

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a crown on top, a lion on the right, and a figure on the left. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin text "UNIVERSITAS ORBIS CAROLINAE ACCEMIA COACATEMATEMENSIS".

**INEFICACIA EN LA PREVENCIÓN GENERAL DEL DELITO Y DE LOS FINES DE LA
PENA ESTATAL PARA LA ERRADICACIÓN DE ACTIVIDADES ILÍCITAS**

ANA GABRIELA BACA LÓPEZ

GUATEMALA, MAYO DE 2021

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

**INEFICACIA EN LA PREVENCIÓN GENERAL DEL DELITO Y DE LOS FINES DE LA
PENA ESTATAL PARA LA ERRADICACIÓN DE ACTIVIDADES ILÍCITAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ANA GABRIELA BACA LÓPEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2021

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

DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
Vocal I en Sustitución del Decano

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

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. César Andrés Calmo Castañeda

Vocal: Lic. Fredy Roberto Anderson Recinos

Secretario: Lic. Arnoldo Torres Duarte

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Juan Manuel Perny García

Vocal: Lic. Ignacio Blanco Ardón

Secretario: Lic. Misael Torres Cabrera

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



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 24 de enero de 2020.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ANA GABRIELA BACA LÓPEZ, titulado INEFICACIA EN LA PREVENCIÓN GENERAL DEL DELITO Y DE LOS FINES DE LA PENA ESTATAL PARA LA ERRADICACIÓN DE ACTIVIDADES ILÍCITAS. 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.



CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala 11 de julio del año 2016

Licenciado

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



Distinguido Licenciado:

De conformidad con el nombramiento de fecha doce de abril del año dos mil dieciséis, como asesor del trabajo de tesis de la bachiller Ana Gabriela Baca López intitulado: **"INEFICACIA EN LA PREVENCIÓN GENERAL DEL DELITO Y DE LOS FINES DE LA PENA ESTATAL PARA LA ERRADICACIÓN DE ACTIVIDADES ILÍCITAS"**, procedí a asesorar a la estudiante en las modificaciones que se estimaron pertinentes y declaro que no me une ningún parentesco dentro de los grados de ley con la estudiante referida, por lo que emito opinión tomando en cuenta lo siguiente:

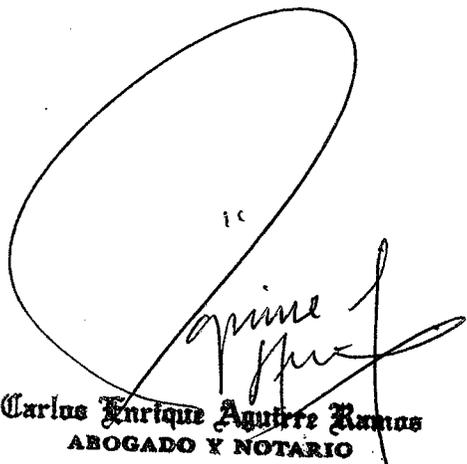
- a) El trabajo de investigación realizado es un aporte científico y técnico con un amplio contenido jurídico y doctrinario, siendo objeto de desarrollo y análisis del trabajo de investigación de tesis fundamentado en la necesidad de llevar a cabo un análisis de la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal.
- b) La metodología y técnicas utilizadas en la realización del trabajo de investigación, fueron acordes al desarrollo de los capítulos. En la introducción y conclusión discursiva, se utilizaron los métodos analítico y sintético, así como se aplicaron los métodos deductivo e inductivo.
- c) En relación a los objetivos quedó demostrado que es fundamental erradicar las actividades ilícitas en la sociedad guatemalteca.
- d) La hipótesis planteada quedó comprobada, toda vez que el trabajo realizado por la estudiante señala la necesidad de orientar el carácter sistemático de los fines de la pena estatal en el país.
- e) Los métodos y técnicas de investigación empleados fueron los indicados, habiendo dado una idea de la forma de mejorar la redacción y permitieron entender los elementos que analiza la estudiante, los criterios técnicos y jurídicos que le dan fundamento a cada argumento.
- f) La contribución científica del tema es de importancia y basada en un contenido de actualidad. En cuanto a la conclusión discursiva, se relaciona con el contenido del trabajo de investigación y refleja el adecuado nivel de síntesis jurídico con el verdadero objeto del tema. La bibliografía utilizada para la elaboración de la tesis ha sido la adecuada.

CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS
ABOGADO Y NOTARIO



Doy a conocer que el trabajo de tesis de la sustentante cumple de manera eficaz 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, por lo que **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Carlos Enrique Aguirre Ramos
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos
Asesor de Tesis
Colegiado 3,426



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 12 de abril de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, CARLOS ENRIQUE AGUIRRE RAMOS
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ANA GABRIELA BACA LÓPEZ, con carné 200818720,
 intitulado INEFICACIA EN LA PREVENCIÓN GENERAL DEL DELITO Y DE LOS FINES DE LA PENA ESTATAL
PARA LA ERRADICACIÓN DE ACTIVIDADES ILÍCITAS.

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.

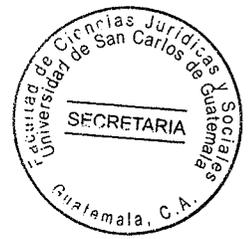
DR. BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 13 / 04 / 2016 f)

Carlos Enrique Aguirre Ramos
 ABOGADO Y NOTARIO
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)





DEDICATORIA

A DIOS:

Por haberme dado la vida, la salud, la sabiduría y entendimiento en mis estudios.

A MI MADRE:

Gonzalo de Jesús Baca Herrera gracias por ser un ejemplo de esfuerzo, dedicación, disciplina, amor a la familia.

A MI MADRE:

María del Socorro López Mejía, por enseñarme la humildad, sinceridad, el amor, ser ejemplo en mi vida.

A MIS HERMANOS:

Emiliana, Margarita, Mario, Agustín, Gregoria, Josefina, Beatriz, Rosa, Margarita, Katty, Lucy, gracias por compartir momentos difíciles y bellos momentos de mi vida.

A MIS AMIGAS:

A mis amigos y amigas por alentarme a nunca detenerme y luchar por mis sueños.

A:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por permitirme estudiar y formarme en sus aulas.



PRESENTACIÓN

El tema desarrollado es referente a la ineficacia en la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal para la erradicación de las actividades ilícitas en la sociedad guatemalteca y el mismo fue desarrollado dentro del perímetro de la ciudad capitalina durante los años 2012-2015. La naturaleza jurídica del trabajo de tesis es pública y se enmarcó dentro de la investigación cualitativa que permitió el estudio de la problemática relacionada, mediante el análisis exhaustivo de la situación planteada de una forma particular y dentro de un contexto estructural.

La pena es un fin en sí mismo, o sea, su función consiste en restablecer el daño ocasionado, debido a que al tomar en consideración el daño que se hace al orden social determinado, entonces se tiene que aplicar una pena con la finalidad de que se devuelva al orden social. Además, se tiene que tomar en consideración a la pena como la retribución que el Estado le tiene que otorgar a la víctima del delito.

Como sujetos de estudio se analizó tanto a las víctimas como a los victimarios. El objeto de estudio de la tesis versa en la pena, siendo la misma la sanción impuesta por la comisión de un delito y el aporte académico indicó que es necesario garantizar la prevención general del delito y los fines de la pena estatal en la sociedad guatemalteca. El aporte académico de la tesis señaló los fundamentos jurídicos que informan la prevención general del delito y los fines de la pena estatal, para combatir eficazmente el delito.



HIPÓTESIS

Se formuló la hipótesis a la tesis desarrollada referente a que no existe seguridad ciudadana, ni se ha logrado el combate a la criminalidad, debido a la actual ineficacia en la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal para la erradicación de actividades ilícitas que no permiten una prevención general positiva en la sociedad guatemalteca.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis fue efectivamente validada señalando la actual ineficacia en la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal para erradicar las actividades ilícitas, así como también indicó que la función o funciones que se le reconocen a la pena definen en gran medida el procedimiento, así como también señaló que a la pena se le tiene que atribuir un efecto de prevención general al tratar de evitar actividades delictivas en la sociedad y motivar con ello al delincuente potencial.

Con los métodos descriptivo, inductivo-deductivo y analítico-sintético y técnicas de investigación bibliográfica y documental utilizados, se logró una efectiva búsqueda de las causas y efectos entre los fenómenos del tema investigado en relación a asegurar la prevención delictiva en Guatemala.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El derecho penal.....	1
1.1. Ciencia del derecho penal.....	1
1.2. Características de la ciencia del derecho penal.....	2
1.3. Elementos del derecho penal.....	4
1.4. Instituciones integrantes del sistema penal.....	5
1.5. Política criminal estatal.....	7
1.6. La criminología.....	8
1.7. Normas penales.....	10
1.8. Ámbito de validez de la ley penal.....	11
1.9. Concurso de normas.....	15
1.10. Relación del derecho penal con el derecho procesal penal.....	16

CAPÍTULO II

2. Teoría del delito.....	23
2.1. Definiciones.....	25
2.2. Sistematización.....	26
2.3. Aspecto filosófico del delito.....	28
2.4. Aspecto formal del delito.....	28



2.5. Aspectos dogmáticos del delito.....	29
2.6. Circunstancias que modifican la responsabilidad penal.....	30

CAPÍTULO III

3. Progresión delictiva.....	37
3.1. Camino del delito.....	37
3.2. Tentativa del delito.....	38
3.3. Acción punible.....	39
3.4. Causalidad.....	40
3.5. Teorías.....	42
3.6. Concausas.....	44
3.7. La omisión.....	44
3.8. Cooperación delictiva.....	45
3.9. Delito y resultado.....	45
3.10. Libertad de acción.....	46

CAPÍTULO IV

4. Ineficacia en la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal para la erradicación de actividades ilícitas en la sociedad guatemalteca.....	49
4.1. Conceptualización.....	49
4.2. Teorías absolutas de la pena.....	50
4.3. Teorías relativas de la pena.....	52



4.4. Teorías mixtas.....	56
4.5. La ineficacia en la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal para la erradicación de actividades ilícitas en Guatemala.....	60
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	69



INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis desarrollado fue elegido para dar a conocer la actual ineficacia en la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal para la erradicación de actividades ilícitas. La prevención general es un concepto empleado en derecho que alude a uno de los efectos jurídicos que tiene su regulación normativa en la sociedad a la cual va encaminada. El conjunto de las normas jurídicas se encuentra bajo el respaldo de la coerción o amenaza de sanción que conlleva el incumplimiento de dichas normas. La coerción tiene como finalidad última el disuadir al individuo de que ejecute el comportamiento legalmente y prohibido de forma que la persona, bajo el conocimiento de las consecuencias negativas que supondrían una determinada actitud, se abstiene del incumplimiento de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

El objetivo general de la tesis señaló claramente que la prevención general del delito es esencial en toda regulación normativa, pero especialmente es analizada en el campo del derecho penal, donde las penas atribuidas a los comportamientos típicos únicamente pueden ser fundamentadas en la reinserción del delincuente o en la prevención de que se lleven a cabo actos que lesionen a la sociedad en su conjunto.

