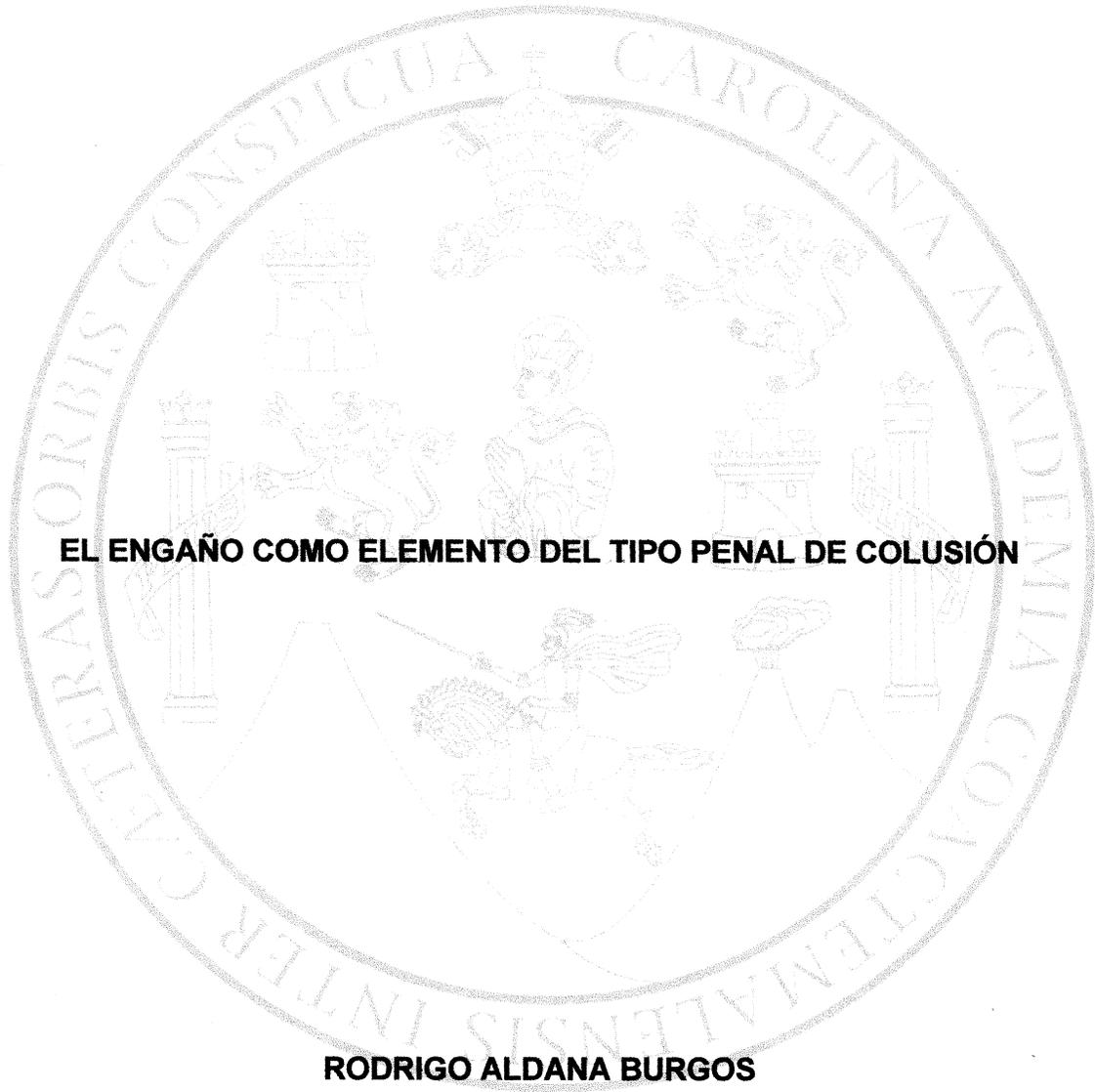


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



EL ENGAÑO COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL DE COLUSIÓN

RODRIGO ALDANA BURGOS

GUATEMALA, MARZO DE 2020

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

EL ENGAÑO COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL DE COLUSIÓN

TESIS

Presentada al Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

RODRIGO ALDANA BURGOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de:

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2020

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I	Licda.	Astrid Jeannete Lemus Rodríguez
VOCAL II	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV	Br.	Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda.	Rosa María Ramírez Soto
Vocal:	Lic.	Walter Giovanni Hernández Valle
Secretario:	Licda.	Adela Lorena Pineda Herrera

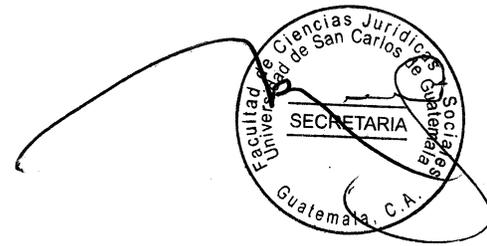
Segunda Fase:

Presidente:	Licda.	Ingrid Coralia Miranda
Vocal:	Licda.	Gladis Zeline Delgado Minera
Secretario:	Lic.	Raúl Antonio Castillo Hernández

RAZÓN: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis (Artículo 25 del reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis.)



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 14 de marzo de 2019.

Atentamente pase al (a) Profesional, MAYRA AURELIA FLORES MORALES
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
RODRIGO ALDANA BURGOS, con carné 201112430,
 intitulado EL ENGAÑO COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL DE COLUSIÓN.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

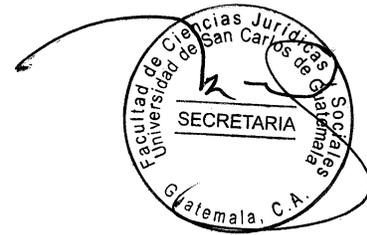


Fecha de recepción 21 / 03 / 2019 f)

(Firma)
 Asesor(a) **Licda. Mayra Aurelia Flores Morales**
 (Firma y Sello) **ABOGADA Y NOTARIA**



Licenciada Mayra Aurelia Flores Morales
Abogada y Notaria
Colegiado: No. 14151
28 avenida 10-46 Kaminal Juyu I, zona 7.
Del municipio de Guatemala, departamento de Guatemala
Teléfono No.: 5547-3688
Correo electrónico: mayraflores2@yahoo.com



Guatemala, 03 de Julio de 2019

Licenciado:
Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Licenciado Orellana:

Atentamente me dirijo a usted para darle cumplimiento a la providencia de fecha 14 de marzo de 2019, por medio de la cual fui nombrada ASESORA de Tesis del bachiller RODRIGO ALDANA BURGOS, titulada: "EL ENGAÑO COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL DE COLUSIÓN".

En cumplimiento de esta designación, he brindado la orientación requerida y se ha asesorado el tema con la debida acuciosidad, dando como resultado que: el desarrollo del trabajo de tesis, denota una investigación y estudios completos, su contenido científico y técnico de tesis, cumple con los requisitos del método científico de las ciencias sociales; a través de éste, se hacen observaciones; en cuanto a las técnicas empleadas, éstas tienen como objetivo exponer propuestas que se realizaron para llegar a resolver el problema a través de los pasos establecidos previamente, utilizando la recolección de datos, tales como: libros, diccionarios, la exposición de doctrina en páginas Web y ejerciendo el cronograma de actividades planteado en el plan de investigación.

La metodología y las técnicas de investigación que se han utilizado, se desarrollaron a través de un análisis crítico y descriptivo del contenido de la presente tesis y la realización de síntesis y deducciones para generar la conclusión discursiva; de manera que se utilizó el análisis de diversas leyes, doctrinas y la información de páginas de internet, que se relacionan con el tema investigado; todo ello, con el fin de llegar a la conclusión discursiva de que se deben buscar soluciones al problema señalado.

La redacción utilizada por el estudiante, es la correcta; apegándose a los requisitos de las normas mínimas establecidas en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del Examen General Público.



La contribución científica de las ciencias sociales, son las normas, principios, fuentes y doctrinas; en donde el bachiller hace sus propias aportaciones, para comprobar y llegar a cumplir con los objetivos planteados. La conclusión discursiva, resume los resultados obtenidos y sugerencias; en la cual se da la importancia del estudio sobre algo tan valioso como lo es la solución al problema; dándole la consideración que amerita al ser estudiada, haciendo notar la necesidad de que se controle el problema señalado. La bibliografía consultada se extrajo de fuentes de autores nacionales e internacionales, así como páginas del internet.

En síntesis, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a las exigencias científicas y técnicas que se deben cumplir, de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, la conclusión discursiva, bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación.

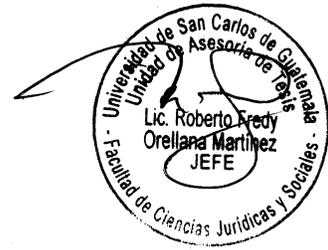
Indico que, no me une parentesco alguno con el bachiller RODRIGO ALDANA BURGOS. En tal virtud emito DICTAMEN FAVORABLE al referido trabajo de tesis, a efecto de que continúe con el trámite respectivo, ya que el estudio desarrollado cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente,

Lic. MAYRA AURELIA FLORES MORALES
Colegiado No. 14151
Licda. Mayra Aurelia Flores Morales
ABOGADA Y NOTARIA



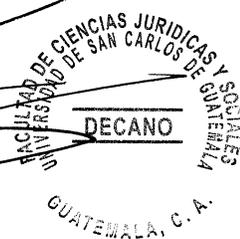
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 29 de enero de 2020.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante RODRIGO ALDANA BURGOS, titulado EL ENGAÑO COMO ELEMENTO DEL TIPO PENAL DE COLUSIÓN. 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/JP.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme el privilegio de poder realizar mis estudios universitarios, contando con los recursos necesarios para hacerlo y por poner en mí camino a las personas indicadas para realizar mi cometido.

A MI MADRE:

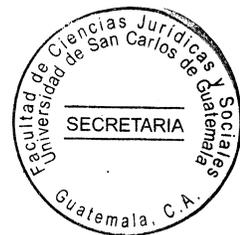
Alba Alicia Burgos Galeoti por darme su cariño y apoyo incondicional así como inculcarme la importancia que tiene la educación para tener una vida digna y de superación, estando a mi lado en los buenos y malos momentos, a quien dedico este logro que es tanto mío como suyo.

A LUCÍ:

Por ser mi compañía incondicional durante las largas noches de estudio y desvelo.

