

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

**ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO
DE DIFAMACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA**

KARINNA MARISOL FUENTES OROZCO

GUATEMALA, AGOSTO DE 2015

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

**ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO
DE DIFAMACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

KARINNA MARISOL FUENTES OROZCO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, agosto de 2015

**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. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

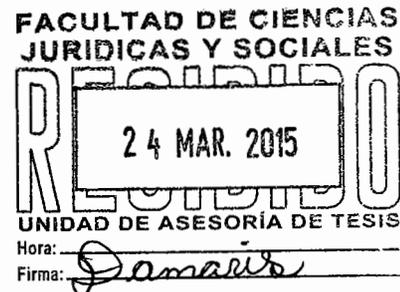
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Licda. Rosario Gil Perez
Abogada y Notaria
Colegiada 3058



Guatemala 12 de marzo del año 2015

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Distinguido Doctor Mejía Orellana:

Según nombramiento recaído en mi persona de fecha treinta de octubre del año dos mil catorce, asesoré la tesis de la bachiller Karinna Marisol Fuentes Orozco, con carné estudiantil 199917601 quien desarrolló el trabajo de tesis que se denomina: **“ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE DIFAMACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA”**, le doy a conocer:

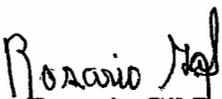
- a) La tesis es constitutiva de una contribución científica y determina un contenido bastante amplio que señala con bastante claridad lo fundamental de analizar jurídicamente el delito de difamación en Guatemala.
- b) La sustentante desarrolló ampliamente los capítulos de su tesis, empleando distintos métodos y técnicas de investigación y para el efecto se basó en bibliografía de actualidad y en la normativa vigente en la sociedad guatemalteca, habiendo sido utilizada la siguiente metodología: método inductivo, el cual es determinante en establecer el delito de difamación; método deductivo, con el cual se indicaron sus características; y el analítico, indicó su regulación legal.
- c) Las técnicas de investigación utilizadas durante el desarrollo de la tesis fueron la documental y fichas bibliográficas, las cuales fueron bastante útiles para la recolección de documentos bibliográficos de actualidad que se relacionan con el tema que se investigó.
- d) La bachiller se encargó de redactar su trabajo de tesis bajo los lineamientos estipulados y de conformidad con las anotaciones, modificaciones y sugerencias, para concluir en un informe final con aseveraciones certeras y valederas que permitieron redactar con un vocabulario acorde la definición de una introducción, desarrollo de capítulos, conclusiones y recomendaciones fundamentadas, redacción y citas bibliográficas correctas. Las correcciones indicadas se realizaron durante la asesoría de la tesis y permitieron determinar los objetivos generales y específicos de la misma. También, la hipótesis que se presentó y formuló fue comprobada al dar a conocer la importancia de analizar los fundamentos jurídicos que informan el delito de difamación en la legislación penal guatemalteca.

Licda. Rosario Gil Perez
Abogada y Notaria
Colegiada 3058



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, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.


Licda. Rosario Gil Perez
Asesora de Tesis
Col. 3058

Lic. ROSARIO GIL PEREZ
Abogado y Notario



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 09 de abril de 2015.

Atentamente, pase a el LICENCIADO OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante KARINNA MARISOL FUENTES OROZCO, intitulado: "ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE DIFAMACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "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 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 estimen pertinentes".


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

cc.Unidad de Tesis
BAMO/darao.

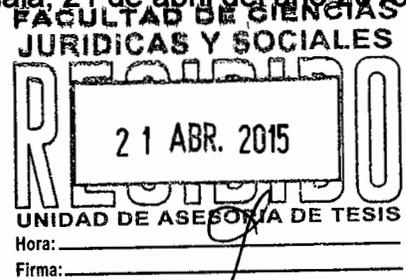


Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805



Guatemala, 21 de abril del año 2015

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



Doctor Mejía Orellana:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha nueve de abril del año dos mil quince, procedí a la revisión del trabajo de tesis de la bachiller Karinna Marisol Fuentes Orozco, que se denomina: **"ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE DIFAMACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA"**. Después de la revisión encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además la ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se señala el delito de difamación; el sintético, indicó sus características; el inductivo, dio a conocer su importancia, y el deductivo, estableció su regulación legal. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada. Además, los objetivos determinaron sus características. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer los elementos jurídicos que informan el delito de difamación.
4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde la ponente señala un amplio contenido relacionado con el tema investigado.
5. En relación a las conclusiones y recomendaciones de la tesis, las mismas se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. A la sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

Lic. Otto Rene Arenas Hernández
Abogado y Notario
Colegiado 3805



La tesis que se desarrolló por la sustentante efectivamente cumple con los requisitos que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. Otto René Arenas Hernández
Revisor de Tesis
Colegiado 3,805

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

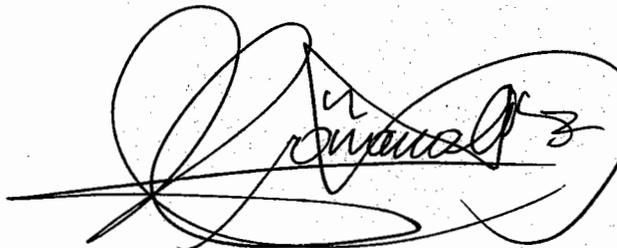


USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

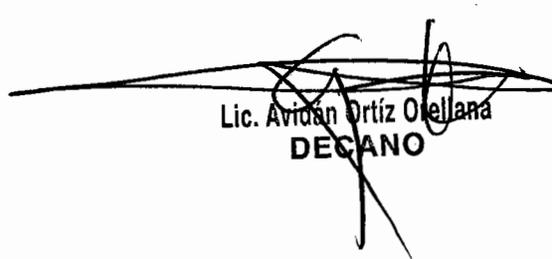


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 13 de mayo de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante KARINNA MARISOL FUENTES OROZCO, titulado ESTUDIO JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE DIFAMACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 SECRETARIA
 GUATEMALA, C. A.

BAMO/srrs



 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 DECANATO
 GUATEMALA, C. A.



DEDICATORIA

A DIOS Y LA VÍRGEN:

Por haberme dado la vida sabiduría y el entendimiento, siendo mi guía, luz y esperanza en mi caminar para convertir mi sueño en realidad.

A MIS PADRES:

Armando y Celia Anita, por todo el esfuerzo, sacrificio, amor y apoyo incondicional y por su confianza en mí en todos los momentos de mi vida, gracias los amo.

A MIS HERMANOS:

Irbín, Vinicio, José, Gustavo, Marcela y Guisela, gracias por su apoyo y por acompañarme en este camino.

A MI ESPOSO:

Magdaleno, por todo su apoyo, comprensión y perseverancia, para obtener el presente logro.

A MI HIJO:

Adrian Emiliano y Otoniel Eliseo, por ser mi mayor alegría, y la razón que me ha llevado a seguir superándome que sea un ejemplo en el futuro.



A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho penal.....	1
1.1. Definiciones.....	3
1.2. Reseña histórica.....	3
1.3. Importancia.....	8
1.4. Finalidad.....	10
1.5. Fuentes.....	11
1.6. Funciones.....	14
1.7. Características.....	15
1.8. Relación con otras disciplinas jurídicas.....	17
1.9. Relación con otras disciplinas afines al derecho.....	18
CAPÍTULO II	
2. El delito.....	21
2.1. Definiciones.....	23
2.2. Noción formal y sustancial.....	25
2.3. Conceptualización dogmática.....	28
2.4. Sistema causalista.....	31
2.5. Concepción finalista.....	33

2.6.	Elementos.....	37
2.7.	Clasificación.....	39
2.8.	Circunstancias atenuantes del delito.....	43
2.9.	Circunstancias agravantes del delito.....	45

CAPÍTULO III

3.	Autoría y participación.....	51
3.1.	Autoría.....	53
3.2.	Formas de autoría.....	58
3.3.	La participación.....	62
3.4.	La complicidad.....	68
3.5.	La instigación.....	69
3.6.	Responsabilidad delictual.....	70
3.7.	Coautoría.....	70

CAPÍTULO IV

4.	Estudio jurídico y doctrinario de los elementos típicos del delito de difamación en el Código Penal vigente.....	73
4.1.	Derechos individuales.....	73
4.2.	Derechos de la personalidad.....	74
4.3.	Derecho al honor.....	74
4.4.	Derecho a la intimidad.....	75



Pág.

4.5. Libertad de expresión.....	76
4.6. Elementos típicos en el Código Penal vigente en Guatemala.....	77
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCIÓN

El tema elegido señala los elementos típicos del delito de difamación en el Código Penal vigente, siendo esencial el respeto de los derechos individuales, derechos de personalidad, derecho al honor, derecho a la intimidad y de la libertad de expresión, así como del señalamiento de cambios en el tratamiento de los mismos, transformando la visión penal hacia una eminentemente visión social.

El honor consiste en un valor esencial y cultural, de ello, que desde el punto de vista jurídico y penal, se trate de uno de los bienes jurídicos mayormente difíciles de captación y de poder llegar a concretar.

Lo más relevante del honor, es lo referente a su relatividad conceptual, así como a la existencia de un ataque al mismo, que se encuentra bajo la dependencia de: la sensibilidad, el grado de formación, la situación tanto del ofensor como del ofendido, de las relaciones entre ambos y de la circunstancialidad del supuesto fáctico.

Los objetivos de la tesis dieron a conocer que la conceptualización de honor, en dicho aspecto objetivo, llega a indicar que en el juicio dado a una persona, al lado del honor objetivo, existe una conceptualización subjetiva del honor aludida con anterioridad, que se encuentra constituido claramente por la conciencia y por un sentimiento de la persona en relación a su mismo valor y prestigio existente.

Es necesario distinguir la noción de intimidad de la de honor, motivo por el cual se tiene claramente que señalar la esfera privada existente de la esfera pública que se denomina idea de difamación tal y como lo señala la hipótesis comprobada que fue formulada.

Dicha distinción adquiere especial relevancia en cuanto a la veracidad o falsedad de lo que haya sido indicada; debido, a que en el caso de la intimidad y de la privacidad no se puede justificar la divulgación de la misma y en el caso del derecho al honor la veracidad opera con el derecho a la vida privada. Las técnicas empleadas fueron la bibliográfica y documental. Los métodos utilizados fueron: analítico, inductivo y deductivo.

Además, se considera que la relación con el derecho a la vida privada, así como el elemento subjetivo que le es inherente y que le confiere un marcado carácter relativo, define claramente el derecho al honor. La tesis se dividió en cuatro capítulos: el primer capítulo, indica el derecho penal, definiciones, reseña histórica, importancia, finalidad, fuentes, funciones, características, relación con otras disciplinas jurídicas y con otras ciencias afines al derecho; el segundo capítulo, señala el delito, definiciones, noción formal y sustancial, conceptualización dogmática, sistema causalista, concepción finalista, elementos, clasificación, circunstancias atenuantes del delito y circunstancias agravantes del delito; el tercer capítulo, establece la autoría y participación, formas, participación, complicidad, instigación, responsabilidad delictual y coautoría; el cuarto capítulo, estudia jurídicamente y doctrinariamente de los elementos típicos del delito de difamación en el Código Penal.



CAPÍTULO I

1. Derecho penal

Debido a que el derecho penal consiste en un instrumento del que el Estado dispone, el mismo lleva a cabo una aproximación primaria de su concepto, bajo la proposición de una definición.

La realidad social en la cual se desenvuelve el ser humano se encuentra sometida a una serie de normas jurídicas.

En esas normas, se encuentran determinadas por distintos medios de control social que indican qué comportamientos tienen o no que ser admitidos en la sociedad.

La relación social entre los medios de control social, evoluciona al igual que lo hace la misma sociedad, por lo cual los distintos medios, y con ello los valores que propugnan, los que en determinados momentos de la historia se basaron en el derecho penal en la fijación de los comportamientos sociales.

Las conductas que se prohíben y los intereses que se resguardan permiten la evolución de la función social, para que se llegue a realizar el modelo de sociedad anhelado.

El derecho penal consiste en uno de los medios de control social determinantes y que establecen los distintos comportamientos sociales que sean indeseables, debido a que

consiste en un medio de control que está formalizado e integrado por normas jurídicas encargadas del establecimiento de conductas no permitidas y a cuya causación le es correspondiente una sanción legal.

A dicho concepto estático y formal, se tiene que aludir también la expresión latina *ius poenale*.

"Es la potestad que detenta el Estado para la imposición de penas y medidas de seguridad a los transgresores de las normas penales que las establecen. Ello, es correspondiente al derecho penal en sentido subjetivo".¹

A esa conceptualización dinámica y material, se alude también la expresión latina *ius puniendi*. El derecho penal de un Estado social y democrático no puede renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que tiene que conducir por y para los ciudadanos.

El mismo, tiene que asegurar la protección de delitos, entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos, los cuales son bienes no en un sentido naturalista, sino con posibilidades de participación en los sistemas sociales esenciales y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves esos hechos. La disciplina jurídica en análisis, tiene que orientar la función privativa de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionabilidad y culpabilidad.

¹ Cerezo Mir, José. *Curso de derecho penal*. Pág. 40.

