

3305)

4

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**BREVE ANALISIS DE LA FALTA CONTRA LAS PERSONAS
CONTENIDO EN EL ARTICULO 483, INCISO 8 DEL CODIGO
PENAL Y UNA PROPUESTA PARA CONVERTIRLA EN DELITO
COMETIDO CONTRA LOS MENORES DE EDAD**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OSCAR CORONADO MARTINEZ

Previo a Optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Septiembre de 1997

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central



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

ECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
OCAL I	Lic. Saulo De León Estrada
OCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
OCAL III	Lic. William René Méndez
OCAL IV	Br. Homero Iván Quiñónez Mendoza
OCAL V	Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel
SECRETARIO	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

ECANO	
en funciones)	Lic. Cipriano Francisco Soto Tobar
XAMINADOR:	Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales
XAMINADOR:	Lic. Herold Vitelio Fuentes Mérida
XAMINADOR:	Licda. Iliana Maribel Méndez Alvarado
SECRETARIO:	Lic. José Luis Aguilar Méndez

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



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Secretaría, Zona 13
Centrosamérica

Lic. José Francisco de Mata Vela
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifiestarle que, por resolución emanada de esa Decanatura, se me designó como Asesor de Tesis del Bachiller OSCAR CORONADO MARTÍNEZ, quien elaboró el trabajo intitulado: BREVE ANALISIS DE LA FALTA CONTRA LAS PERSONAS CONTENIDO EN EL ARTICULO 483, INCISO 8 DEL CODIGO PENAL Y UNA PROPUESTA PARA CONVERTIRLA EN DELITO COMETIDO CONTRA LOS MENORES DE EDAD.

El trabajo presentado por el Bachiller Coronado Martínez, se encuentra a mi juicio bien concebido y toca aspectos bastante interesantes entre los cuales se puede mencionar: Aspectos Generales del Delito y las Contravenciones o Faltas, una crítica al Libro Tercero de nuestro Código Penal, un análisis de la Legislación que protege a las menores de edad, para finalizar con una propuesta de convertir una falta contra las personas, entendiéndose menores de edad, en un delito, llegándose a una serie de conclusiones y recomendaciones valideras.

En consecuencia se emite DICTAMEN FAVORABLE, en vista de que el trabajo en mención cumple con los requisitos establecidos en el Reglamento Técnico Profesional y Público, que regula este tipo de exámenes, por lo que puede continuarse con el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo del señor Decano deferentemente,

"DÉ Y ENSEÑAD A TODOS"

[Handwritten signature]



850-97
[Handwritten initials]

Guatemala, 12 de marzo de 1997.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

17 MAR. 1997

RECIBIDO
Horas *[Handwritten]* 35
OFICIAL *[Handwritten]*



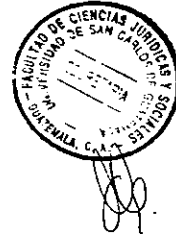
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad, Zona 12
1a. Calles, Centroamérica

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
JEFES DE DEPARTAMENTO

8 APR 1997
RECIBIDO
Horas 17 minutos 35
Oficial *[Signature]*

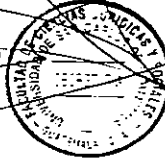


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, dos de abril de mil novecientos noventa y --
siete.-----

Atentamente, pase al LIC. CARLOS ESTUARDO GALVEZ BARRIOS,
para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del Bachi-
ller OSCAR CORONADO MARTINEZ y en su oportunidad emita el
dictamen correspondiente.-----

alhj.

[Signature]





197
A



3465-9701

Guatemala, 20 de agosto de 1997.

Señor Decano de la
Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. José Francisco de Mata Vela.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA
20 AGO 1997
REVISOR
BARRIOS
OFICIAL

Señor Decano:

De conformidad con lo ordenado por usted, procedí a revisar la tesis del Bachiller OSCAR CORONADO MARTINEZ, titulada BREVE ANALISIS DE LA FALTA CONTRA LAS PERSONAS CONTENIDO EN EL ARTICULO 483, INCISO 8 DEL CODIGO PENAL Y UNA PROPUESTA PARA CONVERTIRLA EN DELITO COMETIDO CONTRA LOS MENORES DE EDAD.

La investigación realizada por el Bachiller, OSCAR CORONADO MARTINEZ llena todos los requisitos establecidos en nuestra facultad para este tipo de trabajo.

En virtud de lo anterior, emito dictamen FAVORABLE, razón por la cual estimo puede ordenarse la impresión de tesis y el examen público correspondiente.

Atentamente,

"D Y ENSEÑAD A TODOS"

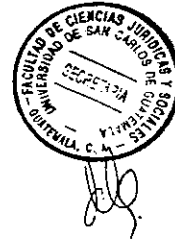
LIC. CARLOS ESTUARDO GALVEZ BARRIOS
REVISOR



D DE SAN CARLOS
GUATEMALA



D DE CIENCIAS
URICAS Y SOCIALES
veritaria, Zona 12
a, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:

Guatemala, veintiocho de agosto de mil novecientos noventa
y siete. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
Impresión del trabajo de Tesis del Bachiller OSCAR CORONADO
MARTINEZ intitulado "BREVE ANALISIS DE LA FALTA CONTRA LAS
PERSONAS CONTENIDO EN EL ARTICULO 483, INCISO 8 DEL CODIGO
PENAL Y UNA PROPUESTA PARA CONVERTIRLA EN DELITO COMETIDO
CONTRA LOS MENORES DE EDAD". Artículo 22 del Reglamento de
Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis.-----

alhj.

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]





ACTO QUE DEDICO

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Tricentenario y gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala.

Crisol donde se han forjado hombres ilustres, por haberme albergado en sus aulas y permitido realizarme hoy como profesional.

A MIS PADRINOS DE GRADUACION:
Lic. Francisco Cipriano Soto Tobar
Lic. Hugo Calderón
Lic. Arnoldo Izaguirre.



INDICE

	PAGINA
INTRODUCCIÓN	i
<u>CAPITULO I</u>	
NOCIONES GENERALES DEL DELITO	1
1 DELITO	1
1.1 Definiciones	1
2 CRITERIOS PARA DEFINIR EL DELITO	3
2.1 Criterio Legalista	3
2.2 Criterio Filosófico	3
2.3 Criterio Natural Sociológico	3
2.4 Criterio Técnico Jurídico	3
3 ELEMENTOS DEL DELITO	3
3.1 La Acción Humana o Conducta Humana	4
3.1.1. La Conducta Humana como Obrar Activo (Acción Positiva y/o Voluntaria)	5
3.1.2. La Conducta Humana como Obrar Pasivo y/o Involuntaria	5
3.2 La Tipicidad	6
3.3 La Antijuridicidad	9
3.4 La Culpabilidad	11
3.4.1 Teorías Sobre la Culpabilidad	12
Teoría Psicológica	12
Teoría Normativa	13
3.4.2 Formas de Culpabilidad	13

3.4	Elementos de la Culpabilidad	14
3.5	La Atribuibilidad	17
3.5.1	Casos de Exclusión de la Atribuibilidad	18

CAPITULO II

- LA TEORÍA DE LAS FALTAS O CONTRAVENCIONES DEL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL	23
a) Principio de Legalidad	24
b) Principio de Tipicidad	28
c) Principio de Exclusión de la Analogía	29
- POSICIÓN DEL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO EN RELACIÓN A LA TEORÍA GENERAL DE LAS FALTAS O CONTRAVENCIONES	32

CAPITULO III

- ASPECTOS LEGALES RELACIONADOS CON LOS MENORES DE EDAD	39
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA	39
- CONVENIO SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	40
- DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1959)	42
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD	47
- CÓDIGO DE TRABAJO	48
- CÓDIGO PENAL DE LA CORRUPCIÓN DE MENORES	49