A MIS AMIGOS:

En general; por el apoyo brindado y sus buenos deseos en la evolución de este proyecto; cada uno en su propio estilo, a Fredy Matzar y Pablo Mérida por ser de gran apoyo desde el inicio y de gran ayuda durante toda la carrera, dentro y fuera de la universidad, sin quienes este logro no se hubiera

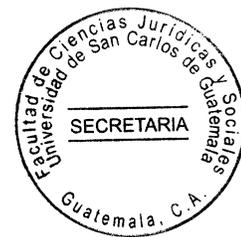


podido concretar de la misma manera.

A: Guatemala, mi patria; a la que podré contribuir en su desarrollo y prosperidad.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; por abrirme sus puertas y permitirme iniciar los conocimientos, aptitud, carácter y valores para actuar con apego a la ética y a la moral profesional.

A: La Universidad de San Carlos De Guatemala, por la formación profesional y ser la sede de todo el conocimiento adquirido en estos años.



PRESENTACIÓN

El delito de colusión es un delito de resultado, el cual requiere para su consumación de la existencia de perjuicio patrimonial, cuya acción (riesgo creado por el autor) supone la realización de un concierto fraudulento y engañoso para evitar la citación o comparecencia ante órgano jurisdiccional, así como provocar resoluciones perjudiciales hacia el mismo. Este delito contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, mediante pactos colusorios que afectan directamente las citaciones y resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional, entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado y los particulares.

Este estudio corresponde a la rama del derecho penal. El período en que se desarrolla la investigación es de enero de 2016 a septiembre de 2018. Es de tipo cuantitativa puesto que, el problema se mide por cantidad. El sujeto de estudio es el delito de colusión; y el objeto, el engaño como medio para que se dé la colusión.

Concluyendo con el aporte científico que se materializa indicando que el delito de colusión supone la infracción de los deberes de lealtad y probidad inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial por parte del funcionario o servidor público. Ellos tienen el deber de actuar con veracidad durante el ejercicio funcional.



HIPÓTESIS

La hipótesis planteada para este trabajo fue: El perjuicio típico del delito de colusión es causado por un fraude realizado por los funcionarios, servidores públicos vinculados y los interesados, mediante el engaño como elemento del tipo penal de colusión. En el delito de colusión deberá necesariamente producirse la defraudación a los intereses patrimoniales del Estado y de los particulares mediante un concierto fraudulento y engañoso para evitar la citación o comparecencia ante órgano jurisdiccional, así como provocar resoluciones perjudiciales, para que se halle consumado. El bien jurídico tutelado del tipo penal de colusión viene a ser la administración de la justicia. La concertación debe darse mediante maniobras de engaño, debiendo señalarse, que en el fraude se manifiesta el perjuicio patrimonial potencial o real para la persona interesada, sea esta parte de la administración pública o persona particular.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

En la realización de esta investigación se comprobó la premisa hipotética establecida previamente, que el perjuicio típico del delito de colusión es causado por un fraude realizado por los funcionarios, servidores públicos vinculados o los interesados a través del engaño como elemento del tipo penal de colusión. En el delito de colusión deberá necesariamente producirse la defraudación a los intereses patrimoniales del Estado y de los particulares mediante un concierto fraudulento y engañoso para evitar la citación o comparecencia ante órgano jurisdiccional, así como provocar resoluciones perjudiciales para que se halle consumado. El bien jurídico tutelado del tipo penal de colusión viene a ser la administración de la justicia. La concertación debe darse mediante maniobras de engaño, debiendo señalarse que en el fraude se manifiesta el perjuicio patrimonial potencial o real para la persona interesada, sea esta parte de la administración pública o persona particular.

Entre los métodos que se emplearon para la validación de la hipótesis formulada, están: el analítico, el deductivo e inductivo y el dialéctico para la elaboración de razonamientos que sustentaron los aspectos científicos y jurídicos. Con lo que se pudo ampliar el conocimiento y perspectiva de lo que se pretende comprobar.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Tipos penales	1
1.1 Clasificación	1
1.1.1 Desde un criterio histórico	2
1.1.2 Los tipos penales desde un criterio doctrinal	4
1.2 Los tipos penales desde un punto de vista legal o normativo	9

CAPÍTULO II

2. Teoría del delito	13
2.1. Corrientes finalistas de la acción	18
2.2. Relación de la teoría del delito con el derecho penal	22
2.3. Criterio de riesgo jurídicamente desaprobado	28
2.4. La culpabilidad	29
2.5. El error	33

CAPÍTULO III

3. Elementos del delito	37
3.1 Tipicidad	38



3.2	Antijuricidad	39
3.3	Culpabilidad	39
3.4	Clasificación	40
3.5	Tiempo y lugar de comisión del delito	46
3.6	Circunstancias que modifican la responsabilidad	47

CAPITULO IV

4.	El engaño como elemento del tipo penal de colusión	53
4.1	Naturaleza jurídica del tipo penal del delito de colusión	55
4.2	El tipo en el delito de colusión	57
4.3	El engaño	57
4.4	Tipos de engaño	58
4.5	El ardid y el engaño	60
4.6	La idoneidad del ardid o engaño	60
4.7	La mentira	61
4.8	El silencio	62
4.9	El error como elemento del engaño	63
	CONCLUSIÓN DISCURSIVA	65
	BIBLIOGRAFÍA	67



INTRODUCCIÓN

El engaño como elemento del tipo penal de colusión. En el delito de colusión deberá necesariamente producirse la defraudación a los intereses patrimoniales mediante un concierto fraudulento y engañoso para evitar la citación o comparecencia ante órgano jurisdiccional, o provocar resoluciones perjudiciales para que se halle consumado. El bien jurídico tutelado del tipo penal de colusión viene a ser la administración de la justicia. La concertación debe darse mediante maniobras de engaño, debiendo señalarse que en el fraude se manifiesta el perjuicio patrimonial potencial o real para la persona interesada, sea esta parte de la administración pública o persona particular.

El delito de colusión es un delito de resultado, el cual requiere para su consumación de la existencia de perjuicio para la administración pública así como para los particulares, cuya acción (riesgo creado por el autor) supone la realización de un concierto fraudulento y engañoso para evitar la citación o comparecencia ante órgano jurisdiccional, así como provocar resoluciones perjudiciales hacia el mismo. Este delito contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, mediante pactos colusorios que afectan directamente las citaciones y resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional, entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y los



particulares, supone la infracción de los deberes de lealtad y probidad inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial por parte del funcionario o servidor público. Ellos tienen el deber de actuar con veracidad durante el ejercicio funcional. El perjuicio típico del delito de colusión es causado por un fraude realizado por los funcionarios o servidores públicos vinculados y los interesados.

Para este informe se plantearon los siguientes objetivos: Como general, Analizar el delito de colusión, y como específico: Determinar que, el engaño es un elemento para que se consume el delito de colusión.

Cabe indicar que, los métodos utilizados en la elaboración de esta tesis fueron: el analítico, el sintético, el inductivo y el deductivo. Las técnicas utilizadas fueron: la documental y las fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó información suficiente y de actualidad.

Esta tesis está integrada por cuatro capítulos, los cuales se detallan a continuación: en el primero se trata lo relacionado a tipos penales; el segundo se refiere a la teoría del delito; el tercero contiene el tema elementos del delito; y, el cuarto capítulo, el engaño como elemento del tipo penal de colusión.

Se espera sea de utilidad esta tesis para futuras generaciones y para que se tomen las sugerencias por acá indicadas.



CAPÍTULO I

1. Tipos penales

Una de las características del derecho penal es la sanción de figuras delictivas, cuyas conductas son descritas por el legislador del modo más preciso posible, y a ellas debe adecuarse el caso concreto, en su acción u omisión, sometido a juzgamiento por parte del Estado para ser punible. La necesidad de seguridad jurídica hizo que fuera necesaria una protección constitucional para que nadie pueda ser condenado si no existiera una ley que califique su conducta como antijurídica y punible, debiendo ser esta ley anterior al hecho ya que las leyes penales no poseen un efecto retroactivo.

1.1 Clasificación

Los tipos penales se clasifican en:

- i) históricos,
- ii) doctrinales, y
- iii) legal o normativo.

1.1.1 Desde un criterio histórico

Para esta clasificación tomaremos en cuenta la propuesta por el profesor Jiménez de Asúa¹, quien considera que la primera clasificación de los tipos penales lo encontramos en el derecho romano, ordenamiento que distinguió a los ilícitos penales en *natura turpia sunt* y *de civiliter et quasi more civitatis*, es decir, naturales y de creación política; desde este punto de vista los naturales son los que se entienden por sentido común, siempre se consideraban como repudiados, en términos del profesor italiano Garófalo, se trata de definir a lo que, por naturaleza, era y siempre había sido ilícito, a través del tiempo y de los pueblos, mientras que los políticos o civiles, son aquellos que la autoridad de cada pueblo o ciudad propuso y creó como ilícito penal por ser dañino para la sociedad.

Una segunda clasificación la encontramos en el derecho canónico, los cuales se sustentaban en una distinción por jurisdicción como son *delicta mere ecclesiastica*, *delicta mere civilia sive secularia*, y los ilícitos mixtos, los primeros se vinculaban a las autoridades de la iglesia, y los segundos a los jueces laicos, finalmente los mixtos cuya competencia era inherente a las autoridades de la iglesia como a los jueces.

¹Jimenez de Asua, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Editorial Losada S.A., Buenos Aires Argentina 1965., pág.127.



Una tercera clasificación histórica se establece por su gravedad, aporte que surgió a la luz por los italianos, sajones y franceses, y se identificó como levia, atroces, y atrocissima. Como se advierte en el ordenamiento jurídico penal francés de 1791, el fundamento de la gravedad fue el criterio que se adoptó para distinguir a los ilícitos penales, el mismo que fue replicado en casi todos los demás ordenamientos jurídicos penales posteriores al mismo.

Asimismo, dentro de la clasificación por su gravedad se hizo una nueva diferenciación o sub clasificación, es así como tenemos los graves tripartitos o bipartitos; en el primer caso se clasifican los delitos graves en crímenes, delitos y contravenciones, siendo los crímenes los que recibían una sanción más drástica ya que ellos atentaban a una pluralidad de bienes jurídicos, mientras que los que tenían afectación a bienes jurídicos determinados o particulares, y las contravenciones a las meras desobediencias a la ley; finalmente los bipartitos diferencian a los delitos de acuerdo a su gravedad de delitos y faltas, postura que ha sido acogida por nuestro actual ordenamiento penal, que considera delitos los más graves a las lesiones o amenaza de lesión de los bienes jurídicos de mayor trascendencia, y faltas a las contravenciones que se realizan a la personas o patrimonio y que no incide o no tiene la misma relevancia de un delito.

