

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

**RESPONSABILIDAD PENAL POR NEGLIGENCIA EN EL EJERCICIO DE LA
ACTIVIDAD MÉDICA EN GUATEMALA**

SHIRLEY ADELÍ SAMAYOA ADQUÍ

GUATEMALA, JULIO DE 2023

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

**RESPONSABILIDAD PENAL POR NEGLIGENCIA EN EL EJERCICIO DE LA
ACTIVIDAD MÉDICA EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SHIRLEY ADELÍ SAMAYOA ADQUÍ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2023

**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: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Vocal: Licda. Vilma Desireé Zamora Pérez
Secretario: Lic. Edwin Noel Peláez Córdón

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Olga Aracely López Hernández
Vocal: Lic. Juan José Bolaños Mejía
Secretario: Lic. Marvin Omar Castillo García

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).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
25 de septiembre de 2019.**

Atentamente pase al (a) Profesional, AXEL ARMANDO VALVERT JIMÉNEZ
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
SHIRLEY ADELÍ SAMAYOA ADQUI, con carné 201140644,
intitulado RESPONSABILIDAD PENAL POR NEGLIGENCIA EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA EN
GUATEMALA.

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

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

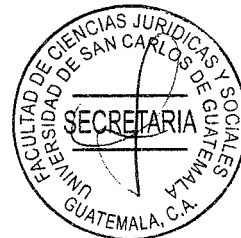
LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 27 / 05 / 2021. f)

Lic. Axel Armando Valvert Jiménez
ABOGADO Y NOTARIO
Asesor(a)
(Firma y Sello)

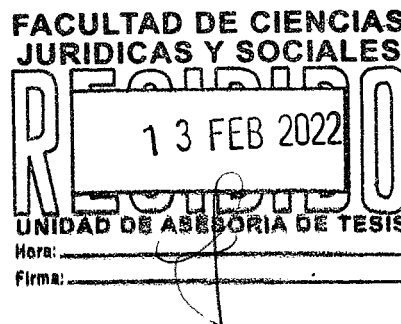


LIC. AXEL ARMANDO VALVERT JIMÉNEZ
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala 13 de febrero del año 2022

Doctor Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Doctor Herrera Recinos:

Respetuosamente me dirijo a su persona para hacer constar que asesoré el trabajo de tesis de la alumna **SHIRLEY ADELÍ SAMAYOA ADQUÍ** de acuerdo al nombramiento de fecha veinticinco de septiembre del año dos mil diecinueve, intitulado: **“RESPONSABILIDAD PENAL POR NEGLIGENCIA EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA EN GUATEMALA”**, para lo cual se llevaron a cabo los cambios pertinentes al trabajo de tesis. Declaro que con la sustentante no me une parentesco alguno dentro de los grados de ley, por lo que emito el siguiente dictamen:

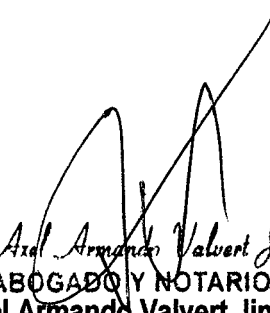
- a) Se realizó un trabajo que denota un valioso aporte tanto técnico como científico y abarca un extenso contenido doctrinario y legal, habiendo sido el objeto de estudio la responsabilidad penal por negligencia en el ejercicio de la actividad médica en la sociedad guatemalteca.
- b) Los métodos de investigación utilizados durante el desarrollo de la tesis tienen relación con los capítulos y con su respectiva presentación, hipótesis y comprobación de la hipótesis. Para redactar la introducción y conclusión discursiva, se utilizaron los métodos inductivo y analítico, así como la aplicación de los métodos deductivo y sintético.
- c) En lo relacionado a los objetivos de la misma se puede indicar que es fundamental garantizar el derecho a la salud y señalar la responsabilidad penal derivada del ejercicio de la actividad profesional. La hipótesis que se formuló originalmente quedó comprobada, debido a que el trabajo desarrollado por la sustentante señala los fundamentos jurídicos que informan el adecuado ejercicio de la actividad médica en el país.
- d) Los capítulos de la tesis permitieron la comprensión de los criterios técnicos y jurídicos que fundamentan las aseveraciones realizadas. El aporte científico del tema es fundamental y se basó en un contenido de actualidad. En cuanto a la conclusión discursiva, se relaciona con el contenido del trabajo de investigación y señala el adecuado nivel de síntesis legal relacionado con el objeto del tema. Además, la bibliografía que se utilizó para la elaboración de la tesis ha sido la acorde y adecuada.

LIC. AXEL ARMANDO VALVERT JIMÉNEZ
ABOGADO Y NOTARIO



Doy a conocer que el trabajo de tesis de la sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

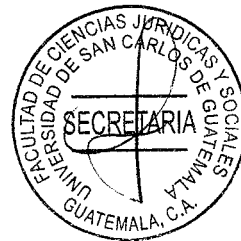
Atentamente.



Lic. Axel Armando Valvert Jiménez
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Axel Armando Valvert Jiménez
Asesor de Tesis
Colegiado 11,382



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Guatemala, 08 de septiembre de 2022.

Doctor
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Estimado Doctor.



De manera atenta, le informo que fui asignado como consejero de redacción y estilo de la tesis titulada: “RESPONSABILIDAD PENAL POR NEGLIGENCIA EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA EN GUATEMALA”, realizada por la bachiller SHIRLEY ADELÍ SAMAYOA ADQUÍ, para obtener el grado académico de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

La alumna cumplió con todas las observaciones que le hiciera, por lo cual dictaminó de manera FAVORABLE, para que el trámite de orden de impresión continúe.

ID Y ENSEÑAD A TODOS

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Consejero de Comisión de Estilo





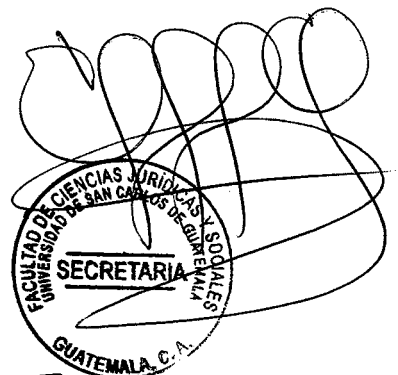
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y la Universidad de Sociales de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veinte de marzo de dos mil veintitres.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante SHIRLEY ADELÍ SAMAYOA ADQUÍ, titulado RESPONSABILIDAD PENAL POR NEGLIGENCIA EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/SAQO





DEDICATORIA

A DIOS:

Agradezco todas las bendiciones que he recibido, agradezco la sabiduría para enfrentar cada una de las etapas en mi vida, por ser mi guía y estar siempre conmigo en cada momento.

A MIS PADRES:

Nicolás Samayoa Hernández y Miriam Adquí López, que con paciencia, esfuerzo, sacrificio y educación son forjadores de lo que hoy soy.

A MIS ABUELOS:

Brigido Adquí Ordoñez (+), Vicenta López López (+), por todo el esfuerzo que hicieron y el amor que me brindaron. Para que desde el cielo estén orgullosos de mí.

A MIS HERMANAS:

Por el apoyo y cuidado que siempre me brindan.

A MIS FAMILIARES:

Por el apoyo y cariño que han demostrado.

A MIS AMIGOS:

Que me han apoyado y ayudado en todo momento, son parte importante en cada etapa de mi vida.

A LOS LICENCIADOS:

Quienes en cada una de las cátedras impartidas, forjando cada día a ser buenos profesionales.

EN ESPECIAL A:

La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, tricentenaria y estatal, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, instituciones que no solo permiten mi desarrollo profesional

sino que dan al pueblo guatemalteco
profesionales con alta conciencia. Que Dios me
permita corresponder con tal responsabilidad.





PRESENTACIÓN

El personal médico tiene la obligación de preservar y restablecer la salud del paciente y aunque ese resultado no siempre se encuentra en sus manos, existen dos estándares en la práctica médica, orientados a la curación. De esa manera, un médico no puede apartarse de forma injustificada de esos estándares. El ámbito espacial en el que se llevó a cabo el trabajo de tesis fue la ciudad capital de la República de Guatemala durante el período del año 2018 a la fecha actual.

La mala práctica señala que el apartarse del protocolo sanitario o de los estándares de la profesión puede derivar en el descuido de la diligencia o de los estándares determinados de la profesión

La investigación realizada es cualitativa y pertenece a la rama del derecho penal. Su naturaleza jurídica es pública. El objeto de la tesis indicó lo fundamental de sancionar a los responsables penalmente por negligencia médica en el ejercicio profesional en la sociedad guatemalteca. Los sujetos en estudio fueron los médicos y los pacientes. El aporte académico dio a conocer los fundamentos jurídicos que informan los casos de mala práctica médica.



HIPÓTESIS

La falta de contratación de seguros de responsabilidad profesional no ha permitido que los médicos profesionales vislumbren cambios a mediano y largo plazo en relación a la responsabilidad penal en la que pueden llegar a incurrir derivado de negligencia o mala práctica médica derivado del cuadro jurídico del paciente que se encuentran tratando médicamente.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis formulada se comprobó y dio a conocer la importancia de sancionar a los responsables penalmente por la mala práctica médica, siendo la determinación de la concurrencia de una negligencia médica no siempre sencilla, motivo por el cual se necesitan los servicios de un perito médico que pueda ilustrar sobre el estado de la técnica y de los estándares de la profesión. Aunque en algunas ocasiones será fácil imputar la negligencia en otros se tiene que llevar a cabo un análisis detallado de la situación.

Se empleó la metodología necesaria y acorde al trabajo de tesis desarrollado. Los métodos empleados fueron: analítico, sintético, inductivo y deductivo; así como las técnicas documental y de fichas bibliográficas.



ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. Derecho penal.....	1
1.1. Concepto.....	2
1.2. Evolución histórica.....	4
1.3. Garantías.....	7
1.4. Elementos.....	9
1.5. Derecho penal objetivo y subjetivo.....	10
1.6. Concepción moderna del derecho penal.....	10
1.7. Ramas del derecho penal.....	14
1.8. Aplicación.....	15
1.9. Relación del derecho penal con otras disciplinas jurídicas.....	16

CAPÍTULO II

2. Principios del derecho penal.....	19
2.1. Principio de legalidad.....	25
2.2. Principio del acto y de autor.....	26
2.3. Principio de la tipicidad	28
2.4. Principio de culpabilidad.....	29
2.5. Principio de proporcionalidad de la pena.....	31
2.6. Principio del bien jurídico.....	32

CAPÍTULO III

3. El delito.....	35
3.1. La conducta.....	36
3.2. La tipicidad.....	38
3.3. La antijuricidad.....	39
3.4. La culpabilidad.....	40
3.5. La punibilidad.....	40
3.6. La imputabilidad.....	42
3.7. Atenuantes del delito.....	42
3.8. Agravantes del delito.....	45

CAPÍTULO IV

4. La responsabilidad penal por negligencia en el ejercicio de la actividad médica.....	51
4.1. La responsabilidad médica.....	51
4.2. Elementos incidentes para la imputación de la responsabilidad médica.....	52
4.3. Derechos del paciente.....	53
4.4. Deberes de las personas usuarias de servicios de salud.....	56
4.5. Compromiso con los pacientes.....	57
4.6. Responsabilidad penal por negligencia en el ejercicio de la actividad médica en la sociedad guatemalteca.....	58
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	65
BIBLIOGRAFÍA.....	67

INTRODUCCIÓN

El trabajo de tesis fue elegido para dar a conocer la responsabilidad penal por negligencia en el ejercicio de la actividad médica en Guatemala. Las demandas por negligencia médica han inducido la promulgación de leyes para la atención de distintos aspectos de estos problemas, aunado a la reacción de las compañías de seguros que mediante cifras mínimas y máximas y otros condicionantes intentan evitar el pago de indemnizaciones cuando se presentan estas situaciones adversas a sus asegurados, generando la práctica de la medicina defensiva, siendo esas demandas las que han aumentado mucho los costos de la salud, obligando a desviar hacia el sistema legal una cifra importante de los escasos recursos con que cuenta el sector asistencial para la atención del paciente, la investigación y la formación de más médicos.

Los objetivos de la tesis dieron a conocer que la responsabilidad es la consecuencia del incumplimiento, la obligación de rendir cuentas de los mismos actos. Una profesión implica la capacidad calificada con que la persona a través de una actividad realiza su vocación dentro de un marco elegido, determinando su participación en la sociedad, siendo lo que le sirve de medio de subsistencia para influir positivamente en la comunidad y de esa forma la responsabilidad profesional médica es la obligación que tienen los médicos y todo profesional de la medicina de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores, voluntarios e involuntarios, cometidos en el ejercicio de su profesión.

El médico es sujeto de responsabilidad jurídica cuando actúa con negligencia, impericia o imprudencia. La negligencia es el incumplimiento de los principios elementales propios de la profesión, esto es a sabiendas de lo que se debe hacer, no lo hace, o a la inversa, que sabiendo lo que no se debe hacer, lo hace y existe cuando en determinada situación el médico no actúa como lo haría cualquiera de sus colegas con los conocimientos y habilidades requeridas, en igualdad de circunstancias. La impericia es la carencia de las habilidades o conocimientos básicos, indispensables para ejercer determinada arte o profesión y la imprudencia consiste en afrontar un riesgo sin haber tomado las debidas

precauciones para evitar sus posibles consecuencias, procediendo con apresuramiento innecesario, sin considerar los inconvenientes que podrían resultar de esa acción u omisión.

La hipótesis formulada se comprobó y dio a conocer que en la actualidad algunos médicos aplican procedimientos de diagnóstico de forma superficial e incompleta, así como sin el entrenamiento formal que se necesita, invadiendo campos o especialidades que no dominan, o bien que por exceso de confianza realizan procedimientos que rebasan su capacidad exponiendo al paciente, en el mejor de los casos, a complicaciones o postoperatorios largos y costosos, que en ocasiones comprometen su vida generando responsabilidad penal por negligencia en el ejercicio de la actividad médica en el país.

El desarrollo de la tesis se dividió en cuatro capítulos: el primero, indicó lo relacionado con el derecho penal, concepto, evolución histórica, principios, garantías, elementos, derecho penal objetivo y subjetivo, concepción moderna, ramas, aplicación y relación con otras disciplinas; el segundo, estableció los principios del derecho penal: legalidad, del acto y de autor, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad de la pena y del bien jurídico; el tercero, analizó el delito, la conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad, imputabilidad, atenuantes y agravantes; y el cuarto, estudió la responsabilidad penal por negligencia en el ejercicio de la actividad médica. Los métodos empleados fueron: analítico, sintético, inductivo y deductivo; así como las técnicas bibliográfica y documental.

Existe mala práctica médica cuando se provoca un daño en el cuerpo o en la salud de una persona física, sea este un daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de una acción profesional realizada con imprudencia, negligencia o impericia en su profesión, o por no observar las normas de los deberes a su cargo, apartándose de la normativa legal aplicable.

CAPÍTULO I

1. Derecho penal

Por derecho penal se entiende la rama del derecho encargada de normar y concebir las capacidades punitivas, es decir, de castigar, que se reserva el Estado para aquellos que violentan las normas de convivencia o de conducta, siempre a partir de un principio de imparcialidad y de proporcionalidad.

El derecho en mención abarca la correspondiente creación y el respectivo estudio de las leyes penales, o sea, aquellas que contemplan exactamente lo que es y lo que no es un delito, así como el acompañamiento y orientación de las decisiones de carácter judicial en la materia. Pero, no únicamente eso, sino que también de los mecanismos con los que la sociedad se protege a sí misma y la filosofía que existe detrás del castigo y de la reclusión.

Esta rama jurídica es perteneciente al derecho positivo, o sea, al contemplado en ordenanzas, códigos, leyes escritas y adscritas por las personas. Los asuntos penales tienen que ver con la decisión de alejar por un determinado tiempo a un individuo del resto de la sociedad, al tomarlo en consideración peligroso o incapaz de ajustarse a las reglas o de proporcionarle un marco de rehabilitación para que lo lleve a cabo.

“La única fuente posible del derecho penal es la ley misma, contemplada en los códigos penales y en las leyes penales en vigencia, debido a que ni la costumbre ni la naturaleza

definen lo que es punible o no, únicamente las leyes de los seres humanos. El derecho penal es tan antiguo como la vida en sociedad, aunque existió inicialmente en las leyes de venganza tribal como la Ley de Tali3n”.¹

1.1. Concepto

Los 3rdenes del derecho penal devienen de tiempos primitivos y su concepto ha ido evolucionando mediante la historia, pasando por marcadas etapas en el derecho romano, la Edad Media y la evoluci3n de las escuelas distintivas de esos momentos anteriores a su concepci3n actual, por lo que a lo largo del devenir hist3rico el ser humano ha ido reflexionando sobre la definici3n de derecho penal.

En la actualidad se puede definir al derecho penal tomando en consideraci3n diferentes perspectivas. Desde un punto de vista formal, se indica que el derecho penal es una parte del ordenamiento jur3dico que se constituye por un conjunto de disposiciones legales que asocian a los delitos y estados de peligrosidad criminal, como supuestos de hecho, penas y medidas de seguridad como consecuencias jur3dicas.

Desde una visi3n material se puede indicar que el derecho penal es una parte del ordenamiento jur3dico que tiene por finalidad la protecci3n de los bienes jur3dicos esenciales del individuo y de la sociedad, funcionando como un instrumento de control que busca el objetivo del mantenimiento del orden social establecido. Adem3s, son justamente

¹ Quintero Olivares, Gonzalo. **Curso de derecho penal**. P3g. 78.



los bienes jurídicos del ser humano y de la sociedad los componentes centrales del derecho penal, siendo su protección la finalidad de esta área del derecho.

La sociedad es conocidamente una forma de vida natural y necesaria para el ser humano, en la cual se necesita de un ajuste de las funciones y de las actividades que lleva a cabo cada ser humano, que haga posible la convivencia evitando diversas desavenencias, resolviendo conflictos y fomentando la cooperación. Consecuentemente, si el hombre tiene que vivir en sociedad para su conservación y desarrollo, es claro que en esa sociedad, organizada con esos fines, ha de tener posibilidad de hacer todo aquello que sea medio adecuado para llenar sus mismas necesidades, hallándose bajo la obligación de respetar el ejercicio de iguales facultades en los demás y contribuir con su esfuerzo para la satisfacción de las exigencias colectivas, constituyéndose así el orden jurídico por el conjunto de normas que regulan y hacen posible y benéfica la vida en común.

El derecho penal es aquella rama del derecho público interno cuyas disposiciones son tendientes al mantenimiento del orden político social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas que sean adecuadas las conductas que dañen o ponen en peligro la sociedad.

Por su parte, el derecho penal es el atributo de la soberanía por el cual a todo Estado le corresponde la represión de los delitos por medio de las penas, en tanto que objetivamente se integra por el conjunto de normas y de disposiciones que reglamentan el ejercicio de ese atributo. El Estado como organización política de la sociedad tiene fines primordiales

para la creación y el mantenimiento del orden jurídico. Por ende, su esencia misma, supone claramente el uso de los medios adecuados para esa finalidad.

También, cabe indicar que es la expresión más enérgica y mediante ese fenómeno se establecen los delitos y las penas como su legítima consecuencia. Los representantes y órganos respectivos del Estado indican los valores medios que se necesitan para la convivencia en común de la colectividad, así también llevan a cabo la imposición de los valores propios que aseguran la subsistencia y desarrollo del Estado como tal, incorporando los de mayor valor en las leyes penales.

“Entre las diversas concepciones del derecho penal, se tiene que mencionar de importancia las que aluden al fundamento del derecho de castigar considerándolo como la ciencia que fundamenta y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado. En su sentido objetivo lo define como el conjunto de normas que regulan el derecho punitivo. El derecho penal es el complejo de normas jurídicas del derecho positivo destinadas a la definición de los delitos y a la fijación de las sanciones”.²

1.2. Evolución histórica

Desde que la sociedad existe por sí misma desde las primeras agrupaciones humanas, el ser humano conoce el fenómeno de la criminalidad. La misma se manifiesta en todas las sociedades y constituye uno de los aspectos constantes de la vida social, hasta el punto

² Cerezo Mir, José. **Curso de derecho penal español**. Pág. 82.

que en la actualidad no se considera la criminalidad como un fenómeno anormal del grupo social, sino como algo connatural a toda sociedad organizada. Con fundamento en ello, se han indicado como características del fenómeno criminal su permanencia y actualidad.

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

- a) Venganza privada: es la etapa del impulso de la defensa o la venganza la razón de ser de todas las actividades la función provocada por un ataque injusto. Durante esta época, la función punitiva la ejercían los particulares, debido a que cada uno de ellos, cada familia y cada grupo se protege y se hacía justicia por sí mismo, sin embargo, debido a los excesos cometidos por los ofendidos al realizar su venganza surgió lo que se conoce en la actualidad como Ley de Talión, que no fue otra cosa, sino una medida de moderación, debido a que únicamente se le reconocía al ofendido el derecho de causar el mal de igual intensidad al sufrido. Poco después surgió la compensación, mediante la cual se autorizaba para que el ofendido y ofensor, nombrasen representantes que moderaban los reclamos recíprocos y acordaban la cantidad del castigo.
- b) Venganza divina: “Al lado del período conocido como venganza privada se gestó dentro de organizaciones sociales más cultas el principio teocrático y éste vino a convertirse en el fundamento del derecho penal, debido a que no se castigaba al

culpable para la satisfacción del ofendido, sino para que aquél expiase la ofensa causada a Dios con su delito. En general, esta época fue manejada por la clase sacerdotal”.³

- c) Venganza pública: durante esta etapa se comenzó a hacer la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de forma directa los intereses de los particulares o el orden público.

