, que es la vulneración de la norma, no

³³ Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco**. Pág. 19.

explica los casos que, siendo quebrantamiento de normas, carecen de punibilidad, como las causas de justificación, las de inculpabilidad y las de inimputabilidad.

- b) Teoría de la conducta injusta: lo antijurídico es lo injusto, de donde se deduce que los actos son un medio justo para un fin justo.

“Los comportamientos o conductas que no se fundamentan en medio justo no pueden tener una finalidad justa, pues se olvida que lo antijurídico debe contener conductas de tipo penal específico, además de que se podría confundir la antijuridicidad con culpabilidad”.³⁴

- c) Teoría del dualismo: el orden jurídico es de tipo cultural, lo que lleva implícito un régimen metajurídico necesario para establecer la antijuridicidad considerada como la infracción de las normas de cultura reconocidas por el Estado.

En efecto, al reducir las normas de cultura a las que solamente el Estado reconoce, no siempre se comprende de manera conceptual la cultura, pues los sistemas políticos utilizan el derecho estructuralmente y se orientan al resguardo de intereses que no responden a las reglas exactas del elemento dignificador de la población, manteniendo un régimen distinto al verdadero significado de la cultura.

³⁴ **Ibid.** Pág. 21.

Este significado, comprende la variedad y riqueza de la vida espiritual, las ideas más enaltecedoras, el humanismo que va transformando las sociedades al respecto de las sociedades regionales y sus relaciones, tomando en cuenta la naturaleza de cada comunidad y por lo consiguiente de conocimientos distintos que deben converger complementariamente y así lograr correlación entre las entidades y congruencia con la esencia de una finalidad valorativa y unitaria, respetando la diversidad.

- d) Teoría de la antijuridicidad: en épocas recientes se ha propuesto la teoría sobre un concepto jurídico de la antijuridicidad, enunciada como la contradicción a las normas objetivas del derecho, criterio que se fundamenta en que las normas legales conciernen a los intereses comunes, como son la cultura o la justicia; pero suponiendo que la coincidencia no se produzca, lo antijurídico será siempre lesión a las normas legales.

“Sobre la falta de coincidencia normativa y los intereses comunes, o sea la cultura y la justicia, se señala el cambio normativo o la sustitución por otra que responda a su congruencia pues no todo lo contrario al derecho es rechazado y sancionado, sino solamente lo que contenga antijuridicidad determinada por el tipo penal, aunque hay circunstancias que, siendo típicas, excluyen la antijuridicidad”.³⁵

³⁵ Pansini. **Ob.Cit.** Pág. 44.

Para esta teoría, entonces el hecho antijurídico ha de adaptarse al tipo penal; pero deben tomarse en cuenta las condiciones en que se produjo un acto excluyente de lo injusto.

En la antijuridicidad no basta la caución del resultado sin tomar en cuenta la persona activa, ya que la acción es antijurídica solamente cuando hay un fin y determinada conducta del momento, de donde la antijuridicidad en el reproche penal y lo injusto es lo relacionado al acto del agente.

En todo caso, la antijuridicidad, se define como toda manifestación, actitud o hecho que no esta en consonancia con los principios del derecho, o sea, lo opuesto al derecho vigente.

4.2. Dogmática jurídica y tipo penal

La dogmática jurídica enseña lo que es debido en base al derecho, es decir, que analiza lo que dice el derecho.

La dogmática jurídica, pues, averigua el contenido del derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza lo punible.

La misma esclarece conceptos, lo demarca con certeza para una adecuada aplicación del derecho penal, evitando ocurrencias, improvisaciones o arbitrariedades, de modo que los jueces no se valgan de lo causal o del azar, como dice el mismo autor.

