

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



**ANÁLISIS LEGAL DEL ELEMENTO INTELECTIVO Y VOLITIVO DEL DOLO PARA
LA CLARA DETERMINACIÓN DEL SIGNIFICADO ANTIJURÍDICO DE LAS
CONDUCTAS CRIMINALES EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO**

RICARDO DANIEL GRAJEDA IZAGUIRRE

GUATEMALA, MARZO DE 2014

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

**ANÁLISIS LEGAL DEL ELEMENTO INTELECTIVO Y VOLITIVO DEL DOLO PARA
LA CLARA DETERMINACIÓN DEL SIGNIFICADO ANTIJURÍDICO DE LAS
CONDUCTAS CRIMINALES EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RICARDO DANIEL GRAJEDA IZAGUIRRE

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2014

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

DECANO: MSc. 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. Emilio Gutiérrez Cambranes
Vocal: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario: Lic. Héctor René Granados Figueroa

Segunda Fase:

Presidente: Lic. David Sentés Luna
Vocal: Lic. César Gabriel Siliezar García
Secretario: Lic. Héctor David España Pinetta

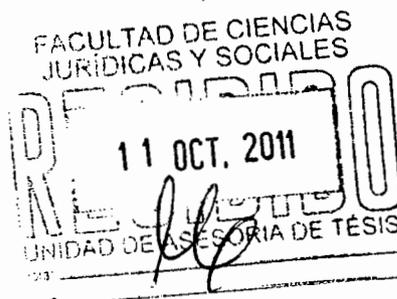
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Licenciado
Hernán Leonel Echeverría Flores
Abogado y Notario

Guatemala, 10 de octubre de 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Tengo el honor de comunicarle que de conformidad con la resolución de la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha siete de junio del año dos mil once, asesoré la tesis del bachiller Ricardo Daniel Grajeda Izaguirre, quien se identifica con el carné 200312036 y se titula: **“ANÁLISIS LEGAL DEL ELEMENTO INTELECTIVO Y VOLITIVO DEL DOLO PARA LA CLARA DETERMINACIÓN DEL SIGNIFICADO ANTIJURÍDICO DE LAS CONDUCTAS CRIMINALES EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO”**. Después de la asesoría prestada, me es grato darle a conocer lo siguiente:

- a. El contenido científico y técnico de la tesis señala un análisis amplio y profundo de los elementos jurídicos que informan el elemento intelectual y volitivo del dolo en el derecho penal de Guatemala.
- b. Los métodos empleados fueron: el analítico, con el que se dio a conocer el dolo; el sintético, determinó sus elementos; el inductivo, señaló los hechos criminales y el deductivo, indicó su regulación legal. El procedimiento para la elaboración de la misma incluyó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental, con las que se recolectó la información actualizada y suficiente.
- c. La redacción que se utilizó para el desarrollo de la tesis fue la adecuada, siendo la misma de una fácil comprensión tanto para estudiantes como para profesionales del derecho y constituye un aporte valioso para la bibliografía del país.
- d. Los objetivos se alcanzaron al establecer la importancia de la teoría general del delito y su importancia en la interpretación de los ilícitos criminales en Guatemala.



Licenciado
Hernán Leonel Echeverría Flores
Abogado y Notario

- e. Las conclusiones y recomendaciones son relacionadas entre sí y con los capítulos de la tesis. Durante la asesoría de la misma, le sugerí al sustentante diversas correcciones al contenido y a las recomendaciones, siempre bajo el respeto de su posición ideológica; encontrándose conforme con las enmiendas sugeridas.
- f. La bibliografía utilizada es la adecuada y personalmente me encargue de orientar al sustentante durante las etapas correspondientes al proceso de investigación, utilizando la metodología adecuada, la cual comprueba la hipótesis formulada que determinó el elemento intelectual y volitivo del dolo para la clara determinación del significado antijurídico de las conductas antijurídicas en el derecho penal.

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

Muy atentamente.

Licenciado
Hernán Leonel Echeverría Flores
Abogado y Notario

Lic. Hernán Leonel Echeverría Flores
Asesor de Tesis
Col. 9,228
11 calle 14-81 "B" zona 6
Tel: 54823686



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, catorce de octubre de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **GLADYS ELIZABETH MONTERROSO VELASQUEZ DE MORALES**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **RICARDO DANIEL GRAJEDA IZAGUIRRE**, Intitulado: **“ANÁLISIS LEGAL DEL ELEMENTO INTELECTIVO Y VOLITIVO DEL DOLO PARA LA CLARA DETERMINACIÓN DEL SIGNIFICADO ANTIJURÍDICO DE LAS CONDUCTAS CRIMINALES EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO”**.

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



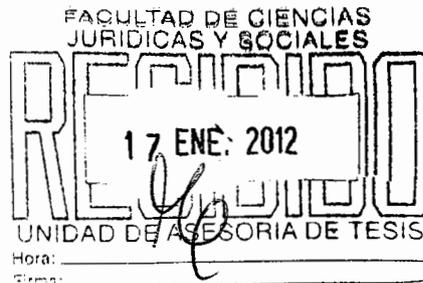
cc.Unidad de Tesis
CMCM/ jrveh.



Licda. Gladys Elizabeth Monterroso Velásquez de Morales
Abogada y Notaria
Colegiada 5956

Guatemala, 03 de noviembre del año 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro Monroy:

Hago de su conocimiento que de conformidad con el nombramiento recaído en mi persona, de fecha catorce de octubre del año dos mil once, en el que se me nombró revisora de tesis del bachiller Ricardo Daniel Grajeda Izaguirre, revisé el trabajo de tesis que se intitula: **“ANÁLISIS LEGAL DEL ELEMENTO INTELECTIVO Y VOLITIVO DEL DOLO PARA LA CLARA DETERMINACIÓN DEL SIGNIFICADO ANTIJURÍDICO DE LAS CONDUCTAS CRIMINALES EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO”**. Después de la revisión encomendada, le doy a conocer:

- a) El sustentante utilizó un contenido técnico y científico adecuado, mediante la obtención de la información jurídica y doctrinaria correcta. Además, empleó un lenguaje apropiado y acorde; haciendo uso de los distintos pasos correspondientes al proceso de investigación.
- b) En el desarrollo de la tesis, fueron empleados los métodos de investigación que a continuación se detallan: analítico, con el que se estableció la importancia del dolo; el sintético, indicó sus características; el inductivo, dio a conocer sus efectos y el deductivo, indicó su regulación legal.
- c) Las técnicas de investigación utilizadas en la misma fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó la suficiente información doctrinaria y jurídica para su posterior desarrollo.
- d) En cuanto a la redacción, la misma se adapta por completo a los capítulos. La hipótesis formulada, comprobó fehacientemente la importancia de analizar el elemento intelectual y volitivo del dolo.
- e) El contenido técnico y científico de la tesis, indica los fundamentos jurídicos que informan el tema investigado. Los objetivos dieron a conocer lo esencial de analizar las conductas criminales.

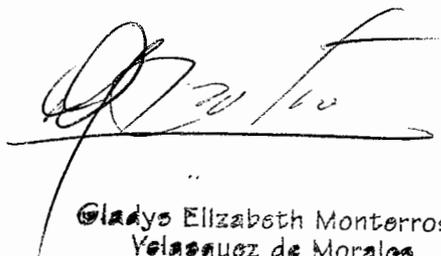


Licda. Gladys Elizabeth Monterroso Velásquez de Morales
Abogada y Notaria
Colegiada 5956

- f) La tesis contribuye de manera científica a la ciudadanía guatemalteca y es de útil consulta para estudiantes y profesionales, y en ella se señala un extenso contenido relacionado con la problemática existente.
- g) En relación a las conclusiones y recomendaciones, se redactaron sencillamente y constituyen supuestos válidos que definen lo esencial del estudio dogmático del dolo y de las conductas criminales de conformidad con el derecho penal guatemalteco.
- h) Se utilizó una bibliografía adecuada y actualizada. Al sustentante le indiqué la necesidad de llevar a cabo distintas correcciones a su introducción, índice, capítulos y bibliografía; encontrándose de acuerdo en llevar a cabo las correcciones sugeridas.

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

Atentamente.



Gladys Elizabeth Monterroso
Velásquez de Morales
Abogada y Notaria

Licda. Gladys Elizabeth Monterroso Velásquez de Morales
Revisora de Tesis
Colegiada 5956
12 calle 1-25 zona 10 Edificio Géminis 10 tercer nivel oficina 312
Tel. 23380330



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 30 de enero de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante RICARDO DANIEL GRAJEDA IZAGUIRRE, titulado ANÁLISIS LEGAL DEL ELEMENTO INTELECTIVO Y VOLITIVO DEL DOLO PARA LA CLARA DETERMINACIÓN DEL SIGNIFICADO ANTIJURÍDICO DE LAS CONDUCTAS CRIMINALES EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/silh.



Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por guiarme y permitirme culminar una de mis metas.
- A MIS PADRES:** Herminia Mercedes Izaguirre Barillas y Neri Augusto Grajeda Salas, por forjar mi futuro.
- A MI ESPOSA:** Neyda Merari Sánchez Pazos, por ser la mujer que amo y mi ayuda idónea en todo momento.
- A MIS HIJOS:** Ricardo David y Jorge Mario, por ser mi mayor inspiración en la vida.
- A MI HERMANO:** Nery David Grajeda Izaguirre, por ser una persona que admiro y estimo.
- A MI TIA:** Francisca Esther Izaguirre Barillas, por ser parte de mi formación.
- A MIS AMIGOS:** Víctor Hernández, Miguel Ramírez, Mynor Gutiérrez, Oscar Balañá, César Gatica, Ciro Juárez, Leslie Reyes, por brindarme siempre su apoyo incondicional.



A:

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



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Definiciones subjetivas y objetivas del derecho penal.....	2
1.2. Diversas denominaciones.....	2
1.3. Caracteres.....	4
1.4. Naturaleza jurídica.....	5
1.5. Elementos y método.....	6
1.6. Sistemática jurídica.....	7
1.7. Fuentes del derecho penal.....	7
1.8. Relación del derecho penal con otras ramas.....	9

CAPÍTULO II

2. Principios del derecho penal.....	13
2.1. Principio de legalidad.....	15
2.2. Principio de intervención mínima.....	19
2.3. Proporcionalidad de las penas.....	25
2.4. Principio de culpabilidad.....	29
2.5. Principio de personalidad de las penas.....	30



CAPÍTULO III

3. El delito.....	33
3.1. Concepto y definición del delito.....	33
3.2. Sujetos.....	34
3.3. La acción.....	36
3.4. Tipicidad.....	36
3.5. Antijuricidad.....	36
3.6. Culpabilidad.....	37
3.7. La pena.....	37
3.8. Evolución histórica del concepto de delito.....	38
3.9. Cumplimiento de la ley o de un deber.....	40
3.10. Generalidades.....	42
3.11. Forma de persecución del delito.....	46
3.12. Clasificación de los delitos en función de su materia.....	46

CAPÍTULO IV

4. Criminalidad.....	49
4.1. Socialización, resocialización y control social.....	50
4.2. Política criminal y control social.....	52
4.3. Conceptualización de control social.....	53
4.4. Perfiles del control social.....	54
4.5. La reacción formal ante el delito.....	57
4.6. El sistema penal como forma de reacción social ante la criminalidad.....	59



CAPÍTULO V

5. El elemento intelectual y volitivo del dolo para la clara determinación del significado antijurídico de las conductas criminales en el derecho penal.....	65
5.1. Naturaleza y función.....	66
5.2. Tipicidad y tipo.....	68
5.3. Relación entre tipo y antijuricidad.....	69
5.4. Antijuricidad formal y material.....	70
5.5. Estructura del tipo.....	72
5.6. Estudio legal del elemento intelectual y volitivo del dolo para la clara determinación del significado antijurídico de las conductas criminales.....	76
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89



INTRODUCCIÓN

Se seleccionó el tema de la tesis, debido a la importancia legal de analizar jurídicamente el elemento intelectual y volitivo del dolo para determinar claramente el significado antijurídico de las conductas criminales en el derecho penal guatemalteco.