La hipótesis formulada fue comprobada señalando la actual ineficacia en la prevención general del delito en la sociedad guatemalteca, así como de los fines de la pena estatal para erradicar las actividades ilícitas cometidas que no permiten garantizar la seguridad en el país. Las teorías sobre la función de la pena buscan la determinación de la función de que la sanción penal o pena tiene asignada y que a su vez busca el establecimiento de la función que tiene el derecho penal en general. También, la experiencia ha demostrado que cualquier acción que se emprenda para la prevención del delito y su combate, no tiene éxito alguno si no se cuenta con la participación de la ciudadanía, siendo por ello que es fundamental garantizar la prevención delictiva como un desafío estatal para que en materia de seguridad pública se cuente con armonía, tranquilidad y se alcance un Estado de derecho.



Los capítulos desarrollados fueron los siguientes: el primer capítulo, señala lo relacionado con el derecho penal, ciencia del derecho penal, elementos, características, instituciones integrantes del sistema penal, política criminal estatal, criminología, normas penales, ámbito de validez de la ley penal, concurso de normas jurídicas y relación del derecho penal con el derecho procesal penal; el segundo capítulo, indica la teoría del delito, definiciones, sistematización, aspecto filosófico del delito, aspecto formal del delito, aspectos dogmáticos del delito y circunstancias que modifican la responsabilidad penal; el tercer capítulo, estudia la progresión delictiva, el camino del delito, tentativa del delito, acción punible, causalidad, teorías, concausas, la omisión, cooperación delictiva, delito y resultado y libertad de acción; y el cuarto capítulo, analiza la ineficacia en la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal para la erradicación de actividades ilícitas en la sociedad guatemalteca.

Fueron utilizadas las técnicas de investigación de tipo documental y de fichas bibliográficas y los métodos inductivo, deductivo y descriptivo, los cuales permitieron organizar la información obtenida y con la cual se llevó a cabo el desarrollo de la tesis.

La prevención del delito es fundamental y el combate al delito no se enfrenta únicamente desde la parte punitiva y reactiva, sino también desde el mismo entorno social, mediante el análisis de los factores sociales, comunitarios y situacionales que son incidentes para que se cometan actos fuera de la ley.

La importancia de la prevención general radica en que se eleva a la función de la prevención del delito con la finalidad de fomentar el bienestar social tomando como fundamento el análisis, diagnósticos y estudios científicos, así como la aplicación de mejores prácticas.



CAPÍTULO I

1. El derecho penal

Al estudiar la disciplina jurídica del derecho penal, es de conveniencia subdividirlo, para con ello obtener una sistematización debidamente coordinada dentro del esquema que sea planteado mediante la doctrina y los legisladores y así obtener una mayor comprensión del significado del derecho criminal, debido a que se tiene que comenzar desde la conceptualización y síntesis de todos los aspectos generales y fundamentales que tengan relación, concluyendo con la interpretación de cada uno de los distintos tipos penales que son prohibidos.

Dicha sistematización a la cual se hace referencia, se tiene que concentrar en la parte general del derecho penal, la cual se encarga del análisis de las garantías del derecho penal, así como también de las bases que tienen que seguirse para la teoría del delito, teoría de la pena, teoría de la participación y su posterior ejecución. También, se tiene que estudiar la parte especial del derecho penal, que se encarga del estudio de la tipicidad regulada en la legislación penal vigente en la sociedad guatemalteca.

1.1. Ciencia del derecho penal

“La finalidad de la ciencia penal consiste en la sistematización de la variedad de formas de pensar de valor, que se encuentran debidamente establecidas en la normatividad penal. Dichos criterios de valor, son referentes a aquellos que van a



determinar la realidad para su aplicación. La ciencia del derecho penal se encuentra integrada por la realidad. Además, se encuentra formada por un grupo de diversos elementos jurídicos, filosóficos y teleológicos tendientes a la interpretación, estudio, sistematización y composición de los distintos fenómenos que integran los elementos del derecho penal”.¹

1.2. Características de la ciencia del derecho penal

Entre las características propias de la ciencia del derecho penal se encuentran las que a continuación se indican:

- a) La ciencia del derecho penal es hermeneútica: “La misma tiene que encargarse de la determinación del significado preciso de las palabras a través de las cuales se ha expresado el pensamiento atribuido a una norma de carácter penal”.²

Lo que se pretende, es el establecimiento de las diversas condiciones y aspectos relevantes que indican las normas penales existentes. Busca que el juez pueda encargarse de la resolución de una adecuada interpretación de la norma legal.

- b) La ciencia del derecho penal es una ciencia de carácter normativo: es tendiente a la interpretación de las normas del derecho penal y debido a ello el intérprete no

¹ Bustos Ramírez, Juan. **Bases críticas de un nuevo derecho penal.** Pág. 25.

² Creus, Carlos. **Introducción al derecho penal.** Pág. 20.

puede prestarse a su creación, debido a que consiste en dogmas inmutables que tienen que resguardar y alcanzar una interpretación correcta al caso y a las motivaciones particulares con las cuales cuente.

- c) La ciencia del derecho penal forma parte del espíritu: debido a que se encamina a la determinación del mundo espiritual que tiene la persona con la finalidad del establecimiento de su libertad de actuar.

La misma, tiene que llevar a cabo la averiguación de toda aquella información respecto a los distintos valores y juicios de valor de cada persona que sea sometida a un proceso penal.

No tiene que hacerse por un lado la actividad del juez, debido a que se tiene que anteponer la ciencia de los valores, para de esa manera alcanzar una adecuada comprensión del actuar del ser humano y después obtener un juicio que sea justo.

- d) La ciencia del derecho penal es cultural: tiene que encontrarse encaminada a alcanzar, determinar y establecer claramente el conjunto de las diversas expresiones de la sociedad, con la finalidad de comprender de mejor manera el actuar personal.

Además, tiene que encargarse de conocer y comprender claramente las costumbres, los usos y las prácticas de todos los sectores de la sociedad para la

emisión de un juicio de valor y de justicia. En el caso particular de la sociedad guatemalteca, es notoria la evidente necesidad con la cual cuenta la ciencia del derecho de involucrarse en la comprensión cultural, para la obtención de respuestas que sean justas en cada caso en especial.

1.3. Elementos del derecho penal

El derecho penal cuenta con una serie de elementos determinantes de su esencia y son:

- a) Derecho público: debido a que emanan del Estado, para llevar a cabo el control social en interés del bienestar común, en donde el ente estatal es el interesado directo para su futura aplicación.
- b) Sancionador: se caracteriza debido a que siempre se asocia a una pena o medida de seguridad.
- c) Aplicador: la disciplina jurídica en estudio es de aplicación a todas aquellas personas que sean responsables de la comisión de un delito.
- d) Preventivo: su finalidad principal es la prevención de quienes hayan cometido un hecho ilícito.
- e) Rehabilitador: debido a que el derecho penal busca la rehabilitación de todo sujeto que haya sido condenado por la comisión de algún delito, con la finalidad de prevenir cualquier otro hecho criminal que pudiera llegar a presentarse”.³

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Pág. 40.



1.4. Instituciones integrantes del sistema penal

El sistema de justicia penal al igual que cualquier otro sistema tiene que encargarse del establecimiento de un modelo explicativo de la estructura y de las relaciones internas de todo un aparato denominado penal.

El sistema penal no funciona con un mismo elemento, sino que el mismo se encuentra conformado y desarrollado por un grupo de instituciones que se encargan de velar por el adecuado funcionamiento del sistema.

Fundamentalmente, el sistema en mención se integra por cinco instituciones que tienen carácter básico y son: la criminología, derecho penal, política criminal, derecho procesal penal y derecho penitenciario.

A cada una de las instituciones anotadas, se les acostumbra denominar subsistemas del sistema penal.

Dichas instituciones tienen que funcionar de manera coordinada y sistematizada para la obtención de la criminalidad. Cada uno de dichos subsistemas se constituye en un engranaje funcional.

- a) **Criminología:** consiste en una ciencia interdisciplinaria que analiza y estudia la conducta social del delincuente y de la víctima, así como también el origen y causas del delito.

“La criminología es la que se encarga de la determinación y explicación de las causas motivadoras de los delitos y sus consecuencias jurídicas en el país, así como del estudio de la víctima, para explicar la génesis y de esa manera tratar de proveer los mecanismos de prevención”.⁴

- b) Política criminal: es referente a la táctica que tiene el Estado para poder contrarrestar la criminalidad.
- c) Derecho penal: es la disciplina jurídica que brinda una serie de dogmas jurídicos relacionados con el delito, las medidas de seguridad, las penas y sus consecuencias legales.
- d) Derecho procesal penal: se refiere al procedimiento legal determinante para la aplicación del derecho penal.
- e) Derecho penitenciario: analiza el conjunto de normas jurídicas, garantías y principios que rigen la ejecución de las penas que se impongan.

El sistema penal de actualidad, tiene que encargarse del mantenimiento de dichos subsistemas de manera inseparable e interdependiente, en donde se logre centrar la aportación empírica y el fundamento científico para la transformación y estudio de la experiencia criminológica.

⁴ Diez Ripollés, José Luis. **Manuel de derecho penal guatemalteco**. Pág. 19.



1.5. Política criminal estatal

De acuerdo con el transcurrir del tiempo, aparecen determinadas maneras de pensamiento y con ello los diversos modelos que se tienen para eliminar la criminalidad estatal.

Son tres los modelos de importancia:

- a) **Modelo autoritario:** “Se basa en la autoridad estatal, en donde no existen limitaciones en relación al *ius puniendi*. El Estado, cuenta con total facultad para castigar, sin darle preferencia alguna a la libertad e igualdad con la cual deben contar las personas”.⁵
- b) **Modelo liberal:** consiste en la oposición al modelo autoritario existe la democracia, en donde tienen preferencia los derechos mínimos de la ciudadanía, especialmente el de la legalidad y libertad de los seres humanos. El Estado es el encargado de autolimitar sus actuaciones con fundamento en los principios del derecho.
- c) **Modelo igualitario:** el modelo en mención es el que se encarga de la promoción de todos y cada uno de los ciudadanos guatemaltecos, indicando para el efecto la existencia de igualdad.

