

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**LA ACCIÓN FINALISTA EN EL PROCESO PENAL
GUATEMALTECO**

**LICENCIADO
RENÉ OTONIEL LÓPEZ GIRÓN**

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2016

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

LA ACCIÓN FINALISTA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el Licenciado

RENÉ OTONIEL LÓPEZ GIRÓN

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

MAESTRO EN DERECHO PENAL

(Magíster Scientiae)

Guatemala, octubre de 2016



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

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Mtro. Ronaldo Porta España

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTA: Dra. Blanca Odilia Alfaro Guerra
VOCAL: Dra. Sonia Doradea Guerra
SECRETARIA: MSc. Sonia Ninnette Villatoro López

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 30 de octubre de 2015.

Mtro. LUIS ERNESTO CACERES RODRIGUEZ
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

Respetable Mtro. CACERES RODRIGUEZ:

Respetuosamente me dirijo a usted, para presentar informe de la asesoría de tesis LA ACCION FINALISTA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO del Licenciado René Otoniel López Girón, dentro del programa de Maestría en Derecho Penal, que se imparte en la Escuela de Estudios de Posgrados, cuya Dirección está bajo su digno cargo.

Como Tutor del Licenciado René Otoniel López Girón, procedí a dar la asesoría y orientación requerida, estableciendo que los métodos y las técnicas aplicadas en la investigación científica por el sustentante, fueron las idóneas respecto a esta clase de estudios. Las sesiones de tutoría realizadas con el Licenciado López Girón, fueron de mucho valor científico, puesto que la investigación respecto a este tema se facilitó, debido a su experiencia y conocimiento del mismo en ese campo del derecho. Durante el tiempo que duro la tutoría, pude constatar del valor científico del contenido del trabajo de tesis, abundante en recopilación de información y conocimiento del sustentante sobre el tema, por su habilidad en esta rama del derecho. El trabajo de campo llevado a cabo en esta investigación es de mucho aporte científico, en virtud que se tomó la opinión de juristas que se desenvuelven específicamente en la rama del derecho penal, y que, en algunos casos laboran dentro del sistema de justicia, lo que le dio mayor mérito al tema investigado. La relación entre el Licenciado René Otoniel López Girón y este servidor fue de un alto nivel académico, por lo valioso del aporte de la investigación, y lo más importante, es que coincidimos en que este trabajo de tesis llenará un vacío existente dentro del derecho penal guatemalteco.

Agradeciendo la atención del señor Director, le remito el informe final con DICTAMEN FAVORABLE de la investigación referida, con la aprobación de este servidor, indicando que cumple con las normas estipuladas del Postgrado a su digno cargo.


MSc. JULIO, JERONIMO XITUMUL
TUTOR DE TESIS

Ref. Res. D.E.E.P.D.P. 08-2015

Guatemala, 07 de octubre de 2016.

MSc. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

LA ACCIÓN FINALISTA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

Esta tesis fue presentada por el Lic. René Otoniel López Girón, de la Maestría en Derecho Penal de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, habiéndose realizado ya las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, catorce de octubre del dos mil dieciséis.

En vista de que el Lic. René Otoniel López Girón, aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 24-2016 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA ACCIÓN FINALISTA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





DEDICATORIA

A Dios, a Jesucristo y a Santa María.

A mis padres, hija y esposa.

A mis hermanos, sobrinos y cuñadas.

A la Usac, al Organismo Judicial y a Guatemala.



LA ACCIÓN FINALISTA EN EL PROCESO PENAL GUATEMALTECO

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I	1
EL DERECHO PENAL, EVOLUCIÓN HISTÓRICA	1
1.1 FUNCIÓN ÉTICO SOCIAL DEL DERECHO PENAL	10
1.2 FUNCIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO PENAL	13
1.3 DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL	26
1.4 EL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICA Y DOGMÁTICA JURÍDICA	29
1.5 IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN	30
1.6 ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN	31
1.7 SISTEMA CLÁSICO DE LA ACCIÓN	32
1.8 SISTEMA NEOCLÁSICO DE LA ACCIÓN	32
1.9 SISTEMA FINALISTA DE LA ACCIÓN	33
a) EVOLUCION DEL SISTEMA CLÁSICO AL FINALISTA	34
b) SISTEMA RACIONAL DE LA ACCIÓN FINALISTA.	37
CAPÍTULO II	38
TEORÍA DEL DELITO. LA ACCIÓN	38
2.1 LA ACCION	38
2.2 TEORÍA DE LA ACCIÓN	40
2.3 CONCEPTOS HISTÓRICOS DE LA ACCIÓN	41
2.4 IMPORTANCIA DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO	43
2.5 ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN GUATEMALA	50
2.6 CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN	53
CAPÍTULO III	56
REGULACIÓN LEGAL DE LA ACCIÓN Y POLÉMICA DE SU CONCEPTO	56
3.1 ACCIÓN DELICTIVA, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN	56
3.2. LA ACCIÓN COMO INFLUENCIA DE TRATADOS INTERNACIONALES	57
3.3 EL FINALISMO	58
3.4 EL CAUSALISMO	60
3.5 CONCEPTO SOCIAL DE LA ACCIÓN	62
3.6 CONCEPTO PRECLÁSICO DE LA ACCIÓN	65
3.7 LA ACCIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA PERSONALIDAD	66



CAPÍTULO IV	68
AUSENCIA Y SUJETOS DE LA ACCIÓN	68
4.1 CAUSAS DE INCULPABILIDAD EN LAS TEORÍAS	68
4.2 SUJETOS DE LA ACCIÓN	68
4.3 ACCIÓN Y RESULTADO	69
4.4 RELACIÓN DE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA	70
4.5 TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO	73
4.6 PROBLEMA CAUSAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL	74
4.7 VALORACIÓN CRÍTICA	75
CAPÍTULO V	78
LA OMISIÓN	78
5.1 LA OMISIÓN PUNIBLE	78
5.2 ESTRUCTURA ONTOLÓGICA DE LA OMISIÓN	78
5.3 LA OMISIÓN COMO UNA ACCIÓN ESPERADA	79
5.4 CLASES DE OMISIÓN	81
CAPÍTULO VI	87
ANÁLISIS DE LA ACCIÓN FINALISTA	87
6.1 CONSIDERACIONES GENERALES	87
6.2 RELACIÓN DE LA ACCIÓN DEL DELITO CON LA ACCIÓN PÚBLICA	90
6.3 PROBLEMÁTICA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y ACCIÓN FINALISTA	91
6.4 AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	94
6.5 LA VÍCTIMA Y LA PERSPECTIVA DE GENERO	95
6.6 SICOLOGÍA FORENSE, TRABAJO DE CAMPO	102
6.7 PROBLEMÁTICA DE LA RESOCIALIZACIÓN, REINSERCIÓN	108
CONCLUSIONES	114
BIBLIOGRAFÍA	115
ANEXOS	119



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo contiene un análisis de la acción finalista en el marco del proceso penal guatemalteco; se considera que al tener un sistema acusatorio, es importante que el Estado conozca por qué motivos delinquen algunos de sus habitantes, pues la acción delictiva es tan antigua como la humanidad misma, siendo necesario saber cuál es el origen dogmático, como categoría de la teoría general del delito. Refiriéndose a la anterior, que consiste en la voluntariedad del sujeto activo o la finalidad que se propone, su nexos con la relación causal, o lo que dio motivo a que se usara como una práctica tan común como parte de un proceso, lo cual conlleva a establecer si existen mecanismos de control de las instituciones encargadas de persecución, de las acciones que por su consecuencia resultan relevantes y de manera necesaria que actúa como coerción material para efectos resocializadores de la pena, ya sea principal o accesoria.

Es importante destacar que la política criminal de Guatemala, no establece instrumentos legales que definan la importancia de la acción finalista para determinar por qué delinquen las personas, porque en la actualidad el Código Penal data de 1,973 y contiene figuras delictivas que son disfuncionales, contrarias a la realidad social; se cree que ese instrumento penal es causalista y se tiene un Código Procesal Penal, que data de 1994 con tendencia aparentemente finalista, pero lo cierto es que por dicho desfase se está provocando serios problemas en las decisiones finales de los jueces.

No se trata solo de introducir figuras delictivas al azar en las leyes penales u otras leyes con tipos penales incorporados; primero, se debe determinar por



qué delinquen las personas, tomando en cuenta los diversos comportamientos delictivos en la sociedad, costumbres, familiares, desempleo, el ambiente en que vive, problemas socioculturales, trato violento, falta de educación, menosprecio, asimismo, por ayudar a sus semejantes, venganza, odio, clima, entorno social, etc.

Se desarrollará la naturaleza jurídica de la acción finalista, para determinar lo importante que es en la relación causal del delito, y del por qué el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio, que se considera el mejor para la solución de conflictos, porque respeta garantías constitucionales, existe un debido proceso, debe considerar este aspecto sociológico, para evitar próximos delitos y encausar a los delincuentes a un orden social adecuado a la realidad.



CAPÍTULO I

EL DERECHO PENAL, EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Desde que la sociedad existe como tal -desde las primeras agrupaciones humanas-, el hombre conoce el fenómeno de la criminalidad. Esta se manifiesta en todas las sociedades. Constituye uno de los aspectos constantes de la vida social, hasta el punto que hoy no se considera la criminalidad como un fenómeno anormal del grupo social, sino como algo connatural a toda sociedad organizada, siendo solo lo anormal los bruscos crecimientos o decrecimientos de las tasas de delito. Con base en ello, se han señalado como características del fenómeno criminal su permanencia y su actualidad.

Según Jaén Vallejo, citando que Feuerbach había defendido la concepción de la prevención general y Grolman la de la prevención especial, Kant y Hegel defendieron la teoría de la retribución, en el sentido de que la pena es una “retribución” por la comisión de un delito, porque se ha delinquido, siendo esta una teoría absoluta de la pena. Según esta doctrina, la pena tiene que ser equivalente al daño causado por el delito, si se asesina se debe producir una pena equivalente al mal causado y si esto no es posible, se le impone al autor que produzca un mal que compense lo que ha causado libremente, que se debe tratar al que comete delito de la misma forma como se trata a un animal y esa pena debe aplicarse en su totalidad.¹

El manejo que en forma común han transmitido los juristas de la historia del Derecho penal es la siguiente: venganza privada; venganza divina; venganza pública; defensa del poder absoluto; período humanitario y etapa científica.

a) VENGANZA PRIVADA. En esta etapa fue el impulso de la defensa o la venganza *ratio essendi* (razón de ser) de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Durante esta época, la función punitiva la ejercían los particulares, pues cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo, sin embargo, debido a los excesos cometidos por los ofendidos al realizar su "venganza", surgió lo que se conoce como la ley del

¹ Vallejo, Manuel Jaén. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Biblioteca de Estudios Penales, Universidad Austral. Argentina, 1998. Págs. 23 y 24.



tali3n, que no fue otra cosa, sino una medida moderadora, pues solo se reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido. Fue poco despu3s que naci3 la compensaci3n, mediante la cual se autorizaba para que ofendido y ofensor, nombrasen representantes que moderaran los reclamos recíprocos y acordaran la cantidad del castigo.

b) VENGANZA DIVINA. Al lado del perío3o conocido como venganza privada, se gest3 dentro de organizaciones sociales m3s cultas, el principio teocr3tico y este vino a convertirse en fundamento del derecho penal, pues no se castigaba al culpable para satisfacer al ofendido, sino para que aquel expiase la ofensa causada a Dios con su delito. En general, esta 3poca fue manejada por la clase sacerdotal.

c) VENGANZA PÚBLICA. Durante esta etapa, se empieza a hacer distinción entre delitos privados y pÚblicos, segÚn el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden pÚblico. Es entonces cuando aparece la etapa llamada "venganza pÚblica" o "concepci3n polític"; los tribunales juzgan en nombre de la colectividad. Este fue una inmensa 3poca, de prop3sitos retributivos y a lo sumo intimidantes, con fines de prevenci3n general, en que se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del Estado (minas, galeras).

d) DEFENSA DEL PODER ABSOLUTO. En este perío3o, el motivo para prohibir o para castigar no fue ni la ofensa al individuo, ni la ofensa a la divinidad; fue la ofensa a la majestad soberana, y la voluntad soberana, que imponía el castigo, al tornarse aut3crata, encontr3 su raz3n en sÍ misma, mediante un cÍrculo vicioso. Las penas no tuvieron otra medida que el capricho o el temor de los gobernantes, o la necesidad de consolidar con sangre un cetro empleado como azote de la naci3n.

e) PERÍODO HUMANITARIO. Naci3 como reacci3n a la excesiva crueldad imperante en la aplicaci3n de penas. Dentro de esta corriente, se pugna por la exclusi3n de suplicios y crueldades innecesarios, se propone la certeza contra las atrocidades de las penas, se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinaci3n de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas.



f) ETAPA CIENTÍFICA. En esta etapa, el delincuente es el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia. El delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay que readaptar a este a la sociedad corrigiendo sus inclinaciones viciosas. Tal corrección es el pivote sobre el cual gira este nuevo período. La pena como sufrimiento carece de sentido; lo que importa es su eficacia, dado aquel fin. Las ciencias criminológicas vinieron a iluminar el problema hasta su fondo y a caracterizar el nuevo período en el que la personalidad compleja del sujeto es lo que se destaca en el primer término del panorama penal.

g) DERECHO PENAL y ESCUELAS. La sociedad es, sabidamente, una forma de vida natural y necesaria al hombre, en la cual se requiere un ajuste de las funciones y de las actividades de cada individuo, que haga posible la convivencia evitando choques, resolviendo conflictos y fomentando la cooperación. En consecuencia, si el hombre ha de vivir en sociedad para su conservación y desarrollo, es claro que en esa sociedad, organizada con tales fines, ha de tener posibilidad de hacer todo aquello que sea medio adecuado para llenar sus propias necesidades, hallándose obligado a respetar el ejercicio de iguales facultades en los demás y aun a contribuir con su esfuerzo para la satisfacción de las exigencias colectivas, constituyéndose así el orden jurídico por el conjunto de normas que regulan y hacen posible y benéfica la vida en común.

Así y de acuerdo a lo estimado por Ignacio Villalobos, en su obra *Derecho penal mexicano*, define al derecho penal como "aquella rama del Derecho Público Interno, cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político-social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro".

El derecho penal en sentido subjetivo, es el atributo de la soberanía por el cual a todo Estado corresponde reprimir los delitos por medio de las penas; en tanto que objetivamente se forma por el conjunto de normas y de disposiciones que reglamentan el ejercicio de ese atributo: el Estado, como organización política de la sociedad, tiene como fines primordiales la creación y el mantenimiento del orden jurídico; por tanto, su esencia misma supone el uso de los medios adecuados para tal fin.



Define el derecho penal José Arturo González Quintanilla, en su obra *Derecho penal mexicano*, de la siguiente forma: “El derecho penal es el poder punitivo del Estado, constituyendo, desde luego, la expresión más enérgica del poder. Mediante este fenómeno se establecen los delitos y las penas como su legítima consecuencia. Los representantes y órganos correspondientes del Estado captan los valores medios que se requieren para la convivencia en común de la colectividad; así también, llevan a cabo la imposición de los valores propios que aseguran la subsistencia y desarrollo del Estado como tal, incorporando los de mayor envergadura en el Código o Leyes Penales”.²

Entre las diversas concepciones del derecho penal, Jiménez de Asúa, citando a varios autores, nos menciona: “Hay definiciones subjetivas en que se alude al fundamento del derecho de castigar, considerándolo como "la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado". En su sentido objetivo lo define como: "conjunto de normas que regulan el derecho punitivo”.

El derecho penal es, pues, el complejo de las normas del derecho positivo destinadas a la definición de los delitos y fijación de las sanciones.

En la evolución de lo que hoy conocemos como Derecho penal, tuvo que pasar a través de diferentes etapas, las cuales se hicieron referencia en párrafos precedentes; de dicho desarrollo se formaron las "Escuelas Penales", las cuales como lo menciona González Quintanilla en su obra *Derecho penal mexicano*, son "el cuerpo orgánico de concepciones contrapuestas sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones".

Así, antes del siglo XVIII, solo existían opiniones o elucubraciones sobre el delito, la pena, su fundamento y su fin, y no hasta 1764, al margen de las meras especulaciones filosóficas, con fines políticos, funcionales y pragmáticos, que surge a la luz del libro de "Beccaria", lo que en él contenido primordialmente implica una "ardiente acusación contra la barbarie del Derecho Penal del antiguo régimen".

² González Quintanilla, José Arturo. *Derecho penal mexicano. Parte General y parte especial: Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*. Editorial Porrúa. México 1997. Pág. 920



Surgió así la Escuela Clásica, siendo sus principales conceptos básicos siguientes:

- 1.- El punto cardinal es el delito, hecho objetivo, y no el delincuente.
- 2.- El método es deductivo y especulativo.
- 3.- Solo puede ser castigado quien realice un acto previsto por la ley como delito y sancionado con una pena.
- 4.- La pena solo puede ser impuesta a los individuos moralmente responsables (libre albedrío).
- 5.- La represión penal pertenece al Estado exclusivamente, pero en el ejercicio de su función, el Estado debe respetar los Derechos del hombre y garantizarlos procesalmente.
- 6.- La pena debe ser estrictamente proporcional al delito y señalada en forma fija.
- 7.- El juez solo tiene facultad para aplicar automáticamente la pena señalada en la ley por cada delito.

Posteriormente, le cedió el paso a la Escuela Positiva, la cual de manera preponderante, en esta rama del pensamiento se toma en cuenta "la personalidad del reo como criterio determinante en las disposiciones y las finalidades del derecho penal".

Las directrices conceptual-básicas de la Escuela Positiva se pueden resumir de la siguiente manera:

- 1.- El punto de mira de la justicia penal es el delincuente, pues el delito no es otra cosa que un sistema revelador de un estado peligroso.
- 2.- La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al "estado peligroso" y no a la gravedad objetiva de la infracción.
- 3.- El método es el inductivo, experimental.



4.- Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal. "La voluntad está determinada por influjos de orden físico, psíquico y social".

5.- La pena tiene una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos, y por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.

6.- El juez tiene facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso.

7.- La pena, como medida de defensa, tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social, y la segregación de los incorregibles.

La Tercera Escuela, es una posición ecléctica entre las dos escuelas anteriores, tomando conceptos fundamentales de los clásicos y también de los positivistas, estimando el delito como un fenómeno individual y social, orientándose al estudio científico del delincuente y de la criminalidad; niega el libre albedrío si este es considerado en toda su dimensión; acepta el principio de la responsabilidad moral distinguiendo entre imputables e inimputables; sin embargo, no se estima el delito como un acto realizado por alguien con libertad absoluta, sino que existen motivos que determinan y coaccionan psicológicamente al infractor; se inclina más por estimar la pena como una defensa social.

h) TEORÍA CAUSALISTA. Como reacción al pensamiento del positivismo sociológico y obviamente a su metodología que había llevado al derecho penal al campo de la sociología, pero que, a la vez, recoge también la influencia de aquel, se manifestó en Alemania el pensamiento de Franz von Litz. Bajo la influencia del positivismo, el concepto del "delito" aparece recogido y estudiado en un plano naturalístico y causal, por lo que es esquema lo lleva a plantear el análisis del delito bajo el binomio de los elementos objetivo y subjetivo, apareciendo la concepción del delito como un hecho en sentido objetivo y causal, denominado como comportamiento o conducta, conteniendo el resultado y el nexos causal. Para determinar la existencia del delito se une también, el análisis de la antijuricidad, entendida como un juicio de valor objetivo relativo a la



contradicción del hecho con el derecho, con lo que se integra el elemento objetivo del delito. El elemento subjetivo, está constituido por el nexo de relación psicológica entre el querer del agente y la causación de producción del resultado, que es el ámbito en que se precisa la culpabilidad.

i) TEORÍA FINALISTA. Planteada en la tercera década del siglo XX, procuró seguir el análisis científico de la ley penal, intentando superar las contradicciones que se apuntaban en los esquemas precedentes de la dogmática penal.

Surge así, la corriente del finalismo o teoría de la acción final. Corresponde a Hans Welzel ser el creador del finalismo, y poner las bases de la nueva construcción de esta estructura sistemática penal.³

Esta teoría reconoce esencialmente la base de que el hombre es un ser social responsable, que actúa conforme a un sentido, por lo que sus acciones aparecen invariablemente impregnadas de la finalidad por él propuesta, lleva a reconocer que, concretamente en el derecho penal, el acto, a partir de la voluntad y de la conciencia es lo que determina el contenido del orden valorativo jurídico. En otras palabras, el orden jurídico es un orden de regulación de la conducta humana, que es por esencia eminentemente final, es decir, caracterizada por su voluntad final determinada, el ser humano aprovecha su conocimiento acerca de los procesos causales a fin de determinar la realización de sus objetivos.

j) TEORÍA DEL FUNCIONALISMO POLÍTICO CRIMINAL. Después de las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, se pronunció el interés de incorporar el respeto a los derechos humanos dentro de la legislación mundial. A la vez, esta situación se reflejó en el campo de la ley penal, en una tendencia frecuentemente apuntada como orientación político criminal, significó la necesidad de entender el contenido de la propia ley penal con relación a la realidad social. Es decir, de entender que el derecho tiene un contenido social y que esa realidad social, no solamente tiene que ser regulada, sino entendida y atendida por el derecho, como consecuencia de los fines de la seguridad jurídica para la convivencia, sobre la base de protección a los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad.

³ Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*. 1997 Págs. 38 y 39



Uno de los principales sostenedores de esta teoría, Claus Roxin, señala, que el análisis del derecho penal exige tomar en cuenta sus fines; son los fines de política criminal del derecho los que deben dar la luz para explicar y para determinar la existencia del delito; la responsabilidad del autor y tercero para determinar la aplicación de la pena con base, precisamente, a sus fines de política criminal.

En muchos países como México, ha tenido bastante tiempo adoptada la teoría causalista en el derecho penal, y en Guatemala la sigue teniendo, pero en México criticada profesamente por el proceso tan extraño, se tomó la doctrina finalista, como lo establece su Constitución, sin embargo, se ha sufrido un retroceso en el derecho penal, al mencionarse nuevamente el cuerpo del delito en el artículo 14 constitucional, al tomarse nuevamente la teoría causalista, para tener por demostrado el cuerpo del delito, circunstancia que impide desarrollar la legislación penal en sus ámbitos, toda vez que el finalismo proclama el resultado y el fin buscado por el sujeto, para tener por demostrado si este actuó dolosa o culposamente o bien, no es responsable del resultado de la acción; al avance que se tenía en el ámbito del derecho penal se ha estancada, al tener el creador de la norma y del derecho penal, dudas respecto al finalismo, no obstante que este, haya sido adoptado por la mayoría de las legislaciones de habla hispana y del derecho escrito.

El derecho penal, a consideración del autor del presente trabajo, es la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social.

Como disciplina científica es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad.

Es lógico pensar que la acción que interesa penalmente es la descrita por el tipo, como el que dota de tipicidad penal a la acción, con lo cual esta se muestra como previa en la consideración estructural.

La doctrina nos dice que toda acción humana, para bien o para mal, está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes. Puede ser valorada de acuerdo al



resultado que origina, es decir, un valor de resultado o material y también independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal es decir valor de acto.

El derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad.

Guatemala ha cumplido con el derecho penal, porque tiene un ordenamiento jurídico con una gran cantidad de definiciones delictivas que contienen verbos rectores, elementos objetivos y además les fija penas indeterminadas, porque esas penas se ubican en una pena mínima hasta una máxima y también tiene un procedimiento penal, para las medidas de seguridad. Sin embargo, esta gran cantidad de definiciones delictivas están dispersas, es decir, no están concentradas en un solo código o ley. Y así podemos enunciar que se sitúan en el Código Penal, Ley Contra la Narcoactividad, Ley de Armas y Municiones, Ley de Lavado de Dinero y otros Activos, Ley Contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, Ley de Migración, Ley Contra la Corrupción, Ley del Fortalecimiento de la Persecución Penal, Ley contra la Violencia Sexual Explotación y Trata de Personas, Ley Contra la Delincuencia Organizada, etcétera.

Guatemala tiene establecida la protección de esos valores importantes para el derecho penal y los regula en la Constitución Política de la República de Guatemala, para proteger la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, que son los muy bien llamados bienes jurídicos, de allí que impone consecuencias jurídicas a su lesión. Esta protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos y la punición asegura la vigencia de los valores de acto ético sociales de carácter positivo respecto a la vida ajena a la salud, libertad, propiedad etcétera.



1.1 FUNCION ÉTICO SOCIAL DEL DERECHO PENAL.

El derecho penal de Guatemala tiene ese problema grave, que solo asegura el castigo cuando la persona es vinculada a la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico, pero cuando no se llega a obtener esa vinculación y aunque el Estado promueva mecanismos de rebeldía de persecución para obtener una conminación penal, y el castigo, sus fines no se aseguran y esos valores respecto a la vida ajena, a la salud, a la libertad a la propiedad etcétera, como bienes jurídicos, quedaron lesionados o desprotegidos. Ello se debe a que toda persona señalada de una acción criminal tiene que ser llevada a un proceso, para que en un juicio se reúnan todas las garantías y principios y se le condene en función estatal.⁴

Pero ese desequilibrio para el Estado con respecto a la función ético social de saber causalmente, cuál fue la finalidad de la acción delictiva, también visto de otra manera, el Estado puede saber que se ha lesionado un valor fundamental para la comunidad, sabe cuál fue el nexo causal y que fue culminado con la finalidad de realizarlo. Sin embargo, el derecho penal no efectivizó su función ético social porque prohibió, pero no castigó, entonces de esos valores fundamentales quedaron debilitados al saber que se pueden lesionar en cualquier momento y esto es lo que sucede en Guatemala, en muchos casos no hay castigo, la efectivización del causalismo y finalismo no llega por la debilidad de los aparatos estatales de lograr esa vinculación.

Un caso singular, por citar un ejemplo, es el caso Siekaviza que según la información obtenida por los órganos jurisdiccionales, una señora se presume que está fallecida, suponiendo que nunca aparece el esposo ni los dos hijos, se considera que el Estado ya sabe que se ha vulnerado valores fundamentales, en cuanto a la vida de la señora, aunque no encuentran el cuerpo de ella, y también se vulneró la integridad de dos niños, pero tampoco los encontraban. Pese a ello no ha impuesto ninguna consecuencia jurídica y alrededor del caso se han vinculado otras personas que no son los que provocaron esa lesión a los valores fundamentales, pero de algún modo saben algo anterior o posterior a la

⁴ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arau. *Derecho penal. Parte General*. 6ª Edición 2004. Pág. 29.



verdadera fase causal que enervó una finalidad que como mínimo fue la libertad individual. Sin embargo, ya trascendió que la sociedad ya formó toda clase de especulación sobre este tema, al llegar al extremo de pensar, que pasaría si se presenta el esposo en este caso y desea guardar silencio, Guatemala, con sus leyes no puede obligar al sindicato a declarar y aunque en otros países es obligatorio declarar, se convierte en un derecho de defensa del procesado.

Lo cierto es, para el caso citado, a criterio del sustentante, que si se le vincula por el femicidio, no sería apropiado porque no hay dictámenes de que esté fallecida, lo cual es discutible porque con otros elementos, como por ejemplo, la prueba indiciaria, se podría corroborar que falleció, sentando un precedente de que se puede juzgar a las personas por un delito contra la vida aunque la víctima no esté físicamente. Por ello ni se ha fortalecido la consecuencia jurídica, ni se ha cumplido con el mandato positivo de la protección de los bienes jurídicos.

Al castigar, el derecho penal efectiviza la inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores de acto. Otro aspecto importante que hace que el derecho penal no tenga satisfacción plena y que la inobservancia a los valores de la conciencia jurídica se tornen sin castigo, se refiere a que el ordenamiento jurídico no contempla una forma para castigar porque solo existe dentro del derecho penal material, una figura delictiva, pero no tiene sanción, no tiene consecuencia jurídica.

En Guatemala es diferente a otros ordenamientos porque hace referencia a ciertas conductas, pero no les fijó consecuencias jurídicas. El artículo 133 del Código Penal guatemalteco dice: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". No dice nada más, la consecuencia jurídica no es definida, no la tiene, entonces la obligación estatal no se concretiza. También el concepto del delito de lesiones otorga el mismo problema al derecho penal, porque el artículo 144 del Código Penal dice: Comete delito de Lesiones, "quién sin intención de matar, causare a otro daño en el cuerpo, en la mente", como se puede observar no existe consecuencia jurídica,



entonces no se puede medir el nivel. Entonces el juez tiene que recurrir a otros tipos penales para interpretar otra clase de sanción.

También resulta un problema serio para el derecho penal, que sea el mismo Estado de Guatemala, el que perjudique su propia función ético social de castigar, y poner en peligro una relación causalista y finalista de la acción penal, y esto se da porque el Estado está convencido de que existe una lesión legítima, sin embargo, al crear mecanismos estatales como la creación de la Ley Contra la Delincuencia Organizada de Guatemala, en el artículo 90 se manifiesta que la persona que ha participado en un hecho delictivo, sea o no integrante de un grupo delictivo organizado, que preste ayuda o colaboración eficaz para la investigación y persecución de miembros de grupo delictivo organizado, podrá recibir los beneficios otorgados en la presente ley.

Solo se sabe que el Estado de Guatemala hace una especie de negocios jurídicos con los delincuentes, negociando la ausencia de castigo, se fía de la palabra de una persona que, al estar detenido, ha roto la confianza de su propia idoneidad, además el Estado de Guatemala, debe ser cauteloso en evaluar esa información, para no perjudicar a personas nombradas por el colaborador eficaz, al antojadizo argumento, porque muy fácilmente se puede perjudicar a personas honestas y trabajadoras y así podríamos enunciar una serie de instituciones jurídicas que ha creado el mismo Estado de Guatemala para evitar el castigo que proviene de una relación causal y finalista.

Otro de los problemas que tiene el derecho penal, al crear mecanismos que perjudican su propia función de castigar, es la instauración de formas alternas de solución de conflictos, de los cuales tenemos Criterio de Oportunidad, la Suspensión Condicional de la Persecución Penal, la Conversión, que muchos sectores de la sociedad ha catalogado como formas de impunidad otorgadas con la legitimidad estatal. También siguiendo esta misma línea de mecanismos legales creados por el mismo Estado de Guatemala, dentro de los actos conclusivos, definitivos están el sobreseimiento que termina el proceso sin castigo y la sentencia absolutoria que se da porque no existen evidencias suficientes, o las que existen no llegan a establecer una responsabilidad penal y de los actos conclusivos no definitivos del cual están la clausura provisional, el



archivo, la desestimación, que no terminan el proceso según la legislación guatemalteca, pero en un buen porcentaje de los casos, estos ya no se persiguen y la situación queda así. Por eso es importante este razonamiento en este apartado porque desde la parte estructural del derecho penal guatemalteco, existen muchas circunstancias por las cuales no se efectiviza la función castigadora del Estado, no obstante se tiene una relación de causalidad y finalista de una acción criminal.