La antijuridicidad es aquel desvalor que posee un hecho típico contrario a las normas del derecho en general, no solo al ordenamiento penal. Es lo contrario a derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por el ordenamiento, no protegida por causas de justificación.

La realidad contradictoria entre el deber ser y el ser del sistema penal genera falta de legitimidad en el mismo, lo que constituye una de las críticas más importantes y reiterativas al control de las conductas criminales. Otra de las razones de incriminación del ejercicio de la justicia penal, radica en que el desempeño de la función retributiva o represiva implica la imposición de un sufrimiento doloroso al penado y colateralmente a su familia y otros individuos asociados al mismo.

Los objetivos de la tesis, dieron a conocer que los representantes de la dogmática penal partidarios del recrudescimiento de la pena privativa de libertad parecen desconocer que a pesar de todas las sanciones penales aplicadas hasta el momento, la cuota de reincidencia delictiva permanece extraordinariamente alta; por ello con razón se afirma



que la variante de reacción social caracterizada por el aumento indiscriminado del riesgo penal solo conduciría a un sobredimensionamiento del sistema de justicia, sin la correspondiente reducción de las conductas criminales y antijurídicas.

La hipótesis formulada, se comprobó y dio a conocer que el dolo es la voluntad deliberada o elemento volitivo de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud o elemento intelectual, intelectual o cognitivo. En los actos jurídicos, el dolo implica la voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída.

Al desarrollar la tesis se emplearon los siguientes métodos: analítico e inductivo. Las técnicas utilizadas fueron la documental y de fichas bibliográficas. La tesis se dividió en cinco capítulos: el primer capítulo, indica el derecho penal, definiciones, caracteres, naturaleza jurídica, elementos, sistemática jurídica, fuentes y relación con otras disciplinas jurídicas; el segundo capítulo, establece los principios del derecho penal: legalidad, intervención mínima, proporcionalidad de la pena, culpabilidad y personalidad de las penas; el tercer capítulo, establece, el delito, concepto, sujetos, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, la pena, evolución histórica y generalidades; el cuarto capítulo, analiza las conductas criminales, socialización, resocialización y control social; y el quinto capítulo, estudia el elemento intelectual y volitivo del dolo para la determinación del significado antijurídico.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

La ciencia del derecho penal es el conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento del delito, del delincuente, y de la reacción social que ambos provocan, conocimientos de los que, sistemáticamente estructurados, se deducen principios y leyes generales.

El delito es una conducta humana, sobre la que recae una sanción de carácter criminal. El delincuente es una persona natural, que reúne las condiciones necesarias para responder ante el poder público. La reacción social, es el movimiento de la sociedad afectada por el delito que se traduce en una sanción.

“Derecho penal es un conjunto de normas y disposiciones jurídicas, que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo asociado a la infracción de la norma”.¹

Es la rama del ordenamiento jurídico, que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción, en donde se contemplan los dos principales aspectos del derecho penal: la determinación de los hechos delictivos y su sancionabilidad.

¹ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 84.



1.1. Definiciones subjetivas y objetivas del derecho penal

Las subjetivas centran la definición en el jus puniendi o poder de castigo del Estado. Mencionan el contenido substancial, o sea, valores e intereses que las normas tutelan. Así, el derecho penal es el derecho de castigar que tiene el Estado como facultad pública de definir delitos y fijar sanciones que le son aplicables. Es la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles.

Las definiciones subjetivas de derecho penal adolecen de circunscribir la disciplina a la facultad de castigar a los autores de infracciones punibles; pero omite la expresión de que el derecho penal debe señalar, en primer término, cuáles son las infracciones punibles.

“Las definiciones objetivas se refieren al conjunto de normas que promulga el Estado para combatir el delito y de las mismas se establece que el derecho penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho y la pena como legítima consecuencia”.²

1.2. Diversas denominaciones

Las denominaciones que recibió el derecho penal fueron:

² Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**. Pág. 33.



- Derecho criminal: para denotar que el interés principal es el autor del delito.
- Derecho represivo o sancionador: para determinar el carácter punitivo de este derecho.
- Derecho de prevención: para denotar que este derecho tiene normas jurídicas de conductas prohibidas.
- Derecho protector de la sociedad: para designar que el delito constituye una afrenta a la sociedad y que este derecho lo protege.
- Derecho de lucha contra el crimen: para nombrar que es en base a este derecho se sanciona el delito.
- Derecho protector de criminales: se denomina así para significar que este derecho es un límite contra la venganza privada o pública de la sociedad.
- Derecho de la defensa social: nombre que se le dio por utilizar junto a la pena otras medidas para defender la sociedad, esta denominación tiene origen en la Escuela Positivista.
- Antropología criminal: llamado así por los positivistas porque dan una mayor importancia a la sociedad como medio, en relación al delito.



- Derecho penal: utilizado por primera vez en 1756 por Regnerur Engelhard para resaltar su carácter punitivo.
- Derecho criminal: en los países anglosajones se impuso la denominación anotada.

1.3. Caracteres

El derecho penal es:

- a) Público: solo el Estado puede sancionar con una pena de carácter criminal.
- b) Único y exclusivo: nadie puede hacer justicia por sus propias manos.
- c) Regulador de las relaciones del individuo con el Estado: solo este puede calificar una conducta como delito.
- d) Normativo: porque trata de adecuar la conducta del individuo a los fines del Estado. Uno de esos fines es atenuar la criminalidad.
- e) Valoratorio: porque la conducta cae dentro de un valor o un antivalor, estos valores cambian según el tiempo y el espacio geográfico.



- f) Finalista: porque el fin del derecho penal es prevenir la ilicitud. Se confunde, el derecho de castigar del Estado, de ahí que la sanción pueda ser retributiva, expiatoria o de enmienda.

1.4. Naturaleza jurídica

Existen dos corrientes: para unos el derecho penal es sancionadora y para otros es constitutiva.

“Algunos parten de la unidad entre la norma y la ley, dicen que la naturaleza del derecho penal es constitutiva porque protege bienes jurídicos propios que no están definidos en otros sectores del derecho, como por ejemplo el derecho a la vida se protege desde antes del nacimiento, después del nacimiento y durante la vida”.³

Es el único sector del derecho que crea un bien y lo protege. Sus seguidores parten de la base ontológica de la división entre la norma y la ley y dicen que el derecho penal es sancionador.

Lo anotado, porque el derecho penal no crea normas jurídicas ni crea bienes propios dignos de tutela, solo se limita a garantizar bienes jurídicos que ya están definidos, por ejemplo la propiedad en el derecho civil y las libertades en el derecho constitucional.

³ Carrancá y Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano**. Pág. 50.



1.5. Elementos y método

Para la Escuela Clásica los elementos del derecho penal son el delito y la pena. Para los positivistas son el delincuente, el delito y la pena, en ese orden.

Actualmente se aceptan los tres, pero el estudio del delincuente es puramente jurídico, evitando caer en exageraciones positivistas.

El método del derecho penal es el técnico jurídico, que en su aplicación cuenta con tres fases en correcto equilibrio:

- a) De la interpretación: el científico recolecta datos para obtener el sentido de la norma jurídica positiva por la captación del fin que persigue.
- b) Fase dogmática: se elabora un sistema coordinado de principios extraídos del ordenamiento jurídico.
- c) Fase de la crítica: es la proposición de reformas o crítica jurídica y la incorporación de nuevas instituciones.

Las dos primeras permiten conocer como es el derecho positivo, la última permite determinar como debe ser.



1.6. Sistemática jurídica

La escuela clásica impuso el sistema bipartito: parte general y parte especial. Lo que no está en la dogmática debe estudiarse en una introducción, para así comprender claramente las funciones del derecho penal.

1.7. Fuentes del derecho penal

La fuente del derecho, es aquello de donde emana el derecho, el lugar y la forma en que se produce la norma jurídica.

“La costumbre consiste en la reiteración de actos con la convicción de que son obligatorios, no es solamente repetir un acto, o reiterar una conducta, hace falta que la persona que la realice tenga la convicción de que son obligatorias, la convicción de la obligatoriedad es la parte subjetiva de la costumbre, y la conducta es la parte objetiva”.⁴

En derecho penal, la costumbre no puede crear delitos y penas, por mas de que un acto parezca inmoral, sin embargo, la costumbre no es fuente de derecho penal en el sentido de que no puede crear delitos ni penas, sin embargo, hay una institución dentro de la teoría del delito denominada adecuación social, esto significa que en determinados casos una conducta que pareciera atípica, que pareciera calzar dentro del tipo penal, se considera permitida e inclusive beneficiosa para la sociedad, es decir, que el ámbito

⁴ *Ibid.* Pág. 22.



penal se restringe en base a la reiteración de determinada actividad social porque la sociedad la considera necesaria para su desarrollo.

A través de la costumbre nunca pueden crearse delitos y penas, pero esta figura tiene que ver con conductas aceptadas socialmente que parecen calzar dentro del tipo penal, a pesar de que pueden ocasionarle perjuicios a la misma.

La jurisprudencia es la fuente del derecho clásica en el derecho anglosajón, mucho más que la costumbre, de ahí viene su precedente judicial. La misma, significa la reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de forma similar, no es una sola decisión, tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso.

No solo en determinados países, la jurisprudencia es utilizada para la toma de decisiones sino que todos los abogados buscan los precedentes porque son los que van a solucionar el caso, y cuando no hay precedentes se busca algo que se parezca.

“La doctrina es la fuente más débil del derecho en general, en cierta forma no es fuente, solo lo es en derecho internacional público, hay áreas del derecho internacional público donde la opinión de los científicos es relevante, cuando no hay forma de solucionar algunos casos la opinión de estos científicos tiene relevancia”.⁵

⁵ Fontán Palestra, Carlos. **Derecho penal**. Pág. 77.



En el derecho penal, la doctrina no tiene ninguna relevancia, ahora bien, la doctrina tiene importancia en la interpretación porque trata de influir en la jurisprudencia, para que aplique racionalmente la ley, todo es un círculo, la ley es una fuente pero por si sola hay que interpretarla y ésta es labor del juez a la hora de aplicarla, pero quien le das las herramientas a éste es la ciencia y la doctrina, todo está vinculado.

“Los principios generales del derecho son un medio de interpretación, un mecanismo de interpretación, sirven de herramientas para interpretar la ley, para interpretar las normas jurídico- penales”.⁶

1.8. Relación del derecho penal con otras ramas

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

- a) Derecho constitucional: es la Constitución de cada Estado la que fija las bases, los límites a los que el derecho penal deberá sujetarse, con principios como el de que nadie es culpable hasta tanto no se lo declare como tal; nadie puede ser condenado sin juicio previo, etc.

⁶ **Ibid.** Pág. 66.



- b) Derecho civil: muchas de las sanciones que se utilizan en el derecho penal provienen o son definidas en el derecho civil.

Ambas disciplinas jurídicas son tendientes a regular las relaciones de los hombres en la vida social y a proteger sus intereses, estableciendo para ello sanciones para el aseguramiento de su respeto. Las establecidas por el derecho civil son de carácter reparatorio, aspiran a destruir el estado antijurídico creado, a anular los actos antijurídicos y a reparar los daños causados por estos actos.

La sanción penal es retributiva, tomando en consideración la magnitud del daño causado y la peligrosidad social del sujeto activo. Prueba de la íntima relación entre ambos derechos la constituyen aquellos hechos, librados en la mayoría de ocasiones al criterio de los juzgadores, que fluctúan entre ambos campos, tomados en consideración algunas veces como delitos y otras veces como infracciones de tipo civil.