CAPITULO IV

- ANÁLISIS DOCTRINARIO CRITICO DEL LIBRO TERCERO CÓDIGO PENAL	51
- LA ANTIJURIDICIDAD	52
a) Sistema del Hecho Material	53
b) Sistema de la Culpa	53
c) Sistema de la Inversión de la Prueba	53
- EL ELEMENTO PSICOLÓGICO DE LAS CONTRAVENCIONES O FALTAS	54
- ELEMENTOS	57
Elemento de Punibilidad	57
Elemento de las Contravenciones o Faltas	58
1. Nociones Generales	58

CAPITULO V

- BREVE ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS FALTAS CONTRA LAS PERSONAS CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 483, INCISO 8 DEL CÓDIGO PENAL Y UNA PROPUESTA PARA CONVERTIRLA EN UN DELITO COMETIDO CONTRA LOS MENORES DE EDAD	63
- BREVES CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA APLICACION DE LA LEY GUATEMALTECA	63
- CRITICA AL INCISO 8 DEL ARTÍCULO 483 DEL CÓDIGO PENAL	65
- ELEMENTOS QUE DEBERIAN DE CONCURRIR EN LA COMISION DEL DELITO CONTRA LA EXPLOTACION DE MENORES, CUANDO UN ADULTO SE HAGA ACOMPañAR DE LOS MISMIOS EN LA VAGANCIA O EN LA MENDICIDAD	66
- COMENTARIO GENERAL PREVIO A LA ENUMERACION DE LOS ELEMENTOS QUE DEBERIAN CONFORMAR EL DELITO	67
a) Sujeto Activo del Delito	67
b) Sujeto Pasivo del Delito	68

c)	Objetivo Material del Delito	68
d)	El Bien Jurídico Tutelado	69

CONCLUSIONES	71
---------------------	----

RECOMENDACIONES	73
------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	75
---------------------	----

INTRODUCCIÓN

Siempre se ha dicho y con justa razón, que en la niñez radica el futuro de un pueblo, tan es así que, a los menores de edad se les da un tratamiento especial.

A nivel mundial, ya en el año 1984 se dejó plasmado en el seno de las Naciones Unidas lo siguiente: " *La Humanidad debe al niño lo mejor que puede darle* ".

Lo anterior es parte de lo que fue la declaración de los Derechos del Niño, de la cual Guatemala es signataria.

En nuestra Guatemala hemos visto en lugares como el Obelisco, la Avenida de la Reforma, el sector denominado la Zona Viva, así como en el centro de la ciudad a niños, niñas y jóvenes, vendiendo flores desde horas matutinas hasta las nocturnas, así como otros objetos como dulces, chiclets, mientras que sus progenitores o bien personas sin ningún parentesco de ellos se ubican a pocos metros a observar como marcha el negocio y obtener sus ganancias, en algunos otros caso también se observa a menores cargando niñitos y solicitando limosnas.

Es así como nace nuestra inquietud de escribir el presente trabajo sobre tales aspectos ya que nuestro Ordenamiento Jurídico Penal contempla como una falta contra las personas el hacerse acompañar de menores de edad en la vagancia o en la mendicidad, pero por cuyo ilícito penal es sancionado el autor con un arresto que oscila de quince a cuarenta días, siendo conmutable dicha pena lo cual a nuestro juicio no es una sanción que sea acorde con el daño que se le ha ocasionado a los menores de edad, razón por la cual nos permitimos hacer una propuesta para convertir dicha falta en un delito para que exista una mayor protección de nuestra niñez.

En el Primer Capítulo tocamos lo relativo a lo que se debe entender por delito, y los elementos que lo conforman.

Mientras en el segundo Capítulo desarrollamos las diversas teorías de las faltas o contravenciones del Código Penal Guatemalteco y sus principios.

En el capítulo Tercero se analiza la regulación legal de los menores de edad en Guatemala, principiando por la Constitución Política de la República de Guatemala continuando con la Declaración de los Derechos del Niño, la defensoría de los Derechos de la Niñez, el Código de la Niñez y la Juventud, el Código Penal y el Código de Trabajo.

Luego presentamos un Cuarto Capítulo, el cual se refiere a un análisis doctrinario crítico de Libro Tercero del Código Penal, en el cual se exponen una serie de puntos de vista en cuanto a la posición de nuestro ordenamiento jurídico penal frente a la doctrina, para finalizar en un último Capítulo con el cual exponemos, la necesidad de regular las faltas contra las personas, contenidas en el artículo 433, inciso 8 del Código Penal como un delito contra los Menores de Edad

Esperamos que con el presente trabajo se contribuya aunque sea en una parte mínima a una protección más eficaz hacia los menores de nuestro pueblo y que no sigan siendo objeto de explotación.

EL AUTOR

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DEL DELITO

1.- EL DELITO

1.1 Definiciones

Indudablemente como uno de los puntos mas debatidos dentro de la doctrina Penal, es la definición de Delito; noción que es de suma importancia por cuanto la comisión del mismo será siempre la condición para que el Estado inicie la investigación correspondiente, con el objeto de establecer si se ha cometido un hecho calificado como ilícito penal.

En la antigua Roma, encontramos que se hablaba de "Noxa" o "Noxia", que significaba Daño, con el correr del tiempo, en este imperio y en una época ya mucho mas culta. al referirse a la acción penal, se utilizaron las palabras tales como: Flagitium, Facinus, Crimen, Delictum entre algunas.

En el Derecho Penal Moderno, ya se utilizan medios de expresión, para referirse a lo que se entiende por delito, palabras tales como: Delito, Crimen, Conducta Delictiva, Hecho Criminal, Ilícito Penal.

Visto lo anterior y reiterando lo que indicáramos al principio en el sentido de que existen diversas definiciones de lo que es Delito, y en vista de que es una de las cuestiones mas debatidas en el Derecho Penal, así como que cada Escuela ha tratado de crear o hacer su propia definición, tenemos por ejemplo que: para el tratadista Sebastián Soler, Delito significa: "Es una acción típicamente antijurídica, típica, culpable y adecuada a una figura penal" (1)

Para el extinto profesor Universitario guatemalteco, Jorge Alfonso Palacios Motta, significó: " Es un acto del hombre (positivo o negativo), legalmente típico, antijurídico, culpable imputable a un sujeto responsable, en ocasiones previa determinación de condiciones objetivas de punibilidad y al cual se le impone una penal y/o una medida de seguridad " (2)

1) Soler Sebastián Derecho Penal Argentino tomo I. Tipografía Editora Argentina Buenos Aires 1977 Pag. 208
2) Palacios Motta, Jorge Alfonso Apuntes de Derecho Penal. Volumen II. Impresiones Gardisa. Guatemala. 1980
Pag. 18

Para el Español Eugenio Cuello Calón, delito lo define así: "es la acción antijurídica, típica, culpable, sancionada por la ley" (3)

Finalmente citaremos lo que al respecto nos expone el tratadista Luis Jiménez de Asúa, citado por Guillermo Cabanellas, de quien consideramos nos expresa una definición de las más completas y que reza así "es el acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena conforme a las condiciones objetivas de punibilidad" (4)

Haciendo un desglose de esta última definición tenemos que, se dice que es un acto y el mismo abarca la acción como la omisión, formas ambas de manifestación espontánea y motivada de la voluntad. la manifestación voluntaria ha de originar un resultado. y entre aquella y este ha de haber necesaria relación de causalidad. Para que este acto, humano y con efecto, resulte delictivo, ha de estar descrito en el Código Penal, o en cualquier otra norma vigente represiva también ha de ser típico. Aun inserto un acto típico en la ley, bien puede no ser constitutivo de delito, sino es antijurídico; en vista de que por ejemplo la muerte o el fallecimiento de un ser puede encontrarse plenamente justificada como en guerra, en legítima defensa o al ejecutar a un reo condenado a la pena capital. Concurriendo en el acto la tipicidad y la antijuridicidad, cabe que el agente no sea imputable, por desconocer la idea de deber o no tener el dominio de sus facultades mentales como en el caso de locura o si se trata de un niño de cortísima edad. Aun incurriendo la imputabilidad normal, resulta posible que el hecho no sea culpable, por haberse causado sin dolo ni culpa, por simple caos fortuito. tal y como lo expone el Doctor Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, del cual hemos extractado algunas de las ideas antes plasmadas.

3) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo: Editorial Bosch. Barcelona. 1975. Pág. 291
4) Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo: Editorial Heliasta. 1977. Argentina. Pags. 603 y 604

CRITERIOS PARA DEFINIR EL DELITO

Posteriormente después de haber expuesto las diversas definiciones en tanto a lo que se debe entender por delito, pasaremos, por estimar necesario el designar los diversos criterios existentes para definir el delito.

En este orden de ideas tenemos los siguientes criterios:

2.1 Criterio Legalista

"Es la infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, Positivo o negativo, imputable y políticamente dañoso" (5)

2.2. Criterio Filosófico

"Una acción contraria a la moral y a la justicia" (6)

2.3. Criterio Natural Sociológico

"Acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado". (7)

2.4. Criterio Técnico-Jurídico

"Es una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad" (8)

E.- ELEMENTOS DEL DELITO

Con anterioridad, se abordó, las distintas definiciones del delito, de las cuales estimamos que las mismas contienen una serie de elementos positivos del mismo, los cuales por lógica son necesarios para su conformación. En continuación nos vamos de referir a dichos elementos.

5) De León Velasco, Héctor Anibal, De mata Vela, José Francisco.- Curso de Derecho Penal- Guatemalteco. 2da. Edición Editorial Art. 1969. Pag. 128 a 132
 6) ibidem
 7) ibidem
 8) ibidem

3.1. La Acción o Conducta Humana

A decir el Profesor Enrique Bacigalupo, al referirse a la "acción", "Las normas del derecho penal tienen por objeto acciones humanas: se refieren tanto a la realización de una acción en sentido estricto (como comportamiento activo) como a la omisión de un comportamiento determinado. El concepto de acción es común también a la realización de una acción dirigida a la lesión del bien jurídico y la que se lleva a cabo sin esa dirección, pero sin el cuidado debido" (9)

Continua manifestando el autor antes citado que, "la función del concepto de acción, no es otra que la de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal. En este sentido el concepto de acción establece las formas de determinación de un suceso por parte de un ser humano, por lo que no puede ser sino una abstracción. Qué debe entenderse por la determinación relevante para lo ilícito de un suceso, dependerá precisamente del concepto de ilícito que se adopte. A diferencia de lo que se pensaba en los años de la gran discusión en torno a la teoría finalista de la acción es el concepto de ilícito el que determina que elementos constituyen circunstancias relevantes para este juicio. Un concepto causal de lo ilícito tendrá una teoría causal de la acción. Por el contrario, un concepto personal de lo ilícito requeriría un concepto de acción que no se identifique con la mera acusación del resultado" (10)

Nos indica además que, "el concepto de acción debe tener caracteres que no excluyan ad-initio la posibilidad eventual de afirmar que ese comportamiento es culpable. Por lo tanto la acción se define como un comportamiento exterior evitable es decir que el autor hubiera podido evitar si se hubiera motivado para hacerlo. Un comportamiento es evitable cuando el autor tenía la posibilidad de dirigirlo a un fin determinado por el mismo" (11)

Después de haber plasmado la anterior explicación filosófica de lo que es la acción, consideramos conveniente citar una definición que al respecto nos presenta el Licenciado Cruz Armando Choc Subyuc, quién en su tesis de graduación al

99) Bacigalupo Enrique Lineamientos de la Teoría del Delito. 5ta. Edición 1995. Pág. 27
 10) Ibidem
 11) Ibidem

respecto nos indica: " Es la conducta humana en su forma de manifestarse , en su forma voluntaria o involuntaria, ya sea que esa manifestación sea positiva o negativa, que produzca modificación exteriorizada ya sea mediante actuación o una omisión y que dicha conducta este contenida en la ley" (12)

3.1.1. La Conducta Humana como Obrar Activo (Acción Positiva y/o Voluntaria)

Se ha dicho que la Acción, se refiere a la actividad humana, externa y que esté prevista en la ley, y para tales efectos daremos una breve explicación en cuanto a este aspecto así: Requiere un acto voluntario, o sea que la conducta humana necesariamente tiene que ser producto de la conciencia y voluntad del actuante.

Que el acto corporal externo produzca una modificación del mundo exterior, ya que los pensamientos por ejemplo no están penados por la ley, si no se manifiestan al mundo exterior.

Que el acto esté previsto en la ley como delito.

3.1.2. La Conducta Humana como Obrar Pasivo (Acción Negativa y/o Involuntaria)

Se requiere una inactividad voluntaria, ya que la omisión es una forma de manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva, en un no hacer.

Se requiere la existencia del deber jurídico de obrar, o sea que no toda inactividad (voluntaria o involuntaria) constituye una omisión penal, es necesario que para que esta exista, que la norma penal ordene ejecutar un hecho y que el agente no lo haga, si el agente no tiene el deber jurídico de actuar, no hay omisión y por ende tampoco existe delito.

3.2. La Tipicidad

En nuestro país, cuando nos referimos a la tipicidad, estamos expresando la idea de que es un elemento del delito, mientras que al hablar de tipificar nos circunscribimos a todo aquello que se trata de adecuar la conducta humana a la norma legal.

Dicho lo anterior y siempre citando lo expresado por el Profesor Enrique Bacigalupo, quien al referirse al elemento de la Tipicidad nos explica: "El tipo penal es un concepto jurídico producto de la interpretación de la ley penal. En este sentido el tipo es la descripción de la conducta prohibida por una norma. A esta descripción deberá ajustarse un hecho concreto para que pueda sostenerse que es típico. En este caso diremos que el hecho se subsume bajo el tipo penal que estemos considerando.

Este tipo penal se denomina tipo de la adecuación y se diferencia de otros conceptos de tipo por su amplitud. En efecto, el tipo garantía contiene todos los elementos que, de acuerdo con el principio de legalidad, condicionan la aplicación de una pena y que puedan no caer dentro del tipo de la adecuación (por ejemplo, El desistimiento en la tentativa; la instancia privada en el estupro, Cod. C. Rica, Art. 81 bis, El Salvador, Art. 213, Guatemala, Art. 197; Nicaragua, Art. 207; Honduras, Art. 152)" (13)

Este mismo autor al referirse a la finalidad práctica de la teoría del tipo penal nos dice: "consiste en permitir establecer que la acción realizada es la acción prohibida por la norma y sancionada con pena por la ley. Para ello, la teoría del tipo procede descomponiendo cada uno de los elementos que integran la descripción.

El elemento fundamental de la descripción es la acción. Según que el delito se agote en la acción corporal o requiera una consecuencia que es producto de la misma se distinguen:

12) Choc, Subyudó, Cruz, Armando. La Incidencia del Dato de País Testimonio tomado en el Proceso Penal. Guatemala: Tesis de Graduación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Ediciones Martín 1994. Pág. 11

13) Bacigalupo, Enrique. Op. Cit. Pág. 26

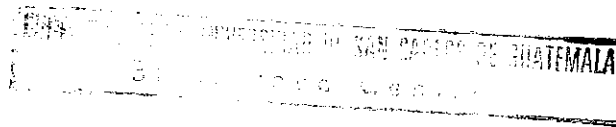
Delitos de Actividad (p. ej. Violación de Domicilio. C. Rica, Art. 204; Guatemala, Art. 206; Nicaragua, Art. 244; Panamá, Art. 163; Salvador, Art. 228; Honduras Art. 202)

Delitos de Peligro, en los que se requiere que la acción haya puesto en peligro al bien jurídico (Delitos de Peligro Concreto: p.ej. C. Rica, Art. 246; Guatemala, Art. 302; Nicaragua, Art. 331;

Este mismo autor al referirse a la finalidad práctica de la teoría del tipo penal nos dice: "consiste en permitir establecer que la acción realizada es la acción prohibida por la norma y sancionada con pena por la ley. Para ello, la teoría del tipo procede descomponiendo cada uno de los elementos que integran la descripción.