⁵ **Ibid.** Pág. 34.

1.6. La criminología

Se fundamenta en el estudio y análisis del delito desde un aspecto real, en donde lo de mayor importancia consiste en el aspecto físico y psíquico.

El criminólogo es el encargado del estudio de la fenomenología, la personalidad del sujeto y la persona que padece el delito.

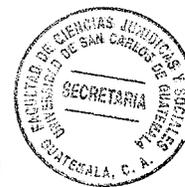
“También se interesa en otras ciencias e indica que son coadyuvantes a la determinación y comprensión del hecho criminal. En relación a la víctima, se puede constatar que durante el siglo XVIII, con el surgimiento de la dogmática penal, la víctima es caracterizada como el sujeto pasivo del delito”.⁶

Lo relacionado con el bien jurídico tampoco le beneficia a la criminología, al hacer la suposición de que la defensa penal no lo es, ya de una víctima, sino que de un bien jurídico que se encuentra dotado de relevancia exclusiva.

En relación al control social, se tiene que entender que la criminología de actualidad busca el establecimiento de diversas estrategias e instituciones que permitan la promoción y garantía del respeto de las normas y expectativas de la sociedad.

Dentro de las mismas, se encuentran las informales y las formales. Las primeras, se distinguen por las que se adoptan a través de la familia, el grupo social y la escuela; las

⁶ Beristain, Antonio. **Manual de derecho penal**. Pág. 40.



segundas, son aquellas que llevan a cabo sus actuaciones mediante el sistema coercitivo, como sucede con la administración de justicia.

Es necesaria la determinación de que al no tener éxito las diversas instituciones informales, se tienen que aplicar las formales, con la aplicación de sanciones severas y con la observancia de todos los principios y las garantías constitucionales inherentes del procesado.

Actualmente, se ventila un derecho penal no institucionalizado que consiste en la posibilidad de solucionar la problemática de manera pacífica y conciliadora entre el agraviado y el agresor, en los delitos menos graves que hacen énfasis en la reparación del daño a la víctima.

“La sustitución del control formal cuenta con un solo alcance bastante limitado, de hecho, el mismo es parcial y fragmentario, debido a que en la actualidad no se dispone de alternativas que sean globales y valederas, así como también que puedan asumir de manera institucional las funciones del derecho penal”.⁷

El control social formal cuenta con aspectos negativos, pero se encarga de asegurar una respuesta racional, igualitaria, previsible y controlable, lo cual no sucede siempre con los controles de carácter informal o no institucionalizados. La criminología de actualidad se tiene que encargar de buscar soluciones prácticas a la realidad que se vive en el país, pensando en los destinatarios y en su aplicación real. La misma, es de

⁷ Ibid. Pág. 45.



carácter preventivo y se basa en actividades puramente comunitarias, donde emplea los mecanismos encaminados a toda la sociedad como la educación y el fomento de la cultura.

Lo que busca la criminología moderna es otorgarle la debida importancia a las funciones de las instituciones estatales y motiva la existencia de un papel incidental en el control de la criminalidad, dejando por un lado los factores exógenos y endógenos del delincuente y se centra básicamente en las instituciones gubernamentales.

1.7. Normas penales

“La ley consiste en la fuente del derecho penal y el principio de reserva de ley es el que establece que las normas jurídico-penales son aquellas que se pueden encargar de restringir y limitar determinados derechos constitucionales como el patrimonio o la libertad”.⁸

Es de importancia hacer mención que se tiene que tomar en consideración una gran variedad de elementos sustanciales de las normas penales vigentes, como sucede en el caso de su función, estructura y clasificación.

Las funciones de las normas penales tienen relación con la protección de los bienes jurídicos de mayor importancia de una determinada sociedad.

⁸ Jiménez de Asúa, Luis. **Tratado de derecho penal**. Pág. 12.



Mediante las normas jurídicas se busca la disuasión de la sociedad en relación a la comisión de delitos. Además, se pretende también garantizar a la sociedad que las únicas sanciones y conductas que pueden ser penalizadas son aquellas que están en las normas penales del país.

1.8. Ámbito de validez de la ley penal

La ley penal tiene que ser aplicada a los seres humanos que cometan hechos delictivos, dentro de una esfera de tiempo y de espacio.

El ámbito de validez de la ley penal tiene que encontrarse circunscrito a tres aspectos, siendo los mismos los siguientes:

- a) **Ámbito de validez personal de la ley penal:** es de importancia indicar que la ley penal se encuentra encaminada a todos y a cada uno de los ciudadanos y ciudadanas que habitan o transitan por el territorio nacional.

A esta igualdad relacionada con el ámbito personal de la ley penal se le reconocen dos excepciones.

- a.1) **Antejuicio:** consiste en la oportunidad que se le otorga a un funcionario público, para no ser sometido a un proceso penal, hasta que el mismo sea limitado judicialmente de esa inmunidad. El antejuicio se convierte en necesario para el adecuado funcionamiento de la administración pública de un Estado.



Para el funcionario público no existe posibilidad alguna de desistir del antejuicio, debido a que por las diversas actividades que lleva a cabo y por su figura política y pública, no podría tener lugar la realización de sus distintas funciones, las cuales le corresponde desempeñar y por la comparecencia continúa a los diversos procesos penales que existan.

- a.2.) Inmunidad internacional: consiste en la prerrogativa con la cual cuentan los representantes estatales, para no ser juzgados en el país en que se encuentren establecidos.

La inmunidad de la jurisdicción de la cual gozan los agentes diplomáticos se debe a la reciprocidad internacional referente a los asuntos internos de otro Estado, de forma independiente a que se encuentre dentro de la territorialidad de la ley penal del Estado receptor.

- b) **Ámbito de validez espacial de la ley penal:** la misma únicamente puede ser aplicada a todos aquellos hechos delictivos que sean cometidos dentro del territorio de un determinado país, o sea, todos los delitos cometidos dentro del territorio nacional que abarquen los espacios tanto marítimos, como terrestres y aéreos.

La extraterritorialidad de la ley penal es la excepción a la territorialidad de la ley penal, debido a que puede tener aplicación a hechos que suceden en un Estado distinto. De ello, deriva su nombre.



El Artículo 5 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala indica: “Extraterritorialidad de la ley penal. Este código también se aplicará:

1. Por delito cometido en el extranjero por funcionario al servicio de la República, cuando no hubiere sido juzgado en el país en el que se perpetró el hecho.
2. Por delito cometido en nave, aeronave o cualquier otro medio de transporte guatemalteco, cuando no hubiere sido juzgado en el país en el que se cometió el delito.
3. Por delito cometido por guatemalteco, en el extranjero, cuando se hubiere denegado su extradición.
4. Por delito cometido en el extranjero contra guatemalteco, cuando no hubiere sido juzgado en el país de su perpetración siempre que hubiere acusación de parte del Ministerio Público y el imputado se hallare en Guatemala.
5. Por delito que, por tratado o convención, deba sancionarse en Guatemala, aun cuando no hubiere sido cometido en su territorio.
6. Por delito cometido en el extranjero contra la seguridad del Estado, el orden constitucional, la integridad de su territorio, así como falsificación de la firma del Presidente de la República, falsificación de moneda o de billetes de banco, de curso legal, bonos y demás títulos y documentos de crédito”.

“Los principios de la extraterritorialidad de la ley penal son los que a continuación se indican:

- Principio de personalidad: también se le llama de nacionalidad y en el mismo la ley del Estado puede perseguir a un nacional a donde haya cometido un delito.



- Principio de universalidad: el principio anotado es el que señala que el Estado se encuentra facultado para la aplicación de su ley penal a hechos que hayan sido cometidos fuera de su territorio, cuando así lo señale algún tratado o convenio internacional.

 - Principio real o de protección: consiste en la facultad que tiene un Estado de aplicar su ley penal contra hechos que lesionen sus intereses estatales como la seguridad del Estado.

 - Principio de justicia supletoria: se encarga de que la justicia penal de un Estado se pueda aplicar de manera supletoria a la del Estado que le correspondería la aplicación de su ley penal. Su finalidad principal consiste en evitar la impunidad y se presenta cuando a un sujeto no se le aplica la ley penal del Estado que le corresponde y de forma supletoria se tiene que aplicar la ley penal de otro Estado. Este principio, se encuentra regulado en los códigos penales.
- c) **Ámbito de validez temporal de la ley penal: la ley penal tiene vigencia por un tiempo determinado. Cualquier ley penal tiene un tiempo de comienzo y la misma puede dejar de ser vigente por abrogación o derogación**.⁹

Debido a lo anotado, se tiene que establecer el ámbito de validez temporal de la siguiente manera:

⁹ Zaffaroni. **Ob. Cit.** Pág. 110.



c.1.) **Extractividad:** significa que si la ley vigente en un momento determinado al tiempo en que fue cometido el delito es distinta de cualquier ley posterior, se tendrá que aplicar aquella cuyas disposiciones sean favorables al reo aun cuando haya recaído sentencia firme y aquél se encuentre cumpliendo su condena.

1.9. Concurso de normas

El concurso de normas puede aparecer cuando un hecho delictivo se encuentra regulado por dos o más normas penales y únicamente una de ellas tiene que ser aplicada.

Al existir diversas normas que puedan aplicarse a un caso concreto y para la determinación de la aplicabilidad de únicamente una de ellas, se tiene que hacer necesario que se rijan de acuerdo a los principios de especialidad, consunción, subsidiaridad y alternatividad.

a) **Principio de especialidad:** quiere decir que la ley especial de un caso determinado tiene que prevalecer ante la ley general. Además, se tiene que anotar la importancia legal de que cuando existan dos o más normas de las cuales una tiene características especiales en donde se contenga un elemento particular que se encargue de especificar de mejor manera la conducta, tiene que aplicarse ésta en perjuicio de las demás normas que sean generales.



- b) Principio de consunción: “En caso de que exista concurrencia de dos o más normas jurídicas, se tiene que aplicar la norma que contenga un mayor alcance que el resto.”¹⁰

- c) Principio de subsidiaridad: tiene que prevalecer la norma correspondiente y si la misma no fuere aplicable, se tiene que emplear la subsidiaria. Una norma penal se tiene que aplicar en defecto de la norma principal. La misma, puede ser expresa o tácita.