Aparece como el medio de control más drástico, al cual se tiene que recurrir en última instancia cuando todos los demás medios de solucionar el problema han llegado a fracasar.

1.1. Definiciones

Derecho penal es la rama del derecho que regula la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, para aplicar una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles. Derecho penal es el 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 y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

"El derecho penal es la ciencia que estudia el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como infracciones denominadas delitos o faltas y dispone de la aplicación de sanciones a quienes los cometen".²

1.2. Reseña histórica

Históricamente cada sociedad ha creado y crea sus mismas normas jurídico-penales, con rasgos y elementos propios de acuerdo al bien jurídico que en cada caso quiera protegerse.

² Cuevas del Cid, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal.** Pág. 78.



- a) **Tabú y venganza privada:** durante los tiempos primitivos no existía un derecho penal debidamente estructurado, sino que únicamente había toda una serie de prohibiciones fundamentadas en conceptualizaciones religiosas, debido a que trata consecuencias no únicamente para el ofensor, sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu.

“Cuando se responsabiliza a alguien por la violación de una de dichas prohibiciones relacionadas con el tabú, el ofensor quedaba a la voluntad de la víctima y de sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor. No existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo”.³

- b) **Ley de Talión:** las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo aparecen con el Código de Hammurabi, la Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Consiste en el ojo por ojo, diente por diente. “En los casos en los cuales existía daño físico, se buscaba una manera de compensación física. A dicha época es correspondiente la aparición de la denominada compensación, relativa al reemplazo de la pena por el pago de una suma de dinero, por medio de la cual la víctima renunciaba a la venganza”.⁴

- c) **Derecho romano:** el extenso período que comprende lo que de manera habitual se denomina derecho romano puede ser fundamentalmente en cuanto a los delitos públicos o crímenes.

³ Fontán Balestra, Carlos. **Derecho penal.** Pág. 66.

⁴ **Ibid.** Pág. 70.

Los primeros eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de éste, en tanto que los segundos eran perseguidos por los particulares en su mismo interés. Es de destacar que en la ley de las XII tablas, no se encontraban distinciones de clases sociales ante el derecho.

Durante la época de la República, solamente quedaron como delitos privados los más leves. El derecho penal romano, comenzó a fundarse en el interés del Estado, reafirmando de este modo su carácter público. Dicha característica se encuentra claramente en la época del Imperio.

Los tribunales actuaban por delegación del emperador, en donde el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria, en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del imperio se fue ampliando cada vez más. Con el desarrollo del período imperial, no se trataba ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino que todos fueran intereses públicos.

- d) Edad Media: durante la misma desaparece el Imperio romano y con él la unidad jurídica. Las invasiones de los bárbaros trajeron costumbres jurídicas penales distintas y contrapuestas, muchas de ellas a los principios del derecho del Imperio en mención.

Ello, a medida que el señor feudal fortalece su poder, y se va haciendo más uniforme el derecho, como fruto de la unión del antiguo derecho romano y de las costumbres bárbaras. De esa forma, cobra fuerza el derecho canónico,

proveniente de la religión católica que se imponía por ser la religión que se había extendido con el imperio romano.

"El derecho canónico que comenzó siendo un sencillo ordenamiento disciplinario crece y su jurisdicción se extiende por motivo de las personas y por razón de la materia, llegando a ser un completo y complejo sistema de derecho positivo".⁵

El delito y el pecado representaban la esclavitud y la pena de liberación, debido a que es fruto de esa concepción el criterio tutelar de este derecho, que va a desembocar en el procedimiento inquisitorial. El derecho canónico institucionalizó el derecho de asilo, se opuso a las ordalías y se afirmó el elemento subjetivo del delito. Es bien debatido si se distinguía el delito del pecado, pero se coincide que aunque haya existido una distinción teórica, en la práctica de la misma se desvanecía. Basta con hacer mención de algunos de los actos que se consideraban delitos.

Con la concentración del poder en manos de los reyes, y la consiguiente pérdida del mismo por parte de los señores feudales, se sientan los fundamentos de los Estados modernos.

Se produce entonces el renacimiento del derecho romano. Los glosadores avanzan sobre el derecho romano mediante el corpus iuris de Justiniano,

⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl. **Derecho penal**. Pág. 88.

recibiendo su nombre por los comentarios que incluían en los textos originales.

Los postglosadores ampliaron el campo de estudio, incluyendo también las costumbres.

- e) **Derecho penal liberal:** César Bonessana es el autor del Iluminismo en el campo del derecho penal. Su pretensión no fue construir un sistema de derecho penal, sino trazar lineamientos para una política criminal. El mencionado autor parte de los presupuestos filosóficos imperantes de la época como origen de la constitución de la sociedad y la cesión de mínimos de libertad a manos del Estado y su poder punitivo, para la conservación de las restantes libertades.

La crítica surgida del libro mencionado, conduce a la formulación de una serie de reformas penales que son el fundamento de lo que en la actualidad se conoce como derecho penal liberal, resumido en términos de humanización general de las penas, abolición de la igualdad ante la ley, principio de legalidad y proporcionalidad entre delito y pena.

- f) **Escuela clásica o liberal:** el primer representante de esta escuela es Francisco Carnignani y propone un sistema de derecho penal derivado de la razón, siendo uno de los primeros en trazar un sistema científico del derecho penal en lengua no germana.
- g) **Positivismo:** ante los avances de la ciencia y el afán por superación liberal no intervencionista, buscando afrontar su ineficacia en relación al nuevo crecimiento

de la criminalidad, nace el positivismo. Su idea, consiste en que la lucha contra la criminalidad tiene que hacerse de una manera integral permitiendo la intervención directa del Estado.

Las mayores críticas contra los autores positivistas radican en el olvido de las garantías individuales, debido a que su foco es la peligrosidad social del delincuente. Con el estado peligroso sin delito, se quiso limpiar la sociedad de todo quien demostrara peligrosidad.

Con él surge la idea de un delito natural, ya que las culturas que no compartían las pautas valorativas, eran tribus degeneradas que se apartaban de la recta razón de los pueblos superiores, y que eran a la humanidad lo que el delincuente a la sociedad. El delito natural sería el que lesionara los sentimientos de piedad y justicia, que eran los pilares de la civilización.

1.3. Importancia

"El derecho penal consiste en el conjunto de normativas que son de utilidad para el castigo de actos criminales. El mismo, cuenta con una larga tradición conceptual que inicia con el derecho romano y que puede comprenderse como una superación de la sociedad con relación a prácticas que eran poco sistemáticas en lo que respecta al castigo".⁶

⁶ Ibid. Pág. 101.

De esa manera, el derecho penal tiene como objetivo la protección de la sociedad ante eventuales acciones que dañen a alguno de sus miembros y es desde esa perspectiva que tiene que entenderse su importancia, debido a que para dicha finalidad el derecho penal se vale del establecimiento de diversas penas en función de la gravedad del acto que se haya cometido.

Originalmente, el ser humano se interesó por aplicar una pena a aquellos comportamientos que eran considerados como antisociales. No obstante, dicho interés se encontraba asociado a distintas prácticas primitivas.

En los albores de la humanidad, la venganza siempre consistió en un hecho que estuvo presente y debido a ello era nocivo por la desconocida proporcionalidad de la pena. Pero, con el paso del tiempo existió un progreso en dicho sentido. La Ley de Talión, impuso una relación bastante razonable entre el delito y el castigo cuando se estableció el ojo por ojo, diente por diente.

En la actualidad, dicho tipo de valoraciones puede parecer de carácter excesivo, pero lo cierto es que para estos momentos primitivos significó un adelanto. Después, las normas jurídicas que pretendían la regulación de los comportamientos para evitar acciones lesivas fueron complejas, hasta llegar en un determinado momento al refinamiento del código romano.

Actualmente, el Código Penal remite por ende a todo lo relacionado con el esclarecimiento del crimen y el posterior establecimiento de una pena. Dicha

perspectiva toma en consideración todo lo relacionado al procedimiento que tiene que llevarse a cabo para probar un delito, asegurando en el mismo salvaguardar los derechos del imputado.

De esa forma, se puede notar como existe un elevado desarrollo en lo que respecta a la venganza o el hecho de ocasionar un mal derivado de un delito, sino ante todo un proceso que asegura a los inocentes y reconoce los derechos de los culpables.

1.4. Finalidad

"El fin del derecho penal consiste en la protección de la sociedad frente a aquellas conductas que de manera grave atenten contra los intereses de la sociedad. Dicha finalidad de protección justifica el recurso a la pena, el cual es un mal previsto legalmente, que el juez impone al culpable de cometer un delito en un procedimiento público. Ello, sucede en la medida en que las penas sean de utilidad para alcanzar su fin de tutela, o lo que es lo mismo, estarán justificadas".⁷

Dicho presupuesto tiene que guiar el debate sobre los fines de la pena, ello es, la discusión sobre por qué y para qué. El debate se polariza de manera habitual entre dos extremos.

Por una parte las teorías absolutas, entienden que la pena consiste en un fin en sí mismo, se sanciona porque se ha delinquido. Por otra parte, las denominadas teorías

⁷ Maurach, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Pág. 21.

relativas, entienden a la pena como justificación por satisfacer determinados fines. También, se han formulado teorías mixtas o de la unión, que integran los distintos fines de la pena.

El derecho penal no se reduce únicamente al listado de aquellas conductas que son tomadas en consideración como delitos y la pena que a cada uno es correspondiente, sino que esencialmente su misión consiste en brindar protección a la sociedad. Ello, se logra alcanzar mediante medidas que por una parte llevan a la separación del delincuente por el tiempo necesario, al lado de que se reincorpore al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento correcto en cada caso para alcanzar dicha finalidad.

De esa forma, el derecho penal puede definirse como el conjunto de normas, pertenecientes al ordenamiento jurídico de determinado Estado, cuya finalidad primordial consiste en regular conductas punibles, consideradas como delitos con la aplicación de una pena.

1.5. Fuentes

La fuente del derecho consiste en aquello de donde el mismo emana, dónde y cómo se produce la norma jurídica.

- a) **Ley:** la única fuente del derecho penal en los sistemas en los que impera el principio de legalidad es la ley, de la cual emana el poder para la construcción de

las demás normas y su correspondiente aplicación, por ende, únicamente puede ser la creadora y fuente directa del derecho penal.

- b) **Costumbre:** no es fuente del derecho penal, ni tampoco en su vertiente positiva. Algunos autores, admiten la adecuación social como una causa de exclusión de la tipicidad.

"La costumbre consiste en un hábito o tendencia que se adquiere por la práctica frecuente de un acto. Las costumbres de la vida cotidiana son distintas en cada grupo social, conformando su idiosincrasia distintiva, la cual en el caso de grupos debidamente definidos localmente, integran un determinado carácter nacional, regional o comercial".⁸

Es la forma de comportamiento particular que asume toda su comunidad y que la distinguen de otras comunidades, como sus comidas, idioma o comidas. Por lo general, se distingue entre las que cuentan con aprobación social. De acuerdo a ello, se puede determinar que en determinados casos, una conducta que pareciera típica. Sin embargo, por fuerza de la actividad social se le considera atípica o permitida.

Costumbre en derecho, consiste en la forma de actuar uniforme y sin interrupciones que, por un largo período de tiempo, adoptan los miembros de una

⁸ **Ibid.** Pág. 23.



comunidad, con la creencia de que dicha forma de actuar responde a una necesidad jurídica.

De manera usual, las normas jurídicas son codificadas de forma que concuerdan con las costumbres de las sociedades que rigen, y en defecto de ley, la costumbre puede ser constitutiva de una fuente del derecho. Pero, en algunos territorios, la costumbre es fuente de derecho primaria y como tal se aplica antes que la ley.

- c) **Jurisprudencia:** es la fuente en el derecho anglosajón. La misma, consiste en la reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de manera similar, no es una misma decisión, debido a que tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso.

Es empleada para la toma de decisiones, y todos los abogados tienden a la búsqueda de precedentes jurisprudenciales, debido a que son los que le indican cómo interpretan los tribunales una determinada norma jurídica. Ahora bien, en los sistemas penales la jurisprudencia no es fuente del derecho, así como tampoco lo es la analogía. La jurisprudencia es el conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, de las cuales se puede extraer la interpretación dada por los jueces a una situación concreta.

Cuenta con un valor esencial como fuente del conocimiento del derecho positivo, con el cual se busca evitar que una misma situación jurídica sea interpretada en

forma distinta por los tribunales, ello es lo que se conoce como el principio unificador de la jurisprudencia.

- d) **Doctrina:** no consiste en una fuente del derecho penal aunque sea la que cumple con funciones importantes de lado a la creación e interpretación determinada de la ley penal.

"La doctrina consiste en el conjunto de enseñanzas que se fundamentan en un sistema de creencias. Se trata de los principios existentes sobre una materia determinada, por lo general con pretensión de validez universal. La noción de doctrina, también se encuentra vinculada al cuerpo del dogma y a los principios legislativos. La enseñanza de doctrina también se encuentra vinculada al cuerpo de un dogma integrado por proposiciones ciertas e innegables y a los principios legislativos".⁹

- e) **Principios generales del derecho:** no pueden ser tomados como fuente del derecho penal, aunque cumplen otras funciones al orientar y limitar la actividad legislativa a la interpretación o a la aplicación de la ley penal.