El elemento fundamental de la descripción es la acción. Según que el delito se agote en la acción corporal o requiera una consecuencia que es producto de la misma se distinguen:

- Delitos de Actividad (p. ej. Violación de Domicilio. C. Rica, Art. 204; Guatemala, Art. 206; Nicaragua, Art. 244; Panamá, Art. 163; Salvador, Art. 228; Honduras Art. 202)
- Delitos de Peligro, en los que se requiere que la acción haya puesto en peligro al bien jurídico (Delitos de Peligro Concreto: p.ej. C. Rica, Art. 246; Guatemala, Art. 302; Nicaragua, Art. 331; Honduras, Art. 265; Panamá, Art. 246; Salvador, Art. 292) o que sin haber puesto el Bien Jurídico en peligro real sea peligrosa para el mismo (Delito de Peligro Abstracto: p.ej. C. Rica, Art. 271; Guatemala, Art. 394; Nicaragua, Art. 493; Panamá, Art. 257; Honduras, el último párrafo del Art. 336 y el 338)
- Delitos de Lesión en los que la acción debe haber causado la lesión del bien jurídico mediante la ocasionada a un determinado objeto de la misma (p.ej. C. Rica, Art. 123 y sgtes.; Guatemala, Art. 145 y sgtes.; Nicaragua, Art. 137 y Sgtes.; Panamá, Art. 135 y sgtes.; Salvador, Art. 170 y sgtes. Honduras, Art.



133 y sgtes.; integridad corporal y salud tiene lugar a través de la lesión que produce con el objeto protegido, el cuerpo de una persona" (14)

Siempre y en este mismo orden de ideas expondremos que no todos los delitos pueden ser cometidos por cualquier persona que tenga acción, así resulta que, en los casos de prevaricato, malversación de fondos, solamente pueden ser cometidos por Funcionarios o empleados públicos, y por esa circunstancia se les denominan "Delitos Especiales".

Estos delitos especiales, se dividen en Delitos Propios o Impropios. A decir del autor que hemos venido citando, se denominan Propios: "Cuando la característica especial del autor es el fundamento de la punibilidad (p.ej. El Prevaricato) ; la acción solo es delito si la realiza el sujeto específico. Por el contrario son Delitos Especiales Impropios cuando la característica especial de autor no es fundamento de la punibilidad sino una circunstancia que agrava o atenúa la pena (p.ej. El Parricidio: todos pueden cometer un homicidio pero la acción de matar es cometida por un ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima e hecho será más grave)" (15)

Después de todo lo antes expuesto, estimamos pertinente el plasmar una definición concreta de este elemento del delito, y para tales efectos plasmamos e que al respecto nos señala el penalista mexicano Carranca y Trujillo, y que reza así "el tipo no es otra cosa que la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal" citando a Jiménez de Asua, recalca que el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que se cataloga en la ley como delito. Y la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto" (16).

14: Bacigalupo, Enrique Op. Cit. Pág. 20.
 15: Ibídem Pág. 31.
 16: De León Velasco y De María Vela. Op. Cit. Págs. 155 y 157.

3.3 La Antijuridicidad

Otro de los elementos que configuran el delito, es el denominado "Antijuridicidad" es decir lo puesto al derecho por decirlo en una forma muy generalizada. Sobre este elemento al igual que los anteriores se han vertido una serie de corrientes doctrinarias, tesis y posturas que mas adelante nos referiremos.

Siguiendo el mismo orden que hemos expuesto con anterioridad en cuanto a los elementos del delito diremos que, para Bacigalupo, "el elemento de lo ilícito es la ausencia de justificación, es decir, la antijuridicidad, la antijuridicidad de una acción típica depende de que la realización de la acción típica no resulte amparada por una causa de justificación. El número de causas de justificación no puede precisarse. Se trata de un catálogo abierto que proporciona no solo el derecho penal, sino todo el ordenamiento jurídico. Las mas significativas causas de justificación son el estado de necesidad justificante y la defensa necesaria (o legitima defensa).

La relación existente entre la tipicidad y la antijuridicidad es discutida. La opinión dominante considera que la tipicidad y la antijuridicidad son dos planos de análisis diferentes que no deben mezclarse. La tipicidad, se dice, es solo un indicio de la antijuridicidad: la comprobación de la tipicidad, no implica todavía la afirmación de la antijuridicidad del hecho. En la práctica esto significa que para determinar la tipicidad no entra en consideración el problema de la justificación: una acción justificada (p.ej. por qué el autor obró en legitima defensa) es típica porque la tipicidad se determina con independencia de la antijuridicidad. (17)

Este mismo autor, en su obra Lineamientos de la Teoría del Delito nos manifiesta más adelante que, " La realización del tipo no es suficiente como vimos para establecer la ilicitud del comportamiento. Esta requiere que la realización del tipo no esté especialmente autorizada, es decir que sea antijurídica. En otras palabras, la cuestión de la antijuridicidad no es otra que la de saber si la realización del tipo está o no amparada por una causa de justificación.

17) Bacigalupo, Enrique O. C. Pág. 54

La expresión "antijuridicidad" para expresar esta problemática no resulta, por lo tanto, ser la más adecuada. Presupone una teoría del delito en la que la realización del tipo no tenía significación respecto al ordenamiento jurídico y solo su falta de autorización especial era determinante del ilícito. En la actualidad es preferible hablar de "justificación". Con ello se hace referencia a la situación que se da cuando alguien ha obrado lesionando una norma, pero no el orden jurídico, es decir ha realizado una acción típica, pero adecuada al derecho (justificada).

Resumiendo: una conducta es típica si con ella se infringe una norma y será antijurídica si no está justificada por una causa de justificación"¹⁸

No obstante, la basta explicación ya expuesta, consideramos en una forma resumida que la Antijuridicidad se puede definir desde tres puntos de vista, de la siguiente manera:

- a) tomando en cuenta su aspecto formal;
- b) tomando en cuenta su aspecto material;
- c) tomando en cuenta la valoración (positiva) o desvaloración (negativa), que se hace de su aspecto formal o material.

Al respecto De Leon Velasco y De Mata Vela nos dicen:

"Formalmente se dice que antijuridicidad es la relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal, o bien la contradicción entre la conducta concreta y un concreto orden jurídico penal establecido previamente por el Estado.

- Materialmente se dice que es la acción que encierra una conducta antisocial que tiende a lesionar o a poner en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.
- En sentido positivo, el penalista hispano Rodríguez Devesa, que la sostiene que es un juicio de valor por el cual se declara que la conducta no es aquella que el derecho demanda, y en sentido contrario (negativo) el penalista guatemalteco Palacios Motta, establece que el juicio desvalorativo que un juez penal hace sobre una acción típica, en la medida en que ésta lesionan o pone

¹⁸ Bacigalupo Enrique Op. Cit. Pág. 57

en peligro, sin que exista un causa de justificación, el interés o bien jurídicamente tutelado” (19)

1.4. La Culpabilidad

La culpabilidad se dice que es la actuación consciente de la voluntad de un individuo y que da lugar a una situación de reproche, debido a que el mismo actúa contraviniendo las normas jurídicas.

A decir de algunos tratadistas, por culpabilidad no debe entenderse, de todos modos, la culpabilidad moral, sino simplemente la culpabilidad jurídica.

Para poder conceptualizar la culpabilidad, citaremos al autor Bacigalupo, quién nos manifiesta: “Culpabilidad es reprochabilidad juridico-penal. Con esta afirmación inicial no se ha dicho todavía en que consiste la reprochabilidad juridico-penal, o lo que es lo mismo, en que condiciones la realización no-justificada del tipo es reprochable. Esta es precisamente la pregunta que quiere contestar la teoría de la culpabilidad.