Posteriormente se realizó la distinción de delitos de ilicitud y motivación o políticos, esta calificación es a la fecha objeto de cuestionamiento en razón que se

consideran delitos tiránicos a los que se sancionaban a los anárquicos sociales, conocidos hoy a la fecha como terroristas, mientras que los delitos de ilicitud se consideraban a la criminalidad ciudadana motivada por el patrimonio o afectación privada, que no tenía como objeto afectar al Estado o el gobierno político, este tipo de clasificación se hizo menos notoria y terminó siendo olvidada a consecuencia de la segunda guerra mundial.

1.1.2 Los tipos penales desde un criterio doctrinal

Tomando como base la propuesta de clasificación del profesor Jiménez de Asúa², se considera que las principales clasificaciones de tipos penales que la doctrina ha propuesto son:

- i) Por el número intervinientes en el delito: monosubjetivos y plurisubjetivos, es decir, el responsable del iter criminis está a cargo de un solo sujeto, y plurisubjetivo cuando el responsable del iter criminis está a cargo de más de un sujeto, específicamente de conformidad a la
- ii) coautoría; de esta forma se dejó de lado las denominaciones de delitos individuales, en pareja, en asociación y en muchedumbre que indico Grispigni³

² Ob. Cit. Pág. 129

³ Ibidem



- iii) Por las cualidades del sujeto: se ha clasificado los delitos en propios y especiales, siendo los primeros los atribuibles a cualquier sujeto, mientras que los especiales son los cometidos por sujetos cualificados o que cumplen un cargo, mandato diferenciado propio de una función o por imperio de la ley, como pueden ser los funcionarios públicos o sujetos garantes como los albaceas, los administradores y representantes legales;

- iv) Por el bien jurídico tutelado en referencia al sujeto pasivo: es la forma de diferenciación de los delitos más común y la acogida por los códigos penales, como son: delitos contra la vida, el Estado, contra la salud, etc.;

- v) Por la acción: se reconocen dos tipos de acción, la propiamente dicha y la omisión, consideradas anteriormente por la doctrina como delitos con voluntad y sin voluntad. El delito de acción es la concordancia interna y externa dentro de las fases del delito, mientras la omisión es la materialización externa del delito sin concordancia con la fase interna, es dejar de hacer;

- vi) Por el resultado: se puede identificar delitos de mera actividad y delitos de resultado, existe un inconveniente en diferenciar delitos de mera actividad con la tentativa de los delitos de resultados, es por esa razón que se ha elevado a la categoría de delitos a las conductas que sin



poder alcanzar una lesión efectiva del bien jurídico, se consideran punibles como es el caso de la tenencia ilegal de arma de fuego, no se requiere demostrar el elemento subjetivo para imputarlo como tentativa de homicidio u otro delito, a diferencia de los delitos de resultado que para su consumación requieren la materialidad del delito;

- vii) Por la potencialidad del resultado: tenemos la clasificación entre delitos de lesión y delitos de peligro, siendo los primero los que exigen a la conducta típica, un amenaza real y potencial de daño, mientras que los delitos de lesión solo existen si existe ya el daño;

- viii) Por la forma de comisión del delito: tenemos los delitos de fraude y los de violencia, usualmente se identifica a estos delitos por la forma de ejecución, siendo los delitos de fraude los que no requiere el uso de violencia o lesión efectiva, empero, los delitos de frauden también comprenden a los delitos de infracción de deber, es decir, los que se realizan en supuesto cumplimiento de sus obligaciones o compromisos, empero, el mismo constituye un perjuicio;

- ix) Por la tipicidad: pueden ser delitos básicos, agravados y complementarios, siendo los primeros los que se agotan en la propia



figura típica prevista en el ordenamiento jurídico penal, mientras que los agravantes, con condiciones objetivas de tipicidad que generan mayor punibilidad y los complementos condiciones accesorias objetivas de tipicidad;

- x) Por la culpabilidad: pueden dividirse en dolosos y culposos, esta diferenciación si bien también recogida en el ordenamiento jurídico penal mas no es definida, es decir, cuáles son los supuestos de dolo y culpa, comprendiéndose los mismos como el grado de conocimiento del acto delictual;

- xi) Por la perfección del delito: consumados y agotados, es decir, se refieren a la realización del iter criminis, se debe advertir que los delitos agotados no son consumados en razón que la consumación es la finalización del delito que alcanzo con el objeto ilícito, mientras que el agotamiento del delito muchas veces no alcanzar el objeto, por ello dentro de esta figura se debe mencionar la tentativa, la frustración y el desistimiento como modalidades de anormalidad del agotamiento y consumación;

- xii) Por el tiempo de la realización de las acciones: tenemos los delitos únicos, instantáneos, permanentes y continuados, involucra que la

acción ilícita generada conlleva una correlación entre la consumación y el perjuicio o daño, siendo que se agotan en un instante o sus efectos trascienden en el tiempo, como sucede en el caso de los delitos permanentes y continuados;

- xiii) Delitos por su persecución: los considerados delitos de oficio y persecución privada, mediante denuncia y querrela respectivamente;

- xiv) Delitos por el momento de su comprobación: en flagrantes y no flagrantes; ocurridos dentro del contexto temporal dado por el legislador, si no se sujeta a estas reglas no se considera flagrancia;

- xv) Delitos en concurso real e ideal: sujeto al número de acciones típicas incurridos y los bienes jurídicos afectados, es así que estamos ante un concurso ideal cuando de una sola acción la misma tiene afectación a más de un bien jurídico y puede tipificarse en más de un delito y en el supuesto de concurso real cuando existen varias acciones y se tipifican en más de un delito;

- xvi) Formales y materiales: cuando la acción se agota con la tipificación o mera infracción, nos encontramos ante delitos formales, y cuando se

exige que de su consumación se produzca un resultado externo antijurídico nos encontramos ante delitos materiales.

1.2 Los tipos penales desde un punto de vista legal o normativo

El profesor Jiménez de Asúa⁴, hace la distinción entre lo que se denomina delitos comunes y especiales, siendo los delitos comunes los que se encontraban en el ordenamiento jurídico penal y los delitos especiales los que se encontraban contenidos en otras leyes diferentes al ordenamiento jurídico penal o también conocidas como leyes especiales, propiamente dicho estamos ante el caso de normas jurídico penales incompletas, donde el supuesto de hecho o consecuencia jurídica penal se encuentra contenido en normas extrapenales y adquieren sentido cuando se complementa por labor del operador de derecho.

A la fecha existe un gran conflicto de uso sobre esta clasificación de delitos, en razón que conforme se podrá advertir pese a que la clasificación fue identificada por el profesor Jiménez de Asúa, en la mitad del siglo XX, a la fecha en nuestro sistema jurídico se sigue identificado a los delitos como especiales a los complejos o los que exigen mayores conocimientos especiales a los operadores de derecho, tal es el caso de las fiscalías denominadas especializadas en delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, ambiente, siendo

⁴ Ibidem

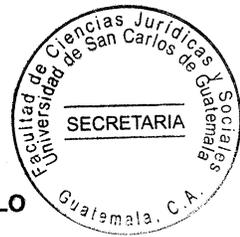
propiamente dicho no una distinción por la especialidad del delito sino por competencias o materias, ello lo ratificamos si tenemos en cuenta que dichos delitos forman parte del ordenamiento jurídico penal vigente, y no se encuentran en normas especiales o separadas.

La acción considerada como el elemento sustantivo del delito o el primer elemento del delito, que alude al comportamiento o conducta reprochable, que se imputa si la misma se circunscribe al tipo penal y usualmente se distingue a dicho comportamiento como comisiva u omisiva, siendo la conducta comisiva un hacer, y la omisiva un dejar de hacer o un no hacer.

"La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal"⁵, para comprender mejor este concepto, se debe tener en cuenta que es condición normativa previa a la labor de tipicidad que se cuenta con un tipo penal, que viene a hacer la descripción legal de un comportamiento psicofísico realizado por el legislador de una conducta considerada repudiable y sancionable penalmente.

De esta manera no se puede afirmar que la tipicidad es la adecuación de los hechos al tipo penal, que da como resultado una acción típica y por ende constitutiva de un delito, y en supuesto que el hecho no se adecua al tipo, la labor

⁵Muñoz c., Francisco y GARCIA A., Mercedes, Derecho Penal. Parte General, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2004, pág. 251.



de tipicidad deviene en frustrada dando como resultado una acción atípica. Lo importante y más relevante de la tipicidad es el tipo y sobretodo los elementos del tipo penal como son el sujeto, la conducta y el objeto⁶.

⁶Reyes Echandía, Alfonso. Tipicidad. Primera reimpresión de la sexta edición. Editorial Temis. Colombia - 1989, pág.25





CAPÍTULO II

2. Teoría del delito

“La teoría del delito, como parte de la ciencia penal, se ocupa de explicar qué es el acto ilícito para tales fines, es decir, tiene la misión de señalar cuáles son las características o elementos esenciales de cualquier delito. De esa forma debe superar definiciones genéricas y ambiguas que pueden ser admisibles en ciertas áreas o útiles para otros efectos, pero no para precisar el hecho específico que la legislación represiva castiga”.⁷

El concepto de que el delito es la acción típica, antijurídica y culpable, se acostumbra a considerarlo como el concepto clásico del mismo, el cual, comenzó a desarrollarse de forma cuatripartita a comienzos del siglo XIX, siendo su estudio doctrinario el influenciado posteriormente por el positivismo científico.

Es de esa forma, con base en el método analítico, es como se llega a hacer la distinción y la clara separación de los elementos del hecho delictivo, señalando para el efecto sus contenidos de la siguiente forma: la acción, es el concepto ontológico base de los demás, era de carácter descriptivo, naturalista y causal por

⁷ Cerezo Mir, José. Problemas fundamentales del derecho penal, pág. 25.



lo que se denominó causalistas a los impulsores de esa teoría de la acción o criterio, cuya concepción vendría a determinar los elementos restantes de aquel.