Y es que si no se comprenden los lineamientos que circundan el tipo penal, no hay aplicación correcta para punir una conducta dada, ya que la dogmática obliga a su examen metódico y exacto; habrá por consiguiente una adaptación segura y cierta del derecho penal; pues cuando es obligada la sana crítica debe haber una elaboración conceptual para punir o absolver justificadamente, la decisión será altamente apropiada si se posee un nivel científico en el control preciso del tipo penal para llegar a resoluciones inobjetables, puesto que el tipo penal se resuelve sobre el principio de legalidad expresado en locuciones de seguridad, como la de que no hay delito sin pena sin ley previa, o no hay pena sin juicio garantista de la integridad moral y física del ser humano, lo que ha dado lugar a un postulado más claro, tomando el tipo como presupuesto general para poder proclamar: nullum crimen sine tipo.

4.3. Criterios

Históricamente la palabra tarbestand, originada de la expresión latina corpus delicti, fue, la que estableció el hecho delictivo interpretando y entendido como acción punible, y que hizo girar a un sistema que se compone de elementos previstos y otros que subyacen; pero necesarios para la interpretación de la figura descrita en la ley.

Esos elementos son de naturaleza subjetiva, que determinan la culpabilidad; los otros son de origen objetivo, y dan lugar a la antijuridicidad. La reunión de lo subjetivo y lo objetivo, encamina a la imagen unitaria, indivisibilidad sin la cual no habría especie delictiva, puesto que esa unidad origina el tipo que hace concluir, no en el hecho descrito y compuesto de elementos materiales para cada especie de delito, sino en el tipo o tipo regens que integra cada clase delictiva.

4.4. Integración del tipo

La integración del tipo se encuentra reunida de la siguiente forma:

- a) Tipo de delito: es la figura del hecho punible, que establece las especies de delitos en general.
- b) Tipo de lo injusto: o sea la conducta antijurídica de cada especie del delito en particular.
- c) Tipo de culpabilidad: consiste en el dolo que caracteriza el caso.
- d) Figura rectora: reunión objetiva o descriptiva de los tipos internos, lo injusto y la culpabilidad, es decir, el tipo por excelencia.
- e) Adecuación típica: es la acción misma y no la figura de cometer un delito.

- f) Tipicidad: es el elemento conceptual del delito relativo al razonamiento del acto, pero no a la adecuación de la acción.

El tipo es necesario, no importa el contenido legal adoptado, pues el mismo es ineludible para establecer un delito determinado y es el legislador quien lo debe fijar con exactitud en el denominado sistema de tipos legales, que abarca los presupuestos de cada delito, según los contenidos en la legislación respectiva. Pero, también puede proporcionar modelos o formas de los jueces para que de manera general apliquen el tipo.

“No deben confundirse los conceptos de tipicidad y tipo, pues la tipicidad no es una característica descriptiva del delito, porque lo descriptivo es el tipo y no puede haber descripción en la conducta ilegal asumida. El tipo es un indicio de la antijuridicidad, establece lo objetivo de algo punible, excepto que haya causa de justificación”.³⁶

El ordenamiento jurídico debe ser concreto en cuanto al contenido de las normas penales y precisar los comportamientos lesivos o prohibidos, así como establecer claramente la materia de la prohibición, concepto que toma el derecho natural escolástico de modo que los preceptos penales han de contener una descripción objetiva material de lo que no se permite hacer o, lo que es lo mismo, el modelo de conducta; de lo contrario se desvirtúa el principio de nulla poena sine lege, de manera que un hecho tiene que estar determinado por la ley, descrito exhaustivamente con la

³⁶ **ibid.** Pág. 33.

indicación de las características de la conducta delictiva para que sea punible, es decir, define como una figura consensual que describe mediante conceptos generales posibles formas de conducta humana.

Esta conducta, por supuesto, tiene que ser prohibida y la antijuridicidad y la culpabilidad deben estar concretadas en tipos generales.

La opinión más aceptada en la doctrina penal, es la que toma al tipo como resultado de la elaboración del legislador, imaginada o fundada en la realidad; de ello resulta el juicio de la tipicidad, que es la correspondencia o no de la conducta descrita por el legislador y que, en caso afirmativo, se coloca en la tipicidad.