Culpable, en este sentido, es aquel que, pudiendo, no se ha motivado ni por el deber impuesto por la norma, ni por la amenaza penal dirigida contra la infracción de la misma. Este punto de vista se aparta de los criterios tradicionales porque atribuye relevancia a la posibilidad del autor de motivarse por la amenaza de la pena. Los conceptos tradición les han considerado totalmente ajena a la problemática del derecho penal la motivación del autor por la amenaza de lo penal.

La culpabilidad es, entonces, consecuencia de la capacidad de motivarse por el derecho, sea por el deber impuesto por la norma o por la amenaza de la pena. Los elementos que integran la capacidad en la que

19) De Leon Velasco y De Matta Vela. Op. Cit. Pags 155 y 158

se funda la culpabilidad son: a) La posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto y b) La posibilidad de motivarse de acuerdo con ese conocimiento (capacidad de motivación en sentido estricto). Dicho de otra manera Una persona es capaz de motivarse por el derecho si pudo conocer la desaprobación jurídico-penal y si además pudo motivarse de acuerdo con ese conocimiento." (20)

Para algunos autores, debe distinguirse entre la Culpabilidad Personal y la Culpabilidad por el Hecho, y al respecto resulta que, la culpabilidad se rige por el principio Poena non alius suos teneat auctores, proveniente del derecho romano, por medio del cual nadie puede ser hecho responsable por las acciones de terceros que no ha podido impedir, es por ello que la culpabilidad es antes que nada personal, y se es culpable de las propias acciones.

Desde el punto del sistema del derecho penal, debe fundarse en la culpabilidad por la comisión del hecho ilícito; en consecuencia la culpabilidad será siempre un juicio sobre un hecho aislado y no un juicio sobre la vida del autor.

3.4.1. Teorías Sobre la Culpabilidad.

Teoría Psicológica:

La teoría Psicológica entiende la culpabilidad como: "La relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva, es decir, en el reflejo anímico de la realidad (Beling). De acuerdo con ello, la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) resulta un presupuesto de la culpabilidad (ya que no es una relación psicológica del sujeto con el hecho cometido, sino la posibilidad de entender su significación y de comportarse de acuerdo con ella) mientras que el dolo y la culpa son especies de culpabilidad" (21)

Se critica a esta teoría que se limita a emitir juicio sobre la acción en cuanto pertenece al sujeto activo sin implicar porque debe responder de ella: que carece de fundamento para explicar la culpa sin previsión (en la que no se da una relación psicológica entre el sujeto activo y el resultado de su conducta). Esta teoría admite

20) Bacigalupo Enríque Op Cit Pág 85
21) Ibidem pag 85

la consideración de elementos objetivos, tampoco se menciona que el elemento subjetivo del delito debe estar escrito dentro de la ley penal y que debe oponerse a una obligación jurídica de buscar o no hacer. El fundamento de la misma radica en que el hombre es un sujeto de consciencia y voluntad, siendo por ello capaz de conocer la norma.

Teoría Normativa:

La teoría Normativa, por el contrario "no considera a la relación Psicológica como decisiva, sino a la reprochabilidad del autor. La teoría Psicológica no pudo superar la contradicción que le significaba tener que excluir la culpabilidad donde se daba sin embargo dolo (p.ej. en los casos de coacción) y afirmarla donde se daba relación psicológica alguna, como en el caso de la culpa inconsciente, en el que el autor ni siquiera se presentó la posible realización del tipo.

Para la teoría normativa la reprochabilidad, y por lo tanto la culpabilidad, dependía de: a) que el autor hubiera sido capaz de culpabilidad; b) que hubiera actuado dolosa o culposamente; c) que el comportamiento de acuerdo a derecho hubiera sido exigible (es decir, que no hubiera estado amparado por una causa de inculpabilidad)" (22)

De manera ilógica, esta teoría confunde la responsabilidad de la conducta del sujeto activo, con el juicio de reproche que respecto de su comportamiento se formula. Por otra parte también se critica a esta teoría que en la punibilidad se identifica la culpabilidad con la antijuridicidad con la que se confundiría.

3.4.2. Formas de Culpabilidad

No se podría dejar de tocar este tema, por cuanto las formas de culpabilidad se manifiestan tradicionalmente en dos: El Dolo y La Culpa.

En este orden de ideas y siguiendo lo antes indicado tenemos que, para el profesor Eugenio Cuello Calón. Dolo significa: "Puede definirse el Dolo como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito" (23)

22) Bacigalupo Enrique Op. Cit. Pág 66
23) Cuello Calón Op. Cit. Pág. 429

Mientras que para el Doctor Manuel Ossorio, dice: "La palabra dolo, deriva del latin DOLUS, o del griego DOLOA, significa comúnmente mentira, engaño o simulación, jurídicamente adquiere tres formas: vicio de la voluntad en los actos jurídicos; elemento de imputabilidad en el cumplimiento de obligaciones o calificación psicológica exigida como integrante del delito civil o agravante del delito penal" (24)

En nuestro ordenamiento penal, encontramos que el artículo 11 del Código Penal preceptúa: Artículo 11. El delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado el autor se lo representa como posible y ejecuta el acto.

En cuanto a la Culpa, diremos que es el límite mínimo de culpabilidad, que representa una menor gravedad y se ha definido así:

"Es obrar sin diligencia debida causando un resultado dañoso previsto y penado por la ley" (25)

Conforme nuestro Código Penal, el mismo indica en su artículo 12 lo siguiente: Delito Culposo: El delito es Culposo, cuando 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.

3.4.----- Elementos de la Culpabilidad

Conforme las doctrinas modernas, la culpabilidad se funda en la posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal y en la capacidad de la Motivación. Estos elementos los cuales trataremos someramente son los siguientes:

"a) La conciencia (potencial) de la desaprobación jurídico-penal del Acto.

En general en la teoría se exige que el autor haya tenido simplemente conocimiento de la antijuridicidad material del hecho cometido.

Desde el punto de vista aquí sustentado, por el contrario la desaprobación jurídico-penal es mas amplia que la antijuridicidad material, pues incluye también la punibilidad, es decir la existencia de una amenaza penal para la realización del hecho.

24: Ossorio, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. S.R.L. Viadante 1981. Pag 264

25: Idem. Pag 30

El conocimiento de la desaprobación jurídico-penal no debe ser actual es decir, darse realmente en el momento de la acción. El autor no debe haber pensado en el momento en que realiza el hurto en que es un hecho para el que amenaza una pena, sino que es suficiente con que haya podido pensar, o sea, actualizar en su conciencia el conocimiento de la punibilidad (conciencia potencial de la desaprobación)" (26)

- b) Otro elemento lo constituye el denominado "error sobre la desaprobación jurídico-Penal"

Al respecto Enrique Bacigalupo nos indica: "El tratamiento legislativo de este problema en los códigos que sirven de base a nuestra exposición no es uniforme y en general, poco satisfactorio.

El Código de Costa Rica presenta la mejor solución legislativa: el error invencible sobre la desaprobación jurídico-penal excluye la culpabilidad, y por lo tanto, la pena; el error vencible da lugar a una atenuación facultativa de la pena (C. Rica, Art. 35 la denominación de este error como "error de derecho" es, de todos modos, desafortunada.

El Código de Guatemala carece de una regulación del error en general. La referencia al error en la persona contenida en el Art. 21 es superflua y no permite afirmar absolutamente nada sobre el régimen del error" (27)

El error sobre la desaprobación jurídico-penal asume diversas formas, como las siguientes:

- a) Ignorancia de la desaprobación jurídico-penal del hecho: el autor ignora que el hecho está prohibido o, sabiendo que está prohibido ignora que es punible;
- b) Suposición errónea de una causa que excluya la antijuridicidad o la atribuidad que el ordenamiento jurídico no contiene;
- c) Suposición errónea de las circunstancias que de haber concurrido hubieran determinado la exclusión de la punibilidad

26) *Idem*, Pág. 91

27) *Idem*, Pág. 79

(causas de justificación o que excluyan la atribuidad), es decir, las llamadas eximentes putativas.