1.2 LA FUNCIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO PENAL.

Es necesario hacer una expresión de la pena y los fines de la pena, así como la prevención.

Según Carlos Santiago Nino citado por Danilo y Sergio Madrazo Mazariegos, en su obra *Los límites de la responsabilidad penal*, señala dos características distintas de la sanción penal, que la pena constituye un sufrimiento dirigido a su destinatario y que la pena constituye un símbolo de desaprobación respecto de la conducta que motiva su aplicación.⁵

Indica que “hay, por cierto, una relación conceptual entre pena y delito, pero no es una relación directa. La relación se da entre los juicios de desaprobación y las actitudes reactivas que ciertos actos delictivos provocan y que se transfieren a las consecuencias distintivas de esos actos, y la identificación de las medidas que implican tales connotaciones estigmatizadoras como casos de pena”, citando a Nino.⁶

La pena debe tener un sentido, a criterio del sustentante, porque es dar a la persona de mecanismos para que planifique otra vez cometer un crimen que efectivamente el realizar actos que tiendan a su resocialización, si no se les mantiene ocupados o en actividades productivas las cárceles en su conjunto incluidas las de adolescentes se convierten en escuelas que fomentan la criminalidad y sin un control estatal tiende a incrementarse afectando otros

⁵ Madrazo Mazariegos, Danilo y Sergio Madrazo Mazariegos. *Teoría de la pena. Utopía y realidad*. Magna Terra Editores. Primera Edición, febrero 2008. Pág. 21

⁶ *Ídem*.



bienes jurídicos tutelados, como en el caso de las extorsiones. Si se aplicaran políticas preventivas las penas pasarían a un segundo plano, y buscando los orígenes la prevención lograría sus objetivos porque se va al problema directamente antes de que este se suscite con mayor trascendencia y tal como lo ha señalado Eugenio Raúl Zaffaroni en el sentido de que “la pena se distingue por su carácter irracional y porque no es un medio idóneo para solucionar un conflicto pasado”, siendo un aspecto que el sustentante del presente trabajo comparte porque el hacinamiento y sobrepoblación reclusa hace que los centros no cumplan a cabalidad con su pretensión, pues con tantas personas en las cárceles cualquier programa puede hacer el intento de suscitarse, pero no cumple objetivos, como en el caso de lo religioso y lo laboral.

En lo religioso, se puede comenzar a implementar valores espirituales pero es necesario que el recluso, por voluntad, acepte primero las filosofías respecto del bien y del mal y en lo laboral, la implementación de lugares para realizar actividades productivas, pero sin la infraestructura ni la materia prima adecuada, son factores que hacen que determinados proyectos no puedan prosperar porque el Estado no tiene los recursos adecuados ni la voluntad en someter a los cambios de políticas a fin de que solo la pena sea el medio adecuado para la resocialización y científicamente el encierro hace que las personas se formen en violencia, si se buscan los medios para investigar incluso el entorno social del recluso se clasificaría de mejor el tratamiento de reclusos como parte del debido proceso que constitucionalmente está afecto y tiene por derecho el recluso y por ende, es base suficiente para que la resocialización, readaptación o reinserción no se vea opacada y cumpla con los objetivos trazados.

Que la pena, citan los hermanos Madrazo Mazariegos, sea pronta e ineludible, es una exigencia de su finalidad de prevención general y citando a Beccaria, indican que lo más intimidante no es la gravedad de la pena, sino la certeza, cuanto más segura, más pronta y más próxima al delito cometido sea la pena, tanto más justa y más útil será, que uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad⁷ y se comparte con el sustentante que la pena es irracional si no cumple objetivos. La pena de prisión entre más

⁷ *Ídem*. Pág. 23.



grave es más inútil, especialmente cuando sobrepasa a la media de vida del humano promedio, es decir, entre cincuenta a sesenta años de edad, pues se escucha de penas de hasta mil años de prisión, que obviamente se utiliza ya en la práctica la regla de la imposición de cincuenta años de prisión como pena máxima, no siendo esto una forma de reinserción social sino de cuidado del resto de vida de la persona en un centro penitenciario sin quehaceres productivos, lo que hace producir más crímenes en las cárceles y la planificación de actos delincuenciales de personas desde afuera siguiendo instrucciones por los que están dentro. No es racional, por ello al buscar y adelantarse en la búsqueda de los orígenes hará una mejor selección de los casos en los cuales el Estado debe adoptar medidas necesarias y urgentes a fin de lograr la prevención, que se lesionen bienes jurídicos tutelados y la víctima ni siquiera aparezca o nazca a la vida jurídica como tal.

Procesalmente, es el Ministerio Público el que tiene la obligación en el ejercicio de la persecución penal el reconstruir los hechos y alegar que el acusado tiene o no participación de esos hechos para pedir que se aplique la justicia por medio de las disposiciones normativas dadas por el propio legislador. José Cafferata Nores citando a Alfredo Vélez Mariconde, expresa que el término “reconstruir” significa unir, allegar, evocar especies, recuerdos o ideas, para completar el conocimiento de un hecho o el concepto de una cosa. Se expone por Cafferata Nores que el fiscal es quien actúa como un historiador porque reconstruye lógicamente, si es posible, el hecho que constituye el objeto sobre el cual versa la imputación y que para lograr esta reconstrucción puramente conceptual, las leyes prevén, entre otros medios, la posibilidad de que se realice una representación material de aquel suceso, consistente en una reconstrucción simulada y con fines probatorios, siendo llamado como una reconstrucción judicial del hecho o reconstrucción del hecho.

Es decir, que el Ministerio Público es el encargado constitucionalmente de demostrar los hechos por los cuales acusa, a efecto de corroborar la verdad real e histórica pero se le olvida que ubicar el origen y los motivos racionales que se tuvieron para delinquir son parte de esa averiguación, si se tuvo una necesidad para robar, si se mató por un motivo de celos, se agredió por una deuda, o bien se lesionó por diferencias políticas, se mostraría al juez con mayor sustento las



acusaciones y así lograr la justicia, pero esa labor también como una política criminal de Estado, se debe tener en cuenta desde la perspectiva de la prevención y tener una serie de protocolos para que cuando suceda un hecho considerado como delito, el aparato estatal proceda conforme a la ley, pero se centra únicamente cuando las acciones se han consumado, dándose así lesiones a bienes jurídicos tutelados y la movilización del sistema de justicia.

En lo que se refiere propiamente a la fase de ejecución dentro del proceso penal guatemalteco y de los aspectos que este conlleva al emitirse una sentencia de carácter condenatorio, existe lo que se denomina principio humanitario, que consiste o parte de que cada persona es educable y que el desarrollo de la personalidad tiene lugar a través del enfrentamiento activo con el medio que le rodea. Este principio, según Martínez Rodríguez, se sustenta en la Constitución Política de la República de Guatemala, en la ley del Régimen Penitenciario, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Convención sobre Tratamiento al Delito y al Delincuente, Reglas mínimas de Tratamiento de reclusos. Tiene como base la inviolabilidad de la integridad física y moral de los condenados.⁸

Expresa Martínez Rodríguez sobre el principio de responsabilidad de toda la sociedad en la atención a los reclusos en los establecimientos penitenciarios en el que este principio parte, de que los reclusos en el sistema penitenciario no están sometidos a una sanción eterna, dado a que han de incorporarse a la sociedad al cumplir la misma, la atención no depende solo de la reeducación penal, sino también de la atención familiar, de la organización a la que estaban incorporados, de esta manera no se siente enajenado el recluso, debe sentir el apoyo de la comunidad en general al reincorporarse a la sociedad. La participación comunitaria, expresa Martínez Rodríguez, para el cumplimiento de los fines de la pena también fue regulada en la ley del régimen penitenciario, y dice su artículo 11 que para el cumplimiento de sus fines los órganos de dirección del sistema penitenciario, deberán favorecer la colaboración y participación activa de entidades legalmente reconocidas, que realicen actividades sociales, deportivas, religiosas, educativas, que propicien el trabajo penitenciario y en

⁸ Martínez Rodríguez, Fernando Alexander. *Manual de Procedimientos Penitenciarios*. Editorial Estudiantil Fénix, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales USAC. Pág. 7.



general, cualquier otra actividad que propicie la rehabilitación, reeducación y readaptación de la persona reclusa durante la prisión preventiva o la ejecución de la pena, siempre que no se interfiera en la función administrativa del sistema penitenciario.⁹

Martínez Rodríguez expresa sobre un problema social y que es responsabilidad del sistema penitenciario, si no hay elementos o infraestructura adecuada, esa readaptación social solo queda en papel; la clasificación de los hechos más graves y la conformación de sustitutivos penales que se ajusten a la realidad, racionalidad y humanidad hacia el tratamiento de reclusos, es necesario, porque al implementar controles de ejecución de las sanciones de otra forma que no sea de una prisión efectiva se avanzaría. Muchos aseguran, a criterio del sustentante, que fuentes de empleo es difícil que se encuentre para un recluso que ha cumplido una condena, pero si es el propio Estado el que tenga esas fuentes de empleo para esos casos en concreto, se apoyaría no solo al recluso sino a sus familias porque el sustento llegaría y las necesidades básicas pueden solucionarse, pero esa voluntad no existe, se tiene siempre justificación de que no hay presupuesto y la población reclusa crece día con día, los crímenes aumentan y se da un círculo vicioso sin soluciones inmediatas. Basta ver los periódicos del día o los noticieros sobre el ambiente de violencia en el que se encuentra Guatemala porque no hay políticas de prevención.

El fin del derecho penitenciario, expresa Martínez Rodríguez citando en su momento a Mezger, indica que es la ejecución de la pena y todo lo que tiene señalada en la ley, visto desde un enfoque formal, aun cuando la doctrina nos refiera que la pena contempla fines más amplios y Mezger afirma que toda acción humana tiene un fin y que la pena como acción humana y estatal en el ámbito del derecho como fin la prevención del delito, asimismo, dicha prevención del delito se puede realizar en el mundo jurídico por dos caminos actuando sobre la colectividad, esto es, la comunidad jurídica o actuando sobre el individuo que tiende a delinquir o ha cometido un delito. En el primer caso, se habla de una prevención general que intenta actuar sobre la colectividad y en el segundo caso, se dice que es prevención especial que intenta actuar sobre el individuo que ha

⁹ *Ídem.* Pág. 9



cometido un delito y es sujeto de una pena que abarca tres momentos: conminación, la imposición y la ejecución de la pena.¹⁰

De lo anterior, se debe entender de la responsabilidad que tiene el Estado sobre la libertad de locomoción de la persona que trae como consecuencias jurídicas un cambio de vida en la persona del recluso en los centros penitenciarios, de ese poder estatal de tener encerrada a una persona por haberse realizado cierta conducta reprochable por el legislador. Ese poder hay que distinguirlo porque ese “poder” no es absoluto, primero debe distinguirse sobre el “poder de hacer algo” y el “poder sobre”, siendo el primero el poder de disponer de algo y el segundo el que se refiere al poder sobre las personas para que hagan o dejen de hacer algo, que muchas veces se confunde con la libertad de disponibilidad sobre cosas o personas y no es así. Todo debe ir enmarcado en legalidad tal como lo regula el artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Ese poder se refiere al “poder social” como bien indica Angelo Panebianco, al expresar esto porque si la soberanía proviene del pueblo, este delega en un funcionario público esa labor y es la sociedad la que emite las decisiones en su nombre, a través de esa labor pública, y claro, trae como consecuencia jurídica las responsabilidades tanto de índole administrativa, civil y penal, sin perjuicio de que el propio Estado sea responsable de las conductas reprochables y con abuso que puedan suscitarse. Panebianco indica que uno de los aspectos del poder, es que es una acción intencional coronada por el éxito, es decir, una acción que produce efectos deseados.¹¹ En el caso del sistema penitenciario, a consideración del sustentante, se estima que va por un camino sin rumbo, no hay políticas penitenciarias claras, una ley del Régimen Penitenciario solo en papel, no hay sistemas de readaptación social y urge que no solo sea la relación de causalidad la que sea afectada a proceso penal, debe ubicarse los factores incluso sociales que son propicios para delinquir, el buscar alternativas para adaptar los sistemas penitenciarios o sistemas de sustitutivos penales.

¹⁰ *Ídem*. Pág. 11

¹¹ Panebianco, Angelo. *El poder, el Estado, la libertad. La frágil constitución de la sociedad libre*. Unión Editorial. Universidad Francisco Marroquín. 2009. Págs. 45-47



En Guatemala, es frecuente que en nuestro medio se escuche la frase “vale prevenir que lamentar” con la misma frecuencia se escucha la frase en la Torre de Tribunales, que “más vale absolver a un culpable que condenar a un inocente”. Y como se puede observar hay dos ámbitos, ya sea para referirnos a temas relacionado con situaciones que nos toca vivir, como puede ser las coyunturas de orden económico, financiero, académico, político y situaciones que tiene que ver con la salud. Y el otro, desde el punto de vista legal donde al recibir la prueba se tiene la duda de condenar.

Dicho de esta manera resulta paradójico que a pesar de su importancia pocos conozcan lo que significa realmente la palabra “prevenir”. Máximo si con ello puede avizorarse estados que pueden causar daños irreversibles y la relevancia *per se*, que adquiere en nuestro ordenamiento jurídico y en general en el Derecho. Y así lo han descrito muchas personas que les ha gustado hablar de este tema de la prevención, más que todo es una tarea ardua del Estado de ser previsor para que en una determinada medida se reduzcan la comisión de los delitos.¹²

En el ámbito general, un padre de familia le dice a su niño: “no camine en la banqueta que está en determinada calle, porque allí hay un agujero donde no hay tapadera y se puede caer”. Entonces el niño se dirige por otra banqueta y observa el agujero cuando pasa y recuerda las palabras de su padre, que le dijo que no pasara por ese lugar. También le dice a su hijo que no camine de noche por la zona tres porque es una zona roja y lo pueden asaltar, entonces el hijo, al salir de su trabajo recuerda las palabras del padre y no camina en la noche en la zona tres. Entonces, si el padre sabe prevenir ciertas situaciones para que no ocurra un mal, es por su experiencia que puede transmitirse a los hijos para que no sean afectos al mismo. Ocurre también cuando los padres de familia les dicen a sus hijas que no usen joyas si van a salir a la calle porque las pueden asaltar. También la gente dice: “No voy a salir bien arreglado porque los ladrones pensarán que llevo dinero”. Son políticas propias de prevención de delito que por muchas circunstancias pueden ocurrir, pero teniendo la cautela y precaución

¹² Gil Mauricio, Carlos Luis. *Tratamiento Penitenciario*. 1996. Págs. 6-17



debidas se puede superar y coadyuvar a que el fenómeno criminal no subsista, basados en el sentido común y la experiencia.

El Estado de Guatemala debe propiciar mecanismos adecuados, en primer lugar saber del porqué delinque la persona, determinar cuáles fueron las causas que animaron a la persona a cometer delitos, si fueron por motivos de necesidad, laborales, sociales, por venganza, si es obligado por un familiar o una persona que lo maneja y le es difícil salir de ese círculo, porque le gusta amenazar a la gente, le gusta el dinero fácil, porque la persona no le importa afectar a los demás porque a él lo afectaron de pequeño, del porqué se organizó con otros para cometer el delito. Es decir, buscar la finalidad que tuvo en la mente para iniciar la acción criminal.

Pero así como se explicó anteriormente, esa búsqueda de esos factores le corresponde exclusivamente al Estado, para que la criminalidad no siga aumentando. Pero no está bien, a juicio del autor del presente trabajo, como se realiza actualmente cuando a una persona le incautan un vehículo con orden de captura o denunciado como robado, se le condene porque el derecho positivo así lo dice, sin tomar en cuenta que esta persona lo pudo comprar de buena fe, inexistencia de dolo, si tomó el vehículo para llevar a una persona enferma a un hospital, o porque fue obligado hacerlo porque si no mataban a su familia. Determinar la FINALIDAD, que es el tema de estudio, resulta importante porque en primer lugar para prevenir la acción criminal, el Estado tuvo que averiguar por qué se accionó criminalmente, y que ello sirva para prevenir otros delitos.

El sustentante se cuestiona sobre qué razón tendría una condena a una persona que circulando en su vehículo, la policía lo para en un retén, le implantan droga y esta persona es condenada, por el testimonio de los mismos policías, porque el relato del acusado no es un órgano de prueba. Entonces aquí en este asunto se daría una sentencia injusta, porque los verdaderos criminales siguen en las calles y en algunos casos hasta con uniforme policiaco. Por eso todas estas razones son fundamentales para establecer que la relación causal no basta. El Estado tiene que establecer la finalidad del asunto, porque de lo contrario, no se aplicaría correctamente la justicia.



El decir, que es el lobo que cuida a las ovejas, no está lejos en nuestro sistema. Por ello, para poder establecer una verdadera prevención, se tiene que contar con un sistema de seguridad confiable, que la sociedad los ponga como ejemplo es que solo la relación causal no basta, así lo han ya contemplado la mayoría de los países que tienen el procedimiento acusatorio.

De lo anterior, la función preventiva en Guatemala, debe adecuarse a nuestro ordenamiento jurídico penal, como una obligación del Estado para que no se vuelva a delinquir de esa manera, en concordancia a lo que preceptúa el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pero esa concientización, corresponde a los sectores involucrados y que viven del Estado. El ejemplo clásico es que las personas que les gusta delinquir lo hacen porque en muchos lugares de la capital de Guatemala son oscuros y no hay seguridad. Entonces, como la faena es fácil, el delincuente lo realiza muchas veces, porque sabe perfectamente que es fácil burlar a la Policía, o son amigos de la misma Policía, entonces se debe buscar mecanismos para que ya no exista oscuridad. Se tienen que buscar mecanismos para que el Estado pueda realizar tareas para que exista más vigilancia, se tiene que buscar mecanismos o política criminal para que la población confíe en la Policía y en las instituciones que son parte del sistema o sector justicia.

Es común ver en casi toda Guatemala que las colonias a las ocho de la noche, pareciera que son colonias desiertas y la gente no sale, las tiendas cierran temprano, pero la intranquilidad que se vive es por ausencia de mecanismos adecuados para prevenir el delito, pero también que se busque la tranquilidad social. Observar que existen lugares que en las noches, donde venden bebidas alcohólicas, hay sexoservidoras, homosexuales, donde acuden toda clase de gente, que distribuye toda clase de drogas, armas y prolifera toda clase de delitos, también se considera normal y la inquietud radica en cuándo el Estado asumirá su responsabilidad como tal como parte de sus objetivos, el interés social y el bienestar común.

Prevención. Significa anticiparse, es decir, realizar un pensamiento racional adecuado e inferir que esto ya no sucederá porque se realizaron ciertos métodos



o mecanismos objetivos para evitarlos, impedirlos, o advertirlos. Entonces muchos coinciden que la prevención es el remedio que utiliza el Estado, para combatir la criminalidad, pero adelantarse a los hechos es lo deseado, porque si esto no sucede así, entonces no se estará previniendo el delito. Pero no se puede corregir la criminalidad vulnerando derechos, así como lo realiza Guatemala, que para prevenir el delito ordenó la despistolización. Esto no se puede hacer cuando la Constitución de la República de Guatemala, ha establecido el derecho de portación legal de armas, la tenencia legal de armas de fuego y también muchas personas tienen armas para protegerse de la misma criminalidad, y por eso hasta incluso han contratado los servicios de seguridad privada, solo con el hecho de que existan estas policías demuestran ante la sociedad que el Estado no es compatible para darle seguridad a las personas. Pero existe una rivalidad, entre la Policía Nacional Civil y las denominadas Policías de Seguridad Privada, y es que la Policía Nacional, los detiene porque portan armas con el uniforme particular, porque la ley no consideró ese extremo.

Es decir, se autoriza la creación de entidades que se encargarán de prestar seguridad y ellos contratan a personal, pero es a la empresa y los trabajadores en lo particular, quienes tendrían que tener autorización para portar arma y de ello se aprovecha la Policía y cuando los ven en las calles los detienen.

También el ejemplo de prevenir los delitos es cuando el legislador aumenta las penas a determinados delitos, pero lo cierto es que en ninguno de los casos ha disminuido la criminalidad, no es un disuasivo. El caso más típico ha sido el de la Ley de contra el Femicidio y Otras formas de Violencia contra la Mujer, que hasta en los medios de comunicación se hizo una campaña de promulgación y se hacía una cuenta regresiva, en los que se decía de los días que quedaban para que tomara vigencia la ley y con ella se acabarían las muertes a las mujeres. Esta fue una situación que de ningún modo afectó las intenciones de los criminales ni su finalidad, aun cuando tiene penas que oscilan de veinticinco a cincuenta años de prisión; las muertes a mujeres se siguen dando y eso no es un secreto. Pero a criterio del autor de este trabajo, el Estado ha adoptado estas medidas, no como una verdadera función preventiva del delito, que tiene dos vertientes que a continuación se exponen.



a) La prevención en la pena.

La consecuencia jurídica a una acción u omisión definida como delito, se pueden clasificar como penas principales y accesorias, para que la persona que infringió la ley penal, sea castigada. Aunque en Guatemala, existen leyes penales especiales, que en la clasificación de las penas, tienen una variedad de penas principales, que en el Código Penal, las tienen como accesorias, pero en relación a este castigo, si nos ponemos analizar el fin que persiga, este sirva a la sociedad como un disuasivo de que hay castigo al que realice tal cosa y al que lo cometió para que no vuelva a delinquir y pague por lo que hizo, por ello siempre comentando a este castigo, se supone que tiene que ser justo, debe observarse no solo el derecho positivo objetivo, sino que también una función ético social, y los principios generales del derecho.

Algunos autores de antaño han definido que la consecuencia jurídica es la intervención del Estado por la comisión de una acción criminal, representa una coacción psicológica al condenado, respecto a todos los ciudadanos, pues al observar la pena que le han impuesto al ciudadano, les causa temor de hacer lo mismo que hizo el condenado. Entonces a esto se podría decir que se trata de una prevención general con características negativas, la prevención intimidatoria. Que a diferencia de la prevención general positiva, se da cuando la condena ayuda al delincuente a resocializarse, es decir tiene una finalidad de saber de qué se condena a un ser humano a quién hay que aconsejar y guiar por un recto camino.¹³

También la pena como sanción impuesta por el derecho penal objetivo, a través de las acciones que propicia el Estado a castigar, resulta importante realizar las consideraciones que esa idea no descansa en una función propia de prevenir el delito, porque en Guatemala, detienen a los delincuentes, son condenados pero como no existen por parte del Estado ningún programa que los resocialice, entonces vuelven a delinquir y no se sabe de los motivos por los cuales realizan la acción como reclama la acción finalista, nunca se va a saber y se vuelve un círculo vicioso.

¹³ Zysman Quiroz, Diego. *Justificación del castigo e inflación penal*, cita a Pauarizini, Máximo. *Introducción a la Sociología de la Pena*, Bologna 1994. Pág. 7



En Guatemala así como lo recomiendan muchos autores que han realizado estudios en sus países, debe realizarse acciones de carácter ético que se inmiscuya con la política que coadyuven a concientizar y crear una cultura preventiva en las personas, para evitar hechos ilícitos que configuren ilícitos penales.

Para ello, han surgido varias teorías, que tratan de explicar que la pena debe tener un fin y no solo castigar; en primer lugar, está la Teoría Relativa, que esta debe ser propia del derecho penal objetivo, que trata de legislar una manera adecuada la manera de prevenir el delito como medio de proteger intereses sociales. El máximo exponente de esta corriente de prevención es Anselm von Feuerbach, que además decía de que una verdadera intimidación o coacción psicológica respecto de todos los ciudadanos, pues ellos deben observar sus semejantes que han delinquido y tendrán temor de cometer acciones antijurídicas, y a la persona que delinquirá si obtiene su libertad y vuelve a cometer otra acción delictiva, entonces el castigo será peor, entonces esta prevención es una alerta coactiva por parte de la coerción estatal.

En este sentido, los activistas de los derechos humanos dicen que esto no es el camino para prevenir el delito. Sin embargo, no consideran que al consumar una acción delictiva se debe aplicar un castigo. Por eso, es tan importante el tema objeto de análisis porque la acción finalista estudia uno de esos grandes problemas de por qué delinquen, si realmente se averigua que se trata de una persona que no puede hacer otra cosa más que delinquir, entonces para prevenir este problema, se debe estudiar diversos métodos y realizar una labor personalizada.

b) La Prevención del delito. Anselm von Feuerbach.

El autor Luigi Ferrajolli, menciona que debe haber un mínimo de sufrimiento necesario para prevenir los males futuros, que estarán justificados únicamente con medios mínimos, es decir un mínimo de penas como también de las prohibiciones, fomentando de este modo la confianza de la norma, la fidelidad al derecho y la aceptación de las consecuencias de la infracción de la norma.



La prevención especial, llamada también prevención individual, expresa que la finalidad de la pena está dirigida a influir sobre el agente de la manera directa y por ende individual. Esta teoría es llevada a su máxima expresión por Franz von Liszt, quién entendía la función preventiva especial de la pena con base en la intimidación dirigida a los delincuentes que no necesitan corrección, es decir, a los no susceptibles de corrección, a los irrecuperables. Este autor dice que la pena entonces debería ser perpetua; pero ello actualmente ha sido dejado de lado, pues las modernas doctrinas y políticas criminales, han favorecido al criminal, porque propugnan que una cadena perpetua no resocializa, ni mucho menos ejerce función preventiva, porque en un sentido ontológico solo contribuye a retrasar el avance jurídico penal deshumanizando al derecho penal, e impidiendo la rehabilitación de aquel que ha delinquido.

Pero como se dijo anteriormente, estas consideraciones no tocan, ni siquiera comentan el gran daño que ha ocasionado el delincuente y este comentario se dirige a cualquier delincuente, el que ha matado a sus padres, a sus hijos, ha asesinado sin piedad, e incluso en Guatemala una grave y fatal manera de asesinar, que desprecian por completo a la misma humanidad, es decir, los descuartizamientos o mutilaciones. Sin embargo, se insiste que el trabajo para reprogramarle el sentido común a la persona, tendría que tratarse con él en forma personalizada y buscar los aspectos negativos así como lo que pretende llevar la acción finalista.

Francisco Muñoz Conde, dice que el delincuente es un “conejo de Indias”, en donde el Estado experimenta un castigo que no se sabe si le va a servir, pero por el hecho de que es una situación donde el Estado ejerce el poder coercitivo, solo allí ya se le están violando sus derechos en forma legal. Y por ello dice que desde que es procesado sus derechos ya han sido afectados. Sin embargo, esta consideración tampoco resuelve ningún problema, para prevenir el delito.¹⁴

¹⁴ Ob. Cit. Muñoz Conde Pág. 61



1.3 DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL.

Es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal.¹⁵ Dogma es un vocablo griego, que equivale a opinión, disposición, doctrinal. La dogmática es la ciencia de los dogmas.

Por referencia al derecho vigente o llamado positivo, y por sus métodos se diferencia de la historia del derecho penal y del derecho penal comparado, pero también de la política criminal cuyo objeto no lo constituye el derecho como es, sino como debería ser, en cuanto a una adecuada disposición de sus fines y ello ocurre especialmente en su campo principal el de la teoría del hecho punible denominado también teoría general del delito porque mediante la abstracción de los tipos concretos de la parte especial abarca los presupuestos generales de la acción punible.¹⁶

La dogmática de la teoría general del delito es desde siempre la parte nuclear de todas las exposiciones de la parte general, y también es muy importante para la formación de estudiantes en la universidad, pues por regla general, en el examen se le somete al estudiante un determinado supuesto de hecho, exigiéndole que realice un dictamen, sobre si en su caso como resultan responsables penalmente las personas intervinientes; y esta exigencia solo se puede cumplir si se poseen sólidos conocimientos dogmáticos del derecho penal.

Uno de los cometidos más difíciles que encuentra la dogmática de la teoría general del delito es la formación y evolución cada vez más firme de un sistema del derecho penal. Por tanto, la dogmática jurídico penal no se conforma con exponer conjuntamente y tratar sucesivamente sus proposiciones doctrinales sino que intenta estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un todo ordenado y de ese modo hacer visible simultáneamente la conexión interna de los dogmas concretos. Ello resulta un tanto abstracto y radica en la naturaleza de las cosas, el hecho de que solo es posible hacer comprensible en toda su extensión el contenido y significación del

¹⁵ CLAUS, ROXIN. *Derecho Penal, parte general*. Alemania. 1989 Pág. 120

¹⁶ *Ídem*. Pág.192.



sistema del derecho penal mediante su exposición. Sin embargo, cabe lograr la medida mínima de perspectiva que es aquí necesaria mediante un esbozo de panorámica ilustrada con ejemplos sobre las categorías básicas del sistema del derecho penal y sus problemas.

En la moderna dogmática del derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad que son los cuatro elementos comunes a los cuales puede añadirse aun en algunos casos un ulterior presupuesto de punibilidad. Las citadas categorías básicas le dan ya a la materia jurídica en principio no preparada, un considerable grado de orden y de principios comunes.¹⁷

En cambio, un sentido diferente le dan otros autores a la dogmática jurídico penal, al indicar que trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias de delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer en definitiva qué es lo que la voluntad general expresada en ley quien castigar y como quiere hacerlo. En este sentido la dogmática, jurídico penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de derecho, la de garantizar los derechos fundamentales del individuo, frente al poder arbitrario del Estado que aunque se encause dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites.

a) DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL.

Si por consiguiente las valoraciones político criminales fundamentan el sistema del derecho penal y la interpretación de sus categorías, necesariamente se plantea la cuestión de la relación entre dogmática jurídico penal y política criminal. Tradicionalmente, se plantean dichas disciplinas más bien en una relación recíproca antagónica.

¹⁷ *Ídem*, pág. 197



El categórico aforismo de Liszt. El derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal, sigue influyendo hasta hoy. Sin embargo, esa conocida frase aparece como respuesta a la cuestión de si la osada nueva construcción de la política criminal introducida por la escuela sociológica del derecho penal no tendría que llevar a derruir ese despreciado edificio de intrincados conceptos que denominamos derecho penal y sustituirlo por la frase que todo ser humano peligroso para la comunidad debe ser inoquizado en interés de la colectividad todo el tiempo que sea necesario. Entonces, por razones propias del Estado de derecho liberal, opone frente a esa concepción la idea del derecho penal como Carta Magna del delincuente y como baluarte del ciudadano contra el leviatán del Estado.

