

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



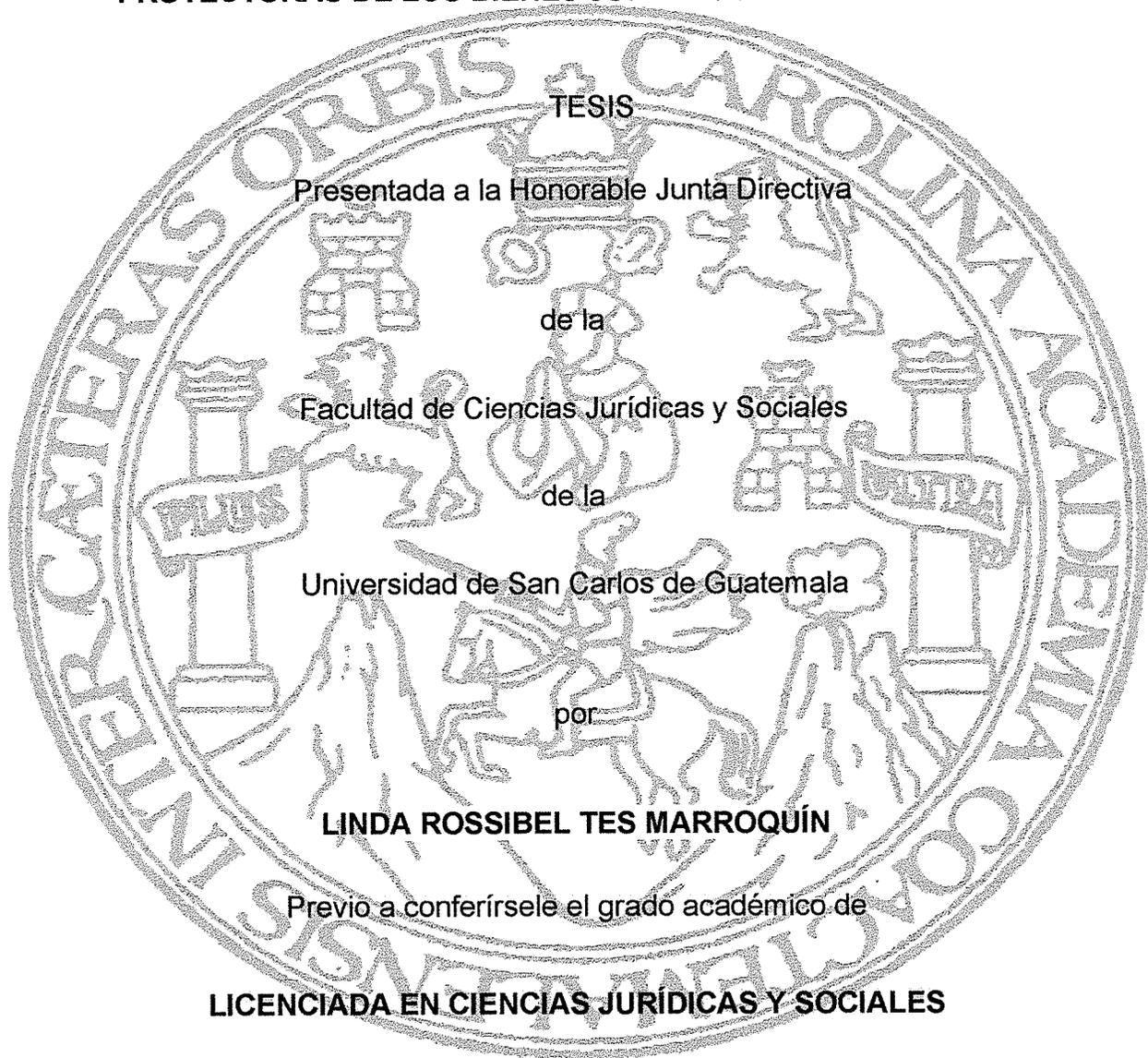
**IMPORTANCIA LEGAL DE LA APLICACIÓN DE CONDUCTAS PUNITIVAS
PROTECTORAS DE LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES**

LINDA ROSSIBEL TES MARROQUÍN

GUATEMALA, ABRIL DE 2024

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

**IMPORTANCIA LEGAL DE LA APLICACIÓN DE CONDUCTAS PUNITIVAS
PROTECTORAS DE LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

LINDA ROSSIBEL TES MARROQUÍN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, abril de 2024

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Lcda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Lic.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Ery Fernando Bamaca Pojoy
Secretario:	Lcda.	Aracely Amparo de la Cruz García
Vocal:	Lic.	Hector Javier Pozuelos López

Segunda Fase:

Presidente:	Lcda.	Olga Aracely López Hernández
Secretario:	Lic.	Ronald David Ortíz Orantes
Vocal:	Lic.	Heber Dodanin Aguilera Toledo

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)



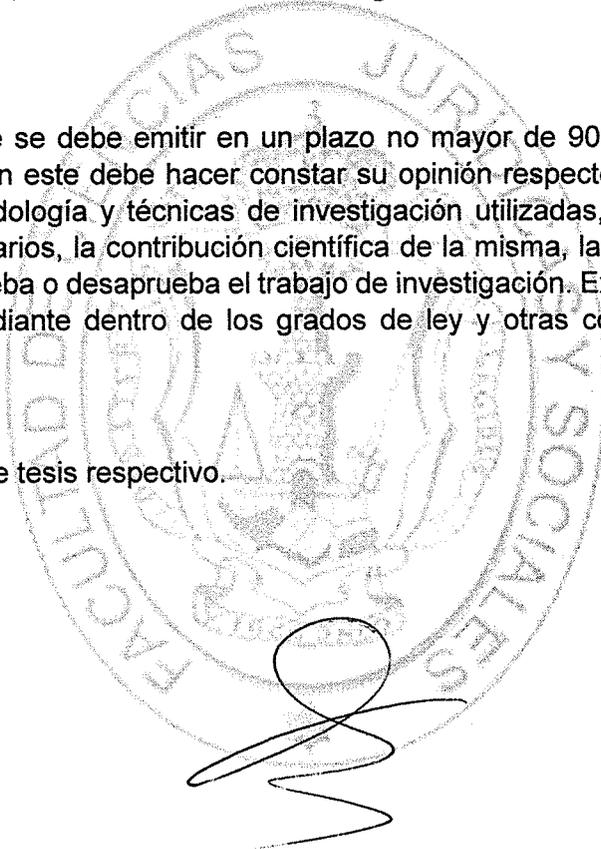
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 18 de octubre de 2022**

Atentamente pase al (a) Profesional, **FREDY ALBERTO SUTUC GUTIÉRREZ**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **LINDA ROSSIBEL TES MARROQUÍN**, con carné 201444426, intitulado: **IMPORTANCIA LEGAL DE LA APLICACIÓN DE CONDUCTAS PUNITIVAS PROTECTORAS DE LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES.**

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.



[Handwritten signature of Carlos Ebertito Herrera Recinos]



CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS

Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

SAQO

Fecha de recepción 18 110 12022 (f) Fredy Alberto Sutuc Gutiérrez
 Abogado y Notario Asesor(a)
 Col. 5658
[Handwritten signature of Fredy Alberto Sutuc Gutiérrez]
 (Firma y sello)





LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIÉRREZ

Abogado y Notario. Col 5658

5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 306. Comercial Esmol

Teléfono. 56783727



Guatemala, 18 de octubre de 2022.

Doctor.

Carlos Ebertito Herrera Recinos

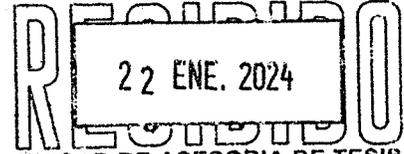
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Presente.

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Hora: _____

Firma: *Fredy*

Distinguido Doctor Herrera Recinos:

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha dieciocho de octubre del año dos mil veintidós, en el cual se me nombra para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como asesor de tesis de la bachiller **LINDA ROSSIBEL TES MARROQUIN**, me dirijo a usted haciendo referencia a la misma con el objeto de informar mi labor y oportunamente estableciendo que con el estudiante no existe relación de parentesco o enemistad.

EXPONGO:

1. He procedido a revisar metódica y técnicamente al estudiante en el desarrollo de su tesis titulada: **IMPORTANCIA LEGAL DE LA APLICACIÓN DE CONDUCTAS PUNITIVAS PROTECTORAS DE LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES**
 - a. Al realizar la revisión pude sugerirle algunas correcciones que concluí debían ser consideradas y que en su momento consideré necesarias para el mejoramiento del trabajo de investigación que presenta la sustentante y para la mejor comprensión del tema investigado, las cuales fueron corregidas oportunamente de forma correcta.
 - b. Contenido científico y técnico de la tesis: La sustentante abarcó tópicos de importancia en materia penal, enfocado desde un punto de vista jurídico, por la necesidad de un análisis crítico.
 - c. La metodología y técnicas de la investigación: Para el efecto se tiene como base el método analítico: con el objeto de analizar la legislación en materia mercantil; el método sintético: para la unificación de la información del trabajo final; el método deductivo: Con el que se obtuvieron los datos que comprobaron la hipótesis; y el inductivo: para conformar el marco teórico que sustenta el



LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIÉRREZ

Abogado y Notario. Col 5658

5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 306. Comercial Esmol

Teléfono. 56783727

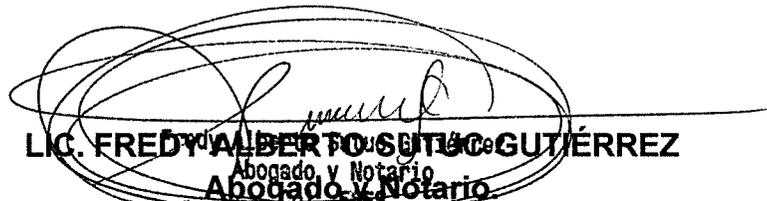


informe de tesis. La técnica de investigación fue la bibliográfica, al consultarse diferentes autores nacionales y la legislación.

d. La redacción: La estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos, desarrollando temas que se relacionan entre sí.

e. La conclusión discursiva: Como una posición que presentan las personas frente a la severidad en las sanciones penales, desarrollándose dos líneas explicativas que han intentado comprender los aspectos subyacentes de tales actitudes: las teorías utilitarias, centradas en una comprensión prospectiva y racional, en la cual las personas apoyarían la aplicación de castigos severos como una forma disminuir la posibilidad de ocurrencia de nuevos delitos; y las teorías expresivas, con un enfoque retrospectivo y más bien emocional, donde las sanciones severas son apoyadas como una manera de resarcir el daño producido por los delitos y como la expresión del repudio social frente a estos actos reprochables. El Ministerio Público debe tener un equipo de investigación permanente para anticiparse a las tendencias violatorias de los bienes jurídicos fundamentales o asumir una respuesta proactiva ante las violaciones que no se encuentran tipificadas para plantear a través del Organismo Ejecutivo, iniciativas de ley orientadas a la protección de los bienes jurídicos fundamentales existentes o la incorporación de nuevos bienes a partir de la realidad social y jurídica guatemalteca.

f. Atendiendo a lo indicado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que **APRUEBO**, ampliamente la investigación realizada, por lo que emito dictamen favorable, ya que considero el tema un importante aporte.


LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIÉRREZ
Abogado y Notario
Abogado y Notario
Col 5658



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

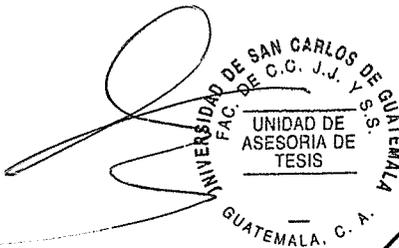


D. ORD. 98-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, veintiséis de enero de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **LINDA ROSSIBEL TES MARROQUIN**, titulado **IMPORTANCIA LEGAL DE LA APLICACIÓN DE CONDUCTAS PUNITIVAS PROTECTORAS DE LOS BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR





DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque a pesar de todos mis errores has sido incondicional y no dudo que seguirá siendo así por tu amor. Amén.
- A MIS PADRES:** Los amo y con profundo agradecimiento, por la educación plasmada en mi persona, les dedico mi recompensa con este triunfo, anhelada, con mis esfuerzos y sacrificios, mil gracias por esperar pacientes este momento y que Dios los bendiga.
- A MIS HERMANOS:** Gracias por el apoyo y amor brindado durante todo este tiempo, los amo y cada uno sabe cuán importante es este momento de mi vida.
- A MIS AMIGOS:** Porque muchas veces su amistad y consejos me hicieron seguir adelante gracias por su sincera amistad.
- A:** Los profesionales, en especial a mi asesor de tesis gracias por su colaboración y paciencia. Y a todos los buenos catedráticos que con lealtad, fidelidad y honorabilidad nos impartieron día a día cada asignatura a cursar.
- A:** Usted especialmente, porque me ha acompañado en el proceso y ahora en mi etapa profesional, gracias por estar aquí.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala. Por brindarme los conocimientos que hoy me convierten en un profesional y donde me fue dado el pan del saber.



A:

Universidad de San Carlos de Guatemala, alma máter que albergó durante todo este tiempo mis sueños de estudiante y superación gracias por haberme permitido el honor de forjarme en sus gloriosas aulas.