1.6. Funciones

El derecho penal lleva a cabo su misión de protección de la sociedad, por lo que es de naturaleza represiva.

⁹ Soler, Sebastián. **Derecho penal**. Pág. 66.



Además, cumple esa misma misión por medio de la prevención de infracciones de posible comisión futura, por lo cual posee naturaleza preventiva.

El derecho penal tiene una función represiva, en tanto interviene para reprimir o sancionar el delito ya cometido. Pero, dicha función represiva siempre va a encontrarse acompañada de una función preventiva, pues con el castigo el delito se pretende impedir que en el futuro se cometa por otros o por el mismo delincuente.

1.7. Características

Las características del derecho penal son las que a continuación se dan a conocer y explican brevemente:

- a) **Sancionador:** se establece que el derecho penal tiene un carácter sancionador, accesorio y secundario, debido a que se encarga de afirmar que el derecho penal no es el encargado de la creación de bienes jurídicos, sino que el mismo lo único que hace es limitar la imposición de penas. Por ello, es necesario que los bienes jurídicos sean creados por otros ordenamientos legales, para los cuales el derecho penal será el encargado de su creación, protección y consecuentemente resulta ser secundaria su labor.

Además, se sostiene que el derecho penal tiene un carácter constitutivo, primario y autónomo, debido a que el mismo es contributivo de la creación de los bienes jurídicos en el país.

El mismo, es predominantemente sancionador y excepcionalmente constitutivo.

A pesar de ello, se puede señalar que el derecho penal siempre es sancionador en el sentido que no se encarga de la creación de bienes jurídicos, sino que únicamente se encarga de agregar su tutela penal.

- b) Fragmentario: el derecho penal no tiene que encargarse de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que se encarga de proteger, sino únicamente las modalidades de ataque mayormente peligrosas para ellos.**

"La intervención punitiva no solamente se lleva a cabo frente a toda situación, sino únicamente en cuanto a los hechos que la ley penal ha determinado específicamente, por lo que la pena es constitutiva de un instrumento subsidiario".¹⁰

- c) Público: debido a que las sanciones que pregona solamente pueden llegar a ser impuestas por el Estado, también la pena no se impone en interés del ofendido sino de la colectividad y, por ende el objeto no consiste en la relación entre los individuos, sino en el Estado tomado en consideración como soberanos a los individuos.**
- d) Es regulador de las conductas del ser humano: se trata con ello de la regulación de las actividades que los hombres se encargan de trascender al exterior, o sea,**

¹⁰ **Ibid.** Pág. 109.

que nadie puede ser castigado por sus pensamientos. La incriminación de las ideas sería equivalente a una invasión radical del campo mismo de la moral.

- e) Es cultural, normativo y finalista: la ciencia del derecho penal encuentra su ubicación en la esfera del deber ser, debido a la concepción fundamentalmente cultural de su objeto principal. Es normativo, debido a que son las normas jurídicas las que se encargan del señalamiento de lo permitido y de lo prohibido. Además, es valorativo ya que lleva a cabo una selección de las conductas mayormente peligrosas y dañinas para la sociedad. Es finalista, debido a que se resguardan los bienes jurídicos o intereses con referencia a la consecución de una finalidad que sea colectivamente perseguida, finalidad que bien puede ser el orden social, la paz y la justicia.

- f) Es personalísimo: debido a que el delincuente es quien responde de manera personal por las consecuencias penales de su conducta, lo cual quiere decir que la pena únicamente puede llegar a cumplirse en aquél que personalmente transgredió la norma jurídica, y no se puede transmitir a otras personas.

1.8. Relación con otras disciplinas jurídicas

El derecho penal no es el único instrumento normativo de protección de la sociedad que emplea el mecanismo de vincular a determinadas conductas o infracciones y sanciones, existiendo distintas disciplinas jurídicas que se relacionan con la rama jurídica en estudio.

- a) **Derecho constitucional:** la Constitución de cada Estado es la que fija los fundamentos y los límites a los cuales el derecho penal tiene que sujetarse a las limitaciones al ius puniendi, con principios como el de presunción de inocencia y debido proceso.

- b) **Derecho civil:** muchas de las nociones que se emplean en el derecho penal son provenientes o se definen en el derecho civil.

- c) **Derecho mercantil:** como la rama del derecho privado cuenta con una relación bien estrecha con el derecho penal, debido a que en materia de sociedades comerciales y títulos valores, se presentan diversas figuras típicas.

- d) **Derecho administrativo:** el derecho penal se encarga de resguardar la actividad administrativa sancionando las conductas que atentan contra su debido funcionamiento. El ejercicio de la persecución penal, al encontrarse a cargo de órganos administrativos, acerca también estas dos ramas al derecho.

Cuando los órganos administrativos imponen sanciones, se ha entendido que los principios y garantías del derecho penal son también aplicables en el ejercicio de esta potestad, aunque con matices.

1.9. Relación con otras disciplinas afines al derecho

Siendo las mismas las que a continuación se dan a conocer:

- a) **Filosofía:** en esta área del conocimiento humano no jurídica, existen diversos fundamentos que permiten el nacimiento del derecho penal, como lo son la valoración de determinados bienes jurídicos que tienen que ser tutelados por el derecho penal.

- b) **Sociología:** el comportamiento criminal, el comportamiento y la pena, cuentan en su explicación con un fundamento sociológico.

Con fundamento en la misma, es posible comprender y quizá prever el delito y determinadas conductas que, sin llegar a ser delictivas, afectan seriamente a la sociedad. El estudio del grupo social y su comportamiento son esenciales para el derecho penal y para las ciencias afines.

- c) **Psicología:** a través de las aportaciones de la disciplina jurídica anotada, existe la posibilidad de analizar el comportamiento humano para entender los motivos del delito.

En materia procesal, el estudio de la personalidad se fundamenta en la psicología. Además, el estudio del carácter, del temperamento y de la personalidad es básico para la comprensión del ser humano en su manifestación externa del comportamiento.

- d) **Psiquiatría:** la aportación de esta ciencia en materia penal, es de valor incalculable, debido a que es de gran ayuda al juez para la resolución de los

problemas que derivan de la comisión de delitos por parte de los inimputables. De manera ocasional, el privado de libertad por una sentencia pierde la razón, por lo cual se necesita de la intervención de especialistas en esta área.

- e) **Medicina forense:** dicha rama de la medicina es coadyuvante en la investigación de determinados delitos, para así alcanzar una mayormente adecuada administración de justicia, pues se encarga del esclarecimiento de las dudas que se le puedan presentar al derecho penal.

- f) **Criminalística:** al igual que como sucede con la medicina forense, basada en conocimientos de orden científico, es de una gran ayuda en la investigación de la comisión del delito.

CAPÍTULO II

2. El delito

Debido a que el ser humano se encuentra dotado de una voluntad libre que le permite el desarrollo de sus facultades naturales, toma en consideración como única limitante a esa libertad y a su mismo entorno. Pero, en la sociedad esa libertad se encuentra forzosamente limitada por el respeto a la libertad de otros seres humanos. De ello, deriva la necesidad de que existan normas jurídicas que aseguren a cada miembro del cuerpo social una medida que sea legal, en donde se asegure el ejercicio de su actividad y desarrollo.

La teoría y existencia de este principio es constitutivo del derecho en su acepción mayormente extensa. Por ende, el derecho como un conjunto de normas de observancia obligatoria es esencial para todos los miembros de la sociedad, que se han establecido por el Estado de conformidad a una serie de procedimientos previamente establecidos, que permiten la convivencia de todos los miembros de la sociedad entre sí, así como de las instituciones del Estado y de la interrelación de éstas y de la sociedad.

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

La causa de la infracción o bien de la no observación de las disposiciones legales, o sea del delito, en perjuicio de la sociedad y de la obligatoriedad de la misma norma jurídica por los seres humanos, obedece claramente a muchos y bien diversos factores, los cuales son factores que tienen su origen en la misma naturaleza del ser humano y en la convivencia estrecha, en la cual, el día de hoy se encuentra sometido.

"El hombre siempre buscará tener un mayor número de satisfactores, inclusive mas de los que necesita, por el mismo hecho de acumular riquezas y el poder, que en la sociedad actual es representativo de una posición bien admirada por algunos de sus miembros".¹¹

En dicho sentido, es que el delito consiste en una consecuencia de la convivencia social, que infringe normas legales, con la finalidad de llegar a obtener la completa aprobación social, desde el punto de vista económico, y de la dirigencia de la misma, pero como un patrón que se debe seguir. El derecho penal y su legislación dependiente tienen que sujetarse al modelo de un derecho penal propio de un Estado democrático y social de derecho y de justicia, lo cual se encarga de la suposición de la adscripción de los principios y de la contribución del derecho penal contemporáneo de signo garante.

De eso, deriva la responsabilidad que tiene la justicia penal de ofrecer una tutela judicial que sea efectiva e íntimamente constreñida a la terminología de las garantías penales de aquellos derechos y bienes jurídicos penalmente resguardados de ataques violentos.

¹¹ Puig Peña, Federico. **Derecho penal**. Pág. 99.

2.1. Definiciones

"El delito es una conducta típica, antijurídica e imputable, sometido a una sanción penal y a veces a condiciones objetivas de punibilidad que suponen una conducta de infracción del derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley".¹²

En sentido legal, los diversos códigos penales definen al delito como toda aquella conducta, o sea acción u omisión, contraria al ordenamiento jurídico de donde se produce.

La doctrina siempre ha reprochado al legislador de que tiene siempre que abstenerse de introducir definiciones en los códigos, debido a que ese es trabajo de la dogmática. No obstante, algunos códigos como el penal definen al delito pese a lo estipulado en la legislación.

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que quiere decir abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero que se encuentra señalado por la ley. La definición de delito siempre ha diferido y difiere todavía en la actualidad entre secuelas criminológicas.

Originalmente, especialmente en la tradición, se intentó el establecimiento mediante el concepto de derecho natural, creando por ende el delito natural. En la actualidad, dicha

¹² Ramos Hernández, Juan Pablo. **Curso de derecho penal**. Pág. 55.

acepción se ha dejado por un lado, y se acepta más de una reducción a determinados tipos de comportamientos que una sociedad, en un momento establecido, deciden punir. De esa forma, se busca la liberación de paradojas y diferencias culturales que dificultan una definición universal.

"Delito es toda acción u omisión que, por malicia o negligencia culpable, permite un resultado dañoso, estando prevista o tipificada en la ley penal dicha acción u omisión con el señalamiento de la correspondiente pena o castigo".¹³

Cuando dicha conducta no alcanza la gravedad precisa para ser calificada como delito, que pueda encuadrarse en las faltas o delitos menores, la tipificación en la ley penal se hace de manera separada de los delitos.

Cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado ulterior más grave, únicamente se responderá de éste si se hubiere causado el daño, al menos por culpa. Se puede señalar que existe delito doloso en el momento que el autor del mismo ha querido el resultado dañoso, cuando no se quiere ese resultado, pero tampoco se puede evitar, se señala la existencia de un delito culposo.

Tomando en consideración el fin buscado como la idea inspiradora, se pueden reunir las definiciones en dos grandes grupos: a) definiciones prejurídicas o condicionantes de las legislaciones; y b) definiciones dogmáticas referidas a una legislación positiva. Dentro de las primeras se distinguen aquellas que tienen una fundamentación filosófico-

¹³ Ibid. Pág. 140.



jurídica, de las cuales se responde a un enfoque puramente sociológico o naturalista en donde el derecho natural logra alcanzar su nivel más alto. La definición del delito tiene significación dogmática, debido a que en ella se señalan todas las características de la acción amenazada con pena, y cuyo estudio, en conjunto, constituye el objeto de la teoría del delito. La labor que lleva a cabo el intérprete, consiste en la identificación o diferenciación del acto real que va a ser juzgado, y el que está contenido en los tipos penales señalados en la ley.

En el aspecto negativo, o sea, en la comprobación de la ausencia de alguna de las características anotadas en el hecho humano por la definición, yace la limitación impuesta por el ius poenale al ius puniendi.

La tipicidad se encarga de la calificación de los elementos del delito. Se califica a la acción y al resto de características de la acción, debido a que la misma es constitutiva del injusto penal.

Con la expresión típicamente antijurídica se considera al tipo legal como una vía de concreción de lo ilícito penal. De manera, que quien concreta una acción que coincide totalmente con la figura legal, lleva a cabo una acción típicamente antijurídica.

2.2. Noción formal y sustancial

En sus comienzos, para el establecimiento de la responsabilidad penal, únicamente se tomaba en consideración el daño que hubiere sido ocasionado, debido a que el delito

es una violación del deber jurídico de un derecho subjetivo y finalmente se vuelve la negación del derecho objetivo.

"La idea del delito encuentra su origen en la ley penal. Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, debido a que el delito es propiamente la violación de la ley penal, o la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley; en consecuencia el delito será todo hecho al cual el ordenamiento jurídico penal le adscribe como consecuencia una pena, que tiene que ser impuesta por la autoridad judicial por medio de un proceso".¹⁴

En el delito, para su existencia tienen que ser incidentes el sujeto activo y el sujeto pasivo. En determinadas ocasiones intervienen otros en conjunción con el activo, ya sea antes o bien después de la comisión o realización del delito.