Si el error es invencible excluirá la culpabilidad y con ella la responsabilidad penal.

Por el contrario, si el error es evitable sólo cabe la posibilidad de una atenuación de la pena.

Y como lo expresa el autor que hemos venido citando; "el error sobre la desaprobación jurídico-penal será evitable si el autor tuvo razones para pensar en la punibilidad de su hecho y dispuso de los medios adecuados para alcanzar el conocimiento de la punibilidad"

d) La capacidad de motivación en sentido estricto (la imputabilidad o capacidad de culpabilidad)

La capacidad de motivación en sentido estricto requiere que el autor haya podido comprender la desaprobación jurídico-penal del hecho y haya podido comportarse de acuerdo con esa comprensión. La cuestión de la determinación de la capacidad de motivación o de culpabilidad no es una cuestión médica, sino estrictamente jurídica, por lo tanto el tribunal no está obligado a ajustarse en este punto a lo que dictaminen los peritos médicos que lo asesoren.

La capacidad de motivación, se puede presentar en dos momentos a saber: Uno, denominado presupuestos biológicos, en donde se ubica la enfermedad mental; y el otro el que condiciona las consecuencias normativas que deben producir los presupuestos psicológicos (incapacidad para comprender la desaprobación jurídico-penal) y de dirigir el comportamiento de acuerdo con su comprensión. Lo anterior constituye lo que ha denominado tiempos atrás como las fórmulas mixtas o sean la imputabilidad, biológica-normativas, o también, psiquiátrico-psicológico-jurídica.

Estas últimas a su vez se pueden dividir en:

- a) La enfermedad mental: El desarrollo mental insuficiente;
- b) La grave perturbación de la conciencia (la minoridad);

- c) El momento de la capacidad de motivación; (estado grave de de perturbación de la conciencia que excluye la capacidad de y motivación); y
- d) La capacidad de motivación disminuida (La capacidad disminuida de motivación tiene efectos atenuantes de la pena).

3.5. La Atribuibilidad

Dentro de las corrientes mas modernas del Derecho Penal, encontramos un nuevo elemento del ilícito penal, y por esa razón lo hemos dejado para el cierre final del presente capítulo, y este lo constituye el denominado como la Atribuibilidad.

Al respecto Bacigalupo nos expresa "La atribuibilidad es una categoría intermedia entre lo ilícito y la culpabilidad (responsabilidad). La finalidad práctica de esta categoría dogmática de la teoría del delito es la de permitir establecer si tiene o no sentido político criminal, indagar sobre la responsabilidad individual del autor. Su necesidad conceptual proviene de la comprobación de que en los supuestos de hecho relevantes para esta categoría las llamadas tradicionalmente causas de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad, en verdad no se excluye la culpabilidad (entendida como la capacidad de obrar de otra manera) pues el autor que obra en un estado de necesidad disculpante, por ejemplo, tiene siempre la posibilidad de hacerlo de otra manera, es decir, puede soportar sobre si mismo o sobre bienes jurídicos las consecuencias de haber omitido la acción (piensese en el caso de un naufrago que tiene que elegir entre salvarse o excluir de la tabla de la que ha logrado agarrarse a otro que se ahogará, como consecuencia de su acción tiene la posibilidad de ahogarse el mismo, aunque ello no le sea exigible) . Esta característica de las tradicionales causas de exclusión de la culpabilidad las hace conceptualmente indiferenciables de las llamadas excusas absolutorias o causa personal de exclusión de la punibilidad (p.ej. Nicaragua, Art. 296; Guatemala, Art. 280; Honduras; Art. 264) (26)

Derivado de lo anterior podemos indicar que, la atribubilidad lo que trata de establecer es, si el autor se encontró en determinado momento en un momento determinado, en alguna situación denominada como causas de inculpabilidad, o bien ante una de las excusas absolutorias; De ser así, el autor no sería responsable de un hecho ilícito; y en consecuencia se estaría frente a la exclusión de la aplicación de una pena o bien una medida de seguridad, o bien puede extenderse a los partícipes.

Derivado de lo anterior, podemos manifestar que existen varias situaciones de la no atribución de un ilícito, y para tales efectos expondremos de la manera siguiente:

3.5.1. Casos de Exclusión de la Atribubilidad

Según el autor que hemos venido citando, al respecto nos indica que:

"A) Los casos de exclusión de la atribubilidad:

En la legislación penal iberoamericana, la regulación de estos casos es notablemente desigual. En los códigos que son objeto de esta exposición se refleja claramente.

El Código de Costa Rica contiene dos supuestos que excluyen la atribubilidad: El exceso en la defensa proveniente de excitación o turbación que las circunstancias hicieren excusable (Art. 29, segundo párrafo), las coacciones o amenazas de un mal grave actual cuando razonablemente no pueda exigirse una conducta diversa (Art. 38).

El código de Guatemala incluye el miedo invencible (Art. 25,1) y la Coacción Física (resistible) (Art. 25,2 en relación al 26,13) "

Aunque el autor analiza otros códigos de los restantes países de Centroamérica, estima más oportuno el pasar al análisis de la subdivisión que nos presente de esos casos de exclusión de la atribubilidad, y que son:

a) El estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía. "Los requisitos de este estado de necesidad solo se diferencian del estado de necesidad

ustificante en lo referente a la relación existente entre los intereses que colisionan. Mientras en el estado de necesidad justificante se requiere que el interés salvado sea esencialmente mayor que el interés sacrificado, en el estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad los intereses, pueden ser de igual jerarquía o no diferenciarse esencialmente. Es decir, que el bien sacrificado puede ser de mayor jerarquía que el salvado, si la diferencia no es esencial " (30)

b) El miedo insuperable, la coacción o amenazas. Otro aspecto de la presente subdivisión lo constituye, lo referente al miedo insuperable, la coacción o amenazas, y al respecto tenemos:

Estos casos, en realidad, supuestos particulares del estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad. El Miedo o la situación coactiva no son sino reflejo subjetivo proveniente de una situación de necesidad, es decir, en la que el autor tiene que elegir entre sufrir un mal o causarlo. Fundamentalmente es problemático saber si esta causa de exclusión de la atribuibilidad debe interpretarse sólo sobre la base de la situación (subjetiva sin tomar en cuenta la existencia o no de la situación objetiva que la produce) , o si la realidad de la amenaza de un mal es presupuesto de la eficacia de esta eximente.

Es preferible no eliminar el significado de la situación objetiva, es decir de la realidad de la causa del miedo, pues de esta manera se logra una distribución más equitativa de los riesgos de la vida en común, ya que se ponen a cargo del que se ajusta las tareas de verificación de la realidad de la causa del miedo antes que concederle una excimisión de responsabilidad por el hecho ilícito.

La intensidad que debe alcanzar el miedo insuperable o el efecto que deben producir las coacciones o amenazas no necesitan ser equivalentes a un estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad)" (31)

30) Idem Pag 85
31) Ibidem Pag 85

c) El exceso en el ejercicio de una causa de Justificación. "Se excede en el ejercicio de una causa de justificación el que realiza una acción típica que no es necesaria para la salvación del bien jurídico.

El exceso, por lo tanto, solo puede tener relevancia en el caso en que el autor no sepa que se excede, es decir cuando haya obrado con un error respecto la necesidad de la acción que realiza. Si el autor se excede sabiendo del exceso no tendrá derecho a invocar esta circunstancia.

El caso del autor que obra con error sobre la necesidad, por lo tanto, debe tratarse de acuerdo con las reglas del error sobre la prohibición (distinguiendo por consiguiente entre errores evitables e inevitables).

Consecuentemente, el exceso en el ejercicio de una causa de justificación no corresponde a las causas que excluyen la atribuibilidad, ya que es un caso especial dentro de los errores de prohibición" (32)

En Guatemala, conforme al Artículo 26, numeral 13 del Código Penal, limita de manera injustificada la tenuación a la circunstancias preceptuadas en el artículo 25 del mismo.

