

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or historical figure, surrounded by various symbols including a crown, a lion, and architectural elements. The Latin text "ACADEMIA CAROLINA" is visible at the top and "UNIVERSITAS INTER-CETERAS ORBIS" at the bottom of the seal.

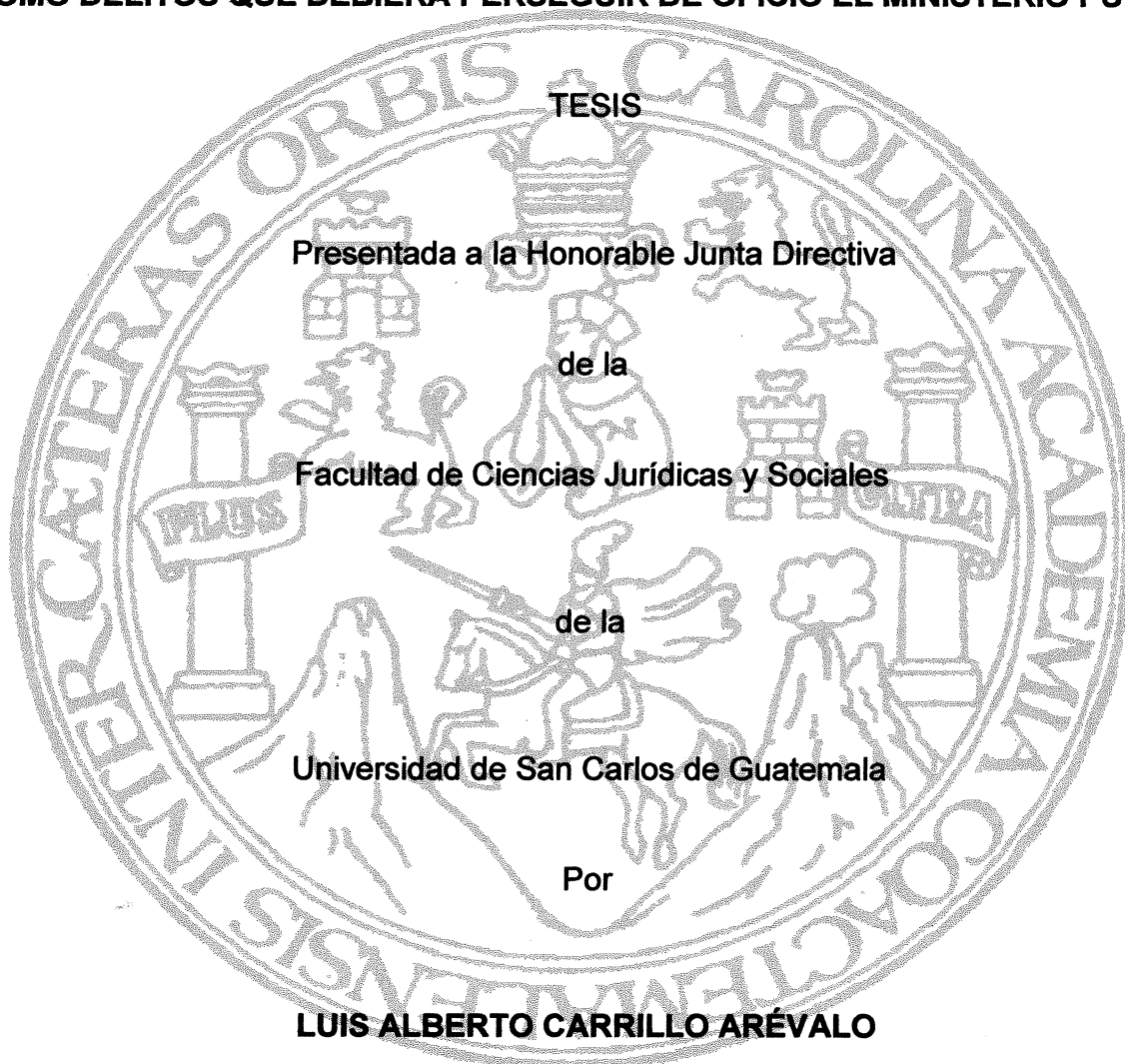
**ANÁLISIS JURÍDICO DE DELITOS COMETIDOS POR GRUPOS DE PERSONAS
AMPARADAS EN LA COSTUMBRE, LOS CUALES EN REALIDAD SE ENCUADRAN
COMO DELITOS QUE DEBIERA PERSEGUIR DE OFICIO EL MINISTERIO PÚBLICO**

LUIS ALBERTO CARRILLO ARÉVALO

GUATEMALA, JUNIO DE 2017

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE DELITOS COMETIDOS POR GRUPOS DE PERSONAS
AMPARADAS EN LA COSTUMBRE, LAS CUALES EN REALIDAD SE ENCUADRAN
COMO DELITOS QUE DEBIERA PERSEGUIR DE OFICIO EL MINISTERIO PÚBLICO**



Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

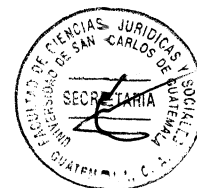
Guatemala, junio de 2017

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

DECANO: Lic. 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

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

Lic. Jaime Rolando Montealegre Santos
Abogado y Notario
Colegiado 4713



Guatemala, 26 de julio del año 2012

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

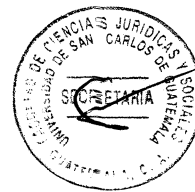


Doctor Mejía Orellana:

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha doce de enero del año dos mil doce, en el cual se me faculta para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como asesor del bachiller Luis Alberto Carrillo Arévalo me dirijo a usted haciendo referencia con el objeto de informar mi labor y oportunamente emitir el dictamen correspondiente.

1. El trabajo de tesis se denomina: **ANÁLISIS JURÍDICO DE DELITOS COMETIDOS POR GRUPOS DE PERSONAS AMPARADAS EN LA COSTUMBRE, LAS CUALES EN REALIDAD SE ENCUADRAN COMO DELITOS QUE DEBIERA PERSEGUIR DE OFICIO EL MINISTERIO PÚBLICO.**
2. Al realizar la asesoría le sugerí modificaciones a sus capítulos, bibliografía y citas bibliográficas, las cuales fueron atendidas. El contenido científico y técnico del trabajo llevado a cabo abarcó los tópicos de importancia en materia penal, enfocando el derecho consuetudinario.
3. La metodología y técnicas de investigación se adaptan al trabajo desarrollado y permitieron la recolección de documentos bibliográficos relacionados con el tema que se investigó.
4. La redacción del tema cuenta con una estructura formal compuesta de una secuencia ideal que lleva al lector al buen entendimiento del mismo y al cumplimiento del procedimiento de investigación científico.
5. La hipótesis formulada fue comprobada y los objetivos alcanzados. Las conclusiones y recomendaciones se comparten con el investigador y están debidamente estructuradas. Además, la bibliografía y presentación final es correcta.
6. El tema es de un gran interés para la sociedad guatemalteca, estudiantes y profesionales del derecho al señalar delitos por parte de personas que se amparan en la costumbre, pero que los mismos realmente deben ser perseguidos por el Ministerio Público.

Lic. Jaime Rolando Montealegre Santos
Abogado y Notario
Colegiado 4713



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

Muy atentamente.

Lic. Jaime Rolando Montealegre Santos
Asesor de Tesis
Colegiado 4713

Licenciado
~~Jaime Rolando Montealegre Santos~~
Abogado y Notario



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

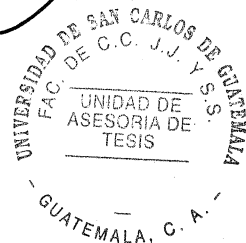
UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 12 de septiembre de 2012.

Atentamente, pase a el LICENCIADO FREDY ALBERTO SUTUC GUTIÉRREZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante LUIS ALBERTO CARRILLO ARÉVALO, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE DELITOS COMETIDOS POR GRUPOS DE PERSONAS AMPARADAS EN LA COSTUMBRE, LOS CUALES EN REALIDAD SE ENCUADRAN COMO DELITOS QUE DEBIERA PERSEGUIR DE OFICIO EL MINISTERIO PÚBLICO".

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


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

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyf.

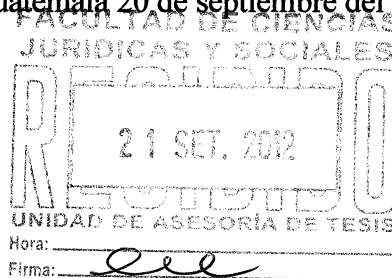


Lic. Fredy Alberto Sutuc Gutiérrez
Abogado y Notario
Colegiado 5658



Guatemala 20 de septiembre del año 2012

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



Distinguido Doctor:

Atentamente me dirijo a usted para informarle que en mi calidad de revisor de tesis del bachiller Luis Alberto Carrillo Arévalo, según nombramiento recaído en mi persona he procedido a la revisión del tema denominado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DE DELITOS COMETIDOS POR GRUPOS DE PERSONAS AMPARADAS EN LA COSTUMBRE, LOS CUALES EN REALIDAD SE ENCUADRAN COMO DELITOS QUE DEBIERA PERSEGUIR DE OFICIO EL MINISTERIO PÚBLICO”**, le doy a conocer:

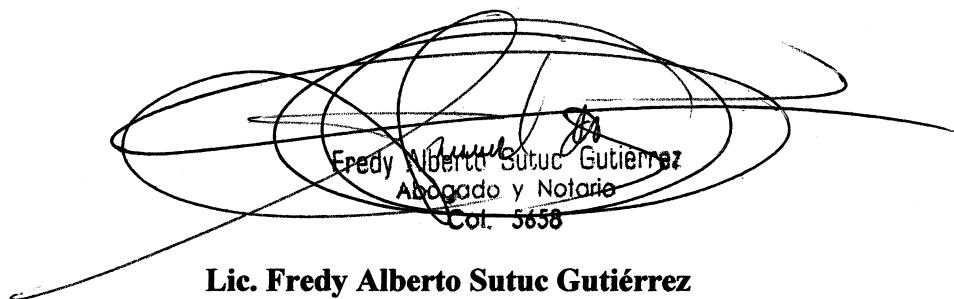
- a) He revisado metódica y técnicamente el trabajo del estudiante y le he sugerido correcciones necesarias para la mejor comprensión del tema desarrollado, las cuales fueron corregidas oportunamente, constando la tesis de capítulos realizados en orden lógico que contienen un tema jurídicamente importante.
- b) En el contenido científico y técnico de la tesis abarcó tópicos de importancia en materia penal, señalando delitos en los cuales la justicia y las autoridades del país tienen la función de mantener el orden.
- c) La metodología y técnicas de investigación fueron las adecuadas. Su utilizaron los métodos analítico, sintético, deductivo e inductivo. Dentro de las técnicas empleadas se encuentran la observación, la bibliográfica y la documental.
- d) Se seleccionó el material de estudio adecuado y se estudió el fenómeno investigado, culminando con la comprobación de la hipótesis y alcanzando los objetivos tanto generales como específicos con la finalidad de establecer doctrinariamente y jurídicamente la forma de resolver esta problemática en la práctica.
- e) La redacción cuenta con una secuencia ideal que comienza con temas que llevan al lector al desarrollo del tema central para el correcto entendimiento del mismo y al cumplimiento de el procedimiento del método científico.
- f) Respecto a la contribución científica, el ordenamiento jurídico establece sanciones para cumplir con la normativa vigente no cumpliéndose en la actualidad, debido a que se aplica la sanción a la cual se tiene costumbre.
- g) Las conclusiones y recomendaciones se encuadran en la realidad social y penal desde el punto de vista legal y están debidamente estructuradas al contenido del plan de investigación elaborado.

Lic. Fredy Alberto Sutuc Gutiérrez
Abogado y Notario
Colegiado 5658



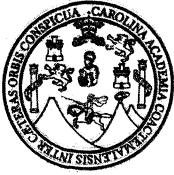
La tesis reúne efectivamente los requisitos legales señalados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente,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

Sin otro particular me suscribo de usted con muestras de mi consideración y estima.



Fredy Alberto Sutuc Gutiérrez
Abogado y Notario
Col. 5658

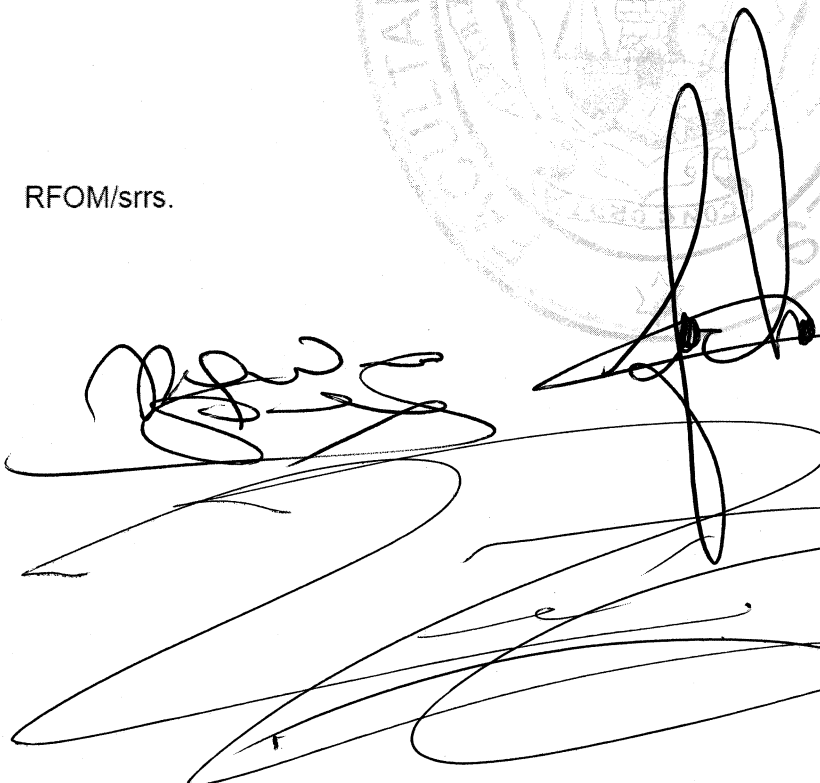
Lic. Fredy Alberto Sutuc Gutiérrez
Revisor de Tesis
Col. 5658



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 05 de mayo de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante LUIS ALBERTO CARRILLO ARÉVALO, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE DELITOS COMETIDOS POR GRUPOS DE PERSONAS AMPARADAS EN LA COSTUMBRE, LOS CUALES EN REALIDAD SE ENCUADRAN COMO DELITOS QUE DEBIERA PERSEGUIR DE OFICIO EL MINISTERIO PÚBLICO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.