O sea, se entendía a la acción como el impulso de la voluntad, generadora de un movimiento corporal que supone la causación de un resultado y debido a lo que se puede indicar que se trataba de una visión fundamentalmente objetiva, en la que se destaca de forma singular el aspecto causal de los cambios o modificaciones en el mundo exterior que proviene de aquella, sin que se detenga a examinar el contenido propio de la citada voluntad.

El tipo y consecuentemente la tipicidad o acción típica, también cuenta con un carácter objetivo, debido a que únicamente comprende los elementos externos u objetivos del hecho que se encuentra previsto en la descripción legal. De esa forma quedan fuera del tipo todas las circunstancias de carácter subjetivo o internas del delito como el conocimiento, las intenciones, móviles, el descuido, o la actitud interna del sujeto, las cuales son pertenecientes a la culpabilidad.

Por otro lado, la tipicidad tiene un carácter descriptivo y no valorativo, debido a que el mismo hecho simple de que una conducta se encuentra descrita en la ley penal no implica una valoración negativa ni positiva, sino de carácter neutro.



La antijuridicidad es un elemento objetivo, valorativo y formal, debido a que solamente se enjuicia a la parte externa del hecho, y lo antijurídico o contrario a derecho es consistente en la modificación o perturbación de un estado o situación jurídica valiosa, y aunque se lleva a cabo una valoración negativa de la acción y lo valorativo recae sobre lo objetivo debido a lo que se valora negativamente de la conducta son los resultados externos malos o indeseables jurídicamente.

“En la culpabilidad es en donde se sitúan todos los aspectos subjetivos del delito. Al igual que en la acción se señalaba la existencia de un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, en la culpabilidad ocurre la relación o el nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho”.⁸

En la concepción neoclásica del delito se señala que la línea divisoria de mayor relevancia para el concepto clásico del delito se daba entre la parte objetiva consistente en la acción, tipicidad y antijuridicidad y la parte subjetiva o de culpabilidad, lo que no era satisfactorio totalmente a quienes se ubicaron bajo la teoría del dominio y en el campo jurídico.

“La concepción neoclásica del delito otorga lugar a que sus elementos se configuren en mayor o menor medida con un enfoque normativo y valorativo, no

⁸Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la teoría del delito, pág. 20.

siendo tan trascendente que se separen de forma tajante los elementos objetivos y subjetivos, debido a que se admite que pueden entrecruzarse”.⁹

Así pues, en el elemento acción se mantiene el concepto tradicional, aunque despojado de su carácter naturalista y entendido de manera amplia y como conducta humana externa y dependiente de la voluntad, o como manifestación de la voluntad hacia el exterior. La acción ya no consistió en el simple movimiento corporal, limitada a la conducta activa con olvido de la pasiva, debido a que se piensa entonces en los delitos de omisión. Se sigue manteniendo, un concepto causal, donde todavía no interesa el contenido propiamente dicho de la voluntad, sino que lo fundamental consiste en el aspecto externo de carácter material o ideal del comportamiento del sujeto y aunque se acepta que la conducta puede ser activa o pasiva se señala que la provocación de un resultado con su inactividad consiste en la no modificación del mundo exterior cuando así se requiere.

Después surgió un concepto de acción, que es el social, con un enfoque valorativo más destacado, que concibe a aquella como un comportamiento humano socialmente relevante en donde se negaba la cualidad de la acción a la causación de un resultado que no fuera jurídicamente imputable al acto.

⁹ Ibid, pág. 24.



El tipo ya no es, para la concepción neoclásica, un elemento puramente descriptivo y valorativamente neutro, sino que tiene como mínimo un carácter mixto, pues se reconoce en primer término que comprende en muchos casos elementos normativos, y aunque su función es meramente indicativa de la antijuridicidad, es admisible que un indicio de desvalor no sea algo puramente neutro. Junto a esta posición se desarrolla otra que concibe al tipo con carácter esencialmente valorativo y es la llamada concepción del tipo como ratio essendi de la antijuridicidad, según la cual la tipicidad no es un mero indicio, sino que implica ya la antijuridicidad. Este enfoque mantiene a su vez dos vertientes distintas: la concepción del tipo escrito como tipo desvalorado y la teoría de los elementos negativos del tipo.

Para tales posiciones, el tipo es un tipo de injusto no de acción típica y antijurídica, sino de acción típicamente antijurídica.

Por otro lado, en la concepción neoclásica, el tipo se sigue concibiendo como categoría predominantemente objetiva, pero no de modo exclusivo, puesto que se descubre que en algunos delitos pueden existir elementos subjetivos del tipo que son ánimos o fines específicos, distintos del dolo.

La antijuridicidad se observa con mayor o total vinculación a la tipicidad según se habla no solo de un concepto formal de antijuridicidad como mera comprobación



lógica de la contrariedad con las normas jurídicas, sino que se comienza a utilizar un concepto material de ella, como daño o nocividad social de la conducta.

En la culpabilidad se produce un cambio significativo, pues se abandona la concepción psicológica y se sustituye por el llamado concepto normativo, según el cual aquella se entiende como reprochabilidad o conjunto de condiciones que permiten formular un juicio de reproche al sujeto por su conducta, corriente que vale la pena advertir se sigue manteniendo mayoritariamente, aunque con diversas modificaciones sobre el número y clase de los elementos que hacen posible esa censura individual.

2.1. Corriente finalista de la acción

Uno de los cambios más profundos para la teoría del delito lo produjo la denominada corriente finalista de la acción, pese a que sus inicios coinciden con los orígenes de la teoría social de acción, y con el auge del derecho penal de autor que luego se convirtió en un obstáculo para la evolución del derecho penal democrático.

El finalismo supera los conceptos causalistas anteriores y concibe la acción atendiendo su principal aspecto subjetivo: el contenido de la voluntad, que radica



precisamente en su propósito o fin, ya que esto es lo que distingue la conducta humana de los fenómenos naturales. Tal punto de vista implica que como los posteriores elementos del delito que son la tipicidad y la antijuridicidad van referidos a la acción, tengan que ser calificativos o predicados que afectan no sólo a la parte externa de la conducta, sino también al elemento que fundamenta aquella, es decir, su finalidad. Al principio en los delitos culposos se seguía entendiendo que tanto la tipicidad como la antijuridicidad recaían de modo exclusivo sobre la parte externa de la acción o sea sobre la causación de los resultados desvalorados, ya que la finalidad resultaba jurídicamente irrelevante. Sin embargo, luego modificó su posición, para sostener que en tales hechos también es esencial para el injusto típico otro elemento subjetivo de la acción, diferente de la finalidad, que es la falta al deber de cuidado o el carácter descuidado en la realización del hecho.

Es así como tanto el tipo como la antijuridicidad se subjetivaban, dejando de ser elementos predominante o exclusivamente objetivos, para pasar a tener carácter mixto: el tipo se concibe con un aspecto objetivo que es la manifestación de voluntad en el mundo físico requerida por el tipo y un aspecto subjetivo que es el aspecto interno, la voluntad propiamente dicha, manifestada en el dolo; así pues, se estructura la concepción compleja del tipo penal, dejando atrás el tipo simple o unitario que sólo contemplaba el aspecto externo u objetivo. La antijuridicidad igualmente implica un juicio valorativo, aunque se trata de un juicio de contrariedad con la norma objetiva de valoración, sin que suponga todavía un



quebranto a la norma subjetiva de determinación, lo cual se examina en la culpabilidad.

Como consecuencia del traslado del dolo y la culpa al tipo, que llevó a acusar al finalismo de vaciar la culpabilidad, se produce un replanteamiento de este último elemento, aunque manteniendo la concepción normativa que la señala como reprochabilidad.

Dicha corriente la despoja, eso sí, de elementos valorativos neutros, o sea, del dolo neutro y le deja sólo aquellos como la conciencia del injusto, auténticamente relevantes para el juicio de reproche individual.

“Tal posición, avalada por un sector mayoritario de la doctrina por ser la más coherente y admisible, supera la idea tradicional del llamado *dolus malus*, o sea el denominado dolo culpable, compuesto del conocimiento y voluntad de realizar la parte objetiva del tipo, además de la conciencia de la antijuridicidad, ya que se concebía como requisito de la culpabilidad plena y lo sustituye por el concepto de dolo natural ubicado en el tipo de injusto que podría tener perfectamente un demente, un niño o un indígena que esté en error de prohibición, independientemente de que luego su conducta sea inculpable”.¹⁰

¹⁰Ob. Cit., pág. 29.



Con el auge del nacionalsocialismo surge la doctrina penal que lo apoya, conocida, impulsando el abandono del derecho penal de acto o, de hecho, el cual se consideraba con excesivas garantías en favor de los delincuentes, debido a la orientación liberal que avalaba la teoría del delito y de la pena; de ahí que suele usarse derecho penal liberal como sinónimo de derecho penal democrático, para contraponerlo al derecho penal autoritario o totalitario.

Tal movimiento logra sustituir aquel por un derecho penal más intervencionista, eficaz y represivo, que es el derecho penal de autor, para lo que se requiere la construcción de tipos de autor que sancionan ya no el hecho o el acto en sí, sino la personalidad o peligrosidad de los delincuentes, procurando su adecuado tratamiento.

La anterior concepción, pese a que ganó muchos adeptos a los regímenes totalitarios puesto que permite reprimir a los disidentes con mayor facilidad al desprotegerlos de la tutela de sus garantías y derechos nunca obtuvo unanimidad en la doctrina, y, por el contrario, es sumamente criticada en la actualidad. Pese a ello hoy se reconoce que un pequeño sector del derecho penal de culpabilidad que por lo general es derecho penal de acto, contiene por excepción a veces por derivación de ideas generales de política criminal que pretenden disminuir la

delincuencia de ciertas formas de derecho penal de autor, lo que no deja de ser cuestionable.

En cualquier caso, es cierto que todo el derecho penal de peligrosidad se sustenta sobre un derecho penal de autor, mientras que el derecho penal de culpabilidad establecido dentro de un sistema de derecho penal liberal o democrático debe fundamentarse sobre un derecho penal de acto, aunque se le critique por contemplar excepcionalmente modalidades del primero.

2.2. Relación de la teoría del delito con el derecho penal

No existe controversia que el derecho penal de hoy se encuentra inmerso en una realidad social y política que no le resulta muy favorable y que sus reconocidas deficiencias han convertido en un lugar común el que se aluda de modo reiterado a la crisis que enfrenta.