Es entonces cuando surge la etapa llamada venganza pública o concepción política, en la cual los tribunales juzgan en nombre de la colectividad. Este fue una inmensa época, de finalidades de retribución con fines de prevención general en donde se aspiraba al empleo del delincuente en provecho del Estado.

- d) Defensa del poder absoluto: en este período el motivo para prohibir o para castigar no fue ni la ofensa al individuo, ni la ofensa a la divinidad, fue la ofensa a la majestad soberana, y la voluntad soberana, que imponía el castigo, al tomarse como autócrata, encontrando su razón en sí misma, mediante un círculo vicioso. Las penas no tuvieron otra medida que el temor de los gobernantes o bien la necesidad de consolidar con sangre y azotes a la Nación propiamente dicha.
- e) Período humanitario: surgió como reacción a la excesiva crueldad imperante en la aplicación de penas. Dentro de esta corriente, se pugna por la exclusión de suplicios

³ *Ibíd* Pág. 105.

y crueldades que eran de carácter innecesario, proponiéndose la certeza contra las atrocidades de las penas, y preconizando la peligrosidad del delincuente como punto de partida para la determinación de las sanciones aplicables, para que se garantice la legalidad de los delitos y de las respectivas penas.

- f) Etapa científica: es la etapa en la cual el delincuente es el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia. El delito consiste en una manifestación de la personalidad del delincuente y se tiene que adaptar a la sociedad corrigiendo sus inclinaciones viciosas. Esa corrección gira en relación al nuevo período.

La pena es un sufrimiento y carece de sentido alguno, siendo las ciencias criminológicas las que vinieron a iluminar el problema hasta el fondo y caracterizaron el nuevo período en el cual la personalidad compleja del sujeto es lo que hace destacarse en el primer término del panorama penal.

1.3. Garantías

Son los siguientes:

- a) Presunción de inocencia: es el principio que dicta que todo ciudadano ha de ser considerado inocente hasta que se tengan las pruebas y deducciones necesarias para demostrar fehacientemente su culpabilidad. Todos somos inocentes hasta que se demuestre lo contrario.



- b) Igualdad ante la ley: este principio es esencial para el Estado de derecho y quiere decir que todo ciudadano tiene que responder en iguales términos ante la ley, lo cual es equivalente a señalar los crímenes de todos los ciudadanos, sin importar su clase, religión, sexo, etc, los cuales tienen que ser juzgados con el mismo y sancionados igualmente.
- c) Proporcionalidad del castigo: es el que establece que el castigo impartido por el Estado tiene que ser proporcional al castigo, de forma que los crímenes más graves reciban una sanción más grande que los crímenes menores.
- d) Legalidad del derecho: es el principio que establece que las acciones del Estado en la sanción de los delitos cometidos no pueden ser a su vez crímenes, es decir, que el castigo impartido no puede constituir a su vez una violación de la ley, o el Estado sería un Estado criminal, digno también de ser sancionado.
- e) Respeto del debido proceso: es de anotarse que el derecho penal se encarga de que todo acusado reciba iguales y mínimas oportunidades de defenderse, de dar su versión de los hechos y de ser juzgado de manera individual por cada delito que se le impute.
- f) Derechos humanos: los derechos en mención son derechos mínimos que se merece todo ser humano, sin tomar en consideración sus condiciones, proveniencia o grado



de culpabilidad, inclusive sin él no se respetaron los derechos de otro y por ende tiene que ser sancionado.

1.4. Elementos

Cualquier acto de interés para el derecho penal consta de los elementos que a continuación se indican:

- a) Delincuente: es a quien se le acusa de haber quebrantado la ley y quien ha sido señalado por ello.
- b) Delito: se refiere a una transgresión concreta de la legislación que puede ser atribuible a un delincuente y del cual puedan existir medios de prueba, evidencias o versiones variadas.
- c) Pena: hace mención a un castigo o sanción proporcional a la gravedad del delito cometido o impartido por las fuerzas mismas del Estado.
- d) Juez: “Es el ciudadano experto en las normas jurídicas encargado de la supervisión del funcionamiento del juicio y de dictaminar de forma final la decisión tomada después de oír a las partes”.⁴

⁴ Ibid. Pág. 178.

1.5. Derecho penal objetivo y subjetivo

Dos son las perspectivas del derecho penal, o sea: derecho penal objetivo y derecho penal subjetivo. Al hacer referencia del primero se está mencionando a él como normativa, como ordenamiento jurídico por el cual una sociedad determinada decide regirse y posteriormente evaluarse.

Pero, al hablar de derecho penal subjetivo, en cambio, se está mencionando al asunto relacionado con las penas o castigos que han sido impuestos por el Estado, o sea, a la propiedad castigadora, y de ejemplo del mismo, esto es, a su capacidad de tomar una serie de decisiones relacionadas con el castigo.

1.6. Concepción moderna del derecho penal

Durante la evolución de lo que en la actualidad se conoce como derecho penal se ha tenido que pasar mediante diferentes etapas, las cuales se formaron con las Escuelas Penales existentes.

“Antes del Siglo XVIII, únicamente existían opiniones sobre el delito, la pena, su fundamento y fin, al margen de las especulaciones filosóficas, con fines políticos, funcionales y pragmáticos, que surgieron a la luz del contenido de las acusaciones contra la barbarie del derecho penal del antiguo régimen”.⁵

⁵ Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal**. Pág. 204.

Dando surgimiento a la Escuela Clásica, los principales conceptos básicos fueron los siguientes: el punto cardinal es el delito, hecho objetivo y no el delincuente; el método es deductivo y especulativo; únicamente puede ser castigado quien lleve a cabo un acto que se encuentre previsto por la legislación como delito y sancionado con una pena; la pena únicamente puede ser impuesta a los individuos moralmente responsables; la represión penal es perteneciente al Estado exclusivamente, pero en el ejercicio de su función, siendo el Estado quien debe respetar los derechos del hombre y garantizarlos procesalmente; la pena debe ser estrictamente proporcional al delito y señalada en forma fija y el juez solamente tiene la facultad para aplicar automáticamente la pena señalada en la ley por cada delito.

Posteriormente, se le cedió el paso a la Escuela Positiva, la cual de forma preponderante tomó en consideración la personalidad del reo como criterio determinante de las disposiciones y las finalidades del derecho penal.

Además, las directrices conceptuales y básicas de la Escuela Positiva se pueden resumir de la siguiente forma: el punto de mira de la justicia penal es el delincuente, pues el delito no es otra cosa que un sistema revelador de un estado peligroso; la sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción; el método es el inductivo y experimental; todo infractor de la ley penal es responsable moralmente o no tiene responsabilidad legal, siendo la voluntad la que está determinada por influjos de orden físico.

La pena tiene una eficacia bastante restringida, importando mayormente la prevención que la represión delictiva, y por ende, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas. El juez cuenta con la facultad para la determinación de la naturaleza delictiva del acto y para el restablecimiento de la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda efectivamente adecuarse a las necesidades existentes del caso. La pena como medida de defensa, tiene por finalidad la reforma de los infractores adaptables a la vida en sociedad.

“La Tercera Escuela consiste en una posición ecléctica entre las dos escuelas anteriores, tomando en consideración conceptos esenciales de los clásicos y también de los positivistas, estimando al delito como un fenómeno de carácter individual y social, orientándose al estudio científico del delincuente y de la criminalidad, negando el libre albedrío si éste es considerado en toda su dimensión, aceptando el principio de la responsabilidad moral distinguiendo entre imputables e inimputables; pero, no se estima al delito como un acto llevado a cabo por alguien con libertad absoluta, sino que existen motivos que determinan y coaccionan de forma psicológica al infractor”.⁶

Además, la teoría causalista surge como reacción al pensamiento del positivismo sociológico y obviamente a su metodología que había llevado al derecho penal al campo de la sociología bajo la influencia del positivismo en donde el concepto de delito surgió en un plano natural y causal, por lo que el esquema lo llevó a plantear el análisis del delito bajo el binomio de los elementos tanto objetivo como subjetivo surgiendo comportamientos

⁶ *Ibíd.* Pág. 278.

y conductas que contenían el resultado y el nexo causal. Ello, para la determinación de la existencia del delito que se une a la vez a la antijuricidad, comprendida como un juicio de valor integrado con los elementos objetivos del delito. El elemento subjetivo se encuentra constituido por el nexo de la relación psicológica entre el querer del agente y la causación de la producción del resultado, que es el ámbito en que se precisa la culpabilidad.

La teoría del finalismo fue planteada en la tercera década del Siglo XX, la cual procuró seguir el análisis científico de la ley penal, buscando la superación de las contradicciones que se apuntaban en los esquemas precedentes de la dogmática penal. Surgió de esa forma, la corriente del finalismo o teoría de la acción final, siendo correspondiente a Hans Welzel el creador del finalismo, así como el establecimiento del finalismo y de poner las bases de la nueva construcción de la estructura sistemática penal.

Esta teoría reconoce esencialmente el fundamento de que el hombre es un ser social responsable, que actúa de acuerdo a un sentido, por lo que sus acciones separan invariablemente la finalidad por él propuesta, llevando a reconocer que, concretamente en el derecho penal, el acto, a partir de la voluntad y de la conciencia es lo que determina el contenido del orden valorativo jurídico.

En otras palabras, el orden jurídico es un orden contenido en la regulación de la conducta humana, que es por esencia eminentemente final, es decir, caracterizada por su voluntad determinada, el ser humano aprovecha su conocimiento acerca de los procesos causales de determinar la realización de sus objetivos.

Después de las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, se pronunció el interés de incorporar el respeto a los derechos humanos dentro de la legislación mundial. A la vez, esta situación se reflejó en el campo de la ley penal, en una tendencia frecuentemente apuntada como orientación político criminal, lo cual significó la necesidad de comprender el contenido de la misma ley penal en relación con la realidad social. Es decir, de comprender que el derecho tiene un contenido social y que dicha realidad social, no únicamente tiene que ser regulada, sino entendida y atendida por el derecho, como consecuencia de los fines de la seguridad jurídica para la conveniencia, sobre el fundamento de protección a los bienes jurídicos de los integrantes de la comunidad.