PRESENTACIÓN

La investigación realizada pertenece a la rama cognoscitiva del derecho penal por ser una ciencia del derecho, pero con relación directa con se quiere decir que el Estado debe estar en permanente revisión de las formas o maneras en que los bienes jurídicos tutelados existentes pueden ser violados o la necesidad de incorporación en la protección penal del Estado nuevos bienes jurídicos; siendo el sujeto principal las personas quienes pueden ser víctimas de las tendencias violatorias de los bienes jurídicos fundamentales.

La investigación se realizó conforme lo establecido entre los años de 2015 a 2019. El objeto de estudio será la propuesta de que el Ministerio Público debe tener un equipo de investigación permanente para anticiparse a las tendencias violatorias de los bienes jurídicos fundamentales o asumir una respuesta proactiva ante las violaciones que no se encuentran tipificadas para plantear a través del Organismo Ejecutivo.

HIPÓTESIS



Al establecerse el análisis de cada estudio en concreto las iniciativas de ley orientadas a la protección de los bienes jurídicos fundamentales existentes o la incorporación de nuevos bienes a partir de la realidad social y jurídica guatemalteca, surge la importancia legal de la aplicación de conductas punitivas protectoras de los bienes jurídicos fundamentales.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Para poder establecer la hipótesis planteada se utilizaron distintos mecanismos como técnicas de investigación y se logró establecer y comprobó que es necesaria la aplicación de que el Ministerio Público debe tener un equipo de investigación permanente para anticiparse a las tendencias violatorias de los bienes jurídicos fundamentales o asumir una respuesta proactiva ante las violaciones que no se encuentran tipificadas para plantear a través del Organismo Ejecutivo.

Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación, como elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose en esta el sustentante para poder obtener el mayor número de datos, la observación, científica obteniendo con ella un objetivo claro, definido y preciso, la bibliográfica y documental, que es la más utilizada para las investigaciones y para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo.



ÍNDICE

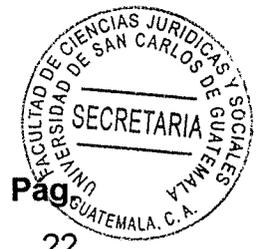
Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El delito y la teoría del delito.....	1
1.1. El delito.....	1
1.2. Los elementos del delito.....	3
1.3. Naturaleza del delito.....	4
1.4. Concepto formal del delito.....	5
1.5. Concepto legal del delito.....	5
1.6. Concepto sustancial del delito.....	5
1.7. Concepto dogmático del delito.....	6
1.8. Sujetos del delito.....	6
1.8.1. Sujeto activo del delito.....	6
1.8.2. Sujeto pasivo del delito.....	7
1.9. La teoría del delito.....	7
1.10. Teoría del delito.....	10
1.11. El dolo.....	11
1.12. Observancia en el ordenamiento jurídico guatemalteco.....	13

CAPÍTULO II

2. El nexo entre conducta y resultado.....	15
2.1. La teoría de la imputación objetiva.....	15
2.2. Bien jurídico tutelado.....	16
2.3. Culpabilidad.....	17
2.4. La punibilidad.....	18
2.5. La ausencia de punibilidad o excusas absolutorias.....	19
2.6. La imputabilidad.....	19



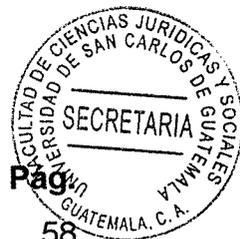
2.7. Los delitos contra el patrimonio.....	22
2.8. Bien jurídico tutelado.....	23
2.9. Consolidación de la información como bien jurídico tutelado por el derecho penal.....	27
2.10. Las conductas lesivas acerca del bien jurídico para proteger la intimidad de las personas.....	30

CAPÍTULO III

3. Conductas punitivas.....	33
3.1. Actitud punitiva.....	34
3.2. La violencia en Latinoamérica.....	35
3.3. Actitudes punitivas.....	36
3.4. Extensión de las actitudes punitivas.....	37
3.5. Evaluación de las actitudes punitivas.....	39
3.6. Enfoques explicativos de las actitudes punitivas.....	40
3.7. Principales resultados empíricos sobre actitudes punitivas.....	43
3.8. La traslación, utilización y justificación de los presupuestos normativos de imputación.....	50

CAPÍTULO IV

4. Aplicación de conductas punitivas protectoras de los bienes jurídicos fundamentales.....	51
4.1. La traslación, utilización y justificación de los presupuestos normativos de imputación.....	51
4.2. Traslación de los elementos normativos de imputación a la esfera de intervención punitiva.....	52
4.3. La convivencia justificativa entre los elementos normativos de imputación y las normas rectoras de carácter penal.....	55



4.4. Criterio de los jueces.....	58
4.5. Solución a la problemática.....	65
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	69



INTRODUCCIÓN

Cuando se hace referencia a la aplicación de conductas punitivas protectoras de los bienes jurídicos fundamentales, se quiere decir que el Estado debe estar en permanente revisión de las formas o maneras en que los bienes jurídicos tutelados existentes pueden ser violados o la necesidad de incorporación en la protección penal del Estado nuevos bienes jurídicos, a partir de que la dinámica social de Guatemala cambia constantemente, siendo un ejemplo de ello las leyes que protegen a las mujeres de manera específica.

El objetivo del estudio de la presente investigación se orientó a comprobar asumir una respuesta proactiva ante las violaciones que no se encuentran tipificadas para plantear a través del Organismo Ejecutivo, iniciativas de ley orientadas a la protección de los bienes jurídicos fundamentales existentes o la incorporación de nuevos bienes a partir de la realidad social y jurídica guatemalteca.

El contenido de esta tesis se integra por cuatro capítulos, en el primero se expuso, el delito y la teoría del delito, en el segundo se orientó a explicar, el nexo entre conducta y resultado; en el tercero se estableció las conductas punitivas; finalizando con el cuarto que explicó la aplicación de conductas punitivas protectoras de los bienes jurídicos fundamentales.

Para el desarrollo de la investigación, la metodología utilizada incluyó varios métodos para alcanzar los objetivos establecidos el método analítico, el método deductivo y las técnicas, documental, bibliográfico, la recopilación y selección adecuada de la información relacionada, para sustentar la investigación, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis.

Concluida la investigación y haciendo un análisis personal de la investigación, considero que es pertinente recomendar su estudio por la importancia del tema y estudiarlo a



profundidad como base para la discusión del problema social expuesto, para provocar el cambio en los problemas mencionados sobre la aplicación de conductas punitivas protectoras de los bienes jurídicos fundamentales.



CAPÍTULO I

1. El delito y la teoría del delito

El delito, es importante determinar que es el delito en sí, para el caso de Guatemala, la gran mayoría de delitos se encuentran regulados en el Código Penal, Decreto Numero 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y demás leyes conexas que regulan delitos específicos.

1.1. El delito

La palabra delito “Deriva del latín delicto o delictum, del verbo delinqui o delinquere que significan desviarse, resbalar, abandonar y podría interpretarse como el abandono de la ley”.¹ Delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal tipo que revela su prohibición (típica); que por no estar permitida por ningún precepto jurídico es contraria al orden jurídico (antijurídica) y que, por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable (culpable).

El injusto es la conducta típica y antijurídica que revela el desvalor que el derecho hace recaer sobre la conducta misma; en tanto que la culpabilidad es una característica que a la conducta se adhiere por una especial condición del autor (por la reprochabilidad que

¹ Blanco Escandón, Celia. **Iniciación práctica al derecho penal, parte general enseñanza por casos.** Pág. 71



del injusto se le hace al autor. El delito es: “La acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.”²

En el más antiguo derecho del Oriente (Persia, Israel, Grecia antigua y Roma) el delito ha permanecido originariamente como factor de responsabilidad por el resultado antijurídico. Es de conocimiento que en El Pritaneo se juzgaba de igual forma árboles y piedras. De allí que Esquines decía: “Arrojamos lejos de nosotros los objetos sin voz y sin mente. Platón en su obra Las Leyes, afirma lo mismo, exceptuando el rayo y los meteoros lanzados por la mano de Dios”.³

El abogado Manuel Ossorio define el término delito de la siguiente manera: “El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”⁴ Ello obedecía a la valoración jurídica de entonces, ataviada de valores subjetivos, en los que se apreciaba únicamente el resultado dañoso producido, sin reparar en los aspectos típicos de la conducta cuya preeminencia se enarbola en la actualidad

El delito es una conducta típica antijurídica y culpable, se trata de una definición tripartita del delito. El tratadista Eugenio Zaffaroni manifiesta que en la Edad Media “Se castigaba profusamente animales y hasta se recuerda la historia de un famoso abogado especialista en la defensa de bestias”.⁵ La preponderancia del elemento religioso en la

² Muñoz Conde, Francisco. **Teoría general del delito**. Pág. 4.

³ Nieves, Ricardo. **Teoría del delito y práctica penal**. Pág. 22

⁴ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 123.

⁵ **Manual de derecho penal**. Pág. 23



Edad Media hizo pensar que los animales y las bestias podían tener intención y por tanto ser capaces de sanción.

1.2. Los elementos del delito

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

a) Elementos positivos del delito

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

b) Elementos negativos del delito

- La falta de acción o conducta humana;
- La atipicidad o ausencia de tipo;
- Las causas de inculpabilidad;
- Las causas de justificación;



- Las causas de la inimputabilidad;
- La falta de condiciones objetivas de punibilidad; y
- Causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias.

1.3. Naturaleza del delito

Ha resultado realmente difícil para los distintos tratadistas de la materia penal, en todas las épocas y en diversos lugares, abordar el tema de la naturaleza del delito; pues ya que la naturaleza es demasiada discutida divergente por los estudiosos del derecho, buscan con ello indagar sobre la esencia del hecho punible con validez universal y permanente.

Para ser un análisis del delito, entre varios autores estableciendo características del mismo, el más acertado, al respecto a la definición de lo que es delito en sus aspectos más generales, del mismo se señala del delito, de esa manera lo realiza el autor indicando al respecto Eugenio Calón: "Muchos criminalistas han intentado formular una noción del delito en sí, en su esencia, una noción de tipo filosófico que sirva para determinar si un hecho es o no delictivo. Tales tentativas han sido estériles, pues no ha de ser la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquélla ha de seguir forzosamente los cambios de éstas, y por consiguiente, es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa."⁶

⁶ Teoría del delito y culpabilidad. Pág. 8.



1.4. Concepto formal del delito

Delito es todo aquello que la ley describe como tal. Toda conducta que el legislador sanciona con una pena.

1.5. Concepto legal del delito

Al realizar el análisis legal de lo que es delito se puede indicar que de acuerdo al Artículo 11 del Código Penal, el delito doloso: “Es cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.”

De la misma manera en el Artículo 12 del Código Penal, regula que: “El delito culposo es cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia.” También en el Artículo 13 del Código Penal indica que: “el delito es consumado, cuando concurren todos los elementos de su tipificación.”

1.6. Concepto sustancial del delito

Para conocer el delito en su esencia se puede establecer ya con el concepto inicial y ahora con el concepto sustancial del delito, al señalarse que en si el delito es la consecuencia del comportamiento humano que a juicio del legislador compromete las relaciones sociales y que frente a ello exige una sanción penal. Ya sea una la sanción penal drástica, según sea el delito cometido y la habitualidad del delincuente.



1.7. Concepto dogmático del delito

Es la acción típica, antijurídica y culpable, por lo tanto, la teoría del delito es parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa en explicar el delito en general y cuáles son sus características.

1.8. Sujetos del delito

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

1.8.1. Sujeto activo del delito

En legislaciones antiguas y principalmente en los pueblos primitivos, absurdamente atribuyeron capacidad delictiva a los animales y hasta a las cosas inanimadas, considerándolos y juzgándolos como sujetos activos de los delitos imputados a los mismos. Sin embargo, con las legislaciones modernas eso fue cambiando y ahora podemos decir que sujeto activo del delito es el que realiza la acción, el comportamiento descrito en la ley. Al ser la acción un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida ni por consiguiente realizada, sino por una persona humana, de manera que solamente es capaz de tener conciencia de efectuar un delito el ser humano.



También como puede constatarse en el Artículo 35 del Código Penal indica que Responsables: son los responsables penalmente del delito: los autores y los cómplices. De las faltas sólo son responsables los autores.

Sujeto activo del delito es quien lo comete o participa en su ejecución, el que lo comete directamente es sujeto activo primario y el que participa es sujeto activo secundario.

Se puede establecer lo relacionado a la responsabilidad en el ordenamiento jurídico guatemalteco en el Código Penal en el Artículo. 38 regula la responsabilidad individual de los miembros de las personas jurídicas, que hubieren participado en hechos delictivos.

1.8.2. Sujeto pasivo del delito

Sujeto que sufre las consecuencias del delito. Es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito, o puesto en peligro.

1.9. La teoría del delito

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



acción constituye conducta delictiva, tiene que estar establecida y tipificada como delito en una normativa específica; como falta o delito, según sea la gravedad de la infracción si existiera.

A este respecto el autor Eugenio Zaffaroni sostiene: "Esta definición del delito como conducta típica antijurídica, culpable y punible, nos otorga el orden en que debemos formularnos las preguntas que nos servirán para determinar en cada caso concreto, si hubo o no delito, si nos hallamos con una conducta típica; cabe entonces que nos preguntemos si esa conducta es antijurídica, porque en caso negativo no tiene sentido preguntarse por la culpabilidad, porque el derecho no se ocupa de la reprochabilidad de las conductas que no son contrarias a él."⁷

El concepto de acción juega así un papel básico en la teoría general del delito. A partir de él, y mediante diversas elaboraciones teóricas, se han ido introduciendo los restantes elementos del delito.