Lo correcto de esa idea con toda seguridad es que la tensión entre la lucha preventiva contra el delito y la salvaguarda liberal de la libertad constituye un problema que actualmente tiene una importancia no inferior a la que tenía en tiempos anteriores.¹⁸

Se puede llegar a la tesis de que el pensamiento dogmático penal y el político criminal están estrictamente separados si se considera lo que es correcto como punto de partida, como objeto de la dogmática jurídico penal, el derecho vigente (el derecho tal como es) y en cambio como objeto de la política criminal la configuración deseable del derecho o sea (el derecho como debería ser). Dogmática y pensamiento sistemático serán entonces formas de la hermenéutica o sea de la interpretación comprensiva de un texto previamente dado, mientras que la política criminal se preocupará de desarrollar e imponer nuevas concepciones de los fines jurídico penales. Pero de ese modo se exagera la diferencia entre dogmática y política criminal.

En efecto, la aplicación del derecho es, como ya sabemos, mucho más que la aplicación, subsumible en el procedimiento de conclusión lógica de una ley ya determinada en sus detalles, más bien es la concreción del marco de la regulación legal y en la elaboración creadora de las finalidades legislativas ella misma es política criminal revestida del manto de la dogmática.

¹⁸ *Ob. Cit.* Muñoz Conde. Págs. 188-193



Por tanto, la misión interpretativa de la dogmática requiere ya sistematización bajo aspectos teleológico político criminales. En consecuencia, el cómo es y el derecho como debería ser, no son aspectos contrapuestos en la medida en que lo que hay que elaborar interpretativamente como derecho vigente supone el resultado de la ulterior reflexión que hay que efectuar sobre las concepciones y finalidades del legislador. El dogmático, sea científico o el juez debe, por tanto, argumentar político criminalmente como el legislador, en cierto modo tiene que acabar de dibujar en todos sus detalles la imagen o modelo del derecho vigente que el legislador solo puede trazar a grandes rasgos.

La política criminal, dogmática y la legislativa tienen distintas competencias, porque si fuera igual dicha hipótesis equipararía al juez con el legislador e infringiría el principio de división de poderes y de legalidad. Por el contrario, la dogmática incluyendo la sistemática de la teoría general del delito, tiene que ejercer política criminal en el marco de la ley, es decir, dentro de los límites de la interpretación. Por ello choca en la interpretación del derecho vigente con las dos barreras que ya conocemos no puede sustituir las concepciones y finalidades del legislador por las suyas y tampoco puede, allí donde en la parte general rige el límite del tenor literal del principio de legalidad.

1.4 EL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICA Y DOGMÁTICA JURÍDICA.

El derecho penal, como ciencia, es una ciencia jurídica, luego, su método no puede ser otro que el que corresponde a la ciencia del derecho. A su respecto se plantean, pues, los mismos problemas metodológicos que afectan a cualquier rama de las ciencias jurídicas.¹⁹

El método del derecho penal es el que predomina en la ciencia jurídica en general, esto es el llamado método dogmático, con el cual nuestra disciplina ha alcanzado un enorme y fecundo desarrollo, mucho más atrás aún ha quedado la

¹⁹ *Ídem*. Pág. 188



pretensión de que la ley no debe ser interpretada, que es francamente ridículo como expresión de un autoritarismo petulante.

La ciencia del derecho penal no quiere explicar el delito en lo que de ser tiene como fenómeno social, pues esto es incumbencia de la criminología. La dogmática penal pretende, sin olvidar la realidad social que el derecho regula, hacer previsible la conducta del juez. La previsibilidad de la ajena conducta en las relaciones existenciales es la base de la seguridad jurídica y el fin del derecho en general: el derecho tiene por fin hacer previsible que en tal relación existencial, el otro no afectará mis bienes jurídicos o valores.

La dogmática penal se pregunta cuando hay delito, el cuándo se debe aplicar pena y cuál debe ser la medida de seguridad. Procura responderlo construyendo, con la ayuda de la lógica, la idea del delito y la pena conforme el derecho penal vigente. El método para hallar las respuestas no puede jamás ignorar que el derecho penal es manifestación de una decisión política que elige una determinada regulación de conductas humanas en sociedad, es decir, en relaciones interpersonales. De allí que el método no pueda prescindir del objetivo último de la tarea, que no es otro que proveer al objetivo de seguridad jurídica, haciendo previsible la conducta del juez, con lo cual el objetivo a que se aplicará el conocimiento que procura la ciencia jurídico penal, mediante el análisis y la construcción dogmática, no sea otro que el fin mismo del derecho penal y del derecho en general.

Sabemos que el juzgador tiene un margen de discrecionalidad pero ese uso no puede convertirse en un margen de arbitrariedad, al menos en cualquier ordenamiento jurídico que se considera tal y que se apoye en el principio republicano de gobierno y un sistema democrático.

1.5 IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN.

Según lo dicho la primera categoría se denomina acción, que según la opinión más extendida, acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior que es dominada por la voluntad; no son acciones en sentido jurídico, los efectos producidos por las fuerzas naturales o por animales, pero tampoco



los actos de la persona jurídica; no son acciones los meros pensamientos, actitudes internas, pero tampoco sucesos del mundo exterior como ejemplo. Los movimientos reflejos o los ataques convulsivos son sencillamente indomeñables para la voluntad humana.

Esa acción ha de ser típica, o sea, ha de coincidir con una de las descripciones de delitos de las que las más importantes están reunidas en la parte especial del Código Penal.

Esta acción típica ha de ser antijurídica o sea prohibitiva y de índole penal porque no toda acción típica es antijurídica si de ello puede haber causa de justificación que proceden de todo ordenamiento jurídico y se cita como ejemplo: Si el fiscal entra coactivamente en la casa de un sindicado habrá allanamiento típico pero el mismo estará justificado por las facultades del derecho de ejecución de esa diligencia, es decir la orden de juez competente. Y si el padre le da una bofetada al hijo por razones educativas, realiza el tipo de las lesiones pero el derecho de corrección admitido por el derecho de familia le proporciona una causa de justificación, pero no penalmente. Ante una acción típica y antijurídica se habla de injusto penal que comprende las tres categorías antes relacionadas.

Por último, la acción típica y antijurídica ha de ser culpable es decir ha de poderse hacer responsable de ella al autor, la misma se le ha de poder como mayoritariamente se dice reprochar, pero para esto se deben dar condiciones objetivas de punibilidad y ausencia de causas de exclusión de punibilidad. Por ejemplo, que sustituya esa culpabilidad con un sustituto a la pena para resguardar la idea resocializadora, para que se humanice el condenado, o para la reinserción a un orden jurídico normal y natural dentro de la sociedad.²⁰

1.6 ANTECEDENTES DE LA ACCIÓN.

Las categorías básicas descritas que también se les llaman peldaños o sea escalones de la estructura del delito, han sido poco a poco desarrolladas por la ciencia en un proceso de discusión de décadas. Así aparece el concepto de

²⁰ Ob. Cit. Hans Welzel, Págs. 39, 40 y 41.



acción por primera vez en el manual de Alberth Friedrich Berner en el año 1857, como piedra básica del sistema del delito. La exigencia de reconocimiento de una antijuridicidad objetiva e independiente de la culpabilidad, la formula poco después el gran jurista Rudolph von Jhering en su escrito *Das Schuldmoment im romischen Privatrecht* (que significa el momento de culpabilidad en el derecho privado romano) en el año de 1867, abriendo el camino para la época siguiente. El concepto del tipo, lo crea Ernest Beling en el año de 1906, en su monografía aún celebre hoy *Die Lehre Vom Verbrechen*.

1.7 SISTEMA CLÁSICO DE LA ACCIÓN.

La teoría del delito, se basaba en la hipótesis de que injusto y culpabilidad se comportan entre sí como la parte externa y la interna del delito. En consecuencia todos los requisitos objetivos del hecho punible pertenecían al tipo y a la antijuridicidad, mientras que la culpabilidad se concebía como el compendio de todos los elementos subjetivos del delito, denominado concepto psicológico de la culpabilidad. Por consiguiente, el “dolo” se consideraba desde la perspectiva de esa teoría como forma de la culpabilidad, A este sistema se llamó sistema clásico del delito. Para el desarrollo de la teoría de la culpabilidad tuvo especial importancia el escrito del gran comentarista Reinhard *Frank Uber den Aufbau des Schuldbegriffs*, que significaba *Sobre la estructura del concepto de la culpabilidad*, en el año de 1907.

1.8 SISTEMA NEOCLÁSICO DE LA ACCIÓN.

La causa de la reestructuración del concepto de delito operada por el mismo radicó en el hecho de reconocer que el injusto no es explicable en todos los casos solo por elementos puramente objetivos, y que a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos y que, a la inversa la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos. Por ejemplo, la figura tipo de hurto contenido en el artículo 246 del Código Penal requiere algo más que la sustracción objetiva de una cosa mueble ajena, que en cuanto privación o desposesión temporal de la cosa es por regla general jurídico



penalmente irrelevante; sin el elemento anímico interno del ánimo apropiación, no se puede abarcar adecuadamente el modelo del hecho del hurto y el injusto del mismo.

Por eso la doctrina se vio obligada a reconocer la existencia de elementos subjetivos del injusto. Por otra parte, también se puede afirmar perfectamente que la culpabilidad en casos como las situaciones de estado de necesidad del actuar, también depende de circunstancias objetivas y en la imprudencia inconsciente que entonces se concebía como forma de culpabilidad, es incluso dudoso que en ella se pueda encontrar un elemento volitivo.

De ese modo, el concepto de delito denominado hoy mayoritariamente neoclásico, que era dominante hacia 1930 y que encontró su mejor expresión en el manual de Mezger pudo ciertamente mantener en principio la separación entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva y afirmar el dolo como forma de culpabilidad, pero tuvo que reconocer ciertas excepciones y buscar por ello otra explicación distinta para diferenciar injusto y culpabilidad. Dicha diferencia se halló y ello supone una evolución fundamental, en la distinta forma de valoración: al afirmar la presencia de injusto se valora el hecho desde el punto de vista de su daño social y al constatar la culpabilidad se lo valora desde el punto de vista de la reprochabilidad. El entendimiento de la culpabilidad como reprochabilidad es lo que caracteriza al denominado concepto normativo de culpabilidad, que se ha impuesto de modo general y solamente en los últimos tiempos está siendo sometida a modificación de ulterior desarrollo.²¹

1.9 SISTEMA FINALISTA DE LA ACCIÓN.

A un modelo nuevamente distinto del sistema del derecho penal, llega la denominada teoría final de la acción, que ha marcado la discusión de la dogmática penal de las dos primeras décadas de la posguerra. Su punto de partida es un concepto de acción distinto del de las anteriores concepciones sistemáticas y mucho más rico en contenido. Para esta teoría la “esencia” de la acción, que determina toda la estructura sistemática, estriba en que mediante

²¹ *Ob. Cit.* Claus Roxin. Pág. 198.



su anticipación mental y la correspondiente selección de medios, el hombre controla el curso causal dirigiéndolo hacia un determinado objetivo, es decir, lo supra determina de modo final. En consecuencia, solo habrá una acción de matar si el autor pone rumbo al objetivo con conocimiento y voluntad, o sea, si mata dolosamente.

De ahí se deriva como consecuencia sistemática que el dolo, que en el sistema clásico e incluso en el neoclásico se había entendido como forma de culpabilidad y del que también se consideraba componente necesario la conciencia del injusto, ahora aparece en una forma reducida a la dirección causal y se considera ya como componente del tipo. Ello supone una ulterior subjetivación del injusto y en cambio para la culpabilidad una creciente desobjetivización y normativización, por lo que en esa medida el sistema finalista está diametralmente contrapuesto al clásico. La doctrina finalista en parte preparada e influida por V. Weber y Graf zu Dohna fue fundada en lo esencial por Welzel. Pero también se basan en ella el gran manual de Maurach y la exposición de Stratenwerth, así como numerosos escritos específicos tanto en la doctrina alemana como en la extranjera.²²

a) EVOLUCIÓN DEL SISTEMA CLÁSICO AL FINALISTA.

La evolución de La teoría del delito en el siglo XX, que hasta aquí solo se ha podido esbozar en sus más simples líneas básicas, pero a la que aún habrá que volver en muchas cuestiones concretas en la exposición posterior, no se ha desarrollado como una discusión meramente interna del derecho penal sino sobre el trasfondo de la filosofía y la historia del pensamiento.

Así el concepto clásico de delito sobre todo en la decisiva caracterización que le había dado Liszt, estaba sustancialmente influido por el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo XIX, que quería someter a las ciencias del espíritu el ideal de exactitud de las ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema de derecho penal a componentes y de la realidad mensurables y empíricamente verificables. Dichos criterios solo pueden ser o

²² *Ídem*. Pág. 199



bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquicos internos, por lo que desde ese punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema del derecho penal entre elementos objetivos y subjetivos.

En cambio, el sistema neoclásico estaba basado predominantemente en la filosofía de los valores neokantiana, muy influyente en las primeras décadas de nuestro siglo y que apartándose del naturalismo quiso devolverles un fundamento autónomo a las ciencias del espíritu considerando que su peculiaridad consiste en que se debe referir la realidad a determinados valores supremos en los que se basan las respectivas disciplinas, configurarla y delimitarla mediante los mismos y sistematizarla desde el punto de vista de dichos valores. Partiendo de esa perspectiva es consecuente interpretar el injusto y la culpabilidad desde los criterios valorativos del daño o nocividad social y de la reprochabilidad, como también ocurre hasta hoy de modo importante a efectos prácticos en la mayoría de los proyectos sistemáticos.

Frente a esto, la teoría final de la acción se basa filosóficamente en teorías ontológico fenomenológicas, que intentaban poner de relieve determinadas leyes estructurales del ser humano y convertirlas en el fundamento de las ciencias que se ocupan del hombre. Para dicha concepción es lógico colocar un concepto básico antropológico y pre jurídico como el de la acción humana en el centro de la teoría general del delito y construir a partir de la constitución ontológica de la acción un sistema, que le viene previamente dado al legislador de estructuras lógico reales, sistema que en opinión de sus defensores también le debe proporcionar a la dogmática jurídico penal perspectivas permanentes e inmovibles.

La opinión todavía predominante en la dogmática reciente se mueve con sus proyectos sistemáticos dentro del marco prefigurado por el sistema neoclásico y el finalista. Las modernas exposiciones doctrinales, en algunas ocasiones enlazan aún con la estructura del delito de la concepción neoclásica (Barman/Weber) y parcialmente siguen también la teoría final de la acción de Welzel Maurach. Pero la mayoría de los autores se esfuerzan por lograr una síntesis entre los nuevos impulsos que debemos al finalismo y ciertas



conclusiones irrenunciables de la anterior fase de desarrollo de nuestra ciencia determinada por el pensamiento valorativo y teleológico o sea, la teoría neoclásica del delito.

Esta síntesis se caracteriza en la mayoría de los casos por rechazar la teoría final de la acción como teoría de la acción, pero asumiendo su consecuencia sistemática más importante, o sea el traslado del dolo al tipo subjetivo. A este respecto, el rechazo del concepto de acción finalista se fundamenta mayoritariamente en que una concepción ontológica de la acción no puede ser vinculante para un sistema de derecho penal fundado en decisiones valorativas y en que la definición de la acción como el control de cursos causales dirigido a un determinado objetivo no se ajusta bien a los hechos imprudentes y a los delitos omisivos.

La inclusión del dolo en el tipo subjetivo se fundamenta independientemente del concepto de acción con diversos argumentos, pero sobre todo con el de que el sentido social de las acciones típicas muchas veces no se puede comprender en absoluto prescindiendo del dolo. Por ejemplo, la simulación de hechos falsos en la estafa o la falsificación de un documento presuponen sin más el dolo del autor. Pero justo a esto, algunos de los autores citados consideran también el dolo simultáneamente como forma de culpabilidad.

Sobre la base de la síntesis neoclásico finalista, se puede distinguir entre injusto y culpabilidad sosteniendo que el injusto caracteriza el desvalor de la acción y en cambio la culpabilidad el desvalor de la actitud interna o el poder evitar del autor respecto de la realización antijurídica del tipo. El entendimiento material, procedente del sistema neoclásico del injusto como dañosidad social y de la culpabilidad como reprochabilidad, que tampoco contradice al sistema finalista se mantiene en las teorías modernas del delito. Y frecuentemente también se explica la diferencia entre injusto y culpabilidad afirmando que el injusto expresa un juicio de desvalor sobre el hecho y en cambio la culpabilidad, un juicio de desvalor sobre el autor.²³

²³ *Ídem*. Pág. 200.



b) SISTEMA RACIONAL DE LA ACCIÓN FINALISTA.

Desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema racional final o llamado también teleológico o funcional del derecho penal. En la Universidad de San Carlos de Guatemala, por los distintos tratadistas que han sido invitados a impartir cátedra sobre la teoría final de la acción han realizado una orientación, pero el gremio de abogados guatemalteco, está de acuerdo en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas. Como es el caso de la acción, causalidad, estructuras lógico reales etc., sino que la única y exclusiva puede guiarse por las finalidades del derecho penal.

Sobre esta base, en este trabajo se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico penal. Las bases político criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Aquí no es posible anticipar todo lo que de ahí se deriva en concreto para la dogmática y sistemática del derecho penal, pero se ilustrará a propósito de la función de las categorías sistemáticas básicas en un primer esbozo ya en este párrafo. Aquí basta con aludir a dos piezas centrales de esta concepción, especialmente importantes por sus consecuencias prácticas y que en parte se han impuesto ya, pero en parte son objeto de una polémica especialmente viva.²⁴

²⁴ *Ídem*. Pág. 203.



CAPÍTULO II

TEORÍA DEL DELITO. LA ACCIÓN

Concepto. La teoría general del delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta, (acción u omisión) para ser considerado delito. Esta definición tiene que estar dentro del contenido formal del derecho penal positivo sino sería religión, filosofía, moral.

En la teoría del derecho penal, solo la persona humana, individualmente considerada puede ser sujeto de una acción penalmente relevante.

Corresponde al jurista, a la ciencia del derecho penal y más exactamente a la dogmática jurídico penal, elaborar ese concepto de delito en el que estén presentes las características generales comunes a todos los delitos en particular.

La dogmática jurídico penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito responde a una doble perspectiva que por un lado se presenta;

- a) Como un juicio de desvalor que recae sobre la conducta; (ilícito o antijurídico)
- b) Como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho.
(Culpabilidad o responsabilidad).

2.1 ACCIÓN.

a) Definición y comportamiento humano. La conducta humana, base de toda reacción jurídico penal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones.

El comportamiento humano solo adquiere relevancia jurídico penal en la medida en que esta voluntad coincida con el correspondiente tipo delictivo. Pero hay que tener en cuenta que solo aquello que puede ser considerado como acción o en su caso omisión puede ser objeto de tipificación.²⁵

Hay dos fases, la fase interna y la fase externa.

²⁵ Ob. Cit. Francisco Muñoz Conde. Pág. 199



FASE INTERNA surge del pensamiento del autor, este se propone anticipadamente a la realización de un fin. En esta fase tiene que haber efectos concomitantes de los que no pensó, pero al tenerlos piensa y continúa su voluntad de mantener el mismo comportamiento.

FASE EXTERNA. Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo, pone en marcha conforme un plan el proceso causal dominado por la finalidad y procura alcanzar la meta propuesta.

Si se dan estas dos fases, se da la ACCIÓN Y RESULTADO.

Pero no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es un delito. De toda la gama de conductas antijurídicas que se cometen el legislador ha seleccionado una parte de ellas, normalmente las más graves e intolerables. Y las ha conminado con una pena por medio de su descripción en la ley penal.

A este proceso de selección en la ley de las conductas que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama TIPICIDAD.

La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de este hecho hace en la ley penal, ya que antes la aludíamos como el principio vinculante para el concepto jurídico formal del delito o contenido formal del delito.

Sigue después la indagación sobre la antijuricidad o antijuridicidad del hecho, es decir la comprobación de si la conducta típica puede no ser antijurídica si existe una causa de justificación, como se indica en el artículo 24 del Código Penal como legítima defensa, el estado de necesidad y el legítimo ejercicio de un derecho.

Si no existe causa de justificación, sigue la culpabilidad, o sea si el agente posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle el hecho y el establecimiento de la participación del agente en forma directa o eventual con relación a su responsabilidad dentro de los hechos.



2.2 TEORÍA DE LA ACCIÓN.

En primer lugar, debe suministrar un supraconcepto para todas las formas de manifestarse la conducta punible un *genus proximum* al que se conecten todas las concretas precisiones de contenido como *differentiae specifica*. De acuerdo con esto, la acción debe designar algo que se encuentre tanto en los hechos dolosos e imprudentes como en los delitos de omisión y que suponga el elemento común al que se puedan reconducir todas las manifestaciones especiales de conducta punible. Ese significado lógico del concepto de acción, su función clasificadora atiende a la acción como elemento básico del derecho penal.²⁶

La acción debe vincular o enlazar entre sí a todas las concretas categorías del delito. Primero se debe determinar como tal y después de toda de predicados valorativos ricos de acción típica, antijurídica, culpable y punible. Es parte el sistema jurídico penal porque constituye la columna vertebral.

La acción debe ser neutral frente al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad, ya que cada categoría tiene atributos valorativos diferentes, eso quiere decir que no debe introducirle ninguno de los elementos de las otras categorías, ni tampoco los elementos de la acción debe invadir el campo del tipo, pero debe poseer suficiente fuerza expresiva.

La acción tiene el cometido de excluir todo lo que de antemano e independientemente de la configuración cambiante de los tipos, no se toma en consideración para un enjuiciamiento jurídico penal así sucesos causados por animales, actos de personas jurídicas, meros pensamientos y actitudes internas, pero también modificaciones del mundo exterior sometidas al control y dirección del aparato psíquico, como sucede con los ataques convulsivos, delirios. En este punto se habla del significado práctico de la acción como elemento límite, o de función de delimitación.

A veces se le atribuye a la acción el significado el enlace del tiempo y lugar del hecho y pluralidad de acciones, o sea, la que el derecho penal la denomina como teoría del concurso. Sin embargo, las correspondientes disposiciones no se ocupan de acciones sin más, sino de acciones típicas e incluso punibles, de

²⁶ Ob. Cit. Hans Welzel. Pág. 39.



modo que a esos efectos no hace ninguna falta un concepto de acción pre típico. Pero ciertamente hay que reconocer que en la medida en que se reconoce la existencia de un concepto general de acción como portador del sistema del delito, también cumple su papel en ese ámbito.

2.3. CONCEPTOS HISTÓRICOS DE LA ACCIÓN.

Para el autor es importante que se den a conocer, los puntos de vista de los estudiosos del derecho penal, en las distintas épocas de la acción.

A. Concepto preclásico de la acción.

Fuerbach. Menciona que la acción no es un concepto independiente.

Hegel. Atribuye que la acción es el derecho de la voluntad.

Abegg, Kostlin y Berner Halscher, atribuyen que la acción es la voluntad e incluyen la imprudencia.

Luden, (antiHegel). Atribuye que la acción humana dolosa o culposa, no se separa la acción y tipo.

Binding. Este autor menciona que todavía no hay autonomía, el delito se entiende en su totalidad.

B. Concepto naturalista, causal. Sistema Clásico.

Frank von Liszt. La voluntad humana, modifica, con modificación causal del mundo exterior, que basta cualquier efecto o movimiento o no esa modificación (omisión).

Beling. Esa acción es voluntad, pero se necesita movimiento para animarla, pero no importa de qué se trata ese movimiento.



MEZGER. Este autor menciona que la acción es hacer o dejar de hacer, sea querido.

Baumann y Weber. Ven la conducta humana dominada por la voluntad. Elimina pensamientos y excitaciones sensoriales (crítica. Funciona con base en la voluntad).

Radbruch. La comisión y omisión, no son comunes, su comportamiento, entre sí como posición y negación A y no A.

C. Concepto final de acción.

Nicolai Hartmann, acción humana, incluye psicología del pensamiento,

Welzel sitúa la estructura ontológica de la acción, como punto principal del sistema del derecho penal, el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación. Su actividad final es una producción consciente de efectos, partiendo de un objetivo, el cual supradetermina finalmente el curso causal externo, o sea, voluntad o pasividad del ser humano.

(Acción y omisión)

Hegel. Separa el injusto y la culpabilidad, transformando el sistema jurídico penal, porque el dolo ya no pertenece a la culpabilidad, sino, compone a la acción, al tipo.

Stratenwerth, rechaza también el concepto final de acción como elemento base o sea el actuar humano.

Acción humana. Es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo



sobre determine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales eximentes en cada caso.

a) Antecedentes de la acción.

Este sistema de la teoría del delito, se ha ido desarrollando en los últimos cien años durante todo el siglo XX por los esfuerzos de toda la dogmática jurídico penal alemana, cuyos más importantes representantes han ejercido durante todo ese tiempo una considerable influencia en los penalistas españoles y latinoamericanos. Los hitos más importantes de esta evolución en Alemania, desde Von Litz, Beling y después con Mezger, Welzel y Maurach, hay una serie de países en la actualidad que realizan los estudios científicos de la teoría del delito, para asegurar la finalidad que persigue el derecho penal moderno I.²⁷

2.4 IMPORTANCIA DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO.

1) El debate en este siglo, tiene su puntapié inicial en la teoría clásica del derecho penal. Esta teoría parte de la "ley publicada" excluyendo valoraciones filosóficas, psicológicas o axiológicas. El concepto de acción es puramente naturalístico o mecanicista (movimiento corporal que produce una modificación en el mundo exterior); la tipicidad, describe la acción penalmente relevante sobre aspectos objetivos; la antijuridicidad es la contradicción de la conducta con el plexo normativo y la culpabilidad es la relación anímica o psicológica del autor con el hecho. A este último concepto se lo denominó teoría PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD. Representantes destacados de esta tesis son: Von Liszt, Beling y Binding. Entre nosotros: Soler y Núñez. La cuestión pasaba entonces por dar preeminencia al resultado, algo que el academicismo reinante llamó "el desvalor del resultado" (un hombre muerto, un vidrio roto, etc.).

²⁷ Ob. Cit. Hans Welzel. Págs. 45, 46, 47, 48.



2) La "vuelta" a Kant a principios de siglo, incorpora principios filosóficos (valorativos y teleológicos), que forman la teoría neoclásica, obviamente integrada por "neokantianos". La acción deja de ser "natural" y se inspira en sentido normativo, pudiendo de esta manera comprenderse también la omisión. Se la define como " el comportamiento humano voluntario manifestado en el mundo exterior". En el plano de la tipicidad se produce una revolución, ya que se descubren ELEMENTOS NORMATIVOS (subyace un juicio de valor, por ejemplo: el término "banda", etc.), debiendo también ser incluidos los ELEMENTOS SUBJETIVOS del tipo (por ej. "ánimo de lucro", etc.) La antijuridicidad se ampliará, así al juicio de desvalor objetivo de carácter formal, se le aporta un juicio de desvalor material. La antijuridicidad entonces consistirá en la reprobación jurídica que recae sobre el acto formalmente contrario a derecho, que también produce "un daño social" (contenido material). Esta teoría introdujo otro debate relevante: si la tipicidad es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad (mero indicio) o la *ratio essendi* (constitutiva). Para entender esta ligazón, se usó la frase "es como el humo al fuego", es decir: la tipicidad pasa a ser razón y existencia de la antijuridicidad. En materia de culpabilidad la revolución es mayor aún, pues se adopta un concepto normativo. Alguien será culpable de algo, si su conducta se la puede reprochar. Se instala uno de los términos de mayor aceptación en el desarrollo de la dogmática de este siglo: LA REPROCHABILIDAD. Se dirá entonces que la culpabilidad se convierte en un "juicio de reproche" (Frank).

Pero esta visión "normativa", se ve aún influenciada por el psicologismo, no logra ser autónoma. Frank dice: "al autor se le reprocha haberse rebelado conscientemente contra los mandatos del derecho (dolo) o se le enrostra el haber lesionado inadvertidamente las exigencias de la vida comunitaria (culpa)". La estructura de la culpabilidad para el normativismo estaba compuesta por: a) Imputabilidad y b) Conocimiento de la antijuridicidad (el dolo o la culpa). A esto se le suma un nuevo elemento que aporta Freundenthal: c) No exigibilidad de otra conducta, es decir, si al sujeto, en el momento del hecho, de acuerdo a sus condiciones personales y circunstancias que lo rodean, el derecho le puede exigir una conducta distinta a la que realizó (esta tesis logró sustento jurisprudencial en el famoso caso del "caballo resabiado", y hoy cuenta con



importante respaldo en Alemania y España). Exponente de esta visión fueron Mezger y Goldschmit y en Argentina: Jiménez de Asúa y Frías Caballero, entre otros.

3) La dogmática jurídico penal guardó un mesurado equilibrio hasta el arribo de Hans Welzel en el año 1931. Con tan solo 27 años, Welzel, impuso en su trabajo *Causalidad y acción* un estigma: la acción final. Nacería entonces una nueva escuela: "el finalismo". Para graficar su discrepancia con el causalismo, Welzel diría: "La acción en el causalismo es ciega, en el "finalismo" es vidente". Así relataba: "En la relación intencional, el pensamiento está dirigido hacia el objeto y está guiado por su estructura (...) el orden del pensamiento es un orden con arreglo a los nexos objetivos y al "sentido" de los objetos proyectados". La acción es ejercicio de actividad final, que comprende: la anticipación mental del fin perseguido; la selección de medios adecuados y la consideración de los efectos concomitantes a los medios elegidos. Por eso Welzel decía: "(...) el que quiere asesinar a otro selecciona los factores causales conscientemente en tal sentido y los dispone de manera que alcancen la meta predeterminada... compra el arma, tiene informaciones para elegir la ocasión propicia, situarse al asecho, apuntar el arma, dispara; todos ellos, actos dirigidos a la meta sometidos a un plan de conjunto".

La cuestión sería revolucionaria, pues el dolo estaría en la acción (final), este sería el *dolus malus* (dolo neoclásico) que a su vez se divide en dos: el "dolo natural" situado en la tipicidad (es conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo) y "la conciencia de la antijuridicidad", que sigue estando en la culpabilidad. La finalidad se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, fijarse fines diversos, dirigir su actividad conforme un plan. A diferencia del causalismo, el finalismo centraba el eje de discusión en esa "acción mala, con tendencia al menoscabo de bienes jurídicamente protegidos", demostrativa que la vida y o el bien ajeno, no le interesa. A esto se lo denominó "el desvalor de la acción".