“El análisis del derecho penal exige tomar en consideración sus finalidades, siendo los mismos la política criminal del derecho de los que deben permitir la explicación para la determinación de la existencia del delito, así como la responsabilidad del autor y de terceros para la determinación de la aplicación de la pena en base, justamente a sus fines de política criminal”.⁷

1.7. Ramas del derecho penal

El derecho penal tiene diversas ramas, siendo las mismas:

- a) **Material o sustantiva:** es la que se ocupa de todo lo relacionado con el cuerpo de las normas legales con fundamento a las cuales se tiene que identificar un delito.

⁷ **Ibíd.** Pág. 301.

- b) Procesal o adjetiva: consiste en la parte dinámica del delito penal, debido a que tiene a su cargo la comprobación del delito y las respectivas decisiones judiciales para la determinación de la pena.
- c) Ejecutivo o penitenciario: es el que se ocupa de la ejecución de la pena o del castigo y de velar porque se lleve a cabo de manera adecuada.

1.8. Aplicación

“El derecho penal se tiene que valer de la previsión y de la imposición de las penas y medidas de seguridad como instrumentos o medidas que tienen que aplicarse a quienes transgreden determinadas normas de conducta que buscan justamente evitar que se vean lesionados o puestos en peligro los bienes jurídicos que hayan sido mencionados. Además, es objeto de estudio y debate por parte de los juristas dedicados al derecho penal, la determinación de las diversas situaciones y de las limitaciones del Estado al momento de que existan restricciones de los derechos fundamentales y de determinadas libertades de los ciudadanos”.⁸

En la práctica tiene que indicarse que el derecho penal debe ser aplicado cuando su utilización sea necesaria para el mantenimiento del ordenamiento social, por lo que no tiene que ser aplicado en caso de que exista otra alternativa para su posterior preservación.

⁸ **Ibíd.** Pág. 324.

La forma en la que funciona el derecho penal en este aspecto tiene una clara relación con los límites constitucionalmente que se establecen en relación a su funcionamiento, con especial enfoque en la dignidad del ser humano, su personalidad y sus derechos de carácter inviolable.

1.9. Relación del derecho penal con otras disciplinas jurídicas

El derecho penal se encuentra unido a otras ramas jurídicas debido a ser común en la presencia de preceptos tendientes a la protección penal de los bienes jurídicos vitales que tutelan. Ello, relaciona una derivación propia del carácter sancionador del mismo derecho penal.

También, puede apreciarse que en el resto de ramas del derecho penal se encuentran preceptos especiales que son de exclusiva competencia de la rama en estudio y porque muchas veces las leyes no penales en un afán normativo hacen referencia directa a los preceptos del derecho penal.

- a) Con el derecho constitucional: al igual que con el resto de las ramas constitutivas del sistema jurídico, el derecho penal ejerce su carácter sancionatorio. La Constitución Política ejerce una función jerárquica, en lo relacionado a la regulación de las instituciones políticas y garantías de los derechos individuales, bajo el imperio constitucional. El derecho penal y derecho constitucional guardan estrecha relación en la medida en que este último regula y determina la naturaleza y el carácter de

sanción penal. Además, dicha relación cobra mayor solidez al ser común a ambas ramas jurídicas en cuanto a la utilización de conceptos como Estado, soberanía, derechos individuales, políticos y sociales. Ambos tienen un objetivo común que es el de ejercer una función tutelar de la sociedad.

- b) Derecho procesal penal y derecho procesal civil: la finalidad del derecho penal radica en la descripción apriorística, abstracta e hipotética de la posible conducta antisocial que puede cometer el individuo, de allí que su contenido sea eminentemente coactivo, en la medida que lleve a cabo una determinación legal de la pena y que se sustancia en su máximo y mínimo legal.

De esa forma aflora la relación con el derecho procesal penal, cuya finalidad es permitir que las disposiciones penales puedan ser llevadas a cabo a la práctica en los casos concretos que puedan presentarse, mediante la presentación de pruebas de cargo y de descargo que conducen a una determinación judicial referente a la condena o absolución del sometido a proceso.

- c) Con la criminología: “La misma como disciplina se ocupa del estudio del delito como fenómeno social, psíquico y psicológico, en cuanto trata de averiguar la etiología del delito. Esta disciplina científica a través de un método empírico investiga las motivaciones del delito, que a su vez se sirve de diversas fuentes, constituyendo por ello un saber de carácter interdisciplinario”.⁹

⁹ Cerezo. **Op. Cit.** Pág. 154.



- d) Con el derecho internacional público: esta relación encuentra su manifestación especialmente en lo relacionado con el territorio en donde es aplicable la ley penal, en relación a las personas y en lo concerniente a la criminalidad internacional, motivo por el cual algunos autores toman en consideración que tiene que hacerse mención de un derecho penal internacional, en la medida en que existen materias jurídicas que son objeto común del derecho penal y del derecho internacional. Los problemas referentes a la validez de la ley penal en el espacio son también tema de esta relación.
- e) Con el derecho administrativo: existe relación entre ambas disciplinas en la medida que existen numerosos delitos de connotación administrativa, que por lo común únicamente pueden ser cometidos por los funcionarios y empleados públicos y que, para su debido esclarecimiento, es necesario acudir al derecho administrativo. Por otra parte, tiene que anotarse, que el funcionario de todo el aparato judicial y de la administración de los establecimientos penales son objeto de esta materia.

CAPÍTULO II

2. Principios del derecho penal

El estudio del fundamento del derecho a sancionar del Estado, para qué sirve y el motivo de su existencia, ha contado a través de los siglos con explicaciones diferentes en las variadas escuelas, en donde se han destacado fundamentos filosóficos, axiológicos, del derecho de castigar y valores fundamentales del moderno Estado de derecho. En la actualidad se ha retomado la discusión de reformar el Código Penal, propiciándose un ambiente de discusión en todas las esferas de la sociedad.

Lo que se busca es el planteamiento de la discusión de un proyecto de reforma al Código Penal, en donde tienen que participar todas las organizaciones e instituciones públicas y privadas e inclusive donde la comunidad tenga la debida participación en un sistema que sea abierto, y en donde se pueda discutir, disentir, y buscar el consenso para la reforma del Código Penal, que lleve el esfuerzo de todos los actores de la sociedad en general para plantearle al poder legislativo un proyecto de Código Penal, fundamentado en la participación de todos los actores de la sociedad guatemalteca, que tienen interés en el conocimiento y aportación de la reforma que tiene como fin la pena, es decir, la privación judicial de la libertad de persona como sanción al delito y no otra forma de sanción.

"Es fundamental el estudio de los principios axiológicos del derecho penal a la luz de los cambios que se le pueden dar al sistema penal guatemalteco, y en la necesidad del



principio de la intervención penal mínima, así como, la participación de los diferentes actores de la sociedad, y muy especialmente desde la academia”.¹⁰

En la sociedad guatemalteca, en la actualidad la discusión de la reforma al Código Penal es constitutiva de una especial connotación; sobre todo, por los elevados índices de delitos violentos que se han cometido en los últimos años, hasta la incursión de nuevas formas de conductas que lesionan bienes jurídicos protegidos que aún, no se encuentran tipificados en la legislación penal como hechos punibles, lo cual no permite la lucha eficiente contra la nueva forma de criminalidad y su correspondiente penalización. El estudio de los principios rectores del derecho penal, para legislar sobre la criminalización y penalización de nuevas conductas debe tener relación con los principios fundamentales.

El derecho penal mínimo y la protección del bien jurídico deben encontrarse dentro del ámbito de protección de un Estado democrático, social y de derecho que se encuentre regido alrededor de principios y garantías. La nueva forma de criminalidad y su forma han creado una manera de información en cuanto a los cambios del Código Penal para frenar la delincuencia y dichos cambios configuran el núcleo central del estudio relacionado con el fundamento del derecho de sancionar por parte del Estado.

El derecho penal es una definición, comprobación y represión referente a la desviación, y se manifiesta claramente en restricciones sobre las personas de los potenciales desviados y de todos aquellos de los que se sospecha o son condenados. Estas restricciones según

¹⁰ Quintero. **Op. Cit.** Pág. 103.

lo indicado por los autores lo llevan a cabo sobre la base de tres formas que son: la primera, referente, a la definición o prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados, y por ende en una limitación de la libertad de acción de todas las personas; segundo, referente al sometimiento coactivo del juicio penal de todo el que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales; tercero, referente a la represión o punición de todos aquellos a quienes juzgue culpables de una de esas violaciones.

La historia del pensamiento jurídico filosófico de la teoría acerca de la justificación del derecho señalan el positivismo jurídico que ha tenido una larga duración en el pensamiento iusnaturalista de la época de la Ilustración entre la separación del derecho y de la moral, la cual se desarrolló en el Siglo XVII, con las teorías iusnaturalista y que alcanzó su auge con las doctrinas iuspositivistas. Por ello, dicha separación se fundamenta en la concepción formal o jurídica de la validez sustancial del derecho penal de la justicia que constituye el rasgo distintivo del positivismo jurídico. Para el efecto, se necesita hacer menciona a los utilitaristas que postulan que el Estado tiene ese derecho debido al imperativo de la utilidad social respectiva; y por otra parte, se encuentra la Escuela Histórica que indica el fundamento de la ley. Los fundadores de la Escuela Positivista afirman que el derecho de castigar deriva del Estado y del concepto de la defensa social.

La defensa social es la que apareció durante el Siglo XIX, con amplio impulso renovador, en relación al fundamento y finalidad de la facultad punitiva del Estado, inspirándose en el sentimiento social del delito, con la finalidad de su erradicación. La base doctrinaria se encuentra claramente en la Escuela Positiva italiana del derecho penal y sus finalidades

son relativas a la preservación de la sociedad del peligro que se encuentra representada por el criminal en relación a la satisfacción del perjudicado, evitando para el efecto la venganza y protegiendo la legítima libertad colectiva.

“En dicho orden de ideas, la justificación del derecho penal se encuentra concebida en dos aspectos que son: objetivo y subjetivo. En el sentido subjetivo, el derecho es sinónimo de facultad o ejercicio del derecho y de todos esos derechos que integra el patrimonio en donde se encuentran los derechos penales, y de esa forma tiene que indicarse que el individuo tiene derechos civiles, políticos, pero también tiene derechos penales”.¹¹

Ese patrimonio de derechos abarca los derechos penales, no solamente en ejercicio de la cesión ficticia que de ellos se lleva a cabo, razón derivada del concepto mismo del derecho que es el elemento necesario de las sociedades. El patrimonio jurídico de los derechos penales, defiende la sociedad de los ataques nocivos del derecho que tiene el Estado para la imposición de castigos a los infractores de la ley, de allí, deriva el poder que tiene el Estado para castigar, o sea, la facultad del Estado para definir los delitos estableciendo sanciones y aplicándolas, lo cual es un poder que deriva de la sujeción política del individuo al Estado por el cual considera a éste como sujeto del derecho de castigar, y al individuo, como sujeto de la pena, o de las medidas de seguridad.