- c) Derecho administrativo: no solo hay conductas en la administración que tienen consecuencias penales, sino que también es a través del derecho administrativo donde se fijan, establecen y regulan diferentes organismos que hacen a la actividad judicial penal.
- d) Derecho internacional: durante la época contemporánea la facilidad de la comunicación entre los diferentes países y las crecientes relaciones internacionales, son propicias para la comisión de delitos que revisten



características de tipo internacional, como la trata de personas, la falsificación de moneda y el terrorismo.

Todo ello, hace indispensable una acción mancomunada de distintos Estados para la prevención y el castigo de estos delitos, surgiendo de esa forma una legislación penal, creada por acuerdos y tratados internacionales, cuyos preceptos son comunes en las diversas legislaciones, dando paso con ello a lo que se ha dado en denominar derecho penal internacional, el cual tiene estrecha relación con el derecho penal interno de cada país, en temas y problemas que le son propios como el conflicto de leyes en el espacio.

La idea de la constitución de un Tribunal Penal Internacional con jurisdicción sobre toda la comunidad internacional ha sido antigua y algunos esfuerzos por instaurarlo se han llevado a cabo en la época contemporánea.

- e) Con la legislación comparada: se refiere al estudio, análisis y comparación de las legislaciones de distintos países que se ha convertido en un medio de importancia para la reforma de la legislación penal de otros países adoptando aquellas leyes e instituciones que mayor éxito han alcanzado en la lucha contra la criminalidad.





CAPÍTULO II

2. Principios del derecho penal

Los principios básicos que informan el derecho penal y que deben tomarse en cuenta al estudiar el derecho penal, deben centrarse preferentemente en los principios que determinan qué se debe prohibir penalmente y a quien se debe sancionar penalmente.

Uno de los pilares sobre los que reposa la razón de ser del Estado es su presunción de monopolizar el uso de la fuerza con la finalidad de asegurar la paz social, evitando la venganza privada y protegiendo a los ciudadanos frente a lo que sería la tiranía del poderoso frente al débil.

“El monopolio del uso de la fuerza convierte al Estado en el único legitimado para responder con violencia frente a la comisión de los delitos. La manifestación más evidente de esta violencia es el poder estatal para imponer penas y medidas de seguridad”.⁷

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

En primer lugar, el poder sancionador no puede depender del criterio arbitrario de que en nombre del Estado se decide la imposición de sanciones. La decisión de qué

⁷ Roxin, Claus. **Derecho penal**. Pág. 44.



conductas merecen sanción debe ser asumida por el Organismo Legislativo, que representa a los ciudadanos. Esta decisión debe plasmarse en una ley escrita, que defina con la máxima precisión cuáles conductas son prohibidas y determine la sanción aplicable por infringir esta prohibición.

Así, la prohibición ha de ser previamente conocida por los ciudadanos, quienes solo podrán ser sancionados si infringen las normas descritas en las leyes. Todo esto queda recogido en el principio de legalidad, que fija como se han de establecer las prohibiciones penales.

El segundo lugar, el poder sancionador implica la vulneración de derechos fundamentales de la persona, como la propiedad, la libertad y en algunos casos, hasta la vida, esta vulneración solo se puede justificar como mal necesario para poder asegurar la paz social y los derechos fundamentales del resto de los ciudadanos.

De esta manera, el Estado solo podrá sancionar cuando sea estrictamente necesario, tal y como postula el principio de intervención mínima.

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



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

Conviene aclarar que existen otros principios que fijan límites a la potestad punitiva del Estado o *ius puniendi* como el principio de presunción de inocencia, el *ne bis in idem*, la humanidad de las penas, el juicio previo, etc. Sin embargo, éstos influyen principalmente en el ámbito procesal o en la ejecución de las penas.

2.1. Principio de legalidad

“El principio de legalidad establece que nadie podrá ser penado por acciones u omisiones que no estén plenamente calificadas como faltas en una ley anterior a su perpetración”.⁸

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

Las consecuencias o garantías que emanan del principio de legalidad son muchas. Sin embargo, es fundamental el estudio de tres de ellas: la reserva absoluta de ley, la exigencia de certeza en la ley y la prohibición de la analogía.

⁸ *Ibid.* Pág. 100.



- a) Reserva absoluta de ley: la garantía de reserva absoluta de ley estipula que solo una ley emanada del Congreso de la República y puede definir tipos penales y establecer sanciones. De esta manera, se evita la creación de tipos penales mediante disposiciones reglamentarias.

La reserva absoluta la ley se encuentra en desacuerdo con lo que la doctrina denomina normas penales en blanco, que consisten en la remisión a una disposición reglamentaria de la descripción de una conducta prohibida.

La doctrina rechaza el recurso a esta técnica legislativa, salvo en materias muy técnicas como el derecho penal ambiental o el derecho penal tributario.

Incluso en esos casos, la norma penal debe describir genéricamente la conducta prohibida, especificar la sanción y dejar solo a la vía reglamentaria el núcleo de la infracción para remitir a la vía reglamentaria los detalles.

Sin embargo, la reserva absoluta de ley no impide que se recurra a reglamentos, costumbres o jurisprudencia para interpretar el sentido de la ley.

Para determinar en un accidente entre vehículos si un comportamiento es imprudente, habrá que recurrir al reglamento de tránsito, y para aclarar el alcance de la premeditación será necesario conocer la interpretación jurisprudencial del término.



b) La exigencia de certeza en la ley: la razón de ser del principio de legalidad evitar que el ciudadano pueda ser sorprendido y sancionado por incurrir en una conducta que ignoraba que era prohibida.

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

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

De esta manera deben proscribirse los tipos penales abiertos, en los que la descripción de la conducta es tan vaga que prácticamente es el juez el que decide qué es o no prohibido.

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

Lamentablemente, en el Código Penal de Guatemala existen algunos ejemplos de tipos penales abiertos.



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

Indudablemente, no es posible eliminar totalmente la amplitud en la definición de los tipos penales ni la subjetividad en su interpretación. Por ejemplo, un término aparentemente claro como la muerte en el delito de homicidio puede tener distintas interpretaciones, según el concepto clínico de muerte al que se acuda.

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

- c) La prohibición de la analogía: se encuentra contemplada en el Artículo 7 del Código Penal, al prohibir a los jueces crear esta vía figuras delictivas o aplicar sanciones. El derecho penal describe una serie de conductas punibles y bajo ningún concepto un juez está autorizado a aumentar el alcance de la punibilidad.

Sin embargo, no se puede confundir la analogía con la interpretación amplia. La interpretación es la búsqueda de un sentido de texto legal que se encuentra dentro de su sentido literal posible, mientras que la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí se analiza el texto legal.



No obstante, la analogía sí se admite a favor del imputado. Ello, porque de esta forma no se crean ni amplían sanciones o delitos. De hecho, el mismo Código Penal recurre a ésta figura a favor del reo.

2.2. Principio de intervención mínima

El derecho penal es la forma más violenta que dispone el Estado para responder a las actuaciones contrarias a la ley de los ciudadanos.

Por ello, el Artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano estableció que la ley no debe establecer otras penas que las escritas y manifiestamente necesarias. Para que la pena no sea violencia de uno o muchos contra un particular ciudadano, debe ser pública, pronta y necesaria.

El principio de intervención mínima impide en un Estado democrático la expansión del derecho penal, debiendo quedar éste reduciendo a su mínima expresión.

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

El derecho penal es un estado social, se justifica como sistema de protección de la sociedad.



Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del derecho se denominan bienes jurídicos, de esta manera, la vida, que es un interés social digno de ser protegido por el derecho penal se convierte en un bien jurídico a proteger.

“Se establece así una primera limitación al poder sancionador del Estado. Solo podrán calificarse como delito aquellas conductas que lesionen y pongan en peligro bienes jurídicos”.⁹

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

El Código Penal sanciona con pena de prisión a quien infrinja las medidas impuestas por la ley o las adoptadas por las autoridades sanitarias para impedir la introducción o propagación de una epidemia. Una interpretación literal y aislada llevaría a sancionar por la vía penal cualquier incumplimiento de las medidas sanitarias.

Ello obliga a determinar cuáles son los intereses sociales que tienen suficiente importancia como para ser convertidos en bienes jurídicos penalmente protegidos.

⁹ Cerezo Mir. **Derecho penal**. Pág. 33.



La Constitución Política de la República establece una serie de principios y valores que rigen la vida en sociedad del país. Unido a esto, hay que considerar la finalidad del derecho penal que es asegurar los mínimos que permitan la convivencia pacífica entre los ciudadanos. Por ello, el derecho penal solo debe proteger aquellos valores contenidos en la Constitución Política que, al ser afectados, entorpecen los mínimos requisitos para desarrollar la vida en comunidad.

De esta manera, no pueden ser amparadas por el derecho penal intereses morales, la exigencia de exclusiva protección de bienes jurídicos y de un derecho penal mínimo, unido al respecto a la diversidad, la libertad de pensamiento y religiosa, y a la pluralidad, contenidos en la Constitución Política, obligan al legislador a limitar al máximo los bienes jurídicos objeto de protección penal.

Así no deberían, sancionarse conductas que solo infringen principios morales o religiosos, que no afectan a bienes jurídicos fundamentales.

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

Por ejemplo, el delito de posesión para el consumo de drogas, aparentemente ampara el bien jurídico salud, que se concreta en la salud del autor del delito.



Para ello, se impone una pena de prisión al que sea sorprendido con droga para su propio consumo. En primer lugar, resulta discutible que el Estado pueda obligar a los ciudadanos a llevar una vida sana y sin riesgos y habría que sancionar penalmente a los que beben, fuman o tienen una dieta alta en colesterol o en los que practican el alpinismo o el vuelo sin motor. Pero aún admitiendo esta premisa, no tiene sentido la imposición de una pena de cárcel.

- b) Subsidiariedad y utilidad de derecho penal: el tipo penal debe ser creado con la finalidad de proteger un bien jurídico, sancionando su lesión o puesta en peligro.

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

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

Por ello, antes de crear cualquier tipo penal, es necesario determinar si la penalización es una forma útil para proteger un bien jurídico. Si por ejemplo, se quiere luchar contra el aborto, se puede cuestionar la eficacia de la penalización.



Para evadir la prohibición del aborto, se recurre a centros clandestinos donde, muchos casos, la calidad profesional del practicante o las condiciones de higiene son inadecuadas, con el consiguiente riesgo para la vida de las pacientes.

Sería imposible pensar que en realidad, la vida de los nacidos y sobre todo la de la madre quedarían más protegidos si el aborto pudiese realizarse en forma no clandestina, y previo al mismo se ofreciese auxilio psicológico y asistencial a la mujer embarazada, ofreciendo alternativas como la adopción o apoyo económico y ayudándola a razonar su decisión evitando que esta sea tomada por el temor a la reacción familiar o la presión del padre del nacido.

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

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

Así, llama la atención observar cómo los diputados presentan propuestas de modificación al Código Penal de acuerdo a las noticias del día. Estas reformas, además de adolecer en general de graves errores técnicos en cuanto a la



definición de los delitos y la proporción de penas, no suelen resolver ningún problema.

- c) Responsabilidad por los hechos: el principio de intervención mínima obliga al Estado a solo perseguir aquellas acciones concretas que impidan la normal convivencia social.

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

Frente al derecho penal de hecho, durante mucho tiempo se apoyó un derecho penal de autor. En él, se entendía que el derecho penal debía sancionar a las personas no tanto por lo que hacen, sino por lo que son.