4) La corriente finalista dejó huellas imborrables. Veamos: el error sobre el dolo se llamará error de tipo y el error sobre el conocimiento de la antijuridicidad, que



está en la culpabilidad, se llamará error de prohibición. La participación solo da lugar a la culpabilidad en el hecho doloso; el "autor" será quien tenga el dominio del hecho; se crea el "injusto personal" que manifiesta el "desvalor de la acción, frente al desvalor del resultado", teniendo que estar relacionados por una causa. La culpabilidad estaba compuesta por la imputabilidad y conciencia de la antijuridicidad, aceptándose la no exigibilidad de otra conducta. Esta culpabilidad es sinónimo de reproche.

5) La "guerra de textos" entre causalistas y finalistas fue descontrolada, imponiéndose estos últimos. Sin embargo, en nuestro país, Zaffaroni y Bacigalupo recién pudieron con mucho sacrificio y resistencia, introducir estas ideas en la década del '70. Pero a pesar de esta "victoria" de ideas, la cuestión era solo aparente, pues el finalismo no podía explicar claramente los delitos imprudentes y los de omisión (tampoco pudo en su momento el causalismo). Se le cuestionaba –y con razón— el no encontrar la finalidad. Welzel al principio habló que en los delitos dolosos había una finalidad de acto y en los culposos una finalidad en potencia, cuestión que luego –con el apoyo de Kaufmann y otros varió definiendo lo culposo como "una infracción al deber de cuidado".

6) Los vientos "modernos" trataron de atemperar el choque de "escuelas" y –de soslayo— corregir defectos. Se propaga la teoría de la acción social, que cuenta con importantes sostenedores (Jescheck, Wessels, Kaufmann Arthur, etc.). La acción será una "conducta humana socialmente relevante dominada por la voluntad o que esta puede dominar".

El aporte más significativo para el derecho penal actual y posmoderno, lo incorpora en esa época (década del '70) Claus Roxin en su obra sobre "Política criminal y sistema del derecho penal". Roxin comienza esta obra citando a Von Liszt cuando dice: "El derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal", y es precisamente esto lo que objeta. Dicho de manera simple pretende "la penetración de la política criminal en el ámbito jurídico de la ciencia del derecho penal". Abre así dos compuertas vitales que afectan toda la estructura de la teoría del delito: a la culpabilidad le suma "cuestiones de política criminal" y forma la categoría que llamará "responsabilidad", lo que implica "reestructurar la categoría responsabilidad desde el punto de vista de la teoría de los fines de



la pena" y, por otro lado, "recicla" la teoría de la imputación objetiva. La llegada de Roxin, coincide con el surgimiento de la "teoría funcionalista", que sería el último exponente de la dogmática actual.

7) Los funcionalistas podemos llamarlos de "última generación", y aunque tienen divisiones (moderados, sistémicos, etc.) cuentan en su haber a los "top" del derecho penal: Jakobs y Roxin. Lo novedoso de esta propuesta es que tiende a "incorporar intereses de política criminal a los principios normativos de la determinación del merecimiento de pena y su ejecución", por eso enriquece el concepto de culpabilidad con finalidades preventivas. Además (según Hassemer), aceptan la teoría del bien jurídico como variante crítica sistemática a la propia propuesta.

En materia de "acción" se observa una marcada evolución conceptual. Roxin cristaliza a la "acción como exteriorización de la personalidad", el comportamiento es "la relación del YO CONSCIENTE y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales" (...) dice así: "un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo, se le pueden atribuir a él como persona, o sea como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de "una manifestación de la personalidad". Para Jakobs la acción sería "la causación de un resultado evitable", digamos que se trata de "una expresión de sentido" dicho de otra manera: "la realización individual y evitable del resultado" y la omisión " "la no evitación evitable del resultado". Es un concepto de naturaleza social, y lo causal está enfocado desde el contexto social. Así vemos que la sociedad "aceptará" ciertos riesgos y éstos estarán excluidos de reproche. El delito para Jakobs quiebra la vigencia de la norma, es una comunicación defectuosa, una desautorización de la norma o falta de fidelidad a la misma. La norma es una expectativa social institucionalizada.

Jakobs forma el siguiente esquema: el delito viola la "confianza en la norma" y la pena "restablece la confianza en la norma". Así el concepto de delito se torna exageradamente normativo. Pero las variantes por demás revolucionarias y polémicas aparecen en el tema de la culpabilidad al sostener que es "prevención general positiva o integradora (...) es "ser infiel a la norma" (...) es un concepto que se construye funcionalmente". Sin embargo, llega más lejos e



innova paradigmáticamente al cuestionar la teoría del bien jurídico protegido, pues para él el derecho penal lo que hace es proteger la vigencia de la norma y no establecer un muro alrededor de bienes jurídicos. Así dijo: " el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto (...) de allí que lo importante sea delimitar comportamientos socialmente inadecuados o socialmente adecuados (...) por eso el riesgo social aceptado excluye el tipo". En esta inteligencia se advierte que al derecho penal no le interesa "un hombre muerto (...) o un vidrio roto" esto también podría pasar por una catástrofe o cualquier hecho de la naturaleza, sólo se fijará el derecho en conductas humanas que con sentido produzcan ese resultado que pudieron evitar.

Sobre el punto: culpabilidad, hay conceptos de similares características, veamos: "realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa (...)" (Roxin), "es ser infiel al derecho" (Jakobs) -véase que este autor se aparta del sistema clásico de la teoría del delito y funda la culpabilidad en la "prevención"; "el que pudiendo, no se ha motivado con la norma, ni por la amenaza penal (...)" (Bacigalupo). De allí que sea de buen tino decir "que culpable será el que, pudiendo, no obra conforme a derecho".

9) La "teoría de la imputación objetiva", modifica el "ángulo" de análisis. Ahora el nexo entre acción y resultado no alcanza para imputar. La discusión pasa al tipo objetivo diría Zaffaroni. En realidad "lo central es saber si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico" (Jakobs). Si a la conducta humana causante del resultado (...) se la puede concebir finalmente, con respecto a la producción o evitación de un resultado (Roxin). Resumiendo: "Está prohibida la creación de un riesgo reprobado"(Sancinetti). Pessoa la entiende como un criterio corrector de tipicidad penal.

La idea entonces, se armará así: la relación de causalidad no alcanza para imputar, sí marca un límite mínimo pero no suficiente, para atribuir un resultado. Es decir que el primer análisis sigue pasando por la relación de causalidad... pero luego ¿qué?... o ¿qué se le agrega?: Un plus valorativo o juicio de



"legalidad lógica". ¿Por qué?, porque la norma sólo prohíbe acciones que creen un peligro para el bien jurídico protegido "un riesgo mayor al autorizado", señalando además que ese resultado pueda evitarse. Dicho de esta forma, vemos que la tipicidad crea el objeto de enjuiciamiento y con ello la base de su responsabilidad. Veámoslo así: Comprobada la relación de causalidad natural observaremos lo siguiente: a) si la acción ha creado un *peligro jurídicamente desaprobado* para la producción del resultado y b) si el resultado producido es "la realización del mismo peligro" creado por la acción. También en esta orientación se arriesgaron algunas consideraciones, por ejemplo: 1. "No es objetivamente imputable el resultado producto de una acción que disminuye el riesgo"; 2. "no es objetivamente imputable cuando la acción no cree un riesgo jurídicamente desaprobado"; 3. "no será objetivamente imputable el resultado que se produzca fuera del ámbito de protección a la norma"; d) "Cuando el objeto de la acción ya estaba expuesto a un peligro (...) se da cuando se aumenta el riesgo, ahora bien, si el resultado era seguro, solo habrá responsabilidad si se lo adelantó la producción pero: "No es posible atribuir un resultado a un autor, aunque su obrar haya sido causa suficiente del mismo, si ese resultado se habría producido igual sin la intervención del autor".²⁸

10) Los "posmodernos" no solo aceptan la imputación objetiva (como mínimo en los delitos culposos). Muchos están planteando que no basta el tipo penal y su "adecuación" con el hecho para el reproche, sino que además debe afectarse un bien jurídico protegido.

11) La polémica sobre FIN Y FUNCIÓN DE LA PENA, también tiene marcada vigencia. Hegel y Kant fueron dignos representantes del "retribucionismo". Para ellos, la culpabilidad que el autor carga por el hecho cometido, debe ser retribuida, compensada. Los cultores de esta posición sintetizaban la propuesta diciendo que el delincuente ha causado un "mal" y por ende debía ser retribuido con otro "mal". Se paga un mal con otro mal.

En contra de esta escuela surgió la idea de "prevención" general, que apuntaba "mediante la utilización del miedo y la racionalidad del hombre" a enseñar a la generalidad de la gente lo que no se debe hacer. Esta tesis también fue avalada

²⁸ *Ídem*. Págs. 199, 200.



por Feuerbach, creando la "teoría psicológica de la coacción", donde a través de la "intimidación" se pretendía educar. La prevención general será "negativa" cuando tienda a "intimidar a quienes están en peligro de cometer similares hechos". Es como mostrarles una pantalla para que vean lo que les pasa a quienes cometen delitos. La prevención general positiva (Jakobs) tiende a asegurar la confianza en la norma. El delito violenta la norma y la pena restablece la confianza en la norma.

De tinte moderna es la "teoría de la UNIÓN", que combina retribución con rehabilitación. Entienden estos defensores que la culpabilidad es la medida de la pena, como límite máximo, pero si se puede –por razones preventivas— bajar el mínimo. Dicen: es cierto que los delitos no pueden quedar impunes, pero también es cierto que la imposición de pena debe estar justificada (...) debe tener sentido.

La pena, debe cumplir una "función" resocializadora y su implantación y ejecución dependerá de la política –jurídica del Estado. Pero ¿podrá hacerlo ante quién no se reprochó la conducta lesiva o tiene una alta cuota de vulnerabilidad?

Aunque pueda parecer un juego de palabras, es dable reflexionar una y otra vez si "vale la pena (...) la pena".²⁹

2.5 ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN GUATEMALA

El anterior Código Penal, bien llamado Decreto número 2164 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, que rigió desde el 29 de abril de 1936, del presidente JORGE UBICO, en el libro primero de las Disposiciones Generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas, título I de los delitos y faltas de las Circunstancias que eximen de la responsabilidad en el Párrafo I de los delitos y faltas, en el artículo 11 establece: Delito es la infracción voluntaria de la ley penal. Toda infracción de la ley penal, se presume voluntaria mientras no conste lo contrario.

²⁹ *Ídem*. Pág. 200.



Como se puede apreciar, el autor de este trabajo considera que esta disposición penal, establece una causalidad en la regulación, y no estima necesario saber del porqué de la comisión del delito. El artículo 12 del mismo decreto 2164 establece: “El que cometiere un delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quién se proponía ofender o el mal causado fuere distinto del que se proponía ejecutar.”³⁰

Nótese también en esta disposición legal que solo es importante esa causalidad de la acción. Sin embargo, es de considerar que en esta legislación de Jorge Ubico, en el título III de las penas en el artículo 44, 45, 48 y 52 del mismo decreto, establece la prisión correccional, y dice que no excederá de quince años sin perjuicio de la calidad de retención y se cumplirá en los establecimientos penitenciarios.

Se ha tenido la noción, que siempre que se imponga la pena de prisión correccional, se entenderá con la calidad de retención por una cuarta parte más, que se hará efectiva al condenado cuando en la segunda mitad de su condena hubiere observado mala conducta, cometiendo algún delito, resistiéndose a trabajar incurriendo en faltas graves de disciplina o en graves infracciones de los reglamentos de la prisión. Esta disposición se entiende sin perjuicio de que si comete el reo un nuevo delito o falta se aplica la pena correspondiente. También dice que la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de reducir las penas impuestas en sentencia firme, cuando se hubiere observado buena conducta en la prisión y dado pruebas de haber mejorado su condición moral. Podrán tomarse como tales el hecho de que si no tuviere oficio, otro medio honesto de ganarse la vida o fuere analfabeto hubiere aprehendido algún oficio o cuando menos a leer y escribir. Nótese acá que existía un pensamiento de resocialización para que la conducta de la persona tuviera corrección, por medio del trabajo, situación que era controlada por el derecho penal penitenciario, por medio del Patronato de Cárceles y Liberados antes de la creación de los

³⁰ Decreto 2164 Asamblea Legislativa de Guatemala de Jorge Ubico. Libro primero y disposiciones generales.



Juzgados de Ejecución Penal. Pero otro dato importante, era que la idea de gobierno era combatir el analfabetismo, y ganarse la vida por un medio honesto.

Estas circunstancias se debieron tomar en cuenta en el actual Código Penal, que urge un cambio con relación a la manera de prevenir el delito. Porque retomando lo que decía la Escuela moderna del delito, ¿será que vale la pena, la pena?, y esto es simple porque si la pena no tiene una función resocializadora, en la que el Estado tenga la oportunidad de prevenir el delito y que resocialice a la persona para que no vuelva a delinquir y que su nuevo actuar sea honesto, entonces la pena no tiene sentido. En nuestro caso los detenidos están en centros, pero es muy poco el porcentaje para los detenidos que laboran, el resto están deambulando en las cárceles sin quehacer.

En el siguiente, o sea el actual Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, en el artículo 10 establece la relación de causalidad, al indicar que los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme la naturaleza del respectivo delito y las circunstancias concretas del caso cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta.

En este aspecto esa atribución que hace la ley al imputado, es directa, no le importa saber cuál fue el objetivo de realizar la acción u omisión o establecer la fase interna del imputado, para saber cuál fue la manera o que lo guio o llevó para la realización del delito, pero esto es lógico porque este Código Penal data del año 1973, es decir, con más de 40 años, en donde predominaba un sistema causalista, y por ello es que ahora esa vertiente tendría que cambiarse totalmente y no la creación de leyes especiales.

Pero, sin embargo, este Código Penal, merece atención especial ya que en algunos aspectos sí puede hacer referencia a datos finalistas, es el caso en el capítulo segundo del Título cuarto en la aplicación de las penas, en el artículo 65 establece que para fijar las penas es necesario establecer los antecedentes del procesado, el móvil del delito, pero como se verá en el desarrollo del trabajo de campo, estas circunstancias nunca se prueban, y los jueces, solo se limitan



al indicar la afectación a un bien jurídico tutelado, pero no existe prueba de que lo hizo.

2.6 CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN.

Según el autor Francisco Muñoz Conde en su libro *Derecho penal, parte general*, establece que la clasificación de la acción comprende:

- a) Acción y resultado;
- b) Relación de causalidad e imputación del resultado;
- c) Teoría de la Imputación Objetiva;
- d) La Omisión y sus clases penalmente relevante, propia e impropia.

a) Acción y resultado. Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado, entonces la acción se considera como la simple manifestación de la voluntad y el resultado como la consecuencia externa derivada de la manifestación de la voluntad. Según el estudioso dice que el legislador en algunos casos solo castiga la acción, por ejemplo, en el delito de Injuria, considerándose como un delito de simple actividad, pero que existen otros que los sancionan por el resultado, como sucede en el homicidio y por eso se consideran delitos de resultado. En esta relación de voluntad y resultado se exige una relación denominada RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

b) Relación de causalidad e imputación del resultado.

En los delitos de resultado debe mediar una relación de causalidad entre la acción y el resultado, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Ello naturalmente sin perjuicio de exigir otros elementos, deducir la responsabilidad. Como dice el autor en muchos casos ni siquiera surgen dudas acerca de la causalidad entre una acción y un determinado resultado. Pero el reproche que se le hace a una persona por la ofensa de un delito puede ser



afectado por otras circunstancias que perturban seriamente la causalidad, ejemplo el hecho de que una persona lesiona a otra y esta es llevada al hospital y allí por no ser atendido fallece de neumonía. Entonces para resolver estos problemas muchos autores han creado diversas teorías:

b.1 Teoría de la equivalencia.

b.2 Teoría de la causación adecuada.

b.3 Teoría de la causa jurídicamente relevante.

En la primera reúne todas las condiciones y consecuencias de la acción, para provocar ese resultado.

En la segunda, denominada teoría de la adecuación, por el contrario, no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino solo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado. Una acción será adecuada para producir un resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiere podido prever que en circunstancias corrientes, tal resultado de producirla probablemente.

En la tercera, desde el punto de vista jurídico, esta causalidad natural debe ser limitada con ayuda de criterios jurídicos, de tal forma que el problema causal se convierte en un problema jurídico a incluir dentro de la categoría de tipicidad.

c) Teoría de la imputación objetiva.

En esta teoría se menciona que la dogmática jurídico penal, al realizar la verificación del nexo causal entre la acción y resultado, no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción. Se impone la utilización de criterios de carácter normativo extraídos de la propia naturaleza del derecho penal, que permitan delimitar la parte de la causalidad jurídicamente relevante.³¹

d) La omisión y su clase penalmente relevante, propia e impropia.

El comportamiento humano no se agota con el ejercicio activo de la finalidad, sino que tiene también un aspecto pasivo, constituido por la omisión.

³¹ Ob. Cit. Francisco Muñoz Conde. Págs. 225, 235



Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante. conducta que sirve de base a la norma penal y que esta regula puede consistir, pues tanto en un hacer como en un no hacer. El derecho penal no solo contiene normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones cuya omisión puede producir efectos socialmente nocivos. La infracción de estas normas imperativas es lo que constituye la esencia de los delitos de omisión, que en el derecho penal, el delito aparece en dos principales grupos de delitos omisivos.

d.1 Omisión propia. Esta forma de omisión consiste simplemente en la infracción de un deber de actuar. El autor ejemplifica el delito de omisión de auxilio, porque surge de la presencia de una situación típica, de una persona que esta desamparada y en peligro. La no prestación de esa intervención, de no socorrer, posible y esperada, constituye la omisión penalmente relevante, que posteriormente se pueden agregar otras circunstancias, como por ejemplo de riesgo.

d.2 La omisión impropia o llamada también comisión por omisión.

Se trata que el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo que solo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y a incluir, por ejemplo, la madre que no da alimentos a su recién nacido por ello fallece, la enfermera que no pone el suero al paciente y por ello muere, o el secuestrador que no da alimentos a la víctima.³²

³² *Ídem*. Págs. 236, 241, 242, 243.



CAPÍTULO III

REGULACIÓN LEGAL DE LA ACCIÓN Y LA POLÉMICA SOBRE SU CONCEPTO

3.1 ACCIÓN DELICTIVA, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley.

Esta formulación tan amplia se concreta en el contenido esencial del principio y en diferentes derivaciones del mismo que conforman las distintas garantías individuales. De esta forma, el contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado principio DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y LAS PENAS, frecuentemente expresado mediante el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

Se trata de un principio cuya plena consolidación pertenece al nacimiento del derecho penal moderno, si por tal entendemos el propio Estado liberal.³³ Y, asimismo, nos encontramos ante un principio plenamente asumido por el Estado de Guatemala, que ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta, los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad.

³³ Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.



Pero este principio de legalidad que fortalece el Estado de derecho, también guarda pertinencia en las leyes procesales, al regularlo como los dos artículos principales del regularlo en el artículo 1. No hay Pena sin Ley, (*Nullum poena sine lege*). “No se impondrá pena alguna si la ley no la hubiere fijado con anterioridad y en el artículo.” “2. No hay proceso sin ley, (*Nullum proceso sine lege*) no podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior, sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad al Tribunal”. El artículo 6 de la ley procesal guatemalteca, dice que solo después de cometido un hecho punible se iniciará proceso por el mismo. Esto quiere decir que aquellos acontecimientos que marcan la acción como expresión de su personalidad, no son punibles los pensamientos, si no se consuma esa acción. Existe además lo que se denomina como “medidas de seguridad” de conformidad con el artículo 84 del Código Penal guatemalteco, que también como parte del principio de legalidad, solo las medidas de seguridad que regule el legislador son las que pueden aplicarse, es decir, también se basan en legalidad.

Asimismo, en el derecho material guatemalteco, la relación de causalidad, prevé que los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta. Entonces acá se pone de manifiesto que nace un hecho porque hubo una acción u omisión.³⁴

3.2. LA ACCIÓN COMO INFLUENCIA DE TRATADOS INTERNACIONALES.

El principio de legalidad se trata de un principio cuya plena consolidación pertenece al nacimiento del derecho penal moderno, si por tal entendemos el propio del Estado liberal. Y asimismo, nos encontramos ante un principio plenamente asumido por la comunidad internacional, como demuestra su acogimiento en los acuerdos supranacionales más importantes de nuestro

³⁴ Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.



tiempo, así el principio de legalidad y sometimiento al imperio de la ley encuentra proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en el convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York del 19 de diciembre de 1966,³⁵ pero muchos juristas expresan que aunque exista una infinidad de leyes, tratados y convenios entre Estados, eso no garantiza el cumplimiento del principio de legalidad en la aplicación de las penas, como demuestra el hecho de que la existencia de leyes e incluso la proclamación formal del principio de legalidad hayan convivido en regímenes autoritarios junto a la constante violación de los derechos individuales.

Y también se pregunta: ¿Será que todos los comportamientos ilegales, cuya finalidad se discute, fueron perseguidos y castigados?

Precisamente, para evitar que el principio de legalidad sea una proclamación vacía del contenido, la ley debe reunir una serie de requisitos que generalmente se resumen en la necesidad de que sea escrita, previa a la realización de los hechos que se pretende sancionar y estricta, esto es, que establezca claramente las características del hecho punible. Guatemala, ha ratificado una cantidad considerable de tratados y convenios con relación a la creación de delitos de distintas índoles, en materia de narcotráfico, armas de fuego, trata de personas, corrupción, crimen organizado, vehículos etcétera, pero se basan exclusivamente como finalidad, en el compromiso de los Estados de coadyuvar en contrarrestar esa clase de delitos, porque han considerado que se ha elevado el índice de criminalidad relacionados a esos tipos penales.

LA POLÉMICA SOBRE EL CONCEPTO DE ACCIÓN.

3.3 EL FINALISMO.

FINALISMO. Hans Welzel. Ontológico. La acción es considerada siempre con una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado

³⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos de Nueva York.



propuesto voluntariamente. La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo penal, pues al ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto). Distingue entre error del tipo (excluye al dolo y a la punibilidad) y el error de prohibición (elimina la conciencia de antijuridicidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste en distinto grado). En la antijuridicidad distingue el aspecto formal (lo contrario a la norma) y el material (lesión o puesta en peligro del bien jurídico). Desaparece el concepto de imputabilidad que es absorbido por la culpabilidad, la cual consiste en un juicio de reproche.

MODELO LÓGICO MATEMÁTICO. Elpidio Ramírez, Olga Islas. Lógico analítico. Desarrolla una teoría general del tipo penal a partir de los postulados del finalismo, proponiendo una redimensionalización de sus elementos fundamentales, reduciendo, por medio del análisis, a la figura elaborada por el legislador para la defensa de los bienes jurídicos en unidades lógico jurídicas, que pueden agruparse en subconjuntos ordenados y que se pueden clasificar en descriptivos objetivos (bien jurídico, sujeto activo, su calidad de garante, su calidad específica, pluralidad específica, sujeto pasivo, su calidad específica, su pluralidad específica, objeto material, actividad, inactividad, resultado material, medios, referencias temporales, referencias espaciales, referencias de ocasión lesión del bien jurídico y puesta en peligro del bien jurídico); descriptivos subjetivos (voluntabilidad, imputabilidad, voluntad dolosa y voluntad culposa), y descriptivo valorativos (deber jurídico penal y violación del deber jurídico penal).

FUNCIONALISMO. Claus Roxin (funcionalismo moderado), Günter Jakobs (funcionalismo sociológico). Síntesis de los anteriores (funcionalismo moderado); social sistemático (funcionalismo sociológico). El funcionalismo moderado reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pero con una orientación político criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del derecho penal, por lo que estas categorías jurídicas no son sino instrumentos de



una valoración político criminal. Sustituye la categoría lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas; pues la imputación de un resultado depende de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma. La culpabilidad se limita con la necesidad de prevención y juntas originan el nuevo concepto de responsabilidad, que es la base de la imposición de la pena.

Por otro lado, el funcionalismo sociológico considera al derecho como garante de la identidad normativa, la constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social. Al igual que el funcionalismo moderado reconoce como punto de partida al finalismo, sin embargo en este ya no están presentes las tendencias de política criminal, pues las categorías que integran al delito tienen como fin solo estabilizar al sistema.³⁶

3.4 EL CAUSALISMO. CAUSALISMO NATURALISTA

Franz von Liszt, Ernest von Beling. Positivismo, jurídico o formalista. Concibe a la acción en términos físicos o naturalísticos, integrada por un movimiento corporal y el resultado de modificación en el mundo exterior, unidos por un nexo causal. Distingue las fases interna (ideación, deliberación, resolución) y externa (exteriorización, preparación, ejecución) del delito. Distingue entre elementos objetivos (tipicidad y antijuridicidad) y subjetivos (culpabilidad) del delito. El tipo se limita a elementos de carácter externo, negando la posibilidad de justificar alguna acción, cuya valoración jurídica solo puede tener cabida dentro del análisis de la antijuridicidad, y siempre desde un punto de vista objetivo. En la culpabilidad se analizan elementos subjetivos y psíquicos del agente, siendo la imputabilidad el presupuesto de esta el acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena (Liszt).

Acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no está cubierta con una causa objetiva de exclusión penal (Beling).

³⁶ *Ob. Cit.* Hans Welzel Págs. 39 y 40



CAUSALISMO VALORATIVO. Edmund Mezger. Axiológico. Se aparta del formalismo del causalismo clásico tomando como base una perspectiva axiológica. Al concepto naturalístico de la acción introduce el elemento humano de la voluntad. Postula la existencia de los elementos normativos y subjetivos del tipo, con lo que se separa de la concepción netamente objetiva estableciendo la necesidad de analizar en el tipo un contenido de valor o de intencionalidad. Se concibe a la antijuridicidad ya no solo como una oposición formal a la norma jurídica, sino además de forma material según el daño que causara a la sociedad, de donde se abre la posibilidad de graduar el injusto de acuerdo con la gravedad del daño causado y de establecer nuevas causas de justificación. Por lo que respecta a la culpabilidad, se considera como un juicio de reproche al autor del delito y no solamente desde el punto de vista psicológico. Acción típicamente antijurídica y culpable (Mezger). Acontecimiento típico, antijurídico e imputable (Mayer).

IRRACIONALISMO. Georg Dahm, Friederich Schaffstein. Intuitivo de naturaleza más política que jurídica, este sistema aprovecha el resquebrajamiento del sistema clásico para sustentar una serie de razonamientos en que lo más relevante es el valor del Estado. Se concibe el “derecho penal de autor” que sanciona el acto como externación de la forma de ser del autor y no al acto en sí, con lo que no se limita la función punitiva del Estado, sino se propende a una ideología totalitaria. El bien jurídico carece de la relevancia que adquirió en los sistemas anteriores, siendo lo único relevante son los sentimientos del pueblo y la raza; por lo que la pena no tiene más finalidad que la de eliminar a los elementos de la población perjudiciales para estos. Lesión al deber del individuo con el Estado (Schaffstein).

Afectación al deber de fidelidad. Traición del individuo con respecto de su pueblo y de su Estado (Dahm).³⁷

³⁷ Ob. Cit. Muñoz Conde. Págs 214, 215, 225, 226



3.5 CONCEPTO SOCIAL DE LA ACCIÓN

El concepto social de acción se remonta en sus comienzos a la época anterior a la teoría final de la acción, pero solo en los últimos 20 años ha adquirido su actual significación, de tal modo que históricamente en cuanto a sus efectos debe ordenarse tras el finalismo. Ya Eb Schmidt, en su reelaboración del tratado de Liszt había definido la acción como conducta voluntaria hacia el mundo externo social y diferenciándolo claramente de Liszt, había escrito. “La acción no nos interesa como fenómeno fisiológico desde puntos de vista de las ciencias naturales, sino como fenómeno social en la dirección de sus efectos hacia la realidad social”. De modo totalmente similar Engisch define el actuar como “La producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes” en cuya definición dicho concepto debía abarcar junto con las acciones dolosas finales, precisamente también las acciones imprudentes. Por su parte Mihofer, dice, acción es una conducta dirigida a la lesión de sus bienes sociales y posteriormente sigue desarrollando esa caracterización hasta formularla en el sentido de que acción es toda conducta objetivamente dominante en dirección a un resultado social objetivamente previsible y la versión más sencilla se encuentra en Jescheck, para el que acción es toda conducta socialmente relevante.³⁸

Como se ve, las plasmaciones concretas del concepto social de acción son muy distintas, pero se parecen en que todas ven en el concepto de lo social un elemento esencial para la acción. Las ventajas de un concepto así saltan a la vista, se nos ofrece como elemento base, ya que todas las manifestaciones de conducta delictiva se pueden caracterizar sin violencia alguna como fenómeno social, y en cuanto elemento de enlace o unión, también parece mucho más adecuado que el concepto natural que el final de acción, ya que las valoraciones jurídico penales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente en cada caso que a los movimientos musculares o a la finalidad, inexistente en las omisiones e irrelevante en los hechos imprudentes.

Pero el concepto social de acción tiene sus puntos débiles. Así en primer lugar no puede cumplir la función delimitadora, importante a efectos prácticos, pues

³⁸ Ob. Cit. Claus Roxin. Pág. 244



ciertamente los meros pensamientos no son socialmente relevantes, pero todo lo demás que se quiere excluir por medio del concepto de acción: actos de personas jurídicas, efectos de la *bis* absoluta, movimientos puramente reflejos u otros no controlables, sí que es socialmente relevante.

Y en efecto, los defensores del concepto social de acción se ven forzados o a tomar prestadas características del concepto natural de acción, recurriendo a los criterios de la voluntariedad, dominabilidad o semejantes y a exponerse así a las objeciones formulables contra dicho concepto, o bien a desplazar la función delimitadora a un elemento situado al margen de lo social.

Así Jeschek concede un significado autónomo dentro de su definición al concepto de conducta (o comportamiento), que define como respuesta a posibilidades de acción. Este es un punto de partida digno de tenerse en cuenta pero no tiene nada que ver con el criterio de lo socialmente notable, e incluso hay que preguntarse hasta qué punto sigue siendo apreciable, si es que lo es, la relevancia social, es decir, que respuesta a una exigencia situacional realizando una posibilidad de reacción se va a excluir del concepto de acción por falta de relevancia social.

Además, el concepto social de acción presenta una dificultad como elemento de enlace, consistente en que apenas se lo puede delimitar del elemento valorativo del tipo, ya que la valoración social y la jurídica están en relación de tal dependencia recíproca que apenas son separables. Es cierto que el Derecho regula frecuentemente hechos sometidos a una valoración social previa, pero también es frecuente que, a la inversa, sea la valoración jurídica la que determine la valoración social.