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

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





DEDICATORIA

A DIOS:

Hacedor de la vida, gracias por darme la oportunidad de llegar a la culminación de uno de mis propósitos y por haberme permitido en este arduo camino, encontrar a muchos profesionales para aprender de sus conocimientos.

A MIS PADRES:

Gilberto Carrillo Castillo y Dora Alicia Arévalo (Q.E.P.D.), por su apoyo incondicional, sus sabios consejos y su trabajo para que yo pudiera salir adelante. Dios los bendiga siempre.

A MI ESPOSA:

Marlin de Carrillo, por su apoyo y paciencia en todo momento, por sus oraciones y bendiciones.

A MIS HIJOS:

Carlitos, Luisa Fernanda e Isabel Alejandra, por ser las personas que me dan ánimo y fuerza para seguir avanzando, para poder disfrutar juntos del esfuerzo.



A MIS AMIGOS:

Por la amistad brindada, por el apoyo de superación y los momentos durante nuestra formación profesional.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por haber abierto sus puertas y dejar en mi toda la ciencia del conocimiento social para ser un buen profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho penal y la pena.....	1
1.1. El derecho penal.....	2
1.2. Historia del derecho penal.....	4
1.3. Naturaleza del derecho penal.....	7
1.4. Características del derecho penal.....	9
1.5. Fuentes del derecho penal.....	16
1.6. La ley penal.....	18
1.7. Características de la ley penal.....	19
1.8. El delito.....	22
1.9. Los elementos del delito.....	25
1.10. Teoría del delito.....	26
1.11. Teorías del delito culposo.....	28
1.12. El dolo.....	29
1.13. Naturaleza del delito.....	30
1.14. Sujetos del delito.....	32
1.15. Atenuantes y agravantes del delito.....	33



CAPÍTULO II

2. La pena y la costumbre.....	43
2.1. La pena.....	43
2.2. Fundamentos y fines de las penas.....	44
2.3. El proceso penal.....	45
2.4. Naturaleza jurídica.....	46
2.5. Objeto del proceso penal.....	48
2.6. La costumbre.....	49
2.7. Costumbre jurídica.....	52

CAPÍTULO III

3. El derecho consuetudinario.....	55
3.1. Definición de derecho consuetudinario.....	57
3.2. Antecedentes.....	58
3.3. Denominaciones de derecho consuetudinario.....	60
3.4. Formas de derecho consuetudinario.....	61
3.5. Elementos del derecho consuetudinario.....	62
3.6. Características del derecho consuetudinario.....	63
3.7. Idiomas utilizados.....	64
3.8. Poblaciones.....	64



CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de delitos cometidos por grupos de personas amparados en la costumbre, los cuales en realidad se encuadran como delitos que debiera proteger de oficio el Ministerio Público.....	67
4.1. Casos en que grupos de personas utilizan la costumbre e incurrir en delitos del derecho penal vigente.....	67
4.2. Delitos cometidos con la figura del derecho consuetudinario.....	68
4.3. Consecuencias de imagen en el exterior por la transgresión de la ley penal utilizando la costumbre en Guatemala.....	69
4.4. Principales delitos cometidos para aplicar el derecho.....	72
4.5. Análisis de la sanción penal por utilización de la costumbre en las poblaciones en Guatemala.....	80
4.6. Competencia del Ministerio Público como ente encargado de la investigación penal.....	81
4.7. La necesidad de aplicar el derecho penal vigente y la necesidad de erradicar la costumbre con la aplicación del derecho penal en Guatemala.....	85
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93



INTRODUCCIÓN

El tema que se desarrolló fue elegido para analizar la forma en que se aplica el derecho consuetudinario en un elevado número de departamentos de Guatemala, ya que en los mismos se llevan a cabo actos ilícitos por diversos grupos de personas, lo cual sucede cuando una persona sorprendida en la comisión de un delito tipificado en el Código Penal, se cree que es necesario que la comunidad tenga participación de forma activa en el castigo mediante la costumbre de los castigos corporales, tomando decisiones de manera inmediata, para acelerar las sanciones de aquellos que incurran en delitos que afecten a la población de manera directa o indirecta, no importando si los delitos son de alto o mínimo impacto, ya que tienen que ser castigados con la costumbre.

El derecho consuetudinario consiste en normas jurídicas que no se encuentran escritas, pero se cumplen debido a que en el tiempo se ha hecho costumbre su cumplimiento, es decir, se utilizan y derivan de hechos que se han producido repetidamente, en el tiempo, en un territorio concreto.

Uno de los elementos, en el cual, más se emplea el derecho consuetudinario es el sistema judicial y penal, donde se establecen los distintos parámetros para la definición de culpas y condenas. Cuando se aplica una pena a base de costumbres, es debido a que la conducta de la población ha llevado a los distintos organismos a tener conciencia y valorar la importancia de las costumbres.

Un delito, es un comportamiento que ya sea por propia voluntad o por imprudencia resulta contrario a lo establecido en la ley. El mismo, por ende, implica una violación de las normas que se encuentran vigentes, lo cual hace que merezca un castigo o pena. Se conoce como delito a toda aquella acción que resulte condenable.

Los objetivos abarcaron los distintos inconvenientes que se presentan por actos violentos que los grupos de personas llevan a cabo y se encuentran penados por el ordenamiento jurídico vigente en la sociedad guatemalteca, no respetando la ley,



debido a que toman la justicia por sus mismas manos. La hipótesis comprobada estableció claramente que el Ministerio Público es el encargado de la persecución penal en el país, y por ende es el ente encargado de la investigación penal y no las personas amparadas en la costumbre.

Para el desarrollo del trabajo se utilizaron distintos métodos, entre los cuales: el método deductivo, fue de utilidad para la determinación de la observación del fenómeno en general; el método sintético, dio a conocer la problemática de la justicia consuetudinaria, y el método analítico, indicó la problemática actual. Las técnicas utilizadas fueron la bibliográfica y documental, con las cuales se consultó y analizó la bibliografía relacionada con el tema.

La tesis contiene cuatro capítulos desarrollados así: el primer capítulo, indica el derecho penal y la pena, el derecho penal, historia del derecho penal, naturaleza jurídica del derecho penal, características del derecho penal, fuentes del derecho penal, la ley penal, características de la ley penal, el delito, los elementos del delito, teoría del delito, teorías del delito culposo, el dolo, naturaleza del delito y sujetos del delito; el segundo capítulo, señala la pena y la costumbre, la pena, fundamentos y fines de la pena, el proceso penal, naturaleza jurídica, objeto del proceso penal, la costumbre y costumbre jurídica; el tercer capítulo, estudia el derecho consuetudinario, definición, antecedentes, denominaciones, elementos, características, idiomas utilizados y poblaciones; y el cuarto capítulo, analiza los delitos cometidos por grupos personas amparados en la costumbre, los cuales en realidad se encuadran como delitos que deben ser perseguidos por el Ministerio Público.



CAPÍTULO I

1. El derecho penal y la pena

El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, principios doctrinarios e instituciones creadas por el Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad. El derecho procesal penal es la rama del derecho público, en donde se enmarca la función jurisdiccional del Estado, ejercitada a través de los tribunales de justicia y la pena. La pena es la sanción que utiliza el Estado para reaccionar frente al delito.

La finalidad del derecho penal no se reduce al listado de conductas tomadas en consideración como delitos y a la pena que a cada una le es correspondiente, sino que esencialmente su misión consiste en proteger a la sociedad. Ello, se logra a través de medidas que por una parte llevan a la separación del delincuente peligroso por el tiempo necesario, al lado que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son a través del tratamiento adecuado en cada caso para alcanzar ese objetivo.

De esa manera, el derecho penal se puede definir como el conjunto de normas, pertenecientes al ordenamiento legal de determinado Estado, cuya finalidad es esencial y se refiere a la regulación de las conductas tomadas en cuenta como delitos, con la aplicación de una pena.



Derecho penal es la rama del derecho público reguladora de la potestad punitiva del Estado, asociando hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia. Cuando se hace referencia al derecho penal se emplea el término utilizando distintos significados, de conformidad con lo que se busque hacer referencia, pudiéndose hacer mención de forma preliminar de un derecho sustantivo, y por otra parte, del derecho penal adjetivo o procesal penal.

El primero de los mismos, se encuentra integrado por lo que por lo general se conoce como Código Penal o normas penales de fondo, que consisten en las normas promulgadas por el Estado, que se encargan del establecimiento de los delitos y de las penas, mientras que el derecho procesal penal consiste en el conjunto de normas que están destinadas al establecimiento del modo de aplicación de las mismas.

1.1. El derecho penal

“Derecho penal es la rama del derecho público que regula la potestad punitiva del Estado, estrictamente determinada por la ley, como presupuesto a la regulación de la representación y castigo de los crímenes o delitos por medio de la imposición de las penas.”¹ “Los bienes jurídicos tienen que ser protegidos penalmente y sobre los

¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 345.



principios variables en el tiempo y en el espacio se configuran específicamente los delitos y establecen las penas que a cada uno de ellos les son correspondientes.”²

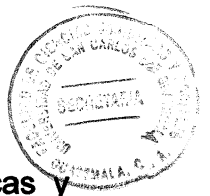
Derecho penal es el saber jurídico que establece los principios para la creación, interpretación y ejecución de la aplicación de las leyes penales, proponiéndole a los jueces un sistema orientador de sus decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho.

Es la rama del derecho encargada de la regulación de la potestad pública de castigar, estableciendo lo que es punible y sus consecuencias, así como la aplicación de una sanción o una medida de seguridad a los autores de infracciones punibles.

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

Se refiere al conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones en el derecho.

² *Ibid.* Pág. 345.



Se establece entonces que el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas y principios doctrinarios creados por el Estado para determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad, siendo a la ciencia penal la que comprende el estudio del derecho penal que tiene como fin el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido, preventivo, rehabilitador y se encuentra investido de una serie de principios.

1.2. Historia del derecho penal

Héctor Aníbal de León Velasco y José Francisco de Mata Vela, nos señalan que: “Tradicionalmente se ha definido el derecho penal en forma bipartita, desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista objetivo se considera que esa división sigue siendo válida.”³

Desde el punto de vista objetivo es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado, que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad, actuando a su vez como un dispositivo legal que limita la facultad de castigar del Estado, a través del principio de legalidad, de defensa o de reserva que contiene el Código Penal en el Artículo 1º y que se complementa con el Artículo 7º del Código Penal.

³ Derecho penal guatemalteco. Pág. 4.



“Desde el punto de vista subjetivo es la facultad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano o fundamento filosófico del derecho penal, o sea es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso.”⁴ Cada sociedad, históricamente, ha creado y crea sus propias normas penales, con rasgos y elementos característicos según el bien jurídico que en cada caso se quiera proteger.

Tabú y venganza privada: en los tiempos primitivos no existía un derecho penal estructurado, sino que había toda una serie de prohibiciones basadas en conceptos mágicos y religiosos, cuya violación traía consecuencias no únicamente para el ofensor sino también para todos los miembros de su familia, clan o tribu. Cuando se responsabilizaba a alguien por la violación de una de estas prohibiciones, el ofensor quedaba a merced de la víctima y sus parientes, quienes lo castigaban causándole a él y su familia un mal mayor. No existía relación alguna entre la ofensa y la magnitud del castigo.

La Ley del Talión: las primeras limitaciones a la venganza como método de castigo surgen con el Código de Hammurabi, La Ley de las XII Tablas y la Ley Mosaica, que intentan establecer una primera proporcionalidad entre el daño producido y el castigo. Es el famoso "ojo por ojo, diente por diente". En los casos en que no existía daño físico, se buscaba una forma de compensación física, de modo tal, por ejemplo, que al autor

⁴ Ibid.



de un robo se le cortaba la mano. A esta misma época corresponde la aparición de la denominada composición, consistente en el reemplazo de la pena por el pago de una suma dineraria, por medio de la cual la víctima renunciaba a la venganza. En la actualidad se está introduciendo la remisión de la pena a cambio de servicios a la comunidad.

El extenso período que abarca lo que habitualmente se denomina derecho romano puede ser básicamente dividido en épocas, acorde al tipo de gobierno que cada una de ellas tuvo. A partir de la Ley de las XII Tablas se distinguen los delitos públicos de los delitos privados. Los primeros eran perseguidos por los representantes del Estado en interés de éste, en tanto que los segundos eran perseguidos por los particulares en su propio interés. Es de destacar que la Ley de las XII Tablas no establecía distinciones de clases sociales ante el derecho. Con el correr del tiempo los delitos privados pasan a ser perseguidos por el Estado y sometidos a pena pública. Durante la época de la República, solo van quedando como delitos privados los más leves. El derecho penal romano comienza a fundarse en el interés del Estado, reafirmandose de este modo su carácter público.

Esta característica se ve claramente en la época del Imperio. Los tribunales actuaban por delegación del emperador; el procedimiento extraordinario se convirtió en jurisdicción ordinaria en razón de que el ámbito de los crímenes contra la majestad del



imperio se fue ampliando cada vez más. Con el desarrollo del período imperial no se tratará ya de tutelar públicamente intereses particulares, sino de que todos serán intereses públicos. La pena en esta etapa recrudescer su severidad.