El sujeto activo del delito es aquella persona que, en términos generales, infringe la ley penal, ya sea por su misma voluntad o sin ella; es decir, el delito puede ser cometido por el sujeto activo, con completo conocimiento de la acción que se va a llevar a cabo, esperando para ello el resultado o en caso contrario sin la voluntad de ese sujeto, cuando la acción que da origen al delito no es deseada y se comete por imprudencia o sucede por accidente.

Pero, dicho sujeto es quien lleva a cabo la acción de la conducta o la omisión de la misma, la cual se encuentra prevista y sancionada por la ley penal.

¹⁴ Ibid. Pág. 142.

En el caso del sujeto pasivo del delito, el mismo es toda persona que resiente el daño que ocasiona la comisión del delito, o sea, la consecuencia de la conducta delictiva, ya se trate de su persona o de sus bienes. Consiste en la persona a quien se le afecta en sus bienes.

El delito formal encuentra su perfeccionamiento con una sencilla acción u omisión, haciendo con ello abstracción de la verificación del resultado. De acuerdo al objeto o finalidad que persiguen, perturbación, daño, disminución o destrucción del bien jurídicamente protegido, son delitos contra el Estado o sus instituciones y delitos contra personas privadas.

Los juristas se preocuparon por la identificación de los elementos naturales del delito con la teoría del delito a fines del siglo XIX. Las nociones empleadas fueron de naturaleza síquica o biológica. De ser necesario, se tenía que fijar una fecha para anotar más o menos de forma arbitraria el origen de la teoría del delito.

La culpabilidad fue tomada en consideración como el aspecto subjetivo del comportamiento que consistía en la relación psicológica existente entre el autor y su acción. Por su parte, el carácter ilícito del acto fue claramente explicado recurriendo al positivismo jurídico que llevaba a cabo una reducción del derecho a un conjunto de normas que eran dictadas por el legislador.

El acto llevado a cabo, era consecuentemente considerado ilícito cuando contradecía el derecho positivo. La descripción de la naturaleza de la infracción deviene apoyada en

el sistema conceptual ilícito. El acto realizado, era consecuentemente la base de las investigaciones penales. La descripción naturalista de la infracción se encuentra apoyada en un sistema conceptual del positivismo jurídico y es la base de las investigaciones penales.

La concepción clásica del delito es proveniente del positivismo que se caracteriza en el ámbito del derecho y en la resolución de problemas penales, por el empleo exclusivo de nociones jurídicas.

2.3. Conceptualización dogmática

"El delito consiste en una conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Sus elementos son la tipicidad y la culpabilidad. Las bases de la moderna teoría del delito, señalaron la consideración subjetivista del delito y la consideración objetivista de éste, introduciendo para el efecto la idea de antijuricidad que previamente había sido formulada en el campo del derecho privado".¹⁵

Por ello, para expresar la moderna y analítica teoría del delito, se señala el denominado sistema naturalista-causalista. Se aplicó el concepto de delito al método utilizado por las ciencias naturales, consecuentes con sus posturas positivistas.

La superior conceptualización que delimita el objeto de estudio, acota la parte de la realidad que es objeto de la acción y es el fundamento del delito.

¹⁵ Welzel, Hans. **Derecho penal**. Pág. 91.



La acción consiste en un hecho natural en el que lo esencial consiste en el movimiento corporal del ser humano. A dicho movimiento corporal, se le tiene que aplicar el tipo y la conformación de la tipicidad consistente en ser completamente objetivo. La acción objetivamente típica, se lleva a cabo como objeto del primer juicio, si es un ataque de los bienes jurídicos y después de una segunda valoración se tiene que tomar en consideración el contenido de la voluntad, quedando el sistema causalista-naturalista establecido de la siguiente manera:

- La acción consiste en la base del delito y no en uno de sus elementos.
- Lo injusto aparece como primer elemento que tiene dos aspectos: la tipicidad y la antijuricidad.
- Se toma en consideración la culpabilidad como un elemento subjetivo.

La acción se concibe como un fenómeno causal, exactamente igual que cualquier otro fenómeno de la naturaleza, o sea lo que el sujeto haya querido con su acción. El contenido de su voluntad solamente es de interés del ámbito de la culpabilidad.

La acción humana es siempre tendiente a una finalidad, es finalista y dicho carácter se fundamenta en que el ser humano, quien conoce de los procesos causales es representativo de ciertos límites dentro de los resultados que su conducta puede traer consigo y los quiere, de acuerdo al plan que ha previsto con anterioridad. Dicho carácter de la acción no lo desconocían ni negaban los causalistas, pero los mismos se

diferencian de los finalistas en que éstos recurren desde el primer momento a los elementos subjetivos para tipificar la acción, no admitiendo que queden relegados para análisis posteriores. De acuerdo al finalismo, la consideración de la acción nunca puede prescindir de los fines perseguidos por el acto, debido a que la finalidad otorga sentido al proceso puramente causal y es inesperable de éste.

En cuanto al concepto de acción, se toma en consideración que alguien ha llevado a cabo una acción realizando una valoración consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o de un no hacer.

En el tipo, se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena, independientemente de la persona del sujeto concreto, y de la situación concreta de la actuación. Por ende, el fin político-criminal de la conminación penal es preventivo y general.

En el injusto se tiene que enjuiciar la acción típica concreta, tomando en consideración todos los elementos de la respectiva situación.

Por ende, el delito se desliga del hecho de la tipificación abstracta, situando el hecho en el contexto social.

Mientras que para la concepción causalista, el tipo colectivo se agotaba en el contenido del tipo, para la concepción causalista valorativa abarcaba los elementos subjetivos del tipo y para el finalismo comprendía el dolo. La concepción funcionalista hace depender

la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de la protección de la norma jurídica, sustituyendo para ello la categoría científico-natural o lógica de la causalidad de las valoraciones jurídicas.

El primer elemento del concepto del delito consiste en la acción u omisión. De ello, se tiene que deducir que no pueden constituir delitos los pensamientos ni las resoluciones de delinquir, que no hayan sido puestas de manifiesto por los hechos externos, ni por disposiciones de ánimo.

Es de la acción de quien tiene que predicar los restantes elementos del delito, y es la realización de la acción el dato inicial de que el derecho penal parte para su posterior intervención, en relación al ordenamiento jurídico penal, el cual únicamente importa en cuanto a la conducta externa, ello es, la externa manifestación de la voluntad del ser humano.

Pero, los derechos positivos no formulan una conceptualización de las acciones, y se limitan únicamente a declarar qué acciones u omisiones son constitutivas de una infracción penal.

2.4. Sistema causalista

Dentro del sistema causalista, la acción es relativa a una modificación causal del mundo exterior, la cual tiene que ser perceptible por los sentidos y producida de manera

voluntaria por un movimiento corporal. Los tres elementos de la acción son los siguientes:

- a) **Manifestación de voluntad, siendo suficiente con que el sujeto quiera su mismo obrar. El contenido de la voluntad, o sea, de lo que se ha querido, no cuenta con significación alguna y únicamente tiene importancia dentro de la problemática de la culpabilidad.**

De esa forma, la manifestación tiene que ser consciente, espontánea y exteriorizada, debido a que no constituyen acción los hechos que hayan sido llevados a cabo por movimientos reflejos y menos todavía aquellos que se llevan a cabo cuando el sujeto se encuentra constreñido por una fuerza irresistible.

El resultado puede consistir en una modificación o cambio del mundo exterior como consecuencia legal de la manifestación de voluntad, o bien el mantenimiento de ese mismo mundo exterior a causa de la no realización de una acción que haya sido esperada y exigible.

Una relación de causalidad consiste en una relación precisa de los elementos anotados, de la manifestación de voluntad y del resultado.

Para los causalistas, la acción consiste en una conducta humana voluntaria, prescindiendo de qué se ha querido con dicho comportamiento y cuya consideración es perteneciente al campo de la culpabilidad.

2.5. Concepción finalista

De acuerdo a la concepción finalista, la acción siempre es tendiente a una finalidad y no se concibe un acto voluntario que no se encamine a una finalidad, lo cual no es ignorado por la teoría causalista, pero su importancia se estudia en el campo de la culpabilidad. Con ello, discrepa el finalismo que se tiene en consideración de los fines ya en sede de tipicidad, afirmando que cuando el legislador describe una conducta en un tipo penal no describe un simple proceso causal, sino un proceso causal en la medida que se deriva de la realización de una acción final humana.

De manera natural, el sujeto lleva a cabo una valoración de la acción, pero es una valoración positiva, bien debido a que la considere justa, beneficiosa o de otro modo positiva para él. Pero, al lado de esa valoración positiva existe otra valoración negativa de la acción, que es llevada a cabo por la comunidad y que constituye la denominada antijuricidad.

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

En dicho caso, la acción del sujeto no se encuentra dirigida al fin y lo que eleva a dicho suceder por encima de una sencilla causalidad de las circunstancias, debe ser evitable finalmente, siendo la acción culposa, por ello una genuina acción. De esa forma, de acuerdo a la teoría finalista, las acciones dolosas se separan radicalmente de las

culposas, pasando a ser el dolo un elemento de la acción sustraído al ámbito de la culpabilidad, y como la acción constituye la base del tipo de lo injusto, el dolo deviene de un elemento subjetivo del tipo legal.

También, cabe mencionar al tratar el concepto de acción a la teoría social del derecho. El concepto social de acción parte de la idea de que un elemento fundamental para la configuración y efectos del derecho penal como es la acción, no puede ser definida atendiendo únicamente a las leyes de la naturaleza.

Por ende, de acuerdo a la teoría finalista, las acciones dolosas se separan radicalmente de las culposas, pasando a ser el dolo un elemento de la acción sustraído al ámbito de la culpabilidad, debido a que la acción constituye el fundamento del tipo de lo injusto.

El dolo deviene de un elemento subjetivo del tipo legal. También, es de importancia al tratar el concepto de acción a la teoría social del derecho. El concepto social de acción parte de la idea de que un elemento tan esencial para la configuración y efectos del derecho penal como es la acción, no puede definirse tomando en consideración a las leyes de la naturaleza.

Un cometido esencial de la teoría de la imputación objetiva, consiste en excluir del tipo objetivo, frente a su anterior entendimiento puramente causal, las lesiones de bienes jurídicos producidos por la causalidad o como consecuencia de un *versari in re illicita*, por infringir el principio de culpabilidad. De esa forma, la necesidad abstracta de pena bajo el aspecto de la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios

políticos criminales rectores del tipo, y solamente la prevención especial es ajena a la interpretación del tipo.

La moderna teoría del delito parte de la observación de que la antijuricidad del hecho y no se agota en la desaprobación del resultado del delito, sino que también en la forma de producción del estado jurídicamente desaprobado que debe tomarse en consideración en el juicio del desvalor. De ello, se continúa con la dogmática actual la fructífera distinción del desvalor de la acción y desvalor del resultado en el injusto.

Últimamente, sobre la base de una teoría del injusto entendida de modo puramente final, se defiende la tesis extrema de que el desvalor del resultado no cuenta por completo con significación para el injusto y que la razón de su admisión por el legislador en el precepto penal, es únicamente la de que la necesidad de la pena tiene que vincularse claramente a una manifestación externa del desprecio de la prohibición.

Dentro del concepto de delito, el desvalor de resultado sería solamente, por ende, una condición objetiva de punibilidad. Pero, dicha concepción tiene que ser rechazada. El injusto no consiste únicamente en la relación existente entre la voluntad de la acción y el mandato de la norma, sino también en el daño social que por causa del hecho sufren el lesionado y la comunidad y que al mandato de la norma se encuentra llamado a impedir.

"La eliminación del desvalor del resultado conduciría, asimismo, a resultados opuestos a las necesidades político-criminales. De esa forma, en el hecho doloso se

tiene que equiparar la tentativa acabada a la consumación y al hecho imprudente que tiene que someterse a la pena por cualquier comportamiento descuidado".¹⁶

Por ende, se tiene que tomar en consideración que la concepción de la esencia de la antijuridicidad depende decisivamente de la posición que se adopte en cuanto al asunto de si las proposiciones jurídicas son normas de valoración o de determinación, o ambas cosas a la vez. Una norma sería de valoración si se limitase a expresar un juicio de valor, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo legal concreto dirigido a su destinatario.

En cambio, la norma de determinación quiere decir la expresión de un mandato o prohibición que trata a forma de imperativo o directivo, de determinar la conducta del destinatario.

Toda norma jurídica es objetiva y de valoración. Para la misma, el legislador ordena por el imaginado para la colectividad a aquellos otros que se oponen a él. En dicha concepción, el derecho no es sino la suma de los juicios de valor con cuya ayuda se tiene que distinguir el comportamiento jurídico del antijurídico.

Como norma de determinación, en cambio, el derecho no tiene que hacer su aparición hasta el momento de la culpabilidad. Únicamente, allí tendrá que preguntarse si y en qué medida ha podido el ser humano dejar de guiarse por los juicios de valor que se encuentren contenidos en las proposiciones jurídicas y en las normas de determinación.

¹⁶ Ibid. Pág. 101.