La justificación del Estado como la personificación jurídica societaria se encuentra en la ineludible obligación de defensa del conjunto de personas que representan la lesión del

¹¹ **Ibíd.** Pág. 115.

hecho punible, siendo el motivo de que la acción se manifieste a través de la sanción de reglas de carácter punitivo, que orienta el papel y la relación del Estado con el ser humano que únicamente puede ser aceptada por quienes consideran al Estado como fuente única de derechos, que reconoce que el individuo posee derechos penales individuales, los cuales, son derechos no solamente de carácter privado sino también de derecho público.

El fundamento del derecho a castigar por parte del Estado para el totalitarismo consiste en la concepción llamada técnico jurídica que no consiste en otra cosa que una nueva forma de superar la antigua discusión de sí el Estado tiene o no derecho de castigar, sea cual fuere el sistema político que se adopte la sanción por la transgresión de los preceptos como función del Estado, que la ejerce en virtud de su carácter regulador del orden jurídico. El derecho penal únicamente se diferencia del resto de derecho en general por su finalidad que es la sanción, o sea, la pena.

La manera y forma del poder de castigar lo ha ejercido el Estado a través del devenir histórico y muy especialmente en Guatemala se ha llevado a cabo en los diversos sectores de la sociedad, y se ha planteado la necesidad de cambio y de transformación del poder de castigar, exigiendo para el efecto una reforma a fondo, tal como se plantea en los actuales momentos en la sociedad actual que proclama reformas a la legislación penal.

Los principios que tienen que regir el derecho penal deben encontrarse en normas rectoras, las cuales tienen que estar reconocidas como principios rectores de la legislación penal, debido a su fundamental sentido del derecho penal, el cual tiene que ser guiado por normas



rectoras y donde se encuentran preceptos orientados en la legalidad, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, que tienen el doble carácter de principios del derecho penal guatemalteco y elementos del concepto general e institucional de delito.

“Los principios del derecho penal en la actualidad se encuentran regulados constitucionalmente con incidencias en el derecho penal, y en dicho sentido es de importancia que se indique que la doctrina constitucional y la ciencia del derecho establecen la importancia de los instrumentos legales esenciales del ordenamiento jurídico, el cual debe contener en su articulado un marco para la organización política y la estructura del Estado”.¹²

De esa forma, la inclusión de preceptos o normas constitucionales con relevancia en el derecho penal se debe a que el Estado tiene que garantizar al ciudadano, por una parte, su libertad y otros bienes jurídicos frente al *ius puniendi* estatal y a los eventuales excesos o extralimitaciones, que son evitados a través de ese marco constitucional.

Es decir, la limitación de la potestad punitiva; y por otra parte, se ha de garantizar la efectiva concreción o aplicación de la misma y de la precitada potestad punitiva estatal, para la protección de ciertos intereses frente a intereses ilícitos, para que el ciudadano no tenga que recurrir a hacerse justicia por sí mismo contra el delincuente, lo que es contraproducente e inadecuado conduciendo esta practica únicamente a una especie de

¹² **Ibíd.** Pág. 130.

guerra civil, dejándose de tal manera la función de administrar justicia penal al Estado, lo que supone una mayor efectividad, y mejor organización.

2.1. Principio de legalidad

El máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad del derecho penal es el aforismo del *nullum crimen, nula poena sine praevia lege*. En dicho sentido, puede indicarse que este principio es el supremo postulado político criminal del derecho penal moderno, siendo su importancia la que se observa en los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789.

Por su parte, la doctrina ha ido dando al postulado una formulación mayormente acabada y completa, mientras que de manera tradicional se enunciaba como *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*, agregándose el rasgo esencial de la ley cierta, es decir, los llamados tipos cerrados o leyes claras y precisas de las primeras épocas y muchos abarcan igualmente las medidas de seguridad.

En los últimos años, la formulación con la exigencia de una ley cierta, cuyo efecto es la prohibición de leyes penales imprecisas o vagas, esto es, de los tipos indeterminados, que tanta incertidumbre señala, es justamente uno de los cambios que tiene que orientar el proceso de transformación del Código Penal, y en dicho sentido, los expertos en las materias deben tener claras esas imprecisiones en la ley penal, que se traducen en interpretaciones que van en perjuicios del imputado.



Por otro lado, es necesario el establecimiento de la perentoriedad de la exigencia de que tanto los delitos como las penas se encuentren determinados en la ley, lo que le otorga el carácter del principio de reserva, con lo que se señala que únicamente el legislador no el gobierno, ni los jueces pueden asumir dicha labor.

2.2. Principio del acto y de autor

“Se hace mención de un derecho penal del acto cuando las normas punitivas se encaminan a la realidad del ser humano y no a lo que es, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, su afectividad o sus hábitos de vida”.¹³

La exigencia de ese derecho constituye el fundamento de su orientación ideológica, política y depende del grado en que se lleve a cabo el acto, es decir, en que efectivamente la represión penal no alcance sino las acciones extremas y subjetivas del ser humano. El derecho penal del acto sigue siendo de notoria prevalencia en los ordenamientos democráticos.

El hecho consiste en la causa de la pena, y a la vez, es el criterio de mayor importancia para la medición de la pena, y como derecho penal de autor puede ser definido como la peculiaridad del autor que proporciona el criterio esencial para la graduación de la pena.

¹³ Borja Jiménez, Emiliano. **Principios de derecho penal**. Pág. 44.



Un extremo derecho penal de autor tiene la peculiaridad del ser un punto de partida de la pena en donde la punición de la tentativa indica la represión de los actos preparatorios y resoluciones manifestadas, al menos en determinados casos. Un moderado derecho penal de autor se atiene al hecho como punto de partida de la pena y orienta la graduación de la pena a la personalidad del autor.

Pero, el principio del acto consiste en el presupuesto esencial del principio de culpabilidad, en donde la cláusula de la personalidad en la medida de la pena introduce una serie bien contradictoria del imperio de la culpabilidad, siendo el derecho penal del acto el que se concibe como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocando un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable.

Es decir, de la persona, a la que se le puede reprochar y retribuir el mal en la medida de la culpabilidad, así como de la autonomía de la voluntad con que llevó a cabo sus actuaciones.

No puede legitimarse la pena porque se ignora por completo la selectividad estructural de la criminalización secundaria, lo cual determina que la pena retributiva se convierta en una pena preferentemente dedicada a los incapaces, por lo cual no se puede legitimar desde la ética.

El derecho penal de acto tiene que reconocer que no hay caracteres ónticos que diferencien los conflictos que se resuelvan por otra vía o no se resuelvan. Cuando se

pretende buscar datos jurídicos del delito, el primer argumento suele ser su gravedad, existiendo delitos que son reconocidos cuando se provoca el ejercicio del poder punitivo que con frecuencia se utiliza para el control de quienes disienten con el poder que los ejecuta.

2.3. Principio de la tipicidad

La tipicidad consiste en un elemento del delito que implica una relación de perfecta adecuación y total conformidad entre un hecho de la vida real y algún tipo legal o tipo penal. Se comprende por tipo legal, la descripción de cada uno de los actos, acciones u omisiones que la ley penal considera delictivos. En dicho orden de ideas, la tipicidad no tiene que ser confundida con la legalidad. La tipicidad es aquella cuando la acción humana viola una norma, y además tiene que reunir otros elementos en algunas de las figuras que son establecidas por el Código Penal, o en leyes especiales. La abstracción concreta indica la determinación del hecho que se cataloga en la ley como delito.

“El principio de legalidad no significa mucho en el orden de las garantías individuales, debido a que no limita de forma sensible el poder punitivo del Estado, ni deja de emplear la arbitrariedad judicial, ni mucho menos determina la conducta punible”.¹⁴ Para ello, el derecho penal liberal es absolutamente necesario que describa el hecho punible de forma inequívoca y que se presente el criterio reconocido por la doctrina como principio de

¹⁴ **Ibíd.** Pág. 59.



determinación del hecho y de la pena, función que tiene que serle asignada de forma privativa a la ley.

2.4. Principio de culpabilidad

En un Estado de derecho, el delito y la pena son únicamente una manifestación del imperio de la ley. En un Estado democrático de derecho no únicamente tiene que ser una expresión de un cuerpo representativo, sino que tienen que respetarse los límites formales y materiales debidamente establecidos constitucionalmente.

También, los tratados públicos propician a la vez la creación y fortalecimiento de las condiciones sociales necesarias para que puedan ser satisfechas las necesidades esenciales de todas las personas, racionalizando los procesos sociales que se opongan.

La imputabilidad consiste en un supuesto necesario de la culpabilidad, siendo por ello, que hay que ser imputable, el autor hace referencia a la capacidad de la culpabilidad, debido a que para ser culpable hay que ser imputable. Por ende, toda persona culpable tiene necesariamente que ser imputable, pero no toda persona imputable es culpable, tiene para el efecto que cometer un delito.

La naturaleza jurídica de la culpabilidad se encuentra fundamentada en dos teorías: la primera, referida a la teoría psicológica; y la segunda, a la teoría normativa. La primera, de acuerdo a la cual la culpabilidad tiene un fundamento psicológico que se desarrolla de



acuerdo con el concepto de conocimiento y voluntad que domina en el autor del acto en el momento de su ejecución. La segunda, la teoría normativa sustituyó a la psicológica partiendo de los referentes teóricos sobre la base de lo psicológico del conocimiento y de la voluntad, así como de los diversos procesos, que son atribuibles a una motivación reprochable del autor. Este proceso de motivación conduce al autor de la situación psicológica de culpabilidad.

En la teoría normativa, la culpabilidad no se agota en el nexo psíquico entre el autor y su hecho, aunque dicho nexo tiene que existir para poder hacer mención de la culpabilidad, lo cual es posible cuando el hecho llevado a cabo puede ser formulado en un juicio de reproche al sujeto, el cual no puede fundamentarse sencillamente en una relación psicológica entre el sujeto y su hecho.

Para ello, se toma en consideración la relación del sujeto con la norma en donde la culpabilidad es normativa debido a que es una referencia a la norma de valoración del legislador a un juicio de valor, propiamente de una desaprobación, con motivo de una determinada conducta que se llega a presentar como adversa a un deber impuesto por la norma legal.

De igual manera, tiene que indicarse que la culpabilidad tiene dos especies que definen diferentes campos y requisitos de exigibilidad y son dos: el dolo y la culpa. En relación a la culpabilidad, la misma consiste en el juicio que permite la vinculación y la individualización del injusto a su autor y de este modo opera como el principal indicador



que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.