1.3. Naturaleza del derecho penal

Siempre ha sido un problema la naturaleza jurídica del derecho penal, por la discusión de su autonomía respecto de otras ramas del derecho, como a su pertenencia al derecho público o al derecho privado. “Cuando se hace referencia sobre la naturaleza jurídica del derecho penal, se busca averiguar el lugar donde éste nace y la ubicación que tiene dentro de las distintas disciplinas jurídicas, pudiendo con ello surgir la duda si pertenece al derecho privado, al derecho público o al derecho social, que son los tres escaños en que se le ha tratado de ubicar.”⁵

Al querer encontrar la naturaleza jurídica del derecho penal o la de cualquier materia del derecho, se debe establecer su origen y a qué lugar pertenece dentro de las múltiples disciplinas de la ciencia.

Tradicionalmente, se dice que uno u otro derecho pertenece al derecho privado, al derecho público o al derecho social, por lo que debe ubicarse en uno de ellos al derecho penal, conforme su naturaleza.

⁵ *Ibid.* Pág. 346.



Sin presentar mucha dificultad, se puede afirmar que el derecho penal es de naturaleza jurídica pública, como es generalmente aceptado, porque únicamente al Estado corresponde la potestad de penar e imponer medidas de seguridad.

También, porque es la parte del derecho público que tiende a proteger los más fundamentales intereses individuales y colectivos; por esas mismas razones, el derecho penal no puede ser derecho privado ni social.

“Es una función típicamente pública la tarea de penar o imponer medidas de seguridad, la que solamente corresponde al Estado y es una expresión de su poder interno derivado de la soberanía, argumentando además que la comisión de cualquier delito, sea privado, público o mixto, genera una relación directa entre el infractor y el Estado, que es el único titular del poder punitivo, por lo que se considera que el derecho penal sigue teniendo naturaleza jurídica pública”.⁶

“El derecho penal no puede ser otra cosa que una rama del derecho público, o sea, un derecho en que interviene directamente el Estado como persona de derecho público, pues el derecho penal protege bienes jurídicos contra conductas que los lesionan y que con ello menoscaban la seguridad jurídica que no permite el resguardo del bien común.”⁷

⁶ **Ibid.** Pág 5.

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal parte general.** Pág. 24.



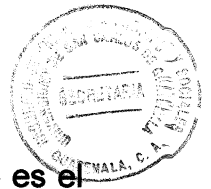
1.4. Características del derecho penal

El derecho penal está dirigido a lograr que los hombres actúen de modo conveniente para una vida ordenada, por lo cual se establece que el derecho penal cuenta con las siguientes características:

- a) Ciencia cultural: "Cualquier actividad humana adquiere la categoría de ciencia cuando está enfocada a descubrir y solucionar problemas de un modo objetivo, racional y sistemático; sin importar que su objeto de estudio sea físico o social y cultural; así, el derecho penal es una ciencia pues, para lograr el cumplimiento de sus fines, intenta solucionar una parte fundamental de los problemas sociales de la manera que lo haría cualquier otra ciencia."⁸

Las ciencias culturales, también denominadas sociales o del espíritu, están dirigidas hacia el estudio del resultado de la actividad creadora del ser humano. El derecho penal, como todas las demás materias del derecho, es una ciencia eminentemente cultural pues su objeto de estudio es el deber ser de las conductas humanas en sociedad; esto es así porque esas conductas son reguladas con el propósito de alcanzar los fines que busca el derecho y no con el propósito de determinar su causa y efecto.

⁸ Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**. Pág. 116.



Se ha dicho con toda razón que el objeto de estudio del derecho penal no es el ser de las conductas humanas en sociedad, sino el de buscar los medios más adecuados para llegar a la consecución de sus fines; por lo tanto, entre los fenómenos hay una relación de medio a fin y no de causa a efecto, como la de los fenómenos físicos, de los que se ocupan las otras ciencias que son las naturales.

- b) Normativo: conforme algunos de los criterios para definir al derecho penal, se afirma que el derecho penal es un conjunto de normas jurídicas y es normativo porque está compuesto por preceptos o normas que contienen mandatos y prohibiciones que regulan la conducta humana en sociedad, normas de conducta obligatorias que son expresión de lo que debe ser, siendo el derecho penal una ciencia cultural con un método teleológico, debido a que puede que se cumplan sus normas, como también puede darse el caso que se incumplan.

Jorge Alfonso Palacios Motta señala: “El derecho en general está formado por un conjunto de derechos y obligaciones para las personas que viven en sociedad y además determina las consecuencias que deben producirse si no se cumplen esas obligaciones o si se violan esos derechos. En ese sentido, como parte del subsistema del derecho, dentro del sistema de control social, el derecho penal también contiene normas que regulan la conducta humana en sociedad, pero



fundamentalmente a través de prohibiciones y este debe ser considerado como la última defensa con la que cuenta el sistema.”⁹

- c) Positivo: el derecho penal es positivo porque en el ordenamiento jurídico solo tiene la cualidad de derecho penal el que es formalmente dictado por el Estado, es decir, los particulares no tienen la facultad de ser creadores de normas penales, como en el derecho común, ni pueden ser creadas a través de la jurisprudencia u otras fuentes del derecho.

Esta característica proviene del principio de legalidad, de su consecuencia y de la exclusión de analogía, siendo dicho principio el que rige el derecho penal y constituye una verdadera garantía contra la arbitrariedad de la potestad punitiva del Estado o contra otras personas que de hecho quieran arrogarse la misma.

- d) Valorativo: dentro de un sistema jurídico es necesario que exista un sistema de valoraciones que sirvan de guía para que la norma jurídica sancione la lesión a bienes jurídicos y condicione una conducta determinada.

En ese sentido, se afirma que ese sistema de valores: “Está ordenado conforme una jerarquía, donde existen valores de mayor o menor importancia. Como consecuencia lógica, la norma jurídica tratará de dar una protección mayor a

⁹ Apuntes de derecho penal. Pág. 6.



aqueellos valores cuya realización sea más importante para la convivencia de las personas en sociedad y una protección eficaz pero menos drástica, a los valores cuya realización se considera menos importante.”¹⁰

Puede decirse, entonces, que el derecho penal es valorativo porque sus normas son elaboradas con atención al cumplimiento de sus propios fines, a través de una valoración previa de las conductas humanas en sociedad, ya que sus particulares sanciones solamente se pueden justificar porque mediante ellas son protegidos los más fundamentales bienes jurídicos del ser humano.

- e) Finalista: el derecho en general debe asentar sus normas sobre la realidad para que sean más justas y eficaces; sin embargo, no constituye la realidad social el objeto preferente de las preocupaciones científicas del derecho porque el mismo se encuentra relacionado con conductas y en consecuencia tiene un carácter finalista, lo cual concuerda con la afirmación de que el derecho penal tiene como finalidad asegurar las condiciones de vida de la sociedad y establecer penas únicamente cuando son indispensables por falta de buena fe y probidad en la conducta humana.

Según lo antes expuesto, el derecho penal es finalista porque busca dirigir las conductas humanas en sociedad, de tal forma que no alteren el orden social y

¹⁰ Ibid.



jurídico establecido. El mismo, no debe ser considerado como una ciencia curativa del individuo ni de la sociedad, por lo que no se le debe atribuir tareas con las que no pueda cumplir como medio de curación o transformación social, sino que debe entenderse como el último recurso del que dispone el sistema de control social para resguardar los valores más fundamentales para el mantenimiento del orden social, en función de sus fines propios y los de todo el derecho, los que están plasmados en el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que consagra que: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

- f) Sancionador: el derecho penal no es simplemente sancionador, pues la sanción es uno de los instrumentos de los que el derecho se sirve para cumplir con sus fines, sino que esta característica es esencial en él porque éste constituye la última defensa en contra de las conductas humanas antisociales a los valores más fundamentales para el ser humano. Es por esos valores fundamentales que se distingue la sanción penal de las demás sanciones, porque sus dimensiones son proporcionales a la gran importancia de los mismos.

“Mientras exista el derecho penal el mismo no puede dejar de ser sancionador porque jamás podrá prescindir de la aplicación de la pena, aún y cuando existan



otras consecuencias del delito.”¹¹ Si se acepta de esa manera, esas sanciones tan particulares del derecho penal son necesarias para conservar el orden social y jurídico establecido, aunque estas no deberían imponerse a quienes se les puede aplicar alguna medida de política criminal más efectiva y menos dañina para lograr los mismos fines que persiguen ambas, ya que actualmente se busca darle también otro enfoque al derecho penal moderno.

- g) Preventivo: desde hace ya algún tiempo, el derecho penal dejó de ser únicamente sancionador, es decir, dejó de ser una simple operación lógica jurídica que implicaba una retribución penal, muchas veces desproporcionada, a los sujetos que causaran un daño a la sociedad predeterminado por la ley, el delito. Se ha dicho que con el apareamiento de las medidas de seguridad el derecho penal toma la característica de ser preventivo.

Dentro del interminable proceso de búsqueda de sus fines, como el sistema de control social que es, el derecho penal actualmente también pretende evitar el delito y es que con toda razón, es válido afirmar que un sistema que busca mantener la paz y el orden social, o que estos se alteren lo menos posible, es mucho más eficaz si se anticipa a evitar y resolver las causas que puedan alterarlos, que si solo intenta mantenerlos con la amenaza general de un mal a las conductas antisociales.

¹¹ De León. *Op. Cit.* Pág. 12.



Contra ese orden jurídico establecido y con la aplicación particular de un mal, una pena, a quien realice esas conductas, es históricamente una medida que no se ha logrado referente a la consecución de los fines del derecho penal.

Por lo anterior, la frase popular referente a que la mejor defensa es el ataque, puede también identificar a esta característica del derecho penal, pues uno de sus más importantes objetivos debería ser actuar antes de permitir que la paz y el orden social sean dañados; así, sería menos difícil prevenir que los mismos se dañen y por ende se considera esencial restaurarlos cuando el daño ya se encuentra hecho. Pero, eso sí, ese ataque no debe dirigirse a los delincuentes, sino a las causas de esas conductas humanas dañinas a la sociedad.

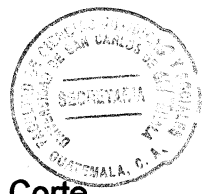
- h) Rehabilitador: la característica del derecho penal de ser rehabilitador del delincuente tiene fundamento constitucional, pues el Artículo 19 de la Constitución Política de Guatemala establece que: “El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos (...).” Además, tiene relación con la prevención del delito, pues si se logran modificar las conductas delictivas de las personas también se está previniendo que las mismas continúen delinquirando o lo hagan en el futuro, por lo que la sociedad se beneficia al no alterarse la paz y el orden. Pero, el bienestar de la sociedad no es la única motivación de la rehabilitación

también se está previniendo que las mismas continúen delinquiendo o lo hagan en el futuro, por lo que la sociedad se beneficia al no alterarse la paz y el orden. Pero, el bienestar de la sociedad no es la única motivación de la rehabilitación del delincuente, sino también la del bienestar del individuo, pues este es muy importante en los fines del derecho, sobre todo del derecho penal.

Así como el derecho penal busca proteger los valores más fundamentales del ser humano, también tiene la responsabilidad de aplicar las sanciones más drásticas de todo el derecho, por lo que la atribución de penar no puede tomarse en ningún caso a la ligera y por ello es que adquieren aquí tanta relevancia para el cumplimiento de los fines que persigue el derecho penal, las medidas de seguridad y corrección.

1.5. Fuentes del derecho penal

La fuente del derecho es aquello de donde el mismo emana, dónde y cómo se produce la norma jurídica. Entonces, la única fuente del derecho penal en los sistemas en los que impera el principio de legalidad es la ley, de la cual emana el poder para la construcción de las demás normas y su respectiva aplicación, por lo tanto, únicamente ésta puede ser la creadora y fuente directa del derecho penal.



Otro asunto sucede en los sistemas penales del derecho anglosajón o en la Corte Penal Internacional. Para estos sistemas penales el antecedente judicial es fuente de derecho, aunque son cada vez más, por razones de seguridad jurídica, los Estados que adoptan el modelo del sistema maestro o codificación. Se necesita de un derecho en constante evolución y no poder esperar la creación de leyes para adecuarlas al comercio, adoptándose la costumbre como fuente del derecho; en derecho penal, sin embargo, la costumbre no puede operar como creadora de delitos y penas.

A pesar de lo anteriormente dicho, algunos autores admiten como causa de exclusión la tipicidad. Según este argumento se afirma que en determinados casos, una conducta que pareciera típica, sin embargo, por fuerza de la actividad social se la considera atípica o permitida. Sin embargo, otros autores se posicionan francamente en contra, por entender que admitir la adecuación social es aceptarla como fuente del derecho. El caso típico que se pretende permitir con base en la adecuación social es el de los pequeños regalos a los funcionarios, conductas que entran de lleno en delitos de corrupción, conductas gravísimas incluso en sus más leves manifestaciones que afectan a las propias bases del sistema social y lo convierten en injusto. La jurisprudencia es la fuente clásica en el derecho anglosajón. La jurisprudencia es la reiteración de decisiones sobre un mismo asunto de forma similar, no es una sola decisión, tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso. No solamente en determinados países la jurisprudencia es utilizada para la toma de decisiones, sino que todos los abogados



decisión, tiene que ver con una actividad plural de decisiones que consolidan una tendencia para la solución de un caso. No solamente en determinados países la jurisprudencia es utilizada para la toma de decisiones, sino que todos los abogados tienden a buscar precedentes jurisprudenciales porque son los que le indican cómo interpretan los tribunales una determinada norma. Ahora bien, en los sistemas penales continentales la jurisprudencia no es fuente de derecho, así como tampoco lo es la analogía. La doctrina no es fuente del derecho penal, aunque cumple importantes funciones en relación a la creación e interpretación de la ley penal.

Los principios generales de derecho no pueden ser tomados en consideración como fuente del derecho penal, a pesar de que cumplen otras funciones al orientar y limitar la actividad legislativa, la interpretación o la aplicación de la ley penal.

1.6. La ley penal

El derecho penal objetivo, entendido como el conjunto de normas jurídicas penales que integran el sistema penal, se conforma por todas las leyes que establecen los delitos, las penas y las medidas de seguridad.