El orden jurídico penal se integra, en manifestaciones de la voluntad del legislador, que imponen un determinado comportamiento de parte de sus destinatarios. Es necesario, por ende, concebir sus normas jurídicas como proposiciones de deber que deberán estar encaminadas a todos.

Las normas jurídicas deberán entenderse como imperativos, entendiendo a los mismos como hechos que se tienen que concebir por parte de la colectividad. Los imperativos de las normas jurídicas, se dirigen a todos aquellos a los cuales afecta su contenido, sin distinción alguna.

2.6. Elementos

El término elemento, deriva del latín *elementum* que designa el fundamento o la parte integral de una cosa. Dentro del contexto jurídico-penal, a la palabra elemento del delito, se le otorga una connotación restringida y es cada una de las partes con las cuales puede ser analizado el delito.

- a) **Acción:** es el movimiento corporal consciente que provoca cambios o peligros de cambio en el mundo exterior, o sea, consiste en el comportamiento exterior evitable del delito.

- b) **Resultado:** para que la acción cuente con relevancia jurídica para el derecho penal, tiene que encargarse de la producción de un cambio en el mundo exterior, o sea, que tiene que existir un delito que haya sido cometido, para que pueda

presentarse un resultado o una consecuencia y puede ser formal o material, para que pueda llegar a colocarse en peligro y sujeta a un bien jurídico.

- c) **Tipicidad:** consiste en la descripción abstracta del comportamiento del ser humano, consciente y deseado, así como penalmente relevante.

- d) **Antijuricidad:** es lo contrario al derecho y es referente a la violación de las normas de cultura reconocidas por el Estado.

- e) **Imputabilidad:** se le denomina de esa manera a la capacidad de culpabilidad y se encuentra determinada por las características del sujeto, que le permiten la clara comprensión de lo que hace y a quien se dirigen sus acciones, o sea, es la capacidad de actuar culpablemente. Imputar es atribuir, enlazar una causa a un efecto, y colocar esa causa como la responsable de las consecuencias dañinas que hayan sido ocasionadas. La misma, significa atribuir a alguien las consecuencias de su obrar, para lo cual el acto tiene que realizarse.

La imputabilidad consiste en la capacidad del ser humano, para entender que su conducta lesiona los intereses de sus semejantes y para adecuar su actuación a dicha comprensión. Quiere decir atribuir a alguien las consecuencias de su obrar, para lo cual el acto debe ser llevado a cabo con discernimiento, intención y libertad. Consiste en un concepto jurídico de base psicológica del que dependen los conceptos de responsabilidad y de culpabilidad. Quien no cuenta con esas capacidades, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves

alteraciones psíquicas no puede ser declarado culpable, ni tampoco responsable penalmente de sus actuaciones. Es notorio que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado, no puede haber culpabilidad.

- f) **Culpabilidad:** es el resultado de juicio de valor que le otorga origen al reproche resultado, siempre que la misma sea posible al proceder de acuerdo a las normas jurídicas.

- g) **Punibilidad:** es la consecuencia del delito, o sea, el merecimiento de una pena en función o por motivo de la comisión del delito.

2.7. Clasificación

Los delitos se clasifican de la siguiente manera:

- a) **Por las formas de culpabilidad:** pueden ser dolosos, culposos o imprudentes.
 - **Dolosos:** son aquellos en los cuales el autor ha querido la realización del hecho típico. En los mismos, hay coincidencia entre lo que el autor hizo y lo que deseaba.

 - **Culposos:** también se les denomina imprudente, en los mismos el autor no ha querido la realización del hecho típico. El resultado no es el producto de su voluntad, sino más bien del cumplimiento del deber de cuidado.

b) **Por la forma de la acción: pueden ser por comisión, omisión, omisión propia y omisión impropia.**

- **Por comisión: aparecen de la acción del autor. Cuando la norma prohíbe llevar a cabo una determinada conducta y el actor la lleva a cabo.**

- **Por omisión: consisten en abstenciones, y se fundamentan en normas que tienen que ordenar el hacer algo. El delito, se toma en consideración como llevado a cabo en el momento en el cual se debió realizar la acción omitida.**

- **Por omisión propia: se encuentran regulados y los puede llevar a cabo cualquier persona, bastando para el efecto con la omisión de la conducta a la cual la norma obliga.**

- **Por omisión impropia: no se encuentran regulados y es posible a través de una omisión. La consumación del delito de comisión es consecuencia de que el autor será posteriormente reprimido por la realización del tipo legal, fundamentado en la prohibición de llevar a cabo una acción que sea positiva.**

No cualquiera puede cometer un delito de omisión impropia, debido a que es fundamental que quien se abstiene, tenga el deber de evitar con ello el resultado o deber de garante.

c) **Por la calidad del sujeto activo: pueden ser comunes y especiales.**

- **Comunes:** pueden ser llevados a cabo por cualquiera y no hacen mención alguna de una calificación especial de autor, siendo referentes al delito en forma genérica.

- **Especiales:** únicamente pueden ser cometidos por un número bien limitado de personas, las cuales deberán contar con las características especiales que se necesitan legalmente para ser autor.

Dichos delitos no únicamente establecen la prohibición de una acción, sino que también necesitan de una determinada calificación del autor.

Son delitos especiales propios cuando hacen referencia y alusión al carácter del sujeto.

- d) **Por la forma procesal:** pueden ser de acción pública y dependientes de instancia privada.
 - **De acción pública:** son aquellos que para su persecución no necesitan de la existencia de denuncia previa.

 - **Dependientes de acción privada:** son los delitos que además de la denuncia, el denunciante necesita proseguir otorgando impulso procesal como querellante.

- e) **Por el resultado:** son materiales y formales.

- **Materiales:** son los que exigen la producción de determinado resultado y se encuentran integrados por la acción, la imputación objetiva y necesitan de una denuncia inicial.
- **Formales:** son aquellos en los que la realización del tipo es coincidente con el último acto de la acción y por ende no se produce un resultado separable de ella.

El tipo se agota en la realización de una acción, y el asunto de la imputación objetiva es completamente ajeno a dichos tipos penales, debido a que no existe vinculación alguna con el resultado que se presenta. En dichos delitos, no existe problema alguno con la causalidad.

f) **Por el daño que ocasionan:** pueden ser de lesión o de peligro.

- **De lesión:** existe un daño apreciable del bien jurídico y se relacionan con los delitos de resultado.
- **De peligro:** no se necesita que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar.

"El peligro puede ser concreto, cuando tiene que darse realmente la posibilidad de la lesión, o bien abstracto cuando el tipo penal se reduce simplemente a describir una manera de comportamiento que se encarga de la representación

de un peligro, sin que exista en ningún momento la necesidad de que se tenga que verificar”.¹⁷

La clasificación de los delitos no es únicamente para fines didácticos o teóricos, sino de índole práctico, ya que con la misma es posible ubicar a los delitos dentro de los parámetros que ordenan la persecución de los mismos, donde la gravedad que les asigna la ley, en relación a las consecuencias que tienen dentro de la sociedad, por lesionar a un determinado bien jurídico protegido por la ley penal.

Si bien es cierto, que únicamente las conductas que prevé la ley penal pueden ser tomadas en consideración como delitos, la preparación de dichas conductas no constituyen propiamente un delito, sí son la tentativa del mismo, lo cual tiene que ser penado cuando se busque lesionar un bien jurídico que trascienda a la seguridad de la sociedad, además del individuo que sufre la lesión ocasionada por el delito. El delito como figura principal en el derecho penal es el que le otorga contenido a éste, debido a que el objeto primordial de su materia de estudio, señala todas las características que el mismo envuelve.

2.8. Circunstancias atenuantes del delito

El Artículo 26 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica

¹⁷ **Ibid.** Pág. 120.

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

Exceso de las causas de justificación

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

Estado emotivo

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

Arrepentimiento eficaz

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

Reparación del perjuicio

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

Preterintencionalidad

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

Presentación a la autoridad

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

Confesión espontánea

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

Ignorancia

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

Dificultad de prever

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

Provocación o amenaza

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

Vindicación de ofensas

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

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

Inculpabilidad incompleta

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

Atenuantes por analogía

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

2.9. Circunstancias agravantes del delito

Las circunstancias agravantes están reguladas en el Artículo 27 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Motivos fútiles o abyectos

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

Alevosía

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

Premeditación

- 3º. Obrar con premeditación conocida.

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

Medios gravemente peligrosos

- 4º. Ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, envenenamiento, narcótico, varamiento de nave, accidente de aviación, avería causada a propósito, descarrilamiento, alteración del orden público o por cualquier otro medio idóneo para ocasionar estragos de carácter general.

Aprovechamiento de calamidad

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

Abuso de superioridad

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

Ensañamiento

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

Preparación para la fuga

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

Artificio para realizar el delito

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

Cooperación de menores de edad

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

Interés lucrativo

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

Abuso de autoridad

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

Auxilio de gente armada

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

Cuadrilla

14. Ejecutar el delito en cuadrilla.

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

Nocturnidad y despoblado

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

Menosprecio de autoridad

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

Embriaguez

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

Menosprecio al ofendido

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

Vinculación con otro delito

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

Menosprecio del lugar

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

Facilidades de prever

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

Uso de medios publicitarios

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

Reincidencia

23. La de ser reincidente el reo.

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

Habitualidad

24. La de ser el reo delincuente habitual.

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

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



CAPÍTULO III

3. Autoría y participación

Las descripciones de los hechos punibles que se encuentran contenidos en la parte especial de los códigos penales, se tienen que analizar de forma que únicamente hacen referencia a la acción relacionada.

Pero, la punibilidad no únicamente alcanza a los autores, sino también a quienes le han prestado ayuda para la realización del delito y a quienes han determinado la voluntad de los autores para cometer el delito. El autor, por otro lado, puede inclusive haber obrado acompañado de otros autores.

Tanto la teoría del autor, como de sus partícipes se encuentra integrada por las condiciones bajo las cuales puede afirmarse que alguien es autor de una acción típica y aquellos que integran la posibilidad de extender la punibilidad a otros comportamientos que no han consistido en la ejecución del hecho punible, pero que de alguna forma han cooperado a su realización.

Dicha teoría, tiene que proporcionar los criterios que permitan saber quién ha tenido un papel principal en la ejecución del delito y quién un papel secundario.

El papel principal lo desempeñan los autores y el secundario los partícipes. Además, queda fuera del ámbito de la teoría de la participación y de la autoría; en primer lugar, el

fenómeno de la codelincuencia, el cual es una característica de los tipos penales que se llevan a cabo con acciones recíprocas.

Es de importancia entre autores y partícipes, pues ello es una existencia legal y además porque así lo requiere el sentimiento jurídico.

Originalmente, se piensa que los que cumplen un papel esencial tienen que ser más severamente penados que aquellos que cumplen con labores accesorias.

Dicha división del problema, es cuestionada por quienes se encargan de proponer un concepto unificado de autor, que renuncia a diferencia de las formas de participación en un hecho punible.

Ese criterio elimina cuestiones como la accesoriedad de la participación y de la autoría mediata a partir del fundamento de cada partícipe lleve a cabo de un ilícito culpable independiente del de los demás.

Pero, en la práctica, en la medida en que cada partícipe merece su misma pena y no existe una pena única para todos, el concepto unificado de autor se ve obligado también a hacer las distinciones que se desean llegar a evitar.

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

3.1. Autoría

"Con la teoría de la autoría lo que se busca es evitar dar respuesta a la pregunta y explicación del papel que juegan los partícipes, o sea, por el que se ha ejecutado la acción típica".¹⁸

El análisis del tema de la autoría implica distintas aristas que doctrinariamente la doctrina ha buscado abordar durante el transcurso de la historia, y debido a ello, es necesario hacer las distinciones necesarias entre las posturas ontológicas, legales, unitarias, extensivas y restrictivas.

Por su parte, las posturas ontológicas aluden a la persona que lleva a cabo el hecho delictivo descrito por el tipo penal, en donde el autor es el sujeto a quien se le puede imputar uno de esos hechos como suyo. La definición y especificación es bien sencilla, si ello se contesta desde el punto de vista de los tipos penales concebidos como si los llevara a cabo una misma persona. La problemática se complica cuando varios contribuyen a la realización del delito y es preciso la separación de las diversas contribuciones, para la determinación de cuál de ellos determina la autoría.

- a) Teoría formal objetiva: los partidarios de la teoría formal piensan que autor es quien lleva a cabo un comportamiento que tiene exteriormente la forma de acción típica, o bien al menos de una parte de la misma.

¹⁸ Mezger, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Pág. 10.

Dicho punto de vista, presupone que únicamente es posible llevar a cabo la acción. Para esta teoría, el dolo consiste en un elemento de la culpabilidad, por la época en la que fue formulada.

Si la teoría formal objetiva quiere emplearse en el marco de una teoría personal de lo ilícito, es porque no se ha tomado parte de un hecho principal doloso. Los inconvenientes que se presentan en la teoría formal-objetiva, no se pueden llegar a resolver únicamente eliminando la autoría mediata como forma de autoría.

- b) Teoría subjetiva: la misma parte de una concepción del aspecto objetivo del hecho en lo que no caben diferenciaciones en ese plano. En efecto, si se rechaza la posibilidad de distinguir entre causas y condiciones, los autores son quienes han puesto la causa.