- d) Principio de alternatividad: a pesar de la aplicación de los tres principios antes señalados, sin que con los mismos se señale una solución al concurso de leyes, es necesario el principio de alternatividad el cual es referente a la aplicación de cualquiera de las normas penales.

Ello, utilizando el tipo penal que contenga la pena menos grave, de acuerdo al principio de *favor rei* y al término de lo que el legislador no pudo hacer la distinción correspondiente.

1.10. Relación del derecho penal con el derecho procesal penal

La relación entre las dos disciplinas jurídicas en mención es bastante estrecha, debido a que el proceso penal consiste en el canal necesario mediante el cual se constata la comisión de una infracción penal en el caso concreto y se tienen que imponer

¹⁰ *Ibid.* Pág. 115.



sanciones aplicables a la misma. Pero, la interrelación entre ambos sectores jurídicos no quiere decir que sean iguales.

Su delimitación es constitutiva de un asunto bien complejo y objeto de discusión en el seno de la doctrina científica y no se trata de un problema solamente teórico, debido a que su solución puede asociarse a consecuencias de importancia como lo son la aplicación o no de principios penales como la irretroactividad.

A pesar de lo anotado, la problemática de la delimitación entre el derecho penal y el derecho procesal penal, a pesar de ser uno de los primeros asuntos que tiene que ser tratado al aproximarse a dichas disciplinas, ha sido objeto de un abandono casi total en donde ha existido una limitación al llevar a cabo afirmaciones genéricas que puedan ser llevadas a cabo.

Ello, sin ofrecer por lo menos un criterio elemental para hacer distinciones, aunque las mismas sean por aproximación. Ello, es lo que se encarga de justificar profunda y exhaustivamente la problemática de actualidad.

- a) Teorías que niegan la posibilidad de llevar a cabo una delimitación entre el derecho sustantivo y el derecho procesal: en variadas ocasiones se ha tomado en consideración que el derecho material y el derecho procesal son integrantes de una unidad indisoluble e inmaterial, lo cual trae como consecuencia lógica la imposibilidad de llevar a cabo una delimitación entre las disciplinas jurídicas anotadas.

En dicho sentido, se tiene que hacer mención de la teoría en estudio, en cuanto a que la misma no es más que la afectación de un hecho concreto por una norma jurídica de derecho privado o por un conjunto de normas de derecho existentes.

Con ello, el derecho es materialmente cambiado de alguna forma por el ordenamiento jurídico, tomado en consideración como algo en sí y posteriormente puesto en relación con el ordenamiento legal, al ponerlo bajo su especial protección.

“El derecho material y el derecho procesal integran una unidad, debido a que el Estado concede derechos justamente otorgando acciones y se atribuye una pretensión de carácter sancionadora subjetiva al tomar en consideración acciones y una sancionadora y subjetiva al indicar un derecho de acción penal”.¹¹

Un derecho penal sin derecho de acción penal carece de toda existencia jurídica, a lo cual se le tiene que añadir que la impunidad descansa esencialmente en argumentos de derecho material.

“La pretensión punitiva no tiene el carácter de cosa corporal, sino que únicamente tiene existencia con la afectación en determinadas circunstancias de una norma jurídica y consiste en el juicio sobre dicha afectación a través de

¹¹ *Ibid.* Pág. 125.

fallos judiciales. La doctrina dualista se equivoca al pensar que la pretensión punitiva nace *ipso facto*".¹²

No se puede poner en duda que el derecho penal, en la medida referente a que únicamente es realizable por medio del proceso y necesita del derecho procesal penal. Pero, ello no puede negar ni la autonomía de ambas disciplinas, ni la posibilidad de separarlas con precisión.

Ambas disciplinas son constitutivas de una unidad, debido a que son pertenecientes al poder punitivo estatal, cuentan con igual objeto y se encuentran bajo la sujeción de principios materiales de orden común, siendo uno de los mismos la pena.

La situación referente a que ambas disciplinas tengan relación con el poder punitivo y con el asunto criminal, no consiste en más que un argumento genérico que no limita que cada quien cuente con su mismo cometido, como se reconoce por parte de la gran mayoría de autores.

Ello, inclusive de aquellos que niegan la posibilidad de delimitación con precisión, mientras que el derecho penal se ocupa de la regulación de dicho poder punitivo, siendo el derecho procesal penal el encargado de la regulación del instrumento efectivo para su realización.

¹² *Ibid.* Pág. 127.

- b) Teoría de la conexión con el hecho: es la teoría formal debido a que la misma lleva a cabo una delimitación entre el derecho material y el derecho procesal al lado del contenido de los preceptos jurídicos en un criterio de vinculación temporal. “Para la misma, únicamente desde el principio *nulla poena sine lege*, existe la posibilidad de separación clara entre el derecho material y formal, lo cual tiene que ser sometido a la protección de los presupuestos procesales existentes”.¹³

La exigencia de esta conexión inmediata, no puede significar que las condiciones objetivas de punibilidad se presenten en todo caso como modalidades o consecuencias relacionadas con el hecho, sino únicamente quiere decir que tienen que integrar presupuestos bajo los cuales se tiene que manifestar el hecho a través de sus modalidades o consecuencias como contrarias al ordenamiento jurídico.

- c) Teoría de las normas primarias y normas secundarias: es posible llevar a cabo la delimitación entre el derecho material y el derecho procesal, en relación a la base de la conocida distinción entre normas primarias y normas secundarias. La expresión de derecho material se tiene que adecuar a las normas primarias, mientras la de derecho formal es igual a las normas secundarias.

Las normas primarias consisten en aquellas que proscriben un comportamiento; y normas secundarias, las que indican a los órganos encargados de la tutela del

¹³ Ibid. Pág. 125.

derecho al imponer la coerción o pena contra los infractores de las normas jurídicas.

La pena únicamente se produce bajo la condición de que lo injusto cometido hubiera sido amenazado de forma expresa por una disposición especial con una pena.

La consecuencia de lo anotado, es que el injusto susceptible puede ser debidamente penalizado y fijado por normas jurídicas con carácter propio. Mientras que por su parte, la ejecución se conecta con la ordinaria norma material, que se encarga de la prescripción de un determinado comportamiento.

“La consecuencia penal presupone una norma especial. El hecho típico susceptible de pena tiene que redactarse de forma inversa al hecho típico o bien al hecho de la norma jurídica material. La norma del derecho penal, es perteneciente a la categoría ideal de las normas primarias o secundarias”.¹⁴

Se le ha reprochado su carácter genérico, debido a que indica que la pena es necesaria, exigida y además tiene que ser producida y por ende únicamente es constitutiva de una circunscripción de carácter general para el derecho penal material. Lo que se busca, es un criterio general que permita distintas opiniones doctrinarias.

¹⁴ Ferrajoli, Luis. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Pág. 44.



- d) Teoría de la supresión mental del proceso: busca hacer la aclaración de los problemas que surgen al delimitar el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal.

Para ello, se encarga de buscar el origen de dicha confusión, mediante el estudio y análisis de la evolución histórica de los conceptos de acción y pretensión, valorando para ello las principales soluciones que se han ido ofreciendo para la separación entre el derecho material y el derecho procesal. No se puede pretender la subordinación de validez de que no exista discrepancia doctrinal en el momento de valorar el significado del elemento controvertido.



CAPÍTULO II

2. Teoría del delito

El derecho penal definido como un conjunto de normas y tomado en consideración como una rama del derecho es consistente en el objeto de estudio de la dogmática jurídico-penal. Es la disciplina que se preocupa de la sistematización, interpretación y desarrollo de los diversos preceptos legales, así como también de las opiniones de carácter científico dentro del ámbito del derecho penal.

“La ciencia del derecho penal se fundamenta en un pensamiento ilustrado al ámbito del derecho penal. A partir de la Revolución Francesa, se produjo una transformación bastante profunda dentro del campo del derecho público en general y del derecho penal en particular, lo cual implicó una ruptura con el régimen anterior”.¹⁵

En dicho momento, surgieron los principios esenciales del derecho penal contemporáneo, especialmente el principio de legalidad, que dio respuesta clara a la exigencia de la separación de poderes, así como también a la seguridad legal frente a la concentración del poder y a la incertidumbre propia del régimen antiguo.

Todo ello, va a tener como consecuencia determinante los efectos de la determinación del objeto del derecho penal y el método científico que tiene que estudiarse. Si a lo anotado, se le adhiere el proceso de codificación que se encargará de proporcionar a

¹⁵ Beristain. *Ob. Cit.* Pág. 80.



los juristas un objeto debidamente sistematizado de conocimiento, se está frente al origen de la dogmática jurídico-penal.

A partir de ese momento, inicia la idea de que el objeto de estudio de los juristas tiene que ser el derecho positivo y su método tiene que ser la dogmática jurídica.

Dentro de la evolución del pensamiento jurídico-penal se destaca la gran preocupación por la correcta formación del sistema penal que arraiga de manera particular esta rama del derecho, debido a inquietudes que surgen en cuanto a la seguridad jurídica que tiene que existir.

Durante bastante tiempo la dogmática observó su misión fundamental en la creación de un propio sistema de conceptualizaciones en el cual existía un poder clasificado mediante la subsunción coherente y a lo que se aspiraba era a la eliminación de cualquier clase de duda y por ende al estudio de los conceptos esenciales.

Pero, debido a la evolución que se presentó, la problemática que se planteaba era en referencia a que la dogmática penal se quedaba completamente limitada y reducida a un sistema que era cerrado en sí mismo y en el cual muy difícilmente se podía llegar a ubicar consideraciones de política criminal que se tomaban en cuenta y eran objeto del resto de ciencias jurídicas.

Lo anotado, se encargaba de poner de manifiesto una dogmática penal completamente neutra y aséptica, en la cual la prioridad total consistía en un asunto tanto teórico como



sistemático al margen de consideraciones de carácter práctico. El planteamiento anotado es determinante para la dogmática penal en su acepción mayormente tradicional para el comienzo de su expansión, en relación a la inquietud del problema cobrando interés con ello el pensamiento sistemático. A nivel de la teoría general del derecho, la formulación mayormente importante como reacción extrema contra el pensamiento sistemático se encargó de proponer la realización de un cambio completo dentro de la metodología jurídica continental, encaminándola hacia el caso concreto y tomando en consideración una serie de características.