La ley penal es la que: “Constituye una de las fuentes del derecho, tal vez la principal del derecho. En sentido amplio, se entiende por ley toda norma jurídica reguladora de los actos y de las relaciones humanas aplicable en determinado tiempo y lugar.”¹²

1.7. Características de la ley penal

La teoría de la ley penal abarca el estudio de sus características, es decir, lo que distingue a las normas jurídico-penales, de las que pertenecen a las otras materias jurídicas.

Las características que se señalan a continuación son las generalmente aceptadas por la doctrina; no obstante, al igual que toda regla, tienen sus excepciones, como la inmunidad diplomática, en virtud de la cual no se pueden aplicar las leyes penales de un Estado al jefe de otro Estado, ni a otras personas protegidas por esa exención, con base en el derecho internacional y como el derecho de antejuicio, que establece a favor de determinadas personas un procedimiento previo para declarar si permite lugar o no a formación de causa y poder aplicarles la ley penal, tal es el caso de los diputados del Congreso de la República de Guatemala, el presidente y vicepresidente de la República, los ministros Estado, el presidente del Organismo Judicial y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte de Constitucionalidad.

¹² Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 233.



Entre las características se encuentran:

- a) **Generalidad, obligatoriedad e igualdad:** es dirigida a todas las personas, naturales o jurídicas, que habitan un país, quienes tienen la obligación de acatarla, resulta ser general y obligatoria para todos dentro del territorio nacional, sin discriminación en cuanto raza, sexo, color, religión, posición económica, social, política, laboral, familiar y otras que son consideradas de acorde a la igualdad.

- b) **Exclusividad de la ley penal:** esta característica se encuentra regulada en los artículos 1 al siete del Código Penal y se refiere a la exclusividad de la ley en la creación del derecho penal, que le corresponde al Estado en su ejercicio, ya que de acuerdo con el principio de legalidad, de defensa y de reserva, que contiene el Artículo uno del Código Penal, únicamente la ley puede crear delitos y faltas, así como establecer las penas y medidas de seguridad para los mismos.

- c) **Permanencia de la ley penal:** la ley penal permanece en el tiempo y en el espacio, hasta que otra ley penal la derogue y mientras que la misma permanezca, debe ser ineludible para todos los habitantes del territorio nacional.

Ello, se verifica en el Artículo 153 de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como en los artículos 5 y 8 de la Ley del Organismo Judicial.



d) Imperatividad de la ley penal: al contrario de otro tipo de normas, las penales contienen generalmente prohibiciones o mandatos que todos tienen que cumplir, sin dejar nada a la voluntad de las personas, mandar a hacer o limitar hacer algo determinado.

Ello, sin contar con la anuencia de la persona que únicamente debe acatarla, caso contrario la amenaza conforme el Código Penal se basa en la imposición de una pena.

e) Es sancionadora: siempre conlleva una sanción o un castigo, ello a pesar que el derecho penal moderno se considera que no es su fin supremo porque pretende prevenir, reeducar, reformar, rehabilitar y reorientar a través de las medidas de seguridad y atención directa del delincuente.

f) Es constitucional: debe tener su fundamento en la ley suprema que es la Constitución Política de la República de Guatemala y en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, que al ser aprobados y ratificados por Guatemala constituyen ley vigente.

Además, no debe contradecir los principios constitucionales, de lo contrario estará afectada de inconstitucionalidad.



1.8. El delito

El delito es: “Una acción típicamente antijurídica culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta.”¹³

Delito es: “Culpa, crimen, es el quebrantamiento de la ley. Acción u omisión voluntaria, castigada por la ley con una pena grave.”¹⁴

El Código Penal guatemalteco, en su parte especial establece que a cada acción que allí se describe le corresponde una pena, es por ello que Edgardo Alberto Donna sostiene al referirse al tema que: “La acción homicida o la defraudadora le corresponde una existencia real, debido a que a ella le sigue una pena, de manera que es factible afirmar que el delito es fundamento real de la pena.”¹⁵

Delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal que revela su prohibición, que por no estar permitida por ningún precepto jurídico es contraria al orden jurídico y que por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable. El injusto revela el desvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma, en tanto que la culpabilidad es una característica que la conducta adhiere por una especial condición del autor.

¹³ **Ibid.** Pág. 145.

¹⁴ **Diccionario Océano.** Pág. 290.

¹⁵ **Teoría del delito y de la pena.** Pág. 45.



Conforme lo que hoy plantea la dogmática el delito es una conducta típica antijurídica y culpable, se trata de una definición tripartita del delito. Desde el punto de vista del derecho penal, actualmente la definición del delito tiene un carácter descriptivo y formal. Además, corresponde a una concepción dogmática, cuyas características esenciales únicamente se obtienen de la ley. De conformidad a lo anterior, en la mayoría de los ordenamientos herederos del sistema continental, se acostumbra a definirlo como una acción típica, antijurídica y culpable, eventualmente punible, o más precisamente como toda acción u omisión o comisión por omisión, típicamente antijurídica y correspondientemente imputable al culpable, siempre y cuando no surja una causal de exclusión de la pena o el enjuiciable sea susceptible de la aplicación de una medida de seguridad.

Sin embargo, aunque hay un cierto acuerdo a la misma es punible el acuerdo respecto de su definición, a pesar de que no todos le atribuyen el mismo contenido. Así son especialmente debatidas las relaciones entre sus diversos elementos y los componentes de cada uno de ellos.

La constatación de un hecho punible es una situación compleja referida a un conjunto de hechos separables pero que forman una unidad. Constatar si determinado comportamiento es jurídico-penalmente relevante es de manera amplia establecer que hubo un comportamiento empíricamente observable, a través del cual se produjo un resultado y que ese resultado puede ser imputado a una persona. Esta secuencia solo



es posible por medio de una teoría del delito que señale primero la acción verificada en el mundo exterior, que se constate la lesividad del resultado y que exista la posibilidad de atribuir los dos elementos anteriores a una persona con capacidad de culpabilidad. Es un instrumento conceptual útil para realizar una aplicación racional de la ley penal al caso concreto. Se le atribuye una doble función: por un lado, mediar entre la ley penal y el caso concreto. Por otro lado, mediar entre la ley penal y los hechos materiales que son objeto de juicio. Se trata de una teoría de la aplicación de la ley penal, ya que primero se debe verificar que una conducta humana se adapta a la descripción realizada por el tipo, luego que la misma no esté autorizada ni que goce de un permiso por el ordenamiento jurídico y por último, comprobar que el autor posee las condiciones personales para imputarle dicha conducta.

Esta es una construcción doctrinal, surgida a fines del siglo XIX. Comienza con los planteamientos para poder enseñar derecho penal y luego se difunde por toda Europa en países tales como Italia, España, Portugal, Grecia. Luego es acogida en América Latina por la influencia española, pero países como Corea y Japón no adoptan este sistema. La teoría del delito es creada por la dogmática Alemana con el propósito de entregar seguridad jurídica para resolver un caso concreto y además establecer una pena justa y proporcionada. Esta es un sistema categorial por niveles que permite saber cuando a un determinado hecho se le puede asociar una pena debidamente establecida.



1.9. Los elementos del delito

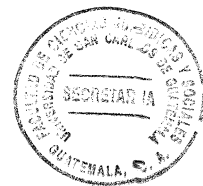
Los elementos del delito se clasifican en dos grandes grupos, a saber:

a) Elementos positivos del delito: entre los cuales se encuentran los que a continuación se indican.

- La acción o conducta humana.
- La tipicidad.
- La antijuricidad o antijuridicidad.
- La culpabilidad.
- Las condiciones objetivas de punibilidad.
- La punibilidad.
- La imputabilidad.

b) Elementos negativos del delito: entre los cuales se encuentran los que a continuación se indican.

- La falta de acción o conducta humana.
- La atipicidad o ausencia de tipo.



- Las causas de inculpabilidad.
- Las causas de justificación.
- Las causas de la in imputabilidad.
- La falta de condiciones objetivas de punibilidad.
- Causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias.

1.10. Teoría del delito

Se le denomina así, a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar el significado de delito en general, es decir, las características que debe tener el mismo. En efecto, cuando el juez, el fiscal, el defensor o quien fuere se encuentra ante la necesidad de determinar si existe o no hecho constitutivo de contravención a la ley penal en un caso concreto.

Todo esto indica que para averiguar si constituye conducta delictiva, se tienen que formular una serie de preguntas, o sea, que no basta preguntarse si hubo delito, si no se debe descomponerlo de un cierto número de preguntas, éstas y sus respectivas respuestas deben darse en un cierto orden lógico.

La teoría del delito es una construcción dogmática, que proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto. La teoría del delito tiene como principal objetivo precisar el concepto de delito, ya que este es su objeto de estudio.



Este tema es de especial importancia para el juez de paz, pues dentro del proceso penal, es por lo general la autoridad que recibe las actuaciones y le corresponde hacer la primera evaluación de los hechos, para determinar si encuadra dentro del concepto de delito.

La teoría del delito son todas las doctrinas, principios, leyes que contribuyan al conocimiento de un delito desde su etapa preparatoria. La dogmática es un método del conocimiento, pero la delimitación de lo que hay que conocer no es cuestión que tenga relación con el método.

Es una elaboración teórica, lógica y no contraria al texto de la ley; que permite definir cuando una conducta puede ser calificada como delito. La dogmática jurídico-penal, establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal segura y previsible y lo substraer de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación. El planteamiento de la culpa va indisolublemente ligado al del riesgo y este a su vez se encuentra definido por los fines sociales que se persiguen para alcanzar el bienestar social.

Las diferentes posiciones teóricas en la evolución de la teoría del delito han analizado de manera distinta la problemática de la culpa.



1.11. Teorías del delito culposo

- a) Teoría del causalismo naturalista: los autores causalistas no se preocuparon mayormente del problema del injusto de los delitos culposos, en la medida en que partían de que tipicidad y antijuridicidad se construían sobre la base de la causalidad y, por tanto, ésta era exactamente igual en un delito doloso y en uno culposo.

La culpa era un problema solo de culpabilidad de la relación subjetiva en el hecho, por eso la culpabilidad se agotaba o en el dolo o bien en la culpa, eran las dos únicas formas de culpabilidad.

- b) Teoría de la casualismo valorativo: debido a la misma a nivel del injusto, el causalismo valorativo es seguido considerando a la acción causal como lo fundamental, no habiendo variación alguna. La causalidad y el desvalor de resultado determinan el injusto y ambas categorías son exactamente iguales, se tratan de un delito doloso o culposo. Por tanto, se trasladaban mecánicamente las reglas desarrolladas para el delito doloso al culposo. Juan Bustos Ramírez indica que: "En diferente era, en cambio, la situación con respecto a la culpabilidad, puede establecerse que ha sido una relación valorativa y no simplemente psicológica."¹⁶

¹⁶ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**. Pág. 229.



1.12. El dolo

“Es la determinación o dirección consistente en la voluntad a causa de un hecho tenido en ley como delito”.¹⁷

La clasificación del dolo es la que a continuación se indica:

- Directo: es el en que la realización típica llevada a cabo es justamente el perseguido por el autor. El dolo directo también llamado intencional y determinado, aparece cuando hay perfecta correspondencia entre la voluntad del agente y su resultado.

- Indirecto: cuando el resultado no querido explícitamente por el agente aparece tan necesariamente ligado al evento directamente deseado, que su aceptación implica un querer, aunque indirecto.

- Eventual: “Es el caso de que la prevención de un resultado antijurídico, ligado solo eventualmente a otros de manera equivocada y querido no detiene al agente en la realización de su propósito inicial”.¹⁸

¹⁷ Reyes Calderón, José Adolfo. **Derecho penal**. Pág. 63.

¹⁸ Reyes Echandía, Alfonso. **Derecho penal**. Pág. 305.



- De lesión: surge cuando el propósito deliberado del sujeto activo precisamente es lesionar, dañar o destruir, perjudicar o menoscabar todo o parcialmente en cuanto a un bien jurídico tutelado.

- De peligro: surge cuando el propósito deliberado del sujeto activo no es precisamente lesionar un bien jurídico tutelado, sino ponerlo en peligro.

- Genérico: esta constituido por la deliberada voluntad de ejecutar un acto previsto en la ley como delito”.¹⁹

1.13. Naturaleza del delito

Ha resultado realmente difícil para los distintos tratadistas de la materia, en todas las épocas y en diversos lugares, abordar el tema de la naturaleza del delito, buscando con ello indagar sobre la esencia del hecho punible con validez universal y permanente que se presente.

Al respecto Eugenio Cuello Calón indica: “Muchos criminalistas han intentado formular una definición del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva para determinar si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas han sido inútiles, pues al

¹⁹ De Mata. **Op. Cit.** Pág. 173.



no ser la noción del delito una íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, la misma ha de seguir forzosamente los cambios de ellas y por consiguiente.”²⁰

- a) **Concepto formal del delito:** delito es todo aquello que la ley describe como tal. Toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

- b) **Concepto legal del delito:** de acuerdo al Artículo 11 del Código Penal, el delito doloso es: “Cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.” El Artículo 12 del Código Penal indica que el delito culposo es: “Cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia.”

- c) **Concepto sustancial del delito:** es el comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las relaciones sociales y que frente a ello exige una sanción penal.

- d) **Concepto dogmático del delito:** es la acción típica, antijurídica y culpable, Por lo tanto la teoría del delito es parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa en explicar el delito en general y cuáles son sus características.

²⁰ **Teoría del delito y culpabilidad.** Pág. 8.



1.14. Sujetos del delito

La doctrina generalmente se refiere a dos clases de sujetos: el primero que es, quien realiza o comete el delito y que recibe el nombre del sujeto activo, ofensor, agente o delincuente; el segundo que es, quien sufre las consecuencias del mismo y que se refiere al nombre de sujeto pasivo, ofendido, etc.