“La ley penal adquiere así un alto contenido moralizante, entrando a juzgar la forma de ser o el modo de vida de las personas. Se sancionaba, de esta manera, las formas de vida consideradas como desviadas o antisociales, perdiendo con ello la protección al bien jurídico en relación a su función de límite y garantía del derecho penal”.¹⁰

Llevado al extremo, el derecho penal de autor favorece la imposición de medidas de seguridad predelictuales. Esto es, habiéndose detectado una personalidad

¹⁰ Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal**. Pág. 76.



peligrosa o desviada se le aplica una medida de seguridad, por ejemplo internamiento, antes de que cometa cualquier delito.

Lamentablemente, el Código Penal contiene numerosas manifestaciones de un derecho penal de autor. En el delito de rufianería, se sanciona a las personas que sin ser proxenetas, viven a expensas de quienes ejercen la prostitución.

Como se puede apreciar, no se está sancionando un acto concreto sino simples formas de vida, que en realidad no lesionan ni ponen en peligro ningún bien jurídico fundamental.

No obstante, las manifestaciones más graves del derecho penal de autor no se reflejan en los textos legales, sino en la práctica forense. Así por ejemplo, si una persona es joven, de barrio marginal y con tatuajes, rápidamente será calificada como delincuente.

2.3. Proporcionalidad de las penas

El principio de intervención mínima implica limitaciones en las sanciones que el Estado puede imponer. Debe existir algún tipo de proporción entre la lesión o peligro al bien jurídico y la sanción impuesta. Sanciones excesivamente altas, que no mantengan esta proporción conducen al error penal.



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

En primer lugar, en la determinación de la pena, se deberá considerar tanto el daño producido por el delito, como la culpabilidad del autor. Las penas más graves deberán reservarse para los casos en los que se lesionen gravemente bienes jurídicos importantes y en las que el nivel de culpabilidad sea más alto.

En cuanto al límite mínimo de la pena, la indicación de mayor relieve, es aquella conforme a la cual la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena, ya que sino fuera así efectivamente, la pena no cumpliría ninguna función disuasoria.

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

Por ejemplo, en muchos países, antes de desarrollo del derecho sancionador ambiental, le resultaba más económico a las empresas pagar las multas por deteriorar el medio ambiente que realizar las reformas en sus fábricas para eliminar las fuentes contaminantes. Sin embargo, parte de la doctrina e incluso algunas legislaciones penales, no señalan límite mínimo en las penas asociadas a los delitos.

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



Por ejemplo, el Código Penal, sanciona con la pena de muerte a los autores de delito de secuestro, sin entrar en la discusión de la legitimidad o la utilidad de la pena capital, parece absolutamente desproporcionada su imposición cuando ni siquiera se ha lesionado el bien jurídico vida de las víctimas.

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

“La proporcionalidad de las penas también se mide comparando los delitos. La pena asociada a un delito es proporcionada, si es menor que la pena por delitos más graves y mayor que la pena por delitos más leves”.¹¹

Por ello, el legislador busca unificar en un mismo cuerpo legal la mayoría de los delitos, ya que así resulta más fácil mantener coherencia entre la gravedad de las penas y de los delitos.

Lamentablemente, las sucesivas reformas parciales que se realizan en el Código Penal guatemalteco, desajustan esa lógica interna: tiene más sanción el secuestro que el genocidio.

¹¹ *Ibid.* Pág. 76.



De todas maneras, la desproporción en las penas no siempre se deba a una incorrección técnica legislativa, debido a que el derecho penal no es aséptico ni apolítico.

Los diferentes códigos penales, reflejan una concepción de política criminal más o menos estructurada, que puede apreciarse en función de los bienes jurídicos que se consideren dignos de protección, así como del grado de protección atribuido a los mismos.

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

El legislador, debe tomar en cuenta los principales aspectos del principio de intervención mínima, y respetar las siguientes reglas:

- a) La prohibición de cualquier conducta debe estar encaminada a la protección de un bien jurídico concreto y no de principios morales o éticos.
- b) Solo deben protegerse por la vía penal bienes jurídicos necesarios para permitir la convivencia en sociedad.
- c) Solamente se debe recurrir a la vía penal, si los bienes jurídicos no pueden ser protegidos por formas menos violentas.



- d) Debe rechazarse la vía penal si esta genera mayor perjuicio que beneficio.
- e) No deben imponerse penas excesivamente altas ni desproporcionadas.
- f) Las conductas prohibidas han de describirse en forma concreta, evitándose los tipos penales abiertos.
- g) Nunca se debe crear que el derecho penal por si solo resuelve problemas sociales.

2.4. Principio de culpabilidad

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

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

El Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho.

“Para que una persona sea culpable, primeramente tiene que haber sido querido por ella, o ser el fruto de una acción propia imprudente. En tercer lugar, la persona debe



tener la capacidad y el conocimiento para ser consciente de que estaba cometiendo un delito".¹²

El concepto de culpabilidad se convierte en un límite a la capacidad sancionadora del Estado. El Estado sólo podrá imponer una sanción penal cuando pruebe la culpabilidad conforme la ley.

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

2.5. Principio de personalidad de las penas

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

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

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

¹² Hassemer, Wilhem. **Fundamentos de derecho penal**. Pág. 29.



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

- a) La exigencia de dolo o imprudencia: no puede existir un delito si no hay imprudencia en su autor. Ello quiere decir que no basta que se produzca un resultado lesivo o que se realice un comportamiento peligroso.

Para que haya delito, el autor debe haber querido el resultado o, al menos, haberlo producido por no haber puesto el debido cuidado.

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

- b) La exigencia de comprensión de ilicitud: para que una persona sea culpable, es necesario que conozca que la conducta que va a realizar es prohibida y que pueda respetar dicha prohibición.

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



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



CAPÍTULO III

3. El delito

La teoría del delito se fundamenta en aspectos teóricos que le permiten desarrollarse plenamente en el campo práctico, al determinar con precisión si existen o no elementos constitutivos del tipo penal en los comportamientos humanos gestados en la sociedad.

“La teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia de ausencia del delito en cada caso concreto”.¹³

Por ello, la teoría del delito es la parte modular del derecho penal. Conocerla y adentrarse en ella constituye el mecanismo mas adecuado para familiarizarse con el ilícito, renglón fundamental del universo jurídico.

3.1. Concepto y definición del delito

La definición debe indicar lo que es el delito y debe sintetizar los criterios. El concepto del delito ha sido formulado en abundantes definiciones, que pueden ser agrupadas en: formales o nominales, sustanciales o materiales.

¹³ Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos en la teoría del delito**. Pág. 11.



El concepto nominal o formal define el delito como una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Es la ley, la que establece que hechos son delitos, fija caracteres delictuales a un hecho, si en algún momento esta ley es abrogada el delito desaparece.

El concepto substancial o material del delito establece elementos del delito como presupuestos para que un hecho humano sea considerado como delito.

El delito es un acto humano típicamente antijurídico, culpable con una pena de carácter criminal.

3.2. Sujetos

Son aquellos que intervienen en la ejecución del delito.

- a) Activo: es la persona física que comete el delito, llamado también delincuente, agente o criminal. Será siempre una persona física, independientemente del género, edad, la minoría de edad da lugar a la inimputabilidad, nacionalidad y otras características.
- Autor intelectual: aquel que piensa o plantea el delito.
- Autor material: ejecutada o realiza la conducta delictiva.



- Coautor: participa como autor intelectual y material.

 - Cómplice: auxilia o presta medios para la realización del delito.

 - Encubridor: aquel que calla la verdad del delito.

 - Autor mediato: aquel que se vale de los menores de edad o incapaces para la realización del delito.

 - Instigador: aquel que instiga, amenaza u obliga a otro cometer un delito.
- b) Pasivo: sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Se le llama también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito.

En principio cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las características de cada delito.

- Pasivo del delito: son aquellos que ven lesionado su bien jurídico con la realización del delito.

- Pasivo del daño: aquellos que resintieron directamente la conducta delictiva y no necesariamente vieron lesionado su bien jurídico.



3.3. La acción

“La acción es la conducta omisiva o activa voluntaria, que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo. La posibilidad de cambio se da en los delitos frustrados como también en la tentativa”.¹⁴

La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por si o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o personas.

3.4. Tipicidad

La tipicidad es la adecuación, es el encaje del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito. Si la adecuación no es completa no hay delito.

3.5. Antijuridicidad

La antijuridicidad es la oposición del acto voluntario típico al ordenamiento jurídico. La condición de la antijuridicidad es el tipo penal. El tipo penal es el elemento descriptivo del delito, la antijuridicidad es el elemento valorativo. El homicidio se castiga solo si es

¹⁴ Cuevas del Cid, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal**. Pág. 77.



antijurídico, si se justifica como por un estado de necesidad como la legítima defensa no es delito, ya que esas conductas dejan de ser antijurídicas aunque sean típicas.

3.6. Culpabilidad

La culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta de una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez se declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable.

La tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son propios de cada delito y permiten diferenciarlos, y son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. A través de estos se puede diferenciar el robo del hurto, especialmente con la tipicidad, el robo es la apropiación de cosa mueble ajena a través de la fuerza, el hurto es sin violencia ni fuerza.

3.7. La pena

Este elemento es el resultado del acto jurídico y no cambia la naturaleza del delito, pero influye en la punibilidad.

Toda conducta típica, antijurídica y culpable es punible por regla, excepto cuando: existen excusas absolutorias; no hay condición objetiva de punibilidad y no hay condición de perseguibilidad.



La causa de la pena es el delito cometido. La esencia es la privación de un bien jurídico. El fin es evitar el delito a través de la prevención general o especial. Hay discusión si la pena es elemento del delito o solamente su consecuencia.

3.8. Evolución histórica del concepto de delito

“El delito fue siempre una valoración de la conducta humana condicionada por la ética de la clase dominaba la sociedad. Los conceptos se desarrollan en los siglos XVIII, XIX, y X”.¹⁵

El delito es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

El delito es un ente jurídico y no un fenómeno social. Es un ente jurídico porque es una contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Por eso no se define como acción sino como infracción, lo que supone la antijuridicidad, la esencia del delito y no solo su elemento.

Al decir acto externo, se refiere a que no son sancionables los actos internos o pensamientos, solo los actos exteriorizados. Con acto positivo, se refiere las acciones voluntarias humanas. Con acto negativo, se refiere, a un no hacer lo que la ley manda a hacer, o sea a la omisión. Moralmente imputable, significa que el hombre comete el

¹⁵ **Ibid.** Pág. 65.



delito en base a su libre albedrío, el hombre puede escoger entre la comisión de un delito o no.

Este concepto jurídico no es aceptado, porque el delito no es algo creado por la ley, la ley solo le define, es más solo le describe, en el tipo, el delito es un hecho humano, aparece con el hombre y desaparecerá con él.

El delito es una violación de un derecho fundado sobre la ley moral. Para esta concepción, el delito consiste en la violación de un deber. La pretensión de validez es socavada porque lo que ayer fue delito deja de serlo con el paso del tiempo y con la abrogación de la ley que lo concibió como delito. Esto ocurrió con el adulterio que era un delito que contravenía el deber de fidelidad, hoy ya es delito sino, es simplemente una causal de divorcio.

El delito, también es la lesión de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida media en que son poseídos por la comunidad y en la medida, en que son indispensables para la adaptación del individuo a la sociedad. Aunque esos sentimientos son inherentes al ser humano, no son los únicos. Este concepto rechaza lo que la ley considera como delito.

El delito, para el concepto dogmático es la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable.



El delito es un acto u omisión voluntaria y quedan descartados las conductas que son conducidas por la voluntad, como las conductas por fuerza irresistible, acto reflejo o situaciones ajenas a lo patológico como el sueño, sonambulismo, hipnotismo. En estos supuestos no existe conducta, por lo tanto no hay delito.