La distinción entre cómplices o instigadores y partícipes no es posible en el nivel objetivo. Por ende, partiendo de la teoría de equivalencia de las condiciones, la alternativa teórica posible consiste en una característica del autor en el plano de orden subjetivo. Para la teoría subjetiva, consecuentemente es autor quien hace un aporte al hecho queriéndole como suyo y cómplice el que quiere el hecho como ajeno. Ello, plantea la cuestión del momento en que se quiere el hecho como propio.

De esa forma, lo decisivo no es el aporte, ni la forma exterior del comportamiento que determina la autoría, sino la voluntad con la cual se cuenta.

Los resultados a los que conduce dicha teoría son insatisfactorios, fundamentalmente porque la acción típica depende de la exclusiva voluntad del autor y cualquier aporte objetivo puede ser una acción típica.

La teoría en mención, es objetada debido a que permite una manipulación incontrolable de la prueba del elemento subjetivo que decide sobre la autoría, difícilmente objetable durante un proceso.

- c) Teoría final objetiva: la teoría es gran parte consecuencia de la teoría finalista de la acción. De conformidad con la misma, autor es quien tiene el dominio del hecho, mientras que los que toman parte sin dominar el hecho son cómplices.

La conceptualización del dominio del hecho, no es susceptible de ser definido de la misma manera que los anteriores, es decir, a través de una descripción de sus elementos. Se trata de un concepto regulativo para la interpretación del sentido del hecho.

Únicamente, en presencia de todas las circunstancias puede indicarse quién o quiénes tuvieron el dominio del hecho. Dominar el hecho significa haber tenido el manejo total o bien haber podido decidir si se llegaba o no a la consumación, tener el manejo y la dirección del mismo.

El dominio del hecho puede llegar a presentarse de diferentes formas: como dominio de la acción, consistente en la realización de la propia acción; como

dominio de la voluntad, que consiste en dominar el hecho mediante el hecho a través del dominio de la voluntad de otro; como dominio funcional del hecho, que consiste en compartir el dominio funcionalmente con otro u otros.

En todos los casos es esencial que el autor haya obrado con dolo, el que obra sin dolo carece del dominio del hecho. Por ende, el problema de la distinción entre autores y partícipes únicamente se presenta en los delitos dolosos. En los delitos culposos, son autores todos los que infringen el deber de cuidado que caracteriza lo ilícito del delito culposos.

"La conceptualización de dominio del hecho, señala que cuando el tipo penal requiere para la autoría un especial elemento subjetivo de la autoría, en el momento que únicamente puede ser autor del delito el que tiene una determinada codificación jurídico, para cuando se trate de los denominados delitos de propia mano, en los que es necesario que el autor haya llevado a cabo con su cuerpo la acción típica".¹⁹

En los casos anotados, no tiene que considerarse con la existencia de excepciones al criterio fundamental de la teoría del dominio del hecho, sino de particularidades de la misma provenientes de la estructura especial del tipo penal. Existen autores que distinguen entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber. En los últimos, se piensa que el criterio del dominio del hecho no resulta ser el más apropiado para caracterizar la autoría.

¹⁹ *Ibid.* Pág. 22.

Dentro de los delitos de infracción de deber, lo decisivo para la autoría sería la infracción del deber y no el dominio del hecho. Con relación a los delitos de omisión y a los culposos, existe un acuerdo general en cuanto a la teoría del dominio del hecho, la cual considera que los mismos se encuentran excluidos de su explicación y reconocen las reglas específicas.

En cuanto a los delitos especiales propios, la teoría del dominio del hecho recurre al denominado dominio social del hecho, de acuerdo al cual únicamente tiene dominio del suceso, el que ostenta la calificación jurídica requerida por el tipo para la autoría.

De esa forma, se obtienen los mismos resultados prácticos que la teoría de los delitos de infracción de deber, donde se puede tomar en consideración a quien se encarga de la confección de la sentencia a otro que tiene el dominio material del hecho sin tener la calificación de juez.

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

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

3.2. Formas de autoría

Siendo las mismas las que a continuación se dan a conocer:

- a) **Autoría mediata:** el autor mediato es el que se vale de otro para la realización del tipo. La misma, es la que presupone el dominio del hecho, como la autoría, y además la posesión de los demás elementos de la autoría.

Dicha forma de la autoría no es siempre la de mayor aceptación, ya sea debido a que se cuestiona su necesidad, o bien porque se formulan a través de la misma una serie de reparos desde el principio de la legalidad. Estos últimos, únicamente requieren ser sostenibles si se considera que la única explicación admisible de la autoría es la que proporciona la teoría formal objetiva.

Para el autor mediato, el hecho mediante el dominio de otro instrumento se lleva a cabo a través del tipo en forma inmediata, siendo esta situación la que se presenta en los siguientes casos:

- 1) **Cuando el instrumento obra sin dolo:** se trata de aquellos casos en los cuales el instrumento ignora las diversas circunstancias del tipo y por ende no se tiene conocimiento de qué hecho se encuentra llevando a cabo.

- 2) **Cuando el instrumento obra de manera coaccionada:** en dicha hipótesis, los puntos de vista se llegan a encontrar divididos. Por una parte, se debe sostener

que el coaccionado obra con dolo y que, por ende, tiene el dominio del hecho, consecuentemente el que coacciona sería entonces el instigador pero no el autor mediato.

Por su parte, otros autores son de la opinión que cuando el efecto de la coacción sobre el coaccionado es bien fuerte, entonces se reduce altamente su libertad hasta el punto que pierde la decisión sobre lo que sucedió, el que coacciona será entonces el autor mediato. En realidad, más que contradecirse será autor mediato.

- 3) Cuando el instrumento no tiene capacidad de motivación: la situación puede adoptar dos formas que difieren en cuanto a que el instrumento carezca de capacidad de motivación en sentido estricto o que haya obrado sobre la base de un error sobre la prohibición o la desaprobación jurídico penal.

Si el instrumento es inimputable, habrá autoría mediata de parte del que lo utiliza, a excepción que el inimputable haya conservado el dominio del hecho, en cuyo caso habrá instigación. Si el instrumento obra con un error de prohibición inevitable o con un error sobre la desaprobación jurídico-penal, faltarán también su capacidad de motivación y habrá autoría mediata.

En el caso en que el error sea evitable es posible también la autoría mediata, pues aunque no se excluya la capacidad de motivación, si se pierde el dominio del hecho y se traslada al que tiene conocimiento de las circunstancias.

- 4) Cuando el instrumento carece de la calificación de autor o bien obra sin el elemento subjetivo especial de la autoría: el primer asunto es complicado porque el que actúa directamente lo hace con dolo y libertad, motivo por cual sería quien tendría el dominio del hecho aunque no pudiera ser autor por carecer de la calificación necesaria. Si el dominio del hecho lo tiene el no calificado no lo puede tener el calificado. Ello, es por otra parte y no puede ser instigador de otro que es autor.

Las soluciones son variadas y se afirma el deber de los delitos especialmente propios que se infringe con una acción y por ende el dominio del hecho únicamente puede tenerlo el que realiza o puede llevar a cabo la acción que infringe el deber.

Se trata, de un caso de dominio del hecho mediante el dominio de la misma acción y de manera consecuente será autor directo. Un asunto similar, se presenta cuando el tipo penal exige un elemento subjetivo especial de la autoría.

- 5) Cuando el instrumento no obra típicamente: el asunto se presenta sobre todo en aquellos casos en los que existe participación criminal. En la práctica, dicho problema queda por completo superado en los derechos que incriminan la instigación.
- 6) Cuando el instrumento obra de conformidad con el derecho: cuando mediante una denuncia falsa se logra que el juez ordene la detención del acusado, tiene el

dominio del hecho porque el juez obra de conformidad con lo que indican las normas jurídicas en cuanto a la situación real o a las causas del engaño.

- 7) Cuando el instrumento obra dentro de un aparato de poder: el jefe de un aparato de poder o de un servicio secreto que presenta la orden a un subordinado, cuenta con el dominio del hecho y es por ende inmediato, debido a que tiene la posibilidad de reemplazar al subordinado que se niegue al cumplimiento de su orden por otro que la cumplirá. La autoría directa o inmediata del que cumpla la orden se encuentra fuera de cualquier duda.
- b) Coautoría: coautor es quien tiene juntamente con otro u otros el dominio total del hecho. También, el coautor tiene que contar con todas las características que se tienen que exigir para el autor.

El dominio del hecho en la coautoría es el que se encarga de presuponer la comisión común del hecho. De conformidad con ello, se tiene que los coautores se dividen de manera funcional para sus labores de conformidad con un plan común, sin la existencia de uno que le otorgue sentido a la acción de cada uno.

Pero, ello no es suficiente para la participación de un plan común, en donde se necesita de una contribución objetiva para la realización del hecho.

Las condiciones que se exigen para la coautoría, son las que a continuación se dan a conocer:

- 1) Que el conductor reúna las mismas condiciones que señala el autor.
- 2) Existencia de un plan común para la realización del hecho.
- 3) Que exista el dominio del hecho.

En aquellos casos en los cuales el dominio del hecho pueda presentarse como compartido por más de una persona, puede entonces existir un plan común en donde se presenta una autoría accesoria.

3.3. La participación

Los códigos penales, no limitan de manera alguna la punibilidad a aquellos que llevan a cabo la acción típica, o sea, a los autores. Todos ellos, se encargan de disponer de diversas prescripciones que permiten sancionar también a los partícipes.

"Los instigadores se encuentran tratados como si los mismos fueran autores. Pero, la participación consiste en una categoría dogmática que se encuentra caracterizada por el estudio del problema de aquellos que tomando parte en el delito no llevan a cabo la acción típica".²⁰

Por ende, la participación es aquella que se encarga de alcanzar a los cómplices e instigadores, debido a que sus acciones son contribuyente a la realización del delito por

²⁰ **Ibid.** Pág. 42.

el autor, pero las mismas son acciones típicas en el sentido de que no se pueden llevar a cabo por sí solas.

También, se suele designar como autores a quienes se encarguen de prestar ayuda sin la cual el hecho no haya podido cometerse. En dichos presupuestos, no siempre se está en presencia de autores. La interpretación más correcta es que no se trata de que dogmáticamente sean autores, sino de una equiparación legislativa de las penas que amenazan a los instigadores y de quienes se encarguen de prestar ayuda sin la cual el hecho no haya podido ser cometido.

Todos los que no realizan la acción típica, únicamente pueden ser responsables de si han determinado al autor a la comisión del hecho punible, o bien si le han prestado una ayuda para que lo cometa.

Es bastante frecuente que en la teoría se pueda sostener que los autores son aquellos que toman parte en la ejecución del hecho.

Pero, es claro que dichas expresiones son demasiado amplias para poder dar una clara definición de los límites entre la autoría y la participación, debido a que también los partícipes toman parte en la ejecución del hecho, debido a que todo el que participa tiene que haber tomado una parte de su ejecución.

Dicha parte, puede ser constitutiva de motivación para el autor o en ayudarlo. Consecuentemente, lo que se tiene que delimitar consiste en el ámbito de la

participación frente a la autoría y es el dominio del hecho en donde los partícipes son los que toman parte antes de o durante la ejecución pero sin tener dominio del hecho.

La participación criminal se suele presentar en los siguientes casos:

- 1) **Delitos de comisión:** se encargan de la determinación de otro delito o bien de la comisión de un hecho que sea punible, en el cual el otro tiene el dominio del hecho delictivo.

- 2) **Delitos de omisión:** son los que indican la prestación de una ayuda a otro para la ejecución de un hecho en el que no hubiera podido cometerse sin apoyo alguno y cuando ocurre la prestación de cualquier otra ayuda.

Los elementos característicos de la participación criminal son los que a continuación se indican:

- 1) **El fundamento de la punibilidad de la participación:** su determinación es de importancia esencial para la interpretación de las prescripciones legales sobre ella. La participación es punible debido a que es constitutiva de un aporte a la realización del ilícito del autor o de la teoría de la participación de lo ilícito como también se le puede denominar.

De conformidad con ello, el contenido de la ilicitud del hecho del partícipe tiene su primer elemento en el hecho del autor, debido a que el partícipe infringe la

prohibición de impulsar o apoyar el hecho prohibido del autor, dirigiendo su acción a la lesión del mismo bien jurídico que es agredido por el autor del delito. Dicha fundamentación es la que presupone una dependencia del hecho del partícipe en relación al que lleva a cabo el autor.

Por el contrario, la denominada teoría teológica entiende el delito del partícipe como una modificación del tipo correspondiente de la parte especial y considera a su vez que el hecho ilícito ajeno, es constitutivo de un auténtico delito de participación. El partícipe no toma en consideración parte de un hecho ajeno que sea prohibido, sino que antijurídicamente un hecho ajeno.

En la práctica, la diferencia sustancial de estos dos puntos de vista se encuentra en que para el criterio de participación en lo ilícito, la punibilidad se encuentra bajo la dependencia del autor, mientras que para la teoría teológica tiene su mismo contenido en la ilicitud.

En los sistemas legales la dependencia parece bien clara, debido a que las circunstancias del hecho principal tienen una gran influencia sobre la punibilidad del partícipe cuando éste los ha conocido.