"Dentro de la evolución que ha tenido el vocablo tipicidad, cabe citar que en 1906 el profesor alemán Ernesto Beling con su Teoría del Delito, define la tipicidad como elemento fundante del delito, es la condición sine qua non para tildar de criminal la conducta humana."⁸ El elemento culpabilidad ha sufrido diversas transformaciones históricas: si para el causalismo contenía sobre todo las formas de la responsabilidad subjetiva, el dolo y la culpa; en la actualidad, a partir del concepto finalista de acción, se

⁷ **Manual de derecho penal.** Pág. 333.

⁸ De León Velasco, Héctor Aníbal. **Manual de derecho penal guatemalteco.** Pág. 155.



acepta que el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido estén en el tipo, dando lugar a tipos dolosos e imprudentes, la culpabilidad según este concepto, es un juicio de reproche que se formula a quien no se abstiene de actuar, pudiendo hacerlo, de acuerdo al mandato de la norma. Seguidamente aparece la punibilidad como elemento que aporta contenidos de oportunidad o conveniencia precisos en ciertos casos para poder alcanzar plenamente el concepto de delito”.⁹

La teoría del delito es una construcción dogmática, que establece el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto. Reuniendo todos los elementos necesarios para determinar si una acción humana es contraria a la ley. El objeto principal de esta teoría por lo tanto es el estudio del concepto delito.

La teoría del delito son todas las doctrinas, principios y leyes que contribuyen al conocimiento de un delito desde su etapa preparatoria. Es una elaboración teórica, lógica (no contradictoria) y no contraria al texto de la ley; que permite definir cuándo una conducta puede ser calificada como delito.

La dogmática jurídico-penal, establece límites y construye conceptos, posibilita una aplicación del derecho penal segura y previsible y lo substraer de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación. El planteamiento de la culpa va indisolublemente ligado al del riesgo y éste a su vez se encuentra definido por los fines sociales que se

⁹ *ibid.* Pág. 143.



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

1.10. Teoría del delito

a) Teorías del delito culposo

Como lo establece el Artículo 10 del Código Penal indicando: Relación de causalidad: Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta.

b) Teoría del causalismo naturalista

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

c) Teoría del causalismo valorativo

Dentro del causalismo valorativo se ha seguido considerando a la acción causal como la piedra angular del sistema, no hubo variación alguna.



La causalidad y el desvalor de resultado determinaban el injusto, ambas categorías eran exactamente iguales, se tratase de un delito doloso o uno culposo; por tanto, se trasladaban mecánicamente las reglas desarrolladas para el delito doloso al culposo.

“Diferente era, en cambio, la situación con respecto a la culpabilidad, es decir, primeramente como una relación valorativa y no simplemente psicológica.”¹⁰

1.11. El dolo

Se puede decir que: “Es la determinación o dirección consistente de la voluntad a causa de un hecho tenido en ley como delito. En dolo directo, indirecto, eventual, de lesión, de peligro, genérico.”¹¹ De manera que el dolo se clasifica de la siguiente manera: Establece el Artículo 11 del Código Penal indicando: Delito doloso: El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

a) Dolo directo

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

¹⁰ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.** Pág. 229.

¹¹ Reyes Calderón, José Adolfo. **Derecho penal.** Pág. 63.



b) Dolo indirecto

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

c) Dolo eventual

“Es el caso de que la prevención de un resultado antijurídico, ligado sólo eventualmente a otro inequívocadamente querido no detiene al agente en la realización de su propósito inicial.”¹²

d) Dolo de lesión

Surge cuando el propósito deliberado del sujeto activo es precisamente lesionar, dañar o destruir, perjudicar o menoscabar todo o parcialmente, un bien jurídico tutelado.

e) De peligro

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

¹² Reyes Echandía, Alfonso. **Derecho penal**. Pág. 305.



f) Genérico

Para determinar que es genérico, se indica que: "Está constituido por la deliberada voluntad de ejecutar un acto previsto en la ley como delito."¹³

1.12. Observancia en el ordenamiento jurídico guatemalteco

El derecho penal es un instrumento de protección a los bienes jurídicos por lo que los Estados con el fin de controlar la actividad criminal, se ven en la necesidad de implementar nuevos tipos penales para la protección de los derechos fundamentales de las personas. Guatemala ha implementado en el ordenamiento jurídico avances importantes como por ejemplo la ley de extinción de dominio, que son pocos los países que la tienen, por lo que de esa forma se da el expansionismo en el derecho penal guatemalteco.

Con la globalización económica y los avances tecnológicos la delincuencia busca formas de evadir la responsabilidad penal, implementa nuevas formas de delinquir. La criminalidad asociada a los medios informáticos y al internet es, seguramente, es el mejor ejemplo de la evolución. "En esa medida es innegable por lo demás la vinculación del proceso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada que opera a nivel internacional, y constituye claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos."¹⁴

¹³ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco. **Ob. Cit.** Pág. 173.

¹⁴ Silva Sánchez, Jesús María. **La expansión del derecho penal.** Pág. 28





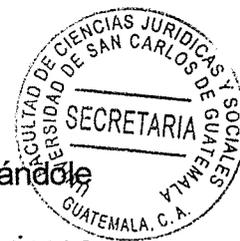
CAPÍTULO II

2. El nexo entre conducta y resultado

La prueba de la relación de causalidad es un elemento imprescindible en los delitos de resultado para la calificación como típica de la conducta. La teoría causal más extendida y comúnmente admitida es la Teoría de la equivalencia de condiciones, si bien no en su versión tradicional (*Conditio sine qua non*) sino como teoría causal que explica lógicamente porque a una acción le sigue un resultado en el mundo exterior, según las leyes de la naturaleza. Una vez constatada la existencia de una relación de causalidad, en algunos supuestos será necesario comprobar, que, además, la conducta es imputable a su autor. Esta atribución se realiza, según la teoría de la imputación objetiva en base a criterios normativos limitadores de la causalidad natural. En primer lugar, habría que constatar que el resultado producido incrementó el riesgo prohibido y a continuación, que el riesgo creado fue el que se materializó efectivamente en el resultado producido.

2.1. La teoría de la imputación objetiva

En primer lugar, se analiza si, efectivamente, la conducta realizada despliega un riesgo de entre los tutelados por la norma penal. Así, en caso de un delito comisivo, el análisis de una conducta homicida deberá determinar que, por ejemplo, disparar a otro con un arma de fuego es una conducta que despliega un riesgo de los contemplados por la norma que prohíbe el homicidio, es decir, que es idóneo para entrar dentro de la



descripción normativa de homicidio. De esta forma, causar la muerte a otro clavándole una aguja en el dedo, provocando así una reacción química inesperada no es un riesgo de los previstos por la norma penal, pues el clavar una aguja a otra persona no es una conducta socialmente vista como suficientemente riesgosa para causar un homicidio (aunque, efectivamente, exista una relación causal).

Por el otro lado, en el supuesto de un delito omisivo, como el de no socorrer a alguien que está en peligro, la conducta de no hacer nada no es causal del posible daño posterior, pero sí despliega un riesgo de los previstos por la norma. Es decir, no hacer nada ante esa situación es justamente aquello que la norma penal busca prevenir (igual que la del homicidio busca evitar las conductas socialmente consideradas idóneas para matar).

A partir de la constatación de ese riesgo típicamente relevante, se debe constatar que el resultado (la muerte, las lesiones, etc.) es expresión de ese riesgo, y no fruto de otras conductas o eventos ajenos al agente. Este último análisis no se realiza en delitos llamados “de mera actividad”, en los que no hace falta un resultado para que haya delito (omisión de socorro, allanamiento de morada).

2.2. Bien jurídico tutelado

El derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, sanciona la lesión a estos bienes o su puesta en peligro; en la actualidad el derecho penal, no se limita a la



protección de bienes jurídicos, sino que se encarga de velar por la correcta gestión de los riesgos generales.

“Los tipos penales sancionan las conductas que lesionan o ponen en peligro los modelos sectoriales de gestión para la tranquilidad de la sociedad. La sociedad actual parece caracterizada, básicamente por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos el extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, repercusiones directas en un incremento de bienestar individual pero también trae consecuencias negativas. De entre ellas, las que resaltar e la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural.”¹⁵

El derecho penal es un instrumento de protección a los bienes jurídicos por lo que los Estados con el fin de controlar la actividad criminal, se ven en la necesidad de implementar nuevos tipos penales para la protección de los derechos fundamentales de las personas. Guatemala ha implementado en el ordenamiento jurídico avances importantes como por ejemplo la ley de extinción de dominio, que son pocos los países que la tienen, por lo que de esa forma se da el expansionismo en el derecho penal guatemalteco.

2.3. Culpabilidad

Bajo la categoría de la culpabilidad, como tercer elemento del concepto de delito se agrupan aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 27.



concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Se trata del elemento del delito en el que la persona del autor se relaciona dialécticamente con el detentador del ius puniendi (Estado).¹⁶

A partir de Frank, que es común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta, lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir, conforme a derecho. “Algunos Códigos Penales, como el de Paraguay de 1998 llegaba a hacer desaparecer el término "culpabilidad" que era sustituido por el de reprochabilidad. Sin embargo, la doctrina española pone de manifiesto como el término reprochabilidad se asocia al reconocimiento de la existencia del libre albedrío, algo imposible de probar en el caso concreto, por lo que desde teorías preventivas de la pena se propugna su sustitución por la idea de motivabilidad o de exigibilidad.”¹⁷

2.4. La punibilidad

La punibilidad sencillamente se puede traducir en la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma. La condicionalidad objetiva, está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad, y para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles. Y, para otros constituyen un auténtico elemento del delito.

¹⁶ De la Cuesta Aguado. **Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación**. Pág. 533

¹⁷ Citado por De la Cuesta Aguado. **Ob. Cit.** Pág. 354



2.5. La ausencia de punibilidad o excusas absolutorias

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador considero para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

En la legislación penal guatemalteca, deben darse todos los elementos positivos del delito para que este pueda ser penado o sancionado; sin embargo, también, debe considerarse que pueden suscitarse todos a excepción del último, derivado de excusas absolutorias, como por ejemplo, la legislación señala que no puede ser culpable la esposa que le roba al esposo, y otros casos más que caen en que precisamente se da una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable; pero, por disposición legal expresa, no es punible.

2.6. La imputabilidad

Es el presupuesto de la culpa que, en ser capaz de comprender, ya sea, la ilicitud de la conducta, su acto reprochable, así como de reconocer la posibilidad de actuar de otra manera distinta que no provoque un resultado dañoso. Un imputable es capaz de comprender el elemento de reproche que forma parte de todo juicio penal, y por lo tanto, si se le hallare culpable, se haría acreedor a una pena; si no lo puede comprender, será un inimputable, no le será reprochada su conducta, y el juez lo someterá más bien a una medida de seguridad. Esto es lo que en el Código Penal señala a los que sufren trastornos mentales transitorios o bien los menores de edad.



a) La conciencia de antijuridicidad

Para que exista culpabilidad es necesario que el sujeto tenga conciencia y conocimiento de la antijuridicidad del hecho; basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia.

b) El error de prohibición

“Déficit cognitivo del autor de una conducta típica en relación a la antijuridicidad de la conducta. Dependiendo de su carácter de “vencible” o “invencible” se determina la ausencia o no de culpabilidad.”¹⁸

c) La exigibilidad

Se ha establecido en los Códigos Penales en su mayoría el hecho de que el Estado no puede exigir al ciudadano un comportamiento heroico. Surge así la posibilidad de excluir la imposición de la pena por la existencia de circunstancias que sitúen al autor del delito en una situación según la cual adecuar su comportamiento a las exigencias normativas hubiera supuesto una exigencia intolerable para el hombre común. El juicio de exigibilidad entonces se realiza mediante la comparación de las características personales o circunstanciales del destinatario de la norma y de un modelo idealizado

¹⁸ Ob. Cit. Pág. 345



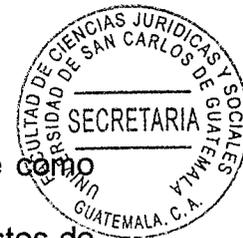
construido mediante la generalización. Cuando de esta comparación se deduzca que al sujeto no le era exigible actuar conforme al mandato normativo, su conducta típica y antijurídica no merecerá reproche penal, y como consecuencia, no se podrá afirmar la existencia de un delito por ausencia de culpabilidad.

La mayoría de la doctrina configura dentro de la categoría de la culpabilidad, a exigibilidad de otra conducta en sentido negativo, como "causas de no exigibilidad". "Recientemente se propugna desde una perspectiva dialéctica y democrática de la culpabilidad, en España, la consideración de la exigibilidad entendida como posibilidad de reclamar e imponer por parte del ius puniendi un comportamiento acorde con la norma jurídico-penal como el auténtico fundamento material de la culpabilidad.