- a) **Sujeto activo del delito:** en legislaciones antiguas y principalmente en los pueblos primitivos, absurdamente atribuyeron capacidad delictiva a los animales y hasta las cosas inanimadas, considerándolos y juzgándolos como sujetos activos de los delitos imputados a los mismos. Sin embargo, con las legislaciones modernas eso fue cambiando y en la actualidad se puede decir que sujeto activo del delito es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley.

Al ser la acción un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida ni realizada, sino por una persona humana. Sujeto activo del delito es quien lo comete o participa en su ejecución, el que o comete directamente es sujeto activo primario y el que participa es sujeto activo secundario.

Con respecto a las personas jurídicas como sujetos activos del delito, se puede mencionar que luego de realizado el segundo Congreso Internacional de derecho penal, realizado en Bucarest, concluyeron que se debe establecer en el derecho



penal medidas eficaces de defensa social contra la persona jurídica cuando se trate de infracciones perpetradas con el propósito de satisfacer el interés colectivo de dichas personas o con recursos proporcionados por ellas y que envuelven también su responsabilidad.

La aplicación de las medidas de defensa social a las personas jurídicas no debe excluir la responsabilidad penal individual, que por la misma infracción se exija a las personas físicas que tomen parte en la administración de los intereses de la persona jurídica. La legislación penal vigente en el Artículo 38 acepta la responsabilidad individual de los miembros de las personas jurídicas que hubieren participado en hechos delictivos.

- b) **Sujeto pasivo del delito:** es el sujeto que sufre las consecuencias del delito. Es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito, o puesto en peligro.

1.15. Atenuantes y agravantes del delito

El Artículo 26 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República indica:

“Son circunstancias atenuantes:



Inferioridad síquica

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

Exceso de las causas de justificación

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

Estado emotivo

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

Arrepentimiento eficaz

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

Reparación del perjuicio

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

Preterintencionalidad

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



Presentación a la autoridad

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

Confesión espontánea

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

Ignorancia

9°. La falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuando haya influido en su ejecución.

Dificultad de prever

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

Provocación o amenaza

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

Vindicación de ofensas

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



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

Inculpabilidad incompleta

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

Atenuantes por analogía

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

El Artículo 27 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Son circunstancias agravantes:

Motivos fútiles o abyectos

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

Alevosía

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



Premeditación

3º. Obrar con premeditación conocida.

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

Medios gravemente peligrosos

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

Aprovechamiento de calamidad

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

Abuso de superioridad

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



Ensañamiento

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

Preparación para la fuga

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

Artificio para realizar el delito

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

Cooperación de menores de edad

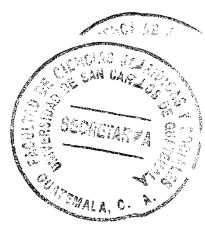
10. Cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad.

Interés lucrativo

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

Abuso de autoridad

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



Auxilio de gente armada

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

Cuadrilla

14. Ejecutar el delito en cuadrilla.

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

Nocturnidad y despoblado

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

Menosprecio de autoridad

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

Embriaguez

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



Menosprecio al ofendido

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

Vinculación con otro delito

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

Menosprecio del lugar

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

Facilidades de prever

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

Uso de medios publicitarios

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



Reincidencia

23. La de ser reincidente el reo.

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

Habitualidad

24. La de ser el reo delincuente habitual.

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

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





CAPÍTULO II

1. La pena y la costumbre

Se concibe como pena a una sanción o castigo por un delito o una infracción si se cometiera, la pena legal es interpuesta por un juez quien se apega a la ley para hacer cumplir a una persona por un delito cometido y con relación a la costumbre, considero la repetición sucesiva de conductas o actos realizados por el ser humano.

2.1. La pena

El origen de la pena en la sociedad jurídicamente organizada, se pierde en el transcurso del tiempo, antiguamente los antepasados, se basaban en el cumplimiento de un castigo que se imponían directa y cruelmente.

“En la actualidad únicamente se pueden concebir formalmente las prendas como aquellas restricciones y privaciones de bienes jurídicos señalados en la ley penal. Cualquier otro tipo de sanción jurídica que no provenga de la ley penal no es considerada como pena para efectos de la disciplina.”²¹

²¹ De Mata. *Op. Cit.* Pág. 89.



“La pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, de una acción, típica, antijurídica, culpable y punible. Las medidas de seguridad, la responsabilidad civil o pago de las costas procesales son también consecuencias jurídicas del delito, pero desempeñan en el ámbito jurídico-punitivo un papel más modesto”²²

2.2. Fundamento y fines de las penas

La naturaleza jurídica de las penas se identifica con la del derecho penal, es decir que es pública, porque únicamente el Estado puede crear una, imponerla y ejecutar. Debido al *ius puniendi*, este poder está limitado por el principio de legalidad *nullun crimen, nulla pena sine lege*, al no estar previamente determinado en la ley no puede imponerse ninguna pena.

Los fines y fundamentos de la pena, pueden ser agrupados en tres teorías que son:

- a) Teoría absoluta o retributiva: “La pena se impone exclusivamente por el delincuente que ha cometido un delito, la esencia de la pena es pura compensación, concebida como reparación o retribución, exige que el delito siga la aflicción de la pena, para el restablecimiento del orden jurídico violado y que se realice una abstracta idea de justicia.”²³

²² Landrove Díaz, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**. Pág. 17.

²³ **Ibid.** Pág. 19

- b) Teorías relativas o de prevención: “Para esta teoría los fundamentos de la sanción criminal se centran no en el delito, sino en una prevención de futuras infracciones.”²⁴ Sostiene pues esta teoría que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objeto de no vuelva a delinquir; pretende prevenir la comisión de nuevos delitos.
- c) Teoría dialéctica: “En un Estado democrático del derecho el fin de la pena únicamente puede ser preventivo. Las normas penales solamente están justificadas cuando la protección de la libertad individual está a su servicio.”²⁵

2.3. El proceso penal

El proceso penal es un conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, defensores, imputados, etc.) con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de la sanción.

El derecho procesal penal es público debido a que es una rama del derecho público, en donde se enmarca la función jurisdiccional del Estado, ejercitada a través de los tribunales de justicia; cuyas normas procesales son imperativas y obligatorias para

²⁴ **Ibid.** Pág. 19

²⁵ Díez Ripollez, José Luis y Esther Jiménez Salinas. **Manual de derecho penal guatemalteco.** Pág. 536.



todos los ciudadanos, ya que el Estado las impone mediante su poder o imperio, con el objeto de proteger a la sociedad y restablecer la norma jurídica violada.

Una persona que encuadra su conducta en el tipo penal, es merecedora de una solución, pues se trata de normas sustantivas que en un caso concreto se presume vulneran el orden jurídico penal por parte de un individuo, o sea, confiriéndole al Estado la titularidad de poder. El derecho penal entonces se manifiesta para regular la conducta humana y mantener el orden jurídico por medio de la protección social contra el delito.

Es cierto que este derecho tiene la potestad de castigar, por haberse conferido la titularidad exclusiva del mismo y ninguna persona tiene esa facultad. La pena es un común castigo y como medio de tutela jurídica la escuela positiva la ve como un medio de defensa social; como un medio de mantener el orden jurídico dentro de una determinada sociedad.”²⁶

2.4. Naturaleza jurídica

Para entender el proceso penal se debe analizar su naturaleza jurídica, estableciendo su concepto, donde nace y su ubicación dentro de las ramas, disciplinas o divisiones del derecho: si pertenece al derecho privado o derecho público.

²⁶ Herrarte, Alberto. **Derecho procesal penal, el proceso penal guatemalteco.** Pág. 51.



No debe confundirse, el hecho que algunas normas de tipo procesal penal, puedan dar cierta intervención a los particulares en la sustanciación o iniciación del proceso o basarse en la función e intereses que persigue el proceso penal que son de carácter público. El proceso penal según su naturaleza jurídica se ubica en el derecho público, porque según sus teorías estas han tenido trascendencia en el proceso penal y las principales son: la teoría de la relación jurídica y la situación jurídica.

- a) Teoría de la situación jurídica: “Se ha objetado esta teoría, debido a que estudia al proceso en una formación digital, indicando que el final del litigio está determinado por la destreza de las partes, lo cual constituye un fenómeno extrajudicial al negar la relación jurídica procesal y los presupuestos procesales, afirmando que las partes inician y concluyen el proceso penal, la decisión del juez no cuenta. Se basa en el derecho público que impone al Estado la obligación por medio del juez.”²⁷

- b) Teoría de la relación jurídica: “Esta teoría sostiene que el proceso se desarrolló a través de una actividad por el juez y por las partes regulada por la ley, teniendo cada una sus propias pretensiones y deberes que dan lugar a una relación de derecho público. Establece los presupuestos procesales (órgano jurisdiccional competente, las partes y un hecho antijurídico), que son requisitos indispensables en el proceso penal. Esa teoría sustenta la existencia de un acusador para la formación del proceso y al imputado como verdadero sujeto del proceso penal, con

²⁷ Binder, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Pág. 49.



derechos y obligaciones, como efectivamente es en el sistema acusatorio; contra del sistema incisivo, el imputado se toma como un objeto del proceso”.²⁸

2.5. Objeto del proceso penal

El objeto el proceso penal es una determinada relación de derecho penal que surge de un hecho que se considera como delito y se desarrolla entre el Estado y el individuo al que se le atribuye el hecho, como el fin de que sea aplicada a este último la ley penal.

- a) Objeto principal: es el indispensable y está compuesto por una determinada relación jurídico-penal.

- b) Objeto accesorio: “Señala que existe una relación jurídica de derecho penal; si existe delito que investigar y un individuo al que se le atribuye el hecho electivo.”²⁹

El objeto del proceso penal tiene relación en la comisión de un hecho, de una falta, de su esclarecimiento y muy remotamente de la pena a través del órgano jurisdiccional competente.

²⁸ Albeño Ovando, Gladys Yolanda. **Derecho procesal penal**. Pág. 8.
²⁹ **Ibid.** Pág. 5.



El autor Julio Maier indica: “Es el núcleo que concede sentido material a un procedimiento penal y en los múltiples actos que lo integran. Se trata, como hecho hipotético de la vida humana, de un suceso histórico, de una acción que se imputa a alguien como existente o inexistente, sobre la base de la cual se espera alguna consecuencia penal. Se ha llamado a este objeto impropia pretensión punitiva”³⁰

2.6. La costumbre

Una costumbre es una práctica social continua y arraigada transmitida de padres a hijos, de abuelos a nietos. Generalmente, se distingue entre buenas costumbres que son las que cuentan con aprobación social y las malas costumbres que son relativamente comunes, pero no cuentan con aprobación social y a veces han sido promulgadas y dadas a conocer como leyes, para tratar de modificar la conducta.

En el derecho la costumbre es una práctica generalizada y repetitiva de los Estados y de otros sujetos del derecho internacional aceptada como derecho y obligada a través de lo denominado como expectativa de derecho. Tiene tanta validez como los tratados internacionales, no existiendo ninguna prelación de fuentes entre ellas. La costumbre es un derecho. Se puede definir como la repetición constante de ciertos actos o modos de obrar dentro de una colectividad, con la convicción de su necesidad.

³⁰ Derecho procesal penal. Pág.23.



No obstante, hay que tener en cuenta los hechos que llevan a una práctica general y uniforme a ser considerada derecho por los sujetos del derecho internacional. Para que tenga validez el elemento subjetivo resultan de vital importancia las acciones u omisiones que realizan y que tienen relación con los Estados que son significativos de la comunidad internacional.

Un ejemplo de ello lo tiene la entrada en vigor del Convenio de Naciones Unidas de Derecho del Mar, donde a raíz de la ausencia de ratificación del convenio por los países industrializados hubo que hacer una revisión de la IX parte del Convenio referente a la zona internacional de los fondos marinos. Hoy en día habría que señalar que Estados Unidos todavía no ha firmado un convenio que rijan las actividades de navegación en todo el mundo.

Usualmente las leyes son codificadas de manera que concuerden con las costumbres de la sociedad que rigen, y en defecto de ley, la costumbre puede constituir una fuente del derecho. Sin embargo, en algunos lugares como en los países de aplicación del derecho anglosajón la costumbre es fuente de derecho primaria y como tal se aplica antes que la ley.

La costumbre jurídica tiene que cumplir dos requisitos:



- El factor subjetivo: que es la creencia o convencimiento de que dicha práctica generalizada es imperativa y como tal produce derechos y obligaciones jurídicas.
- El factor objetivo: es la práctica de la costumbre en sí y debe ser reiterada e inequívoca.

En el caso de Guatemala solo surte efecto a defecto de la ley, la costumbre tiene un gran uso en sociología como usos y costumbres, ya que son componentes de la cultura en los sistemas de acción, como adaptación instrumental, por lo tanto, parte de la estructura social en el funcionalismo; también es asimilable por similitud con conductas en psicología social y en la teoría sistémica.

Como componente cultural el interaccionismo simbólico lo hace su objeto de descripción y explicación. Para la teoría del conflicto y en contraposición a la difusión de nuevas leyes impuestas a una comunidad es la resistencia popular más importante contra el cambio.

La Ley del Organismo Judicial en su Artículo dos establece: “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará”. La costumbre regirá únicamente en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.



En este caso la costumbre no puede regir en materia penal porque se encuentra contemplada, no hay falta de ley penal, ya esta codificado lo relativo a el procedimiento penal en el Código Procesal Penal guatemalteco y por ende se encuentran tipificados los delitos y las penas en el Código Penal.

2.7. Costumbre jurídica

Es la voluntad del pueblo nacida por estímulos de necesidad constante o conveniencia social, constituyendo una regla jurídica positiva que se presenta como una práctica producida por el uso y hábito que a fuerza de ser repetida e imitada por otros hombres, se convierte en dirección común para todos, adquiriendo, por resultado lógico, naturaleza de ley.

Para que la costumbre adquiera fuerza de ley, se asignan las siguientes condiciones:

- Que se deduzca del uso repetido y continuado de ciertos actos con la tolerancia del legislador.

- Que los actos ejecutados sean lícitos y honestos.

- Que exista notoriedad para los que deban observarla.