El delito es un acto típico, todo acto humano para considerarse como delito debe adecuarse al tipo penal, es decir debe haber tipificad. Si no hay adecuación no hay delito, o peor aun, si no hay tipo, la conducta no es delito. Por eso, todo lo que no esta prohibido u ordenado, está permitido.

El delito es un acto típicamente antijurídico, esta en oposición a la norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídicamente protegido.

Un acto típicamente antijurídico puede dejar de ser tal si median las causas de justificación de la acción.

La violación de un derecho ajeno no es delito porque se justifica que con esa violación se salva otro bien mas importante: la vida del ladrón.

3.9. Cumplimiento de la ley o de un deber

El acto típicamente antijurídico deber ser culpable. Para que la culpabilidad pueda ligarse a una persona, deben existir los siguientes elementos de culpabilidad: imputabilidad, dolo o culpa y exigibilidad de un comportamiento distinto, pero la



conducta deja de ser culpable si median las causas de inculpabilidad como: el caso fortuito, cumplimiento de un deber o un estado de necesidad. Si al acto típicamente antijurídico le falta algún elemento de la culpabilidad o se dio alguna causa de inculpabilidad el delito deja de ser tal y no hay delito.

El último elemento constitutivo del delito es la punibilidad y consiste en la privación de un bien jurídico a quien haya cometido, o intente cometer, un delito.

Un acto típicamente antijurídico y culpable debe ser sancionado con una pena de carácter criminal. Algunas veces a quien haya cometido un acto típicamente antijurídico y culpable no se le puede aplicar la sanción por las llamadas causas de impunidad:

Cuando el autor sea menor de 18 años, si bien ya es imputable por ser mayor de 16 años, no se lo puede encarcelar, se le lleva a una casa de reforma y se le aplica solo una medida de seguridad.

El concepto causalista del delito se basa en la conducta como un elemento primordial del delito, entendida como la acción u omisión que interesa al derecho penal, en relación a lo que genera la violación a la norma y a la lesión del bien tutelado. Plantea que el delito se integra por tres elementos: la conducta, el nexo causal y el resultado.

La teoría causalista ha sido criticada debido a que limita la conducta a la acción que produce meramente un resultado, sin contemplar otros factores que pueden estar involucrados, como la intención y la prevención.



Para los finalistas, la esencia de la conducta se presenta en la medida en que convierte en el ejercicio final.

La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de límites razonables, las consecuencias de su comportamiento; por lo que la intención se convierte en un elemento indispensable. El sujeto activo, al ejecutar la conducta, tuvo la oportunidad de planearla y estar consciente del resultado que obtendrá.

Esta teoría ha sido criticada respecto a los delitos culposos, ya que pueden presentarse resultados típicos no dolosos.

En el concepto normativo el dolo y la culpa constituyen un elemento de reprochabilidad social ante la conducta cometida, entendiendo por reprochabilidad la reacción ante el delito cometido.

El concepto del modelo lógico-matemático parte de formular representaciones graficas ordenadas de un conjunto de proposiciones lógicas. La primera, se proyecta sobre la segunda, teniendo esta última la función de interpretación amplia, colocando al tipo como elemento preferente de la teoría del delito.

3.10. Generalidades

El derecho penal, en cada figura típica, tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos.



Al derecho le interesa tutelar la vida de las personas; así, el legislador crea los delitos del homicidio, aborto y participación en el suicidio, homicidios en razón del parentesco o relación con lo cual pretende proteger la vida humana.

“Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. En razón a esto, el Código Penal clasifica los delitos en orden al objeto jurídico o bien jurídico tutelado. Cada título del Código Penal agrupa a los delitos, atendiendo el bien jurídico tutelado”.¹⁶

Según la forma de la conducta del agente o según la manifestación de la voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión.

Son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto.

En los delitos de omisión, el objeto prohibido es una abstención del agente, consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia de parte del sujeto de un precepto obligatorio. Los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

Los delitos de omisión se dividen en: simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

¹⁶ Castellanos Tena, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal.** Pág. 14.



Los de simple omisión o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión.

Los delitos de comisión por omisión o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, formula que se concreta en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal. Mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringe una norma dispositiva y una prohibitiva.

Por los resultados se clasifican en formales o delitos de simple actividad o acción y materiales, o delitos de resultado o de resultado material.

Los delitos formales o de simple actividad o acción, son aquellos en los que se agota el tipo penal en movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción u omisión en si



misma. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida, y la posesión ilícita de enervantes.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material.

Por la lesión que causan con relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y peligro.

Los de daño, consumados causan un daño directo y efectivo en interés jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude, etc.

Los de peligro no causan un daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

Para la calificación de los delitos se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como el homicidio y el robo.



3.11. Forma de persecución del delito

De oficio es cuando se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito. La autoridad deberá proceder contra el responsable en cuanto se entere de la comisión del delito.

La mayor parte de los delitos, se persiguen de oficio, en cuyo caso, no procede el perdón del ofendido.

Puede ser de querrela necesaria y es cuando solo puede perseguirse a petición de parte, o sea, por medio de querrela del pasivo o de sus legítimos representantes.

En los delitos que se persiguen por querrela de parte, el propio precepto legal lo indica. Los de oficio no tienen señalamiento y al ser omisa esa percepción, se entiende que son perseguibles de oficio.

3.12. Clasificación de los delitos en función de su materia

Se trata de seguir el criterio de la materia a que pertenece el delito y puede ser:

- a) Común: es el emanado de las legislaturas locales y cada Estado legisla sus propias normas.
- b) Federal: es en el que se ve afectado la federación.



- c) Militar: es el contemplado en la legislación militar, o sea, afecta solo a los miembros del ejército nacional.

- d) Político: es el que afecta al Estado, tanto por lo que hace a su organización, como en lo referente a sus representantes, como es el caso de sedición, rebelión, motín y la conspiración para cometerlos.

- e) Contra el derecho internacional: afecta bienes jurídicos de derecho internacional, como: piratería, violación de inmunidad, y violación de neutralidad.





CAPÍTULO IV

4. Criminalidad

Resulta un peligro no desdeñable, la penalización excesiva de la vida en sociedad. La variante jurídico penal de respuesta ante el crimen y no debe entronizarse como la más favorecida a la hora de garantizar la anhelada pacificación social; precisamente por ser un recurso violento y dañoso se recomienda que sea usado solo como ultima ratio. Lo expresado precedentemente, no debe interpretarse como una negación absoluta del derecho penal, ya que sería imposible prescindir de este mecanismo regulador de la conducta humana, pues su ausencia generaría sin lugar a dudas incertidumbres comportamentales propiciantes de conductas lesivas para la comunidad.

Siendo así, la existencia de las leyes penales y de sus mecanismos de aplicación aportan en la práctica un relativo orden social.

Por consiguiente, el derecho penal evita la anarquía y, por tanto, es indispensable. Pero se espera demasiado, cuando se supone que a través de las penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente.

Así pues, tradicionalmente la sociedad se ha protegido del comportamiento delictivo a través del derecho penal.



4.1. Socialización, resocialización y control social

“El nacimiento del ser humano trasciende la simple transición biológica, pues simultáneamente a su separación del claustro materno ese nuevo individuo ingresa a un contexto de relaciones sociales predeterminadas, produciéndose también su nacimiento a la vida social”.¹⁷

La persona surge en el seno de una sociedad en la que rige un conjunto de normas, costumbres, reglas de comportamiento, etc., que aseguran el orden y la convivencia social para ese momento histórico-concreto. Comienza para el ser humano recién nacido, un largo proceso de aprendizaje, mediante el cual asimilará paulatinamente las normas y regulaciones de su grupo de pertenencia y de la sociedad en que nació.

El proceso de aprendizaje social en el que el individuo adquiere los conocimientos indispensables para convivir adecuadamente en su microambiente, se conoce comúnmente como proceso de socialización. Lejos de pretensiones identificativas, se puede reconocer un evidente acercamiento funcional entre los conceptos de socialización y de control social, visualizando este último como el sistema de regulación destinado al mantenimiento equilibrado de la estructura social. Por su parte, al enseñar al individuo a comportarse adecuadamente, la socialización se rige por los límites del comportamiento tolerado para el momento y contexto particular, pretendiendo garantizar con esa enseñanza socializadora, la no violación del orden y la paz social; se asegura

¹⁷ Roxin. **Ob.Cit.** Pág. 18.



en última instancia que el individuo se comporte conforme a una estrategia determinada de control social.

La violación de las fronteras comportamentales predefinidas activa mecanismos correctivos latentes en los diferentes agentes socializadores del entorno comunitario. La aparición de una trasgresión conductual señala una especie de alarma, que activa la consecuente rectificación de las conductas disociadas; de no conseguirse este efecto rectificador, se recurre a otras vías fuera de las tradicionales agencias comunitarias de socialización.

Los mecanismos extracomunitarios poseen un carácter reactivo-coercitivo, destinando principalmente su funcionamiento a una corrección socializadora especial, conocida tradicionalmente como resocialización.

El control social se activa en el plano individual, a través de dos vertientes: la socialización y la resocialización; las cuales tributan con sus acciones y efectos al logro de esta regulación o control.

“Así pues, se produce una correlación dialéctica entre los conceptos de socialización, resocialización y control social, lo que amerita un análisis particularizado que por razones de espacio no será asumido en el presente trabajo”.¹⁸

¹⁸ **Ibid.** Pág. 23.



4.2. Política criminal y control social

En sentido general, la reacción estatal ante el delito se materializa mediante la política criminal y las diversas instituciones del control social. Se parte de una concepción amplia de la política criminal, entendiéndola como la forma de prevenir y reprimir la delincuencia, lo que significa que la misma se integra por la confluencia y articulación de dos componentes fundamentales: la política social y la política penal, dirigidas a impedir y castigar la criminalidad. Ninguna política criminal puede diseñarse al margen de, o sin integrarse a, una política social.

La política social como componente de la política criminal se correlaciona con la prevención primaria, fenómeno de evitación delictiva caracterizado por su proyección hacia la eliminación o neutralización de las causas básicas del delito, logrando una correcta socialización de los individuos dentro de la comunidad.

Por su parte, la política penal se enfoca a corregir los defectos de socialización manifestados con el comportamiento delictivo; corrección que presupone un proceso de socialización sustitutiva o resocialización, concebido y aplicado por el sistema de justicia penal.

La combinación estrecha de la política social y la política penal conforma la política criminal entendida como la reacción socio-estatal ante el comportamiento delictivo, lo que supone a su vez la existencia de los mecanismos de Control Social, encargados de aplicar esta política criminal. Es así, que el control social se concibe de forma general



como la autoridad ejercida por la sociedad sobre las personas que la componen. Los agentes de control social, son mecanismos reguladores de la vida social, ya sean o no institucionales.

4.3. Conceptualización de control social

Las teorías criminológicas y sociológicas han generado múltiples interpretaciones y diversos conceptos sobre el término control social. Es el conjunto de presiones, directas e indirectas, que se ejercen sobre los miembros individuales o colectivos de un grupo o una sociedad para corregir las diferencias de comportamiento o de actitud ante las reglas sociales, y las normas adoptadas por el grupo social o la comunidad estudiada.

Por su parte, las posiciones radicales de la criminología crítica matizan su concepción sobre el control social, asumiéndolo como las medidas tendientes al mantenimiento y reproducción del orden socio-económico y político establecido. Lo anterior llama a la reflexión, en torno a la necesidad de que el control social sea analizado en su dimensión socio-histórica, por cuanto existe un fenómeno de determinación histórica concreta.

En una visión más concretizada, se afirma que el control social lo constituye aquel conjunto de mecanismos, acciones reactivas y sanciones que una colectividad elabora y utiliza, ya sea con el fin de prevenir la desviación de un sujeto individual o colectivo respecto a una norma de comportamiento, sea para eliminar una desviación que ha



ocurrido logrando que el sujeto vuelva a comportarse de conformidad con la norma, en fin, para impedir que la desviación se repita o se extienda a los demás.