2.5. Principio de la proporcionalidad de la pena

El Código Penal guatemalteco indica la idea clasista de la retribución para el surgimiento de la pena proporcionándola al grado de ejecución del delito, aumentándola o disminuyéndola de sus efectos de acuerdo a las causas generales de agravación de la responsabilidad y partiendo de las consecuencias de la persona en la comisión del hecho punible, así como una misma pena para todos los delitos iguales, existiendo el fin correccional de la ejecución de las condenas.

La fijación de los límites mínimos en las escalas legislativas penales que suelen explicarse a través de la máxima utilitarista de que la ventaja del delito no tiene que superar la desventaja de la pena.

Ello, consiste en una función disuasoria fundamentada en el supuesto de que el ser humano actúa siempre de manera racional y, antes de la comisión de cualquier delito.

Todas las teorías positivas de la pena responden a las estructuras que asigna a la pena una función manifiesta determinada, asignando al derecho penal la interpretación de las leyes que dispone una coacción que se ajusta a esa función, de acuerdo a la interpretación de las coacciones con la función asignada.

2.6. Principio del bien jurídico

Por daño o lesión tiene que entenderse como la forma de pérdida, destrucción o disminución de un bien jurídico o daño real, o al menos la creación de un riesgo innecesario e indebido daño potencial o peligro concreto.

Algunos sectores doctrinales hablan de conductas idóneas para lesionar bienes jurídicos, peligros abstractos o temidos. Si el concepto se limita al daño público propio de todo delito como alarma social, desvincula la relación con bienes jurídicos concretos contra los cuales atenta, se difumina lo que el principio quiere garantizar.

“El daño público se produce por la afectación del bien jurídico, no por otras motivaciones, y es únicamente una forma suya, el bien jurídico puede ser individual, social o estatal. El bien jurídico implica siempre una valoración masiva y universal, lo cual se trata de ciertas relaciones sociales que son consideradas democráticamente esenciales para el sistema elegido con relación a todos sus integrantes, como el caso de la vida, del honor y de la libertad”.¹⁵

Por otro lado, los bienes jurídicos protegidos por el sistema penal se encuentran en relación teleológica con aquellos que integran sus fundamentos y condiciones, es decir, son tendientes a asegurar una libertad e igualdad material de los sujetos, en tanto que los bienes jurídicos colectivos son aquellos que pueden indicarse que consisten en una

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 80.



relación social fundamentada en la satisfacción de necesidades del funcionamiento del sistema social.

Los bienes jurídicos colectivos e institucionales no son autónomos sino complementarios con respecto a los del individuo, debido a que se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, salud y libertad adquieran un sentido material y no reaparezcan por el funcionamiento del sistema una formalización de esa protección.



CAPÍTULO III

3. El delito

“El término delito es proveniente de *delictum* del verbo *delinquere*, a su vez del compuesto *linquere* que quiere decir dejar; y del prefijo de, en la connotación peyorativa, de dejar o abandonar un buen camino”.¹⁶

Cuando se hace mención de un delito o crimen, se hace alusión de una conducta social que violenta los códigos de convivencia y legalidad que se encuentran establecidos en la ley, y que por ende son tomados en consideración en un hecho culpable, imputable, típico y antijurídico, es decir, una acción u omisión contraria a las leyes por las cuales elige ser regido y que por ende amerita un castigo o resarcimiento.

Por ello, lo que se considera o no delito cambia en el transcurrir del tiempo y refleja claramente los valores legales, culturales e históricos de una sociedad determinada. En dicho sentido, la mayoría de los códigos penales se abstienen de incorporar definiciones dogmáticas del delito, y de delimitarlo a partir de aquello que se encuentra permitido y aquello que no lo está.

Los delitos son materia de estudio de la teoría del delito, una rama del derecho penal que propone una jerarquía para la concepción de las conductas que son punibles, de acuerdo

¹⁶ Gracia Martín, Luis. **Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español**. Pág. 78.

a la reincidencia constitutiva de delito más grave que la primera ofensa como sucede por ejemplo con la flagrancia que facilita la ejecución del castigo al no haber lugar para las interpretaciones de lo sucedido.

3.1. La conducta

La conducta constituye el primer elemento fundamental del delito y se conceptualiza como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo que se encuentra encaminado a una finalidad determinada, lo cual quiere decir que únicamente los seres humanos pueden cometer conductas sean positivas o negativas de una determinada actividad o inactividad respectiva. Es voluntario dicho comportamiento debido a que es decisión libre del sujeto y es encaminado a una finalidad debido a que tiene un propósito al llevarse a cabo la acción u omisión.

Es de anotarse que la conducta puede ser de acción o de omisión y esta última se divide en omisión simple y comisión por omisión. La conducta cuenta con tres elementos que son: un acto positivo o negativo, un resultado y una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

Es de anotarse que el acto consiste en el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado determinado. Positivo, será una acción que consiste en una actividad, o sea, en un determinado hacer; mientras la omisión es una inactividad, es cuando la legislación espera una conducta de un ser humano y éste deja de llevarla a cabo.

“La acción puede ser definida como aquella actividad que lleva a cabo el sujeto, produciendo para el efecto consecuencias en el mundo jurídico. En dicha acción debe darse un movimiento por parte del sujeto, de forma que la conducta de la acción tiene tres elementos que son: movimiento, resultado y relación de causalidad”.¹⁷

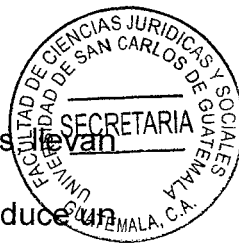
En sentido estricto, la acción es la actividad voluntaria llevada a cabo por el sujeto y la misma consta de un elemento físico y de un elemento psíquico. El primero, es el movimiento; y el segundo, la voluntad del sujeto, siendo esa actividad voluntaria la que produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado.

Ese resultado de la acción tiene que ser sancionado por la ley penal, es decir, tiene que ser el que configure el delito descrito y penado en la ley, siendo intrascendente que se lesionen los intereses jurídicos protegidos por la ley o únicamente se pongan en peligro de acuerdo al tipo penal.

El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, de donde se señala el elemento conducta pudiéndose presentar como una acción u omisión. La omisión tiene cuatro elementos que son: manifestación de la voluntad, inactividad, deber jurídico de obrar y resultado típico jurídico.

Los delitos se clasifican en delitos de omisión simple o propios y en delitos de comisión por omisión o impropios, dando respuesta con ello a la naturaleza de la norma jurídica. Los

¹⁷ **Ibíd.** Pág. 90.



primeros son referentes a omitir la ley, violan una preceptiva, mientras los segundos llevan a cabo la omisión con un resultado prohibido por la legislación. La primera no produce un resultado material, mientras que la segunda sí.

En los delitos de simple omisión, se transgrede una norma preceptiva penal, mientras que en los de comisión por omisión se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva penal. Los delitos de omisión simple producen un resultado típico, y los de comisión por omisión un resultado típico y uno material.

En los delitos de omisión simple, se sanciona la omisión y en los de comisión por omisión no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado que haya sido producido. El aspecto negativo de la conducta consiste en la ausencia de la conducta, la cual abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma.

3.2. La tipicidad

Consiste en la adecuación de la conducta al tipo penal y en dicho sentido varios autores han dado su definición en cuanto a la tipicidad. Es la acción típica que se adapta a la descripción objetiva, la cual hace referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que por lo general se reputa como delictiva, por transgredir, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma penalmente protegida. Además, se debe tener cuidado de no confundir la tipicidad con el tipo, debido a que la primera se refiere a la conducta; y el segundo, hace mención con la hipótesis plasmada por el

legislador sobre un hecho ilícito, o sea es la fórmula legal a la que tiene que adecuarse la conducta debido a la existencia de un delito.

El aspecto negativo de la tipicidad consiste en la atipicidad. La misma cabe anotar que es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Es de importancia hacer la diferenciación de la atipicidad de la falta de tipo, siendo que en el segundo caso, no existe descripción alguna de la conducta o del hecho en sí mismo, o sea, en la norma penal.

3.3. La antijuricidad

“Se considera como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es tomada en consideración como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, tiene que contravenir las normas penales, o sea, tiene que ser antijurídica”.¹⁸

La antijuricidad es adversa al derecho, por ende, no es suficiente que la conducta encuadre en el tipo penal, debido a que se necesita que esa conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella que se encuentre debidamente definida en la legislación, no protegida por motivaciones de justificación, establecidas de forma expresa en la misma forma. Las causas de justificación son hechos presumiblemente delictivos de falta de antijuricidad, pudiendo establecerse que no hay delito debido a la existencia de una causa

¹⁸ Hassemer, Winfried. **Fundamentos de derecho penal**. Pág. 120.

de justificación, es decir, el individuo ha llevado a cabo sus actuaciones en determinada forma sin el ánimo de transgredir las normas penales.

3.4. La culpabilidad

La conceptualización de culpabilidad depende de la teoría que sea adoptada, debido a que no es igual el de un normativista que el de un finalista. De esa forma, el segundo tomaría en concepto psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable; y el tercero, afirmaría que la culpabilidad consiste en la reprochabilidad de la conducta, sin tomar en consideración el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de su conducta.

La culpabilidad en la tesis finalista se reduce a la reprochabilidad y a diferencia de la teoría normativa el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad, porque son contenido del tipo. Por ende, la culpabilidad es responsabilidad, apartándose consecuentemente de los normativistas quienes mantienen el dolo y la culpa. Como tercer aspecto del delito señala cuatro importantes elementos que la integran y son: la ley, una acción, en contraste entre esta acción y la ley, así como el conocimiento de esta situación. La misma es un elemento fundamental del delito y del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto.

3.5. La punibilidad

Es un elemento de carácter secundario del delito que es referente a ser merecedor de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito. Esas penas se encuentran

señaladas en el Código Penal. La misma no es más que un elemento de la tipicidad, debido a que el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo.

La punibilidad consiste en el conjunto de los presupuestos de carácter normativo de la pena, para la ley y la sentencia, de conformidad con las exigencias de la idea relacionada con el derecho. Por su parte, tampoco se toma en cuenta a la punibilidad como elemento del delito, debido a que el concepto de éste no concuerda con el de la norma legal en donde una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictivas, pero no adquieren dicho carácter porque se les sancione penalmente.

Las conductas tienen que revestirse de delictivas con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y conservación del orden en la vida gregaria y llevarse a cabo culpablemente.