Por una parte, es evidente que sus mecanismos represivos y sus sanciones no han sido eficaces para disminuir el delito o disuadir seriamente a los infractores; es decir, la pena no ha cumplido satisfactoriamente su función de prevención positiva entendida como aquella que se dirige a quienes no han delinuido ni de prevención negativa dirigida a quienes ya delinquieron. Por otro lado, los



legisladores e impulsores de la correspondiente normativa han continuado, en no pocos casos, con la práctica endémica de seguir sancionando penalmente muchas conductas que tal vez no ameritan esa clase de control o que quizás pueden estar bajo la tutela de otras áreas jurídicas o a las que se les puede buscar soluciones despenalizadas como el diálogo, conciliación y arreglos a nivel administrativo que permitan un desahogo del sistema o al menos intentar un rumbo diferente para luego examinar sus resultados. Se ha acusado al referido sistema y al derecho penal de ser obsoletos e ineficaces, pero paradójicamente en ciertos casos se les quiere convertir en instrumentos más represivos ante los cuestionados problemas de seguridad ciudadana, de supuesto fomento de la impunidad, y de otras tantas situaciones de la sociedad que sean ciertas o ficticias de los que muchos medios de comunicación de masas suelen hacerse eco.

Sin embargo, en los últimos años, con la desaparición de regímenes autoritarios ha comenzado a aparecer con fuerza una corriente democratizadora de las instituciones punitivas que viene a dar nuevos aires a las ideas liberales de antaño, como lo es el respeto de los derechos humanos, el resurgimiento de las garantías constitucionales, la creación de organismos de tutela nacionales e internacionales, que han venido a fortalecer la doctrina del derecho penal mínimo dentro de un marco de garantías que lo avalan.



Ello no impide que algunos sectores minoritarios aboguen por criterios abolicionistas, lo que concuerda en mucho con otros que cifran sus esperanzas según se dijo en alternativas diferentes para la solución de los conflictos inclusive en materia penal, presentando un panorama que, aunque bastante inexplorado, no debe mirarse con indiferencia por sus fundadas críticas y sus interesantes propuestas para disminuir la tensión social en un mundo cada vez más complejo. En todo caso, no es ajeno a la legislación, a la teoría ni a la realidad, que un derecho penal de mínima intervención pueda a su vez buscar nuevas respuestas dentro de las diversas opciones que pregonan aquellos movimientos.

Al mismo tiempo que se cuestiona la eficacia del derecho penal y los fines de la pena, aparecen nuevas teorías o se reformulan otras que presentan algunas novedades dentro de la teoría general del delito. Dentro de ellas se encuentra la denominada moderna teoría de la imputación objetiva, que pese a bien ponderadas objeciones y críticas ha cobrado fuerza, especialmente en donde los tribunales acuden a ella con cierta frecuencia para establecer las responsabilidades penales.

“La imputación objetiva del resultado suele estimarse como un requisito implícito del tipo en los delitos de resultado; esto es, se le debe considerar en la parte

objetiva de aquel, para distinguirlo de los aspectos que conforman su parte subjetiva”.¹¹

En los delitos comisivos normales, o sea los que se realizan mediante actividad la imputación objetiva presupone inexcusablemente que exista relación causal material entre la acción y el resultado, pues si no ocurre de esa manera o sin que así se compruebe ya no se puede discutir si se imputa jurídicamente dicho resultado; en cambio, en los delitos de comisión por omisión o supuestos de omisión impropia no hay causalidad material entre la conducta omisiva y el resultado, pero sí imputación objetiva de éste a la omisión conforme a criterios estrictamente normativos.

El concepto de imputación objetiva suele reconocerse con la respectiva teoría para formular una exigencia apoyada en criterios teleológicos de que la causación del resultado fuese adecuada y por eso le podía ser imputada objetivamente a la acción. Así pues, se le concibió en sus inicios como un requisito de la tipicidad y también de la acción.

De esa manera apareció vinculada a la teoría objetivo-final de la acción como teoría de la acción típica, denominada luego concepto social de la acción. Pero después se desvincula de este último concepto y pasa a entenderse como

¹¹ Ibid, pág. 34.



elemento del tipo adicional a la causalidad y no se limita a la exigencia de adecuación, sino que se amplía a otros requisitos como el fin de la norma o el de la realización del riesgo, siendo hoy admitido por la doctrina dominante de tal modo.

Para ésta, entonces, hoy día la imputación objetiva del resultado significa que el mismo puede jurídicamente atribuirse a una acción como obra suya, y no como obra del azar, lo cual es necesario para el indicio de antijuridicidad penal que en principio supone la conducta que realiza el tipo en sentido estricto, independientemente de que la citada imputación pueda plantearse también en la participación criminal y no sólo en la autoría.

Para establecer la forma en que debe aplicarse la imputación objetiva se recurre a diversos criterios. Los más reconocidos son: el de la adecuación de la acción y del curso causal que supone a la adecuación de la acción y la creación de un riesgo mínimamente relevante, la concordancia con el fin de protección de la norma, y como subcriterio de éste, la realización del peligro de la acción. Otros criterios que suelen agregarse a los anteriores son los relativos a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o los del incremento y disminución del riesgo, o el de la evitabilidad.



Afirma en primer término que la acción causante del resultado debe ser adecuada para alcanzarlo, lo que a su vez exige que sea objetivamente previsible que con tal actuación se pueda causar ese resultado en la forma específica en que se produjo. Así pues, la previsibilidad objetiva del resultado se juzga a priori, en el momento de actuar, conforme al criterio del hombre medio, implicando cierto grado de posibilidad o probabilidad de que se produzca y no cuenta la previsibilidad subjetiva o individual que dependa de la excitación o alteración del sujeto o de su menor educación o inteligencia, lo cual sería importante para la culpabilidad, sino la previsibilidad objetiva o general en relación con el hombre medio.

La imputación objetiva requiere además que el resultado concreto causado encaje en el fin de protección o evitación de la norma; esto es, que coincida con el tipo de causación de resultados que precisamente la norma prohibitiva directa o la norma de cuidado vulnerada pretenden evitar. Para ello es necesario primeramente que el resultado concreto suponga justamente la realización del peligro inherente a la acción inicial con cierta probabilidad de que aquel se va a producir.

Además, debe admitirse que la idea del fin de protección de la norma es un criterio interpretativo más amplio que puede excluir la imputación objetiva de otros resultados no coincidentes con tal fin.

2.3. Criterio de riesgo jurídicamente desaprobado

Este criterio apunta que, si la acción implica ya una dosis considerable de peligro, pero proviene de un riesgo permitido y por tanto jurídicamente aprobado, no puede haber imputación objetiva del resultado.

Para caracterizar el vínculo que debe darse entre la conducta que genera un riesgo jurídicamente desaprobado y la producción del resultado penalmente relevante, los seguidores de esta tesis diferencian la creación y la realización de riesgos. Sin embargo, debe aclararse que tal postura ha sido la más criticada, inclusive por quienes apoyan la corriente de la imputación objetiva manteniendo sus principios generales.

Con sustento en este criterio bastante complejo, se pretende resolver los casos de cursos causales hipotéticos en que la supuesta conducta alternativa correcta, con seguridad o gran probabilidad también habría causado el resultado.

Es decir, propone comparar el grado de peligro que suponía la acción incorrecta, con el riesgo permitido que hubiera supuesto la hipotética acción correcta: si hay un incremento del riesgo permitido, habrá imputación objetiva; pero ésta no existirá si no hay aumento de él, porque ello violaría el principio de igualdad.



Otros criterios adicionales, como el de la evitabilidad y dominabilidad que suponen que un resultado puede serle atribuido a su autor cuando haya podido dominar el suceso y conducirlo a su producción, deviniendo en evitable, no han tenido mayor sustento dentro de los seguidores de la teoría de la imputación objetiva por diversas dificultades en su implementación.

2.4. La culpabilidad

Uno de los temas que ha sido objeto de las más enconadas controversias dentro de la teoría del delito, es sin duda alguna el de la culpabilidad. Este elemento ha sufrido no pocas modificaciones en su concepción, pasando desde una tesis psicológica de la culpabilidad entendida como relación psíquica, sin contemplar el aspecto valorativo, lo que significaba que el dolo es parte integrante suya hasta llegar a una tesis eminentemente normativa de la culpabilidad entendida como juicio de reproche que supone la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad de la conducta y que el ámbito de autodeterminación del sujeto haya tenido cierta amplitud.

Desde luego, cabe advertir que ciertos sectores de la doctrina han desarrollado otros conceptos de culpabilidad que no necesariamente siguen las pautas establecidas para su tradicional análisis, y en determinados casos, incluso

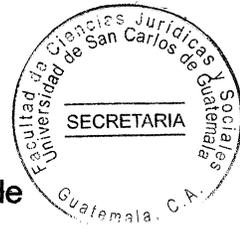


pretendiendo formularlo desde una óptica diferente, o al menos desde una perspectiva orientada hacia criterios que no suelen ser tan conocidos. Aunque dichas posturas no han alcanzado apoyo mayoritario, resulta de interés mencionar algunas de ellas ya que mantienen importantes críticas del concepto comúnmente aceptado, o aún podrían servir como complementos de éste en lo que así pudiera considerarse:

La co-culpabilidad, según este criterio todo sujeto actúa en una circunstancia dada y con un ámbito de autodeterminación, condicionados por causas sociales que no se le pueden cargar al momento de establecer el juicio de reproche.

Lo anterior suele admitirse en la medida en que para graduar la pena se toman en cuenta las necesidades o dificultades del individuo para ganarse el sustento propio.

Es aquella que puede apoyarse como un criterio político, a partir de la finalidad de la pena, lo que significa que, si no hay posibilidad de evitar el injusto, carece de sentido sancionarlo.



El principal obstáculo a ello radica en que se invierte el planteamiento general de la cuestión, según el cual debe conocerse si hay delito para saber si se debe aplicar una pena y no a la inversa.

Otra teoría es la llamada atribuibilidad, según la cual debe distinguirse entre lo que es exigencia conforme a un término medio, que fundaría una responsabilidad por el hecho, y la exigencia conforme a pautas individualizadas, que darían lugar a la culpabilidad como juicio de reproche individualizado. La objeción más relevante es que complica de forma innecesaria el contenido de la culpabilidad.

Un criterio interesante, aunque polémico es aquel que sostiene que existe verdadera inculpabilidad en los supuestos en que no hay posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad de la conducta, mientras que en los casos en que opera una simple reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto lo que hay no es inculpabilidad, sino una causa de exclusión de la pena fundada en la escasa culpabilidad.