La teoría de la causación indica el aporte causal al hecho del autor, debido a que es posible que existan causalidades no típicas y con ello se llegue a la conclusión de que es posible la participación de un hecho que no es típico. De esa forma, se puede llegar a la realidad en la cual la participación punible se encuentra con

prescindencia del carácter delictivo del hecho del autor, ya que un hecho que ni siquiera es típico no puede ser considerado como delito.

- b) **Grado de accesoriidad:** en cuanto a la participación, debido a que la misma es de carácter accesorio en relación a un hecho principal. Ello, significa que la punibilidad del partícipe se encuentra bajo la dependencia de la realización de un hecho principal por uno o varios autores.

En concreto, la accesoriidad de la participación quiere decir que el hecho del autor tiene que haber sido típico y antijurídico. Por ende, en la participación la culpabilidad tiene carácter personal.

Existe entonces un hecho típico y antijurídico relativo a la autoría y a las acciones de los partícipes y cada uno tiene que responder de acuerdo a su misma culpabilidad.

El hecho principal típico y antijurídico tiene que ser doloso. El carácter doloso del hecho principal se encuentra impuesto debido a la naturaleza misma de la participación. En primer lugar, instigar significa la creación del dolo en el autor, motivo por el cual mal podría haber instigado a un delito culposo cometido sin dolo.

Además, la complicidad presupone que otro es el autor y por ende, que éste tiene que contar con el dominio del hecho, siendo el mismo el que no es posible

sin la garantía del dolo y en consecuencia no puede presentarse participación alguna porque no se presenta la autoría.

"La participación en los delitos culposos no cuenta con sentido alguno. La participación en un delito culposo no puede concebirse sino como una realización de un aporte que sea contrario al deber de cuidado que se tiene que exigir, debido a que si el aporte en lugar de ser sólo contrario al deber, fuera doloso, se estaría frente a un caso de autoría y se tendría que emplear un instrumento".²¹

En los delitos culposos esta contribución comporta ya una autoría. También, es de importancia indicar que en la instigación y en la complicidad no tienen lugar alguno los delitos culposos.

Por ende, la participación se encuentra bajo la dependencia de que el hecho del autor haya logrado alcanzar por lo menos, el estado de la tentativa, la cual implica un inicio de ejecución del hecho punible.

- c) Excepciones a la accesoriedad limitada: el resultado práctico de que se pueda llegar a admitir una existencia limitada se refiere a la aplicación de la pena correspondiente al partícipe en donde se llevan a cabo amenazas del hecho típico y antijurídico cometido por el autor.

²¹ Quinteros Olivares, Gonzalo. **Derecho penal**. Pág. 90.

Dicha norma, es la que reconoce excepciones y para su adecuado trato es necesario llevar a cabo la distinción de los distintos elementos del tipo penal, de acuerdo a que sean los que se fundamentan en la punibilidad. A su vez, también tiene que hacerse la distinción entre los elementos de carácter personal y no personal.

De conformidad con ello, resulta claro que existen diversos elementos de carácter formal que encuentran su fundamento legal en la punibilidad y en los elementos de carácter personal que únicamente se modifican. Justamente, dichos elementos de carácter personal son pertenecientes a lo ilícito o a la tipicidad y no siempre son accesorios.

3.4. La complicidad

Se encuentra regulada en el Artículo 37 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala al preceptuar lo que a continuación se indica:
"Cómplices. Son cómplices:

1. Quienes animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer el delito.
2. Quienes prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido el delito.
3. Quienes proporcionaren informes o suministraren medios adecuados para realizar el delito.
4. Quienes sirvieren de enlace o actuaren como intermediarios entre los partícipes para obtener la concurrencia de éstos en el delito".

3.5. La instigación

El que de manera dolosa determina a otro en forma directa a la comisión de un delito es instigador. El mismo, es quien crea el dolo en la mente del autor, o sea, es quien genera la idea de la comisión dolosa del delito en el autor.

La punibilidad del instigador se encuentra bajo la dependencia de:

- 1) Que el instigado no se encuentre decidido ya con anterioridad a la comisión del delito.
- 2) Que el instigado otorgue por lo menos la ejecución del hecho y que sea de carácter delictivo.

Cuando la instigación no logra la obtención de su finalidad por motivos ajenos a la voluntad del instigador, cabe entonces sancionar por tentativa de instigación.

Cómplice, es quien de forma dolosa y sin contar con el dominio del hecho principal, se encarga de prestar al autor o autores ayuda para la comisión del delito.

El que presta una colaboración sin la cual el delito no se hubiera podido cometer, en determinadas circunstancias puede tener el dominio del hecho, debido a que quien dispone de una colaboración decisiva, también cuenta con una decisión sobre la continuación o no del mismo.

Por ello, tiene que distinguirse si el aporte sin el cual el delito no hubiere podido cometerse, tuvo lugar antes o después del inicio de la ejecución. El que colabora con un aporte sin el cual el delito no puede cometerse después del comienzo de la ejecución, tiene el condominio del hecho y es por ende un coautor. Además, el que presta una ayuda de esa naturaleza antes del inicio de la ejecución y no toma parte en ello, carecerá del dominio del hecho y consecuentemente será un cómplice primario necesario.

3.6. Responsabilidad delictual

El Código Penal Decreto 17-73 regula en el Artículo 40 regula la responsabilidad por delitos distintos a los conceptuados: "Si el delito cometido fuere más grave que el concertado o de igual gravedad, pero de distinta naturaleza, o complicado por otros delitos, los partícipes extraños al hecho, responderán por el delito concertado y cometido y sólo por el cometido sin concierto, en cuanto hubiere podido ser represivo, de acuerdo con los principios generales.

Si el delito cometido fuere menos grave que el concertado, responderán sólo por el primero".

3.7. Coautoría

Al momento en el cual varias personas concurren en la realización de un delito común, todos tienen que ser calificados como coautores, siendo ello una manera de autoría. Sin embargo, sus limitaciones y características tienen que variar con respecto a la autoría.

Se habla de ellos cuando se lleva a cabo conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho, en tal virtud, son autores debido a que cometen un delito entre todos. Los mismos, se distribuyen la realización del tipo de autoría, pero como ninguno de ellos lo lleva a cabo por completo, entonces no se puede tomar en consideración como partícipes de otros hechos.

"La coautoría no rige el principio de la imputación por la accesoriadad de la participación, de acuerdo al cual el partícipe únicamente es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor, sino el principio de la inmediata imputación".²²

Cuando las personas que intervienen en la comisión del delito logran un acuerdo para su realización, entonces suele presentarse la coautoría sucesiva, la cual se tiene que presentar cuando un coautor se añade durante la ejecución de un hecho hasta su terminación.

²² Ibid. Pág. 123.



CAPÍTULO IV

4. Estudio jurídico y doctrinario de los elementos típicos del delito de difamación en el Código Penal vigente

Las personas tienen pleno derecho de ejercer la libertad de expresión, así como de incurrir en perjuicio de un tercero, cuando exista una conducta que se encuentre tipificada como delito.

4.1. Derechos individuales

Son las facultades y libertades esenciales del ser humano, individualmente considerado. También, en la actualidad se denominan derechos civiles y en el ordenamiento constitucional se agrupan bajo el rubro de garantías individuales.

Efectivamente, esos derechos que en la actualidad son conocidos como derechos civiles, se encargan del reconocimiento de la iniciativa de independencia frente a sus semejantes y frente a los poderes públicos mismos, en las áreas concretas en la cuales se tiene que desplegar la capacidad de las personas, tomando en cuenta las pretensiones de exclusión de todos los demás sujetos del campo de acción que se tiene que poner a disposición de sus titulares.

Por ello, se acostumbra a decir que esos derechos cuentan con un contenido negativo, o sea, que necesitan contar con obligaciones.

4.2. Derechos de la personalidad

"También son llamados sobre la propia persona, individuales o personalísimos, constituyendo un tipo singular de facultades debidamente reconocidas a las personas físicas, para el aprovechamiento legal de diversos bienes jurídicos derivados de su misma naturaleza somática, en relación a sus cualidades espirituales y en general de las proyecciones integrantes de su categoría humana".²³

4.3. Derecho al honor

En estricta subjetividad, el derecho al honor alude a la cualidad relacionada con el carácter moral, la cual lleva al más rígido cumplimiento de los deberes tanto en relación al prójimo como los mismos seres humanos.

El sentido de honor que se encuentra fielmente afianzado en la noción de dignidad individual y que probablemente se ha desarrollado con mayor agudeza en la cultura, ha sido recogido en variados pasajes la literatura clásica, destacando con ello el valor por encima de otras consideraciones siempre que se le atribuye este sentido.

Tanto la intimidad como el honor integran el sistema de valores, los derechos al honor y a la vida privada e integran el catálogo de los derechos humanos, tomando en cuenta cada uno de ellos y señalando una serie de características singulares que no pueden perderse de vista y que, aunque se encuentran frecuentemente en una misma

²³ Batzibal Rodríguez, Luis Rodolfo. **El delito de difamación**. Pág. 20.

disposición, no permiten que se les pueda confundir como distintas facetas de un mismo derecho.

Al definir el derecho al honor, se puede hacer la distinción entre el honor objetivo, entendido como el juicio de valor que los demás hacen de las cualidades existentes, y el honor subjetivo, que debe entenderse como la representación que el sujeto tiene de sí mismo.

Dentro del marco del derecho penal, el primero se encuentra protegido a través de la figura de difamación, que tienen lugar preferente en relación a los terceros o valiéndose de los medios de comunicación; los segundos, mediante la presencia de la persona agraviada. Por otro lado, los tipos delictivos anteriormente anotados, que son de acción privada y que permiten la exclusión de la pena, también son los mismos que reflejan el carácter relativo, así como subjetivo del honor en cualquiera de sus diversas manifestaciones.

4.4. Derecho a la intimidad

La intimidad consiste en la parte de la vida de una persona que no tiene que ser observada desde el exterior y que lesiona únicamente a la misma persona. Se incluye en el ámbito privado de un individuo, en cualquier información que se refiera a sus datos personales, relaciones, salud, correo, comunicaciones electrónicas privadas, etc. Es el derecho que poseen las personas de poder excluir a las demás personas del conocimiento de su vida personal, es decir de sus sentimientos y comportamientos.

Una persona tiene el derecho a controlar cuándo y quién accede a diferentes aspectos de su vida personal.

El derecho a la intimidad, es referente a una especie de barrera que se encarga de la defensa de la autonomía del ser humano frente a los demás, y sobre todo frente a las posibles injerencias indebidas de los poderes de orden público, sus órganos y sus agentes.

Consiste, en la facultad subjetiva que se encuentra reconocida en beneficio de la persona física, de no permitir la existencia de intromisión alguna de extraños, en lo que respecta al ámbito de su reserva individual, sin perjuicio alguno de las limitaciones normativas de la manera en que se establezcan o de las costumbres y usos sociales prevalecientes en una época y lugar determinados.

4.5. Libertad de expresión

Ha jugado un papel de importancia en el desarrollo del ser humano y de las sociedades y, sobre todo, ha sido un logro irrenunciable de las revoluciones liberales frente a situaciones de regímenes opresivos, donde existían controles para la libre difusión del pensamiento.

Por su parte, la defensa de la libertad de expresión consiste en un deber de todo ser humano, siendo la misma una expresión con responsabilidad, ética y respeto a los otros derechos humanos.

Ese derecho fue recogido y defendido en las principales declaraciones de derechos de la época. Dicha libertad, se encarga de presuponer la posibilidad que tiene toda persona de poder llevar a cabo una manifestación de sus ideas, pensamientos, opiniones y gestos.

Las libertades de expresión y de información, así como sus derechos conexos son constitutivos de instrumentos idóneos para la preservación del Estado de derecho y para el favorecimiento de prácticas democráticas, debido a que generan contrapesos frente al ejercicio del poder. Además, constituyen la fuente de transformación de conocimientos para que los seres humanos pasen de la condición de súbditos a ciudadanos.

Como resultado del ejercicio de esos derechos, cuando se ejercen más allá de sus limitaciones, se producen consecuentemente consecuencias jurídicas que pueden recaer en el campo del derecho penal, mediante la comisión de tipos penales que en su momento fueron tomados en consideración como delitos, como sucede con el delito de difamación.

4.6. Elementos típicos en el Código Penal vigente en Guatemala

Difamación proviene de difamar, de desacreditar a uno respecto a terceros. Además, supone un ataque a la fama o reputación de una persona; es decir, rebajar a alguien en la estima o concepto que los demás tienen de él. La imputación que es tomada en consideración como una característica de dicha figura delictiva, deberá ser en forma

concreta, precisa y determinada, en la cual no deberá existir duda en relación a quien se quiere atribuir una conducta. Pero, es fundamental tener presente que en el delito de difamación, la imputación siempre se encontrará encaminada a la consecución de una finalidad como lo es lesionar o dañar la reputación y estima de uno o varios sujetos, así como también el honor de una familia.

La comunicación a la que se alude puede y tiene que ser percibida por la persona o personas a quien se dirige. El aspecto relevante del elemento subjetivo es el dolo, entendido como el que tiene conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, para la consecución de la comisión de un hecho delictivo.