4.5. Análisis legal del poder de exclusión de la antijuridicidad de conductas típicas, de su importancia y fundamentación jurídica

Es fundamental el análisis jurídico del poder de exclusión de la antijuridicidad de conductas típicas, su importancia y fundamentación jurídica en la legislación penal de la sociedad guatemalteca.

Las clases del tipo penal se han hecho derivar en dos direcciones. En primer lugar, se toma en cuenta una misma de sus características o elementos. En otra corriente, se agrupan esas características.

Cuando se analiza el tipo legal en una sola particularidad, las clases se han expuesto tomando el bien jurídico. La división es de tipo simple, cuando se refiere a la protección de un mismo bien jurídico; y tipo complejo, cuando hay un bien jurídico tutelado. Si es en relación al sujeto activo, se llama tipo común, que no contiene especificación, de modo que comprende a todo agente, el contrario del tipo especial, referido de manera propia a actor. Hay también tipo subjetivo y tipo plurisubjetivo, si se trata, respectivamente, de un mismo agente o varios.

Cuando se hace relación al sujeto pasivo, el tipo será impersonal, o sea, de cualquier delito y cualquier persona, es decir, que no hay especificaciones, y será personal si las contiene. También está el tipo monosubjetivo, o sea un mismo sujeto y plurisubjetivo si son varios.

Respecto a los delitos, los tipos son: de acción, de omisión, de doble acción o de doble omisión, combinados de acción y omisión; el clásico tipo de dolo o culpa; unisubsistentes o de una misma acción y plurisubsistentes si son varias, instantáneos, que pueden ser con efectos permanentes; de efecto material y de simple comportamiento.

De los tipos considerados por sus múltiples elementos o presupuestos, los hay registrados en forma vinculante o conjunta o bien, de manera disyuntiva, por consiguiente, la clasificación los enumera en tipos fundamentales, que son indispensables en todo hecho punible; pero que pueden hacer surgir otros tipos; tipo

especial, cuando es propia o sustituye características al fundamental, tipo complementario, el que resulta subordinado al fundamental.

Los tipos especial y fundamentado serán calificados si causan agravante en al sanción y serán privilegiados cuando la atenúan. Todas estas clases de tipo, reunidas por medio de las varias etapas del derecho penal, se han derivado de formas jurídicas de prohibición que contienen, naturalmente, la punibilidad, y que se han redactado en descripciones o tipos de los que es ilícito.

Varias son las etapas en las consideraciones del tipo penal, siendo las mismas las siguiente:

- a) Fase de la independencia: posiblemente sea el periodo tradicional y considera a la tipicidad como función descriptiva, sin que tenga relación con la antijuridicidad y la culpabilidad.

El tipo, aquí, es parte de la ley penal que reprime las acciones típicas, respondiendo a los enunciados que expone la ley.

Los dos elementos en que descansa toda conducta reprochable son el tipo y la norma, pues el tipo describe y la norma valora, según los seguidores esta etapa.

Afirman además, que la acción típica y la acción antijurídica no son lo mismo, ya que son autónomas, porque una acción es típica cuando se ajusta a la descripción en el precepto; pero no será antijurídica si hay causas de justificación.

También, se hace la separación entre tipicidad y culpabilidad, considerándose que la tipicidad es un hecho que no decide el dolo o la culpa, puesto que el hecho cometido tiene un tipo relacionado lógicamente, lo cual asegura que esa separación es igualmente unitaria de las circunstancias del delito en correspondencia con el tipo penal para clasificar los actos, como definir si hay consumación o tentativa.