Tal distinción lleva al estado de necesidad inculpante y otros presupuestos a la posición degradada de causas de exclusión de la pena, debido a que la posibilidad de actuar de otro modo no se halla del todo excluida.

Tampoco se hallaría del todo excluida la exigibilidad en ciertos supuestos de inimputabilidad o en algunos casos de error de prohibición, lo que hace inexacto el planteamiento.

Puede decirse que la culpabilidad normativa fue tomada pese a separarse de su aspecto meramente moral y ético para referirlo al área específica del derecho penal.

“El criterio dominante considera que la culpabilidad debe estimarse como juicio de reproche, en el cual al sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que las circunstancias en que actuó no le hayan reducido su ámbito de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo. Por otra parte, las teorías que ubican el dolo y la culpa en la culpabilidad o causalistas no siempre exigieron que el primero o dolo culpable tuviese una efectiva consciencia de la antijuridicidad, sino que hubo algunas que, al lado del dolo, pero fuera de él ubicaron el requisito de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, entendido como conocimiento potencial o posibilidad de conocimiento”.¹²

Frente a esta última surge la denominada teoría limitada o restringida de la culpabilidad, como lógica complementación de quienes siguen la teoría de los

¹² Zaffaraoni, Eugenia Raúl. Manual de derecho penal, pág. 29.



elementos negativos del tipo, según la cual las causas de justificación son causas de atipicidad, siendo que la tipicidad comprende como elementos negativos las ausencias de causas de justificación.

Así pues, de acuerdo con dicha posición, la consciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad, pero cuando depende del conocimiento de la falta de situación de justificación se ubica en la tipicidad, mientras que en la primera la posibilidad de comprensión del injusto se halla en la culpabilidad, permaneciendo ajeno al dolo, sea que éste se encuentre en el tipo o en la culpabilidad.

2.5. El error

Aunque en el derecho penal están superados los conceptos de error de hecho y de error de derecho por los problemas que representaron sus anticuados planteamientos, estableciéndose hoy el fundamento del error en el tipo o en la prohibición, según sea que, respectivamente, se incurra sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción, o que se crea que el hecho realizado no está sujeto a pena, de acuerdo con el concepto que se tenga de la culpabilidad así serán las consecuencias en el examen y tratamiento del mismo, particularmente en lo que atañe a los errores sobre las justificaciones putativas.



Debe reconocerse inicialmente que el error de prohibición incide sobre la culpabilidad, la que se puede eliminar del todo si el primero es invencible o insuperable, atenuándose la pena prevista para el delito cuando así no fuese. En cambio, en el caso del error de tipo se elimina la tipicidad, pero si es vencible o superable, se mantiene la posibilidad de sancionar la conducta culposa por falta al deber de cuidado en los delitos que así lo permitan.

La principal diferencia se presenta cuando en aplicación de la teoría de los elementos negativos del tipo y por ende de la teoría limitada de la culpabilidad, se interpreta que el error en los presupuestos de hecho de una causa de justificación se está ante un error de tipo, mientras que para los que se apoyan en la teoría estricta de la culpabilidad en tal caso se estaría ante un error de prohibición.

Desde luego no se desconoce que existen otras teorías disidentes sobre el error, las que se pronuncian contra las anteriormente analizadas, en especial la ya referida de los elementos negativos del tipo y la denominada de la precedencia de la antijuridicidad con respecto al tipo, para la cual la diferencia entre este último y la antijuridicidad resulta artificiosa y en la práctica de imposible manejo.

Pese a todo ello, sea que se estime más ajustada a la realidad una teoría monista o que se continúe con la dualista, se considera que mientras la teoría del error no se desvíe mayoritariamente hacia criterios distintos de los que la han venido



sustentando lo cual cabe reconocer como posible, no existe mayor margen para un tratamiento diverso sobre los presupuestos de hecho de las causas de justificación.





CAPÍTULO III

3. Elementos del delito

Se establece que los elementos POSITIVOS del delito son:

- a) La acción o conducta humana.
- b) La tipicidad.
- c) La antijuricidad.
- d) La culpabilidad.
- e) La imputabilidad.
- f) Las condiciones objetivas de punibilidad.
- g) La punibilidad.

Los elementos NEGATIVOS del delito son:

- a) Falta de acción o conducta humana.
- b) La atipicidad.
- c) Las causas de justificación.



- d) Las causas de inculpabilidad.
- e) Las causas de inimputabilidad.
- f) Falta de condiciones objetivas de punibilidad.
- g) Causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias.

3.1. Tipicidad

La acción ha de ser típica, porque ha de coincidir con las descripciones del delito de las reunidas en la parte especial del Código Penal.¹³ Para definir la tipicidad de forma clara y precisa es la adecuación de la conducta ósea el delito al tipo legal concreto. Se puede afirmar que el tipo cumple tres cometidos: el mismo tiene una función sistemática, una función dogmática y una función político-criminal. En el sentido sistemático el tipo abarca el conjunto de los elementos de que delito se trata. La función dogmática: consiste en describir los elementos.

¹³ Madrazo Mazariegos, Danilo, Sergio Madrazo Mazariegos, Constelaciones de las Ciencias Penales, Guatemala, 2006 Pág. 171.

3.2. Antijuridicidad

La acción ha de ser prohibida, por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador solo incorpora una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. La antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico.

3.3. Culpabilidad

Ha de poder hacer responsable al autor que cometió el delito. La culpabilidad no es un fenómeno individual, aislado; la culpabilidad debe verse con referencia a la sociedad; no solo al autor de un hecho típico y antijurídico sino una culpabilidad con referencia a los demás. De ello surge que la culpabilidad es un fenómeno social.

La culpabilidad posee tres elementos para que una persona sea culpable los cuales son:

- a) Imputabilidad: o capacidad de culpabilidad, para ser sujeto de Derecho penal, ya sea física y mentalmente para poder hablarse de culpabilidad.

- b) Conocimiento de la acción de antijuricidad: el individuo o la persona que comete del delito debe saber a grandes rasgos el contenido de las prohibiciones en la norma.
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto: de los cuales no puede exigirse responsabilidad alguna.
- d) Punibilidad: Una acción típica, antijurídica y culpable es por lo general punible y es la característica diferencial del delito. Ya que una persona que comete un delito debe ser penado por la ley. Dentro de la punibilidad encontramos dos categorías. Por un lado, los supuestos que se relacionan con los sujetos, esto es, las causas personales de exención. Por otro lado, los requisitos o condiciones objetivos, que benefician a todos los participantes en el hecho delictivo.

3.4. Clasificación

La legislación guatemalteca clasifica a los delitos en: delito doloso que es cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto, artículo 11 del código Penal; delito culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia, artículo 12 del Código Penal; delito consumado, cuando concurren todos sus elementos de su tipificación, artículo 13 del Código penal.



a) Delitos dolosos

Son todos aquellos que comete una persona, estando consiente del acto y con voluntad de realizarlo.

El Código Penal en su artículo 11 estipula que el delito doloso, es aquel cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

El dolo contiene los siguientes elementos:

- Elemento Cognoscitivo: Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción, como la acción típica. Es decir, debe tener un conocimiento de los elementos del tipo objetivo, por lo que debe ser actual, debe ser extensivo a las circunstancias.¹⁴

- Elemento Volitivo: Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario además querer realizarlos.¹⁵

¹⁴Cauhapé Cazaux, Eduardo Gonzales, Apuntes del Derecho Penal guatemalteco, La teoría del Delito, Guatemala, Primera Edición, 1998, Fundación Myrna Mack. Pág. 51.

¹⁵Ob. Cit. Pág. 52



- Elemento del ánimo: Se trata de una actitud subjetiva del autor que determina una especial irreprochabilidad a la acción.

- Elemento de la Autoría: Implica una finalidad posterior en el actuar del autor.

b) Delitos culposos

Estos delitos según el código Penal se establecen con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causan un mal por imprudencia negligencia o impericia.

Los Delitos culposos deben de llenar ciertos elementos para que sean calificados como tales, la imprudencia, que consiste en la divergencia entre la acción realizada y la que debería de haber sido y la imprudencia hace referencia a un actuar vulnerado normas de cuidado, mientras que la negligencia, parece más bien ir referida a un comportamiento omisivo.

c) Delitos por omisión

Son aquellos delitos el que no se realizó la conducta esperada, aunque en ese momento estuviese realizando otra conducta activa pero distinta de la exigida. Omisión no es hacer nada sino no hacer lo que se tuvo que hacer.



Y se clasifican en: delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia o comisión por omisión.

d) Delitos por su gravedad

Los delitos o crímenes son infracciones graves a la ley penal, mientras que las faltas o contravenciones son infracciones leves a la ley penal, de tal manera que los delitos son sancionados con mayor drasticidad que las faltas, atendiendo a su mayor gravedad.

Es difícil encontrar una diferencia sustancial entre el delito y las faltas, más que por su propia gravedad y la naturaleza de las penas que se imponen a cada una de ellas.

En Guatemala, los delitos se castigan principalmente con pena de prisión y pena de multa, extraordinariamente con la pena de muerte; mientras que las faltas sólo se sancionan con pena de arresto y pena de multa.¹⁶

e) Delitos por su estructura

¹⁶ Ob. Cit. Pág. 57

Son delitos simples aquellos que están compuestos de los elementos descritos en el tipo y violan un solo bien jurídico protegido, por ejemplo, el hurto que atenta exclusivamente contra el patrimonio ajeno.