Así la cuestión de si una mujer que en cierto modo opera su cuerpo realiza al hacerlo algo sumamente privado y sin relevancia social, o si de ese modo practica una acción abortiva socialmente relevante, depende totalmente del estadio a partir del cual el legislador define como interrupción del embarazo, una conducta que hasta ese momento pasa inadvertida en el ámbito social, aquí la valoración social sigue a la jurídica. O si un automovilista conduce por la vía pública a una velocidad de 60 kilómetros por hora, puede que ello también sea socialmente relevante conforme a un vago uso del lenguaje, pero en todo caso



lo decisivo para su sentido social es la circunstancia de si en tal caso rebasa o no un límite de velocidad garantizando con una sanción. Por tanto, se puede afirmar que a veces es la tipicidad lo único que fundamenta la relevancia social de una conducta y que en otros casos influye decisivamente en la misma.

Debido a esa interdependencia entre valoración jurídica y social, la categoría de lo social es menos previa al tipo que integrada en el mismo. Y coherentemente con ello, la mayor parte de los defensores de la teoría social de la acción quieren eliminar también del derecho penal los cursos causales imprevisibles (aventureros) sirviéndose de su concepto de acción. De ese modo explica Eb Schmidh que los padres del asesino son ciertamente causa de la muerte de la víctima, pero que no lo han matado. Engisch excluye de su concepto de acción las consecuencias incalculables, e igualmente Maihofer solo quiere imputar a la acción los resultados objetivamente previsibles.

Sin embargo, la cuestión del curso causal y su previsibilidad no es un problema de la acción, sino del tipo, dado que la imputación del resultado típico solo puede realizarse conforme a criterios valorativos típicos, por tanto la interpretación del sentido social se produce ya en el horizonte del tipo. Y lo mismo ocurre con otros conceptos jurídicos que remiten a la dimensión de lo social como la adecuación social, desarrollada por Welzel o los principios ordenadores sociales, destacados por si misma que solo pueden resultar fructíferos en el marco de la teoría del injusto y no en el de un concepto de acción previo a la misma. Fuera de estos casos de lo social también es un importante punto de vista interpretativo en la teoría del injusto, pero precisamente por ello no es un elemento capaz de fundamentar un concepto de acción previo al derecho penal.

De todo lo dicho, se desprende que pese a la fuerza expresiva de tal concepto la relevancia social no es adecuada como elemento sistemático de enlace o unión ya que en ella no se trata del sustantivo, al que hay que añadir los precitados valorativos jurídicos, sino que con la misma se designa ya una cualidad importante solo en la valoración del injusto. Y, asimismo, esta es la única concepción que coincide con el uso habitual del lenguaje, según el cual hay acciones socialmente relevantes, pero naturalmente que también hay socialmente irrelevantes. Así pues, la relevancia social es una cualidad que una



acción puede tener o no tener y si falta, no desaparece la acción, sino solo su importancia social.

3.6 CONCEPTO PRECLÁSICO DE LA ACCIÓN. Dentro de la evolución de la dogmática jurídico penal, se encuentra el concepto preclásico de acción. El moderno concepto de acción es el producto de una evolución paulatina en la ciencia del derecho penal del siglo XIX. (Budnoff Die Entwicklung des Strafrechtlichen. 1966, dos obras) En Feuerbach aún no era objeto de discusión independiente el concepto de acción. Como padre del concepto jurídico penal de acción se suele considerar a Hegel. El derecho de la voluntad, es reconocer en su hecho únicamente como acción suya y tener solo en la culpabilidad, aquello que sabe de sus presupuestos en su finalidad, lo que de ello había en su dolo. El hecho solo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad. En este pasaje, así pues sin distinguir aún entre las diversas categorías sistemática, se equipara la acción a la imputación del hecho completo e incluso solo se considera acción la acción dolosa.

Posteriormente, entre los discípulos penalistas de Hegel (Abegg, Kostlin, Berner, Halschener) se incluye prácticamente siempre la imprudencia en el concepto de acción, pero la separación entre acción e imputación al hecho total (o sea entre acción y acción punible) se va efectuando muy lentamente y solo en sus primeros pasos. Es célebre la afirmación de Berner dejando constancia de que hay que partir de la base de que el delito es acción. Todo lo que por lo demás se afirma del delito son solo predicados que se añaden a la osamenta que determine la estructuración de la teoría del delito. Ya con anterioridad este autor había abogado por la *diremptio*, es decir, la división del delito en acción y punibilidad. Por dichas formulaciones modernas se considera mayoritariamente a Berner como fundador de la nueva teoría de la acción, pero la verdad es que el mismo tampoco profundizó mucho más en esos apuntes iniciales.³⁹

Algo semejante sucede con el no hegeliano, Luden, en cuya obra de 1840 se puede encontrar una división del delito que se aproxima ya sorprendentemente

³⁹ *Ídem*. Pág. 235



a los proyectos sistemáticos del siglo XX, cuando distingue un fenómeno delictivo, provocado por una acción humana, la antijuridicidad de esa acción, cualidad dolosa o culposa está ya prefigurada la tripartición que caracteriza a nuestro sistema hasta hoy. Sin embargo, Luden se volvió a apartar de esa vía en sus escritos posteriores, e incluso Binding, cuya obra penetra ampliamente ya en nuestro siglo, todavía carece de significado penal autónomo el concepto de acción, bajo cuyo nombre entiende el delito como totalidad. Liszt y Beling, los fundadores del sistema clásico del delito, son también los creadores del concepto natural de la acción.

Indican que la acción es la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior, según la definen por primera vez. En ese concepto para la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto en el mismo, por mínimo que sea, con el de provocar vibraciones del AITE, en las injurias. Pero no causa nada, Liszt llegó posteriormente a formular otra descripción algo distinta: Acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior, más exactamente, modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado del mundo exterior mediante una conducta voluntaria).⁴⁰

3.7 LA ACCIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA PERSONALIDAD.

Dentro de los conceptos personales de la acción, llama la atención al autor del presente trabajo, lo que expresa el maestro Claus Roxin, al indicar la acción como manifestación de la personalidad. Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como manifestación de la personalidad: En primer lugar, es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual de acción, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal del hombre o del ámbito material, vital y animal de ser, sin estar sometidos al control del “YO”, de la misma instancia conductora anímica espiritual del ser humano.

⁴⁰ *Ídem*. Pág. 252.



Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio, o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas estas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia, y por tanto, no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímica espiritual de la persona.

Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son manifestaciones de la personalidad y por tanto no son acciones.

Por ello, es interesante descubrir el entorno de la persona, su trabajo, porqué un comerciante gana dinero fácil al vender cosas ilegales, de muy mala calidad, o que las adquirió tomándolas a sus familiares o vecinos, si alguien no le dice que eso es incorrecto, esa persona lo seguirá haciendo porque le gusta hacerlo, disfruta haciendo esas cosas, disfruta obtenerlas de esa manera y es más fácil hacer lo ilegal que lo legal.



CAPÍTULO IV

AUSENCIA Y SUJETOS DE LA ACCIÓN.

4.1 Causas de inculpabilidad en la teoría causalista y finalista

Las causas de inculpabilidad en el sistema causalista son aquellas que destruyen el dolo o la culpa, formas en que se puede manifestar la culpabilidad, presentándose de esta manera los casos de hecho invencible o insuperable, que dan lugar a los errores putativos.

Para el finalismo, las causas de inculpabilidad son aquellas que destruyen cualquiera de los elementos que integran la culpabilidad. En primer lugar aquellas causas que dan lugar a la inimputabilidad; en segundo término a los casos de error de prohibición que destruyen la conciencia de antijuridicidad; y en tercer lugar, a las causas de inexigibilidad de otra conducta.⁴¹

4.2 SUJETOS DE LA ACCIÓN.

En la teoría del derecho penal, solo la persona humana, individualmente considerada, puede ser sujeto de una acción penalmente relevante. Ni los animales ni las cosas pueden ser sujetos de acción, por más que en épocas pretéritas existieran procesos contra cosas que habían producido resultados dañosos o animales que provocaron epidemias, muerte de personas, etc.

Tradicionalmente, se considera que tampoco pueden ser sujetos de acción penalmente relevante, aunque sí puedan serlo en otras ramas de ordenamiento jurídico, las personas jurídicas. Desde el punto de vista penal, la capacidad de acción de culpabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales.

⁴¹ *Ob. Cit.* Francisco Muñoz Conde. Págs. 220, 221, 222.



Pero incluso los más recalcitrantes partidarios de esta concepción defienden la necesidad de abusos que, especialmente en el ámbito económico, se producen a través de la persona jurídica, sobre todo cuando esta adopta la forma de una sociedad mercantil, principalmente anónima o de responsabilidad limitada. Pero para evitar contradicciones con el principio de castigar a las personas físicas individuales que cometen realmente tales abusos, sin perjuicio de las medidas civiles o administrativas que proceda aplicar a la persona jurídica como tal.

En Guatemala es todavía peor, esta manera de definir la acción penalmente relevante para las personas jurídicas, porque la decisión de actuar o no hacerlo le corresponde a una mesa directiva, pero en el artículo 38 del Código Penal, establece que serán responsables de la acción, dentro de las personas jurídicas, los representantes legales, gerentes administradores, etc. Ello es todo lo contrario de lo que reza la teoría causalista y la teoría finalista, porque ponen de manifiesto que es la voluntad la que delimita el surgimiento de la acción delictual, ya sea cometiendo el ilícito o no haciendo un deber.

El fundamento de esta responsabilidad lo constituyen siempre los actos individuales realizados por las personas físicas que integran la persona jurídica, pero para prevenir estos actos procede en ocasiones, adoptar también sanciones que afecten a la persona jurídica como ente jurídico a cuyo amparo se cometen acciones delictivas. Entonces aunque la responsabilidad penal recaiga en una persona jurídica, se tiene que buscar el o los miembros que cometieron esa acción en búsqueda de la voluntariedad. En ese sentido razón tienen los creadores de la teoría finalista al indicar que es la voluntariedad la medida de la acción, porque de allí se parte la expresión de la personalidad para saber cuál era el motivo principal para cometer el delito. Un representante legal, está alejado a este pensamiento.

4.3 ACCIÓN Y RESULTADO.

La acción penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior. Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado, pero este resultado ya no es parte integrante de la acción. Existe una



tendencia doctrinal al considerar a la acción manifestada como un resultado, pero con ello se confunde la manifestación de voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa manifestación. No es lo mismo el producir que lo producido. La distinción entre acción, como simple manifestación de voluntad y resultado, como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad, tiene gran importancia para el derecho penal. Así, por ejemplo, el legislador castiga en algunos casos la simple manifestación de voluntad, como sucede en el delito de injurias, que es un delito de simple actividad, pero en otros sanciona además el resultado derivado de ella, como sucede en el homicidio que se considera un delito de resultado. En este último caso, se exige una relación de causalidad entre la acción y el resultado.

Existen, además, otras consecuencias que se derivan de la distinción entre acción y resultado. Así, por ejemplo, puede ser que el resultado no se produzca y que la acción solo sea punible a título de tentativa. En los delitos de peligro concreto, la acción peligrosa se castiga cuando se haya puesto en concreto peligro el respectivo bien jurídico. En el delito imprudente, la acción imprudente solo se castiga si produce un resultado lesivo. Para determinar la antijuricidad del hecho se distingue entre desvalor de la acción y desvalor de resultado. Igualmente en la teoría del concurso se diferencia, según el resultado haya sido producido con una o varias acciones o según una acción haya producido varios resultados. Pero la más importante consecuencia de esta distinción se da en los delitos de consecuencias dañosas, en los que resulta necesario establecer cuando el daño ha sido causado por una acción humana.⁴²

4.4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA.

En los delitos de resultado o de consecuencias dañosas, como homicidio, daños, lesiones etc., debe mediar una relación de causalidad entre la acción y el resultado, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Ello naturalmente sin perjuicio de exigir después la presencia de otros elementos

⁴² *Ídem*. Págs. 225, 226.



a efectos de deducir una responsabilidad penal. La relación de causalidad entre la acción y resultado, y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado son, por tanto, el presupuesto mínimo para exigir en los delitos de resultado una responsabilidad por el resultado producido, llamado también como principio de causalidad. En muchos casos, ni siquiera surgen dudas acerca de la causalidad entre una acción y un determinado resultado. Así, por ejemplo, A dispara tres tiros a B, quién se halla a un metro de distancia de su agresor, hiriéndole en el hígado y en la cabeza, muriendo B casi instantáneamente a consecuencia de las heridas. En este caso la inmediata sucesión temporal entre la acción y el resultado y su relación directa, no deja lugar a dudas sobre la relación causal existente entre la acción y resultado.

Sin embargo, no todas las relaciones son tan sencillas de resolver. Pensemos que en el ejemplo anterior A hiere a B y este muere en un accidente de tráfico al ser trasladado al hospital para ser atendido por una infección sobrevenida a consecuencia de la herida o por un mal tratamiento médico.

Para resolver casos tan complicados se han elaborado diversas teorías. Entre las muchas existentes solo citó las tres más importantes: A) La teoría de la equivalencia de las condiciones; B) Teoría de la adecuación y la C) Teoría de la causa jurídicamente relevante.

Para la teoría de la equivalencia, es causa toda condición de un resultado concreto que, suprimida mentalmente, daría lugar a que ese resultado no se produjese. Para esta teoría todas las condiciones del resultado son equivalentes, de tal forma que en los ejemplos anteriores, en cualquiera de sus variantes, accidente de tráfico, infección sobrevenida o mal tratamiento médico, la acción de A es causa de la muerte de B.

Para la teoría de la adecuación, por el contrario, no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino solo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado. Una acción será adecuada para producir un resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiere podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se producirá probablemente. Pero previsible objetivamente lo es casi todo. Por eso la teoría de la adecuación recurre a otro criterio limitador de la causalidad, el de



la diligencia debida, ya que si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno. Previsibilidad objetiva y diligencia debida son, por consiguiente, los dos criterios selectivos que sirven para precisar cuándo una acción es adecuada para producir un resultado y por tanto es causa del mismo. Pero la teoría de la adecuación tiene el inconveniente de confundir el plano ontológico, qué acción es causa de un resultado y el normativo que causas deben tener relevancia penal. En efecto, el que una causa no sea adecuada para producir un resultado, porque por ejemplo no fuera previsible que se fuera a producir, no puede eliminar su naturaleza de causa.

Es en la teoría de la causa jurídicamente relevante, que diferencia entre la determinación de la causalidad, para el que utiliza la teoría de la equivalencia y la cuestión de si una causa es o no relevante para el Derecho Penal. Ciertamente desde el punto de vista causal antológico o naturalista, toda condición es causa de un resultado en sentido natural o lógico, pero desde el punto de vista jurídico esta causalidad natural debe ser limitada con ayuda de criterios jurídicos de tal forma que el problema causal se convierte en un problema jurídico al incluir dentro de la categoría de la tipicidad. Desde este punto de vista, matar no sería ya el simple causar la muerte, sino causarla con una acción que pueda ser considerada relevante jurídicamente y por lo tanto ser subsumida en un delito de homicidio.

El problema causal en derecho penal consiste, pues, en establecer en los casos más complicados, los criterios que deben utilizarse para determinar, entre todos los factores que han causado un resultado, aquellos que pueden ser considerados relevantes desde el punto de vista jurídico y por tanto desde este punto de vista adecuados para imputar ya en el plano objetivo ese resultado a una persona. En ese sentido, aunque se puedan admitir como punto de partida, los criterios de previsibilidad objetiva y diligencia debida son demasiado vagos e imprecisos en orden a delimitar los procesos causales jurídicamente relevantes. Por eso las teorías de la causalidad en sus distintas vertientes, se han venido completando en los últimos años con criterios normativos, coincidentes en su mayor parte con los de la teoría de la imputación objetiva, elaborada en



Alemania por Claus Roxin, que cada vez cuenta con más partidarios e doctrina y que está siendo también acogida por la jurisprudencia más reciente

4.5 TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO.

De esas piezas anteriormente indicadas está la teoría de la imputación al tipo objetivo. Mientras que el tipo objetivo, que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo y al que los proyectos neoclásicos le añadieron solo los elementos subjetivo del tipo y el finalismo le añadió el dolo, para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado como quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio el punto de partida teleológico ha hecho depender de la imputación de un resultado al tipo objetivo de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas. Las bases teóricas para ello fueron sentadas ya hacia 1930 por el neokantismo y neohegelianismo, pero el desarrollo dogmático de esas ideas se quedó entonces en un estado rudimentario y volvió a caer pronto en el olvido.

Hoy en día, existe unanimidad en la dogmática jurídico penal en que la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción. En el proceso de depuración y selección de los factores causales jurídicamente relevantes, se impone la utilización de criterios de carácter normativo en el plano objetivo, delimitar la parte de la causalidad jurídicamente relevante, la previsibilidad objetiva, la evitabilidad del resultado, la relevancia jurídica, etc., no son más que formulas abstractas que poco sirven para resolver los casos más conflictivos. Previsible y evitable jurídico penal, solo puede comenzar allí donde se constate la realización de una acción que exceda de lo jurídicamente permitido, de un modo general se puede decir que toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo ya existente más allá de los límites de lo

⁴³ *Ídem*. Pág. 226, 227, 228.



permitido, es ya suficiente para imputarle el resultado que suponga realización de ese riesgo, no permitido.⁴⁴

4.6 EL PROBLEMA CAUSAL DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

El Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, cuya vigencia data de más de 40 años, es fuertemente criticado porque ya no es operante a los comportamientos que han surgido recientemente en Guatemala con características criminales, existe un desfase en la tipología conceptual, debido a que el legislador no se ha preocupado por crear un solo instrumento sustantivo con explicaciones generales, qué clase de sistema podría ubicar el nuestro, si fuera un sistema de índole acusatorio, inquisitivo o mixto, pero si en la solución de problemas delictuales, el delito tendría una tendencia de resocializador o también para determinar la forma como los guatemaltecos honrados y honestos no se involucren en la criminalidad dentro del marco de un derecho penal preventivo, pero nuestro Código Penal en el Título II que habla del delito, menciona una relación de causalidad, definiéndolo que los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta.

Nótese que acá lo que interesa es que los hechos y delitos son atribuidos al imputado de una acción u omisión; entonces en un delito de un vehículo, la persona es responsable del robo porque maneja un vehículo que fue robado días antes en forma violenta; entonces la policía lo detiene porque el conduce un vehículo robado, ese sería el hecho y la acción es conducirlo, lo tenía en su poder, en su posesión, pero esta acción es tajante y no describe ninguna salvedad, pero ¿SERÁ QUE ÉL TENÍA LA INTENCIONALIDAD DE LA ACCIÓN CRIMINAL, como podría ser en una acción finalista que sí estima que la salvedad podría ser que esta persona tuviera la acreditación que compró ese vehículo de buena fe y que él fue engañado.

⁴⁴ *Ídem*. Págs. 229, 230



También, a consecuencia de la creación de leyes sustantivas dispersas en Guatemala, existe el problema de que haya muchos delitos con la misma definición, por ejemplo, el delito de asociación ilícita, porque existe en varias leyes, pero el problema que existe en estas leyes dispersas es que no dice qué clase de relación de causalidad tienen estas citadas leyes y, por ejemplo, un taxista que es contratado verbalmente para trasladar a tres personas a otro punto de la ciudad y estas son detenidas por la Policía Nacional en un retén, y al revisarles el equipaje llevan droga, tan vulnerable es nuestro sistema, que al taxista se le vincula como autor mediato de la acción de los pasajeros y también se le vincula por una asociación ilícita porque se cree que forma parte de una estructura criminal, pero ¿SERÁ QUE TENIA LA INTENCIONALIDAD DE LA ACCIÓN? Entonces existe un problema serio de relación causal en la normativa sustantiva.

Con esa introducción, el Decreto 51-92 del Congreso de la República que contiene el Código Procesal Penal, cuya vigencia del 1 de julio de 1994, que data desde hace más de 20 años, no guarda ni relación con los principios de su creación con la ley sustantiva, que data desde hace más de 40 años, en la ley adjetiva, tiene principios e instituciones que tratan de enfocarse en un sistema de enjuiciamiento acusatorio, sin embargo, en este sistema se robustece y se reviste de garantías constitucionales para no afectar a un debido proceso, que la solución sea la justa en búsqueda a lograr a saber la verdad, cuenta con instituciones jurídicas modernas al sistema acusatorio, pero no se puede tomar de ejemplo para solucionar ni prevenir porque se materializa en una relación causal que está inmersa en el Código Penal que ya no es aplicable y no soluciona ni previene a futuro, para mejorar que la criminalidad se reduzca en Guatemala.

4.7 VALORACIÓN CRÍTICA.

En realidad, el problema causal se ha exagerado tanto cuantitativa como cualitativamente. Desde el punto de vista cuantitativo, porque aunque se estudie en la Parte General, prácticamente solo afecta a los delitos de resultado o de



consecuencias dañosas, como los casos de daños, que en Guatemala convirtieron de acción privada, incluyendo aquí también los atentados al medio ambiente, los estragos, etc. El homicidio y las lesiones o aquellos en los que estos resultados aparecen como cualificaciones de un delito, como en el delito de terrorismo, lo que a veces plantea como graves problemas causales difíciles de resolver apriorísticamente.

Y desde el punto de vista cualitativo, porque independientemente de la teoría causal que se siga la afirmación de una relación de causalidad, no es todavía suficiente para imputar objetivamente un resultado al que lo ha causado.

El problema causal fue importante en otras épocas porque por imperativo del *versari in re illicita* y de la responsabilidad por el resultado, bastaba la causación de un resultado para que sobre todo este si se derivaba de la comisión de un hecho ilícito, se le imputara al causante sin más exigencias ulteriores. Actualmente el problema se resuelve limitando la responsabilidad ya en el plano objetivo con criterios normativos extraídos de la propia naturaleza del derecho penal y trasladándolo al tipo de injusto del hecho imprudente, pues ya en el ámbito de la tipicidad, por imperativo de lo que establece la culpabilidad y sus principios.

En Guatemala, hasta que se lleva a juicio una persona puede saber si la prueba demostrará si su comportamiento fue intencional, pero la vulnerabilidad del sistema puede que se adecue su causalidad en otra figura delictiva, que no fue precisamente la que inició el andamiaje del proceso en su contra, ni de acuerdo a su imputación fue la figura propuesta, entonces esta circunstancia valorativa podría caer en una ilegalidad.

Por ejemplo, el artículo 123 del Código Penal, dice quién diere muerte a una persona. La definición es clara, precisa, pero no marca el grado de intencionalidad en la acción. Pero al establecer en un juicio esa responsabilidad con base en la prueba, se determina que esa persona no tenía intenciones de matarlo y por imprudencia actuó sin querer hacerlo, porque al llevar cargada una arma de fuego, pero al tropezar y pegarle a un árbol esta dispara e impacta en su amigo, pero esta persona inmediatamente quiere salvarlo, le proporciona primeros auxilios, lo lleva al hospital, está afligido y cuando sabe que murió, se

echa la culpa. Todas estas son circunstancias que rodean la acción, precisamente la teoría finalista toma como relevantes en el momento de la valoración, para aplicar la consecuencia jurídica del tipo.⁴⁵



⁴⁵ *Ídem*. Pág. 231



CAPÍTULO V

LA OMISIÓN.

5.1 LA OMISIÓN PUNIBLE.

El poder de la voluntad humana no se agota en el ejercicio de la actividad final, sino que comprende también la omisión de ella. Junto a la acción aparece la omisión como una segunda forma independiente dentro de la conducta humana, susceptible de ser regida por la voluntad dirigida por el fin. El derecho penal se ocupa también en determinada medida, de la omisión de acciones. Pues, como lo hemos visto anteriormente, existen normas jurídicas que ordenan efectuar acciones para la producción de resultados socialmente deseados o para evitar aquellos socialmente indeseados. Estas normas se lesionan mediante la omisión de la conducta mandada. La lesión de estas normas de mandato, que se produce por la omisión de la acción mandada, está en cierta medida sujeta a pena: en los llamados delitos de omisión.⁴⁶

5.2 ESTRUCTURA ONTOLÓGICA DE LA OMISIÓN

Desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Acción y omisión se comportan en tal sentido como A y no A. El lenguaje común que incluye la omisión en el concepto de acción emplea por ello este concepto en un doble sentido y lleva por esta razón a una falta de claridad sustancial, al transferir a la omisión, sin notarlo, características que solo corresponden a la acción en su verdadero sentido (por ejemplo, el problema de la "causalidad de la omisión"). En realidad, acción y omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la conducta susceptible de ser regida por la voluntad final.

La omisión, eso sí, está referida necesariamente a una acción: no existe una omisión en sí, sino solo la omisión de una acción determinada. Por lo tanto, la

⁴⁶ *Ob. Cit.* Hans Welzel. Pág. 237



omisión no es un mero concepto negativo, sino uno limitativo, es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho o sea a la finalidad potencial de la persona. Omisión es la no producción de la finalidad potencial de un hombre en relación a una determinada acción. Solo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho, dominio del hecho, de una persona, puede ser omitida. Los habitantes de Guatemala no pueden omitir la salvación de una persona que se ahoga en el Río Los Esclavos. Omisión no significa un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta.

Los requisitos que deben exigirse al poder final del hecho, por ejemplo capacidad de acción, se desprenden de la estructura de la dirección final de la acción.⁴⁷

5.3 LA OMISIÓN COMO UNA ACCIÓN ESPERADA.

Para alcanzar el fin de la acción, el sujeto tiene que conocer la situación en la que ella debe producir sus efectos, además, tiene que estar en condición de reconocer y de poder seleccionar los medios aptos para llevar a efecto el objetivo o sea capacidad de planeamiento, por último, tiene que tener la posibilidad real física de emplear los medios elegidos y de ejecutar el acto planeado.

Solo el dominio del hecho posible concretamente o final potencial de una persona convierte un no hacer en omisión. Para la omisión no es necesario un acto de voluntad actual, sino que es suficiente uno que sea posible para la persona, ya que el elemento constitutivo de la omisión es el dominio final potencial del hecho, quien olvida ejecutar una acción que podría haber recordado con una mayor concentración, la omite.

A la omisión no le es propia ni la causalidad ni la finalidad actual. Por ello, falta una voluntad de realización orientada a un omitir y con esto falta también un dolo de hecho en el sentido de los delitos de comisión. Lo que nosotros acostumbramos a denominar omisión querida, es en realidad un omitir consciente, es decir una omisión en la conciencia de poder actuar, el omitente

⁴⁷ *Ídem*, pág. 238



sabe que puede salvar al que se está ahogando pero no lo hace. Con toda omisión inconsciente, es decir la omisión con conocimiento del objetivo de la acción posible, pero sin conocimiento del propio poder de hecho, cumple igualmente con el concepto de omisión; el que no actúa ve a la persona ahogándose, pero no toma conciencia de que puede salvarla.⁴⁸

La comprobación de que alguien no ha ejecutado o sea ha omitido una acción dependiente de su poder de hecho, es un mero juicio objetivo, es decir, no depende de si alguien al momento de la no ejecución de la acción, ha esperado su ejecución. La aseveración contraria, de que solo se puede omitir una acción esperada se apoya en un equívoco. Las acciones posibles, que están subordinadas al poder del hecho de una persona en un instante determinado y que no son ejecutadas por ella, son de acuerdo a su naturaleza y cantidad por principio indeterminadas.

Por eso, la pregunta de si una persona, dé la cantidad indeterminada, presupone de parte del que pregunta un interés (y en este sentido uno espera) con respecto a dicha acción. Solo en relación a estas acciones en cuya ejecución o no ejecución está de algún modo interesado el que plantea la interrogante, se pregunta si el autor dotado de poder del hecho la ha omitido. Por el contrario, la contestación a este problema es un mero juicio objetivo referente a que la acción respectiva dependía del poder del hecho del autor y que no fue ejecutada por este. Este juicio es absolutamente independiente de si, al momento de la no ejecución de la acción, cualquier persona haya esperado o no la ejecución de ella.

El concepto de omisión depende mucho menos todavía de si la acción omitida le estaba mandada al autor. El ministerio fiscal ciertamente solo tendrá, respecto a aquellas acciones que están mandadas jurídicamente, un motivo concreto para plantear el problema de si han sido omitidas, es decir de si dependían del poder del hecho del autor y no fueron ejecutadas por él. Pero también se omiten y precisadas, el derecho establece precisamente sus prohibiciones con el fin de

⁴⁸ *Ob. Cit.* Francisco Muñoz Conde. Pág. 238.



inducir a los ciudadanos a omitir las acciones respectivas. Lo bueno y esto no refuta, es siempre lo malo, que no se ejecuta.

5.4 CLASES DE OMISIÓN.

DELITOS DE OMISIÓN PROPIOS E IMPROPIOS

1. Delitos de omisión propios e impropios.

El derecho penal se ocupa de la omisión de diversas formas:

a) Un grupo de disposiciones impone pena simplemente a la infracción de un deber de actuar, por ejemplo, el omitir la denuncia oportuna de planes delictivos, la prestación de socorro en caso de accidentes, las seguridades contra incendio en chimeneas y en el hogar el cuidado de los árboles, entre otros más. Este grupo comprende los casos principales de los llamados delitos de omisión propios.

b) En algunos casos se pena en una misma disposición legal tanto una acción que produce un resultado como también la omisión de evitar este resultado. En estos casos se reúnen en una misma disposición un delito de comisión y un delito de omisión propio un tipo de prohibición y un tipo de mandato.

c) Junto a estos dos mandatos de acción establecidos por la ley, existe además un vasto grupo de mandatos que obligan a evitar la inminente lesión de bienes jurídicos, sin estar sancionados expresamente por la ley. Su trasgresión se castiga, generalmente, de acuerdo al marco penal de aquellos delitos de comisión que se refieren a la realización de la misma lesión del bien jurídico. Así, a la madre que deja morir de inanición a su hijo se le pena en conformidad a las disposiciones penales que castigan los delitos que atentan contra la vida e integridad de las personas, sin embargo, para Guatemala, este ejemplo tal vez habría que adecuarlo en abandono de niños y personas desvalidas, en otras legislaciones como la de Alemania como homicidio.

Este amplio grupo de delitos de omisión que no están colocados expresamente bajo sanción por la ley penal, es denominado delitos de comisión por omisión o



delitos de omisión impropios. Los delitos de omisión impropios se diferencian de los otros dos grupos de delitos de omisión solamente en que no están tipificados por la ley misma. Por consiguiente, la diferencia no es de carácter material, sino meramente de derecho positivo. Sobre todo, la diferencia no consiste en que en los delitos de omisión propios se requiera únicamente una simple actividad, en cambio en los delitos de omisión impropios se exija el evitar un resultado.