- b) Fase de lo indiciario: la tipicidad no es una descripción, porque tiene carácter indiciario, sobre todo en relación a la antijuridicidad. La tipicidad, es primer presupuesto de la pena, mientras que la antijuridicidad es lo segundo, de modo que se toma a la tipicidad como indicio de la antijuridicidad, por lo que la misma es el factor que hace posible la antijuridicidad.
- c) Fase de la ratio efendi de la antijuridicidad: tiene al delito como un hecho antijurídico; pero al mismo tiempo típicamente antijurídico, puesto que si la conducta punible no es normada oficialmente, no es una acción antijurídica, siendo necesario que se describa en la ley como tipo especial, es decir una conducta tipificada en el contenido de la norma.

“La tipicidad va más allá del indicio como ratio cognoscendi de la antijuridicidad, que es un elemento del delito; pero no es característica del tipo, ya que, como han dicho otras corrientes, hay acciones que no son antijurídicas, de tal manera que la tipificación es ineludible para la concreción de lo antijurídico”.³⁷

Pero en otras etapas en el proceso del tipo, se encuentra la figura rectora de para quien el tipo es la imagen que dirige cada clase de delito, es el tipo regens que inspiró a muchas corrientes modernas.

Por otra parte, hubo históricamente una opinión conocida como de la fase destructiva, propia de regímenes políticos autoritarios, siendo ejemplo de ello el nacionalismo o nazismo. El delito significaba desorden cuando atentaba contra la comunidad. Los juicios de valoración moral o jurídica, eran rechazados, pues se castigaba, no la conducta subjetiva, sino la voluntad, sin necesidad de una manifestación externa. Se penaba, pues, el pensamiento, las ideas, como sucedió también en muchos países de América a lo largo del siglo XX.

- d) Fase actual: la exigencia conceptual del derecho es, contemporáneamente, un debate de juristas y politólogos para establecer un orden jurídico de proyección social en un régimen estatal de naturaleza humanitaria y, desde luego, un derecho penal que corresponda a esas características para obtener, utilizando la expresión de sus impulsores, un Estado social y democrático de derecho,

³⁷ Roxin. **Ob.Cit.** Pág. 11.

síntesis de una serie de gobiernos que se ligan a los requerimientos populares, resolviendo positivamente las necesidades inmediatas y contingentes de la sociedad.

El delincuente es una persona débil y necesita, con urgencia, de tratamiento terapéutico; pero también hay obligación oficial de proteger a la sociedad de conductas lesivas, o sea lo que para este autor fundamente la teoría unificadora dialéctica, en relación a la unidad de los sistemas políticos concretamente el liberal y el democrático que todavía no se consigue plenamente.

La labor legislativa debe tener fundamento en la realidad, respetando la necesidad del conglomerado al que va aplicarse la norma, examinándose los hechos de manera concreta para la producción legal que, incluso, ha de prevenir anomias o darles solución si aparecen.

La legislación penal debe sustentarse en los hechos que arriesgan los intereses y valores comunes, despenalizando actos que no representan peligro a los principios sociales. Sin embargo, son los gobernantes los que están obligados a mantener la honestidad y el ejemplo de íntegra probidad.

De todos modos, los enunciados penales deben registrar con precisión lo que es punible, siendo necesario calificar conductas de consecuencia jurídica que conduzcan a la prohibición y establecer lo que es delito o acto antisocial, que es la fuente real, sin la

protección de intereses peculiares que conducen a la impunidad, sobre todo de funcionarios públicos, ya sea de elección o de nombramiento.

A la unidad en el tipo penal le corresponde registrar lo injusto, ya que el tipo total encaja en lo injusto del tipo, pues, como él señala, resulta que si alguien obra típicamente pero justificadamente, obraría en forma antijurídica, de modo que para el tipo total una acción típica es siempre antijurídica.

La noción de tipo es el fundamento para una concepción de delito en forma teleológica para analizar lo injusto culpable, según las características del delito.

No se trata de un tipo en sentido material que conduce a la concepción clásica del tipo, sino principalmente, a la consideración moderna referida a valores para aparecer el comportamiento que merece castigo.