“La tónica era consiste en una técnica del pensamiento que fue desenvuelta mediante el desarrollo del pensamiento deductivo sistemático. Se encuentra en el *mos italicus*. La estructura jurídica que verdaderamente tiene que ser encontrada es tomada en consideración como inadecuada para la ciencia del derecho, de manera que la estructura completa de la jurisprudencia y de sus partes integrantes, conceptualizaciones y proposiciones únicamente pueden ser determinantes de la utilización de una vinculación con la problemática”.¹⁶

2.1. Definiciones

“Delito es una infracción a la ley del Estado, promulgada para la protección y seguridad jurídica de los ciudadanos, resultante de un acto externo del ser humano, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.¹⁷

¹⁶ **Ibid.** Pág. 106.

¹⁷ Jiménez. **Ob. Cit.** Pág. 125.



El delito es un acto que de manera individual y antisocial hace cambiar las condiciones de existencia y vulnera la moralidad de una comunidad en un momento determinado, debido a que al calificar los delitos se debe tomar en consideración la legalidad.

Una definición técnico-jurídica de bastante aceptación es la siguiente: “Delito es un acto típico, antijurídico, culpable, sancionado con una pena, de acuerdo a las condiciones objetivas de punibilidad”.¹⁸

2.2. Sistematización

La sistematización tiene que realizarse mediante un proceso de abstracción que busca la reconducción de lo individual a categorías mayormente generales. Lo único que se busca es la elaboración de una serie de conceptualizaciones esenciales y su ubicación adecuada dentro del sistema.

Una sistematización del material jurídico, facilita el estudio y ubicación de los casos que pueden llegar a ser presentados, lo cual favorece a todos debido a que es contribuyente a la igualdad y previsibilidad en la aplicación del derecho y con ello promotor de la seguridad jurídica.

El único sistema admisible es un sistema con capacidad de poder adaptarse a las distintas variables y necesidades que rigen la adecuada solución de la problemática y la incesante multiplicación y modificación de los mismos problemas que sean planteados.

¹⁸ *Ibid.* Pág. 127.



El sistema penal debe encargarse de la superación de la dualidad metodológica, introduciendo la política criminal en el seno de la elaboración dogmática, o sea, no como un asunto interno sino externo. Tiene que ser un sistema abierto y de orientación teleológica, en el cual se persigue una unidad sistemática del derecho penal y de política criminal.

En el surgimiento de este planteamiento, se encuentra la necesidad de superación de la tradicional contraposición entre lo correcto desde un punto de vista dogmático y lo satisfactorio desde una óptica político criminal, siendo necesaria la superación de las barreras que existen entre el derecho penal y la política criminal.

Los razonamientos sistemáticos y teleológicos sientan su fundamento para asegurar una modificación del derecho penal que se caracteriza por apartarse del razonamiento lógico del finalismo. Por su parte, el moderno pensamiento teleológico tiene en común los valores y fines que desempeña el papel rector.

Pero, se diferencia de forma sustancial debido a la superación del relativismo axiológico, a través de una diferenciación exhaustiva apoyada en las ciencias sociales con la finalidad de prevención que es constitutiva de la adecuada administración de justicia penal.

Al derecho se le concibe como un sistema social y a la ciencia del derecho como una ciencia del sistema social y no únicamente como un conjunto de normas jurídicas que no tienen conexión con las conductas sociales.



La finalidad del derecho penal consiste en garantizar el adecuado funcionamiento de los sistemas sociales y consecuentemente de las acciones que estén sometidas al derecho penal.

Es necesaria una concepción creadora de la dogmática que se apoye en la política criminal, para así evitar que se llegue a incurrir en un formalismo o en un pragmatismo desconcentrado e inseguro. La dogmática crítica tiene que posibilitar una función sistemática entre el derecho penal y la política criminal que configure las distintas categorías jurídicas tomando en consideración para el efecto las políticas criminales.

2.3. Aspecto filosófico del delito

“Desde los orígenes de la historia, al delito se le ha tratado de explicar de una manera filosófica, señalando para el efecto que el delito es simplemente el quebranto que resulta de la justicia penal, por la obligación al respeto de la misma. Diversas definiciones filosóficas han concebido al delito como una violación al ordenamiento social. La filosofía del delito se relaciona con la violación al respeto, a la inobservancia de los deberes sociales, de daño y mal que se ocasiona al derecho”.¹⁹

2.4. Aspecto formal del delito

Para conceptualizar al delito se tiene que acudir a señalar que el mismo es todo hecho previsto en las distintas figuras delictivas atribuidas al imputado, cuando las mismas

¹⁹ Bustos. *Ob. Cit.* Pág. 145.



sean consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para su producción o cuando la ley de manera expresa lo establece como consecuencia de una determinada conducta.

Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas legalmente, lo cual trae consigo diversos elementos esenciales que la dogmática penal se ha encargado de estudiar y que ha logrado aplicar, como sucede con la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

2.5. Aspectos dogmáticos del delito

“La dogmática se ha encargado de la elaboración de una serie de diversos elementos que toma en consideración como necesarios para que concurra la existencia del delito. Dichos elementos son indefectibles y con la falta de uno de los mismos no podría existir el delito”.²⁰

La dogmática penal se ha encargado del establecimiento de que el delito consiste en una acción típica, antijurídica y culpable y ello se perfila de forma necesaria en cuatro elementos que son necesarios para la existencia del mismo. O sea, que para que exista delito no únicamente es suficiente que exista acción, tipicidad y antijuridicidad, sino que se tiene que exigir la culpabilidad. No puede existir culpabilidad sin antijuridicidad. Por ende, es de importancia analizar los hechos para posteriormente encuadrarlos en un delito.

²⁰ **Ibid.**

2.6. Circunstancias que modifican la responsabilidad penal

Entre las circunstancias que modifican la responsabilidad penal se encuentran las atenuantes y su regulación jurídica se ubica en el Artículo 26 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: "Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica

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

Exceso de las causas de justificación

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

Estado emotivo

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

Arrepentimiento eficaz

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

Reparación del perjuicio

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

Preterintencionalidad

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

Presentación a la autoridad

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

Confesión espontánea

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

Ignorancia

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

Dificultad de prever

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

Provocación o amenaza

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

Vindicación de ofensas

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

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

Inculpabilidad incompleta

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



Atenuantes por analogía

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

Entre las circunstancias que modifican la responsabilidad penal se encuentran las agravantes y su regulación jurídica se ubica en el Artículo 27 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Son circunstancias agravantes:

Motivos fútiles o abyectos

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

Alevosía

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

Premeditación

- 3º. Obrar con premeditación conocida.

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

Medios gravemente peligrosos

- 4º. Ejecutar el hecho por medio de explosivos, gases perjudiciales, inundación, incendio, envenenamiento, narcótico, varamiento de nave, accidente de aviación,



avería causada a propósito, descarrilamiento, alteración del orden público o por cualquier otro medio idóneo para ocasionar estragos de carácter general.

Aprovechamiento de calamidad

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

Abuso de superioridad

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

Ensañamiento

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

Preparación para la fuga

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

Artificio para realizar el delito

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

Cooperación de menores de edad

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

Interés lucrativo

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

Abuso de autoridad

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

Auxilio de gente armada

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

Cuadrilla

14. Ejecutar el delito en cuadrilla.

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

Nocturnidad y despoblado

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

Menosprecio de autoridad

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

Embriaguez

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

Menosprecio al ofendido

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

Vinculación con otro delito

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

Menosprecio del lugar

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

Facilidades de prever

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

Uso de medios publicitarios

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

Reincidencia

23. La de ser reincidente el reo.

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

Habitualidad

24. La de ser el reo delincuente habitual.



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

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

proposición y de una conspiración de la preparación del crimen, que hace referencia a la fase o etapa intermedia, para por último pasar a la etapa externa o concreción del ánimo criminal existente.

“El *iter criminis* en los actos preparatorios o intencionales únicamente se puede unir a la realización del delito, cuyas actuaciones se tienen que denominar contingentes o unívocas, debido a que se encargan de evidenciar con amplia seguridad que existe peligrosidad”.²²

3.2. Tentativa del delito

Lo que el delincuente busca es alcanzar lo que se ha propuesto, ello es, la tentativa, que consiste en el comienzo de la ejecución del delito, pero sin llevar a cabo su realización, sin resultado alguno, ya sea debido a actuaciones fallidas o bien debido al abandono o voluntad que tenga el causante.

La misma, consiste en una serie de actuaciones que hacen depender la finalidad primordial, debido a que cuentan con carácter accesorio como una figura de forma independiente y son el comienzo de la ejecución y consecuentemente la representación del delito que se persigue.

Por otro lado, como el mismo no llega a consumarse, se señala como delito imperfecto tomando en consideración al hecho mismo, o sea, de naturaleza objetiva

²² Ibid. Pág. 79.



esencialmente, debido a que lo subjetivo no tiene consecuencia alguna, a menos que el autor reconozca de forma expresa o se deduzca probatoriamente que se tenía como finalidad el perfeccionamiento del delito.

Para la doctrina penal se necesita que la tentativa sea producida en períodos o partes que estén en sucesión, de donde el intento tiene que integrarse por la determinación jurídica del resultado final del hecho que se busca, en algunas ocasiones por motivaciones ajenas a la voluntad que pueda tener el agente y por interrupciones que puedan presentarse en el acto, a pesar de que algunos penalistas habiendo voluntad renuncian o bien son susceptibles de atenuar la pena.

3.3. Acción punible

El ser humano es el único susceptible de poder delinquir y consecuentemente dentro de la teoría criminal es tomado en consideración como agente delictivo, pero no en anticipo a dicha condición.

Ello, de conformidad a que se ha llevado a cabo una calificación del delincuente. El obrar del hombre es referente a una acción y existen diversos penalistas que lo conceptualizan como una conducta de carácter voluntaria en hacer o no hacer algo, que se llega a producir por alguna mutación dentro del mundo exterior. La acción penal quiere decir revelarse exteriormente ya sea de manera positiva o negativa, existiendo una actividad corpórea que viene a ser la comisión del hecho o bien una actitud referente a no hacer indicativa de la omisión.

En la acción penal existen elementos que la caracterizan, siendo los mismos los comportamientos necesariamente exteriores de manera voluntaria y ello tiene como finalidad una modificación en el ámbito externo o entorno.

Pero, no todos los tratadistas se encuentran de conformidad en que se tiene que producir un cambio exterior, ya que dicha mutación puede únicamente devenir, como se presenta con la tentativa. Tampoco, se puede aceptar que necesariamente exista una actividad corporal auténtica propia o protagonismo físico directo.

El camino que se ha adoptado al tomar en consideración que la acción tiene que concurrir con el movimiento corporal en actitud mecánica propia o de la inactividad u omisión, se ha denominado concepto naturalista, por tener al comportamiento del ser humano como un hecho de la naturaleza tomándolo en consideración como causa.