Cuando por razones excepcionales ajenas a su persona el sujeto destinatario de la norma no pudiera adecuar su comportamiento al mandato normativo, surgirían las causas de disculpa o exculpación basadas en la inexigibilidad de otra conducta. Como causa de inexigibilidad se suelen enumerar el miedo insuperable o el estado de necesidad disculpante (aquel en el que el mal causado es igual que el que se trata de evitar o aquel en el que no se puede determinar cuál de los dos males es mayor). También, aunque escasamente admitido por la jurisprudencia, se incluyen como supuestos de no exigibilidad el hurto o el robo famélico."¹⁹

Los diversos Códigos Penales admiten estos supuestos con diversos enunciados, pero si el juicio de exigibilidad es un juicio que debe realizar el juez y podrían surgir otros

¹⁹ Ob. Cit. Pág. 345



supuestos, distintos a los tradicionalmente reconocidos que deberían admitirse como causa de exculpación, aunque la mayoría podría ser considerados como supuestos de estado de necesidad. Pero en este caso, se cae en un acto discrecional de los jueces, que pueden ser en determinado momento perjudiciales para los procesados.

2.7. Los delitos contra el patrimonio

En sentido amplio el término patrimonio se toma algunas veces por toda especie de bienes cualquiera que sea el título con que se hayan adquirido. En sentido menos extenso, se toma por los bienes o hacienda de una familia. Etimológicamente patrimonio significa el conjunto de bienes que recae en una persona por sucesión hereditaria de sus padres o abuelos. De aquí se que se llaman bienes patrimoniales, inmuebles o raíces que uno tiene heredados de sus antepasados o ascendientes, a diferencia de los bienes adquiridos que son los que se ganan por cualquier otro título que no sea el de sucesión de sus mayores. Jurídicamente el patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser aprovechables en dinero.”²⁰

El título con que aparece en el ordenamiento jurídico penal delitos contra el patrimonio se debe a que las personas, tanto físicas como morales pueden ser posibles sujetos pasivos de las infracciones y porque se une tanto el derecho de propiedad como otros derechos que pueden constituir patrimonio de una persona.

²⁰ Osorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 422



Estos delitos tienen un denominador común que es el de ocasionar perjuicio patrimonial en la víctima o sujeto pasivo disminuir así sus bienes patrimoniales. Los delitos principales incluidos dentro de los delitos contra el patrimonio, son:

- a) Hurto;
- b) Hurto Agravado;
- c) Hurto de uso;
- d) Hurto de fluidos;
- e) Hurto impropio;
- f) Robo;
- g) Robo agravado;
- h) Robo de uso;
- i) Robo de fluidos;
- j) Robo impropio;

2.8. Bien jurídico tutelado

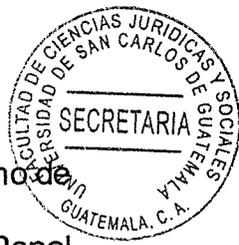
La criminalización de los llamados delitos económicos, como la criminalización de cualquier otra conducta, busca proteger un determinado bien jurídico, aunque afectan al bien jurídico tutelada propiedad que es fundamental en el derecho penal, su incidencia sobre el mismo y el peligro al cual se ve expuesto es mínima, por lo que la pérdida de recursos humanos y económicos permite a la doctrina que los mismos deben despenalizarse. En segundo lugar, se encuentran los delitos cuyo bien jurídico tutelado



no es fundamental, sino que resulta complementario, al extremo que su quebrantamiento únicamente da origen a multas y no a prisión, siendo un ejemplo de ellos la violación de correspondencia y papeles privados que se encuentra regulado en el Artículo 217 del Código Penal, estableciendo para quienes realicen este ilícito la pena de multa de cien a un mil quetzales o el de sustracción, desvío o supresión de correspondencia, establecido en el Artículo 218 del mismo cuerpo legal, imponiéndosele una multa de cien a un mil quetzales.

En lo que concierne al bien jurídico protegido en los delitos económicos, se presentan dos temas que son importantes abordar, por lo menos de manera referencial: i) la relación de los bienes jurídicos colectivos con los bienes jurídicos individuales, y ii) la factibilidad de protección de los bienes jurídicos colectivos. Con relación al primer tema, la discusión se centra en determinar la autonomía o no de los bienes jurídicos colectivos respecto a los bienes jurídicos individuales. Quienes afirman que los bienes jurídicos colectivos constituyen una categoría autónoma del derecho penal, sustentan su posición en el surgimiento de nuevas necesidades sociales relacionadas con el avance tecnológico y científico que afecta a todo el conglomerado social o gran parte del mismo, excediendo las necesidades individuales de cada uno de sus componentes, lo que obliga al Estado, en tanto y en cuanto la función social que cumple, a intervenir activamente para atender dichas necesidades.

De esta manera se puede establecer la dañosidad social deberá entenderse como regla de minimización del uso las posibilidades penales de un bien jurídico tutelado, en éste sentido, excluye del ámbito penal hechos exclusivamente inmorales (por sus



consecuencias intolerables e innecesarias para la protección tanto del individuo como de la sociedad. Así, en el ámbito normativo, casos como el artículo 183 del Código Penal que criminaliza la ofensa al pudor público a sido acusada de contener connotaciones moralistas.”²¹.

La posición contraria niega la autonomía funcional de los bienes jurídicos colectivos, y por el contrario sostienen su dependencia proteccionista frente a los bienes jurídicos individuales; es decir, que la protección de bienes jurídicos macro sociales como el medio ambiente, el orden económico, etc., solo tiene su razón de ser en tanto y cuanto se busque proteger a los bienes jurídicos individuales que se encuentran detrás de aquellos. Entre las críticas que este sector de la doctrina aduce contra la autonomía funcional de los bienes jurídicos colectivos, se halla el cuestionamiento al uso de fórmulas de peligro abstracto que implica una extensión excesiva del marco de protección de las normas penales.

Finalmente, frente a esta discusión, se cree que lo importante es que no se debe perder de vista que el derecho, en tanto creación humana tiene por finalidad el proteger al ser humano en sus diferentes manifestaciones, ya sean estas individuales o colectivas. En ese entendido, cuando se sostiene que el titular de los bienes jurídicos macro sociales es la colectividad en su totalidad o parte de ella, con ello no se debe entender que la colectividad es un sujeto de derecho (centro de imputación de derechos y deberes) de distinta naturaleza al ser humano.

²¹ Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. **Todo sobre el Código Penal**. Pág. 30.



A criterio del sustentante debe entenderse que el titular es la colectividad o sociedad (parte de ella), entendida ésta como la representación de un conjunto de seres humanos en su faceta social; ahora bien, tal afirmación en modo alguno implica la subordinación de los bienes jurídicos colectivos a los bienes jurídicos individuales, ya que ambas formas de intereses jurídicamente protegidos responden a diferentes facetas y necesidades del ser humano. En este orden de ideas, cada una de estas modalidades brindan una particular manera de proteger a las personas, siendo así, la relación existente entre ambos tipos de bienes jurídicos no es la de subordinación sino de la complementariedad.

En tal sentido, pretender que en un bien jurídico colectivo lo que debe protegerse finalmente es el bien jurídico individual que está detrás de él, conlleva a limitar la efectividad del derecho penal a un ámbito sancionador y no preventivo, por cuanto, tal como lo señalamos líneas arriba, una de las características esenciales de la protección de bienes jurídicos colectivos es el de posibilitar el adelantamiento en la protección de bienes jurídicos individuales, ya que de otra manera el derecho penal solo podría intervenir en tanto y en cuanto se haya producido una lesión efectiva en un bien jurídico individual, restando la posibilidad de intervención punitiva cuando exista aún el peligro de afectación de dicho bien jurídico.

Por otro lado, también debe tenerse en cuenta que la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto es discutible, razón por la que la intervención preventiva facilita el otorgar autonomía funcional a los bienes jurídicos colectivos debe estar restringida a la criminalización, en todo caso, de figuras de peligro concreto, reservando la intervención



punitiva del Estado, a través de la constitución de infracciones de peligro abstracto al derecho administrativo sancionador, cuya intervención requiere finalmente la mera desobediencia a la norma, siendo importante precisar que el referido derecho administrativo sancionador no es más que otra de las manifestaciones de la función punitiva que ejerce el Estado, función que no se limita únicamente al empleo del derecho penal.

En cuanto al tema de la factibilidad de la protección de los bienes jurídicos colectivos, como el orden económico, atendiendo a su carácter general, inmaterial y a la dificultad de la medición y probanza de su lesión o puesta concreta en peligro, la doctrina ha recurrido a la técnica de los llamados bienes jurídicos intermedios (entre los bienes jurídicos colectivos o mediatos y los bienes jurídicos individuales) u objetos de protección con función representativa, a través de los cuales podemos comprender que para que exista una adecuada protección de un bien jurídico colectivo mediato es necesario que dicha protección a nivel de la tipicidad sea sectorial, y cada segmento constituirá el objeto de protección específico de la norma penal correspondiente (bien jurídico propiamente dicho), cuya lesión implicará, por lo menos, la puesta concreta en peligro del bien jurídico mediato.

2.9. Consolidación de la información como bien jurídico tutelado por el derecho penal

Resulta claro que en cada nueva incriminación penal surge una aparente contradicción con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos del derecho penal,



entendido como ultima ratio, sin embargo, creo imprescindible dejar constancia, para los efectos de lograr una identificación correcta de los alcances del principio de intervención mínima, que éste “se sustenta en un conjunto de procesos de entrada y de salida, de criminalización y desincriminación”, resultado de la normal y obligada evolución social que genera la sustitución de bienes jurídicos, los nuevos intereses sociales suplen a los bienes jurídicos que por variación temporal de las necesidades político criminales se han convertido en poco dignos de tutela penal.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se encuentra previsto en la doctrina. La presencia de un interés social vital no acredita per se la existencia de un bien jurídico penalmente relevante, es necesario también que éste reúna los requisitos de merecimiento ó importancia social y necesidad de protección en sede penal, propios de una concepción del bien jurídico penal de índole político criminal como lo que se pretende evidenciar a través del desarrollo de este trabajo.

Como dice Rodríguez Mourullo Por un lado, supone la intervención fragmentaria del *ius puniendi*, lo cual significa que el Derecho penal: “No protege todos los bienes jurídicos, sino los más fundamentales, y ni siquiera protege a éstos frente a cualquier clase de atentados, sino tan sólo frente a los ataques más intolerables.”²² Dice Silva Sánchez con razón que, aunque se cumpliera con todas las exigencias que conlleva la vigencia del principio de intervención mínima, esto es, que el Derecho penal apareciera como último

²² Rodríguez Mourullo, Gonzalo. **Derecho penal**. Pág. 19



recurso ante el fracaso de todas las demás instancias, ello no implicaría que su utilización supusiese una respuesta adecuada ni, mucho menos, proporcionada.”²³

Si la cuestión se hubiese planteado algunos años atrás hubiese resultado, por decir lo menos, cuestionable afirmar la existencia de merecimiento de protección penal en el interés social información, sin embargo, la situación resulta hoy en día menos complicada, el fenómeno informático en el que todas nuestras sociedades se hallan inmersas ubica al interés vital aquí planteado en una posición de absoluto y comprensible merecimiento de resguardo en sede penal, superándose de este modo el primer obstáculo.

Para determinar la tutela penal, es necesario que se cumpla con ciertos requisitos esenciales y como a continuación se indica ya que la necesidad de tutela penal habrá de calificarse en atención a la eficacia de los demás medios de control social, en efecto, un interés social requerirá de protección en sede penal cuando los demás medios con los que disponen las otras ramas del derecho que puedan intervenir entre el ordenamiento de algún caso en especial con el derecho penal, que es el que se vincula directamente, hayan fracasado pues, como bien: “Es esencial insistir sobre el efecto de extraordinaria simplificación y racionalización del sistema penal que resulta de la supresión de esta enorme cantidad de ilícitos casi siempre artificiales, sobre todo se para la reducción de la esfera de los errores inevitables de la ley penal.”²⁴ En efecto, es evidente, en una perspectiva de derecho penal mínimo que si el legislador prevé un ilícito como

²³ Silva Sánchez. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Pág. 15

²⁴ Cuello.Calón, Eugenio. **Derecho penal**. Pág. 86.



contravención y fija para él una sanción pecunaria quiere decir que éste ilícito no es considerado por él como ofensiva de bienes fundamentales y que el derecho penal es un instrumento desproporcionado para prevenirlo, en otras palabras se puede decir que ningún bien o derecho que sea considerado fundamental, es decir, merecedor de tutela penal, puede ser monetizado de modo que la previsión misma de penas pecunarias y de delitos sancionados con ellas indica o un defecto de punición o un exceso de prohibición si tal bien no es fundamental y entonces contrasta en todo caso con el concepto mismo del bien penal protegido y con el relativo principio de ofensividad.

En ésta línea de argumentación, la ausencia de protección extra penal no evidencia, por si misma, la carencia de necesidad de protección penal, empero, se debe tener en cuenta y con esto ya se planteó la necesidad de protección penal respecto al bien información al que habría que elevar a la categoría de bien jurídico penal que existe necesidad de protección punitiva cuando en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo. El fracaso de los medios de control social y la dañosidad social propia de este tipo de conductas hace necesaria la regulación punitiva de comportamientos que afecten el bien jurídico aquí propuesto, al menos esa es la tendencia que se observa en la legislación comparada.

2.10. Las conductas lesivas acerca del bien jurídico para proteger la intimidad de las personas

En principio, es claro que ciertos comportamientos realizados a través de medios informáticos afectan bienes jurídicos tradicionales como el hurto, la estafa o las

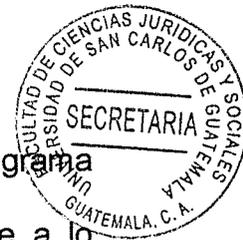


falsedades documentales, sin embargo, al admitir la existencia de un bien jurídico propio y previniendo éstos lesiones a bienes jurídicos de distinta índole, como el patrimonio o la fe pública, no corresponde a éste capítulo hacer referencia a la utilización de medios informáticos para la comisión de delitos convencionales, sino tan sólo a aquellos que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico información.