La reflexión conceptualizadora gira en torno a concebir el control social como un fenómeno de amplio espectro, consistente en la interrelación funcional sistémica de la totalidad de instituciones sociales y sistemas normativos reguladores que participan en las estrategias de socialización y resocialización destinadas a mantener la estabilidad y el orden social, mediante los recursos del consenso y la coerción.

Este sistema de regulación interpreta todo el cuerpo social y necesariamente ocupa un espacio que debe visualizarse en una doble arista de manifestación; de una parte el espacio físico ocupado por las instituciones comunitarias, de justicia, etc., las cuales usan edificios, tecnologías, personal; y de otro, el espacio social entendido como el conjunto de ideas, códigos conductuales, influencias, efectos, etc.

4.4. Perfiles del control social

El control social como sistema funcional no se organiza como un único y monolítico conjunto en la totalidad de la realidad cotidiana, por el contrario su capacidad de interpenetración genera una ramificación estructural con múltiples formas de intervención que operan en dependencia de las necesidades socializadoras o resocializadoras de ese control, en un momento preciso y en un contexto determinado. Esta multivariedad de la intervención condicionada por la existencia de estratos, niveles o campos de incidencia ha propiciado una determinada organización operacional y



consecuentemente doctrinal del control social, dividiéndose el mismo en dos grandes variantes: el control social informal y el control social formal. Retomando las categorías de socialización y resocialización mencionadas anteriormente, se puede establecer una clara interrelación entre ellas y los dos grandes perfiles del control social; explicándose esta correspondencia por el hecho de que el control social informal asume principalmente las estrategias de socialización primaria, mientras el control social formal dedica sus esfuerzos a las estrategias resocializadoras o de socialización sustitutiva.

El control social informal se desarrolla principalmente en el contexto de la comunidad, encaminándose a la interiorización de las normas y valores vigentes en la sociedad, de forma tal que su cumplimiento llega a convertirse en un imperativo interno del individuo, a partir de un acatamiento volitivo de esas normas.

Por ello, se afirma que esta variante controladora opera mediante el consenso y su funcionamiento legitima los modelos de comportamiento usados como referente.

Las características más relevantes de este tipo de control se ubican en la permanencia temporal de su acción, en que se ejerce sobre la totalidad de los individuos y en que se manifiesta de manera sutil; accionando a través de disímiles instituciones comunitarias, entre las que se encuentran: la familia, la educación, la ética, la religión, los medios de comunicación, la opinión pública, etc.

Los mecanismos rectificadores de posibles disonancias en la socialización y que garantizan el funcionamiento del control social informal, poseen carácter difuso y



multivariado y oscilan desde los gestos reprobatorios ante un comportamiento inadecuado, el rechazo de la opinión pública, la indignación comunitaria, hasta el aislamiento u ostracismo social.

Mediante el control social informal se educan y construyen las representaciones sociales de los individuos colectivos en las áreas más disímiles y por ende se enseñan las actitudes socialmente aceptadas.

Las mencionadas agencias son identificadas como estructuras de transmisión ideológica, asumiendo un papel de reproducción social del comportamiento y garantizando en definitiva, la estabilidad y el cumplimiento de las expectativas o estereotipos conductuales propios del momento social de que se trate.

Este tipo de control conocido también como control extrapenal, posee mayor efectividad en la prevención de la desviación, pues un adecuado proceso socializador del individuo debe garantizar su respeto a las normas de toda índole.

Desde el momento que el control social informal no garantiza a través de sus agencias y mecanismos, que el individuo se comporte adecuadamente y en consecuencia este comete acciones antijurídicas; entra en función la segunda variante del control social, estableciéndose una red de contención ante la conducta anómala, red que posee una esencia jurídica.



Así pues, este segundo tipo de control es ejercido sobre el grupo de sujetos que transgrede las normas de entidad legal, demostrando con sus acciones antijurídicas, la ineficacia de su socialización primaria; en este caso la reacción social controladora se traslada de la esfera informal al área formal, tomando un matiz de respuesta claramente coactiva.

4.5. La reacción formal ante el delito

El control social formal es centralizado por el Estado, poseedor de la exclusividad represiva en su totalidad, lo que se conoce como monopolio legítimo de la fuerza. El representante por excelencia de este tipo de control lo constituye el sistema punitivo o sistema de justicia penal.

“El sistema penal, acciona mediante una fuerza imperiosa para hacerse cumplir; entronizándose como un mecanismo exterior coercitivo que presupone un sometimiento de la voluntad individual a la fuerza del derecho”.¹⁹

Siendo así, el sistema punitivo puede ser entendido como la interacción compleja de las agencias encargadas de la configuración y materialización del ius puniendi, como derecho exclusivo del Estado.

El sistema penal está configurado, entonces, mediante procesos de creación de un ordenamiento jurídico específico, constituido por leyes de fondo y de forma.

¹⁹ Bustos. **Ob.Cit.** Pág. 50.



Pero asimismo, deben existir instancias de aplicación de ese aparato legislativo, con la misión de concretar en situaciones, comportamientos y actores cuando se comete un delito y cómo este se controla.

De lo expresado con anterioridad, resulta deducible que el sistema penal, en tanto sistema de control social formal, se estructura en agencias legislativas y agencias ejecutivas.

De un lado, quién proyecta las normas y de otro las instancias que aplican esas normas previamente definidas.

Es así, que el poder legislativo elabora y describe las ilicitudes que serán consideradas como tipos delictivos; precisa los rituales o formas específicas de actuación para incoar y llevar a término los procesos penales y define legalmente la competencia y variantes de actuación e interacción de las agencias ejecutivas del aparato de justicia penal.

Este plano abstracto o del deber ser se organiza, por tanto, de una manera estructural y normativa coherente y en él se engarzan en un entramado legislativo funcional un conjunto de leyes.

El plano práctico-concreto se constituye cuando todo ese aparato normativo concebido en su momento por la agencia legislativa, debe entrar en funcionamiento práctico al aparecer las conductas violatorias de la ley penal o ilícitos penales.



Esto último es lo que pone en funcionamiento las instancias de aplicación del sistema penal y el producto de sus actividades no necesariamente coincide siempre con las previsiones abstractas del ordenamiento jurídico.

Por lo general, la realidad de aplicación o el ser del sistema penal difiere de su concepción legislativa abstracta. No siempre, el discurso teórico-normativo es concretado coherentemente según la letra y el espíritu del legislador; en la práctica a veces se pierde la lógica sistémica funcional originariamente pretendida por la aparición de contradicciones entre las diferentes agencias, que determinan las desviaciones en la aplicación concreta de este sistema reactivo de control social.

4.6. El sistema penal como forma de reacción social ante la criminalidad

Ese subproducto dañoso de la acción del sistema penal, es en cierto sentido una paradoja moral, pues se persigue el bienestar de la sociedad, la restricción del uso y amenaza de la coacción, la salvaguardia de la libertad, y la promoción de la dignidad humana, recurriendo a actividades que implican coerción, privación de la libertad y desmedro de la dignidad humana.

Se llega a afirmar, por algunos autores de tendencia abolicionista, que la violencia social que es condenada a través de las tipificaciones delictivas, se convierte en violencia justificada y legal cuando es usada como sanción o penalidad por el sistema penal.



Conjuntamente con la violencia legitimada intrínseca a la aplicación de una sanción penal, se encuentra un resultado no declarado ni perseguido por la reacción formal ante el delito; que es referente a la estigmatización como efecto residual de la acción del sistema penal.

La violencia o intimidación de violencia física que implica la pena privativa de libertad, significa una afectación corporal o limitación física de movimientos que se concentran en una temporalidad determinada; sin embargo, la estigmatización se entroniza como una consecuencia social que permanece visible en el medio y en el tiempo, pues trasciende el eventual cumplimiento de la pena formal, deviniendo en una sanción casi perpetua y de erosión lenta.

A su vez como parte dolorosa de la estigmatización, aparece la reducción de la autoestima del sujeto y consecuentemente la autoestigmatización.

Más allá de la marginación real a que lo somete su medio social, comienza en el individuo un proceso de automarginación, generado por una autovaloración como ente anómalo, negativo y extraño al conglomerado social.

Sus intereses vitales, se atemperan a esta percepción negativa y como resultado el individuo estructura su actuar, proyectándose al cumplimiento del comportamiento antisocial que se presupone o se espera de él, en consonancia con la estigmatización y la autoestigmatización a que está sometido.



La visión crítica del sistema penal, no debe limitarse a constatar la dosis de violencia que porta la imposición y ejecución de las penas o a reconocer la nociva secuela estigmatizante que victimiza al propio justiciable.

El análisis holístico crítico que la realidad exige, debe extenderse además a la valoración en torno al funcionamiento de las instituciones, que dentro del propio aparato de justicia, son las encargadas de aplicar la concepción legislativa plasmada en las leyes.

No se puede obviar el razonamiento de que la acción de estas agencias debe materializarse dentro del marco estipulado por los legisladores; sin embargo, la realidad de aplicación de las normas nunca coincide con la concepción legislativa originaria; pues a esos aplicadores les queda espacio legal para interpretar las normas, para subsanar sus oscuridades o vacíos y, en fin, para decidir cuando se aplican y cuando no, lo que, comúnmente se traduce en una continuación de las selecciones, positivas y negativas realizadas en la etapa de creación de las disposiciones penales.

Otro relevante aspecto a criticar en el contexto del sistema penal lo constituye el exagerado uso de la sanción privativa de libertad.

Las funciones de este tipo de penalidad se dirigen, según reconocimiento teórico, a imponer un castigo justo al delincuente; a garantizar la separación de este individuo del cuerpo social, logrando su incapacitación para cometer nuevos ilícitos; la anterior finalidad se relaciona estrechamente con la demanda de protección o de defensa de la



sociedad y como objetivo esencial más perseguido se encuentra la pretensión reeducativa que garantizaría supuestamente la reinserción del sancionado en su vida post-carcelaria.

Estas pretensiones o finalidades de la pena, en la realidad se logran cumplir de manera parcial y solo desde la óptica retributiva y de la prevención especial negativa o neutralización.

No resulta novedosa la afirmación de que la realidad carcelaria ha evidenciado ampliamente la pobre capacidad resocializadora de la pena privativa de libertad.

La alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los penados, demuestra el fracaso de la cárcel como instrumento de control social, entre otras razones porque no se puede segregar personas y al mismo tiempo pretender reintegrarlas.

La pena de privación de libertad debe ser usada solo en última instancia por la agencia judicial del sistema penal; teniendo en cuenta que a esta reacción enérgica solo debe recurrirse en los casos que sea conveniente y necesario, pues su empleo exagerado implica una saturación penitenciaria, que a la postre desvirtúa la utilidad y pertinencia del control social punitivo.

La pretendida abolición del sistema penal, en la etapa actual de desarrollo de la sociedad, solo garantizaría una incontrolable anarquía social, pues los instrumentos



controladores no penales sustitutivos del derecho penal se encuentran apenas esbozados en el nivel teórico y sin ninguna validación práctica.

De otro lado, el uso hipertrofiado de la respuesta punitiva, propio de la maximización del derecho penal, solo significaría un aumento de la criminalidad detectada como lógico correlato a la ampliación de la represión penal; lo que no se traduce necesariamente en una disminución de la criminalidad real.

El uso desproporcionado de la vía punitiva, lo que lograría a la postre sería el desarrollo de un control penal desordenado y arbitrario.

Se opta por la existencia de un derecho penal mínimo caracterizado por tutelar solo bienes jurídicos de la mayor trascendencia y únicamente sancionador de ataques especialmente graves a esos bienes jurídicos.