B) El error sobre las circunstancias objetivas de las causas que excluyen la atribuibilidad.

Dentro de la división que hemos venido trabajando respecto a las causas de exclusión, se encuentra la antes enunciada y al respecto el autor al que hemos venido utilizando, nos dice:

"La suposición de la coacción, de la colisión de intereses o de las circunstancias que son el fundamento del miedo no tiene por si misma efecto excluyente de la atribuibilidad.

Si esa suposición (error sobre la existencia) es evitable, sólo cabrá una atenuación de la pena. Si por el contrario, es inevitable deberá excluirse la pena.

C) La extensión de los efectos a los partícipes.

Otro aspecto relevante es el referente a la extensión de los efectos a los partícipes, en cuanto a esto dice:

En principio, el efecto de las causas que excluyen la atribubilidad alcanza también a los partícipes, salvo que la ley disponga lo contrario. Este último caso se da en la exclusión de la atribubilidad para los partícipes extraños (no-parientes) en los delitos contra la propiedad que prevén el Art. 296 del Código de Nicaragua, el art.280 del de Guatemala, el Art. 264 del de Honduras.

Cabe sin embargo pensar que cuando el texto legal hace referencia al miedo o a la coacción aunque no desconozca el significado de la situación objetiva que los causa, acentúa especialmente el componente subjetivo de la exclusión de la atribubilidad y que ello podría deducirse el carácter personal de estas eximientes. La cuestión es, de todos modos, discutible." 33)

D) Otros casos de causas que excluyen la atribubilidad.

Para finalizar tenemos el aspecto referente a la existencia de otros casos de causas de exclusión de la atribubilidad, el autor del cual nos hemos venido auxiliando nos manifiesta:

"Es posible encontrar otras específicas (sobre todo bajo el nombre de excusas absolutorias, acaso p.ej. el Art. 335 del Código de el Salvador, en la parte especial de los Códigos. Nuestra exposición se ha limitado a la contenida en la parte General" 34)

33) Idem Pág 84

34) Idem

las Causas de Extinción de Responsabilidad Penal y las demás instituciones que en forma colateral o accesoria inciden en el apareamiento, desarrollo y predicción de los resultados ilícitos incorporados en las normas penales; en este orden de ideas es sumamente importante destacar como marco de referencia de carácter general, el hecho de que si las Disposiciones Generales relativas a las Faltas, disponen su aplicación indiscriminada de toda la Teoría del Delito, con algunas modificaciones en relación a las faltas, es indudable que los principios generales en que se fundamenta es la existencia de la ley penal también deben su aplicación en forma global a ese tipo de infracción.

Partiendo de esta base, la crítica que se ha hecho en forma general al contenido de los principios de la ley penal es valedera, en una aplicación de estricto contenido jurídico al régimen de Contravenciones o Faltas, ya que la validez temporal y el ámbito de vigencia especial es exactamente igual a estos dos tipos de incriminaciones de carácter penal.

a) **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Recapitulando lo que se ha afirmado en páginas anteriores, el Principio de Legalidad considerado como piedra angular del sistema jurídico penal y comprendido como la garantía mediante la cual ninguna persona podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delito o falta, por la ley anterior a su perpetración, tiene una validez meramente formal en relación a las faltas, ya que dado el contexto general de la sistemática del código, este Principio es violado constantemente tanto por la descripción confusa y extensiva de los propios preceptos legales de tal manera que el Principio de Legalidad de que habla nuestro código penal tratándose de una garantía de carácter constitucional y de ejercicio legítimo del Derecho de Defensa debe realizarse no desde un punto de vista restrictivo, si no por el contrario, su interpretación debe hacerse con carácter extensivo, con el fin de que los ciudadanos guatemaltecos se encuentren protegidos contra las constantes violaciones que comunmente se verifican con abuso de poder

por parte de los funcionarios encargados de la aplicación de la función jurisdiccional de tal manera que el Principio de Legalidad, no se encuentra restringido en su contenido, en la exigencia de que para que una persona pueda ser juzgada y sancionada, debe existir previamente una norma penal que califique la conducta como delito, puesto que éste requisito en un código de corte violento y represivo como el Guatemalteco, cumple con la finalidad de ubicar al Estado dentro del régimen aparente de Derecho y así se puede observar fácilmente que la mayoría de los conductores del Estado, consideran como dañosas a su estructura económica, política y social se encuentran reguladas como delito dentro del Código Penal; a mi manera de entender, el Principio de Legalidad como ejemplo fundamental de la estructura Penal, debe interpretarse con un criterio más amplio y dirigirse en forma lógica a la descripción de los tipos o conductas ilícitas y a su juzgamiento.

EXPLICANDO: No basta solamente que las conductas se encuentren descritas en forma genérica dentro del Código Penal, sino por el contrario, es indispensable que la descripción de tales conductas se haga en forma clara, categórica, objetiva e incorporarlas en la figura tipo, ya sea delito o falta, todos los elementos de carácter sociológico previamente de la conducta humana que sirva como modelo comparativo entre los hechos sociales en la realidad y el contenido de los preceptos penales, clase de faltas que se describen en el Código Penal Guatemalteco, referido concretamente a la descripción de las diferentes clases de faltas que se detallan en el Código Penal, estos adolecen del defecto de claridad y omiten deliberadamente la descripción objetiva a efecto de incorporar cualquier conducta dentro de su contenido: así tenemos como ilustración, los tipos de faltas contenidas en los artículos 482 numeral 3; 483 numeral 1 y 4, ambos del Código Penal, que si bien aparentemente se ajusta al Principio de Legalidad, al analizar ya científicamente la descripción del tipo, vemos que violan el Principio de Legalidad por carecer de legitimidad.

Veamos en el artículo 482 numeral 3, el Código Penal determina que será sancionado con arresto de 20 a 60 días "QUIEN CAUSARE A OTRO COACCIÓN O VEJACIÓN INJUSTA", de un simple análisis de la constitución del precepto legal,

establecemos evidentemente, que incumple con el Principio de Legalidad porque la descripción de la conducta ilícita no constituye la conformación de un tipo penal. en virtud de que faltan los elementos objetivos integrantes para establecer que debe entenderse por "vejación injusta" por un lado, y por el otro, porque el verbo "Coacción" se utiliza desde un punto de vista vulgar, ya que técnicamente la descripción de los actos coactivos, deben hacerse incluyendo todas las posibilidades que, como elementos de la figura, derrotan la consistencia de una fuerza material o psicológica que es lo que caracteriza la coacción; en tal virtud si bien el Código describe el tipo para poder aplicar la sanción como falta, ésta configuración es incompleta, confusa y extensiva dejando la interpretación de la figura al criterio jurisdiccional, lo que provoca un atentado del sistema jurídico.

Igual violación al Principio de Legalidad se presenta en los tipos de faltas regulados en el artículo 483 numerales 1 y 4 del Código Penal; basta hacer un simple análisis de los tipos indicados para dispersar cualquier duda que pudiere presentarse.