Son delitos complejos aquellos que violan diversos bienes jurídicos, y se integran con elementos de diversos tipos delictivos, por ejemplo, el robo que aparte de atentar básicamente contra el patrimonio, en su conformación aparecen elementos de otros delitos por cuanto que muchas veces constituyen un atentado contra la vida y la integridad de la persona.

f) Delitos por su resultado

- Delitos de daño: Son aquellos que efectivamente lesionan el bien jurídico tutelado produciendo una modificación en el mundo exterior.
- Delitos de peligro: Son aquellos que básicamente se proyectan a poner en peligro el bien jurídico tutelado.
- Delitos instantáneos: Son delitos instantáneos aquellos que se perfeccionan en el momento de su comisión.
- Delitos permanentes: Son delitos permanentes, aquellos en los cuales la acción del sujeto activo continúa manifestándose por un tiempo más o menos largo.¹⁷

g) Delitos por su ilicitud y motivaciones

¹⁷ Ob. Cit. Pág. 58

- **Delitos comunes:** Son delitos comunes todos aquellos que lesionan o ponen en peligro valores de la persona individual o jurídica.
- **Delitos políticos:** Son delitos políticos aquellos que atacan o ponen en peligro el orden político del Estado.
- **Delitos sociales:** Son delitos sociales aquellos que atacan o ponen en peligro el régimen social del Estado, por ejemplo, el terrorismo.
- **Delito aberrante:** El delito aberrante existe cuando la acción dolosa dirigida contra una persona determinada o contra un objeto específico recae sobre una persona distinta o sobre un objeto material diverso al requerido.¹⁸

Tal fenómeno puede darse por una de estas tres circunstancias:

- **Error del delincuente con respecto a la persona de la víctima.** Hay en este caso una verdadera confusión del autor del hecho acerca del sujeto pasivo.
- **Error del agente acerca del objeto de la infracción.** Las dos hipótesis vistas son, la modalidad en la cuales presenta la aberratio delicti.
- **Mal uso o torpeza del agente en el empleo de los medios comisivos de la infracción, o accidente de cualquier índole, aún fortuito, que desvía el curso**

¹⁸ Ob. Cit. Pág. 59

causal haciendo que la acción recaiga sobre persona o cosa distinta a la querida por el delincuente.

3.5. Tiempo y lugar de comisión del delito

Tanto el tiempo como el lugar de comisión del delito guardan estrecha relación con la conducta humana delictiva del sujeto activo llamada acción u omisión, porque depende de cuándo y dónde se realizaron éstas para identificar el tiempo y lugar de la comisión del ilícito penal.

El Artículo 19 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Tiempo de comisión del delito. El delito se considera realizado en el momento en que se ha ejecutado la acción. En los delitos de omisión en el momento en que debió realizarse la acción omitida".

En el primero de los supuestos señalados en el Artículo antes citado, el delito se considera ejecutado en el momento en que el sujeto activo exterioriza su conducta típicamente delictiva, y cuando se trate de un acto que proviene de la concurrencia de varias acciones, deberá entenderse que se refiere a la que esencialmente o en última instancia, haya sido causa directa del resultado. En el segundo supuesto, el



delito se realiza en el momento en que el sujeto activo, consciente y deliberadamente omitió realizar una conducta que pudo y debió haberla realizado.

El Artículo 18 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Cambios de comisión: quien, omite impedir un resultado que tiene el deber jurídico de evitar, responderá como si lo hubiere producido”.

El lugar donde se cometió el delito está regulado en el Artículo 20 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Lugar del delito. El delito se considera realizado en el lugar donde se ejecutó la acción, en todo o en parte; en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado y en los delitos de omisión, en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida”.

3.6. Circunstancias que modifican la responsabilidad penal

Las circunstancias que modifican la responsabilidad penal son:

- a) circunstancias atenuantes.
- b) circunstancias agravantes.



Las circunstancias atenuantes están reguladas en el Artículo 26 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Son circunstancias atenuantes:

- Inferioridad síquica: 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: el exceso de los límites establecidos en las causas de justificación.
- Estado emotivo: obrar el delincuente por estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebató u obcecación.
- Arrepentimiento eficaz; si el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.
- Reparación de perjuicio: si el delincuente, a criterio del tribunal ha reparado, restituido o indemnizado adecuada y satisfactoriamente el daño causado antes de dictarse sentencia.
- Preterintencionalidad: no haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.
- Presentación a la autoridad: 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: la confesión del procesado, si la hubiere prestado en su primera declaración.

- Ignorancia: la falta de ilustración, dada la naturaleza del delito, en cuanto haya influido en su ejecución.
- Dificultad de prever: en los delitos culposos, causar el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy improbable o difícil de prever.
- Provocación o amenaza: haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza en proporción al delito.
- Vindicación de ofensa: 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: las expresadas en el Artículo 25 cuando no concurren los requisitos necesarios para excluir de responsabilidad en los respectivos casos. Atenuantes por analogía: cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores”.

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

- Motivos fútiles o abyectos: haber obrado el delincuente por motivos fútiles o abyectos.

- **Alevosía:** 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 encuentra, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse.
- **Premeditación:** 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 y 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:** ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, aviación, avería causada a propósito, descarrilamiento, accidente de tránsito de cualquier clase, explosión, alteración del orden público o cualquier otro estrago o calamidad pública.
- **Abuso de superioridad:** abuso de superioridad física o mental, o emplear medios que debiliten la defensa de la víctima.
- **Ensañamiento:** 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:** ejecutar el hecho empleando vehículo o cualquier medio, modo o forma que asegure la fuga del delincuente.

- Artificio para realizar el delito: cometer el delito empleando astucia, fraude, disfrazo cualquier otro engaño suficiente para facilitar la ejecución del delito u ocultar la identidad del delincuente.
- Cooperación de menores de edad: cometer el delito utilizando la participación o ayuda de persona menor de edad.
- Interés lucrativo: prevalerse, el delincuente, de su carácter público o del poder inherente al cargo, oficio, ministerio o profesión, o cometerlo haciendo uso de funciones que anteriormente, hubiere tenido.
- Auxilio de gente armada: ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.
- Cuadrilla: ejecutar el delito en cuadrilla. Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres personas armadas.
- Nocturnidad y despoblado: 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: ejecutar el delito con ofensa o menosprecio de la autoridad o en el lugar en que ésta esté ejerciendo sus funciones.
- Embriaguez: embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito.
- Menosprecio al ofendido: 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: ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando este no haya provocado el suceso.
- Menosprecio del lugar: ejecutar el delito en la morada del ofendido, cuando este no haya provocado el suceso.
- Facilidades de prever: en los delitos culposos, haber ocasionado el resultado dañoso en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible.
- Uso de medios publicitarios: 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: 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: 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 IV

4. El engaño como elemento del tipo penal de colusión

Debemos primeramente resolver la interrogante ¿qué es colusión?, y ¿que involucra el delito de colusión o la acción coludirse? De acuerdo con la Real Académica Española la palabra colusión proviene del latín collusio, que define —al pacto ilícito en daño de un tercero, por lo que coludirse involucra realizar un acuerdo ilícito entre dos o más sujetos, perjudicando a un tercero, el cual puede ser el Estado o un particular.

De este significado dado por la real académica española se puede asegurar que en este tipo penal el sujeto activo puede tomar diversas formas ya que existen una gran cantidad de posibilidades para identificar un hecho como colusión, por lo que se puede atribuir esta actividad de llegar a acuerdos ilícitos tanto a particulares como a funcionarios, servidores públicos, o privados.

Extremo que ha sido tomado en cuenta y adoptado por la legislación nacional al incluir dentro de lo estipulado en el artículo 458 del Código Penal Decreto 17-73 sanciones específicas a ser aplicadas a profesionales del derecho que sean encontrados culpables de dicho delito.

Con respecto a la denominación tradicional de colusión adoptada por estudios del derecho penal¹⁹, se considera que la misma no se ajusta a la realidad, ya que tanto en el mercado como en el comercio, las practicas colusorias no son admisibles, sobretodo en relaciones económicas o de consumo, por lo que no se hace necesario diferenciar entre la denominación de colusión vista desde una perspectiva típica legal y la denominación tradicional. Por lo que se puede afirmar que toda practica colusoria resulta ilegal, haciendo que una división entre la denominación legal y la tradicional sea irrelevante.

Sin embargo, debemos preguntarnos si resulta relevante la definición penal de colusión ilegal o antijurídica, se considera que no, ya que es necesario tener en cuenta que si bien las practicas colusorias se consideran cuestionables y socialmente reprochables, para que estas produzcan efectos legales de carácter penal deben cumplir con los presupuestos establecidos dentro del tipo penal para que le sea aplicable una sanción penal pre establecida dentro del mismo ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a la regulación del ilícito penal de colusión, si bien se encuentra tipificado dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, también se puede encontrar dentro del ámbito del derecho comparado, pudiéndose mencionar dentro del mismo al Derecho penal Español, en donde este ilícito tiene su principal

¹⁹Castillo Alva, José Luis y Caverro Garcia; Percy. El Delito de Colusión. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú. Pág. 64



antecedente, ya que el mismo sanciona a las conductas incurridas por funcionarios públicos no solo por perjudicar el patrimonio del estado, sino que este perjuicio se realizaba en ciertas operaciones desempeñadas por el cargo.

4.1- Naturaleza jurídica del tipo penal del delito de colusión.

Al hablar del delito de colusión nos encontramos ante un delito por comisión por excelencia, ya que conlleva como condición necesaria de tipicidad que el sujeto activo del delito sea necesariamente un funcionario o profesional del Derecho, es por ello, que se identifica a este como un delito de infracción de deber, que contiene su estructura en similar a los delitos de infracción de deber negativo de no lesionar a nadie, concretado en la actividad del funcionario público, en términos del profesor Percy García Caveró²⁰.

La jurisprudencia identifica el delito de colusión como un delito especial propio de resultado; en el primer supuesto se atribuye que este delito solo es imputable a funcionarios o profesionales del derecho que cumplen un especial encargo e infringe su deber específico derivado de su cargo en lo que concierne a la adecuada gestión de los interés y bienes públicos.

²⁰ Ob. Cit. Pág. 21



El delito de colusión es un delito de resultado, y en concreto de lesión, debido a que genera un perjuicio material, real y tangible al evitar la citación o comparecencia, o en su caso la provocación de resoluciones adversas para el sujeto pasivo del delito, ya sea el Estado o persona particular.

Se trata, además, de un delito de resultado instantáneo. Ya que el mismo surte efecto inmediato al no comparecer la persona o al emitirse la resolución perjudicial a la persona o entidad del Estado.

El delito de colusión puede ser cometido tanto por comisión como por omisión, por lo que se puede decir que el delito de colusión es un delito de infracción con resultado o, dicho de otro modo, en el delito de colusión, concurren dos criterios:

- a) cualitativo (infracción de deberes funcionariales y profesionales a través del acto de concertación y fraude) y;
- b) cuantitativo (afectación del patrimonio del sujeto pasivo en contra del cual se emitirán resoluciones perjudiciales) De lo expuesto se colige que la doctrina y la jurisprudencia no es unánime al identificar la naturaleza del delito de colusión.