“El aspecto negativo de la punibilidad se denomina excusa absolutoria, siendo las mismas las motivaciones que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública. Las mismas son aquellas circunstancias específicamente indicadas por la legislación y por las cuales no se sanciona al agente. Así como la punibilidad no es considerada por muchos autores de elementos del delito, así tampoco la imputabilidad”.¹⁹

¹⁹ Álvarez García, Francisco Javier. **Introducción a la teoría jurídica del delito**. Pág. 136.

3.6. La imputabilidad

Se refiere a la capacidad de querer y entender, dentro del campo del derecho penal. Querer es encontrarse en condiciones de aceptar o llevar a cabo algo voluntariamente y entender es tener la capacidad mental y la idea biológica para el despliegue de esa decisión.

El aspecto negativo de la imputabilidad consiste en la inimputabilidad, consistente en la incapacidad de querer y entender en el mundo del derecho. Son aquellas motivaciones en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que haya sido perpetrado.

Por ende, el mismo implica la capacidad de ser sujeto activo del delito, o sea, no es referente a un comportamiento propio del delito. La imputabilidad no es mencionada por hacer referencia al delincuente, no al delito.

3.7. Atenuantes del delito

Los atenuantes del delito son circunstancias que reducen o aminoran la responsabilidad criminal. De esa manera, sirven para poder ajustar una pena determinada a las circunstancias específicas de cada caso. Son las circunstancias debidamente reconocidas que modifican la responsabilidad criminal ante un delito cometido. Derivan del comportamiento de quien interviene en un hecho delictivo, en cuanto a su ejecución o

resultado. Su efecto radica en la disminución de la pena de acuerdo con las reglas jurídicas determinadas. Las circunstancias que rodean la comisión de un delito contribuyen para poder medir de forma adecuada la pena respectiva.

La determinación de una pena no se agota en las características que fundamentan cada delito, sino que pueden aparecer diversos factores que incrementan su gravedad; los agravantes y otros que delimitan la misma, sino los atenuantes de estos aspectos modificativos.

Las mismas consisten en causas eximentes incompletas. Las circunstancias atenuantes están reguladas en el Artículo 26 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: "Son circunstancias atenuantes:

Inferioridad síquica

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

Exceso de las causas de justificación

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

Estado emotivo

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

Arrepentimiento eficaz

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

Reparación del perjuicio

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

Preterintencionalidad

- 6°. No haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad.

Presentación a la autoridad

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

Confesión espontánea

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

Ignorancia

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

Dificultad de prever

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

Provocación o amenaza

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

Vindicación de ofensas

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

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

Inculpabilidad incompleta

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

Atenuantes por analogía

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

3.8. Agravantes del delito

Las agravantes del delito son las condiciones que concurren en la comisión de un delito y aumentan la responsabilidad criminal del hecho y, por lo tanto, de la pena. De esa forma, se imputa un mayor reproche penal cuando se dan determinadas circunstancias objetivas o subjetivas.

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

Motivos fútiles o abyectos

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

Alevosía

- 2º. Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía, cuando se comete el delito empleando medios, modos o formas, que tiendan directa o especialmente a asegurar su ejecución, sin riesgo que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido; o

cuando éste, por sus condiciones personales o por circunstancias en que se encuentre, no pueda prevenir, evitar el hecho o defenderse.

Premeditación

- 3º. Obrar con premeditación conocida.

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

Medios gravemente peligrosos

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

Aprovechamiento de calamidad

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

Abuso de superioridad

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

Ensañamiento

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

Preparación para la fuga

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

Artificio para realizar el delito

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

Cooperación de menores de edad

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

Interés lucrativo

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

Abuso de autoridad

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

Auxilio de gente armada

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

Cuadrilla

14. Ejecutar el delito en cuadrilla.

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

Nocturnidad y despoblado

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

Menosprecio de autoridad

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

Embriaguez

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

Menosprecio al ofendido

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

Vinculación con otro delito

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

Menosprecio del lugar

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

Facilidades de prever

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

Uso de medios publicitarios

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

Reincidencia

23. La de ser reincidente el reo.

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

Habitualidad

24. La de ser el reo delincuente habitual.

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

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



CAPÍTULO IV

4. La responsabilidad penal por negligencia en el ejercicio de la actividad médica

El tema relacionado con la mala práctica médica ha cobrado mayor auge en las sociedades modernas. Con ello, se trata del fortalecimiento de los diversos criterios de responsabilidad ante los daños en general que se le ocasionen a terceras personas en el ejercicio de las profesiones en general; y en especial, en el campo de la medicina.

Es de mencionarse que tanto los pacientes como los mismos consumidores de los servicios profesionales de la medicina y los médicos pueden encontrarse inmersos en diversas gestiones de orden administrativo, o judiciales, de carácter tanto penal como civil. Por ende, la mala práctica médica se presenta cuando ocurre un daño en la salud de una persona, como efecto del accionar profesional llevado a cabo debido a la imprudencia, impericia, negligencia, por el no cumplimiento de las normas jurídicas correspondientes o por la falta de los deberes profesionales.

4.1. La responsabilidad médica

La responsabilidad médica puede ser.

- a) Objetiva: de conformidad con sus efectos.



- b) Subjetiva: en función de la misma comprobación del dolo o de la mala fe.
- c) Contractual: cuando deriva de un determinado convenio entre las partes, o sea, entre el paciente y el médico.
- d) Extracontractual: si no deriva de un determinado acuerdo entre las partes relacionadas.
- e) Responsabilidad civil: es la que se presenta cuando existe una situación en la cual hay un daño o culpa, dando lugar a una indemnización pecuniaria.
- f) Responsabilidad penal: es la que ocurre cuando el derecho penal o criminal tipifica la conducta respectiva como delito.

4.2. Elementos incidentes para la imputación de la responsabilidad médica

Son los siguientes:

- a) Tipicidad: es equivalente a que el derecho penal la tipifique.
- b) Antijuricidad: cuando se transgreden las normas jurídicas.
- c) Culpabilidad: en el evento de que la conducta se lleva a cabo con culpa no con dolo.



La culpa es aquella que se presenta cuando existe negligencia, descuido, desatención, impericia o bien imprudencia. Se tiene que agregar que la falta contra el deber de cuidado debe tener en las labores profesionales los medios para evitar daños a terceros.

- d) *Lex artis* médica: es referente a las reglas reguladoras de los médicos.
- e) Acto médico: se encuentra circunscrito a la actuación que concreta la relación entre médicos y pacientes abarcando para el efecto la promoción de la salud, prevención de las enfermedades, su respectivo diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, cuidados de la salud de modo permanente hasta la defunción del respectivo paciente.

4.3. Derechos del paciente

De acuerdo con el desarrollo de la ideología de los derechos humanos, también se tienen que enunciar los derechos del paciente de la siguiente forma:

- a) Que se le proporcione la información adecuada sobre el estado de su salud.
- b) Que se le otorgue una buena atención médica.
- c) Que se le permita o no, la aceptación del tratamiento médico correspondiente, con fundamento en la información respectiva con certeza y veracidad.

- d) Que se le de a su información médica el tratamiento de confidencialidad respectivo.
- e) Recibir información clara, concisa y oportuna en relación a sus derechos y deberes, así como también sobre la manera correcta de ejercitarlos.
- f) Ser informados del nombre, los apellidos, el grado profesional y el puesto que desempeña el personal de salud que les brinda atención.
- g) Recibir la información necesaria y con fundamento en ella, brindando o no su autorización para que les administren un determinado procedimiento o tratamiento médico.
- h) Recibir, sin distinción alguna, un trato digno con respeto, consideración y amabilidad.
- i) Recibir atención médica con la eficiencia y diligencia debidas.
- j) Ser atendidos sin dilatación en situaciones en emergencia.
- k) Ser atendidas puntualmente de conformidad con la cita recibida.
- l) Negarse a que examinen o les administren tratamiento a excepción de situaciones excepcionales o de emergencias previstas en otras leyes.

- m) Obtener el consentimiento de un representante legal cuando sea posible y legalmente pertinente, si el paciente se encuentra inconsciente o no puede expresar su voluntad. Si no se dispone de un representante legal y se necesita con urgencia la intervención médica, se tiene que suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea con base en lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior.
- n) Aceptar o rechazar la proposición para participar en estudios de investigación clínica.
- ñ) Tener acceso a su expediente clínico y a que se le brinde una copia.
- o) Recibir atención en un ambiente limpio, seguro y cómodo.
- p) Hacer que se respete el carácter confidencial de su historia clínica y de toda la información relativa a su enfermedad salvo cuando, por ley especial, deba darse noticia a las autoridades sanitarias. En casos de docencia, las personas usuarias de los servicios de salud deberán otorgar su consentimiento.
- q) Disponer en el momento que lo consideren conveniente la donación respectiva.
- r) Presentar reclamos ante las instancias correspondientes de los servicios de salud, cuando se hayan lesionado sus derechos.

- s) Hacer uso de sus efectos personales durante el internamiento, con sujeción a las reglas del establecimiento, siempre que con ello no se lesionen los derechos de otros pacientes.
- t) Recibir una cuenta con el detalle y la explicación de todos los gastos en que se ha incurrido en su tratamiento, en el caso de pacientes no asegurados cuando acudan a consulta en los servicios públicos.

4.4. Deberes de las personas usuarias de servicios de salud

Las personas usuarias de los servicios de salud tienen los deberes que a continuación se indican:

- a) Recibir una cuenta con el detalle y explicación de los gastos en que se ha incurrido en su respectivo tratamiento.
- b) Indicar los nombres de las personas que tendrán prioridad para visitas, si su estado les permite recibir visitas.
- c) Proporcionar la información mayormente completa posible en relación a su estado de salud, enfermedades anteriores, hospitalizaciones, medicamentos y otras condiciones relacionadas con su salud.

- d) Cumplir con las instrucciones e indicaciones que les brinde, en forma adecuada, el personal de salud.
- e) Responsabilizarse por sus acciones u omisiones cuando no sigan las instrucciones de su proveedor del cuidado médico.
- f) Respetar los derechos del personal y de los demás usuarios de los servicios de salud.
- g) Cualesquiera otras obligaciones que se establezcan en otras disposiciones legales.

4.5. Compromiso con los pacientes

“Hipócrates fue uno de los padres de la medicina y su juramento encuentra su configuración en una auténtica carta de derechos y deberes de los médicos, basados en el respeto y en el compromiso hacia los pacientes, de tratarlos con el mejor conocimiento médico”.²⁰ La Declaración de Ginebra representa en la actualidad una actualización del juramento hipocrático relacionado con la responsabilidad profesional médica propuesta por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial sobre la responsabilidad profesional médica y tiene por finalidad la creación de una base moral para todos los médicos, al lado de recoger todos los valores.

²⁰ Pérez Alono, Joel Eduardo. **Responsabilidad médica**. Pág. 75.