El delito surge si hay tipicidad, la cual consiste en la correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito, explicándose en que para cada elemento del tipo legal y los contenidos de delito debe estar presente la satisfacción gramatical del mismo y en cada contenido del delito debe haber elementos del tipo para concretarlo, lo que significa que la conducta determina los elementos del acto dañoso, y el contenido o descripción legal decide los presupuestos del delito, enumerándolos en:

- a) Deber jurídico penal típico.
- b) Bien jurídico típico.
- c) Sujeto activo típico, con descripción particular, o sea la calidad específica del agente, funcionario o pariente.
- d) Sujeto pasivo típico.
- e) Objeto material típico: presupuesto que de no satisfacerse da lugar a la atipicidad, de donde un deber jurídico penal contiene prohibición de hacer o no hacer y, por lo tanto está determinado por el tipo, según sus presupuestos.

El tipo, entonces, es la descripción objetiva, exhaustiva y exacta de la prohibición legal, con expresión de las características de la conducta lesiva, de modo que al establecerse fielmente los requisitos sociales de seguridad individual y colectiva, de defensa contra el crimen y su prevención.

Se debe castigar a quien infrinja culpablemente los principios fundamentales del orden social democrático a manera de que cualquiera sepa qué es lo permitido, lo que puede hacer o no hacer, y que los jueces puedan distinguir lo que deben sancionar, por lo que es imprescindible depurar las disposiciones legales y adecuar el tipo penal con opiniones y exigencias de la sociedad civil.

El derecho penal es una de las ramas del derecho más estrechamente ligado a los valores del conjunto de ciudadanos y son ellos quienes, en definitiva, deben configurar la política criminal de una sociedad.

En la dogmática jurídico penal, se emplea tanto el término antijurídico como el de injusto. Pero, ambos tienen que diferenciarse debido a que la antijuricidad es un predicado de la acción, o sea, el atributo con el que se califica la acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico.

A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico, se le llama antijuricidad formal.

El Artículo 24 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República regula:

“Son causas de justificación:

Legítima defensa:

1º. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima.
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.
- c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretenda entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su

actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinato, de sus padres o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Estado de necesidad:

2º. Quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro, no causado por él voluntariamente, ni evitable de otra manera, siempre que el hecho sea en proporción al peligro.

Esta exención se extiende al que causare daño en el patrimonio ajeno, si concurrieren las condiciones siguientes:

- a) Realidad del mal que se trata de evitar.
- b) Que el mal sea mayor que el que se cause para evitarlo.
- c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

No puede alegar estado de necesidad, quien tenía el deber legal de afrontar el peligro o sacrificarse.

Legítimo ejercicio de un derecho:

3º. Quien ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en ejercicio legítimo del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que preste a la justicia”.

Al lado de la valoración de resultados, en cuanto al bien jurídico dentro del ordenamiento, también hay determinadas reglas jurídicas que valoran positivamente

una constelación de circunstancias que se dan en el ámbito social, que recortan los tipos legales y que acompañan a la acción típica llevada a cabo.

Desde un punto de vista político-criminal normativo, al derecho le interesa evitar cualquier lesión a otro sujeto. La norma prohibitiva por su carácter específico, excepcional y puntual, tiene una determinada inflexibilidad absoluta y valorativa.

Las causas de justificación son: legítima defensa, estado de necesidad y legítimo ejercicio de un derecho.

- a) Legítima defensa: consiste en una de las instituciones más antiguas y elaboradas del derecho penal. Se puede definir como el derecho del individuo a rechazar con la fuerza las agresiones injustas, cuando el Estado es impotente para proteger el derecho.

Dentro del plano psicológico, la defensa encuentra su explicación en el instinto de conservación. En el ámbito del derecho, la impunidad del acto ejecutado por necesidad defensiva se funda en la carencia de antijuricidad, por la índole del móvil.