- Que sea obligatoria o de efectos naturalmente obligatorios.

La costumbre jurídica enumera tres clases:

- a) **Costumbre según ley:** esta costumbre realiza una constante aplicación de la norma legal, sin contradecir sus exposiciones ajustándose a su letra.
- b) **Costumbre fuera de ley:** corrige los errores o deficiencias que presenta la norma legal. Debe prever aquello no previsto por la ley.
- c) **Costumbre contra la ley:** es la costumbre que puede derogar la ley perjudicial. Es opuesta a ella, pero en algunas épocas y legislaciones se ha considerado eficaz.





CAPÍTULO III

3. El derecho consuetudinario

Es un derecho de costumbre pero no enfocado para lastimar, en los pueblos indígenas se establece ese derecho como un conjunto de costumbres que se rigen en una comunidad, pudiéndose practicar y fortalecer por el tiempo, aun existen creencias que el derecho consuetudinario son una conducta de castigo, pero no es la forma adecuada para establecerse la figura del derecho consuetudinario. Al no estar establecidas las acciones tumultuarias, llamadas en la actualidad como linchamientos, que son conductas que llevan un final trágico, encuadrado en asesinato.

El derecho consuetudinario también es llamado usos o costumbres, es una fuente del derecho. Son normas jurídicas que no están escritas, pero se cumplen porque en el tiempo se han hecho costumbre cumplirlas; es decir, se ha hecho uso de esa costumbre que se desprende de hechos que se han producido repetidamente, en el tiempo, en un territorio concreto. Tiene fuerza y se recurre a él cuando no existe ley (o norma jurídica escrita) aplicable a un hecho. Conceptualmente es un término opuesto al de derecho escrito. También, es considerado un sistema jurídico, como lo son el derecho continental. Incluso en algunos países coexiste con ellos.



Un ejemplo de esto es la Constitución no escrita de Inglaterra cuyas fuentes de derecho se pueden encontrar en los grandes textos históricos como la Carta Magna (1215), la Petición de Derechos (1628), el hábeas corpus (1679), la Carta de Derechos (1689) y el Acta de Establecimiento (1701).

La doctrina actual ha logrado identificar dos elementos imprescindibles para que una conducta califique como costumbre y tenga efectos jurídicos. Solamente puede considerarse costumbre un comportamiento realizado por todos los miembros de una comunidad. Se debe tener en cuenta que cuando se habla de comunidad, se hace en el sentido más estricto posible, aceptando la posibilidad de la existencia de comunidades pequeñas.

Esta conducta debe ser una que se repite a través del tiempo, es decir, que sea parte integrante del común actuar de una comunidad. Difícilmente se puede considerar costumbre una conducta que no tiene antigüedad; una comunidad puede ponerse de acuerdo en repetir una conducta, pero eso no la convierte en costumbre, la convierte en ley.

Todos los miembros de una comunidad, deben considerar que la conducta común a todos ellos tiene una autoridad, de tal manera que no puede obviarse dicha conducta sin que todos consideren que se ha violado un principio que regulaba la vida de la comunidad. En ese sentido, es claro que existen conductas cuyo uso es generalizado y muy repetitivo pero que no constituyen costumbre en tanto no tienen emparejado el concepto de obligatoriedad. Eso diferencia al derecho de la moral y la religión.



Únicamente con la confluencia de estos dos elementos es que se puede considerar que se está frente a una costumbre como fuente de derecho, es decir, fuente de derechos y deberes.

3.1. Definición de derecho consuetudinario

Se define de la siguiente manera: “Derecho consuetudinario es el que surge y persiste por obra de la costumbre con trascendencia jurídica”.³¹ Derecho consuetudinario o no escrito, es el introducido por la costumbre practicada por mucho tiempo.

Luis Alberto Padilla, al referirse al tema indica: “Queda perfectamente claro que el derecho consuetudinario es el ordenamiento jurídico que nace espontáneamente en el seno de un conglomerado social determinado y se caracteriza por tener un grado de eficacia mayor que el del derecho positivo. Se trata pues de un derecho social por excelencia.

Por consiguiente: “Se puede definir el derecho consuetudinario indígena como el conjunto de normas que regulan las relaciones sociales en las comunidades indígenas con base en las costumbres jurídicas.”³².

³¹ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 232.

³² Padilla, Luis Alberto. **La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala.** Pág. 264.



El derecho consuetudinario generalmente se refiere a: “Un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado.”³³

En mi opinión, respetando las definiciones anteriores, concluyo expresando que derecho consuetudinario indígena, es el conjunto de normas jurídicas no escritas, de origen popular e impuestas por el uso popular, que regulan la conducta de las personas en las comunidades indígenas, que son aceptadas, respetadas, practicadas y cumplidas espontáneamente por sus miembros.

3.2. Antecedentes

La costumbre en su manifestación primitiva es anterior a todo derecho, porque antes de existir preceptos jurídicos los hombres se acomodaban a las costumbres; considerada en su aspecto jurídico es, por lo tanto, fuente del derecho en general. En este sentido, todos los pueblos del mundo han tenido un sistema jurídico propio que lo han transmitido de generación en generación; algunos en forma escrita, otros en forma oral, por lo que puede afirmarse que el derecho nació juntamente con la humanidad, pues en una sociedad donde no hubiese un sistema ordenador y regulador no sería posible la convivencia humana.

³³ Stavenhagen, Rodolfo. **Derecho consuetudinario indígena en América Latina. Entre la ley y la costumbre.** Pág. 29.



En los orígenes de todo pueblo fue la costumbre la que consagró la práctica jurídica diaria, la que impuso una forma de vivir que se hizo imprescindible a todos.

Es verdad que las teorías que justifican su primacía en la antigüedad y su fundamento como fuente de derecho, no están acordes en sus conceptos y difieren en sus conclusiones.

Sin embargo, no por ello se deja de observar a la costumbre como la mano rectora del derecho, pues siempre refleja un estado de necesidad del grupo social, para plasmarlo por fin en la norma escrita que lo rigiera.

Consiste en una norma que primero fue transmitiéndose oralmente y que después se asentó en copiosas legislaciones que no fueron otra cosa que una compilación de usos y costumbres practicadas hasta el momento.

Es difícil establecer el verdadero origen del sistema normativo que se practica. “Aunque no es posible aún precisar la época de la llegada de los primeros hombres al hemisferio occidental, las teorías más aceptadas, en la actualidad consideran que hace 30,000 o 40,000 años los asiáticos cruzaron, a pie, el ancho puente terrestre de Bering, que comunicaba el Viejo y el Nuevo Mundo.”³⁴

³⁴ Girard, Raphael. **Historia de las civilizaciones antiguas de América.** Pág. 31.



3.3. Denominaciones de derecho consuetudinario

En el caso de los indígenas de Guatemala, continúan practicando el ordenamiento jurídico propio que utilizaban antes de la conquista española, que hoy día los juristas, antropólogos y sociólogos les dan diferentes denominaciones, por ejemplo:

- Derecho alternativo.
- Derecho ancestral.
- Derecho comunal.
- Derecho comunitario.
- Derecho consuetudinario.
- Derecho democrático.
- Derecho indígena.
- Derecho maya.
- Derecho no escrito.
- Derecho tradicional.
- Costumbre jurídica.

Es de suponer, que los diferentes grupos indígenas, crearon y observaron su propio sistema normativo, al que posiblemente no se le conocía como derecho



consuetudinario; pero al ser conquistados en forma violenta, el grupo dominador les impone un derecho escrito y codificado en un idioma totalmente extraño a ellos.

“Es preciso reconocer que la idea del mismo derecho consuetudinario surge en el momento en que las sociedades europeas establecen su dominio colonial sobre pueblos no occidentales y tratan de imponer su propio derecho a los pueblos sometidos. En otras palabras, la relación entre el derecho occidental y el derecho consuetudinario es históricamente una relación de poder entre una sociedad dominante y una sociedad dominada.”³⁵

3.4. Formas del derecho consuetudinario

Existen distintas formas del derecho consuetudinario:

- Derecho consuetudinario delegante: el derecho consuetudinario delegante, surge, cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza a determinada instancia para crear derecho escrito. La costumbre se halla entonces supraordinada a la ley.

³⁵ Stavenhagen. *Op. Cit.* Pág. 33.



- Derecho consuetudinario delegado: es el que está subordinado al derecho escrito, prevalece en aquellos casos en que la ley remite a la costumbre para dilucidar determinadas controversias. El derecho consuetudinario delegado no puede ser contrario a la ley.

- Derecho consuetudinario derogatorio: es el que aprueba que la costumbre pueda desenvolverse en sentido contrario a la ley, es el caso de la costumbre derogatoria.

3.5. Elementos del derecho consuetudinario

La doctrina exige dos elementos o condiciones fundamentales para que pueda hablarse de la costumbre como materia de derecho consuetudinario:

- Elemento objetivo: está constituido por la práctica, la actuación o la exteriorización.

- Elemento subjetivo: es aquel que está constituido por la convicción de que la práctica consuetudinaria es lo mejor para obtener la convivencia de la comunidad indígena. La doctrina le denomina *opino juris*.



3.6. Características del derecho consuetudinario

Dentro de las principales características del derecho consuetudinario indígena, están:

- a) Es legítimo: el derecho consuetudinario se basa fundamentalmente en la costumbre y los usos locales, y por lo tanto, goza de una total legitimación por la colectividad, en consecuencia la normativa es resultado del consenso.

- b) Es conciliatorio: porque la autoridad del derecho consuetudinario dirime los conflictos entre los vecinos, a través de la armonía, el respeto y el buen trato, buscando el acuerdo entre las partes.

María Teresa Sierra, afirma: "Las conciliaciones en los pueblos no son solo espacios de armonía y de consenso, sino situaciones de encuentro, donde afloran las tensiones vecinales."³⁶

- c) Es imparcial: la autoridad comunal resuelve los problemas jurídicos consuetudinarios en forma equitativa, razonable y justa. La aplicación del derecho consuetudinario, en cuanto a las sanciones que administra al infractor,

³⁶ Sierra, María Teresa. **Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena entre la ley y la costumbre.** Pág. 234.



no atiende únicamente en relación al daño causado, sino se dirige en función de la familia de éste y en función de la propia colectividad.

3.7. Idiomas utilizados

En relación a la aplicación del idioma indígena, las partes al recurrir a las autoridades indígenas se comunican fácilmente en su mismo idioma, creando confianza en la solución de los conflictos y por lo consiguiente no existe una interpretación equivocada en sus resoluciones.

Significa entonces que la mayoría de los casos jurídicos consuetudinarios se resuelven en el idioma de la comunidad, ya que las partes, cuando lo hacen en su idioma, lo llevan a cabo con mayor confianza y mucho respeto.

3.8. Poblaciones

En la actualidad el derecho consuetudinario prevalece en varios municipios de los cuales sobresalen los municipios de Chichicastenango, Quiché, Sacatepéquez y otros que se encuentran cimentados en varias causas de las cuales se considera que son las principales que se presentan a continuación:



1. Causas sociales.

2. Causas jurídicas.



CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de delitos cometidos por grupos de personas amparadas en la costumbre, los cuales en realidad se encuadran como delitos que debiera perseguir de oficio el Ministerio Público

Al establecerse delitos cometidos por personas que se encuadran como asesinatos, que en el ordenamiento jurídico son asesinatos por riña tumultuaria, que con ideas de ampararse de costumbres de una población, son cometidos con impunidad, deben ser perseguidos de oficio por el Ministerio Público, que en muchas ocasiones quedan en la impunidad, ya que la población por el ascenso impedido de delincuencia en toda Guatemala surgen necesidades de aplicar justicia por sus propias manos, incluso a los actores de asesinatos por grupos de personas son protegidos por la misma población, incluso protegidos o encubrir las conductas delictivas.

4.1. Casos en que grupos de personas utilizan la costumbre e incurren en delitos del derecho penal vigente

Las desventajas del derecho consuetudinario hacen alusión al derecho consuetudinario, siendo las más relevantes:

- a) Todo el proceso es oral: lo que significa que no queda escrito el arreglo a que las partes lleguen, en consecuencia cada proceso será resuelto de otra manera.

- b) Las decisiones tomadas por la autoridad indígena no se encuentran codificadas: ello quiere decir que no existe ley escrita, en la cual se fundamenten los operadores del derecho consuetudinario en la aplicación de sus decisiones.

- c) Resuelven casos de poca relevancia: por el carácter de ser un derecho autóctono solo se resuelven casos que no causen un impacto de gran magnitud en la sociedad, es por ello que no se tramitan casos en los cuales la autoridad indígena tenga que emitir una sentencia de privación de libertad, aunque no existen fronteras bien definidas que delimiten los alcances y los límites jurídicos de este tipo de derecho.

4.2. Delitos cometidos con la figura del derecho consuetudinario

El asesinato inicia de la época primitiva por la necesidad de los seres humanos de vivir y para proteger sus cosechas o bienes que poseían. La palabra asesinato es la acción y efecto de asesinar.



Asesinato es la acción de matar a una persona cuando en ese hecho delictivo concurren determinadas circunstancias de agravación. Equivale a lo que algunas legislaciones llaman homicidio calificado, que se configura por su comisión alevosa, premeditada o ensañada, así como también por realizarse mediante precio, recompensa o promesa.

La agravación del homicidio simple para convertirse en calificado o asesinato, puede también estar determinada por los vínculos de parentesco entre el agresor y la víctima “Se discute acerca del origen de las palabras asesinato y asesino. Para unos derivan del nombre árabe que se daba a un grupo de individuos. Para otros tiene su origen en los ismaelitas, cuyos componentes daban muerte a quienes ordenaba el gran maestro.”³⁷ “Asesinato es la acción y efecto de asesinar; esto es, de matar con grave perversidad, con alguna de las circunstancias que califican este delito en los códigos penales”.³⁸

4.3. Consecuencias de imagen en el exterior por la transgresión de la ley penal utilizando la costumbre en Guatemala

Además, tanto el juez que controla la investigación, como el Ministerio Público, tienen la facultad de buscar medidas apropiadas, si consideran realmente que el procesado es capaz de enmendar su conducta, de manera que la sociedad no sea afectada

³⁷ **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Pág. 90.