“La voluntad del ser humano es la que supone la existencia de una finalidad consciente de lo que se busca obtener. La norma común proclama que el delito es una acción *strictu sensu*”.²³

3.4. Causalidad

En cuanto a la acción, la teoría finalista no ha contado con una mayor aceptación dentro del ámbito jurídico penal y por ende persiste una articulación necesaria entre la actitud delictiva y la causa, siendo por varias legislaciones penales denominado relaciones de

²³ Ibid. Pág. 98.

causalidad. Las mismas, se encargan de hacer la suposición de que los hechos que se encuentren previstos como delitos son consecuencia directa de una acción u omisión, idónea para su producción.

Existe una relación entre la conducta y el resultado que se presenta de manera indisoluble, debido a que de manera necesaria la acción tiene que causar un efecto, ya que obra con causa y no es estática sino dinámica.

El comienzo de las responsabilidades en materia penal se encuentra integrado por el vínculo referente a una serie de decisiones encaminadas a garantizar un resultado. Dicha relación es conocida como causalidad o nexo entre dos o más actuaciones, en donde uno es producido por el otro, lo cual consiste en una relación lógica que lleva de manera racional a su fundamento de causa o efecto del resultado.

La causalidad consiste en el enlace entre dos actitudes o hechos, en virtud de que al ser producido uno seguramente produce el otro.

Dentro del campo penal, es necesario conocer la causalidad o las causas para el establecimiento de los resultados, pero ello no quiere decir que cualquier acto anterior se encuentre indefectiblemente en relación a la causa y el efecto.

La responsabilidad tiene que ser establecida mediante el raciocinio, para no confundirla con la ocasión. Los autores del derecho penal han señalado la existencia de una serie de teorías o hipótesis en relación a la causalidad.

3.5. Teorías

Las teorías de la relación de causalidad son:

- a) Teoría de la causa eficiente: o teoría de la condición mayormente eficaz como también se le llama, es la que señala la preponderancia de una condición en cuanto a otras, de manera que no se puede admitir la presencia de causas concurrentes, debido a que el resultado llega por una de las mismas y es completamente necesario con rigor exclusivo y por ello también se le denomina teoría de la causa necesaria.

- b) Teoría de la igualdad: "También se llama equivalencia de causas o de la *conditio sine que non* y la misma se encarga de hacer descansar el resultado en todas las causas que sean concurrentes de forma que la totalidad de lo que precede a un fenómeno es de igual eficiencia para el resultado, subsumiendo las causas, concausas y condiciones, atrayendo el resultado a los antecedentes mayormente distantes y lejanos".²⁴

- c) Teoría de la causa sobresaliente: se le denomina también teoría de la preponderancia y la misma se encuentra fundamentada en el enfrentamiento de las motivaciones anteriores no valoradas en expresiones de igualdad, quedándose una última con carácter preponderante, motivo por el cual se tiene que eliminar la relación con otras para la obtención de un resultado.

²⁴ Ibid. Pág. 114.

- d) **Teoría de la cualidad:** se encarga de privilegiar con criterio cualitativo la condición haciendo para el efecto la misma de carácter decisivo antes que la causa, olvidando que todas las condiciones pueden tener influencia en el efecto.

- e) **Teoría de la causa próxima:** se fundamenta en tomar en consideración la causa inmediata de manera exclusiva, o sea, aquella que se encuentra cercana al hecho al tener oposición.

- f) **Teoría de la causalidad:** de conformidad con sus ponentes se fundamenta en la diferencia que existe entre condición y causa, en el sentido de que consiste en que es la condición la que es determinante de la causa idónea para el resultado.

- g) **Teoría finalista:** la causalidad se encuentra unida a la acción y es el resultado que busca alcanzar, siendo el desenlace de un acto o bien de una actuación.

El significado de causa no es correspondiente al derecho, debido a que no es referente a un concepto legal, sino a actos del ser humano en función de una causa o motivaciones ontológicas las cuales no son calificadas de jurídicas, siendo ello lo que permite la determinación de que exista responsabilidad deducida del acto y del resultado, aunque sí se encuentra bajo la dependencia de ellos, lo cual quiere decir un tratamiento del ser humano y de las cualidades que le son auténticas, o sea la ontología jurídica para el análisis de las propiedades trascendentales del derecho.

3.6. Concausas

La aplicación legal de las concausas consiste en la unión de una cosa con otra para la producción de efectos. Es una condición concomitante y de existencia previa que el actor conoce y a pesar de que tiene que resolverse en casos concretos, la problemática se encuentra en el resultado obtenido.

3.7. La omisión

El descuido, omisión u olvido consiste en lo adverso a la acción y el término a pesar de que no tiene que ser considerado como antítesis de la acción, debe ser visto como especie del género.

Una clara diferenciación para tener conocimiento del alcance de la omisión la divide en omisión propia, que consiste en la figura delictiva que se caracteriza por la omisión de lo que manda la legislación sin tomar en consideración el resultado; y la omisión impropia, que es referente a la prohibición legalmente impuesta.

“La omisión consiste en un comportamiento de inactividad, pero no toda inactividad es omisión debido a que la misma puede ser de carácter voluntario y por ello es definida señalando que se tiene que producir cuando la norma penal impone el deber de ejecución de un hecho determinado”.²⁵

²⁵ Beristain. Ob. Cit. Pág. 122.

3.8. Cooperación delictiva

La terminología referente para calificar la participación en el delito ha oscilado entre denominarla codelincuencia o concurso de delincuentes. Pero, esta última expresión se tiene que reservar para la coparticipación necesaria y la cooperación fuera de ella se denomina complicidad. Las concepciones legales relacionadas con la complicidad se han dividido en componentes tanto objetivos como subjetivos, siendo dos clases que se diferencian en relación a la denominación clásica o tradicional, monista o unitaria, con fundamento en la unidad o accesoriedad, o sea, que la participación es única pero con diversos agentes, aunque con una actividad fundamental o complementaria.

Por otro lado, se señala que la complicidad pluralista en la cual se produce la cooperación criminal se deriva de diversos hechos. No obstante, dicha opinión permite llevar a cabo una consideración en cuanto a una organización completa, debido a que al definir la condición de cómplices, se determina si el individuo se presta a la colaboración de promesa y de ello deriva posteriormente la realización del hecho, al ser facilitados los informes, datos o medios idóneos para que se pueda llegar a cometer la acción punible.

3.9. Delito y resultado

Para que exista una resolución del delito, tiene que presentarse un cambio en el mundo exterior como efecto de las actuaciones voluntarias que han hecho posible dicha modificación, de manera que puede indicarse que consiste en la consecuencia de la



acción, debido a que la legislación toma como decisiva la realización del delito, o sea, la adecuación del tipo de delito establecido legalmente.

Pero, la resolución punible no es referente al efecto, ni únicamente quiere decir una actividad ilegal y declaración del hecho que haya sido consumado, sino también al ser tomado en consideración como finalizado, su verificación se encuentra encaminada hacia distintas consecuencias con cambios exteriores que derivan del falso testimonio, siendo la situación que se produce precaria. El perfeccionamiento del delito es ajeno a las circunstancias que trae consigo y se puede estimar que la consumación del acto consiste en el límite superior del iter criminis, cuando ya ha sido ejecutada la acción y se tenga que adecuar al tipo penal.

3.10. Libertad de acción

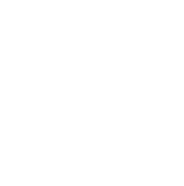
“El estado mental normal de un delincuente permite que sus actuaciones ilegales sean de reproche legal, debido a que en dicho estado de carácter subjetivo radica la culpabilidad. Pero, existen casos en los cuales el sujeto busca o adquiere de manera voluntaria una situación que quiere decir inculpabilidad, produciendo con ello la *actio liberae in causa* ”.²⁶

Con ello, se trata de una persona imputable en el momento de decidir en cuanto a un resultado, pero al ser producido, la imputabilidad queda eliminada y anulada debido a la situación que haya sido buscada y que es excluyente a consecuencia de la culpabilidad.

²⁶ Ibid. Pág. 129.



Por lo general, el agente es imputable, pero al tener un pretexto o excusa para la omisión de una obligación permite que se convierta en inimputable, ya sea en delitos dolosos o culposos.





CAPÍTULO IV

4. Ineficacia en la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal para la erradicación de actividades ilícitas en la sociedad guatemalteca

La pena es un mal que se impone por la comisión de un delito, pero la constatación de que es un castigo no puede dar respuesta a las preguntas referentes a su justificación y función. La misma, encuentra sus causas debido a que es necesaria como un instrumento para permitir la convivencia de las personas en una comunidad determinada.

4.1. Conceptualización

“Deriva del latín *poena*, una pena consiste en la condena, sanción o punición que un tribunal o un juez impone, de acuerdo a lo estipulado legalmente a la persona que ha cometido un delito o una infracción”.²⁷

De conformidad con la gravedad de la falta que haya sido cometida existen diversas clases de pena. Hay penas que privan al sujeto de su libertad y lo obligan a permanecer en prisión o en su casa bajo un régimen de arresto domiciliario, mientras que otras no le permiten contar con algún derecho o facultad. También, existen otras penas que actúan contra el patrimonio e incluso las penas con castigo corporal.

²⁷ López Antón, María Antonia. **Fundamentos prácticos del derecho penal y de la pena.** Pág. 51.



4.2. Teorías absolutas de la pena

Con las teorías absolutas de la pena se logra la expiación de un mal ocasionado al sujeto. A pesar de que se pueden encontrar precedentes bastante anteriores, debido a que la idea de retribución de un mal con otro siempre ha ido acompañando al ser humano, se puede indicar que la necesidad absoluta de la pena deviene de un mandato incondicional de la justicia que no admite valoración alguna y excepciones.

“La pena tiene que imponerse cada vez que sea cometido un delito. Por su parte, la ley penal consiste en un imperativo categórico y la pena tiene que imponerse únicamente porque se ha llegado a delinquir. Por ende, no se puede llegar a concebir como un medio de promoción de un bien, sea para el delincuente o para la sociedad en general”.²⁸

Además, el carácter retributivo de la pena encuentra su justificación debido a la necesidad del restablecimiento de la vigencia de la voluntad general que se encuentre representada por el ordenamiento jurídico y que puede ser negada por la voluntad especial del delincuente.

La pena es tomada en consideración como una manifestación más del proceso dialéctico en el ordenamiento jurídico como voluntad generalizada y como una negación del delito de una voluntad particular. La misma, se presenta como una reacción

²⁸ Ibid. Pág. 88.



observadora del pasado y no como un medio con finalidades utilitarias con capacidad de poder observar hacia el futuro.