Las conductas lesivas a la información son, según el Consejo de Europa y el XV Congreso Internacional de Derecho, entre otras:

1. Fraude en el campo de la informática.
2. Falsificación en materia informática.
3. Sabotaje informático y daños a datos computarizados o programas informáticos.
4. Acceso no autorizado.
5. Intercepción sin autorización.
6. Reproducción no autorizada de un programa informático protegido.
7. Espionaje informático.
8. Uso no autorizado de una computadora.
9. Tráfico de claves informáticas obtenidas por medio ilícito.
10. Distribución de virus o programas delictivos.

En primer, debe dejarse en claro que, de todas estas conductas, algunas de ellas pueden ser abordadas a través de los tipos penales tradicionales (fraude en el campo de la informática, falsificación en materia informática, sabotaje informático y daños a datos



computarizados o programas informáticos, reproducción no autorizada de un programa informático protegido y distribución de virus o programas delictivos). En base a lo expuesto se aborda el análisis de las conductas lesivas al bien jurídico propuesto. Se ha creído más conveniente analizar los atentados contra la “información” a partir de las propiedades que les son inmanentes: confidencialidad, integridad y disponibilidad.

La confiabilidad y la integridad de la información son propiedades referidas, básicamente, a impedir la revelación, alteración o delación de la información contenida en ficheros de ordenador. La confiabilidad de la información cobra sus matices más importantes, por ejemplo, en el ámbito de la información médica, estrategias mercantiles, investigaciones científicas, entre otros. En cambio, la integridad resulta vital en el control de tráfico aéreo, la transferencia electrónica de fondos.

Por otra parte, la disponibilidad de la información resulta ser el atributo más importante de los servicios comerciales que dependen de la información, actividades como el *spamming* o el *electronic-mail bombing*, pueden generar que el disco duro del sistema de información afectado se bloquee y deje de operar.

En éste orden de ideas, los ilícitos informáticos pueden ser clasificados en: a) conductas lesivas a la confidencialidad de la información, b) conductas lesivas a la integridad de la información, y, c) conductas lesivas a la disponibilidad de la información.



CAPÍTULO III

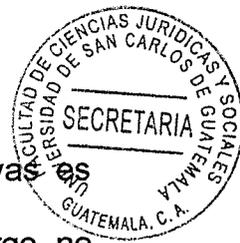
3. Conductas punitivas

Uno de los ámbitos de estudio de las actitudes que recientemente se ha desarrollado, es la actitud de las personas frente a la severidad en las sanciones penales, o actitudes punitivas.

En el plano internacional esta temática ha recibido amplia atención desde la Criminología y desde diversas disciplinas de las ciencias sociales, pero en el caso de Chile, las investigaciones son aún incipientes, siendo posible encontrar estudios que abordan el tema sólo de manera tangencial, principalmente a través de la inclusión de algunos de sus indicadores en encuestas de opinión.

Es por esta razón que esta investigación se constituye como un aporte al estudio de las actitudes punitivas en el medio nacional, entregando por primera vez un abordaje específico del tema. Como ya se ha dicho, el estudio de las actitudes de las personas hacia la sanción penal ha sido abordado ampliamente por la literatura foránea en el último tiempo, incluso ha llegado a catalogarse como el 'tema estrella' del siglo XXI en el ámbito de la Criminología. Esto debido probablemente al creciente interés por los ya comentados fenómenos del 'populismo punitivo' y el 'expansionismo penal'.

Pese a aquello, el carácter de estos estudios aún no permite formular una clara definición conceptual de las actitudes punitivas. Centrándose principalmente en aspectos



descriptivos y explicativos. De este modo, el estudio de las actitudes punitivas es mayoritariamente indiferenciado y tiene poca especificidad conceptual, sin embargo, no ha tenido impedimentos para lograr su aprobación.

En las investigaciones revisadas, se suelen utilizar diversos términos para referirse a este tipo de actitudes, como punitividad, actitudes hacia el castigo, sentimientos o reacciones punitivas, preferencias públicas de castigo, actitudes penales y actitudes punitivas.

Este último es el concepto mayormente utilizado, no obstante, tampoco ha sido definido por los autores de manera acabada, lo que dificulta su estudio tanto en el ámbito metodológico como en el análisis. Frente a estas dificultades, es posible aproximarse a una conceptualización de las actitudes punitivas a partir de estas investigaciones, aunque sea superficialmente. Por ejemplo, entiende las actitudes punitivas como el apoyo a políticas criminales punitivas, pero además hace referencia indistintamente a las preferencias de castigo de las personas.

3.1. Actitud punitiva

Entendiendo de esta forma el concepto de actitud punitiva, este autor identificó que las personas partidarias de los castigos basados en la retribución y proporcionalidad al daño causado a la víctima no expresarían una tendencia punitiva, en cambio, las personas que apoyan los castigos teniendo como finalidad la intensificación de la entrega de dolor



al inculpado, ya sea mediante la extensión de la duración de la condena o la severidad del castigo, manifestarían punitividad.

Si bien los vacíos conceptuales que se han mencionado anteriormente, y reconoce las dificultades que se enfrentan al reconocer las diferencias entre las justificaciones del castigo, no profundiza mayormente en el tema y adopta esta vaga definición. En este mismo sentido, un estudio sueco acerca de las actitudes punitivas, las define desde el punto de vista del deseo de las autoridades o del público en general para conseguir mayor dureza contra la delincuencia, en referencia a la aplicación más frecuente y prolongada de las penas privativas de libertad actualmente impuestas por los tribunales.

El estudio de las actitudes punitivas en Suecia resulta particularmente interesante ya que su población suele ser catalogada como la menos sancionadora de Europa, sin embargo, durante las últimas décadas se ha detectado un progresivo aumento de su apoyo a los castigos severos. Otra investigación, esta vez un estudio piloto en población universitaria española utiliza de manera indistinta los conceptos actitud y sentimientos punitivos, aludiendo a la supuesta demanda social de políticas criminales que intensifiquen la reacción penal, sin detenerse en la elaboración de una definición de estas variables.

3.2. La violencia en Latinoamérica

En Latinoamérica existen pocos estudios que den cuenta de este tema, uno de ellos se realizó en México por los investigadores Laca y Mejía, quienes indagan las actitudes de



la ciudadanía hacia la violencia y la delincuencia, refiriéndose de manera indirecta a las actitudes hacia el castigo y la rehabilitación de los delincuentes. Mientras que, en Colombia, un grupo de investigadores, también efectuaron un acercamiento a esta temática, por medio del análisis de variables que podían incidir en el nivel de eficacia del trabajo de los empleados de prisiones.

Una de las variables consideradas eran las actitudes punitivas, sin embargo, tampoco fueron mayormente definidas, sino que se consideraron como parte de las actitudes hacia la delincuencia. En el caso de Chile, recientemente se elaboró un estudio que exploraba percepciones y actitudes hacia el crimen y el sistema de justicia criminal, en el cual uno de sus principales temas fueron las actitudes hacia el castigo de los delincuentes, siendo conceptualizadas como punitividad. Si bien esta investigación significa un avance importante en la materia, permanecen las mismas dificultades de la mayoría de los estudios internacionales, al no esclarecer mayormente una definición de las actitudes punitivas.

3.3. Actitudes punitivas

En síntesis, es difícil encontrar consenso en la literatura acerca de cómo definir este constructo teórico, sin embargo, se pueden rescatar puntos en común entre las distintas investigaciones.

En primer lugar, las actitudes punitivas se refieren a una posición determinada que las personas tienen hacia la aplicación de sanciones penales, y en particular, a una forma



de castigo 'severa'. Sin embargo, sólo es posible tener un acercamiento a la definición de esta severidad, mediante indicadores concretos que los autores establecen, por ejemplo, el apoyo hacia la pena de muerte o la aplicación de cadenas perpetuas.

En segundo lugar, los investigadores tienden a usar confusamente los términos actitudes, deseos y sentimientos, como si todos éstos significaran lo mismo. Probablemente, la utilización indiferenciada de estos conceptos se deba a que los investigadores suelen ser profesionales que no están relacionados con la Psicología, y por ende, no consideran prioritario atender la especificidad de estos términos psicológicos.

En tercer lugar, la mayoría de las investigaciones asumen la complejidad a la base de las actitudes punitivas, en tanto concepto multidimensional, que involucra aspectos emocionales, racionales, motivacionales y cognoscitivos, los cuales a su vez varían entre grupos y dependen de las características del delito, particularmente según la gravedad asignada a éste. Adicionalmente, se manifiesta un fenómeno similar en cuanto a la forma en que las actitudes punitivas deben medirse, ya que los estudios evalúan la variable de diversas formas, posiblemente a causa de la falta de claridad conceptual mencionada.

3.4. Extensión de las actitudes punitivas

Las diferencias en la operacionalización de la variable repercuten en el tipo de conclusiones extraídas respecto de la extensión de las actitudes punitivas en las



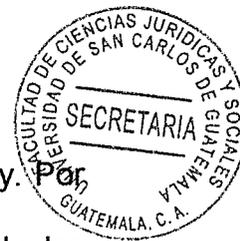
personas. Según lo planteado por Hogan, las mediciones para las actitudes punitivas son diversas pero generalmente varían entre tres opciones o combinaciones de éstas:

En primer lugar, en algunos estudios los encuestados deben asignar sanciones penales en función de escenarios hipotéticos o casos escenarios de delitos, de esta forma, se crean índices de punitividad en base a la severidad de las penas que eligen las personas.

Un segundo enfoque, mide las actitudes punitivas en base al nivel de apoyo hacia políticas criminales o proyectos de ley catalogados como 'medidas duras' de enfrentamiento de la delincuencia. En este sentido, se han desarrollado investigaciones como quienes miden las actitudes punitivas a través del nivel de apoyo indicado a siete políticas frente a la delincuencia, aplicadas o propuestas en el estado de Florida, Estados Unidos.

Entre estas políticas se encuentran. Hacer las penas más severas para todos los delitos, Enviar a los delincuentes juveniles reincidentes a los tribunales de adultos' o 'Pena de muerte para los menores que asesinan'. De manera similar operacionaliza las actitudes punitivas, estableciendo un índice resumido de la variable en base a las respuestas de las personas a cuatro preguntas de la encuesta que mide el apoyo a las Leyes de los tres strikes.

En la misma línea de este enfoque, aunque de manera más acotada, existen otros estudios donde operacionalizan las actitudes punitivas como el apoyo hacia la pena de



muerte, reconocida como la sanción de mayor dureza hacia los infractores de ley. Por último, el tercer enfoque recoge estas actitudes por medio de la respuesta de los individuos hacia preguntas generales sobre la percepción de indulgencia (o no) de los tribunales o jueces, mediante consultas del tipo: Cree usted que los tribunales en esta materia son suficientemente duros con los infractores de ley o las personas que infringen la ley deberían recibir sentencias más severas.

Por otra parte, también es posible identificar un grupo de estudios que construyen mediciones más complejas para las actitudes punitivas, involucrando a la vez varios de los indicadores anteriormente descritos, complementando adicionalmente las mediciones con grupos focales o entrevistas en profundidad.

Ahora bien, se debe considerar que las diversas maneras de operacionalizar las actitudes punitivas que tienen los autores, son relevantes para la conceptualización de las mismas, pues complementan las aproximaciones teóricas existentes.

3.5. Evaluación de las actitudes punitivas

En este sentido, se ha constatado que, en base a las metodologías utilizadas, un indicador crítico en la evaluación de las actitudes punitivas es el uso extendido de la cárcel. En otro aspecto, es importante señalar que los resultados y conclusiones que se derivan a partir de las disímiles estrategias de medición, dan cuenta que las preguntas amplias sobre la indulgencia muestran a las personas consistentemente más severas,



mientras que al otorgar información más detallada sobre los delitos, como ocurre en la metodología de los casos escenarios, los sujetos tienden a ser más indulgentes de la misma forma, se ha observado que cuando las preguntas tienen varias alternativas de sanciones, los encuestados tienden a optar por las opciones de condenas menos severas.

A partir de lo anterior, es posible encontrar inconsistencias en un mismo grupo de personas, al comparar sus respuestas a preguntas generales con las otorgadas en preguntas que contemplan casos particulares. Esto finalmente cuestiona la suposición de que con sólo una pregunta se logre evaluar con precisión la complejidad de las actitudes punitivas, asunto relevante en la medida que esta estrategia es la más utilizada, entregando resultados que harían suponer un mayor apoyo al fenómeno del populismo punitivo.

3.6. Enfoques explicativos de las actitudes punitivas

Como ya se mencionó, si bien los investigadores no han desarrollado suficientemente las definiciones de las actitudes de las personas en materia de castigos, aun así existen algunas aproximaciones explicativas que permiten entender de manera más acabada las actitudes punitivas, facilitando la exploración de aquellos factores subyacentes a las preferencias de castigo de los individuos. En concreto, se pueden identificar dos enfoques explicativos de las actitudes punitivas, basadas en los abordajes teóricos generados por distintas disciplinas tales como el Derecho, la Sociología y la Filosofía.