Externamente el hecho cumplido en defensa legítima o justa acusa los lineamientos de un delito, debido a que encaja de forma objetiva a la descripción de la ley penal. Pero, no es criminoso o ilícito por ausencia del elemento

antijurídico, por no ser contrario al derecho sino conforme a él. Quien defiende sus derechos de injustas agresiones, no únicamente ofende a la sociedad, sino que coopera al mantenimiento de éste.

En principio, la función tutelar de los derechos compete al Estado y nadie puede hacerse justicia por su propia mano. Más cuando en determinadas circunstancias la autoridad es impotente para prestar esa protección, se legitima por la misma ley la defensa privada, que entra en sustitución de la pública.

La verdadera legítima defensa es objetiva o real, es decir, se ejercita siempre para repeler una violencia grave e injusta que materialmente existe.

La defensa putativa es la creencia que existe de ser atacado y que de forma subjetiva hace pensar que es necesaria la defensa.

Para que haya legítima defensa putativa, se necesitan los mismos requisitos exigidos para la legítima defensa real, con la diferencia de que en ella la violencia apenas existe en la mente del sujeto, por un error de hecho imputable en la interpretación de un gesto, actitud, movimiento o circunstancia inofensiva.

En la verdadera legítima defensa la necesidad defensiva es real, en tanto que en la legítima defensa putativa la necesidad es supuesta o presunta.

La legítima defensa privilegiada ocurre cuando el defensor rechaza al que pretende entrar o ha entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores.

- b) Estado de necesidad: necesario es para el hombre, lo que no puede evitar o lo que no puede hacer de otra manera. El hecho necesario, es por tanto un problema de exigibilidad objetiva y general, no de mera motivación. Se trata, no de una causa de inculpabilidad sino de justificación. En virtud de la misma, se permiten jurídicamente los daños que se ocasionan a bienes jurídicos ajenos, para evitar un daño superior o al menos igual a un bien jurídico propio o de terceros.

Al lado de la legítima defensa, el estado de necesidad hace parte, en el campo penal, de los derechos de necesidad, consistentes fundamentalmente en la posibilidad jurídica de afectar o intervenir los bienes ajenos o disponer de ellos, o bien de incumplir ciertos deberes jurídicos, dentro de los límites de lo necesario.

- c) Legítimo ejercicio de un derecho: es indudable que si se ejerce una actividad autorizada o permitida legalmente, no se puede atraer la sanción penal, de tal manera que lo que debe determinarse es cuánto jurídicamente está permitida la realización de un acto que tiene perfiles delictivos, ya que al realizarse en el ejercicio legítimo del cargo público que se desempeña, de la profesión a la que

se dedica, de la autoridad que se ejerce, y aún, de la ayuda que se presta a la justicia, se torna en jurídica al desaparecer la antijuricidad de la conducta realizada.

El presupuesto indispensable para que se produzca la justificación del acto, es la legitimidad de su ejercicio, lo cual significa que la actividad realizada por el sujeto activo, debe necesariamente estar enmarcada dentro de los límites legales, es decir, dentro de los derechos, obligaciones y deberes del cargo, señalados por la ley, por los reglamentos o por cualquiera otra clase de disposiciones pronunciadas dentro de los límites correspondientes.

Las causas de justificación representan un aspecto negativo del delito, debido a que mediante la antijuricidad, la acción realizada a pesar de su apariencia resulta ser conforme al derecho. A las mismas, también se les denomina justificantes, causas eliminatorias de la antijuricidad o causas de licitud.



CONCLUSIONES

1. El desconocimiento de que la antijuricidad es un juicio negativo de valor que recae sobre el comportamiento humano, que indica que el mismo es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico, no permite la clarificación de que no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante, de acuerdo a la legislación penal guatemalteca.
2. El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico, debido a que a diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no es un concepto específico del derecho penal, sino un concepto unitario y válido para todo el ordenamiento, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.
3. El derecho penal no crea la antijuricidad, sino que selecciona por medio de la tipicidad una parte de los comportamientos antijurídicos generalmente conminados con una pena, en donde la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico y se constata la culpabilidad del autor del hecho típico y antijurídico.