También el deber de auxilio contenido como un delito de omisión propio se dirige a evitar el resultado dañoso que amenaza. Además en todos los mandatos de denuncia, o de dar aviso, el conocimiento por parte de las autoridades pretendido por la ley, es el resultado que debe producir el obligado.

2. Las particularidades de la dogmática de la omisión.

No es de extrañar que los principios de la Parte General hayan sido desarrollados exclusivamente alrededor del delito de comisión ya que el delito de omisión propio solo ha alcanzado recientemente una mayor importancia práctica y el delito de omisión impropio era considerado como un caso especial del delito de comisión. Sin embargo, ellos no pueden ser transferidos sin reparos al delito de omisión pues la omisión precisamente no es una acción. Bajo el elemento común a ambos conceptos del poder final del hecho, acción y omisión se comportan como A y no A. En este caso, a la omisión le falta la realización de la acción. Por ello, al aplicar al delito de omisión las reglas desarrolladas con relación al delito de comisión, tienen que invertirse.

3. La diferenciación entre delito de comisión y de omisión se orienta de acuerdo a la causalidad o no causalidad de la conducta: Si el autor ha causado dolosa o culposamente el resultado típico, se ha realizado un delito de comisión. Si falta en cambio a la conducta delictiva la causalidad para el resultado, solo cabe en consideración un delito de omisión.

Por el contrario, no se trata en razón de que la gravitación recaiga en la mayoría de los casos en la acción de que en la duda haya de considerarse hacer positivo o que la decisión deba tomarse de acuerdo a valoraciones. En todo caso, junto al delito de comisión un omitir de la posible evitación del resultado causado, temporalmente anterior o posterior a aquel puede realizar el tipo de un delito de



omisión. Este problema no se refiere por cierto a la diferenciación entre actuar y omitir, SINO que solo plantea los interrogantes de la posición de garantes y del concurso de delitos de comisión y de omisión. Si el autor suprime posteriormente una medida de salvación puesta en obra por él para la realización del mandato, la cual produce su efecto independientemente, no estamos frente a un delito de comisión según la teoría imperante, sino que vuelve a regir el tipo de mandato.

Por otra parte, el tercero que elimina la medida de salvación es punible por un delito de comisión.

LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIOS.

A. El llamado delito de OMISIÓN PROPIO DOLOSO.

1. El tipo, la situación típica. Comprende aquellos presupuestos circunscritos típicamente, cuya concurrencia hace que el ordenamiento jurídico exija una intervención. Señala, por regla general, la meta de la acción mandada, el objeto sobre el que deba influirse, como también, dado el caso, otras circunstancias que se presuponen para la intervención. La situación típica del arrebatamiento por arma de fuego es la existencia de un plan delictivo. En el caso de un accidente de tránsito comisión, pero debe ayudar a la víctima sino omite esa responsabilidad habría omisión y la pregunta del funcionario, que por la filiación personal no dice nada sobre una ilegalidad, existiría omisión.

2. La no ejecución de una acción, que tienda a alcanzar el fin fijado por el mandato (falta de un actuar con tendencia a realizar el mandato. En el delito de omisión doloso falta la tipicidad no solo cuando el obligado a actuar cumple exitosamente denunciando oportunamente el delito, presta eficazmente la ayuda, sino que ya cuando se esfuerza en forma seria, aunque sin resultado, por alcanzar el fin fijado.

Si el obligado cree erróneamente realizar lo adecuado para cumplirlo, solo cabe en consideración la culpa. La tentativa de cumplir el mandato puede fracasar, porque el obligado emplea en forma errónea el medio adecuado, por ejemplo, lanzar muy lejos el salvavidas o porque toma el camino errado para realizarlo,



en vez de usar el teléfono del vecino, corre irreflexivamente al puesto de policía para denunciar un plan delictivo y llega muy tarde o porque a pesar de aquilatar acertadamente la situación del hecho, no encuentra la vía para intervenir a la persona, que no sabe nadar busca posibilidades para salvar a quien se ahoga y no se percata del salvavidas.

3. El poder final del hecho para el cumplimiento del mandato. El que no actúa omite la acción ordenada por el mandato solo cuando tenía el poder para la ejecución. Para ello es necesario:

a) El conocimiento de la situación típica: es suficiente el contar con su existencia, el mero tener que conocer no basta.

b) De acuerdo a la concepción tradicional, aunque raramente tratada y aún más raramente revisada, es necesario el conocimiento del omitente de su poder de hecho para la ejecución de la acción omitida, el llamado dolo de omisión en analogía al dolo de hecho.

El tratadista Grunwald cita un caso en Alemania y muestra que esta concepción a pesar de su extensión del concepto de conciencia, tiene que llegar a límites pocos convincentes que a la acusada le pasó por la mente denunciar a su marido, no es solo dudoso sino incluso muy improbable. Solo si hubiera sido este el caso habría omitido dolosamente. Por el contrario, si el robo planeado por su marido le hubiera sido totalmente indiferente o incluso muy deseado y por consiguiente, no se le hubiera pasado por la mente una denuncia, no sería punible de acuerdo y en el peor de los casos sería castigada por imprudencia grave. Por ello ha de bastar, que habiendo conocimiento de la situación de la cual se desprende el deber de actuar, al omitente le haya sido reconocible el camino para la realización de la acción mandada o sea la capacidad de planeamiento. Por Ej. Tiene que poder reconocer cómo puede efectuar una denuncia oportuna o prestar una ayuda eficaz.

c) La posibilidad real física de llevar a efecto la acción mandada. El que no ha actuado tiene que poder tomar efectivamente el camino, que le es reconocible, para alcanzar el fin fijado por el mandato; el plan de acción proyectado tiene que ser realizable. La posibilidad de realizar el mandato se da también aun cuando



el obligado no esté personalmente en la situación de llevar a efecto la tarea, pero se puede servir de un tercero obligado o no obligado, al tanto o no de la situación. En este sentido, el mandato exige también apoyar otros obligados a cumplir con su mandato, ayudarlos o ejecutar la acción en común con ellos.

ANTI JURIDICIDAD

En los delitos de omisión la tipicidad es también un indicio de la antijuridicidad. El deber de actuar no es elemento del tipo ni tampoco un elemento especial de la antijuridicidad, más bien no aparece en ningún lugar de la estructura del delito, igual como sucede con el deber de omitir en la estructura del delito de comisión. La antijuridicidad puede ser excluida por un deber opuesto de mayor o igual valor o por cualquiera otra causal de justificación.

LA CULPABILIDAD

La omisión contraria al deber es culpable, cuando el deber de actuar le era reconocible al omitente y su cumplimiento le era exigible.

1. Error de mandato existe cuando el autor, a pesar del conocimiento de la situación típica, yerra respecto del deber de actuar que de ella se desprende. Por ejemplo, de la prestación de ayuda o de la denuncia de un delito.
2. La culpabilidad queda excluida cuando no se le puede exigir al obligado el sacrificio de un interés cercano de poco valor para poder cumplir con el deber de actuar.

TENTATIVA DE OMISIÓN.

Es concebible solo como tentativa inidónea o sea la fallida, contra lo esperado de un funcionario que no actúa, otro funcionario impide la fuga del preso. En realidad se trata de omisión de la tentativa de ejecutar la acción mandada. En los delitos de omisión se pena solo raramente esta llamada tentativa. Por



ejemplo: La problemática es la misma que en el delito de omisión impropio. caso análogo a los tipos de tentativa en el campo de los tipos de comisión contiene la prestación de socorro en caso de accidentes de tránsito.

FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

1. No existe coautoría de omisión. Tampoco autoría mediata de omisión. Si A impide violentamente a B salvar a C, que se está ahogando, no es autor mediato de omisión en caso de omisión de auxilio por accidentes, sino autor inmediato de acuerdo al caso de la persona que deja morir a otro ya sea por inanición.

2. Tampoco es concebible la instigación a un delito de omisión. Lo que se designa como instigación a omitir es en realidad un disuadir del cumplimiento del mandato, es decir, el impedir que se forme o se lleve a efecto la decisión a la acción. Este retener a otro de actuar es una acción que debe ser enjuiciada de acuerdo a los tipos de los delitos de comisión; quien en un accidente induce a un obligado a prestar ayuda a desistirse de su decisión de salvamento dándole un billete de cien quetzales, no debe ser penado como instigador sino por homicidio o asesinato. En caso contrario debería quedar impune quien induce a una persona pronta a prestar auxilio sin estar obligada a ello a omitir la acción de salvamento; Sería instigación a una omisión atípica. Si el llamado instigador de un delito de omisión está él mismo obligado a realizar la acción, debe responder además por su propia omisión.

3. Igualmente es inconcebible la complicidad en un delito de omisión. La llamada complicidad síquica a la omisión es o causal para la no formación de la decisión a la acción y en este caso rige de modo correspondiente lo dicho para la llamada instigación a la omisión o no es causal para el no actuar del autor principal y en este caso el llamado cómplice ha omitido inducir al autor principal a la ejecución de la acción mandada.⁴⁹

⁴⁹ *Ídem*. Pág. 240, 241



CAPÍTULO VI

ANÁLISIS DE LA ACCIÓN FINALISTA.

6.1. CONSIDERACIONES GENERALES

La acción final, según Rafael Márquez Piñero citando a Welzel, es una estructura compleja, en la que la meta perseguida es tan solo una parte al lado de los medios puestos en práctica y de las consecuencias accesorias ligadas con ellos, siendo erróneo atenerse a una interpretación estrictamente literal y mantener que la finalidad solo puede tomar en consideración el fin; sería equivocado como si se quisiera establecer que la causalidad debe limitarse a considerar la causa y no tener en cuenta el efecto. La voluntad final de la acción es una voluntad de realización, aparece la acción como un complejo final.

Una acción final de homicidio no solo existe cuando la muerte del sujeto pasivo era la meta principal de la actividad volitiva, sino también cuando solo constituía el medio para alcanzar una meta ulterior, por ejemplo se mata para heredar a la víctima o cuando era solo la consecuencia accesorias necesaria aceptada por el autor, por ejemplo, el incendiar una casa habitada para cobrar el importe del seguro y la muerte de uno de los moradores, por ser parálítico, no puede ponerse a salvo.⁵⁰

Indica Márquez Piñero, que una acción final puede poseer varios sentidos de acción, en virtud de su referencia a los diversos resultados productor por obra de la voluntad. La acción del caso del incendio es una estafa de seguir, desde el punto de vista de la meta perseguida por su autor, un incendio desde la perspectiva del medio aplicado y un homicidio desde el ángulo de la concurrencia accesorias y Welzel, expresa que el derecho exige al que pretende participar, sin limitaciones, en la convivencia social, que al efectuar en la espera exterior una resolución de voluntad, despliegue por lo menos el mínimo de dirección finalista

⁵⁰ Márquez Piñero, Rafael. *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*. Universidad Nacional Autónoma de México. 1992. Pág. 248



adecuado a la situación concreta para evitar el deterioro o menoscabo de bienes jurídicamente tutelados.

El derecho por consiguiente, impone al sujeto en realidad una actividad, un deber objetivo en orden a una determinada prestación finalista, a saber, el deber de observar el cuidado necesario que el tráfico jurídico exige. Solamente son típicamente antijurídicas, en el sentido de los tipos delictivos culposos, las acciones que, como consecuencia de la no observancia de este deber objetivo de cuidado, son productoras de lesiones de los bienes jurídicos.⁵¹

Por otro lado, se indica por Luis Vila Lozano que la doctrina finalista y que se le atribuye a Welzel, influenciado por el idealismo hegeliano, empezando a caminar de mano de una idea de previsión voluntarista: el hombre al actuar siempre lo hace por algo. Tiene la capacidad de prever y dirigir sus actos conforme a esa previsión. El obrar humano siempre se dirige hacia una meta.⁵²

Pero debemos recordar que no todas las acciones cometidas por el ser humano son delictivas y es ahí donde surge el principio de legalidad y de reserva de ley. El de reserva de ley es el que indica que el Congreso de la República u Órgano Legislativo es el único que puede crear figuras delictivas. El principio de legalidad, para Sergio Fernando Morales Alvarado, surge como la protección de la persona frente a la arbitrariedad y el abuso de poder durante el siglo XVIII con el principio de legalidad, el cual se le ha denominado la Carta Magna del Derecho Penal, porque es la máxima garantía normativa frente al poder del Estado. Anselmo Feuerbach la inmortalizó en su famosa frase *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, lo que significa que la acción punitiva del Estado debe atenerse estrictamente a lo establecido en la ley.⁵³

El autor de este trabajo, estima importante que se conozca cómo funciona la acción finalista en otros países y se darán a conocer fragmentos de ciertos casos que causaron polémica y sensación a nivel mundial.

⁵¹ *Ídem*. Pág. 49.

⁵² Vila Lozano, Luis. *Teoría jurídica delictual y fundamento de culpabilidad del veredicto ante el Tribunal Popular Español. Escritos jurídicos homenaje a Luis Rojo Ajuria*. Universidad de Cantabria. Pág. 1247

⁵³ Morales Alvarado, Sergio Fernando. *Garantías Individuales*. Segunda Edición. Ciudad de Guatemala Arte + Arte. 2006. Pág. 35



Uno de estos casos es el protagonizado por Augusto Pinochet, cuya personalidad se analizó en Inglaterra, y se descubrió que escondía sus acciones criminales en viajes, parlamentarios, recursos jurídicos, acciones diplomáticas, aprovechando la inmunidad que tenía, llegó al extremo de sentir menosprecio a los Derechos Humanos; se descubrió una desquiciada manera de pensar en la humanidad y la manera cómo se aprovechaba de su autoridad presidencial para ordenar eliminar a quién sea, que no compartía su ideología. Desde el campo de la patología, el hombre es sujeto mortal y se reconoce así desde la niñez y su cultura, su desarrollo en qué ambiente sucedió eso, en la falta de reconocimiento que provenía de una área pluricultural dueña de enormes tradiciones a quien él dominó con una política militar de Estado que se convirtió en un gobierno autoritario, que lo llevó a cometer genocidio, y los abogados de la defensa en Londres, por sus principios éticos no negaron la autoría y responsabilidad de esta persona, porque al principio se habían responsabilizado a la Junta Militar Chilena y la Agencia Central de Inteligencia, conocida como CIA de Estados Unidos confirmó la ejecución de más de tres mil personas.

En España se entabló el caso en el año 1998. La organización denominada Amnistía Internacional, pidió en Londres, la detención de Pinochet y fue detenido por la Scotlan Yard, en una clínica de Londres cuando se hacía una intervención médica. Posteriormente, muchos países se adhirieron a esa solicitud, esto en atención al principio de “justicia universal” en el cual por ser delitos considerados de lesa humanidad, los Estados tienen facultades para juzgar a toda persona sin afectar la territorialidad ni la nacionalidad de la persona supuesta responsable. En el caso de Pinochet, se alegaba que gozaba de inmunidad diplomática y falleció antes de emitirse cualquier decisión de fondo respecto de los delitos que se le atribuían, sin establecerse las causas por las cuales se dieron u originaron esos hechos, solo se supo del resultado, pero tuvo que tenerse sin duda alguna, motivos para afectar la integridad física de varias personas, porque cada víctima es un caso en concreto para efectos de búsqueda de motivos para su afectación.

Como se puede apreciar, la relación causal si hubiere sido en Guatemala, no estaba concretizada, pero la responsabilidad se puede describir como una responsabilidad mediata, que su intervención como autoridad es vital para la consumación de acciones criminales.



También existen otros casos que resultan importantes para la acción final son aquellos que han surgido en Estados Unidos, Argentina y Chile, en donde la psicología forense, ha realizado una actividad profesional en la búsqueda y descubrimiento de elementos que sirvieron para descifrar acciones criminales en materia de seguros. Por ejemplo, se logró determinar en Estados Unidos que muchas personas actúan premeditadamente, para eliminar físicamente a hermanos, tíos, a sus padres, esposa o en algunos casos a toda la familia, con el fin de beneficiarse de un seguro, de la herencia o para quedarse con los bienes y toda esta fase interna ha sido descubierta porque ha evaluado la capacidad cognitiva del acusado y la implicación en el proceso criminal. Evalúa la presencia de problemas psicológicos deficiencias y trastornos psicopatológicos que no tienen nada que ver con la salud mental, porque al expresarse como una persona que siempre quiso ser grande, tener mucho dinero, ser importante, pero que su familia no forma parte de sus pensamientos más profundos, y que de alguna manera podrían ser el problema medular para que él o ella no realicen sus metas, podrían ser el obstáculo, y por eso se decide a accionar delictivamente, porque es más importante lo material que lo familiar.

Guatemala no está alejado como Estado de estos temas; los intereses políticos, materiales, influyen grandemente en las personas, para decidirse en accionar criminalmente en contra de otros, para quedar libres y obtener sus intereses materiales. Solo que en Guatemala según las encuestas que se van a ver más adelante, no son importantes para el que ejercita la acción penal, porque solo se dedican al descubrimiento de quién fue, pero el móvil del asunto, no se investiga. En los países que anteriormente acabo de mencionar, si es importante determinar el móvil, porque para llegar a saber el sentido de una acción criminal, es importantísimo saber esa idea que surgió en la mente de la persona.

6.2 RELACIÓN DE LA ACCIÓN DEL DELITO CON LA ACCIÓN PÚBLICA.

Como se apuntó anteriormente, lo primero que surge en el delito es la idea en la mente de la persona, luego se acciona si se trata de delitos dolosos, o también en las formas de omisión ya apuntadas, y esto se puede analizar desde el punto de vista de la teoría del delito, posteriormente, surge la acción pública,



que es una acción completamente diferente a la primera, porque es la facultad del mismo Estado de Guatemala, de perseguir o en buen sentido de la palabra investigar quién fue la persona que accionó para cometer el delito. En ese sentido el mismo Estado de Guatemala, ha delegado la función de investigar en un ente que no pertenezca a ningún poder de Estado, entiéndase Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que goce de los principios de independencia, imparcialidad, autonomía y objetividad, para cumplir el debido proceso.

Ese proceso se basa en el pensamiento legal que tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que se pudo ser cometido, que da la pauta, para que el mismo ente encargado de la averiguación penal, investigue cuál es el móvil, porque la ley sustantiva penal, si obliga a considerar en la determinación de la pena. Esto está regulado en el artículo 65 del Código Penal, pero lo que ha surgido en las consideraciones de sentencia de los juzgadores, en la mayoría de los tribunales, atendiendo que no existe investigación, en el móvil solo agregan que se afectó el bien jurídico tutelado, pero a criterio del autor de este trabajo eso no es así, porque el ejemplo clásico del asesinato que provino porque la víctima era también beneficiaria en una herencia o un seguro y para quedarse con todo el dinero se dio la muerte, claro, la persona le quitó la vida y afectó ese bien jurídico tutelado, pero el móvil, es material, es dinerario. La idea que surgió en la mente de esta persona es apoderarse de la totalidad del dinero, entonces la teoría finalista estima que en Guatemala no se logra averiguar esa fase interna del acusado como elemental dentro de la primera categoría de la Acción, para determinar exactamente por qué se cometió el delito.

6.3 PROBLEMÁTICA DEL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE A LA ACCIÓN FINALISTA.

En Guatemala, se ha intentado y así se nos vendió la idea, un sistema de enjuiciamiento de carácter acusatorio, en donde el respeto a las garantías constitucionales y principios procesales, sea elemental, que sea la prueba que mediante un juicio debido, demuestre las circunstancias de los hechos, en plazos cortos, con la debida diligencia, en donde se acredite lo que realmente pasó. En



tanto el Ministerio Público cumpla con su misión de haber investigado, el momento de la acción, quién fue el partícipe la afectación que ocasionó al haber accionado delictivamente, y que el Estado imponga una consecuencia jurídica a través del fallo o sentencia que sea justa a la acción cometida, en tanto que el abogado defensor también comprenda que si efectivamente la prueba fue vital, fue objetiva y no hubo manera de contradecirla por su poderío acerca de probanza sobre los hechos.

En el caso del acusado, no debe ser excepción, si realmente los hechos que formula el Ministerio Público se ajustan a la realidad y está consciente de ello porque esa hipótesis acusatoria es real, objetiva, ajustada a su comportamiento, se debe dar la oportunidad de que se asuma esa responsabilidad sin mayores dilaciones pero atendiendo las consecuencias jurídicas que esto conlleva, no solo la pena, sino además lo que actualmente el Código Procesal Penal de Guatemala reconoce, la reparación digna, el punto de vista de género y el interés superior de la niñez y adolescencia que más adelante se abordarán en el presente trabajo. Pero si se logró construir con eficiencia probatoria, una verdad que puede ser histórica y objetiva, se logró saber que la idea que surgió en la mente de esa persona era la que él tuvo inicialmente en sus pensamientos para planearla, prepararla y ejecutarla, como todo jurista creador de tantos pensamientos de índole penal, han coincidido que es importante saber el móvil del delito y así aplicar de mejor forma la justicia.

Sin embargo, el Ministerio Público, todavía no ha comprendido el significado de tener un sistema acusatorio, el Organismo Judicial, ha tratado por todos los medios de frenar los rescoldos inquisitivos, el papeleo, la burocracia y el cáncer que ha afectado a muchos países latinoamericanos, se trata de la mora judicial, la incapacidad de los operadores de justicia de contar con herramientas necesarias para lograr su cometido.

La excesiva ritualidad y formalismos en muchas instituciones jurídicas, el peligro, riesgo que enfrenta la prueba, especialmente cuando son personas como testigos o peritos, hace no se acuda a su debido diligenciamiento en un juicio por ese temor. Y cuando se acude, lo hacen influenciados por el miedo, porque políticamente Guatemala está en crisis de seguridad, sus relatos los realizan por



videoconferencia, disfrazados, pero estos métodos creados en Guatemala desde el año 2009, son el reflejo del problema que enfrenta nuestro país al no respetar los derechos humanos, ni las garantías constitucionales y, por ende, afecta seriamente el sistema acusatorio, porque todas las personas involucradas en el conocimiento de una acción criminal tienen que acudir a juicio, para que sea allí donde se produzca la prueba.

En una entrevista realizada al Doctor Sergio López, Subdirector del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, mencionó que el trabajo pericial que realizan es debido a las instrucciones que emanan del juez, o del Ministerio Público, pero que a los acusados no se les hace examen psicológico, ni de trabajo social, para determinar el móvil del delito, ni se les hace ningún estudio, sin embargo, por órdenes del juez o del Ministerio Público, sí se le han realizado trabajos periciales a los acusados, pero psiquiátricos, para determinar el estado de su salud mental, como sucedió en el caso de la Farmacia Galeno, que al acusado se le practicó examen psiquiátrico en donde se determinó que padecía de enfermedad mental “bipolar”, eso quiere decir que al tener su medicamento administrado en su cuerpo, esta persona puede estar tranquila, pero al no tenerlo administrado en su cuerpo, al enfrentarse a un pequeño estrés como las aglomeraciones o en ese caso que había logrado que lo contrataran como agente de Policía de Seguridad Privada, al tener una arma de grueso calibre en sus manos, el potencial de riesgo que cometiera un delito era fuerte y eso fue lo que pasó, al ingresar una señora a la farmacia él pensó que eran demonios y le ocasionó la muerte y esto lo determinaron los médicos psiquiatras.

Al ser consultado el médico psiquiatra de este caso, que dijo que por favor no figurara su nombre, dijo que en ciertas instituciones de seguridad del Estado, le han pedido que realice exámenes mentales a los trabajadores e incluso a los jefes y se ha determinado en un buen porcentaje que este problema de demencia parcial bipolar, se ha logrado determinar en muchos trabajadores de seguridad del Estado, y se ha recomendado que ellos no pueden ejercer funciones de seguridad utilizando armas, pero sabe que allí siguen laborando, entonces con todo esto el problema de prevenir los delitos a una eventualidad, es una fuerte problemática del Estado.



Y lo que causó más sorpresa al sustentante del presente trabajo, fue que el Doctor mencionó que el Hospital de Salud Mental, no tiene los recursos ni las herramientas necesarias para recluir a ninguna persona, porque no tiene seguridad, los internos en ese lugar deambulan, no hay suficiente personal, se escapan y algunos regresan, siendo este un problema general del Estado, el que debe tener las políticas, pero a manera de prevención del delito si se contara con protocolos en la contratación de personal, se evitarían una serie de sucesos que tienen como resultado el reproche y encuadran en figuras delictivas, siendo necesario establecer los orígenes, a efecto de resolver de menor forma y especialmente conforme a derecho y justicia, porque la pena no debe ser considerada como una sanción sino también tiene efectos resocializadores como lo regula el artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

6.4 AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Como se ha indicado anteriormente, el Ministerio Público y el Organismo Judicial, enfrentan muchos problemas de índole estructural y de mística para poder desarrollar un sistema de enjuiciamiento penal acusatorio, porque no se investiga el móvil del delito, que es una de las circunstancias elementales de la acción y para el derecho penal en general, es importante saber cuál era la finalidad de delinquir, ubicar los motivos por los cuales el autor se representa como posible el ejecutar el hecho, pero esos problemas no son todos, existe otro problema, que resulta ser grave para la obtener y descifrar un caso, el problema es legal, porque el acusado goza de muchas garantías constitucionales y muchos derechos procesales.

En primer lugar, goza del derecho de guardar silencio, porque la garantía constitucional dice que nadie puede declarar contra sí mismo ni en contra de sus parientes dentro de los grados de ley, situación que no ocurre en otros países, que allí si no declara se tomará en su perjuicio, y de esto se aprovechan los defensores de que al acusado no hay que tocarlo ni realizarle ningún examen, porque estaría diciendo cosas que la misma Constitución de la República dice que no puede declarar contra sí mismo.



Entonces, este problema ha sido superado por resoluciones de la Corte Constitucional en el caso del Sacerdote Católico llamado José María Ruiz Furlán, también conocido como “Padre Chemita”, en donde a las dos acusadas se les tenía que extraer sangre u otro fluido corporal para realizarle pruebas genéticas de ADN y los defensores se oponían, entonces la Corte en mención resolvió que para fines de la averiguación de la verdad y para establecer las circunstancias de cómo pudo haberse cometido el delito, realizar exámenes a las acusadas constituye órgano de prueba.

La Corte indica que los defensores no tienen que oponerse porque es parte de la investigación, pero en este caso al Ministerio Público, por el exceso de trabajo, de la presión, que existe dualidad de la investigación porque reciben las declaraciones en forma administrativa porque eso tienen que presentar para sustentar la acusación, en donde se les exige la presentación de un expediente de investigación, situación que Guatemala tiene que analizar la forma cómo no aburrir a la prueba, porque después tienen que volver acudir a un debate oral o público, donde también existen problemas porque los juicios no se señalan como lo dice la ley, que concede un plazo de quince días para señalar día y hora para juicio, sin embargo, en toda la República, no se cumple con ese plazo y se señalan audiencias para tres meses, un año y hasta más, aunque en algunos lugares de la República de Guatemala la mora judicial no se da con mayor intensidad por lo que se ha mejorado en ese aspecto, pero ese problema afecta seriamente al Ministerio Público, afecta la prueba porque tiene que esperar mucho tiempo para declarar lo que sabe, además el acusado, si está detenido tiene que saber aceptar y esperar una decisión y con gastos para el Estado.

6.5 LA VÍCTIMA Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Se comparte lo que para el efecto se cita por José Mynor Par Usen, en el sentido de la humanización del sistema de justicia penal pues para el efecto indica que el proceso penal exige formas y procedimientos jurídicos que representan una garantía importante, para el debido ejercicio del derecho constitucional de defensa y el derecho a la jurisdicción, como un derecho de acceso a la justicia. Para ello, es indispensable, indica Par Usen, humanizar al máximo sus



procedimientos y sus trámites, puesto que se trata de actuaciones de personas para juzgar a otras personas, cuyos problemas son por consiguiente profundamente humanos; el acusado que implora su inocencia y libertad, pero también la presencia de una parte agraviada-víctima quien espera justicia y el respeto a sus elementales derechos: dignidad, vida, libertad sexual, integridad física, etc., afectados como consecuencia de un delito.⁵⁴

Por justicia, a consideración del sustentante del presente trabajo de tesis, se estima que no es prudente dentro del proceso penal así como de cualquier iniciativa de ley que tienda a discutirse en el Congreso de la República, solo tener alguna noción propiamente en el sindicado, acusado, condenado o reo, debe siempre analizarse la finalidad de todo proceso, que se busque la justicia y la víctima es parte de ese sistema de justicia, debido que, como bien indica Par Usen, que si la víctima-agraviada, comparece a una fiscalía del Ministerio Público, a un juzgado de primera instancia penal de investigación o bien, a un tribunal de sentencia a pedir justicia y el esclarecimiento de la verdad histórica del hecho; esto debido a que le afectaron su bien jurídico concreto, vida, integridad física, patrimonio, libertad, libertad sexual, etc., por ende, dice Par Usen, el sistema penal de justicia, por medio de sus instituciones, tiene la obligación por imperativo constitucional, de cumplir con la prestación de un servicio de calidad, para honrar con dignidad de los usuarios y humanizar el derecho, la justicia y la ley.⁵⁵

El derecho significa orden y ese orden deviene de la justicia. Se dice que en conducta, la regla de oro consiste en que “no debes hacer lo que no quieres que te hagan a ti”, si existe la justicia en todo sentido se evitarían conflictos entre personas porque quien pretende hacer el mal se retractaría con el solo pensar que está cometiendo una injusticia hacia su prójimo pero en la realidad no subsiste si los principios y valores no se inculcan desde el inicio de la formación como ser humano.

⁵⁴Par Usen, José Mynor. *La verdad histórica oral en el proceso penal guatemalteco*. Serviprensa. Primera Edición, 2013. Pág. 41.

⁵⁵ *Ídem*, pág. 49.



Dentro de cualquier proceso, sea este del ramo que sea, la búsqueda de justicia es lo primordial, no debe interpretarse que en el proceso penal todo debe favorecer al imputado, acusado o reo, y para ello el artículo cinco del Código Procesal Penal ahora regula lo que se denomina Tutela Judicial Efectiva, en donde en principio se debe tutelar a los sujetos procesales a fin de no dejarlos en un estado de indefensión absoluto y que conlleve en expresarse parcialidad, sino al contrario, lo que se busca es el equilibrio entre las partes a fin de lograr un proceso justo, con las debidas garantías y con juez independiente e imparcial.