De esta forma, a partir de las teorías desarrolladas respecto a las funciones de las sanciones penales, en la actualidad se postulan dos principales enfoques explicativos de las actitudes punitivas de las personas: las teorías utilitarias (instrumentales o de disuasión) y las teorías expresivas (retributivas, morales o emotivas). Al respecto, señala la existencia de énfasis distintos en las investigaciones para cada una de estas líneas explicativas. Por un lado, las teorías expresivas se han centrado en las discusiones teóricas, mientras que el enfoque instrumental ha desarrollado mayormente la investigación empírica.

Las teorías utilitarias comprenden las actitudes punitivas en términos de la reducción de futuros daños. Según esta perspectiva, las actitudes punitivas de las personas se basan fundamentalmente en una motivación por castigar a los infractores de ley para garantizar que queden incapacitados de volver a cometer delitos en el futuro y/o para disuadir al resto de la población de delinquir.

Asimismo, bajo los supuestos de este enfoque se entiende que tanto los delincuentes como los ciudadanos son actores racionales y que el castigo debe ser utilizado como un medio de control del comportamiento del delincuente. De esta forma, las personas estarían motivadas a castigar tomando en consideración básicamente dos elementos de la conducta infractora, por un lado, la probabilidad de detección del delito y por otro, la publicidad que éste ocasiona.

Es así como, las actitudes punitivas se producirían a raíz de que las personas estarían sobrepasadas por la delincuencia, sintiéndose amenazadas tanto individualmente como



en sus comunidades. En este sentido, las actitudes punitivas serían más frecuentes en áreas con mayor criminalidad o donde la gente haya percibido un aumento de la delincuencia, entre personas victimizadas y/o que le temen a la delincuencia. Al respecto, existen investigaciones que han indagado en esta perspectiva, pero sólo algunas indican que el miedo hacia la delincuencia sería un buen predictor de posturas punitivas en las personas, mientras que la mayoría de los estudios han fallado en encontrar relación entre punitividad y experiencias de victimización, o pesquisan correlaciones muy débiles entre estas variables.

Las teorías expresivas, ofrecen una explicación alternativa a la visión utilitaria, con un énfasis en lo retrospectivo más que en lo prospectivo como en el caso anterior. Es así como para este segundo grupo de teorías sería secundario castigar para evitar conductas futuras, pues su foco está en retribuir el perjuicio cometido en función de la magnitud del daño y las circunstancias atenuantes del hecho. De esta forma, las actitudes punitivas se explicarían mediante una función expresiva o simbólica de la delincuencia, esto es, al percibir la acción del infractor como incorrecta los individuos buscarían aplicar un castigo proporcional al daño causado por éste, retribuyendo la experiencia de la víctima.

Por ende, en este caso el castigo tendría una justificación moral más que racional para controlar el comportamiento delictual. Dentro de esta segunda perspectiva, hay autores que afirman que las personas tendrían una “inseguridad ontológica” que se fundamenta en la modernidad y en el deterioro de la cohesión social, por lo que el castigo permite



restaurar los valores sociales y las relaciones amenazadas por el. En definitiva, con las actitudes punitivas se está defendiendo la estructura social contra un enemigo interno (el delincuente), con toda la pasión que despierta la amenaza a los intereses propios.

Así, las personas revelan mediante un sentido de solidaridad con el grupo, esta repulsión hacia la criminalidad. Desde aquí se desprende la atención que poseen las emociones bajo este enfoque simbólico, siendo investigadas a través de las influencias de la ira hacia el delito, preocupación acerca del delito, inseguridad económica.

No obstante, si bien se han desarrollado investigaciones que abordan las líneas explicativas comentadas, aún no es posible afirmar con claridad cuáles serían específicamente los procesos subyacentes a las actitudes punitivas, por lo que se suelen considerar ambas teorías como complementarias entre sí, intentando abordar de mejor forma la complejidad de la variable.

3.7. Principales resultados empíricos sobre actitudes punitivas

Como ya se ha dicho, se han desarrollado diversos estudios acerca de las actitudes punitivas, la mayoría no se adscribe explícitamente a las teorías mencionadas anteriormente, con todo, es posible identificarlo a través de la selección de las variables de estudio y el énfasis que confieren a las asociaciones que éstas tienen con las actitudes punitivas. A continuación, se presentarán parte de los estudios consultados en torno a esta temática. Investigaciones que en su enorme mayoría son ejecutadas en países



como Inglaterra, España y Estados Unidos, los cuales se centran principalmente en establecer diferencias entre grupos (ej. victimizados y no victimizados) y/o explicar las variables subyacentes a las actitudes punitivas.

Tales variables asociadas, han sido a su vez clasificadas por algunos investigadores en distintas categorías. Por su parte, Varona en un estudio sobre actitudes punitivas realizado en universitarios españoles, clasifica en tres grupos a las variables que influirían en las actitudes punitivas. En primer lugar, establece la edad, sexo, ocupación laboral e ideología política como las variables personales. En segundo lugar, identifica el grupo de variables cognitivas como aquellos factores que hacen referencia al conocimiento o valoración que tienen las personas sobre el funcionamiento del sistema penal, es decir, incluye aspectos como la magnitud de las tasas de delitos violentos, reincidencia y homicidios, la valoración de las penas impuestas por jueces, y la finalidad que otorgan las personas a las penas.

Por último, considera al grupo que denomina variables emocionales, las cuales integran la victimización previa, opinión sobre el origen de la delincuencia, creencia o no en la rehabilitación de los infractores de ley y la opinión sobre la situación del país o 'ansiedad social y económica'. Esta última agrupación se asemeja a lo que plantea Maruna & King como creencias fundamentales, las cuales evalúan el impacto de las atribuciones que tienen las personas acerca de la delincuencia, pudiendo ser interna o externa, es decir, atribuir la comisión de delitos a aspectos internos de la persona o por el contrario, atribuirlo a razones de tipo sociales.



Al respecto, serían precisamente aquellas personas que atribuyen los actos delictivos a la disposición interna del infractor, donde el delito es 'una elección', tendrían actitudes punitivas más severas que aquellos que ven a la delincuencia como un rasgo de gran inestabilidad social y además, creen en la capacidad de los infractores de cambiar su comportamiento. Según la clasificación planteada por Varona (2008), cada agrupación tiene resultados variados en las investigaciones.

Las variables personales, por su parte, son aquellas que reúnen menor evidencia empírica a su favor, encontrándose nulas o bajas correlaciones entre la mayoría de las variables incluidas, con excepción de la ideología política que se relaciona de forma importante con las actitudes punitivas, siendo las personas que se autodefinían como de 'Derecha' las que mostraban ser más severas que los demás encuestados y aquellos que se definían como de 'Izquierda', se mostraban menos severos que la media del grupo en estudio.

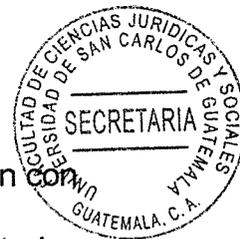
Aun así, existen otras investigaciones en que la variable educación se establece como un predictor de las actitudes punitivas, encontrándose que, a mayor nivel educacional, menor severidad en las sanciones penales. En cuanto al grupo de variables cognitivas, se ha comprobado que presentan mayor evidencia empírica respecto a su influencia en las actitudes punitivas que la agrupación anterior. De este modo, destacan las creencias sobre la finalidad o propósito del castigo: quienes pensaban que el fin primordial era la disuasión o inhabilitación del delincuente, eran más severos que quienes indicaban la retribución o la reparación del daño como objetivo de la pena aplicada al infractor.



Un exponente de análisis puramente cognitivo es el estudio realizado en España por Conejo y Mora en relación al conocimiento del público hacia la cárcel, en cuanto a su funcionamiento, la ejecución de las penas privativas de libertad y el régimen de vida de los internos. Este estudio exploratorio rescata que el escaso conocimiento de las personas crearía una visión sesgada del sistema penitenciario y sería una de las causas del apoyo a la tendencia actual de endurecimiento de las penas. Respecto al tercer grupo, el de variables emocionales o de creencias fundamentales, se posicionan como un sólido conjunto predictivo para las actitudes punitivas.

Probablemente, se deba a que representan en su mayoría los aspectos psicosociales que siguen la línea explicativa simbólica o expresiva aludida con anterioridad, donde el componente emocional es altamente valorado para entender las actitudes punitivas. exploran por qué la gente quiere castigar a los infractores de ley, abordando las fuentes de apoyo para el castigo y la naturaleza del apoyo público, en base a las preocupaciones relacionadas con la delincuencia, las condiciones sociales y los valores sociales. En este sentido, se trataría de un estudio que abarca aspectos de las teorías instrumentales y simbólicas de las actitudes punitivas, esto es, se pregunta acerca de las apreciaciones sobre la delincuencia y los tribunales, así como también, los juicios sobre el mundo social, respectivamente.

Los autores concluyeron que los aspectos del entorno social cruciales para explicar las actitudes punitivas fueron las preocupaciones sobre el quiebre de los valores familiares, la ansiedad acerca de la diversidad de la población y la falta de cohesión comunitaria.



En tanto el efecto del miedo a la delincuencia, se establece que tiene poca relación con el apoyo a las políticas punitivas. No obstante, esta es una variable que arroja resultados diversos, ya que hay otros investigadores que han encontrado una relación positiva con la punitividad.

De forma similar, se detienen en la influencia que tendría la exposición a medios de comunicación sensacionalistas, tanto en el miedo a la delincuencia como en las actitudes punitivas de la población sueca. Para estos autores, es de suma importancia indagar sobre el acceso a este tipo de medios de comunicación masiva para observar la repercusión que podría tener en la percepción de las personas, en tanto cumplen un rol de víctimas mediadas o imaginadas de la delincuencia, a partir de lo que leen u observan en los medios.

Lo importante de este estudio, es que sugiere una explicación del origen de las actitudes punitivas que subsume el posible efecto del consumo de medios sensacionalistas, señalando que el aumento de la punitividad en el público sueco se debería a un discurso relativamente nuevo de victimización, en donde los medios son un actor importante para expandir la sobre-identificación de las personas con la situación de víctima, lo que a su vez generaría fuertes sentimientos negativos hacia los delincuentes.

Pese a esta relevante propuesta, los investigadores suecos brindan excesiva importancia a la victimización en las personas como explicación a la punitividad, pese a encontrarse un cuerpo considerable que desestima esta variable como predictiva de las actitudes

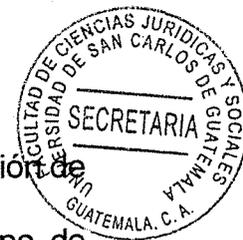


punitivas. Una de las investigaciones que sostiene la poca relevancia de la victimización en estos temas es la de Soria y Armadans, realizada en Barcelona, España. Si bien no se refieren a las actitudes punitivas propiamente tal, sino a la percepción social de la prisión y medidas alternativas a ésta, indagan sobre el conocimiento y la aceptación que tienen personas victimizadas y no victimizadas hacia dichas medidas.

Las conclusiones de estos autores también indican que aquellas personas más pesimistas respecto a la reinserción de los infractores eran los más sancionadores, por otro lado, y, contrariamente a la opinión social extendida, las víctimas no buscarían en el sistema penitenciario una venganza por el padecimiento, sino que adoptarían los principios la 'Justicia Distributiva Social. Por otra parte, Johnson examina la asociación de las emociones en relación al crimen con las actitudes punitivas, específicamente el papel que tiene la ira hacia el delito en su comprensión.

El investigador también incluye el análisis de otras variables como prejuicios raciales, atribuciones sobre las causas de la delincuencia, entre otras para posteriormente realizar un análisis multivariado de éstas. Como principal hallazgo, la ira hacia el crimen sería un predictor significativo de la punitividad, destacando la importancia de explorar el ámbito de las emociones en el estudio de las actitudes punitivas.

A modo de síntesis, y habiendo hecho una exhaustiva revisión bibliográfica en torno a los conceptos de control social, delito, sanciones penales y finalmente respecto a las actitudes punitivas, es posible señalar lo siguiente: una de las principales formas que las



sociedades tienen para controlar el comportamiento de sus miembros es la aplicación de sanciones penales. Frente a esto, se ha planteado que la finalidad de este tipo de castigos serían la retribución del daño cometido a partir del acto delictivo, o bien la persecución de objetivos utilitarios de prevención de la delincuencia a través de la disuasión, la inhabilitación o la resocialización de los infractores de ley.

Por otra parte, se planteó que, en la actualidad, existiría evidencia suficiente para sostener que, en la mayoría de los países occidentales, incluyendo Chile, se estaría experimentando un creciente proceso de expansionismo penal, en el cual los castigos son utilizados de manera populista al promover una falsa idea de que la aplicación de sanciones severas serían una medida eficaz para controlar o disminuir la delincuencia. En este contexto se vuelve fundamental el estudio de las actitudes punitivas de las personas, ya que ayudarían a corroborar el supuesto apoyo ciudadano que tendrían las estrategias duras de enfrentamiento de la delincuencia.

Finalmente, se estableció de manera general que el concepto de actitudes punitivas podía ser entendido, como una posición que presentan las personas frente a la severidad en las sanciones penales, desarrollándose dos líneas explicativas que han intentado comprender los aspectos subyacentes de tales actitudes: las teorías utilitarias, centradas en una comprensión prospectiva y racional, en la cual las personas apoyarían la aplicación de castigos severos como una forma disminuir la posibilidad de ocurrencia de nuevos delitos; y las teorías expresivas, con un enfoque retrospectivo y más bien emocional, donde las sanciones severas son apoyadas como una manera de resarcir el



daño producido por los delitos y como la expresión del repudio social frente a estos actos reprochables.