4. La falta de un análisis jurídico, legal y dogmático en relación a que a la ciencia del derecho penal le es correspondiente ocuparse de lo que significa el poder de exclusión de la antijuricidad, o sea, de las causas de justificación no ha permitido el pleno conocimiento de las conductas típicas, de su importancia y fundamentación jurídica en la legislación penal guatemalteca.

RECOMENDACIONES

1. El Ministerio Público, debe señalar el actual desconocimiento de que la antijuricidad consiste en un juicio negativo de valor, que recae sobre el comportamiento del ser humano, que señala que el mismo es adverso a lo exigido en el ordenamiento legal, siendo ello lo que no puede permitir la clarificación de que no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante.
2. La Corte Suprema de Justicia, tiene que señalar que el término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción que se lleva a cabo y las exigencias legales, debido de que a diferencia de lo ocurrido con otras categorías de la teoría del delito, la antijuricidad no puede ser un concepto específico del derecho penal, sino un concepto unitario para todo el ordenamiento, aunque tenga consecuencias distintas.
3. Las autoridades del país, deben establecer que el derecho penal no crea la antijuricidad, sino que selecciona la tipicidad de una parte de los comportamientos antijurídicos que por lo general son conminados con una pena, en donde la realización de un hecho típico, puede generar sospechas de que es antijurídico y que se puede constatar la culpabilidad del autor del hecho típico y antijurídico.

4. Los medios de comunicación escritos como la Prensa Libre y el Siglo Veintiuno, tienen que indicar que la falta de un análisis jurídico, en cuanto a que a la ciencia del derecho penal le corresponde ocuparse del poder de exclusión de la antijuricidad, o sea de las causas de justificación, no ha podido permitir el conocimiento certero de las conductas típicas, de su importancia y fundamentación jurídica.



BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1981.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos del derecho penal**. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 2007.
- CEREZO MIR, José. **Problemas fundamentales del derecho penal**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1982.
- CÓRDOVA ANGULO, Miguel. **Derecho penal**. Madrid, España: Ed. Depalma, 1993.
- DEL RÍO, Raymundo. **Explicaciones de derecho penal**. Madrid, España: Ed. Nacimiento, 1985.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho penal liberal de hoy**. Barcelona, España: Ed. Jurídica Ibañez, 2002.
- FERRAJOLI, Luis. **Teoría del garantismo penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Trota, 1997.
- GOLDSTEIN, Raúl. **Diccionario de derecho penal y criminología**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Castrea, 1987.
- GÓMEZ, Eusebio. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Editores, 1989.



GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **Derecho penal mexicano**. México, D.F.: Ed. Porrúa, 1983.

GRISPIGNI, Filipo. **Derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1989.

HASSEMER, Wilhem. **Fundamentos de derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Hermes, 1980.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Introducción a la imputación objetiva**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídica, S.A., 1996.

MALDONADO AGUIRRE, Alejandro. **El delito**. Guatemala: Ed. José de Pineda Ibarra, 1983.

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

MARQUÉZ PIÑERO, Rafael. **Derecho penal**. México, D.F.: Ed. Trillas, 1986.

MIR PUIG, Santiago. **Tratado de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Tecfoto, S.A., 1998.

MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Impresiones Gardisa, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**. Bogotá, Colombia: Ed. Lerner, 1986.

PANSINI, Gustavo. **Lecciones de derecho penal**. México, D.F.: Ed. Boyacá, 1994.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1999.

SAAVEDRA, Edgar. **Derechos humanos y derecho penal**. Guatemala: Ed. Gustavo Ibañez, 1994.



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.

Código Procesal Penal. Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

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