Lo que se busca es el establecimiento de una garantía ciudadana y un límite bien rígido frente a la posible pretensión de la instrumentalización del ser humano para alcanzar otras finalidades, de acuerdo a la gravedad de la pena y no puede ser rebasada la que determine la gravedad del delito, ni siquiera debido a las consideraciones de prevención y de utilidad que puedan llegar a ser estimadas de mayor trascendencia. Dicho aspecto de garantía para el individuo frente a los posibles abusos del Estado se encuentra en un contexto de ideas que patrocinan una elevada consideración de la dignidad del ser humano y la negativa de instrumentalización del hombre consiste en un aspecto positivo de las teorías absolutas de la pena.

Entre las críticas mayormente severas de las teorías de la retribución, se señala que el significado de la pena reside en la compensación de la culpabilidad humana y ello no puede hacer referencia a que el Estado busque la retribución con una pena criminal de toda culpabilidad humana que pueda llegar a presentarse.

Efectivamente, de manera frecuente las personas se hacen culpables frente a los demás de variadas maneras y no por ello se les impone una pena criminal.

Por ende, las teorías de esta clase, no se encargan de prestar una explicación de cuándo se tiene que penar, sino que las mismas se limitan únicamente a señalar que si se impone una pena, se tiene que retribuir al delito. Lo anotado, supone que no se



puede ofrecer una respuesta a los presupuestos de la culpabilidad humana que permitan autorizar al Estado la imposición de la pena criminal.

De esa manera, las teorías de la retribución no tienen éxito ante la labor del establecimiento de un límite en relación al contenido, a la potestad del Estado y a lo que se revela no únicamente como una debilidad teórica, sino también como un peligro bien práctico.

Es de esa forma, como las teorías en estudio descansan sobre una compensación de la culpabilidad como presupuesto, en donde la libertad de actuación del ser humano se encuadra en el debate más amplio y con ello se puede dar respuesta a la pregunta referente a si el ser humano puede obrar de diversas formas.

La crítica tiene que alcanzar también al pretendido efecto compensador de la pena, que requiere un acto de fe, ya que tomando en cuenta un punto de vista racional no puede llegar a comprenderse la forma en la cual se puede eliminar un mal que haya sido cometido.

4.3. Teorías relativas de la pena

La pena para las teorías relativas de la misma, consiste en un medio para llevar a cabo la consecución de los futuros fines de utilidad. Dichos planteamientos referentes a la necesidad de la pena se fundamentan en tener que evitar la comisión de actos delictivos, permitiendo con ello la convivencia social.

Por ende, la función de la pena consiste en la prevención de delitos, siendo diversas las motivaciones que se pueden presentar detrás de ese cambio esencial en la concepción referente a la pena criminal y fundamentalmente encuentran su base en las diversas ideologías como también en la fe del ser humano y en la ciencia.

Dentro del ámbito de las teorías relacionadas, se puede hacer mención de dos grandes corrientes como lo son la prevención general y la prevención especial, siendo las mismas las que comparten un elemento de conexión.

- a) **Prevención general:** "Para la teoría de la prevención general la pena se presenta como un instrumento que opera en relación a la colectividad y de allí deriva su denominación, evitando con ello la comisión de futuros delitos. Dentro del ámbito de la misma, en la actualidad se tiene que llevar a cabo una distinción entre una prevención general negativa y otra positiva. Para la teoría de la prevención general negativa, la pena opera en relación a la colectividad mediante la intimidación, disuadiendo la comisión de delitos".²⁹

Si de todas maneras es necesario que se impidan las lesiones legales, entonces tiene que existir otra coerción al lado de la física, que se encargue de la anticipación de la consumación de la lesión jurídica y que sea proveniente del Estado, existiendo eficacia en cada caso en particular, sin que se requiera del anterior conocimiento de la lesión.

²⁹ Linares Andrade, José Manuel. **Prevención general y especial en el derecho penal.** Pág. 36.

La finalidad de la conminación de la pena en la legislación consiste en la intimidación de todos, como posibles protagonistas de las lesiones legales. El objetivo de su aplicación consiste en otorgar el fundamento efectivo de la conminación legal, debido a que sin la aplicación de la misma existiría una laguna legal, debido a que la legislación intimida a toda la ciudadanía y la ejecución tiene que dar efectividad a la ley, resultando que el objetivo mediato de la aplicación consiste en la intimidación de los ciudadanos a través de la ley.

Entre las críticas que se han encaminado a esta teoría, se tiene que hacer destacar la tendencia a la instrumentalización del individuo, infravalorando para el efecto su dignidad y convirtiéndolo en un sujeto medio para el logro de una finalidad.

También, se ha señalado que la existencia de delitos pone en evidencia la ineficiencia de dicho planteamiento y que la teoría no proporciona un límite a la magnitud de la pena, motivo por el cual tiene una tendencia negativa. Dichas objeciones, sin embargo, no tienen solidez alguna como a primera vista lo aparentan. Las mismas, han sido conductoras de que la doctrina de actualidad acostumbre distinguir entre un aspecto negativo y otro positivo de la prevención general.

La exigencia de que la prevención general no únicamente se tiene que intentar por el miedo a la pena, sino también debido a una afirmación razonable del derecho en un Estado social y democrático de derecho supone que se tiene que

limitar la prevención general por una serie de diversos principios que tienen que encargarse de restringir el derecho penal en un modelo de Estado y entre esos principios se tiene que tomar en consideración la proporcionalidad entre delito y pena.

- b) **Prevención especial:** la misma parte de la idea de que la pena consiste en un medio para evitar la comisión de actividades delictivas, pero a diferencia de las anteriores, no centra su atención en la colectividad, sino en el sujeto delincuente.

De esa manera, mediante la pena se busca impedir que el sujeto delincuente vuelva a delinquir. La idea de la prevención especial se tiene que extender de manera esencial, presentándose como una alternativa bastante atractiva a la teoría de la retribución y de la prevención general.

“A pesar de que a la teoría de la prevención especial se le han encaminado una gran multitud de críticas, las mismas acostumbran centrarse, más que en el rechazo completo, en poner de manifiesto su insuficiencia como función única de la pena. Uno de los defectos mayormente graves de esta teoría es el referente a que no se proporcionan límites a la magnitud de la pena”.³⁰

Efectivamente, si lo que se busca es ser consecuente con dicho planteamiento, se tienen que introducir penas o medidas de una duración indeterminada,

³⁰ **Ibid.** Pág. 45.

reteniendo a los condenados hasta que los mismos se resocialicen, con independencia en la gravedad del hecho que haya sido cometido.

4.4. Teorías mixtas

Actualmente, debido a las insuficiencias que padecen los planteamientos puros, son predominantes las teorías eclécticas, mixtas o de la unión como también se les llama, las cuales se encargan de combinar los distintos puntos de vista. Estas teorías tienen en común el haber reconocido que las concepciones puras tienen aspectos aprovechables.

Se tiene que establecer una jerarquía valorativa entre los diversos fines y la ponderación de mayor o menor incidencia en los distintos momentos en que la pena se encarga de desplegar su eficacia.

Una de las construcciones doctrinarias mayormente destacables consiste en la teoría dialéctica que busca una notable coherencia en la unificación de los diversos fines de la pena.

Se tiene que llevar a cabo en tres facetas de la vida de la pena como lo son: conminación legal, aplicación judicial y ejecución de la condena. Las mismas, necesitan la conminación legal, la aplicación judicial y la ejecución de la condena y estas tres fases señaladas necesitan de justificación por separado, aunque cada una de ellas tenga relación con la anterior.



“Originalmente, se necesita tener conocimiento de lo que se puede prohibir en el momento de la conminación legal. Ello, se encuentra bajo la dependencia del ámbito de actuación que le esté atribuido al Estado moderno, cuya función se tiene que limitar más a bien a la creación y aseguramiento de un grupo reunido en el Estado exterior e interiormente de las condiciones de una existencia que se encargue de la satisfacción de las necesidades vitales”.³¹

Para el derecho penal, lo anotado quiere decir que su finalidad únicamente puede ser referente en asegurar la vida en común de todos los ciudadanos, sin que sea puesta en peligro.

En cada situación histórica y social de un grupo humano los presupuestos necesarios para la existencia en común se tienen que concretar en una serie de condiciones valederas como la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad, o sea, los denominados bienes jurídicos que el derecho penal tiene que asegurar sancionando su lesión en determinadas condiciones. Al lado de ello, en el Estado moderno, el derecho penal también tiene que asegurar el cumplimiento de las prestaciones públicas de las cuales depende el individuo en el marco de la asistencia social por parte del Estado.

De dicha doble función del derecho penal, se tienen que extraer dos consecuencias que son su carácter subsidiario y su falta de legitimación para sancionar únicamente por su conducta no lesiva de bienes jurídicos.

³¹ Morales Granados, Luisa María. **Estructura preventiva del derecho penal.** Pág. 21.



En dicho ámbito, la finalidad de las disposiciones penales es de prevención general y con arreglo a la naturaleza de las cosas, debido a que preceden temporalmente al sujeto al cual se pueden llegar a imponer reacciones retributivas o de prevención especial.

Los excesos a los cuales puede llevar la prevención general no se encuentran en su formulación, debido a que los referidos en la medición de la pena y no lesionan la etapa de la conminación legal, la cual se está tratando.

Durante la fase de aplicación judicial es acertado introducir el principio de la prevención general en la actividad judicial, debido a que la fuerza de la prevención general de la ley quedaría por un lado.

Con lo anotado, se desconoce que en la mayoría de los casos de imposición de una pena se encuentra también un elemento de prevención especial, en relación a que se intimida al delincuente frente a una posible reincidencia.

Pero, la imposición de la pena únicamente estará justificada si se obtiene compaginar su necesidad para la comunidad legal con la dignidad y la autonomía de la personalidad del delincuente.

De ello, que la imposición de la pena no pueda sobrepasar la medida de la culpabilidad, debido a que no resulta adecuada para la fundamentación de la potestad punitiva del Estado, sí puede servir para limitarla.



“El concepto de culpabilidad tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial, más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un ser humano concebido como libre y capaz de culpabilidad. De esa manera, el principio de culpabilidad se presenta como un medio necesario en un Estado de derecho, para la limitación de la potestad punitiva del Estado”.³²

En la fase de aplicación, se tiene que conservar el principio de prevención general reducido a las exigencias del Estado de derecho y se tiene que completar con los componentes de prevención general y completarse con los componentes de prevención especial de la sentencia, al tiempo que desaparecen los reparos que sean opuestos a que se tome en consideración el principio de culpabilidad en el *quantum* de la pena señalada.