3.8. La traslación, utilización y justificación de los presupuestos normativos de imputación

Ingresar de forma inmediata al campo analítico de que es materia de la traslación, utilización y justificación de los presupuestos normativos de imputación, sin previamente efectuar un examen respecto a la posibilidad participativa que pueda tener cada uno de los factores normativos de imputación en la esfera del instrumento formal y punitivo más radical que haya concebido el derecho, generaría, como consecuencia directa, una errónea noción que se traduciría en la marginalidad de tales factores en relación a los presupuestos ontológicos propios de la corriente finalista, sobre todo si se toma en cuenta que la evolución de los elementos elaborados, es ontológica y normativa y



CAPÍTULO IV

4. Aplicación de conductas punitivas protectoras de los bienes jurídicos fundamentales

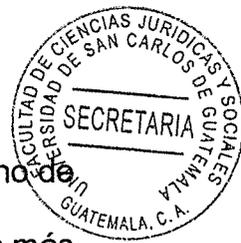
Para desarrollar la aplicación de las conductas punitivas se indica: “El derecho penal es un instrumento para la protección de los bienes jurídicos tutelados, que no solo es cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que tiene una cobertura ideológica a nivel regional, que tiene impacto en la criminalidad y los derechos fundamentales de las personas; constantemente se están reformando leyes penales algunas para aumentar las penas otras para especificar los hechos delictivos; los Estados han suscrito tratados, convenios para proteger los bienes jurídicos, han creado cortes regionales donde se emiten condenas a los Estados si no cumplen con principios regionales acordados previamente, ...”²⁵. “Los criminales se auxilian de los adelantos científicos para su realización pues en la mayoría de sus casos es más difícil probar su existencia y en consecuencia resulta impune su conducta”.²⁶

4.1. La traslación, utilización y justificación de los presupuestos normativos de imputación

Ingresar de forma inmediata al campo analítico de que es materia de la traslación, utilización y justificación de los presupuestos normativos de imputación, sin previamente

²⁵ Silva Sánchez, Jesús María; **La expansión del Derecho Penal**. Pág. 20

²⁶ Medina Cuenca, Amel; **Expansionismo, nuevas formas de criminalidad y proceso penal en los inicios del siglo XXI**. Pág. 84.



efectuar un examen respecto a la posibilidad participativa que pueda tener cada uno de los factores normativos de imputación en la esfera del instrumento formal y punitivo más radical que haya concebido el derecho, generaría, como consecuencia directa, una errónea noción que se traduciría en la marginalidad de tales factores en relación a los presupuestos ontológicos propios de la corriente finalista, sobre todo si se toma en cuenta que la evolución de los elementos elaborados.

Es ontológica y normativa y desemboca en un factor común, consistente en restringir cada vez más el ámbito de intervención estatal sobre conductas ajenas a ésta; y, como consecuencia indirecta, la trivialidad en su tratamiento doctrinal cuyos resultados se expresarían, seguramente, en su carencia o desacertada aplicación. "Los argumentos expositivos que integran dicho apartado estarán destinados a responder aquella gran interrogante que aún es motivo de duda por quienes recientemente pretenden incursionar en este ámbito y precedente obligatorio por quienes aprueban su necesaria aplicación".

4.2. Traslación de los elementos normativos de imputación a la esfera de intervención punitiva

Mantener la duda respecto al evidente interés progresivo que a través del tiempo se ha percibido en quienes han hecho del derecho penal su compromiso habitual y que se ha visto reflejado en el aporte encaminado hacia la evolución de las instituciones integrantes de esta rama, constituye, hoy en día, un alicaído pensamiento que seguramente tendrá como adeptos, no sólo, a aquellos que aún propugnan la futura desaparición de este



rubro jurídico, sino también a quienes aún predicán su reemplazo por otras ciencias cuya reducida finalidad no se condice en absoluto con la actual exigencia protectora de bienes jurídicos propia del ámbito penal.

Pues bien, que mejor ejemplo del avance que ha mantenido el derecho penal material a lo largo de los años que la secuencia evolutiva de sus sistemas teóricos, causalistas, finalistas y funcionalistas en las que se entrelazan una serie de rasgos que por sus peculiaridades le otorgan un tratamiento relativamente autónomo en cuanto a la permanencia de las demás, empero, unitario respecto al significado evolutivo que aquélla amerita.

Precisamente y para efectos de este apartado, únicamente, interesan aquellos caracteres que versan específicamente sobre el aspecto evolutivo implícitamente reconocido en cada uno de los referidos sistemas, pues como se viene insistiendo, en ellos converge un factor común, cual es el de restringir cada vez más el ámbito de intervención punitiva sobre conductas que no la merecen. En tal virtud, si se pretende arribar a conclusiones que permitan comprobar la factibilidad de traslación de los criterios normativos de imputación al ámbito participativo de restricción de conductas, se tiene que recurrir, necesariamente, a cuatro teorías surgidas en el seno de los aludidos sistemas como muestra de la realización de aquel común denominador.

Corresponde, entonces, detallar el marco conceptual que aquéllas comportan, pues para ello será necesario remitirse a la primera teoría que albergara y diera vida al sistema



causalista: la teoría de la equivalencia de las condiciones. En efecto, lo que caracteriza a la teoría anotada, es la búsqueda de una respuesta a través de la relación de causa y efecto existente entre la conducta o conductas desplegadas y el resultado producido, dejando abierta con ello la posibilidad de concurrencia de un sin número de circunstancias como condiciones generadoras del resultado amparadas en la inexistencia de divergencia valorativa entre las mismas y por consiguiente, el hermetismo analítico cercado por la barrera infranqueable llamada causalidad.

Cuando se trata de condiciones positivas se establece que una acción es causa del resultado si suprimida mentalmente su realización, el resultado no se hubiera producido. En el segundo supuesto, el de las llamadas condiciones negativas una omisión será causa de un resultado si supuesta mentalmente la realización de la acción omitida el resultado hubiera sido evitado. La carencia de logicidad en esta fórmula es evidente, puesto que ya con anterioridad a su praxis se debe conocer si la acción desplegada puede o no producir el resultado, por lo tanto, si es que ésta se ignora no se podrá saber tampoco la operatividad de la referida supresión.

La fragilidad de estos fundamentos evidenciaba, no sólo, una notoria insatisfacción a nivel doctrinal y jurisprudencial, sino también un airado y justo reclamo por las voces más renombradas de aquel entonces, las mismas que originaron el nacimiento de una segunda teoría, enraizada aún bajo el espectro causalista: la teoría de la causalidad adecuada. Según esta teoría únicamente la condición concurrente adecuada constituía causa del resultado producido.



4.3. La convivencia justificativa entre los elementos normativos de imputación y las normas rectoras de carácter penal

No existe causal oculta que impida visualizar el constante cambio que a través de los años han experimentado las más reputadas sociedades, y es que en realidad se trata de procesos que van más allá de la simple modificación interna o de la pura metamorfosis intrínseca carente de expresión, pues lo que ella manifestaba se evidenciaba de la mano con los avances científicos y tecnológicos de los cuales no podía mantenerse al margen y que hoy por hoy constituye la verdadera imagen a la que, por cierto, se empieza a vislumbrar de manera tardía.

En efecto, la particular brusquedad evidenciada en cada una de sus manifestaciones sociales terminó no sólo con la concepción pacifista que se tenía de la sociedad, sino que también generó el distanciamiento jurídico de control respecto de los acontecimientos sociales de carácter delictuoso producto, por supuesto, de dichos cambios. Se dio paso de esta forma, a la llamada sociedad de riesgo, en la que lo característico aparece por la presencia de un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos y en la que las inseguridades de las nuevas realidades se encontraban de la mano con el desproporcional incremento criminal. Se hacía imperiosa.

Entonces, la necesidad de regular aquel nuevo surgimiento exterior, canalizando, a través del derecho penal, las normas adecuadas que signifiquen, además de su

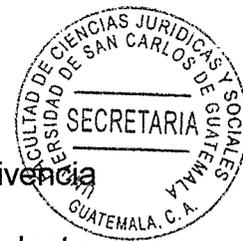


beneficiosa utilización, el impedimento de costos fatales para los integrantes de aquella sociedad. Efectivamente, había que buscar una manera rápida de combatir el mal aprovechamiento de los factores modernos que ofrecía esta nueva sociedad, pues se trataba de una exigencia que el propio sistema de convivencia requería y que después de muchos intentos culminó en una expansión desmesurada de tipos penales, caracterizados en su totalidad por la evidente afectación a determinados principios político criminales erigidos en el marco de un derecho penal liberal ceñido a la protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía.

Pues bien, pese a que los factores aludidos otorgan mayor validez al plausible razonamiento, su rechazo formal puede proclamarse de plano, pues ya de por sí, la norma penal consagra penas privativas de libertad y por cierto muy elevadas para delitos en los que la flexibilización de principios resulta su más radical característica.

Queda claro entonces, que al margen de tratarse de una propuesta sumamente razonable, la misma ha sido concebida en un determinado momento histórico y para una sociedad en la que su estructura y organización permiten optar por sanciones alternativas distantes al clásico encarcelamiento efectivo, pues es en base a este aforismo que se deriva su rechazo material, dado que en sociedades como la guatemalteca, no es posible optar por imponer sanciones que a la postre resultarían totalmente simbólicas.

Sin embargo, a efectos de lograr la tan ansiada gradualidad que debe imperar entre las reglas de imputación objetiva y la actual expansión flexibilizadora de principios traducida



en su mayoría en tipos penales abstractos como indicadores que permita su convivencia justificativa es recomendable un mejor acercamiento interpretativo y vinculante, catalogada bajo la denominación de principio de ofensividad, en la cual se establece que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley.

En efecto, una mirada minuciosa a lo que esta norma pregona, conduce a establecer que cuando se afecte un bien jurídico será necesario verificar la concurrencia de los dos únicos modos en que ésta puede ocurrir: la lesión o su puesta en peligro.

Respecto de la primera hipótesis no se presenta mayor inconveniente, pues en ella siempre se verifica la producción de un resultado, es decir, la concurrencia de un disvalor de acción y un disvalor de resultado, que se deriva de la relación de fundamentación entre el juicio de valor sobre la situación de hecho de resultado a evitar lesión del bien jurídico y el juicio de valor sobre la acción que tiende a esta situación de hecho de resultado, y en los que las diversas reglas de imputación se armonizan con el modelo liberal respetuoso de principios y garantías político criminales.

Sin embargo, los problemas surgen cuando únicamente se comprueba la existencia del desvalor de acción, mediante el cual sólo se pone en peligro determinados bienes jurídicos, característica a la que la mayoría de legislaciones apelaron a efectos de contrarrestar la enorme constelación de conductas infractoras de bienes jurídicos en su mayoría supraindividuales.



A partir de esta concepción, las conductas humanas se convirtieron al margen del acercamiento al menos potencial de lesión del bien jurídico en el principal centro del análisis jurídico merecedor de punición y que, con el pasar del tiempo, generó una desmesurada expansión.

La falta de atención sobre la potencialidad de lesión evidenciada en la normativización de conductas y la incomprensión del real contenido material del bien jurídico cuyos parámetros obedecen a criterios de merecimiento y necesidad de pena se han constituido en los factores determinantes de la falta de gradualidad que hoy aqueja a muchos de éstos delitos.

“La clave radica entonces, en proferir una revisión legislativa que permita un mejor acercamiento con los aludidos factores y esto se logrará únicamente concretizando cada vez más las conductas que en su momento dieran lugar a una nueva reacción jurídico penal”.²⁷

4.4. Criterio de los jueces

La decisión judicial no es un mero acto de decisión que depende de la voluntad deliberada del juez, respecto de los hechos y el derecho. El juicio en materia de hechos es esencialmente cognoscitivo, el decir que el conocimiento de los hechos por parte del juez puede hacerse únicamente a través del proceso y solo por medio de las pruebas.

²⁷ Mir Puig, Santiago. **Tipos de autonomía y tipos de participación**. Pág. 26



Esas pruebas, además, deben haber sido legalmente obtenidas y legalmente incorporadas al juicio, y deben contener información pertinente y relevante para el caso, y además deben haber sido admitidas y producidas en juicio. Caso contrario, el juez no puede tener por acreditados los hechos, aun cuando tenga información sobre los mismos.

Esto ya sea que el conocimiento sea personal o que lo haya por los medios de comunicación, por rumores, o incluso por los alegatos de las partes en el juicio. Su decisión debe ser tomada solo sobre la base de la prueba producida en juicio; y en cuanto a los hechos sujetos a juicio, vale decir, que el juez tiene la mente en blanco respecto de tales hechos y solo podrá formar su conocimiento de los mismos a través del juicio y únicamente por medio de la prueba.

Y ello es así porque esa es la naturaleza del juicio en los Estados de Derecho contemporáneos, sobre todo que se constituyen como Estados Constitucionales y Democráticos, es de tipo cognoscitivista y está vinculado directamente al paradigma de racionalidad, que hoy por hoy está representado por la libre valoración de la prueba, la prueba científica y la necesidad de corroboración objetiva de pruebas testimoniales.