Las restantes ofensas y lesiones se tramitarían por otras vías jurídicas o extrajurídicas. Solo cuando se despoja al control social punitivo de la hipertrofia normativa y consecuentemente de la lesividad inherente a su uso indiscriminado, con toda su secuela de violencia y estigmatización; es que se puede indicar que el derecho penal es un efectivo escudo protector de la seguridad ciudadana y como un adecuado instrumento de defensa de la sociedad.





CAPÍTULO V

5. El elemento intelectual y volitivo del dolo para la clara determinación del significado antijurídico de las conductas criminales en el derecho penal

Es de importancia el análisis jurídico del elemento intelectual y volitivo del dolo para determinar claramente el significado antijurídico de conductas criminales.

La tipicidad como elemento positivo característico del delito, y el tipo como especie de infracción penal, son la versión de encuadrabilidad o delito tipo; en Guatemala generalmente se habla de tipicidad, cuando se hace referencia al elemento delito, y tipificar cuando se trata de adecuar la conducta humana a la norma legal.

Resulta curioso observar que la mayoría de autores tratan el tema de la tipicidad sin precisar una definición concreta del mismo y muchas veces no delimitan claramente lo que es.

Se define la tipicidad como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible; lo cual se considera apartado de la técnica, por cuanto eso sería una definición de lo que es tipo penal o tipo legal. Es muy importante pues, saber diferenciar la tipicidad del tipo, éste se encuentra en las normas penales, mientras que aquella es la encuadrabilidad de la conducta humana al molde abstracto que describe la ley.



“El tipo no es otra cosa que la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal. El mismo, consiste en la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que se cataloga en la ley como delito y la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto”.²⁰

5.1. Naturaleza y función

Respecto a su naturaleza, tradicionalmente se ha aceptado en toda la doctrina dominante, que la tipicidad es un elemento positivo del delito, y como tal es obvio que su estudio se realice dentro de la teoría general del delito, postura que fue totalmente indiscutible, hasta que un grupo de penalistas presentó una novedosa corriente del derecho penal moderno, en donde el tipo y la punibilidad, fueron rescatados de la teoría del delito y trasladados de la teoría de la ley penal; de esta manera se superaron los dos absurdos de la sistemática dominante. El primero, consiste en que la teoría de la ley penal estudiaba cualquier materia, excepto la que si le es propia, o sea el tipo de punibilidad en donde para ellos era una teoría de la ley penal sin ley penal, y el segundo, reside en la amalgama de conceptos heterogéneos en la teoría del delito, esto es, se mezclaban conceptos del mundo de los hechos. Por otro lado, estos se consideró que el tipo, en la sistemática dominante presenta una arquitectura realmente extraña, entendiendo como una descripción de conducta, lo que según ellos lo que menos debe tener es la conducta; situada en el escaño anterior al tipo por lo que su misma ubicación invalida la definición de la tipicidad.

²⁰ Von Litz, Franz. **Tratado de derecho penal**. Pág. 11.



Con respecto a su función, la tipicidad siempre ha sido un requisito formal previo a la antijuricidad, es decir que, para que una conducta humana pueda ser considerada como antijurídica en el derecho penal sustantivo, ésta tiene que ser típica lo cual quiere decir que sin la tipicidad, la antijuricidad penal no existe. Pero, la tipicidad si puede existir aún sin antijuricidad, cuando en la comisión del hecho delictivo ha imperado una causa que legalmente lo justifique, como en el caso de la legítima defensa, el estado de necesidad y el legítimo ejercicio de un derecho.

En la doctrina se le ha asignado otras funciones a la tipicidad, como instituto penal que es, siendo éstas las siguientes:

- a) Una función fundamentadora: en virtud de que constituye en si un presupuesto de legalidad, que fundamenta la actitud del juzgador para conminar con una pena o bien con una medida de seguridad, la conducta delictiva del agente, siempre que no exista una causa que lo libere de responsabilidad penal.
- b) Una función sistematizadora: debido a que por su medio se tiende a relacionar formalmente la parte general con la parte especial del derecho penal.
- c) Una función garantizadora, ya que la tipicidad resulta ser una consecuencia inevitable del principio de legalidad o de reserva, por medio del cual no puede haber crimen, ni pena si no está previamente establecido en una ley penal que lo regule. Este principio, ha alcanzado plena vigencia en casi todas las legislaciones del mundo, porque encerrando un contenido filosófico, jurídico, político y



científico, se constituye en una garantía de los derechos individuales del hombre, delimitando la actividad punitiva del Estado y protegiendo a la ciudadanía de los posibles abusos y arbitrariedades del poder judicial.

Es importante señalar que la función como elemento constitutivo del delito realiza la tipicidad, como presupuesto fundamental de la antijuricidad, razón por la cual constantemente se habla de conducta típicamente antijurídica y para su estudio muchos tratadistas la incluyen dentro de la antijuricidad, no faltando algunos pocos que la refieren a otros elementos del delito.

5.2. Tipicidad y tipo

Los tipos penales tienen prevista la forma general en que un comportamiento puede estar sujeto a una sanción penal. La tipicidad, es la adecuación de un hecho cometido, a la descripción que ese hecho se hace en la ley penal.

La tipicidad, es una manifestación del principio constitucional de legalidad, pues solo los hechos descritos en la ley como delitos pueden considerarse como tales. Hay muchos comportamientos humanos, pero el legislador, destaca la reacción penal, en aquellos casos de comportamientos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos.

El tipo, es un concepto que describe una conducta prohibida que lleva a la imposición de una pena. Tipicidad es cualidad; es atribuir a un comportamiento determinado tipo y subsumirlo en el supuesto de la norma penal.



Toda acción u omisión es delito si:

- Infringe el ordenamiento jurídico.
- En la forma prevista por los tipos penales.
- Cuando puede ser atribuida a su autor.

5.3. Relación entre tipo y antijuricidad

“La antijuricidad precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica. Para que sea delictuosa, la conducta ha de ser típica, antijurídica y culpable. La antijuricidad es otro de los elementos estructurales del delito”.²¹

Se le puede considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir el derecho, es decir, ha de ser antijurídica.

Se considera un concepto jurídico que supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por el ordenamiento y que denota como ésta es una conducta contraria

²¹ **ibid.** Pág. 28.



derecho, aunque en realidad la conducta antijurídica no está fuera del derecho, cuanto este le asigna una serie de consecuencias jurídicas.

5.4. Antijuridicidad formal y material

Por tradición se ha venido distinguiendo entre la antijuridicidad formal, que es aquella que viola lo señalado por la ley, y la material, cuando se trata de una conducta antisocial.

En realidad, una antijuridicidad material sin la antijuridicidad formal no tiene ninguna relevancia para el derecho. Por otro lado, la antijuridicidad material sirve de fundamento para la formal, de tal modo que aquella conducta prohibida por la ley debe serlo porque protege un bien jurídico.

En relación a la antijuridicidad formal, se afirma que un acto es formalmente antijurídico, cuando su condición de típico se une la de ser contrario al ordenamiento, es decir, no esta especialmente justificado por la concurrencia de alguna causa de tal naturaleza.

Por lo tanto, la antijuridicidad formal no es más que la oposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico positivo, juicio que se constata en el modo expuesto.



La antijuricidad material es materialmente antijurídica cuando, habiendo transgredido una norma positiva, lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el derecho quería proteger.

La antijuricidad propiamente dicha también se entiende cuando se vulnera el bien jurídico que se tutela.

La antijuricidad es un juicio negativo de valor, que recae sobre una conducta y que indica que ésta es contraria al ordenamiento jurídico. No todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante; y la tipicidad de una conducta no implica que ésta sea antijurídica; todo lo más, la tipicidad es indicio de antijuricidad.

La antijuricidad es un juicio negativo de valor. La tipicidad no implica la antijuricidad, sino un indicio ratio cognoscendi, pero no hay que confundirlas o identificarlas ratio esendi.

No se puede identificar tipo y antijuricidad; la identificación conduce a la teoría de los elementos negativos del tipo; según ella, las causas de justificación, son elementos negativos de tipo, de tal suerte que quien mata en legítima defensa, ni siquiera realizaría el tipo de homicidio, sino un nada jurídico penal; pero tal conceptualizador está en desacuerdo con el hecho de que para que haya antijuricidad, debe existir previamente tipicidad.



Pero es aparte una conducta atípica y aparte una típica amparada en una causa de justificación. Esto tiene incidencia en los casos de error. Si bien, la relación entre tipo y antijuricidad es muy estrecha, pues generalmente en los elementos del tipo se incluyen las características de la acción prohibida, pero hay tipos en que solo se describe una parte de esas características, por ejemplo en los denominados tipos abiertos.

Pero la relación entre tipo y antijuricidad es estrecha. Hay tipos en que la ley describe características de la acción prohibida, o parte de ella. En estos casos se habla de tipos abiertos y cerrados. Estos últimos, se dan en los de comisión por omisión y en los culposos. También, son abiertos aquellos en que hay que acudir a determinadas características de la antijuricidad.

Según si es en los elementos del tipo o de la antijuricidad sobre los que recae el error, así se tendrá el error de tipo o de prohibición. El de prohibición, es el que recae sobre elementos de antijuricidad, debido a que quien cree erróneamente estar legitimado para detener a una persona, actúa típicamente, puede ser o no culpable por error sobre la antijuricidad.

5.5. Estructura del tipo

El tipo tiene que estar redactado de modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta que se prohíbe. Se encuentran elementos normativos y son aquellos que implican una valoración del juzgador.



Los elementos descriptivos son aquellos que describen en su totalidad la conducta:

- Un cierto comportamiento.

- Un resultado, la muerte de una persona.

- Relación causal entre acción y resultado.

Estos elementos exteriores que deben alcanzarse con la voluntad del autor, se llaman tipo objetivo.

El tipo subjetivo, está compuesto por los elementos de la conciencia del autor que constituye la infracción a la norma. Algunos delitos, además requieren la concurrencia de elementos subjetivos del injusto, el propósito de los delitos de daño y tráfico de personas.

En algún caso es preciso preguntarse si el autor ha tenido voluntad de realizar los elementos desvalorados. Cuando se dice ante su sorpresa se le disparó el arma se deduce que no quiso causar la muerte, sino que actuó con error sobre uno de los elementos del tipo, la relación causal. No tuvo voluntad de causar el hecho. El error de tipo aquí es la ausencia del dolo, lo que determina que no puede haber adecuación de la acción a un tipo doloso. Pero puede subsistir la tipicidad en relación con uno culposo, si el error fuere evitable y existe el tipo culposo en la ley.



Otros tipos son: tipo básico, derivados, calificativos, privilegiados, autónomos. Los elementos generales que siempre están en todos los tipos son los sujetos activos. Pero hay delitos pluri-subjetivos, que en algunos casos exigen cualidades especiales para ser sujeto activo.

Las funciones del tipo son las siguientes:

- Seleccionadora o de comportamientos humanos penalmente relevantes.
- De garantía: solo esos comportamientos pueden ser sancionados penalmente.
- Motivadora: con la conminación se espera que los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta.

La adecuación social es un criterio que permite la interpretación restrictiva de algunos tipos penales.

“Conforme el concepto completo del tipo, el tipo doloso activo tiene dos aspectos, uno objetivo y uno subjetivo. No es totalmente cierto que al hacer referencia a los elementos descriptivos, haya una limitación a la exterioridad. Cuando se describe una conducta, no pueden pasarse por alto los aspectos psíquicos”.²²

²² Cerezo. **Ob.Cit.** Pág. 28.



Toda conducta tiene una manifestación en el mundo físico. Ante esa conducta las cosas estaban en un estado diferente al que se hallan después de la conducta. El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta. No hay conducta sin resultado.