³⁸ **Cabanellas Guillermo. Diccionario jurídico elemental.** Pág. 40.



nuevamente por la comisión de otro delito, pueden solicitar y aplicar medidas de desjudicialización y dejar al imputado en libertad simple o bajo caución.

La función principal del Ministerio Público, es la investigación de la persona que se considera ha cometido un hecho delictivo, por lo tanto la investigación es el primer paso para llegar a concluir si se considera que el sindicado ha participado en el ilícito o no.

No hay que descuidar también como función del Ministerio Público la persecución penal y luego de haber investigado el hecho de ser considerado como delito, procederá a formular acusación y pedir la apertura a juicio, con esta decisión se considera que cuando el Ministerio Público formula acusación es porque tiene elementos de juicio suficientes para creer que el imputado pueda resultar culpable del delito por el cual formula acusación. Posteriormente, su función será probar ante el tribunal que el acusado es culpable del delito que se le sindicó, para pedir una sentencia condenatoria.

Por lo tanto, se pueden considerar como funciones principales del Ministerio Público las siguientes:

- La investigación: consiste en recabar todos los medios de prueba en los cuales se fundamentará el Ministerio Público al momento de realizar la acusación.

- La persecución penal: consiste en verificar y analizar si existen suficientes indicios para creer que una persona ha tenido participación en un hecho delictivo.

- Formulación de la acusación y petición de apertura a juicio: en esta etapa el Ministerio Público ha recabado los suficientes elementos para creer que la persona efectivamente ha participado en el hecho del cual se le sindicada.

- Probar los hechos ante un tribunal: en la audiencia de debate tratara de probar y demostrar que el sindicado es la persona que cometió el hecho a través de los medios de prueba que ha obtenido.

- Pedir la condena del acusado: este es un acto con el cual se concluye el debate oral.

La policía se tiene que encargar de asegurar el orden público y la seguridad de los ciudadanos tiene que ser sometida a las órdenes de las autoridades políticas. Se llama también policía a cada agente perteneciente a dicha organización. La palabra policía deriva del idioma francés y su uso data del siglo XVIII.



4.4. Principales delitos cometidos para aplicar el derecho consuetudinario

- a) **Extorsión:** según la ley penal guatemalteca comete extorsión, quien para procurar un lucro injusto o para defraudarlo, obligare a otro, con violencia, a firmar, suscribir, otorgar, destruir o entregar algún documento, a contraer una obligación o a condonarla o a renunciar a algún derecho.

Los elementos del delito de extorsión son los siguientes:

Material: compuesto por los siguientes aspectos:

- **Obligar a alguien empleando violencia debiendo ser la misma, previa a la realización de los hechos.**

- **La violencia debe ser el medio para la realización de alguna de las siguientes actividades del pasivo que se firmen o bien cuando se suscriba otorgue, destruye o entregue cualquier documento. También es referente a que se contraiga una obligación, se conduzca o renuncie a algún derecho.**

- **Tales actividades estarán encaminadas a la realización de los hechos indicados, y a la entrega del documento.**



Interno: está constituido por el ánimo de defraudar patrimonialmente al sujeto pasivo que es lo que la ley denomina en relación para procurar un lucro injusto.

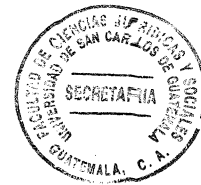
En relación a su naturaleza jurídica se ha dicho que este delito es de una naturaleza especial pues convergen diversos bienes jurídicos bajo su tutela. Así, se encuentra un aspecto de delito contra las personas por la existencia de violencia, debido a que se violenta psíquicamente a la persona en el cobro de algo de lo cual no debería pagar. Así, se participa consecuentemente de la naturaleza de los delitos complejos.

- b) El robo: consiste en la acción o efecto de robar. Estrictamente, el delito contra la propiedad es referente al apoderamiento de una cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, y empleando fuerza en las cosas o violencia en las personas.³⁹**

- c) El chantaje: consiste este delito en exigir a otro dinero, recompensa o efectos, bajo amenaza directa o encubierta de imputaciones contra su honor. Tiene relación con el prestigio de violación o divulgación de secretos. Ello, en contra del mismo, de su familia o de la entidad en cuya gestión intervenga o tenga interés.**

Elementos:

³⁹ Cabanellas. **Op. Cit.** Pág.355



Material: la materialidad del delito puede dividirse en los siguientes aspectos:

- Un hecho de exigir a otro: esto indica que la exigencia ha de ser previa.

 - Que la exigencia consista en dinero: tiene relación con la recompensa o efectos de cualquier clase. Dicha exigencia debe ser bajo amenaza ya sea directa o encubierta de imputaciones contra el honor o plagio del pasivo o bien de divulgación o violación de secretos que afecten al pasivo. a su familia o a un familiar, en cuya gestión intervenga o tenga interés.

 - La finalidad de aprovecharse de ellas.

 - El propósito de causar perjuicio.
- d) De la estafa: la esencia de los fraudes punibles o estafas reside en el elemento interno que es el engaño o alteración de la verdad para defraudar el patrimonio ajeno. Mediante una manipulación o ardid, se procura hacer llegar al dominio del activo el bien ajeno. Las legislaciones modernas ante lo arduo de encontrar una definición que comprenda íntegramente en reducidos términos la complejidad del fraude hacen una lista detallada de los casos de incriminación. Ello, provistos cada uno de constitutivas especiales pero comprendidos todos ellos bajo la



denominación común de fraude. La estafa es una especie de fraude genérico. Pero la legislación adopta el sistema de llamar al delito en general como estafa, olvidando lo impropio de llamar al género por la especie.

La diferenciación entre fraude y los otros delitos patrimoniales comenzó en el derecho romano, en donde se comprendieron los fraudes. En general se considera a este delito patrimonial con otras calificaciones delictivas, llegándose a la época actual en que se considera el delito de fraude y, dentro de él, los de los designados como defraudaciones. De acuerdo con lo que establece el Artículo 263 del Código Penal comete estafa quien, induciendo a error contra otra, mediante ardid o engaño, lo defraudare a su patrimonio en perjuicio propio o ajeno.

Elementos:

- Bien jurídico protegido: el patrimonio económico de las personas.

- Sujeto activo: cualquiera. a excepción de los funcionarios quienes en el caso respectivo incurrirán en las distintas figuras de negociaciones ilícitas en que intervengan.

- Elemento material: contiene los siguientes aspectos:



1. La utilización de un ardid o engaño para inducir a error a otro: tradicionalmente se ha estimado como el elemento fundamental de la estafa el engaño y en la ley se agrega el ardid que es sinónimo de truco o trampa, pero siempre se encuentra dirigido como cualquier engaño a provocar error en el sujeto pasivo.

2. La defraudación o perjuicio en el patrimonio ajeno que es consistente en un perjuicio concreto.
 - Elemento interno: es la conciencia de que se usa con el ardid o engaño de defraudar patrimonialmente al pasivo.

- e) Otros delitos patrimoniales: existen algunos puntos de similitud entre la estafa y algunos otros delitos patrimoniales como el hurto, el robo y la apropiación y retención indebida. En todos ellos los resultados coinciden porque importan un perjuicio a la víctima por la disminución de su caudal patrimonial y porque causan sus autores un aprovechamiento indebido de lo que no les pertenece.

En otras palabras los efectos de estos delitos no se limitan al perjuicio resentido por la víctima al disminuirse sus valores patrimoniales sino que se traducen. De hecho, ello se presenta en un enriquecimiento ilícito del delincuente obtenido por la apropiación del bien o derecho en que se de la infracción.



Pero, también existen diferencias que identifican a cada una de las figuras. Por ejemplo, en el desapoderamiento de la cosa existente en el hurto y en el robo no interviene la voluntad de pasivo, lo que sí sucede en la estafa aunque disuadida tal voluntad mediante el ardid o engaño.

En la apropiación indebida el objeto llega a manos del activo sin desapoderamiento o engaño, pues la cosa está a su disposición y la infracción consiste en el cambio de destino para el cual le han sido confiados los objetos.

La estafa es definida como: “El delito genérico de defraudación que se configura por el hecho de causar a otro un perjuicio patrimonial, valiéndose de cualquier ardid o engaño, tales como el uso de nombre supuesto, de calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o ficción de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación.”⁴⁰

El Artículo 264 del Código Penal menciona veintidós posibilidades punibles de engaño a ardid. Sin embargo, se comete estafa no solamente dentro de tales posibilidades sino cuando el activo se vale de cualquier otro engaño que defraude o perjudique a otro.

Los principales asesinos o sicarios según informes de la Policía Nacional Civil son los adolescentes o niños con edades de 10 a 17 años.

⁴⁰ Ossorio. *Op. Cit.* Pág. 297.

La niñez se define de la siguiente manera: “Edad o período de la vida humana que comprende desde el nacimiento hasta los siete años, época en que comienza el uso de razón.”⁴¹ Es aquél que tiene pocos años y que tiene poca experiencia.

“Durante la adolescencia no se producen cambios radicales en las funciones intelectuales, sino que la capacidad para entender problemas complejos se desarrolla gradualmente. La adolescencia es el inicio de la etapa del pensamiento de las operaciones formales que puede definirse como el pensamiento que implica una lógica deductiva.”⁴²

La diferencia normativa entre el proceso penal de adultos y el proceso penal de adolescentes es producto de una exigencia constitucional, pues la Constitución Política de la República de Guatemala establece en el Artículo 20 que los menores de edad que transgredan la ley son inimputables. Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud.

Los menores, cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros penales o de detención destinados para adultos.

⁴¹ Cabanellas. *Op. Cit.* Pág. 968.

⁴² *Ibid.*



De conformidad con lo que establece el Licenciado Justo Solórzano⁴³, en su obra Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, señala que se entiende por medida de protección, toda decisión judicial que genera una obligación de hacer o no hacer, por parte de una persona individual o jurídica, con el objeto de evitar que continúe la amenaza o violación de un derecho humano de la niñez, por tanto evitar la continuidad del daño físico o psicológico que la amenaza o violación que conlleva y con el fin mediato de restaurar el derecho violado o amenazado.

En su minoría de edad, pero cuando han cometido un delito en este caso asesinato los ejecutores de las víctimas son menores de edad, debido a que son enviados por criminales que evaden su responsabilidad y se mantienen impunes.

Guillermo Cabanellas establece respecto a la personalidad que es: “La aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones. Diferencia individual que distingue a cada uno de los demás. Capacidad para comparecer en juicio. Representación legal y bastante para litigar.”⁴⁴

“Este modelo de ley genera una nueva forma de ver, pensar, concebir y tratar a este grupo de la población que en el país constituye la mayoría. Existe consciencia de que

⁴³ Solórzano, Justo. **Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías.** Pág.61.

⁴⁴ **Diccionario jurídico elemental.** Pág. 304.



el niño y la niña no siempre están protegidos al interior de su familia, de su comunidad y de la sociedad.”⁴⁵

4.5. Análisis de la sanción penal por utilización de la costumbre en las poblaciones en Guatemala

Aunque el sistema del derecho consuetudinario indígena es eminentemente conciliador, existen casos muy claros en donde se imponen sanciones y castigos, muchos de ellos drásticos para los implicados. El azote por ejemplo, actualmente en decadencia, es visto como una sanción que es necesaria en ocasiones; siendo ese castigo o sanción el impuesto exclusivamente por los padres de familia a los adolescentes y a los hijos casados que no toman en cuenta los consejos que se le dan y merecen esta corrección.

Por lo anterior, es importante acotar que la autoridad consuetudinaria indígena de los municipios donde se aplica el derecho consuetudinario, está preocupada por desarrollar en la comunidad un sistema que pretende regular la convivencia de sus miembros, pero sin contradecir el derecho vigente estatal, en tal sentido, se caracteriza por ser un sistema eminentemente conciliador y no sancionador, ya que es más efectivo por su rapidez de aplicación y la forma de oralidad del derecho que es una característica importante por la cual se aplica con mayor efectividad, quizá por la

⁴⁵ Solórzano. *Op. Cit.* Pág. 7.



experiencia del sistema oficial de justicia en donde se cometen abusos o excesos por parte de quienes imparten justicia.

4.6. Competencia del Ministerio Público como ente encargado de la investigación penal

El Ministerio Público es el encargado del ejercicio de la acción penal y de la investigación, que es la preparación de la acción. De conformidad a lo dispuesto en el Artículo 309 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público actuará en esta etapa a través de sus fiscales de distrito, fiscales de sección, agentes fiscales y auxiliares fiscales de cualquier categoría previstos en la ley, quienes podrán asistir sin limitación alguna a los actos jurisdiccionales relacionados con la investigación a su cargo, así como a diligencias de cualquier naturaleza que tiendan a la averiguación de la verdad, estando obligados todas las autoridades o empleados públicos a facilitarles la realización de sus funciones.

Tiene como auxiliares en la investigación a los funcionarios y agentes de la Policía Nacional Civil, quienes están subordinados a los fiscales y deben ejecutar sus órdenes.