En tal sentido, podemos hablar de tres tipos de normas que establecen limitaciones probatorias:

- a) Las normas que coadyuvan a la averiguación de la verdad: Rechazan o minusvaloran pruebas con bajo valor gnoseológico (escrito anónimo, el testimonio de referencia,



las fotocopias simples);

- b) Las normas que establecen Protección de otros valores extraprocerales, y que claramente entorpecen (o no ayudan) a la averiguación de la verdad, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, las libertades y derechos): Como son el secreto de Estado, el secreto profesional, la facultad de abstención; y además, la prohibición de (admitir y) valorar la prueba lícitamente obtenida. Y finalmente,
- c) Limitaciones probatorias que no orientándose a la protección de ningún valor extraprocerales, son contrarias al interno epistemológico del proceso; es decir, no protegen nada y encima entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad (numerus clausus de medios de prueba admisibles, formalidades de actos procesales, actividad procesal defectuosa o irregular) y que desde el punto de vista epistemológico se recomienda que deben aplicarse con cierta laxitud o relajación.
- d) La motivación de la sentencia Otro aspecto relevante del juicio es el vinculado a la motivación de la sentencia; como ya se ha dicho, el Juez no puede tomar una decisión que no está en condiciones de justificar motivadamente en una resolución, lo que constituye una garantía contra la arbitrariedad y una forma de controlar al juez. En tal sentido, el modelo de convicción del Juez no es simplemente narrativista, sino de tipo cognoscitivo derivado de la inmediación de la prueba, La decisión judicial debe ser con prueba, y no sin prueba ni contra la prueba, pues dentro Mientras que en el modelo de "prueba legal" o "prueba tasada" y dada la desconfianza en el juez, el legislador eleva al rango legal de las máximas de experiencia por medio de la prueba tasada y la tarifa legal: las pruebas plenas y semiplenas.



En tal sentido, la motivación de la sentencia permite controlar las razones de la sentencia y se constituye en una garantía contra la arbitrariedad. Por ejemplo, es el testigo o perito que percibe el hecho y lo interpreta; y el juez percibe lo que el testigo o perito dice que percibió o interpretó, y a su vez lo interpreta.

En tal sentido, la inmediación no es sobre el hecho en sí, sino sobre el hecho que el testigo o perito dice que percibía e interpreta. Hay pues, una relación de cascada entre el hecho y el Juez, aun tratándose de prueba directa. En conclusión, pese a la caracterización habitual de la prueba directa, esta constituye en realidad, como la indirecta, un razonamiento de tipo inductivo, por lo que sus resultados han de evaluarse también en términos de simple probabilidad.

Requisitos de la prueba indirecta o indiciaria Una vez hecha la distinción entre prueba directa e indirecta desde el punto de vista tradicional y desde el modelo epistemológico, resulta relevante también enunciar los requisitos de la prueba indiciaria, como son la certeza del indicio, la precisión o univocidad del indicio y la pluralidad de indicios. Tradicionalmente se afirma que es necesario una pluralidad de indicios dos o más para poder hacer inferencias suficientes e incriminatorias: Ese paradigma también ha cambiado, pues dada el nivel de confiabilidad que arroja la prueba científica, permite hacer inferencias sobre un hecho y de ahí inferir otro hecho sin necesidad de otro indicio.

Por ello, la motivación de las resoluciones judiciales, es fundamental principalmente en el caso de que se condene por medio de la prueba indiciaria, en especial en aquellos



delitos que resulta difícil acreditar con prueba directa su comisión, como sucede en el caso de los delitos de lavado de dinero, narcotráfico, corrupción y utilizando medios electrónicos, como el Internet y las computadoras.

El ejercicio lógico y discursivo de valoración conjunta de las pruebas de cargo y de descargo implica que el juzgado debe motivar su resolución judicial ya sea que absuelva o condene al imputado. En ese sentido, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales se constituye en elemento importante del debido proceso. En el caso de la prueba indiciaria consiste, en obtener la prueba de un determinado hecho (hecho presunto) partiendo de otro u otros hechos básicos (indicios), que se prueban a través de cualquier medio probatorio, y que están estrechamente ligados con el hecho presunto, de manera tal que se puede afirmar que, probado el hecho o los hechos básicos, también resulta probado el hecho consecuencia o el hecho presunto.

Ello porque, como se ha sostenido, la prueba indiciaria -también conocida como prueba indirecta- es aquella que se dirige a mostrar la certeza de un hecho o varios hechos, o indicios, explicitando a través del razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar, debiendo estos estar relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo una coherencia y concomitancia que descarte la presencia de los llamados contraindicios.

En ese sentido, la construcción de la inferencia lógica que se constituye en prueba indiciaria recorre un camino muy complejo que encierra una serie de requisitos lógico

formales, se acentúa el deber del juzgador de motivar la resolución judicial donde decide aplicar la prueba indiciaria. Los requisitos en la motivación judicial, para fallar a través de prueba indiciaria, por lo menos, deben concurrir los siguientes:

- a) La concurrencia de una pluralidad de indicios; es imprescindible, que los indicios, para que puedan legitimar una condena penal, sean varios, no siendo suficiente un indicio aislado, al considerarlo inconsistente y ambiguo. No existe ningún obstáculo para que la prueba indiciaria se pueda formar sobre la base de un solo indicio.
- b) Cada indicio es un fragmento de prueba que debe ser complementado con otros elementos. Esta prueba necesita generalmente estar compuesta por una pluralidad razonable de indicios. De su idoneidad, cantidad y convergencia podrá obtenerse la prueba necesaria. Cuando varios indicios se relacionan con una sola causa, su concurso importa una prueba indiciaria necesaria, pues señala de tal forma, necesariamente, al hecho delictivo, a su autor o a ambos. En este supuesto la prueba indiciaria es perfecta. Si bien los indicios aislados son meramente contingentes, cuando ellos son varios, diferentes y concordantes, adquieren la cualidad de “necesarios” suministrando una prueba altamente acreditativa.
- c) El grado de probabilidad estará dado por a la convergencia de distintos indicios que permitan la inferencia de los motivos de sospechas. Si tal probabilidad, en el curso ordinario y natural de las cosas, sólo se explica satisfactoriamente por la culpabilidad del imputado, el resto de las inferencias resulta inverosímil. Del cúmulo de elementos



indiciarios, examinados lógicamente en su integralidad, conforme a la experiencia comúnmente reconocida, debe desentrañarse la relación entre el imputado y el delito.

- d) Un indicio no prueba jamás inmediatamente la culpabilidad. El número y la variedad de los elementos indiciarios aumentan indudablemente su eficacia. Pues un indicio corroborado puede inferirse un hecho determinado. Sin embargo, cabe insistir que para establecer la existencia de un hecho delictivo y fundamentalmente la culpabilidad de quien se acusa, es imprescindible aquella serie de indicios que en número, variedad y concordancia puedan conducir a la inducción necesaria de tal extremo.
- e) El enlace entre el hecho-base y el hecho-consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, vale decir, que debe existir un proceso mental razonado coherente con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito.
- f) Es preciso, además, que entre los indicios y la conclusión exista una correlación que descarte toda irracionalidad en el proceso deductivo; es decir, que el juicio de inferencia no sea arbitrario o absurdo, sino que sea coherente y se ajuste a las normas del criterio humano; debiendo ser explicado en la sentencia ese proceso lógico de deducción realizado, para cumplir con las exigencias de motivación derivadas del artículo 11 y 11 bis del Código Procesal Penal.

g) El valor probatorio del indicio se concreta cuando revela un estado afectivo que se ajusta especialmente al móvil del delito. Deben existir entonces varios indicios concluyentes: el de personalidad, que debe completarse con el del móvil, que sirve de enlace, a su vez, con aquellos que infieren el acto imputado. En ese sentido, Cafferata Nores²⁸ indica que la fuerza probatoria del indicio reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciario), psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar. Para que la relación entre ambos sea necesaria será preciso que el hecho indiciario no pueda ser relacionado con otro hecho que no sea el “indicado”: es lo que se llama “univocidad” del indicio. Si el hecho indiciario admite una explicación compatible con otro hecho distinto del indicado, o al menos no es óbice para ella, la relación entre ambos será contingente: es lo que se llama “indicio anfibológico”.

4.5. Solución a la problemática

Cuando se hace referencia a la aplicación de conductas punitivas protectoras de los bienes jurídicos fundamentales, se quiere decir que el Estado debe estar en permanente revisión de las formas o maneras en que los bienes jurídicos tutelados existentes pueden ser violados o la necesidad de incorporación en la protección penal del Estado nuevos bienes jurídicos, a partir de que la dinámica social de Guatemala cambia constantemente, siendo un ejemplo de ello las leyes que protegen a las mujeres de

²⁸ Cafferata Nores, José. **La prueba en el proceso penal**. Ob. Cit. Pág. 176



manera específica, puesto que aun cuando habían delitos que tipifican la violación de la vida, la integridad personal y otros aspectos a favor de toda la población, se estableció que debía crearse una protección específica sobre esos bienes a partir del carácter particular que representa la violación de los mismos en el caso de que las víctimas sean mujeres, por lo que en esta tesis se presenta la propuesta de que el Ministerio Público debe tener un equipo de investigación permanente para anticiparse a las tendencias violatorias de los bienes jurídicos fundamentales o asumir una respuesta proactiva ante las violaciones que no se encuentran tipificadas para plantear a través del Organismo Ejecutivo, iniciativas de ley orientadas a la protección de los bienes jurídicos fundamentales existentes o la incorporación de nuevos bienes a partir de la realidad social y jurídica guatemalteca.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Como una posición que presentan las personas frente a la severidad en las sanciones penales, desarrollándose dos líneas explicativas que han intentado comprender los aspectos subyacentes de tales actitudes: las teorías utilitarias, centradas en una comprensión prospectiva y racional, en la cual las personas apoyarían la aplicación de castigos severos como una forma disminuir la posibilidad de ocurrencia de nuevos delitos; y las teorías expresivas, con un enfoque retrospectivo y más bien emocional, donde las sanciones severas son apoyadas como una manera de resarcir el daño producido por los delitos y como la expresión del repudio social frente a estos actos reprochables.

El Ministerio Público debe tener un equipo de investigación permanente para anticiparse a las tendencias violatorias de los bienes jurídicos fundamentales o asumir una respuesta proactiva ante las violaciones que no se encuentran tipificadas para plantear a través del Organismo Ejecutivo, iniciativas de ley orientadas a la protección de los bienes jurídicos fundamentales existentes o la incorporación de nuevos bienes a partir de la realidad social y jurídica guatemalteca.





BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, P. **El derecho penal en la intervención de la política populista. En R. Casabona, La insostenible situación del derecho penal.** Granada. España. Ed. Comares. 2000.
- ALCALÁ-ZAMORA y Castillo y Ricardo Levene. **Derecho procesal penal.** Ed. Guillermo Kraft. Ltda. Buenos Aires, Argentina, 1991.
- ARRIAGADA, I y Godoy, L. **Prevenir o reprimir: falso dilema de la seguridad ciudadana.** Revista de la CEPAL. 2000.
- BLANCO ESCANDÓN, Celia. **Iniciación práctica al derecho penal. Parte general, enseñanza por casos.** México. Ed Porrúa. 2008.
- BUSTO RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal parte General** 3ra. ed. Ed. Ariel, S.A. Barcelona, España. 1996.
- CAFFERATA NORES, José. **La prueba en el proceso penal.** Buenos Aires: Ed. De Palma, 1986.
- CASTILLO, J., Manzi, J., Leal, P. y Madero, I. **Percepción de riesgo, confianza en los tribunales y actitudes hacia la penalización. Análisis descriptivo basado en la encuesta "crimen, justicia y castigo".** Pontificia Universidad Católica de Chile, Centro de Medición Mide UC. 2011.
- CERRUTI, P. **Procesos emocionales y respuestas punitivas: acerca del activismo penal de las víctimas del delito.** Revista Electrónica de Psicología Política. 20, 2009.
- CURY, E. **Derecho penal.** Parte General. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1992.
- DAMMERT, L. **Seguridad pública en América Latina: ¿qué pueden hacer los gobiernos locales?** Revista Nueva Sociedad. 2007.



DAMMERT, L. y Salazar, F. **¿Duros con el delito?: populismo e inseguridad en América Latina**. Reporte del Sector Seguridad en América Latina y el Caribe FLACSO-Chile. Santiago, Chile. 2009.

DE LEÓN VELÁSICO, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala: Ed. Llerena, 1999.

DE LA CUESTA AGUADO. **Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación**. 1ª.ed.; España: Editorial. Mergablum, 2004.

DIEZ RIPOLLÈS, J. **El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 06, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **Tipos de autoría y tipos de participación**. Madrid, España: Ed. Artes, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoría general del delito**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1989.

NIEVES, Ricardo. **Teoría del delito y práctica penal**. Republica Dominicana: Ed. Centenario., 2010.

OLAVARRÍA, M. **Delito y violencia. Causas, consecuencias y estrategias de prevención. documentos de apoyo docente**. Departamento de Gobierno y Gestión Pública, Instituto de Asuntos Públicos, Universidad de Chile. 2007

OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1981.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, **Todo sobre el Código Penal**. T.I. Notas y Comentarios, Lima, IDEMSA, 1996.

REYES CALDERÓN, José Adolfo. **Derecho Penal**. Parte General. Guatemala, Centro América, 1998.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Derecho Penal**. Ed. Casa Bochs, Barcelona, España, 1983.



RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Derecho penal**. Parte general, Civitas, Madrid. 1978.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Bosch, Barcelona. 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Ed. Civitas, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Parte general. 3ª ed.; impreso en Buenos Aires Argentina: 1983.

Legislación:

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

Código Penal, Congreso de la República, decreto número 17-73, 1973.

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