4.2. El tipo en el delito de colusión

El delito de colusión es un tipo de comisión y omisión con respecto al autor, es decir, no puede realizarse una colusión comisiva, empero, la colusión por omisión si es posible se realice en marco de la complicidad, es decir los demás intervinientes en el proceso de contratación que advierten o toman conocimiento de la actuación colusoria del sujeto activo no impiden la realización o no comunican de ello a las autoridades competentes, por lo que genera un facilitamiento a la ejecución del delito, hecho que se da en vulneración del deber de vigilancia o control que tiene el inmediato superior u otros sujetos intervinientes. Al respecto también se debe tener en cuenta que la colusión es lo que se denomina un delito de pluralidad de actos, es decir, la acción típica no se produce con un solo acto, como el homicidio, sino mediante dos o más actos.

4.3. El engaño

Se comprende por engaño la acción o conjunto de palabras o acciones con que se engaña a alguien o se le hace creer algo que no es verdad, con lo que se busca esconder o disfrazar la realidad en busca de un beneficio propio, paraqué el engaño sea penalmente relevante, debe ser un engaño bastante, es decir capaz de inducir a error en la persona al que va destinado, atendiendo el ámbito de uso

social dominado por la buena fe, como elemento corrector para evitar ampliar en exceso los límites penales del engaño.

“La estafa es un sinónimo de engaño. El engaño es la simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas, puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como la simulación o desfiguración de los verdaderos”²¹

Dentro del ámbito del Derecho Romano, se hacía distinción entre engaños dividiéndolos en engaños penalmente lícitos e ilícitos, en base al concepto romano de *dolus bonus* y *dolus malus*, engaños buenos y engaños malos. Se consideraban como engaños buenos los que se hacían de buena fe; y con buena intención sin intención de dañar a la otra parte.

4.4. Tipos de engaño

Doctrinariamente son diversas las clasificaciones en los tipos de engaño que existen, sin embargo para este estudio se tendrán en cuenta los siguientes:

a. Engaño omisivo

Este tipo de engaño consiste en ocultar o cambiar elementos o la totalidad de la verdad con la intención de hacer caer a la parte contraria en error,

²¹ Ob. Cit. Pág. 119



haciéndose valer de artificios engañosos y simulaciones, dentro del mismo se puede mencionar la estafa como uno de los tipos penales que incluye el engaño como uno de sus elementos.

Este mismo tipo de engaño se encuentra en el ámbito Civil cuando no se declaran circunstancias en el momento de contratar, que de ser conocidas hubiesen impedido la contratación; basándose en el deber de declarar estos defectos o en los principios de lealtad y buena fe entre las partes.

b. Engaño implícito

Consiste en hacer creer a la parte contraria que se tienen intenciones diferentes a las que se llevan a cabo, como ocurre con la estafa de hospedaje, quien entra a comer a un restaurante y no paga, porque su acción daba a entender su solvencia y disposición de pago, aunque existen autores que lo discuten; negándolo si no existe propósito de fraude previo.

Análogo problema ocurre con el acceso sin billetes a los espectáculos, ya que se hace creer que se lleva entrada o se hace entrar a más personas y también constituye engaño el ingresar en el espectáculo sin pago previo; y que según la doctrina es un engaño en ambos casos.



4.5. El ardid y el engaño

El ardid y el engaño son conceptos muy parecidos que forman el punto central de la estafa. Ambos medios pueden inducir a error a la víctima; pero conceptualmente son distintos.

El ardid consiste en el empleo de astucias o artimañas para simular un hecho falso o disimular uno verdadero para conseguir un objetivo.

“El engaño consiste en la falta de verdad en lo que se dice, se piensa o se hace creer. O sea, es dar a una mentira la apariencia de verdad, acompañándola de actos exteriores que llevan a error”²²

4.6. La idoneidad del ardid o engaño

El ardid o engaño deben ser idóneos para lograr su objetivo el cual es aprovechar el error de la víctima para conseguir un objetivo

Para poder tener un mejor entendimiento de los mismos, se deben distinguir dos criterios:

²² Ibidem

1) Subjetivo: para determinar la idoneidad del ardid es necesario tener en cuenta a la víctima y su discernimiento, su nivel intelectual; su actividad. Si conforme a las condiciones de la víctima, el ardid o engaño empleados no eran suficientes para engañarla; el medio no será idóneo y por lo tanto no habrá estafa.

2) Objetivo: este criterio sostiene que el ardid o engaño es idóneo cuando ha logrado éxito en el caso concreto, es decir, cuando ha servido para engañar a la víctima. Este es el criterio seguido por los tribunales guatemaltecos. La idoneidad del ardid o engaño presenta especial importancia en los casos de tentativa.

4.7. La mentira

Dentro de la doctrina guatemalteca y la jurisprudencia se sostiene que la simple mentira no constituye ardid o engaño; y por tanto no basta para configurar estafa ya que la simple mentira no constituye estafa si no es acompañada de acciones exteriores por parte del estafador para apoyar sus palabras, por otra parte constituye delito si el actor se encuentra obligado a decir la verdad como es el caso del delito de perjurio.

Por esta razón se sostiene que la simple mentira no constituye causa suficiente para configurar estafa, si no se realizan actos exteriores por parte de la parte actora para asegurar el resultado.

4.8. El silencio

De acuerdo con la doctrina guatemalteca, el silencio no constituye estafa, a no ser que la parte actora tenga el deber jurídico de expresarse.

Razón por la que el título de engaño defraudatorio puede imputarse solo si el silencio causante del error, implica violación de un deber jurídico de manifestar lo que se calla.

Se estaría ante una comisión de estafa por omisión en el caso de silencio engañoso, la ley da expresamente un carácter de ardid al silencio en casos específicos y no en todos los casos ya que se crea el riesgo de transformar en delictuosa la mera falta de lealtad en las convenciones civiles.



4.9. El error como elemento del engaño

Mediante el engaño se intenta provocar el error en la víctima, siendo el error el falso conocimiento, en el cual la víctima cree saber, pero resulta equivocada. Así como los medios fraudulentos deben provocar el error, este a su vez; debe provocar en la víctima la determinación de entregar la cosa al estafador. Ya sea por acción o por omisión causada por el error.

En la estafa la voluntad de la víctima está viciada, desde el comienzo; por el error provocado mediante la actividad fraudulenta. Si el delincuente se aprovecha del error ya existente en la mente de la víctima, no basta para configurar la estafa. Si el engaño ya está en la mente del defraudado, con anterioridad al hecho que se imputa al procesado, y este no lo saca de su error; no hay delito. La mayoría, si no a totalidad de los autores, sostiene este principio.

No nos encontramos ante estafa o ardid cuando el actor del hecho se encuentra en error sin estar consciente de ello, es decir que actúa a su vez engañado por circunstancias ajenas a su conocimiento.

Resulta necesario también que el actor obre con el fin de obtener un beneficio indebido, sin existir la necesidad de que este fin se logre para poder ser

encontrado dentro del tipo penal, ya que nuestra legislación no requiere expresamente que se logre dicho fin, siendo suficiente con que haya actuado con esa finalidad, ya que surge la idea implícita de defraudar que implica que el ardid esté vinculado al logro de ese beneficio indebido.

El Código Penal guatemalteco no contempla una noción del engaño, por lo que hay que entenderlo como toda aquella actividad mediante la cual el sujeto activo intenta inducir al sujeto pasivo al error, para obtener un beneficio de este.

Para que el error produzca efecto en la víctima este ha de producirse con anterioridad al tiempo de realizarse el acto pues debe inspirar seguridad en la víctima para que la misma realice la conducta o acción objeto del engaño, a diferencia del llamado dolo civil que tiene carácter consecuente, es decir; que surge con posterioridad a la conclusión de un negocio lícito contraído de buena fe en su fase de cumplimiento y ejecución.

El error es el elemento más importante del engaño ya que sin la existencia de este, no es posible la defraudación del sujeto pasivo, no concretándose el engaño, por lo que el objeto del engaño es inducir al error.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El delito de colusión es un delito de resultado, el cual requiere para su consumación de la existencia de el engaño hacia la administración pública o los particulares, cuya acción (riesgo creado por el autor) supone la realización de un concierto fraudulento y engañoso para evitar la citación o comparecencia ante el órgano jurisdiccional, así como provocar resoluciones perjudiciales hacia el sujeto pasivo. Este delito contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o a los particulares, mediante pactos colusorios que afectan directamente las citaciones y resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional, entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado y los particulares, supone la infracción de los deberes de lealtad y probidad inherentes al cargo o a los encargos de la comisión especial por parte del funcionario, servidor público o profesional del derecho. Ellos tienen el deber de actuar con veracidad durante el ejercicio funcional y profesional. El perjuicio típico del delito de colusión es causado por un fraude realizado por los funcionarios o servidores públicos vinculados y los interesados. La concertación debe darse mediante maniobras de engaño, debiendo señalarse, como lo hace la doctrina, que el fraude se perfecciona mediante el engaño.





BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ MANCILLA, Erick Alfonso. **Fundamentos Generales del Derecho Procesal**, Primera Edición. Departamento de Comunicación Social del Organismo Judicial de Guatemala. 2010.

CASTILLO ALVA, José Luis y Cavero Percy García. **El delito de colusión**. Editorial Grijley. 2008. Lima Perú.

DIGHERO HERRERA, Saúl. **Constitución Política de la República de Guatemala (y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad)**. Guatemala, Editorial Serviprensa, S.A., 2002.

GONZÁLEZ CAUHAPÉ-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Segunda edición. Guatemala, mayo 2003. Segunda reimpresión diciembre 2009.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal. Tomo II**. Buenos Aires. Ed. Losada. Buenos Aires, Argentina, 1965.

LEÓN VELASCO, Héctor Anibal y José Francisco Mata Vela. **Derecho Penal Guatemalteco, Parte General y Parte Especial**. Cuarta Edición, corregida, aumentada y actualizada. F&G Editores. Guatemala 2003.

MADRAZO MAZARIEGOS, Danilo y Sergio Madrazo Mazariegos, **Constelaciones de las ciencias penales**, Guatemala, 2006.

MUÑOZ C., Francisco y GARCIA A., Mercedes, **Derecho penal. Parte general**, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2004.

PAR USEN, José Mynor. **El Juicio Oral en el Derecho Penal Guatemalteco**. Cuarta Edición. Editorial Serviprensa, S.A. 2013.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Tipicidad**. Primera reimpresión de la sexta edición. Editorial Temis. Colombia – 1989.



Legislación:

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

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

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

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