No cabe lugar alguno en eliminar por completo el punto de partida de prevención general de la fase de ejecución, debido a que está claro que la situación especial coercitiva en la que tiene lugar el individuo al cumplir la pena privativa de libertad, trae consigo serias restricciones a la libertad en cuanto a la conformación de su vida, de las cuales se debe tomar atención la efectividad de las conminaciones penales, no pudiendo prescindir del resto de los delitos graves, ni aun en el caso de que la renuncia a la pena privativa de libertad sea mayormente útil para la resocialización del delincuente.

³² *Ibid.* Pág. 30.



Pero, en tanto la autonomía de la personalidad del condenado y las exigencias ineludibles de prevención general lo permitan, los únicos fines de ejecución que son permitidos son los que llevan a la resocialización.

4.5. La ineficacia en la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal para la erradicación de actividades ilícitas en Guatemala

Con la finalidad de determinar la función del Estado no puede sobrevalorarse el derecho positivo.

Por ende, se debe tomar en consideración al derecho positivo y al contexto político derivado del mismo sin perjuicio alguno de proponer de *lege ferenda* modificaciones o reformas de conformidad con los deseos particulares que se presenten.

La finalidad de la medida de seguridad, toda vez que a través de la misma se busca evitar la comisión de hechos que estén previstos como delitos llevando a cabo actuaciones sobre el sujeto que trae consigo un riesgo criminal consiste en la prevención especial.

La pena desde la perspectiva de las consecuencias fácticas que se derivan para quien las padece, consiste en un castigo, pero ello no prejuzga su finalidad.

O sea, dicha constatación puede ser de utilidad tanto para la afirmación de que se trata de un mal encaminado a la retribución o compensación del daño ocasionado previamente por determinados límites que derivan del Estado social y democrático de derecho, así como de la comisión de hechos delictivos.

El Estado no es, ni puede ser, la realización de fines metafísicos y de trascendencia sin crear y asegurar a la ciudadanía las condiciones referentes a una existencia en la cual se satisfagan sus necesidades vitales.

Para el derecho penal ello significa que su función no puede ser referente a la compensación de un castigo, sino que lo que busca es la protección de las condiciones necesarias para dicha convivencia, evitando con ello, en la medida de lo posible y dentro del difícil equilibrio que implica la consideración del ciudadano, no únicamente como integrante de un grupo, sino también como individuo que no puede ser oprimido.

Lo anotado, unido a las sólidas objeciones teóricas seguidas por la mayor parte de la doctrina, determina con ello el rechazo a la teoría de la retribución y adopción de un planteamiento de prevención.

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad se encuentran orientadas hacia la reinserción social. Los preceptos de orden constitucional por ser normas abiertas se adaptan rápidamente a la realidad social. Además, para aplicarse a los casos que pueden ser presentados en la realidad, este tipo de normas jurídicas tienen que ser concretadas y en dicho proceso de concreción, la norma y la realidad se tienen que presentar e interactuar en un mismo plano, integrándose en una unidad”.³³

La reeducación y reinserción social se tienen que tomar en consideración no únicamente en el momento ejecutivo del cumplimiento de la pena en el ámbito del

³³ Mendoza Mejía, Fredy Esteban. *Estudio crítico de la pena*. Pág. 37.



sistema penitenciario, sino también en el judicial al momento de señalar la pena respectiva en la sentencia y en el momento legislativo de la fijación de la pena abstracta correspondiente. Ello, es lógico debido a que no se puede perder de vista el momento del surgimiento de la pena y de su fijación judicial.

Pero, se tiene que anotar que en el momento de la conminación penal, cuando surge la pena, sus finalidades preventivas y especiales no pueden llegar a desempeñar un papel exclusivo, ni tampoco decisivo en la configuración de la pena.

En dicho campo, y sin perjuicio alguno de perderse de vista las finalidades preventivas especiales establecidas, se tienen que indicar los riesgos de efectividad decisivos con el objetivo de establecer las disposiciones penales prioritarias con arreglo a la naturaleza de las cosas en el contexto de un Estado social y democrático de derecho.

Dicha constatación, consiste en la unidad lógica e inherente que permite la combinación de las finalidades preventivas y generales de contradicciones e insuficiencias que lleva a la conminación legal, a la imposición judicial y a la ejecución de la pena.

Además, resulta notorio que se deben tomar en consideración dichas finalidades en el momento de la conminación penal, debido a que de otra manera puede presentarse que el legislador elija una clase de pena que por motivo de su naturaleza o extensión limite el alcance de esas finalidades en los momentos posteriores de la determinación o bien de la ejecución penal. En la etapa de surgimiento de la pena, no resulta posible la afirmación de que esas finalidades preventivas y especiales sean constitutivas del fin

primordial referente a la pena, pero ello no puede ser lo que permita la autorización de señalar que se carece de trascendencia en el momento de la conminación y únicamente lleven a cabo sus actuaciones en la etapa de ejecución.

En el momento de la conminación legal, la configuración de la pena tiene que llevarse a cabo de manera que no resulten limitadas las finalidades de reeducación y reinserción social.

Dentro de los límites establecidos a través de las reglas para la aplicación de las penas, los jueces y tribunales tienen que encargarse de la individualización de la pena concreta, de conformidad con los fines que se encuentren establecidos, que no son ni pueden ser otros que la prevención general y especial.

“La prevención general en dicho ámbito puede desempeñar un papel bien restringido, debido a las exigencias de la dignidad individual y del principio del carácter general en esta fase, en la cual ya existe una persona concreta sobre la cual recae la sanción, suponiendo con ello una finalidad que ejemplifique las sentencias, que constituye una versión inadmisibles de la prevención general, en la medida en que va en detrimento de la dignidad humana e instrumentaliza al individuo”.³⁴

De esa manera, si la medida de la pena a aplicar a un determinado sujeto se hace depender de lo que se toma en consideración como necesario en relación a la disuasión de comportamientos delictivos de otras personas, el sujeto concreto vendría

³⁴ Stratenwerth Thompson, Steve Dieter. **Fundamentos de la prevención en el derecho penal.** Pág. 49.



obligado a responder no solamente por lo que él haya cometido, sino también por lo que no se quiere que cometan los demás, lo cual supone una vulneración del principio de carácter personal de responsabilidad criminal.

El papel de protagonista es referente a la prevención especial en sus aspectos de reeducación y reinserción, desempeñando la prevención general en un papel accesorio que se presente.

De esa manera dentro del marco penal diseñado en atención a motivaciones de prevención general, la pena se tiene que fijar tomando en consideración la reeducación y la reinserción social del sujeto que ante los individuos no precise de dicha reeducación o reinserción, requiriendo para el efecto tomar en consideración las referencias de no socialización.

En cualquier caso, las exigencias referentes a la prevención general tienen que quedar debidamente aseguradas, debido a que en caso contrario puede llegar a frustrarse una segunda etapa referente a la eficiencia preventiva y generalizada del derecho penal.

También, dentro de la fase de ejecución de la pena, la función principal es correspondiente a la prevención especial en sus aspectos de reeducación y reinserción, cumpliendo la prevención general el papel de accesorio.

En efecto, si lo que se disuade e intimida no es tanto la amenaza de la pena cuanto la certeza de su imposición, es conveniente que las finalidades de prevención y generales



también desempeñen un papel accesorio en el campo de la ejecución de la pena, lo cual tiene que tomarse en cuenta en la fase de las finalidades de la prevención especial para alcanzar los fines generales, los cuales también tienen que ser asegurados.

Las penas privativas de libertad plantean una función preventiva general. La configuración del país como un Estado social y democrático de derecho implica un conjunto de limitaciones para el derecho penal en el desenvolvimiento de sus funciones, siendo fundamental que se cumpla con la eficacia de la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal para la erradicación de actividades ilícitas.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El derecho penal cuenta con la misión primordial de la reducción considerable del número de los delitos cometidos y ello lo realiza de la única forma que es posible, o sea, adelantándose a la comisión de delitos a través de una actividad de prevención general. El momento de la conminación penal, se lleva a cabo prioritariamente a través de la disuasión encaminada a la colectividad.

La prevención general se realiza no únicamente a través de la intimidación negativa, sino también por medio de una razonable afirmación positiva del derecho en un Estado social y democrático, lo cual supone la limitación de la prevención anotada por una serie de principios que se restringen en el derecho penal.

La amenaza de la pena y su posterior imposición y ejecución consisten en un medio necesario de que se encaucen las conductas y el control social, como un elemental recurso al que acude la sociedad, para que sea posible la convivencia del ser humano, elevando y reforzando los mecanismos inhibitorios ante las conductas prohibidas.

Por ello, se recomienda que la eficiencia de las amenazas penales tenga que ser valorada desde una perspectiva global, ello es, solamente tomando en consideración los delitos que sean cometidos y también los que pueden ser evitados gracias a ellos, para así garantizar la eficacia de la prevención general del delito y de los fines de la pena estatal para la erradicación de actividades ilícitas en la sociedad guatemalteca.





BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN, Antonio. **Manual de derecho penal**. 3ª. ed. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases críticas de un nuevo derecho penal**. 4ª. ed. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1986.
- CREUS, Carlos. **Introducción al derecho penal**. 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1990.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Manual de derecho penal guatemalteco**. 5ª. ed. Guatemala: Ed. Artemis Edinter, 2001.
- FERRAJOLI, Luis. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Trotta, 1988.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada, 1984.
- LÓPEZ ANTÓN, María Antonia. **Fundamentos prácticos del derecho penal y de la pena**. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Toledo, 2001.
- LINARES ANDRADE, José Manuel. **Prevención general y especial en el derecho penal**. 2ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Sociedades, 2009.
- MALAMUD GOTI, Jaime Enrique. 3ª. ed. **La estructura penal de la prevención delictiva**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Cooperativa, S.A., 1986.
- MENDOZA MEJÍA, Fredy Esteban. **Estudio crítico de la pena**. 4ª. ed. México, D.F.: Ed. Jurídico, 1991.
- MORALES GRANADOS, Luisa María. **Estructura preventiva del derecho penal**. 2ª. ed. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 1994.



QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La pena. 2ª. ed. Madrid, España: Ed. Marcial Pons, 1992.

STRATENWERTH THOMPSON, Steve Dieter. Fundamentos de la prevención en el derecho penal. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Criminología y derecho penal, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal. 6a. ed. México, D.F.: Ed. Cárdenas, 1988.

Legislación:

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

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

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