Al individualizar la conducta el legislador a veces se vale del requerimiento de un resultado, pero a veces se limita a describir la conducta, admitiendo que el resultado sea cualquiera como tal que afecte el bien jurídico.

La casualidad debe admitirse en el tipo, con un punto de vista realista. La relevancia penal de la causalidad se halla limitada, dentro de la misma teoría del tipo, por el tipo subjetivo, es decir, por el querer del resultado. El sujeto activo es el autor de la conducta típica, pasivo es el titular del bien jurídico. Los tipos que individualizan conductas que pueden ser cometidas por cualquiera dan lugar a los delitos comunes o delitos comunes.

Hay tipos que solo pueden ser cometidos por una persona como los unisubjetivos. Otros deben ser cometidos necesariamente por varios plurisubjetivos. Hay tipos que individualizan acciones que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial y aluden a circunstancias de tiempo, lugar y modo.

Hay tipos penales que no solo contienen elementos descriptivos sino también normativos, es decir, aquellos para cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración ética o jurídica.



Hay tipos subjetivos que se agotan en el dolo y otros que reconocen otros elementos.

Todos los tipos dolosos exigen que haya una cierta congruencia entre sus aspectos objetivo y subjetivo. Hay tipos dolosos que requieren únicamente que su aspecto subjetivo contenga el querer la realización del tipo objetivo, el homicidio solo requiere que el autor quiera la muerte de un hombre.

5.6. Estudio legal del elemento intelectual y volitivo del dolo para la clara determinación del significado antijurídico de las conductas criminales

El término dolo se usa con significados diferentes. En derecho penal, el dolo significa la intención de cometer la acción típica prohibida por la ley. En derecho civil, se refiere a la característica esencial del ilícito civil, en el incumplimiento de las obligaciones designa la deliberada inexecución por parte del deudor y, por último, es un vicio de los actos voluntarios.

El dolo, para el derecho penal, supone la intención tanto en el obrar del sujeto como en la abstención cuando la obligación legal es la actuación de comisión por omisión.

“El dolo es la forma principal y más grave de la culpabilidad, y por ello la que acarrea penas más severas. Actúa dolosamente quien actúa con la intención de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud”.²³

²³ **Ibid.** Pág. 99.



El encuadramiento del dolo dentro de los elementos del delito no es una cuestión pacífica en la doctrina.

El dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito. Es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Es la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene la facultad de disposición conociendo o no que tal hecho esta reprimido por la ley.

El dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u con representación del resultado que se requiere.

Consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.



El dolo posee dos elementos fundamentales a saber:

- a) El cognitivo o intelectual: éste se da en el ámbito de la internalidad consciente del sujeto, pues se conoce a sí mismo y a su entorno; por lo tanto, sabe que sus acciones son originadoras de procesos causales productores de mutaciones de la realidad, o bien de violaciones a deberes establecidos en normas culturales.
- b) El volitivo: éste se encuentra en el ámbito de los deseos del sujeto, motivados por estímulos originados en las necesidades de la contingencia humana; es aquí en donde se encuentra, el querer, que propiamente afirma la voluntad de alterar el mundo circundante al desencadenar el proceso causal, o bien, aceptar tal alteración, absteniéndose de intervenir para que éste se interrumpa.

Derivado de ambos elementos del dolo, el ser humano, a través de su inteligencia, dirige su voluntad hacia lo que quiere, lo que se manifiesta fenomenológicamente en acciones u omisiones, productoras de resultados.

Como puede advertirse, ambos elementos cognitivo y volitivo, ligados entre sí, producen la intención, ya sea como causa originadora de los procesos causales que mutan o transforman el mundo exterior, o bien, la violación al deber establecido en las normas de cultura subyacentes en las penales, produciéndose siempre en ambos casos, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por estas.



En las diversas escuelas penales modernas la discusión en relación con el dolo se ha escenificado principalmente sobre el alcance que se le da al elemento cognitivo del mismo y su ubicación sistemática:

Es así como para el causalismo, el elemento cognitivo del dolo comprende el conocimiento de los hechos, esto es, el conocimiento del comportamiento que se está realizando, y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, es decir, el conocimiento de que el comportamiento que se está realizando se encuentra prohibido por el derecho penal.

El dolo en el causalismo es concebido como un elemento o característica de la culpabilidad, categoría en la cual se evalúan la mayor parte de los aspectos subjetivos o psicológicos del hecho punible.

Para el finalismo, el elemento cognitivo del dolo solo abarca el conocimiento de los hechos, valga decir, el conocimiento del comportamiento que se está realizando. El dolo en el finalismo, es ubicado como un elemento de la tipicidad, conformando el denominado tipo subjetivo del delito doloso. El conocimiento de la antijuridicidad, o sea, el conocimiento de que el comportamiento que se realiza está proscrito por el derecho penal, es deslindado del dolo y es concebido como un elemento de la culpabilidad.



También se le puede definir como aquella intención positiva de inferir daño o perjuicio en la persona o en la propiedad de otro.

Existen diversas clases de dolo, siendo las más importantes:

- a) Dolo directo de primer grado: se da cuando la realización de la conducta y el resultado en los delitos materiales es el fin que el sujeto se proponía alcanzar. Existe una completa correspondencia entre lo que el sujeto activo quería y el suceso externo que ha tenido lugar.

- b) Dolo directo de segundo grado: denominado por otros autores dolo de consecuencias necesarias o dolo indirecto. Se da cuando se produce un resultado no querido directamente pero que es consecuencia necesaria y está inevitablemente unido al resultado que se pretende conseguir, de tal forma que si esto último se produce se producirá siempre, también, aquel.

En torno al dolo eventual por otros denominados dolo condicional o dolo indirecto, se han formulado diversas teorías.

- a) Teoría del consentimiento o aceptación: si en el dolo directo de segundo grado el autor representa el resultado accesorio como consecuencia inevitable de la consecución del resultado principal, en el dolo eventual tal resultado se presenta



como posible y el agente acepta o consiente su producción. Es la voluntad que consiente o acepta el resultado criminal representado en la mente del sujeto sólo como posible. Dos elementos son necesarios según esta teoría para poder afirmar que existe el dolo eventual: uno, que el sujeto represente el resultado típico como probable; y el otro, que el sujeto consienta o acepte el mismo para el caso que se produzca.

- b) Teoría de la probabilidad: esta teoría exige menos requisitos que la teoría del consentimiento para afirmar la existencia del dolo.

Es suficiente que el autor se haya planteado la posibilidad de que el resultado pudiera producirse y a pesar de ello haya actuado.

- c) Teoría ecléctica: un sector de la doctrina se inclina por una postura ecléctica que combina los criterios anteriores.

Se exige, por una parte que el sujeto tome en serio la posibilidad de la producción de un delito y por otra que el mismo se conforme con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto.



El dolo de peligro es suficiente para la realización dolosa de algunas clases de delitos como los delitos contra la salud pública, contra la seguridad del tráfico, etc., se da cuando el sujeto quiere o acepta la puesta en peligro de bienes jurídicos, aunque no quiere su lesión.

Tradicionalmente se venía distinguiendo entre un dolo genérico y un dolo específico o duplicado acorde, por lo general, con la distinción entre tipos genéricos y tipos específicos agravados.

Frecuentemente es el único componente del tipo subjetivo en los casos en que el tipo no requiere otros. El dolo es querer del resultado típico y consiste en la voluntad realizadora del tipo objetivo. El dolo de homicidio, es el querer matar a un hombre, presupone se sepa que el objeto de la conducta es un hombre.

Dolo es pues, la voluntad realizadora del tipo objetivo. Dolo es una voluntad determinada que presupone un conocimiento determinado. Representación y voluntad son elementos del dolo.

“El dolo requiere conocimiento efectivo, la sola posibilidad de conocimiento no pertenece al dolo. El querer matar a un hombre, dolo del tipo de homicidio, no se integra con la posibilidad de conocer que se causa la muerte, sino con el efectivo conocimiento



de que se causa, sin ese conocimiento no puede hablarse de voluntad homicida. El dolo requiere siempre cierto grado de actualización del conocimiento”.²⁴

El grado de actualización que requiere el dolo no exige siempre un pensar en ello. El individuo que está consumado un estupro no tiene necesidad de pensar en la calidad de mujer del sujeto pasivo en el momento de la realización de la doctrina.

El Artículo 11 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Delito doloso. El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto”.

La tesis constituye un aporte científico y técnico para la sociedad guatemalteca, al dar a conocer a estudiantes y profesionales un análisis legal del elemento intelectual y volitivo del dolo, para la clara determinación del significado antijurídico de conductas criminales en Guatemala.

²⁴ Cuevas. **Ob.Cit.** Pág. 52.





CONCLUSIONES

1. La intervención punitiva por sí sola, no garantiza la eliminación de las conductas criminales y en la actualidad no se cuenta con estabilidad social, debido a que la esfera jurídica no actúa como factor que coadyuve a la lucha contra la criminalidad desmedida generada por conductas antijurídicas reguladas que van en contra del derecho penal guatemalteco.
2. No existe un adecuado cumplimiento del sistema penal, ya que en la actualidad no se valora en su doble arista de manifestación el plano normativo-abstracto y el plano práctico-concreto, para una debida organización de la agencia legislativa que conciba y determine la importancia de los elementos intelectual y volitivo del dolo.
3. La inexistencia de una clara indicación de lo perjudicial de las conductas criminales, no permite el conocimiento de los elementos intelectual y volitivo del dolo para la determinación del significado de la antijuricidad, ni para que se indique que hay dolo tanto cuando el sujeto conoce la antijuricidad, como cuando no le importa si su conducta es antijurídica.



4. En la actualidad, las conductas criminales se encuentran latentes con fenómenos existentes, siendo fundamental el análisis del significado antijurídico de esas conductas y una de las preocupaciones más prioritarias de hoy, para la construcción de un Estado democrático en donde sea imperante la paz y seguridad.

RECOMENDACIONES



1. El gobierno de Guatemala, debe señalar que la intervención punitiva por sí sola, no puede asegurar la eliminación de las conductas criminales y actualmente no se puede contar con estabilidad social, debido a que la esfera jurídica no puede actuar como factor coadyuvante para luchar contra la criminalidad que generan las conductas antijurídicas.
2. El Organismo Judicial, tiene que establecer la inexistencia de un adecuado cumplimiento del sistema penal, y ello no permite que se puedan valorar en su doble arista de manifestación los planos normativo-abstracto y el plano práctico-concreto para contar con una adecuada organización de la agencia legislativa que pueda determinar la importancia de los elementos intelectual y volitivo del dolo.
3. El Ministerio Público, debe señalar la falta de conocimiento en relación a lo perjudicial de las conductas criminales, que no permiten conocer los elementos intelectual y volitivo del dolo, para determinar el significado de la antijuricidad, y para indicar que el mismo existe cuando el sujeto conoce la antijuricidad y cuando no le importa si su conducta es antijurídica.



4. Los juzgados penales, tienen que dar a conocer que actualmente las conductas criminales se deben encontrar presentes como fenómenos existentes, siendo esencial el análisis del significado antijurídico de esas conductas y una de las preocupaciones prioritarias para construir un Estado democrático en donde pueda imperar la paz y seguridad.



BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos en la teoría del delito.** Costa Rica: Ed. Juricentro, 1985.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1986.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano.** México, D.F.: Ed. Porrúa; 1980.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos elementales de derecho penal.** México, D.F.: Ed. Porrúa, 1981.
- CEREZO MIR, José. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. UNED, 1998.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1988.
- CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1954.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abelleo Perrot, 1970.
- HASSEMER, Wilhem. **Fundamentos del derecho penal.** Barcelona, España. Ed. Reus, 1989.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1999.



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

Legislación:

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

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

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