El jurista Par Usen indica que la humanización del derecho, la justicia y la ley, en el contexto del sistema de justicia penal, implica necesariamente una enorme responsabilidad humana, académica, disciplinaria y ética en los miembros de la familia burocrática del Organismo Judicial, Ministerio Público, Instituto de la Defensa Pública Penal, abogados privados, Instituto Nacional de Ciencias Forenses, Policía Nacional Civil, Procuraduría General de la Nación, en concreto, el juez, magistrado, secretario, oficial, comisario, fiscal, agente fiscal, fiscal distrital, oficinista, defensor público y privado, médico forense, psicólogo, trabajadora social, quienes en el ejercicio de sus funciones, atienden a los usuarios de la justicia. Esa atención, dice Par Usen, debe ir acompañada del respeto debido, la atención necesaria, la estima requerida, amabilidad, sonrisa, un alto grado de calidad humana, todo ello dará verdaderamente un rostro y trato humano al derecho, la justicia y la ley, en el marco del fortalecimiento de la administración de justicia y el Estado constitucional de derecho.⁵⁶

De esto último, lo que el sustentante comparte, pero también le agregaría que también el usuario externo debe tratar a los que laboran dentro de las propias instituciones con un cordial y ético trato, debe ser recíproco y especialmente de profesionales del derecho que hasta gritan, pero esto es muy subjetivo y depende de la cultura que tiene cada persona en sacar adelante su trabajo como es debido, lo importante es que prevalezca el sentido común y la justicia.

Desde un punto de vista tradicional, para el Doctor Alejandro Rodríguez, indica que la atención y reparación de las víctimas no ha sido concebida como función del derecho penal, pero como fin jurídico-penal este aspecto es irrenunciable

⁵⁶ *Ídem*. Pág. 54



debido a que la referencia personal en el marco del control jurídico-penal insiste solo en el lado de la autoría, sino también pone su mira en la persona lesionada por el hecho punible. La infracción de la norma, expresa Rodríguez, no es la acción de una persona contra el bien jurídico de una persona anónima y menos una ofensa para el Estado; por el contrario, el derecho penal es un mecanismo de protección de derechos fundamentales de las personas dentro de la sociedad y por lo tanto en cada delito encontramos una persona lesionada en sus derechos denominada comúnmente como “víctima”.⁵⁷

Alejandro Rodríguez indica que de conformidad con la Constitución Política de la República, la promoción y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales es objetivo prioritario del Estado de Guatemala. En ese marco, el Estado debe reconocer su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos establecidos en la Constitución y pactos internacionales sin perjuicio de otros derechos inherentes a la persona humana.⁵⁸

Se indica que la primera obligación asumida por los Estados es el deber de respetar los derechos humanos, implica que los funcionarios del Estado no pueden realizar ninguna acción que vulnere o menoscabe los derechos inherentes a la persona humana a través del ejercicio del poder público, es decir, al ejercer sus funciones lo debe hacer de manera tal que sus agentes estatales no vulneren un derecho fundamental.⁵⁹

El Doctor Rodríguez no hace referencia a persona alguna o parte procesal alguna, es muy general, se puntualiza en que se deben respetar los derechos fundamentales de la persona, como una generalidad y del deber de las personas que ejercen la labor de una función pública sin caer en la ilegalidad o arbitrariedad. En el caso de las víctimas, se considera que por las mismas secuelas que lleva el delito por la afectación de algún bien jurídico tutelado, especialmente respecto de la integridad física, se estima que es un ámbito proteccionista, pero el Estado debe contar con los mecanismos para brindarle la

⁵⁷ Rodríguez, Alejandro. *Sistema Penal y Víctima. Una propuesta de atención integral desde el apoyo comunitario*. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. Guatemala, julio 2007. Pág. 11

⁵⁸ *Ídem*. Pág. 58.

⁵⁹ *Ídem*. Pág. 59



atención desde el inicio o cuando se produzcan los supuestos hechos, ejemplo, el brindar atención con protocolos específicos cuando se trate de niños, adolescencia o mujeres víctimas de abuso sexual, pero implementarlo en toda la República y no solo en determinado ámbito como la Ciudad de Guatemala o Mixco, o la implementación de una verdadera oficina de Atención a la Víctima.

PERSPECTIVA DE GÉNERO. Como una visión del mundo y del Derecho, construida de forma personal a partir del conocimiento que se tenga de cada una de las instituciones que integran la teoría de género, ha puesto de manifiesto los actos de violencia que son objeto las mujeres, como producto de las relaciones inter genéricas en las sociedades patriarcales. En ese sentido, se ha constituido en una herramienta para el análisis del fenómeno social de la violencia contra la mujer en el ámbito público y privado, desde las distintas instituciones de la Teoría del Delito que, para el sistema jurídico y especialmente el sistema penal, ha sido invisible y ha acentuado manifestaciones y actos que han, incluso, justificado la violencia de la cual son objeto las mujeres.⁶⁰

De la misma forma, ha provisto las bases conceptuales para evidenciar los actos de re victimización, al cual se somete a las mujeres en el sistema de justicia. El Estado desempeña un rol clave en la construcción y el mantenimiento de las relaciones de género y las relaciones de poder. La acción o inacción del Estado favorece que las prácticas discriminatorias disminuyan, subsistan o desaparezcan.

Marca la directriz sobre la postura a adoptar respecto al fenómeno de violencia contra la mujer. Por medio de la existencia de leyes y políticas contra las mujeres se debilitan sus derechos humanos, se desempoderan a las mujeres y se favorece la impunidad sobre dichos hechos. La pasividad del Estado, para lograr el acceso al sistema de justicia y de protección, tiene efectos de alto impacto a nivel social y cultural, que pueden ser corrosivos, pues los actos de impunidad permiten que se “valide” la violencia contra la mujer, se refuerza la subordinación del género y además se condena a presentes y a nuevas generaciones.

⁶⁰ Organismo Judicial de Guatemala. “La protección de la Vida e integridad de las mujeres desde la perspectiva de género”. *Módulo 2. Programa formativo Transversalización de género y análisis normativo en materia de violencia contra la mujer en el Organismo Judicial de Guatemala*. Primera Edición, marzo 2014. Pág. 10.



Adicionalmente, el incumplimiento de accionar con la debida diligencia ante hechos de violencia contra la mujer contraviene obligaciones en materia de derechos humanos.⁶¹

Corresponde a las autoridades judiciales, a partir del deber de debida diligencia, tomar en consideración la perspectiva de género en el procesamiento y análisis de la información, a fin de proporcionar una adecuada seguridad y protección a la víctima sobreviviente desde el primer acto del proceso, así como garantizar la valoración de la prueba que evite factores culturales discriminatorios, como los tratos sexistas relacionados con la concepción patriarcal.⁶²

La perspectiva de género es útil para explicar por qué a pesar del reconocimiento legal de los derechos de las mujeres, los jueces siguen dictando resoluciones cuyo contenido parece desconocer tales derechos y es que la cultura social tarda más tiempo en elaborar los cambios sociales que se viven y por eso los aplicadores del derecho siguen considerando que las mujeres deber observar determinados comportamientos, aunque formalmente la norma jurídica no los exija.

Esto se pone de manifiesto, sobre todo, en las investigaciones policiales y judiciales de los delitos contra la libertad sexual, pues a partir de las preguntas que se formulan a las víctimas, se desprende que los aplicadores del derecho esperan que estas hayan tenido una conducta sexual irreprochable antes de la comisión del delito, para ser merecedoras de la protección del Estado.⁶³

Para el presente trabajo, la perspectiva de género ayuda a concientizar de mejor forma las decisiones jurisdiccionales desde un punto de vista para tratar de lograr la justicia, pero si se buscan los orígenes de los motivos racionales por los cuales el sindicado, acusado, procesado o reo tuvo para cometer las acciones frente al sujeto pasivo mujer y que con una relación desigual de poder, se tuvo la

⁶¹ *Ídem*. Pág. 11-13

⁶² *Ídem*. Pág. 14

⁶³ Vicente Martínez, Rosario de. "Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género". *Anuario de Derecho Penal 1999-2000 Derecho Penal y Discriminación de la mujer*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2001. Págs. 87-88



intencionalidad de causar un daño y se lo representa como posible y ejecutable en el acto, en sus manifestaciones física, psicológica, sexual y patrimonial.

Es ahí donde entra la labor jurisdiccional, es ahí donde radica la importancia y la responsabilidad de los jueces y la reconstrucción de los hechos por parte del Ministerio Público, el buscar los mecanismos más idóneos para que se produzcan las audiencias sin victimizar y sobre todo, la reparación, si se dan los elementos para los fines de una pena y que la familia subsista. Pero para ello el Estado tiene que tener las bases para poder controlar la situación y dar mejores resultados, pero si solo nos preocupamos cuando se consume la violencia, estamos frente a un problema que no tiene solución porque es repetitivo siempre.

Además, otras discusiones alrededor de la vigilancia y la prevención del crimen se han dado en contextos que no tienen perspectiva de género, es decir, no se ha incluido que hay diferentes relaciones de poder dentro de la familia y que los hombres y las mujeres tienen diferentes cuotas de poder y distintos privilegios en la sociedad, lo que en general apoyan la discriminación femenina y la preponderancia de un sexo sobre el otro. Incluir el género también significa que el análisis sobre lo público y lo privado se enriquecerá con una nueva comprensión. La división de la vida social, pública y privada, ha sido una construcción histórica que no ha tomado en cuenta la perspectiva de género y que ha significado que dentro del ámbito determinado como privado no deben introducirse incursiones policíacas o estatales, lo que ha traído consigo discriminación.

Es muy importante la perspectiva de género, pero no solo debe ser de los jueces, bajo el anterior punto de vista, el sustentante estima que debe ser de todo el aparato estatal o relacionado con la administración de justicia para que todos en el papel que les corresponde, cumplan con su labor porque la prevención también es parte del ámbito proteccionista y de tutela judicial efectiva que tienen las víctimas y por la misma vulnerabilidad de la mujer bajo la perspectiva de género.

Se considera por el sustentante que si es necesario, para fines del presente trabajo, el tener claro que si a una mujer dentro del ámbito de relaciones de poder tanto en el ámbito público o privado, se le afecta en su integridad física por



ejemplo, se debe de analizar no solo la consumación del hecho, sino también los motivos racionales que se tuvieron para delinquir, esa misoginia, esa acción reprochable por el legislador que de continuar se transforma en un conflicto de mayor intensidad y puede terminar con la muerte de la víctima si no se toman las medidas del caso, por ello la perspectiva de género apoya en la labor jurisdiccional, pero al dictarse una medida preventiva o de seguridad como se les denomina, no solo es darla u otorgarla, hay que darle seguimiento y precisamente la labor estatal está para garantizar la integridad de toda persona.

6.6. SICOLOGÍA FORENSE. ENCUESTAS A JUECES, AGENTES FISCALES.

En este trabajo de investigación, se consideró de suma importancia, realizar encuestas a los operadores de justicia, con la finalidad de establecer un indicador, para saber el grado de conocimiento que tienen sobre la acción finalista que es una de las circunstancias propias del sistema acusatorio. Para saber con toda seguridad de porque delinquen las personas, se realizó el cuestionario a jueces, fiscales y abogados defensores. De los jueces se realizó la medición en los departamentos de Escuintla y Quetzaltenango, de los agentes fiscales, se hizo la medición en el departamento de Escuintla y en la Ciudad capital de Guatemala y con relación a los abogados defensores, se realizó la medición a abogados del Instituto de la Defensa Pública Penal y algunos abogados defensores particulares de la ciudad capital de Guatemala, en donde se dieron los siguientes resultados:

En relación al gremio de los jueces de Instancia Penal y de Sentencia estimaron que sí, efectivamente, es importante investigar la personalidad del acusado en el proceso, porque a veces se ignora a quién se está juzgando, e incluso algunos coincidieron en indicar que no están seguros si se juzga a la persona correcta, porque no les probaron el nacimiento de los procesados, y no se prueba nunca el móvil, y que esto sería muy importante si el Estado de Guatemala adoptara una política criminal adecuada al sistema acusatorio que pretende tener, porque aún existe muchas falencias en ello.



Están convencidos que es importante realizar exámenes psicológicos al acusado en el proceso, pero también indicaron que no solo estos exámenes son importantes, sino que también realizarle estudios socioeconómicos, pero por instituciones o trabajadores sociales que no pertenezcan a la defensa ni al Ministerio Público, para saber imparcialmente cuál es su perfil socioeconómico familiar, también indicaron que en Guatemala es difícil llegar a establecer patológicamente por qué delinque un guatemalteco.

Eso es un avance en sociedades modernas donde la ciencia es muy avanzada, pero en Guatemala, se incursiona por medio del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala (INACIF), con muchos logros y avances para descifrar algunos aspectos a través del análisis científico. Sin embargo, esta institución tiene muchos problemas como económicos presupuestarios; otros jueces claramente dijeron que eso jamás se logrará en Guatemala, también todos los encuestados indicaron que sí es necesaria mejorar la redacción del artículo 10 del Código Penal, porque es confusa, ni siquiera se relaciona a los estadios de la teoría del delito, ni mucho menos, se adecua a los parámetros de un sistema acusatorio.

La mayoría de jueces indicaron que la acción finalista es conocida por ellos, para saber del porqué delinquen las personas, y que en la relación causal solo se establece quién cometió el delito, pero no se dice por qué, cuál fue la finalidad, por ello son cosas que cambiarían si el Estado se lo propone.

También indicó el gremio de los jueces que hay muchas ramas de la ciencia forense que ayudarían a la acción finalista, y no solo eso, por lógica muchas personas delinquen porque no tienen trabajo y tienen muchas obligaciones que cumplir, muchas deudas y uno de los males que tiene el guatemalteco es que se endeuda mucho, gasta mucho, no economiza y en otros casos le gusta las cosas fáciles, además, indicaron que hay muchos guatemaltecos que emigran a distintos países, pero por la falta de dinero, no obstante, todo esto lo tiene que informar el análisis científico.

Para los jueces no se aplica adecuadamente la relación causal por parte del Ministerio Público, hacen unas exposiciones tan extensas de los hechos y no agregan circunstancias elementales como el momento consumativo del delito ni



mucho menos el móvil, todos coincidieron que ya existen muchos países con el sistema finalista, en Argentina, Alemania, Inglaterra, pero en Estados Unidos que se utiliza a través de jurados, pero si el juez se apoya en la ciencia, y claro, para ellos es demasiado importante averiguar las mentes criminales y hasta hacen películas de los casos.

Indicaron algunos jueces que saber quién es la persona acusada, saber por qué de su comportamiento y si se trata de un problema socioeconómico familiar, entonces habría oportunidad para prevenir el delito porque sus hijos ya no harían lo mismo que el papá y sería un factor importante para la resocialización. También indicaron los jueces que el sistema carcelario en Guatemala tiene graves problemas de hacinamiento, no hay trabajos, desde allí delinquen y otros dijeron que es una vergüenza ese sistema carcelario.

Con relación a las encuestas realizadas a los agentes fiscales, es importante considerar que se quiso hacer este estudio solo en este gremio, porque son los jefes de las agencias, los que dictan las directrices para cada caso de acuerdo a la línea de investigación, tienen la responsabilidad directa de lo que realiza su personal, por ello de los encuestados se estableció lo que a continuación se indica.

Los agentes fiscales indicaron que tienen un exceso de casos, por lo que no es factible investigar la personalidad del acusado, no es fácil en Guatemala acudir a los centros e investigarlos, ni hay logística ni elemento personal para ello; pero sí están conscientes que en algunos casos sí se ha podido establecer que el acusado proviene de una familia desintegrada, de pocas oportunidades y que su expediente está basado solo en aspectos delincuenciales y no estudiantiles ni laborales. El sistema acusatorio, marca esa postura que hay que establecer el delito en base al respecto de garantías constitucionales, y que también involucre no solo la solución por medio del castigo, sino que para nuestra sociedad sea una manera para analizarlo científicamente, y establecer soluciones para que no se den esa clase de comportamientos. Varios de los fiscales pusieron como ejemplo el delito de extorsión, que ese comportamiento surgió en los noventa con la máxima plenitud, pero fue avanzando porque los agentes se dieron cuenta que era fácil la obtención de dinero en forma ilegal, sin que las autoridades



supieran de quiénes se trataban, fue así como estudios que se han hecho a respecto, lograron determinar que las personas que se animaban a realizar esta clase de acciones ilegales, tenían un vínculo en común con las víctimas, porque eran familiares, porque eran conocidos, porque habían laborado con ellos, porque fueron pilotos o fueron ayudantes de pilotos y saben de cierta manera cuánto devenga la persona y las posibilidades de pagar. En la medida que esto fue avanzando ahora cualquier persona se anima a realizar esta clase de acciones criminales y ahora con más violencia porque para mantener el pago semanal o mensual o bonos, asesinan a algunas personas, pero esto ya se salió del control, y todo fue porque en sus inicios no se supo investigar por qué delinquían.

Dentro del trabajo de investigación, los agentes fiscales del Ministerio Público indicaron en su mayoría que a todos los acusados en general hay que hacerles un estudio social y psicológico para orientarlos a que no delinca, que es necesario realizar un estudio detenido del artículo 10 del Código Penal, porque se debe mejorar la definición de una relación causal atendiendo a nuestro sistema acusatorio. Pero algunos agentes fiscales dijeron que una sola reforma no basta porque ese Código tiene 42 años y proviene de un sistema inquisitivo, entonces acá lo que sería más oportuno será la derogación total de ese Código y que se concentre en un solo Código Penal, con las figuras delictivas de mayor realce en nuestra época y se eliminen los delitos que ya no son aplicables, pero esto no está ni en el pensamiento de los legisladores.

Los miembros del Ministerio Público en su exposición manifestaron que en Guatemala, no existe un sistema carcelario adecuado, los centros preventivos tanto para hombres como para mujeres, están sobrepoblados, no tienen las condiciones necesarias para la resocialización y lo que hacen en ese lugar es dedicarse a la vagancia penitenciaria y son algunos que se dedican a realizar una actividad, pero lo hacen por sus medios. No existe ninguna circunstancia que tienda a solucionar el comportamiento del detenido o detenida y si hay algún programa estudiantil, no es para todos, no existe ningún profesional que tenga a su cargo la orientación de estas personas, y se ha criticado que en esos centros la alimentación, la salud, lo laboral es de muy bajo nivel, pero como uno de los fines de la pena, constitucionalmente para el caso de Guatemala, es la



resocialización o reinserción social, el saber de los motivos por los cuales delinque ayudaría a una política estatal en ese sentido debido a que se haría una clasificación de los aspectos que tienden a ser de mayor atención, pues no todos los casos son de personas que delinquen habitualmente, y aquellos casos en que puede utilizarse mecanismos fuera de las prisiones para lograr esa readaptación social y un trato humanitario sin la cárcel propiamente, serviría para que las autoridades penitenciarias logren objetivos.

En este trabajo se realizó tarea de campo para saber la opinión que tienen los abogados que se dedican a la defensa pública y defensa particular. Manifestaron que si es importante la investigación de la personalidad del acusado en el proceso penal, pero el Ministerio Público no lo hace y que antes el Instituto contaba con un fuerte número de profesionales que se dedicaban a realizar estudios de trabajo social en los acusados, pero después esto se recortó y ahora en algunos casos se hacen esos estudios.

En el Ministerio Público aunque la defensa se lo solicite, no lo hacen porque también los peritos del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala están dedicados a otros asuntos de análisis de evidencias que análisis de los acusados. Manifestaron que por ser un sistema acusatorio que aún se discute, sí es necesario averiguar el móvil del delito, y en el código penal está regulado, pero para imponer la pena pero, en realidad el Ministerio Público, no se preocupa por investigar el por qué delinquirió el detenido, con ello se viola el derecho de defensa y debido proceso y se desprotege para que esta persona ya no vuelva a delinquir.

La defensa manifestó que en relación a la acción finalista, que pertenece a la primera etapa de la teoría del delito como la relación de la causalidad para llegar a la tipicidad, debe determinarse cuál fue el fin de cometer el delito, en cambio en Guatemala esta relación causal solo se deriva de que si esta persona se le encontró el arma que disparó a la víctima, él fue quien la asesinó, sin saber si él tomó el arma para robarla, o porque en una lucha con la víctima se la apartó de sus manos y se disparó repentinamente. Pero esa finalidad que no se sabe, es trabajo del Ministerio Público averiguarla y por eso todos los abogados recomendaron modificar el artículo 10 del Código Penal, que se refiere a la



Relación de Causalidad, porque no solo debiera ser materia de análisis la relación causal sino también el legislador debe asegurar y valorarse por los jueces al momento de las decisiones jurisdiccionales de los motivos por los cuales se llegó a delinquir a fin de resolver con mayor justicia el caso concreto y no solo la imposición de una pena, un sistema robotizado sino racional y humanitario que tiende a buscar las causas y que ayuda también a la búsqueda de la verdad real e histórica y también ayuda a que esa reparación digna hacia la víctima o víctimas del caso, sean atendidas y la pena sea solo para aquellos casos en que de verdad sea de afectación a la sociedad.

Los abogados defensores compartieron criterios al indicar que en Guatemala no hay cárceles seguras, no son centros preventivos, porque la palabra que titula estos centros no previenen nada, no hay programas que preventivos del delito. Estos se dieron porque se cambió el nombre de nuestro sistema, de inquisitivo, porque los jueces investigaban y condenaban a los expedientes entonces las prisiones que estaban en los cuerpos de policías servían para tener a los detenidos antes y después de su declaración.

Estas cárceles se mantenían repletas e incluso los informes de la Misión de Naciones Unidas para Guatemala (Minugua) decían las personas que eran detenidas por el cuerpo policial anterior a los Acuerdos de Paz, la Policía Nacional y sus instituciones, eran sometidas a torturas, a flagelaciones, maltratos, y enfrentamientos entre ellos para satisfacer la distracción de la policía, que también su procedimiento para detener a las personas fue cuestionable por sus barbaries ilegales.

Incluso, y no es excluyente la ahora denominada Policía Nacional Civil, es fuertemente criticada porque aún lo hacen en la actualidad, sobre todo en los departamentos, según se escucha, siendo estos grandes obstáculos para que de alguna forma se pueda buscar los orígenes criminales porque se altera la verdad.

Si cada institución asume su rol, las políticas criminales avanzarían y buscarían los orígenes del crimen, lo que lograría la prevención para enfocarse más a cierto ámbito frente al fenómeno criminal.



6.7 PROBLEMÁTICA EN LA RESOCIALIZACIÓN, REINSERCIÓN, REHABILITACIÓN.

No es propia de Guatemala, ni propia de los adolescentes en conflicto con la ley penal así como no es propia en cuanto al tratamiento de reclusos adultos con prisión preventiva o bien ya condenados. Como se ha dicho en el desarrollo de este trabajo, la acción finalista realiza estudios e investigaciones de los motivos por los cuales delinquen las personas, su actuar se debe a intereses subjetivos y dentro del sistema acusatorio, del cual Guatemala ha adquirido legislación para poder actuar, resultaría necesario que no pierda el espíritu de ese sistema acusatorio, incluida la perspectiva de género y la víctima en general.

Esta problemática merece especial atención y por ello muchos tratadistas como Hans Welsel, exponen que la causa de la especial situación física, síquica y social de la época de la pubertad, el adolescente no puede ser juzgado, en lo referente al derecho penal, con el mismo criterio que el adulto y en el caso de niños, solo están sujetos a medidas de protección, pero no a un trato relacionado con el derecho penal.

La época de la pubertad es una época de transformación y de reestructuración de la personalidad y, al mismo tiempo, de integración externa e interna del adolescente en la comunidad y por ello no solo se necesita de la labor estatal sino también de las enseñanzas de los padres, la iglesia, y la misma sociedad. El implementar principios y valores son parte de la cultura de un país, pero la desintegración familiar, las mismas redes sociales, y sin un ambiente de estudio, hacen que cada día los niños y adolescentes tiendan a delinquir desde temprana edad, por citar ejemplos. Se rompe el estado de equilibrio físico y síquico de la niñez, la personalidad se independiza y madura para sus funciones biológicas y sociales en la vida.

El adolescente abandona las vinculaciones infantiles para con los padres, educadores y amistades de niño y se dispone a alcanzar la madurez para vinculaciones permanentes, en su profesión, matrimonio y comunidad política. El tiempo de la pubertad se caracteriza anímicamente por la alta labilidad del estado



ánimico, el despertar de la conciencia, reflexionada del yo, el impulso de independencia y afirmación del propio valer, el ansia de vivir y vivencias y la irreflexión en las acciones, irrupción del instinto sexual. El adolescente independizado internamente, permanece socialmente dependiente en alto grado de la casa paterna, del lugar de aprendizaje, de la escuela.

La personalidad realmente independiente está todavía en formación, la integración anterior de la vida social todavía en realización. Entonces para el sistema acusatorio y el derecho penal preventivo guatemalteco, se hace la pregunta en qué momento de esta explicación el adolescente se ha independizado para dedicarse a otra clase de vida en común, y ahora se marca la necesidad de saber el móvil, porque si dentro de la casa paterna o de la escuela, que es el lugar donde adquieren más amistades, se aprenden cosas buenas y se van informando de cosas malas.

También se enfrentan a un mundo donde los *pater familiaris* no están para protegerlos, o será porque desde la casa paterna no se inculcan valores de respeto, amor, confianza o es que en realidad no existe tal casa paterna porque está desintegrada por la ausencia del padre o de la madre, o será que sí existe, pero son demasiados hijos que no se puede controlar con habilidad porque no existe cultura, o la manera económica de satisfacer las necesidades básicas de cada uno de ellos, todos estos son problemas que enfrenta no solo Guatemala sino que en todo el mundo.

Claro, la problemática penitenciaria no es exclusiva del sistema aplicado para los adolescentes debido a que la misma ley de protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia expresa que las penas devienen en amonestación hasta privación de libertad hasta por seis años, y hay que hacer una integración de la normativa para asegurar la perspectiva de género y la reparación digna que muchas veces se considera que no es aplicable a este ámbito, pero esto es discutible y los jueces deben tener siempre presente que uno de los objetivos o misiones del Estado de Guatemala de conformidad con los primeros dos artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala es la justicia, no siendo la pena la única forma de lograrla o alcanzarla.



El adulto, cuando delinque, espera una pena, es un castigo triste, donde se restringirá su libertad individual; para el sistema acusatorio no basta solo la imposición de la pena, se tiene que considerar la manera de prevenir que el condenado no vuelva a delinquir, y por eso es que la resocialización no solo trata de buscar la libertad del condenado en forma condicional, sino que al condenado se le tiene que buscar una manera de resocializar esa pena, y las instituciones jurídicas que hoy subsisten y que nacieron vinculadas a ella y algunas de las críticas al sistema penal que han dado sustento a las modificaciones legislativas más punitivas de la última década.

Como lo dijo el tratadista Foucault y un gran número de autores hay opuesto de resalto, la pena resocializadora nace con la prisión moderna a fines del siglo XVIII, no obstante, solo alcanzará un desarrollo y dimensión especial en la última parte del siglo XIX cuando el proyecto de transformación de los individuos se promueva plenamente por las disciplinas vinculadas a la cuestión criminal. Rotman consideró que la historia de la resocialización se representa por cuatro modelos: a) El modelo penitenciario que tendría por elementos básicos el trabajo, la disciplina y la educación moral; b) el terapéutico o médico, sobre el que gira la mayor parte del debate actual sobre la resocialización; c) el modelo de aprendizaje social y, d) a los derechos de los presos. Por esta razón afirma que términos como reforma, regeneración y corrección, tanto como expresiones más modernas como reentradas, reintegración social, reeducación y resocialización, rehabilitación fueron usados para referirse a la misma idea.⁶⁴

Según Rotman la justificación de la Pena, por medio de la resocialización está asociada al positivismo criminológico, el correccionalismo penal europeo al penitenciario estadounidense.

En Guatemala, la Constitución Política de la República, en el artículo 19 establece que el sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas: A) Deben ser tratados como seres humanos, no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infringírseles tratos

⁶⁴ Rotman, Edgardo, *Beyond Punishment. A New View*. Greenwood 1990. Pavarini, Introduzione. *Sociología de la pena*. Gologna. Pag. 19



cruelles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos; b) Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado y c) Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico y en su caso con el representante diplomático o consular de su nacionalidad.

En la gaceta número tres, expediente número 170-86, página número dos, resolución de fecha 28 de enero de 1987 se dijo que esa readaptación social, es un eficaz tratamiento del recluso orientado a su readaptación social y reeducación. Para la readaptación han existido distintos sistemas, entre ellos, el progresivo, a través de un seguimiento de la conducta y el de individualización científica, pero ambos casos se refieren a sistemas a practicar en los establecimientos penitenciarios. Lo que aquí decimos coincide exactamente con el texto del mismo artículo 19, sobre la reeducación de los reclusos y cumplir con el tratamiento de los mismos. No se trata de rebaja de penas, sino que se puedan alcanzar las condiciones mínimas que permitan la reeducación y reinserción social del condenado a la pena privativa de libertad.

Es claro lo que dice la Constitución de la República, pero antes de hablar del condenado, es factible comentar acerca de las personas que se encuentran recluidos en centros preventivos. Es notoria la información que en estos lugares las personas pasan mucho tiempo esperando si los condenan o los absuelven, pero mientras tanto, es discutible si se cumple lo que sobre el sistema penitenciario que expresa la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 19, pues se tiene la noción de que esto solo se refiere solo para las personas condenadas, pero no para el que tiene prisión preventiva.

La sociedad ha realizado diversos comentarios al respecto y ha catalogado a estos centros preventivos, como centros donde no existe ninguna garantía de resocialización para los reclusos, desde su ingreso, no existen educación, religión y un ámbito laboral para que el privado de libertad pueda obtener ingresos para enviárselos a su familia que ha quedado en un estado de



indefensión. Incluso hay algunos que han manifestado con justo derecho considerar que esos centros son escuelas del crimen, porque han encontrado en el interior de esos centros a personas que delinquen desde allí, pero como muy bien se dice en ese análisis en la gaceta, que es cuestión de una política criminal de Estado para mejorar este problema, pero ni siquiera está entre las perspectivas del Estado y ni en las de los legisladores, pues se aprueban otro tipo de leyes que no son acordes al tema y el problema es de interés social; si se busca el problema, se encontrará muchas soluciones al fenómeno criminal, pero si solo se sancionan leyes para aumentar las penas, solo se incrementarán las cárceles, pero nada productivo hecho que genera más criminalidad.