"En la difamación, no se configura esta conducta como delictiva con el mismo hecho de querer comunicar a otro la imputación de un tercero con la finalidad de causarle deshonor, descrédito y perjuicio. La intención de ofender en el delito de difamación es representativo de un aspecto esencial para la configuración del mismo".²⁴

Los delitos contra el honor, tienen como finalidad comprender de manera íntegra la comisión delictiva, para posteriormente relacionarla, tanto en la legislación como doctrinariamente, cuando se tenga presente un asunto en concreto. El aspecto común de estos delitos consiste en el bien jurídico que los mismos se encargan de tutelar, en fundamento a la legislación penal como al bien jurídico tutelado, al tipificar las conductas previstas.

²⁴ *Ibid.* Pág. 50.

La investigación de los mismos tiene que limitarse al aspecto legislativo, al buscar el total entendimiento de su contenido, en relación al contexto legal que sea necesario, tal como sucede con la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual en su regulación resguarda el honor. El honor es uno de los bienes jurídicos más difíciles de captar y de concretar, debido a que parte de los bienes jurídicos individuales y dentro de dicho grupo, los que pueden denominarse bienes jurídicos altamente personales, entre los que se pueden señalar, la integridad corporal y sin duda el honor.

Se entiende al honor como el bien jurídico inmaterial, ubicado dentro de la esfera de la personalidad y es una cualidad de carácter moral, que lleva al cumplimiento de los deberes que exige la sociedad.

Sus características son: es originario, debido a que nace con su sujeto activo; es absoluto, ya que puede oponerse a las demás personas; es personalísimo, porque únicamente su titular puede ejercitar la acción cuando se le ofenda; es variable, porque su contenido obedece a las circunstancias en que se desarrolla; es irrenunciable, porque no puede desaparecer por la voluntad; es imprescriptible ya que el transcurso del tiempo no lo altera; y es interno, debido a su consistencia particular y de conciencia.

El honor se clasifica en:

- a) Honor subjetivo: consiste en la valoración que la misma persona hace de sus propios atributos. Humanamente, no existe posibilidad alguna de encontrar alguna persona que se encuentre desprovista del sentimiento del honor.

- b) Honor objetivo: consiste en el juicio de una persona en relación a las demás. Ambos aspectos, o sea, el objetivo y el subjetivo tienen una íntima conexión. Se puede anotar que el aspecto subjetivo dimana del objetivo. El honor objetivo, consiste en la apreciación y en la valoración que hacen los demás de las cualidades ético-sociales de una persona. Consiste en la reputación de que se disfruta. El buen nombre consiste en un patrimonio de elevada estimación. Pero, únicamente adquiere sentido en la estimación de los otros.

Los sujetos del honor son los siguientes: sujeto activo y sujeto pasivo. Los primeros, pueden ser cualquier persona, debido a que la ley tiene validez para todos sin discriminación alguna; y los segundos, en los cuales la índole inmaterial del interés jurídico que se protege, condiciona a ciertas dificultades para la ubicación de las personas en relación a la acción delictuosa. Originalmente, toda persona puede ser sujeto pasivo de estos delitos. Pero, conviene esclarecer las diversas condiciones que se pueden llegar a plantear.

La legislación guatemalteca, protege el derecho al honor, y sanciona o penaliza cuando se busca ponerlo en peligro, o bien cuando se intenta lesionarlo, así como cuando se daña directa o indirectamente.

Existen situaciones, en las cuales no se lesiona, ni se pone en peligro el honor. Cuando la persona que comunica o imputa ciertos hechos, lo lleva a cabo mediante un juicio de valor, sucede una situación que hace que dicho juicio no sea tomado en consideración ni cierto, ni falso, cuando no se constituye como

una afirmación de hechos objetivos, sino más bien como una interpretación de los mismos, o cuando el sujeto en quien recae consiste en una figura pública reconocida y de interés colectivo.

"El daño moral consiste en la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás".²⁵

Tanto el derecho al honor y libertad de información son derechos humanos relativos, pero el primero tiene carácter individual debido a que únicamente le interesa al individuo, mientras el segundo es de interés social y su subsistencia y ejercicio se encargan de comprometer ciertamente el interés general.

El interés general tiene que ser prevaleciente por sobre todo el interés particular, debido a lo cual la libertad de información tiene preponderancia en el caso de que ambos derechos se encuentren en pugna.

El delito de difamación es referente a que quien comunique a una o más personas la imputación que se haga a otra, física o moral, de un hecho falso determinado o indeterminado, que cause o pueda causarle deshonor, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio. El Artículo 164 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Difamación. Hay delito

²⁵ *Ibid.* Pág. 130.

de difamación, cuando las imputaciones constitutivas de calumnia o injuria se hicieren en forma o por medios de divulgación que pueden provocar odio o descrédito, o que menoscaben el honor, la dignidad o el decoro del ofendido, ante la sociedad".

Los elementos del delito de difamación son los que a continuación se indican:

- a) **Sujeto activo:** es una misma persona física. Es decir, el delito tiene que imputarse a una persona, pero puede suceder que entre varias, difaman el precepto que los toma de manera individual.
- b) **Verbo:** la conceptualización de la ley penal implica el verbo comunicar, es decir, hacer saber algo a la otra persona.
- c) **Sujetos receptores:** el precepto alude a que para que se tipifique el delito, basta con comunicar a una misma persona el hecho previsto, por ende, si se admite también la singularidad del receptor, se admite también la pluralidad de éste, y se comprende que el agraviado, no se encuentre dentro de dicha pluralidad de sujetos, o bien, que sea el sujeto singular que recibe, debido a que no se puede entonces afirmar que se está comunicando algo de otra persona.
- d) **Imputación:** es el elemento que conlleva a muchas variables, debido a que por imputación en el sentido jurídico se puede entender la forma objetiva, subjetiva o bien la personal.

Es de importancia el establecimiento de la imputación a la que se tiene que hacer referencia y ello se entiende de acuerdo a la jurisprudencia, ya que la imputación a la cual es relacionada este delito, consiste en una imputación genérica.

- e) **Sujetos agraviados:** los sujetos pasivos pueden ser tanto las personas físicas, tomando en cuenta los indirectos como los morales.

- f) **Características del hecho:** el hecho que se comunica tiene que ser falso, o bien cierto, siempre y cuando el sujeto se haya conducido con dolo directo agraviado, debido a que el hecho puede ser determinado o indeterminado

La difamación consiste en la comunicación a una o más personas con ánimo de dañar una acusación que se hace a otra persona física o moral de un hecho falso, determinado o indeterminado, que pueda ocasionar o cause a ésta una afectación en su honor, dignidad o reputación.

Los orígenes en el derecho anglosajón de la difamación se encuentran los agravios o declaración dañosa en una forma transitoria, sobre todo de manera hablada, cada uno de los cuales se otorga un derecho de acción.

Si el material ofensivo es publicado en alguna forma efímera, como en forma hablada o sonidos, dactilología, gestos y otros por el estilo, entonces esto es difamación o si es publicado en una manera más duradera, como sucede con los documentos y otros por el estilo.



El delito de difamación, inicia atribuyendo que el hecho comunicado tiene que ser falso, sin embargo, admite la tipicidad del delito, cuando el hecho es cierto, condicionando la aplicación de la pena, en la cual la persona que lo comunica tiene que conducirse con dolo de agraviar al ofendido, no obstante a pesar de que, el sujeto activo, recaiga en la misma ley establece existe una excepción, al establecimiento que si el hecho cierto, está declarado por sentencia firme, debido a que ello tiene que constituir una excluyente de la culpabilidad.

La difamación admite la tentativa cuando indica que el acto puede causar el daño, la tentativa a que hace alusión el precepto es tentativa acabada o inacabada.

Además, la descripción del delito admite que más de una persona, participe en la comisión del mismo, o bien mantenga el anonimato, en todo caso, los toma de manera individual. Corresponderá al juzgador, el establecimiento de sanciones en proporción a su grado de participación.

Los elementos positivos del delito de difamación son:

- a) **Conducta:** se lleva a cabo una acción y comisión por omisión.
- b) **Sujeto activo:** puede ser cualquier persona imputable.
- c) **Sujeto pasivo:** cualquier persona incluyendo los inimputables, personas morales y personas deshonestas.

- d) **Tipicidad:** cuando se llevan a cabo los supuestos que están previstos en la descripción legal del código, por una persona que era imputable.

Los elementos negativos del delito de difamación son:

- a) **Ausencia de conducta:** atipicidad.
- b) **Legítima defensa:** en el caso de la difamación no es posible, debido a que el delito no se tipifica si se hace en presencia del ofendido.
- c) **Estado de necesidad:** caso en que el bien jurídico protegido, sea de mayor importancia que el honor, siempre y cuando se cumplan los elementos de éste.
- d) **Cumplimiento de un deber:** es excluyente el caso.
- e) **Ejercicio de un derecho:** es el caso de la opinión técnica.
- f) **Consentimiento del titular del bien jurídico afectado:** si alguien previamente divulga información deshonrosa sobre una persona, con una finalidad personal, no puede alegar a otra persona más información sobre el mismo tema en cuestión, debido a que se entiende el consentimiento propio. El mismo es expreso o tácito, y debe carecer de vicios.
- g) **Inimputabilidad:** a menores e incapaces.



CONCLUSIONES

1. Se desconoce el derecho a la libertad de expresión, así como el derecho al honor e intimidad de las personas, los cuales no cuentan con la protección constitucional debida, ni se señala la dificultad que existe de separación de uno y otro para su adecuado ejercicio, limitante de que se violenten con el delito de difamación los derechos de terceros en el país.
2. No se respetan los derechos humanos de la ciudadanía guatemalteca, ya que existen constantes violaciones a las garantías en el país, y a los derechos inherentes al ser humano a su vez tienen limitaciones estatales, por la falta de la existencia de normas jurídicas para el mantenimiento y protección social, en todo el territorio de la sociedad guatemalteca.
3. El desconocimiento de los elementos típicos del delito de difamación, no permite que se sancione a una o varias personas la imputación de hechos verdaderos o falsos, y no deja que se obtenga la veracidad de los hechos por lesiones a la reputación ya sea personal, familiar o profesional por la comisión del delito de difamación de conformidad con la legislación penal.

4. La falta de un estudio jurídico y doctrinario de los elementos típicos del delito de difamación en el Código Penal, no ha permitido el análisis del derecho al honor, con sus cualidades y características, para la clara comprensión de lo importante de la existencia de las figuras típicas penales, atribuidas como delitos en la sociedad guatemalteca.

RECOMENDACIONES

1. El gobierno de Guatemala, tiene que indicar el desconocimiento del derecho a la libertad de expresión, así como del derecho al honor e intimidad de las personas, los cuales no cuentan con protección constitucional, ni se ha podido señalar la dificultad de separar a uno y otro para su ejercicio, permitiendo con ello que se violenten los derechos de terceros.
2. El Ministerio Público, debe dar a conocer la falta de respeto a los derechos humanos de las personas, así como a las garantías inherentes al ser humano, y la inexistencia de sanciones a sus transgresores, derivada de la falta de promulgación de normas jurídicas, para mantener y proteger socialmente el país y alcanzar consecuentemente un auténtico Estado de derecho.
3. Los auxiliares fiscales del Ministerio Público, tienen que indicar el desconocimiento de los elementos típicos del delito de difamación, no permitiéndose por ello que se pueda sancionar a una o varias personas la imputación de hechos por lesiones a la reputación ya sea personal, familiar o profesional, por cometer el delito de difamación de acuerdo a la legislación penal guatemalteca.



4. Los juzgados penales, deben dar a conocer la falta de un estudio jurídico y doctrinario, relacionado con los elementos típicos del delito de difamación en el Código Penal, lo cual no permite que se pueda analizar el derecho al honor, sus cualidades y características, para comprender claramente la importancia de la existencia de figuras típicas penales atribuibles a los delitos en Guatemala.



BIBLIOGRAFÍA

ALTÁN CAMACHO, Nerio Fernando. **El delito**. México, D.F.: Ed. Urnal, S.A., 1990.

BATZIBAL RODRÍGUEZ, Luis Rodolfo. **El delito de difamación**. México, D.F.: Ed. Depalma, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1986.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal**. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1980.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal**. Madrid, España: Ed. UNED, 1998.

COLINDRES GIL, Andrea Carolina. **Difamación**. México, D.F.: Ed. La Nación, S.A., 1991.

CUEVAS DEL CID, Rafael. **Introducción al estudio del derecho penal**. Guatemala: Ed. Universitaria, S.A., 1984.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abelleo Perrot, 1970.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1994.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. **Teoría jurídica del delito**. Madrid, España: Ed. Ediar, 1984.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1986.



MEZGER, Edmundo. Tratado de derecho penal. Madrid, España: Ed. Ariel, 1985.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Madrid, España: Ed. Heliasta, S.R.L., 1985.

PUIG PEÑA, Federico. Derecho penal. Madrid, España: Ed. Ariel, 1985.

QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. Derecho penal. Barcelona, España: Ed. Nacional, S.A., 1981.

SOLER, Sebastián. Derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Ed. Terra Nova, 1983.

WELZEL, Hans. Derecho penal. Madrid, España: Ed. Depalma, 1987.

Legislación:

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

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

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