En la misma se declara que, como miembros de la profesión médica, estos prometen solemnemente dedicar su vida al servicio de la humanidad, velar por la salud de los pacientes, así como respetar su autonomía y dignidad, no permitiendo que la edad, enfermedad, incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, raza o la afiliación política se interpongan en sus deberes, aparte de que se guarden y respeten los secretos que se les hayan confiado.

4.6. Responsabilidad penal por negligencia en el ejercicio de la actividad médica en la sociedad guatemalteca

El vocablo responsabilidad es proveniente del latín *respondere* que se interpreta como encontrarse obligado; en otros términos, de conformidad con el significado quiere decir deuda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

Fundamentado en ello, la responsabilidad médica puede ser definida como la obligación que tienen los profesionales de la salud, de dar cuenta ante la sociedad, por los actos llevados a cabo en su práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean adversos a sus deberes, por el incumplimiento de los medios y cuidados adecuados en la asistencia del paciente, pudiendo adquirir a veces, relevancia jurídica y que de estos actos pudieran derivar consecuencias como los daños en el cuerpo humano o en la salud, o bien en la muerte de los pacientes que se encontraban bajo su asistencia.

El Artículo 10 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula: “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 los establece como consecuencia de determinada conducta”.

“La exigencia de la responsabilidad a los profesionales médicos se remonta a la antigüedad. Ello, desde el primer texto deontológico, el Código de Hammurabi y en las leyes de diversas culturas, tanto griega como romana y egipcia se hace mención del comportamiento médico, incluyendo graves sanciones cuando la conducta del facultativo reportaba algún daño a la persona”.²¹

La profesión médica tiene como principal finalidad poner todos los medios a su alcance para sanar o aliviar en la medida de lo posible a los pacientes. Pero, en la actualidad la medicina consiste en una de las actividades más expuesta al riesgo de acciones de indemnización. Actualmente, muchos profesionales se encuentran con diversas dificultades durante el cumplimiento de sus responsabilidades producto de asuntos sanitarios, de la presión asistencial que padece el colectivo, entre otros factores. Ello, en algunas ocasiones puede traer consigo la toma de decisiones equivocadas o a la provocación de eventos adversos que pongan en riesgo la salud del paciente.

²¹ Moreno Pocasangre, Vivian Lucero. **Negligencia médica**. Pág. 111.

Por delito culposo se entiende en el Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 12: “El delito es culposo con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia.

Los hechos culposos son punibles en los casos expresamente determinados por la ley”.

Por su parte, el tiempo de comisión delictiva está regulado en el Artículo 19 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “El delito se considera realizado en el momento en que se ha ejecutado la acción. En los delitos de omisión en el momento en que debió realizarse la acción omitida”.

El delito se toma en consideración llevado a cabo en el lugar en donde se ejecutó la acción, en todo o en parte, en donde se produjo o debió producirse el resultado y en los delitos de omisión, en el lugar donde debió cumplirse la acción que haya sido omitida.

Los responsables penalmente son los autores y los cómplices. El Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 36: “Son autores:

- 1º. Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito.
- 2º. Quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.
- 3º. Quienes cooperan a la realización del delito, ya sea en su preparación o en su ejecución, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer.
- 4º. Quienes habiéndose concertado con otro u otros para la ejecución de un delito, están presentes en el momento de su consumación”.

El error médico no siempre equivale a una responsabilidad de la profesión, debido a que la medicina no es una ciencia exacta. Si bien el médico no tiene la obligación permanente de actualizar sus conocimientos, debido a que su responsabilidad se exige de conformidad con la formación que disponga en el momento en el que se le juzga.

En dicho sentido, la OMS señala que los eventos adversos a una atención poco segura son probablemente una de las causas principales de muerte y discapacidad en el mundo, al mismo tiempo que se precisa que a nivel mundial cuatro de cada diez pacientes padecen daños en la atención sanitaria primaria y ambulatoria. Los errores mayormente perjudiciales se encuentran relacionados con el diagnóstico, prescripción y el uso de medicamentos.

También, es de anotarse lo regulado en el Artículo 38 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Responsabilidad penal de personas jurídicas. En lo relativo a personas jurídicas se tendrá como responsables de los delitos respectivos a directores, gerentes, ejecutivos, representantes, administradores, funcionarios o empleados de ellas, que hubieren intervenido en el hecho y sin cuya participación no se hubiere realizado éste y serán sancionados con las mismas penas señaladas en este Código para las personas individuales”.

La responsabilidad médica puede indicarse que es un tema de actualidad y una de las materias jurídicas de mayor desarrollo teórico con gran repercusión en la salud, tanto en la práctica asistencial, como en la economía de las instituciones. Por ello, en las últimas

décadas ha adquirido mayor impulso, como respuesta a los cambios sociales y culturales, al aumentarse la expectativa de vida y resolver de manera progresiva una mayor cantidad de situaciones críticas, instalándose en el inconsciente colectivo, la idea de que la muerte o la enfermedad deben obedecer a una falla de la medicina y, en consecuencia tener un responsable.

“Los cambios en la forma de prestación asistencial y en la complejidad de la labor modifican cualitativamente la relación del médico y del paciente, despersonalizándose. El cambio de paradigma, desde el paternalismo médico a la autonomía del paciente se presenta en relación al médico-paciente y es favorecedor del cuestionamiento del médico y estimula el reconocimiento de los derechos del paciente”.²²

Como resultado de los cambios mencionados con anterioridad, la práctica médica se encuentra indisolublemente ligada al derecho, por lo que la seguridad del paciente y el riesgo de reclamaciones por presunta mala práctica por parte del profesional de la salud hacia un paciente, ya sea en la consulta privada o en un servicio de salud pública, ha aumentado en los últimos tiempos, lo cual hace que la responsabilidad profesional sea en la actualidad un tema de importancia de primer orden en el campo de la medicina.

Los aspectos en relación con la responsabilidad médica y el aumento de las demandas por resultados adversos y por negligencias médicas son temas que se han encontrado siempre presentes en el ejercicio de la medicina, con una exacerbación en los últimos tiempos,

²² Zugaldia Espinoza, Jorge Daniel. **La responsabilidad médica**. Pág. 213.

generando con ello un incremento de costos y preocupación en el ámbito de los servicios de salud.

Para evitar una mala práctica, se hace necesaria la aplicación de todos los esfuerzos necesarios para la creación de condiciones y mecanismos que sean capaces de la contribución de la disminución de esos malos resultados.

La prevención consiste en uno de los pilares esenciales para la disminución del origen de demandas por responsabilidad profesional. Con respecto a ello, es necesario hacer el señalamiento de que existen diversos factores para la disminución de los problemas legales que padecen los profesionales de la salud en el ejercicio diario.

Algunos de ellos, no están relacionados de manera directa con la práctica asistencial en sí misma, son mayormente difíciles de resolver y son los llamados factores de tipo no asistencial, los cuales abarcan a aquellos generados por las formas de organización en el sistema de prestación de salud; los medios de comunicación; los abogados; la sociedad; el sistema educativo; los avances tecnológicos; garantizar el buen resultado; no requerimiento u omisión del consentimiento informado, redacción inadecuada de las historias clínicas, archivo incorrecto de la documentación y inadecuada relación de profesional y paciente.

La responsabilidad penal médica tiene lugar cuando sucede un delito o infracción dentro del ejercicio sanitario, planteándose para el efecto la importancia del estudio del tema

desarrollado para determinar la mala práctica médica en el país, así como garantizar sanciones a los médicos responsables de su comisión.

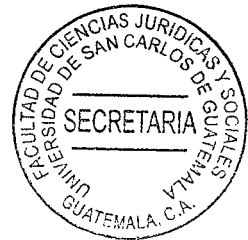


CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Los casos de mala práctica médica y de responsabilidad penal surgen cuando un paciente es perjudicado o se considera que fue damnificado por un médico, enfermera u otro profesional de la medicina, quien falló en indicar o aplicar el tratamiento adecuado para la atención de su salud. Esa negligencia médica se caracteriza porque quien proporcionó la atención actuó de forma negligente, imprudente o con impericia, implicando que esta persona no era competente o razonablemente hábil perjudicando al paciente.

El diagnóstico y la medicación erróneos representan un elevado porcentaje de las reclamaciones en las demandas por negligencia médica. Cuando un médico falla en diagnosticar una enfermedad grave o bien no ha acertado al indicar el tratamiento y los medicamentos correctos, el paciente puede perder oportunidades de evitar una serie de complicaciones, así como de daños colaterales y sus consecuencias.

La responsabilidad médica se deriva del actuar de un profesional, de la no observancia de un reglamento en el trabajo, de una infracción a un ordenamiento administrativo, o de una norma penal, cuyas consecuencias jurídicas van a ser distintas en cada uno de los respectivos casos. El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social recomienda que los profesionales de la medicina deberán contar con un seguro obligatorio a contratar por cualquier eventualidad que pueda suscitarse tanto en hospitales privados como en las instituciones asistenciales del país, para así poder resarcir y compensar las demandas por negligencia médica en Guatemala.





BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. **Introducción a la teoría jurídica del delito**. 3ª. ed. Valencia, España: Ed. Dykinson, 1999.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. **Principios de derecho penal**. 4ª. ed. Valencia, España: Ed. Jurídica, 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal**. 6ª. ed. Barcelona, España: Ed: Malaré, 2011.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Altense, 1997.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español**. 2ª. ed. Madrid, España: Ed. UNED, 1984.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de derecho penal**. 2ª. ed. Barcelona, España: Ed. Ariel, 2002.

MACHADO RUIZ, Sergio Alexander. **Protección al paciente**. 2a. ed. Madrid, España: Ed. Temis, 1995.

MORENO POCASANGRE, Vivian Lucero. **Negligencia médica**. 2ª. ed. México, D.F.: Ed. UNAM, 2009.

PÉREZ ALONSO, Joel Eduardo. **Responsabilidad médica**. 3a. ed. Barcelona, España: Ed. Tecnos, 1999.

PORTILLO CONTRERAS, Mario Efraín. **El problema de la mala práctica hospitalaria**. 3ª. ed. México, D.F.: Ed. UNAM, 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Curso de derecho penal**. 4ª. ed. Barcelona, España: Ed. Tecnos, 1991.



RAMOS TAPIA, Carlos Enrique. **Elevados índices de mortalidad hospitalaria por negligencia médica.** 3ª. ed. Madrid, España: Ed. Dykinson, 2009.

TORRES HERRERA, Helmuth. **Fundamentos médicos.** 5ª. ed. Madrid, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

ZUGALDIA ESPINOZA, Jorge Daniel. **La responsabilidad penal médica.** 4ª. ed. Madrid, España.: Ed. Temis, 2012.

Legislación:

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

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

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