En su actividad investigadora, el fiscal deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles, para:



1. **Determinar la existencia del hecho con las circunstancias de importancia para la ley penal: El fiscal tendrá que investigar la existencia del hecho, el lugar, el tiempo, y otros. Las circunstancias en las que ocurrieron los hechos también pueden ser relevantes para la tipificación o la apreciación de circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes. A la hora de determinar que hechos son relevantes, será necesario recurrir a la ley penal. Por ejemplo, será necesario determinar si una persona entró en una vivienda o no a la hora de tipificar un allanamiento de morada.**

2. **Comprobar que personas intervinieron y de que forma lo hicieron (artículos 36 y 37 Código Penal). Asimismo, investigará las circunstancias personales de cada uno que sirvan para valorar su responsabilidad, siendo ejemplo de ello determinar si uno de los participantes se encontraba en situación de inferioridad psíquica de acuerdo al Artículo 26.1 del Código Penal.**

3. **Verificar el daño causado por el delito, aún cuando no se haya ejercido la acción civil. Para efectuar estas investigaciones el Ministerio Público tiene como auxiliares a los funcionarios y agentes de la Policía, quienes están subordinados al fiscal y deben ejecutar sus órdenes.**

En el ejercicio de su función el Ministerio Público goza de amplios poderes y facultades. De hecho, todos los poderes que otorga el Código Procesal Penal pueden ser ejercidos

por el fiscal, salvo que expresamente la ley lo otorgue a otro órgano de acuerdo al Artículo 110 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, el Ministerio Público no tiene una función unilateral de persecución. A diferencia del querellante, cuyo objetivo es lograr la condena del imputado, el fiscal ha de ser objetivo, deberá preservar el derecho y el respeto a los derechos humanos, a lo que implica que también tendrá que formular requerimientos, solicitudes y practicar pruebas a favor del imputado. Un sobreseimiento o una secuencia absolutoria no tiene por que ser un fracaso del fiscal. En realidad está obligado tanto a proteger al acusado como a actuar en contra de él, observando siempre la objetividad en su función.

Según lo dispuesto en el Artículo 315 del Código Procesal Penal, el imputado, su defensor y el querellante podrán proponer medios de investigación al Ministerio Público en cualquier momento del procedimiento preparatorio, si los considera pertinentes y útiles tendrá que practicarlos.

En el caso en el que considere que no procede practicar la prueba, el fiscal tendrá que dejar constancia por escrito de los motivos de su denegación. Por ejemplo, si la defensa propone testigos sobre la buena conducta anterior del imputado, el fiscal los podrá rechazar señalando que no ayudan a determinar como ocurrieron los hechos ni el grado de participación del imputado en los mismos. La parte que propuso la prueba



rechazada, podrá recurrir al juez para que valore la necesidad de la práctica del medio de investigación propuesto.

En el desarrollo de su investigación el fiscal debe ser muy cauteloso para evitar que se vulnere el derecho de defensa del imputado. Salvo los casos expresamente previstos por la ley (Artículo 314 cuarto párrafo), el fiscal no puede ocultarle al abogado de la defensa las pruebas practicadas.

El derecho de defensa del imputado, no empieza en el debate ni en el procedimiento intermedio, sino desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra de conformidad con el Artículo 71 del Código Procesal Penal.

El Artículo 48 de la Ley Orgánica del Ministerio Público exige que el Ministerio Público recoja de forma ordenada los elementos de convicción de los hechos punibles para permitir el control del superior jerárquico, de la defensa, la víctima y las partes civiles.

Para realizar una buena investigación, el fiscal que va a tener a cargo el caso, tiene que escuchar respetando las garantías legales, al imputado durante el procedimiento preparatorio. De lo contrario, el fiscal no está escuchando a la persona que puede conocer más directamente los hechos. No podrá conformarse con la declaración escrita, ya que la misma suele ser limitada y además se pierde la intermediación y la percepción visual.



4.7. La necesidad de aplicar el derecho penal vigente y la necesidad de erradicar la costumbre en la aplicación del derecho penal en Guatemala

El Ministerio Público y la Policía Nacional Civil deben velar por el cumplimiento de la ley. El primero como función de investigación; y el segundo, con la persecución penal porque desde esta perspectiva, puede señalarse que existe cierto consenso en delimitar el carácter de esta percepción, que en un primer momento se asocia a la represión de los delitos y la búsqueda de un orden; es decir, se vincula con el control y la reacción frente a la criminalidad, especialmente en las grandes urbes.

Asimismo, se acepta que en la base de dicho concepto está el deber del Estado que es la de brindar protección a sus habitantes frente a toda amenaza a la certeza personal y la de sus bienes.

De lo anteriormente señalado y haciendo una aproximación a la seguridad ciudadana, se puede definir como aquella situación de normalidad en la que se desenvuelven las personas, desarrollando actividades individuales y colectivas con ausencia de peligro o perturbaciones; siendo además éste un bien común esencial para el desarrollo sostenible tanto de las personas como de la sociedad. Pero, también se puede entender esta percepción como aquella acción donde se involucran, para fines de la seguridad pública, tanto la acción política de la ciudadanía, como las actividades que por ley el Estado tiene que proporcionar, sin embargo, esta actividad no puede ser



posible sin la participación mutua, eficaz y eficiente, tomando en cuenta que no se trata de eximir al aparato gubernamental de su obligación social, pero sí estimar que en este fenómeno en particular, dada sus características especiales, no es posible la obtención de resultados positivos sin la interacción de ambas instancias.

El Ministerio Público es la institución encargada de la investigación de hechos punibles, para establecer la participación o autoría de un acto.

Así, la seguridad ciudadana va a tener una doble implicación referente a una situación ideal de orden, tranquilidad y paz, que es deber del Estado garantizar y, asimismo, implica también el respeto de los derechos y cumplimiento de las obligaciones individuales y colectivas.

También, se puede señalar que esta temática, es un sentido amplio para el libre ejercicio de los derechos y libertades, es el concepto a partir del cual se podría señalar que la misma se convierte en un valor jurídicamente protegido en todos los ordenamientos.

Asimismo, se puede indicar que el fundamento de lo que hoy se entiende por este término es lograr la interrelación en sociedad y que esté orientada a una convivencia armoniosa, tolerante y pacífica de sus integrantes.



En definitiva, uno de los objetivos que persigue es que las personas puedan desarrollarse y alcanzar la calidad de vida que deseen en un marco de libertad, sin temores a contingencias o peligros que afecten sus derechos y libertades. Por otro lado, la paz duradera es imprescindible y un requisito esencial para el ejercicio de todos los derechos y deberes humanos. En consecuencia, la armonía, desarrollo y democracia forman una trilogía. Los tres coexisten mutuamente.

De manera tal que, se entiende que sin democracia no hay desarrollo duradero, debido a que las disparidades se hacen insostenibles y se desemboca en la imposición y el dominio. Por ello, es preciso identificar las raíces de los problemas globales y llevar a cabo esfuerzos con medidas imaginativas y perseverantes, en unir los conflictos en sus inicios o mejor aún en prevenirlos.

La prevención es la ventaja que está a la altura de las facultades distintivas de la condición humana, se tiene que saber para prever y a la inversa; actuar a tiempo, con decisión y coraje, sabiendo que la prevención únicamente se ve cuando fracasa.

La paz, la salud, la normalidad, no son noticia, se tiene que procurar hacer más patentes estos triunfos que pasan inadvertidos. Las situaciones de emergencia deben tratarse con procedimientos de toma de decisión y de acción diseñados especialmente para asegurar rapidez, coordinación y eficacia.



La protección ciudadana aparece hoy como una de las grandes tareas de la sociedad en su conjunto, si se quiere consolidar un marco de convivencia genuinamente democrática.

Invertir en medios de socorro y asistencia urgente, pero también y sobre todo en la prevención y el largo plazo, por ejemplo, en redes de conducción y almacenamiento de agua a escala continental, sería estar preparados para vivir en paz.

El arma más poderosa de quienes crean la paz es el diálogo, el rehusarse a abandonar la capacidad del lenguaje, que es lo que hace ser mayormente humanos. El diálogo y la comunicación, cualquiera sea el resultado inmediato, constituyen, en sí, un acto de fe en la humanidad, por lo cual se tiene que trabajar sin descanso para fortalecer y reafirmar.

La lucha por comprender y ser comprendidos requiere que cada uno regrese a la fuente más profunda de la humanidad, más allá de las diferencias históricas, culturales o de credo.

Además, se tiene que garantizar a todos los seres humanos la educación a lo largo de toda la vida debido a que ello permite regular el crecimiento demográfico, mejorar la calidad de vida, aumentar la participación ciudadana y para el efecto habrá necesariamente que trabajar en aumentar las inversiones en la construcción de la paz.



CONCLUSIONES

1. La incorrecta aplicación de justicia fundamentada en la costumbre se ha desarrollado en su mayoría en el interior de la República guatemalteca, por parte de personas que incurren en actuaciones delictivas que no permiten que se garanticen los derechos humanos, ni las obligaciones y responsabilidades de las autoridades guatemaltecas.
2. La conservación de las leyes consuetudinarias, efectivamente, es un factor decisivo para el mantenimiento de la vida intelectual, cultural y espiritual, así como para el patrimonio de los pueblos indígenas y de las comunidades locales, pero las mismas se encuentran al margen de las normas jurídicas reguladas de conformidad con la legislación aplicable en el país.
3. El estricto cumplimiento de las normas jurídicas y la promoción de la persecución penal, así como la dirección de la investigación y cumplimiento de las leyes del país está a cargo del Ministerio Público y no del derecho consuetudinario, el cual no permite la realización de la justicia y las actuaciones objetivas, imparciales y con apego al principio de legalidad.



4. La práctica consuetudinaria para que se castigue a los delincuentes ha sido la causa de que se cometan delitos por parte de personas amparadas en la costumbre, siendo sus actuaciones delictivas las que encuadran como delitos perseguibles de oficio por el Ministerio Público, para que se sancionen esas conductas contrarias al ordenamiento jurídico en la sociedad.

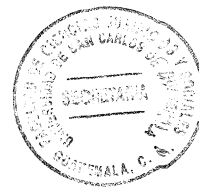


RECOMENDACIONES

1. El Ministerio Público tiene que indicar que la inadecuada aplicación de justicia en base a costumbres se desarrolla mayoritariamente en el interior de la República de Guatemala, mediante personas que actúan delictivamente no permitiendo la garantía de los derechos humanos, ni que las autoridades del país cumplan efectivamente con su labor, obligaciones y responsabilidades.
2. La Procuraduría de los Derechos Humanos debe señalar que la conservación de normas consuetudinarias consiste en un factor necesario para mantener la vida cultural y espiritual, así como también para el patrimonio de los pueblos indígenas y de las comunidades locales, pero las mismas tienen que estar al margen de las normas jurídicas reguladas de acuerdo a la legislación aplicable en el país.
3. El gobierno de Guatemala tiene que dar a conocer que la promoción de la persecución penal, el estricto cumplimiento de normas jurídicas y la dirección de la investigación se encuentra bajo la dirección del Ministerio Público y no del derecho consuetudinario que no permite que se pueda cumplir justamente con actuaciones objetivas, imparciales y apegadas al principio de legalidad.



4. El Estado de Guatemala tiene que indicar que la práctica consuetudinaria empleada en contra de los delincuentes ha sido el motivo de la comisión de delitos por parte de personas que se amparan en la costumbre, siendo sus actuaciones delictivas encuadrables como delitos perseguibles de oficio por parte del Ministerio Público.



BIBLIOGRAFÍA

ALBEÑO OVANDO, Gladys Yolanda. **Derecho procesal penal**. 6ª. ed. Madrid, España: Ed. Temis, 1994.

ALCALÁ ZAMORA, Niceto y Ricardo Levene. **Derecho procesal penal**. 5ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Social, 1989.

ALVARADO, Humberto. **Exploración de Guatemala**. 2ª. ed. Guatemala: Ed. Letras, 1971.

BARRIENTOS PELLECCER, César. **Derecho procesal penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Magna Terra, 1995.

BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Sol, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. 3ª. ed. Barcelona, España: Ed. Reus, 1989.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 7ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1982.

COJTI CUXIL, Demetrio. **Sistemas colonialistas de definición y de atribución de nacionalidad**. 2ª. ed. Guatemala: Ed. Universitaria, 1994.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Teoría del delito y culpabilidad**. 6ª. ed. Madrid, España: Ed. Temis, 1997.

DE LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. 4ª. ed. Guatemala: Ed. Editores, S.A., 1995.

Diccionario Océano. 5ª. ed. México, D.F.: Ed. Sociedades, 1999.



DÍAZ RIPOELLES, José Luis y Esther Jiménez Salinas. **Manual de derecho penal guatemalteco**. 3ª. ed. México, D.F.: Ed. Litográfica, 1985.

DONNA, Edgardo Alberto. **Teoría del delito y la pena**. 4ª. ed. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1988.

GIRARD, Raphael. **Historia de las civilizaciones antiguas de América**. 3ª. ed. México, D.F.: Ed. Universitaria, 1988.

GRISOLIA, Francisco. **Código Penal tipo**. 2ª. ed. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1973.

HERRARTE, Alberto. **Derecho procesal penal, el proceso penal guatemalteco**. 4ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Sinifor, 1991.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**. 4ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídica, 1990.

MAIER, Julio. **Derecho procesal penal**. 5ª. ed. Madrid, España: Ed. Tierra Nueva, 1999.

MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco**. 2ª. ed. Guatemala: Ed. Legal, 1980.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. 5ª. ed. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1990.

NÚÑEZ, Ricardo. **Derecho penal argentino**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica Lavallo, 1985.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 8ª. ed. México, D.F.: Ed. Heliasta, S.R.L., 1982.

PADILLA, Luis Alberto. **La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala**. 2ª. ed. Guatemala: Ed. Mayté, 1989.



PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso. Apuntes de derecho penal. 5ª. ed. Barcelona, España: Ed. Nacional, 1991.

REYES CALDERÓN, José Adolfo. Derecho penal. 3ª. ed. Madrid, España: Ed. Temis, 1990.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Derecho penal. 2ª. ed. México, D.F.: Ed. Judicial, S.A., 1994.

SIERRA, María Teresa. Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena entre la ley y la costumbre. 6ª. ed. Madrid, España: Ed. Temis, 1989.

SOLÓRZANO, Justo. Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, una aproximación a sus principios, derechos y garantías. 4ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Librería, 1989.

SOPENA, Ramón. Diccionario enciclopédico ilustrado de la lengua española. 5ª. ed. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 2003.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Derecho consuetudinario indígena en América Latina. 2ª. ed. Madrid, España: Ed. Jurídica, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal parte general. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Dykinson, 1983.

Legislación:

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

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



Código Procesal Penal. Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Código Civil. Decreto Ley 106 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia, 1963.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto número 40-94 del Congreso de la República de Guatemala, 1994.

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