Con relación al cumplimiento de las condenas, existen tres granjas cuyos nombres mencionan que son de rehabilitación, de la visita realizada a esos centros carcelarios se logró observar que existe un gran espacio donde los condenados pueden circular en determinados ambientes, hay lugares de trabajo como talleres mecánicos y de herrería, carpintería, zapatería, panaderías, comedores, pero los trabajos que apenas proporciona la granja y una especie de junta de prisiones, no es para toda la población y estos trabajos son muy escasos, por lo que se pueden catalogar de cien a veinticinco trabajos y la población rebasa los mil quinientos en cada granja. No obstante, lo más grave es que el salario máximo es de doscientos quetzales al mes, que aún en libertad, no logra subsistir una sola persona.

Con esta clase de salario no logra satisfacerse ni las necesidades básicas del propio interno, ni para enviar a su familia, como sucede en otros países como Japón, donde del trabajo que realizan los internos, alcanza hasta para pagar la universidad de los hijos.

Entonces, en ambos centros se pueden hacer las interrogantes o preguntas: las personas que no tienen ocupación, ¿qué es lo que hacen?, ¿se educan?, ¿tienen orientación?, ¿trabajan y son olvidados de su familia? Entonces, es fácil pensar que las ideas que les pasa en su mente no son buenas, porque tienen el tiempo del caso para pensar y el Estado les proporciona sus alimentos diarios, pero no herramientas para que cuando salgan de la prisión sean personas productivas y buscando el origen de los motivos de sus acciones. Se haría una clasificación



sobre las personas que de verdad necesitan una mayor atención como parte de una política criminal de Estado en el ámbito penitenciario, no es solo la prisión como pena la que debe funcionar, deben buscarse mecanismos racionales y humanitarios para que las personas privadas de libertad reciban la atención que requieran.

Guatemala, para mejorar el control de la criminalidad, debe fortalecer las cárceles, se pudo observar un comentario que realizó mi padre querido Arturo Manuel López Cifuentes, que en paz descansa, que expresaba que en todos los departamentos de Guatemala deben tener una granja penal, donde las personas que no tengan instrucción, tengan un poco de tierra para cultivarla, por eso se llaman granjas, todos sin distinción deben trabajar, y deben continuar su escolaridad, deben tener tratamiento médico y psicológico, además, deben proporcionarle a su visita la alimentación también para no romper el vínculo familiar.

Esta idea se plasmó en el año 1980, pero el pensamiento de los gobernantes se dirigió a otros intereses. La acción finalista es un tema necesario que serviría a Guatemala, para enderezar nuestro sistema acusatorio y no se diga que es difuso por muchos factores.



CONCLUSIONES

- a) La acción finalista además de perseguir la idea de la persona para delinquir, se debe orientar para que esas ideas se readapten al bien, por ello es necesario profundizar en la política criminal de Estado y leyes funcionales, prácticas, sin formalismos innecesarios y funcionales.
- b) Existe la necesidad de ajustar la ley penal a la realidad social, con voluntad y a las corrientes modernas de su ámbito, debido a que se tiene una indicación de relación de causalidad que data desde 1973, (con 42 años), que no se ajusta a esa realidad social, que pertenece a un sistema inquisitivo y, por lo tanto, no se ajusta a un sistema acusatorio que refleja el Código Procesal Penal, que data de 1994 (con 21 años).
- c) Es importante que el Ministerio Público investigue y acredite el móvil del delito pues con este acreditado, se podrá determinar la prevención del delito y se podrá dictar las decisiones judiciales conforme a derecho y justicia, pero también debe buscarse los orígenes y los motivos racionales que se tuvieron para cometer las acciones consideradas como delito.
- d) La perspectiva de género y la vulnerabilidad de las víctimas debe ser proteccionista y tomada en cuenta en las decisiones dentro de los procesos a efecto del equilibrio entre las partes y buscando, siempre, la reparación.



BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo, Enrique. *Manual de derecho penal, finalismo y causalismo*. Editorial Temis, Bogotá, 1996.

----- . *Teoría del tipo penal. Deber jurídico en los delitos de omisión, teoría del error*. Ediciones De Palma, Buenos Aires.

Bueno Arús, Francisco. *De las penas, culpabilidad. La causalidad en la tentativa*. Editorial De Palma, Buenos Aires.

Bustos Ramírez, Juan y Elena Larrauri. *La imputación objetiva*. Editorial Temis S.A., 1998

Diez Ripollés, José Luis. *Manual de derecho penal guatemalteco*. Cooperación Española, Parte General, 2001.

Gil Mauricio, Carlos Luis. *Monografías. Tratamiento penitenciario*. 1996.

González Quintanilla, José Arturo. *Derecho penal mexicano. Parte General y parte especial: Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*. Editorial Porrúa. México 1997.

Gunter, Jacobs. *Acción finalista, problemas capitales del derecho penal moderno*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.

Joachim Hirsh, Hans. *Exculpación en la Teoría del Delito, desvalores*. Colombia.

Kindhauser, Urs. *Derecho Penal, culpabilidad, conducta peligrosa*. Traducción Claudia López Díaz. Universidad de Colombia.

Lafer Celso. *Escuela Histórica, Métodos Dogmático*.

Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Segunda Edición, Editorial Ariel, España, 1980.

Madrazo Mazariegos, Danilo y Sergio Madrazo Mazariegos. *Teoría de la Pena. Utopía y realidad*. Magna Terra Editores. Primera Edición, febrero 2008.



Márquez Piñero, Rafael. *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno a* mismo. Universidad Nacional Autónoma de México. 1992.

Martínez Rodríguez, Fernando Alexander. *Manual de Procedimientos Penitenciarios*. Editorial Estudiantil Fénix, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales USAC.

Montealegre Lynett, Eduardo. *Derecho penal y filosofía del derecho. Teoría Clásica, Natural, Neoclásica del delito, racionalismo*. Editorial Universidad de Colombia.

Morales Alvarado, Sergio Fernando. *Garantías Individuales* Segunda Edición. Ciudad de Guatemala Arte + Arte. 2006.

Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arau. *Derecho penal, Parte General*. 6ª. Edición, 2004.

Panebianco, Angelo. *El poder, el Estado, la libertad. La frágil constitución de la sociedad libre*. Unión Editorial. Universidad Francisco Marroquín. 2009.

Par Usen, José Mynor. *La verdad histórica oral en el proceso penal guatemalteco*. Serviprensa. Primera Edición, 2013.

Silva Sánchez, Jesús María. *Consideraciones sobre la Teoría del Delito. Evolución de la Dogmática, Concepto de acción*. Editorial Rubén Villela. Buenos Aires.

Rodríguez, Alejandro. *Sistema Penal y Víctima. Una propuesta de atención integral desde el apoyo comunitario*. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala. Guatemala, julio 2007.

Rotman, Edgardo. *Beyond Punishment. A New View*. Greenwood 1990. Pavarini, Introduzione. Sociología de la pena. Gologna.

Roxin, Claus *Derecho Penal*. Tomo I 2001.

Rusconi, Maximiliano A. *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho Penal Moderno. La Prevención*. Buenos Aires, Argentina. 1997



Tamayo y Salmorán, Rolando. *El Derecho y la Ciencia del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1986

Vallejo Jaén, Manuel. *Cuestiones Básicas del Derecho Penal*. Editorial Abaco, Buenos Aires, 1998.

Vicente Martínez, Rosario de. "Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género". *Anuario de Derecho Penal 1999-2000 Derecho Penal y Discriminación de la mujer*. Pontificia Universidad Católica del Perú, fondo Editorial 2001.

Vila Lozano, Luis. *Teoría jurídica delictual y fundamento de culpabilidad del veredicto ante el Tribunal Popular Español. Escritos jurídicos homenaje a Luis Rojo Ajuria*. Universidad de Cantabria.

Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Teoría de la acción*. Editorial Jurídica de Chile. 1997

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal, Sistemas Penales*.

------. *Teoría de la Ciencia del Derecho penal y la dogmática penal*.

Zysman Quiroz, Diego. *Justificación del castigo e inflación penal*. 1994.

Organismo Judicial de Guatemala. "La protección de la Vida e integridad de las mujeres desde la perspectiva de género". *Módulo 2. Programa formativo Transversalización de género y análisis normativo en materia de violencia contra la mujer en el Organismo Judicial de Guatemala*. Primera Edición, marzo 2014.

Decreto 2164 Asamblea Legislativa de Guatemala de Jorge Ubico. Libro primero y disposiciones generales.

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

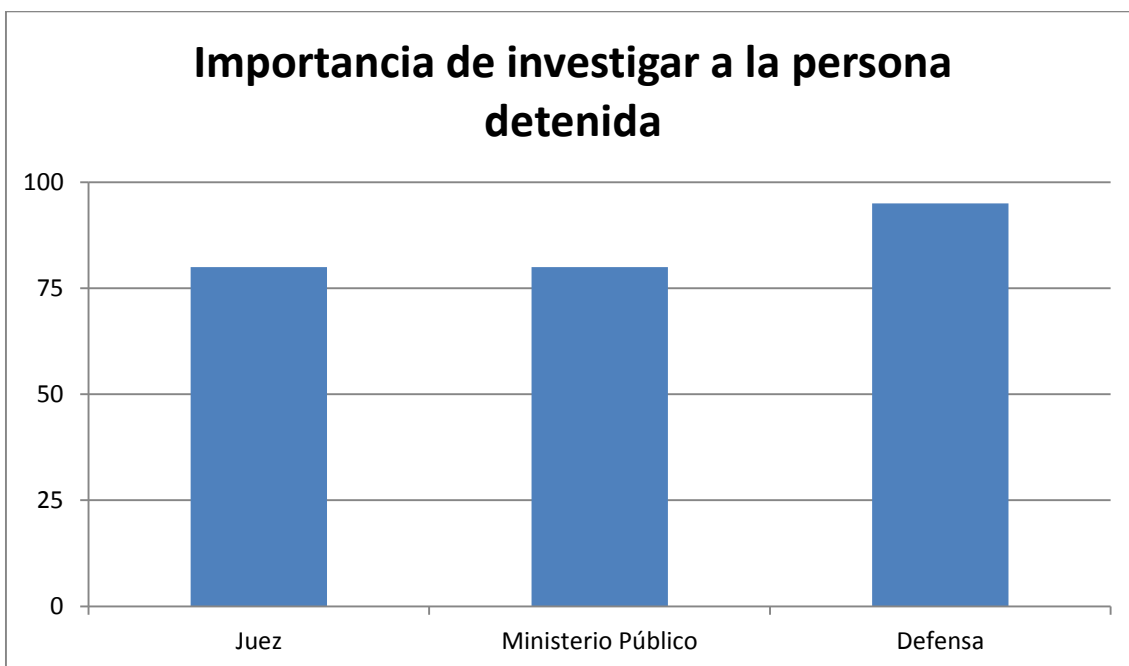
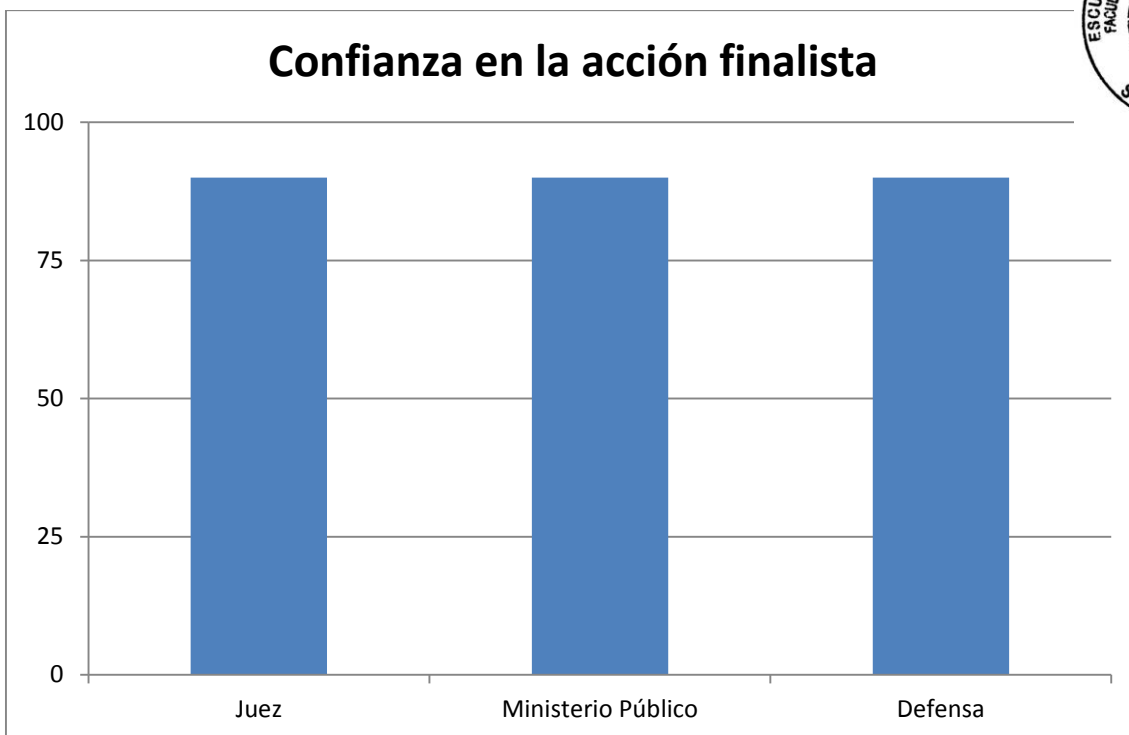
Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala

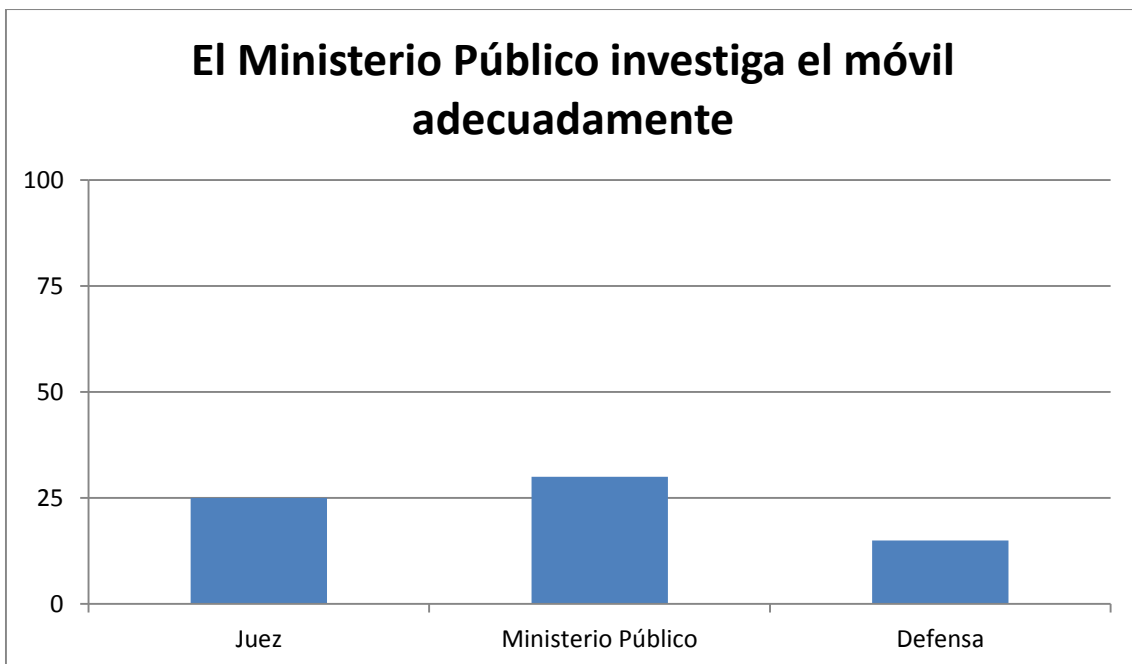
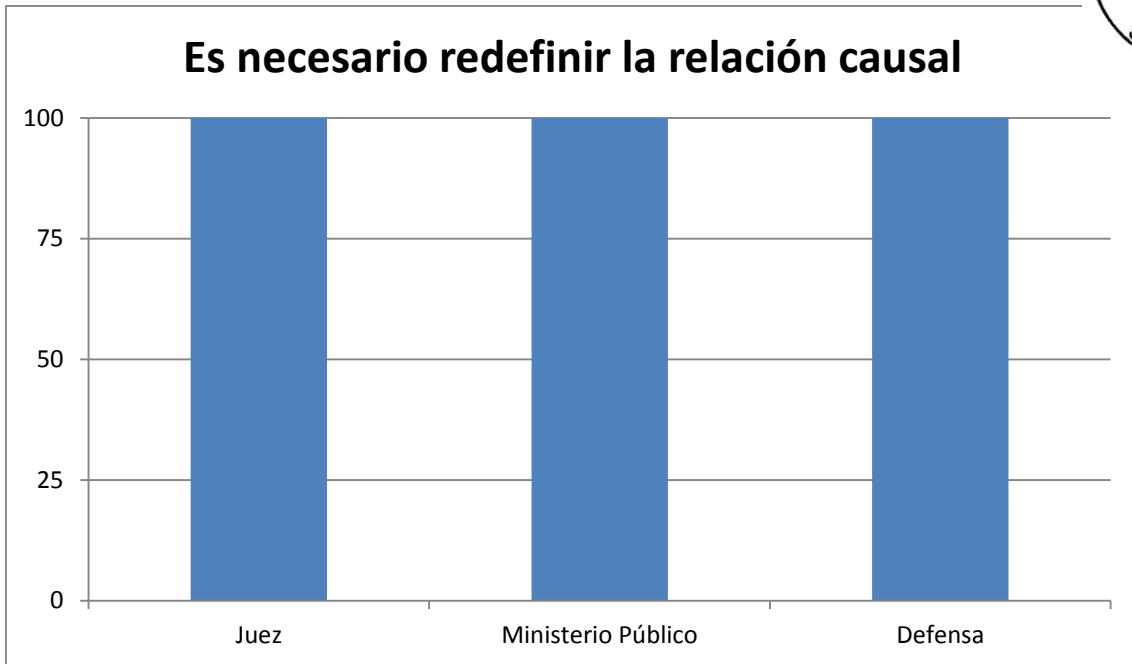
Declaración Universal de Derechos Humanos, Convenio Europeo para la
Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y Pacto
Internacional Derechos Civiles y Políticos de Nueva York.



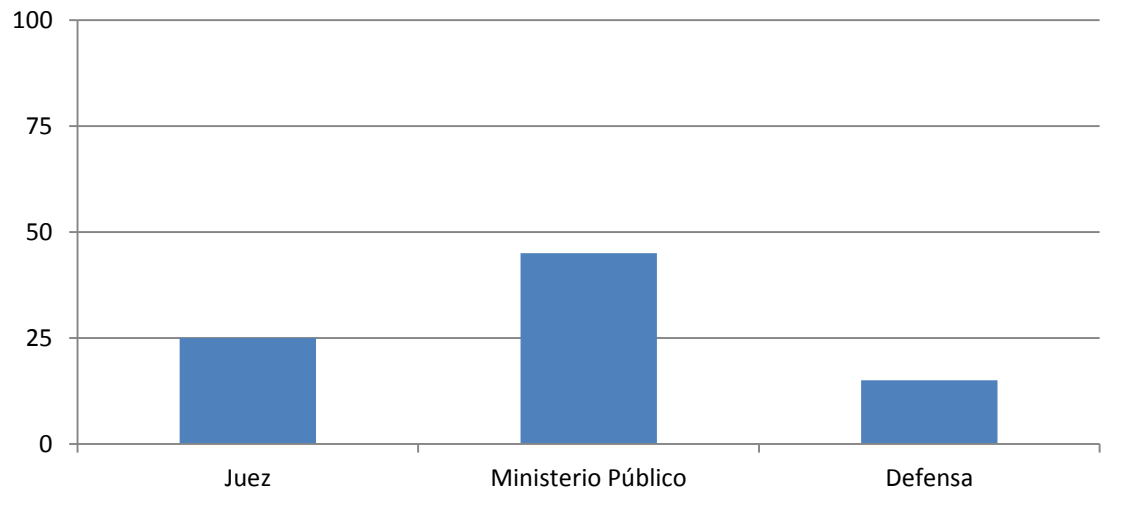
ANEXOS



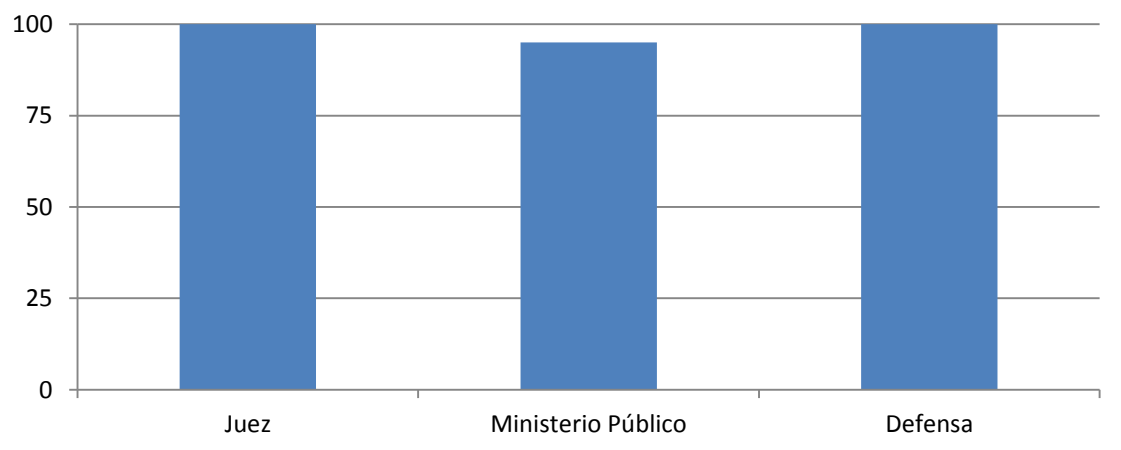




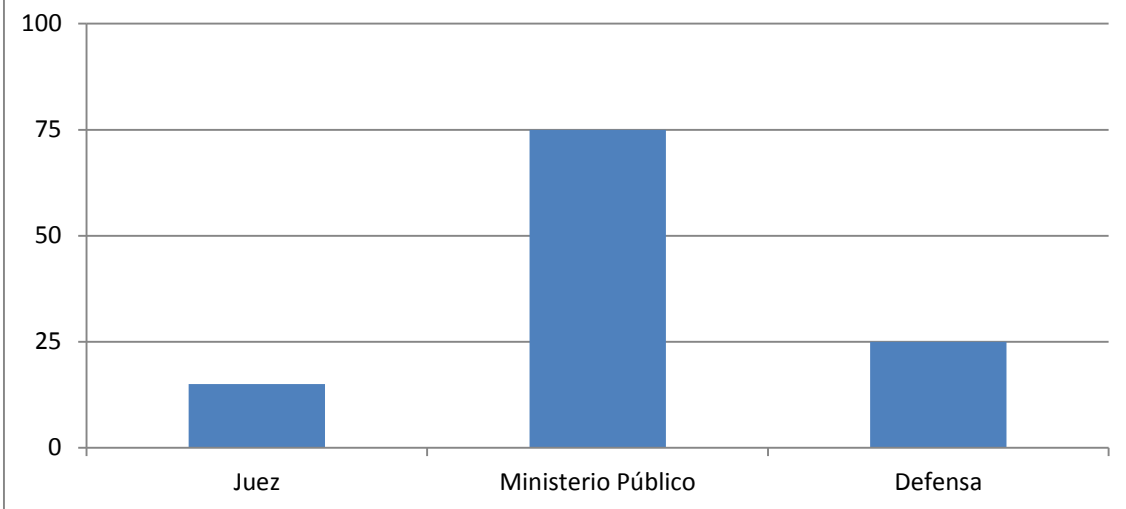
El Ministerio Público sale porque delinquen las personas



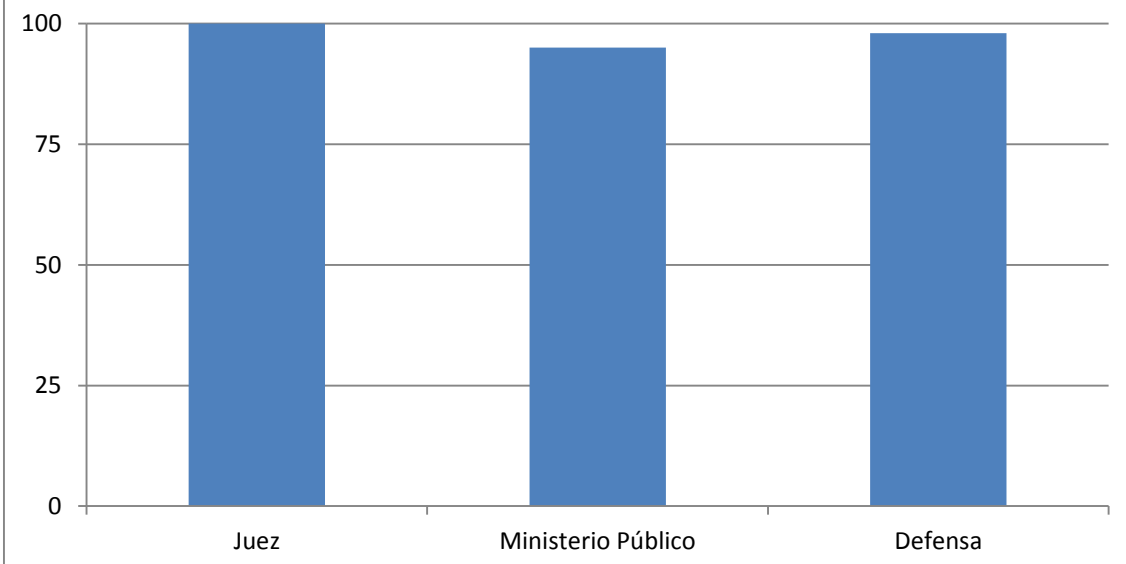
Con la adecuada ley conforme la acción finalista, cree que el detenido podría (...) porque delinque



En dónde se marca más el desconocimiento de la acción finalista



Cree que deberían mejorar las cárceles





ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Con la finalidad de establecer un indicador, en el Trabajo Tesis de Investigación de Maestría Penal, denominado: “La acción finalista en el proceso penal guatemalteco”, se ha formulado el siguiente cuestionario para jueces, fiscales y abogados defensores, que agradeceré se responda a conciencia encerrando, en un círculo su respuesta y explicando el por qué.

1. ¿Es importante investigar la personalidad del acusado en el proceso?

Sí No

¿Por qué? _____

2. ¿Es importante realizar exámenes psicológicos al acusado en el proceso?

Sí No

¿Por qué? _____

3. ¿Es importante establecer patológicamente por qué el detenido delinquirió?

Sí No

¿Por qué? _____

4. ¿En la redacción del art. 10 del Código Penal, está bien la relación causal?



Sí No

¿Por qué? _____

5. ¿Conoce usted la acción finalista?

Sí No

¿Por qué? _____

6. ¿Cree usted que la psicología forense ayudaría a la acción finalista?

Sí No

¿Por qué? _____

7. ¿En Guatemala se debe mejorar la definición de la Relación Causal?

Sí No

¿Por qué? _____

8. La Relación Causal existente, ¿se aplica adecuadamente?

Sí No

¿Por qué? _____

9. En la relación causal que imputa el Ministerio Público en los hechos, ¿se indica porque delinquiró?

Sí No



10. ¿Es factible para el Ministerio Público saber cuál es el móvil del delito?

Sí No

¿Por qué? _____

11. ¿Sabe usted que en países con el sistema acusatorio, es importante determinar en la imputación, la personalidad del detenido?

Sí No

Cuáles _____

12. Cree usted que al saber porque delinquen las personas, es una forma Para prevenir el delito.

Sí No

¿Por qué? _____

13. ¿Cree que al saber por qué se delinque, sería un factor importante para la resocialización?

Sí No

¿Por qué? _____

14. ¿Cree que hay ciertas circunstancias que impiden que una persona se Resocialice?

Sí No



¿Por qué? _____

15. Las cárceles de Guatemala, ¿ayudan a que el detenido, se resocialice?

Sí

No

¿Por qué? _____

Gracias.

ROLG



De acuerdo al sistema internacional de muestreo, como tarea de campo y para establecer una medición sobre el conocimiento, aplicación, importancia y necesidad, en el Trabajo de Investigación de Maestría Penal, denominado: “La acción finalista en el proceso penal guatemalteco”, se ha formulado el siguiente encuesta dirigida a JUECES DE PAZ, DE INSTANCIA, DE SENTENCIA, AGENTES FISCALES Y ABOGADOS DEFENSORES, que agradeceré se responda a conciencia.

1. ¿Cuál es su cargo?: a) Juez. b) Fiscal, c) Defensor, d) Estudiante

2. ¿Conoce en qué consiste la acción finalista en lo penal?

Sí _____ No _____

3. ¿Conoce en que consiste la acción causalista?

Sí _____ No _____

4. ¿Reconoce que la acción es el comportamiento que depende de la voluntad humana y es parte de la teoría del delito?



Sí _____ No _____

5. La acción finalista debe averiguar las razones socioculturales, familiares, laborales, de desarrollo integral, que se tuvieron para delinquir. ¿Cree que esto sea bueno?

Sí _____ No _____

6. ¿Al averiguar correctamente las razones por las cuales se delinquirió se sabría mejor si una persona se resocializa?

Sí _____ No _____

7. ¿Será que en el proceso penal guatemalteco es necesaria la acción finalista?

Sí _____ No _____

8. ¿Cree que la ausencia de la acción finalista seguiría provocando daño a la víctima y al sindicado?

Sí _____ No _____

9. ¿Cree pertinente modificar el derecho penal guatemalteco?



Sí _____ No _____

10. ¿Cuáles serían esas modificaciones? A) Parte general Código Penal.
- B) Parte Especial Código Penal.
- C) Todas las leyes penales.



LO CONDUCENTE.

DECRETO NÚMERO 2164

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETA:

El siguiente

CÓDIGO PENAL

LIBRO I

DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS Y
FALTAS, LAS PERSONAS RESPONSABLES Y LAS PENAS

De los delitos y faltas

Artículo 1.-Delito es la infracción voluntaria de la ley penal. Toda infracción de la ley penal, se presume voluntaria mientras no conste lo contrario.

Artículo 12.-El que cometiere un delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender, o el mal causado fuere distinto del que se proponía ejecutar.

Dado en el Palacio del Poder Legislativo: en Guatemala, el veintinueve de abril de mil novecientos treinta y seis.

L. F. MENDIZABAL,
Presidente.

F. HERNANDEZ DE LEON,
Secretario.



J. ED. GIRON,

Secretario.

Casa del Gobierno: Guatemala, veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y seis.

Publíquese y cúmplase.

El Secretario de Estado en el Despacho
de Gobernación y Justicia,
GMO. S. DE TEJADA.

JORGE UBICO.