En cuanto al primero de los numerales mencionados, el precepto determina que será sancionado con arresto de 15 a 40 días "QUIEN CAUSARE LESIONES QUE NO IMPIDAN A L OFENDIDO DEDICARSE A SU TRABAJO HABITUAL". Es indudable que ese precepto legal adolece en primer lugar de una falta de elaboración técnica y científica porque desde el punto de vista de la Teoría Normativa del Código Penal, los tipos que descubran la conducta constitutiva o ilícitas, nunca pueden estar redactadas en sentido negativo, es decir, que los actos de ejecución propios del delito o de la falta debe realizarse dentro de la descripción de la figura siempre encaminados hacia la producción de un resultado externo (acción u omisión), pero nunca sujetarse al resultado de los actos, al hecho de que el sujeto pasivo observe una conducta negativa de la cual depende la consumación del hecho; en segundo lugar, es indiscutible que según la propia etimología del término "lesión" y la descripción científica, desde el punto de vista médico de lo que ésta significaría en la salud, el organismo o en la mente, es imposible aceptar que una lesión como la prevista en la falta de referencia no produzcan algún resultado de los

dicados anteriormente, puesto que de lo contrario se estará violando la Teoría Objetiva del Resultado de Calificar la transgresión penal un acto humano cuyo resultado sea imposible de acontecer; tercero: Finalmente si analizamos comparativamente el artículo 481, numerales 1 y todos los tipos de delito relativo a las lesiones leves del artículo 148 del Código Penal, se evidencia que el tipo de Falta comentado, carece en absoluto de objeto jurídico de protección, ya que no produce escuela alguna al sujeto sobre el cual recae, es decir, que no hay resultado de daño ni peligro.

En relación al segundo, el precepto legal determina: "*SERÁ SANCIONADO CON ARRESTO DE QUINCE A CUARENTA DÍAS: QUIEN MALTRATARE DE OBRA A OTRA PERSONA SIN CAUSARLE LESIÓN*" (Artículo 483 numeral 4 del Código Penal).

Tal tipo de falta describe en forma anormal una conducta ilícita, viola también el Principio de Legalidad por carecer de elementos constitutivos de la conducta que pueden determinar no solo la relación de causalidad sino también el resultado; en este orden de ideas, es necesario también ampliar el contenido del principio indicado por cuanto que, no solamente debe abarcar la descripción legal como se hizo ver, al analizar el artículo primero, sino también complementar la exacta descripción del precepto legal que determina, la constitución posible de la conducta.

Un análisis somero referido tanto a la descripción mencionada de la conducta ilícita del sujeto como el resultado, nos demuestra que, el precepto está tan extensivamente redactado que cualquier acto material que se ejecuta por una tercera persona, podría enmarcarse dentro de su calificación y como consecuencia, y, lo que resulta más grave, que se viola totalmente toda la Teoría Objetiva de la Causalidad y del resultado porque se admite que los actos de ejecución material, pueden ser reprimidos legalmente, aun cuando no produzca un daño o un peligro al sujeto pasivo.

b) PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Inicialmente al surgir las primeras teorías criminalistas con la Escuela Clásica del Derecho, se planteó como pilar fundamental de la nueva ciencia el Principio de Legalidad; sin embargo mientras más se fue perfeccionando la ciencia jurídica y se fueron descubriendo nuevos elementos que caracterizan las conductas ilícitas, la teoría general del delito incorporó en su seno nuevas instituciones que definían la nueva configuración penal, de esta manera surgieron al conocimiento tanto de los teóricos, como de las leyes penales, nuevos parámetros que distinguen los actos ejecutivos de carácter material que producen un resultado de daño, peligro y que eran indispensables para que la conducta observada por el sujeto pudiera ser objeto de sanción.

Entre estos elementos integrantes de la nueva teoría, aparece el llamado Principio de Tipicidad, cuyo creador principal fue el autor alemán Binding, quien explicó su contenido de la forma siguiente: Así como el Principio de Legalidad determina que una conducta inculpativa penal para ser sancionada merece estar previamente calificada en la ley como delito, el Principio de Tipicidad, consiste en que esa conducta ilícita penal, debe ser descrita dentro del Código en una forma adecuada, que permita la incorporación de la conducta social dentro de la hipótesis contenida en la norma jurídica y en consecuencia cuando el precepto recoge en su descripción tanto los supuestos sociales como los elementos constitutivos de carácter jurídico de la conducta, cuando se cumple en su totalidad las garantías de juzgamiento y sanciones al delincuente.

De tal manera, considerando que tanto el Principio de Legalidad como el Principio de Tipicidad, no son instituciones cuyo contenido se contraponen, tal y como lo han considerado a la violación del Principio de Prohibición por Analogía dentro de la Parte General del Código, referido a los delitos que tal vez con mayor violencia e indeterminación se atenta en el Libro Tercero contra este Principio, ya que si bien por un lado se trata de infracciones penales de menor gravedad, no por este motivo se debió dejar de observar, ya que tal como se encuentran redactados los diferentes tipos de faltas, la interpretación judicial, se deja totalmente liberada a la voluntad de

juzgador y en consecuencia se permite que se puedan crear figuras que las mismas no se encuentran redactadas en una forma concreta sino que se utilizan términos que permiten diversas ubicaciones de la conducta de las personas tal por ejemplo, el caso de la Falta regulada en el artículo 489 numeral 7 del Código Penal (Falta Contra las Buenas Costumbres), o la regulada en el artículo 496 numeral 8 del citado cuerpo legal (Faltas Contra el Orden Público), por otra parte, al permitirse en los principios generales de las Faltas (Artículo 480 del Código Penal) la aplicación de Medidas de Seguridad, se crean sanciones indeterminadas en relación a su naturaleza jurídica, que es la otra cara de la medalla, que se involucra en el Principio de Exclusión por Analogía; vemos pues que aún tratándose de incriminaciones penales de escasa peligrosidad individual, hasta ella se dirige la violencia estructural jurídica del Código Penal vigente, lo que demuestra su ideología capitalista y represiva.

c) **PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA ANALOGÍA**

Ya en la parte general referida a la violencia institucionalizada, tratamos el tema del Principio de Exclusión de la Analogía regulada en el artículo 7 del Código Penal y manifestamos que según la Teoría Positivista tradicional, se le considera como un principio accesorio al de la Legalidad, tomando en el sentido que los tribunales, como los encargados de la aplicación de la ley sustantiva y procesal, no podrá configurar delitos ni aplicar sanciones que no se encuentren expresamente determinadas en una norma jurídica, quiere decir con esto que la exclusión de la analogía, debe tomarse en un sentido amplio y no restringido y en esta forma tanto se prohíbe la creación de tipos (tipicidad) como la aplicación de sanciones no previstas en una norma legal (aplicación jurisdiccional), en este orden de ideas consideramos tanto como se explico al referirnos a la violación el valladar ideológico del Estado Guatemalteco.

No obstante, si es de suma importancia, puntualizar al respecto de la regulación propiamente jurídica sobre las Faltas que trae el Código y la Doctrina Tradicional sobre lo que inspira.



En este sentido, según tratadistas clásicos como Pacheco o Eugenio Cuello Calón y algunos otros afirman, que las llamadas "Faltas Contravencionales no deben tomar un puesto dentro del Código Penal, sino en Ordenanzas Gubernativas o Municipales, y por el contrario afirman que las "Faltas Veniales" o "Faltas Delictuales" si deben estar incluidas en el Código Penal.

Estas "Faltas Veniales" como las denomina Pacheco, son las que nuestro Código Penal, regula como Faltas contra las Personas y "Faltas contra la Propiedad" y la segunda categoría "Faltas Convencionales" las que denominan contra las Buenas Costumbres "Contra los Intereses Generales de la Nación y contra el Orden Público".

En relación a la tesis clásica, sostenida por los mencionados autores, considero que la misma ha sido superada en la actualidad por las razones siguientes:

- 1- Si analizamos la mayoría de los tipos de faltas contra la propiedad o las personas, su configuración legal corresponde a delitos que ya se encuentran constituidos en el Libro Segundo (Hurto, Lesiones, Coacción, Amenaza, Injuria) y las circunstancias de que se les considera como menos graves en razón a un criterio repetitivo, no significa que constituyan incriminaciones independientes y por lo contrario se ha utilizado como formula de justificación, la de que serán contravenciones aquellos hechos que no constituyan delitos formula que no tiene ninguna base científica para su mantenimiento.

En esa virtud lo que consideramos que debe suprimirse del Libro Tercero del Código Penal, son precisamente esas faltas, porque no se incorporan en el texto de los delitos, o por su gravedad escasa, no deben constituir un motivo de represión penal, saltando a la vista que la propia teoría y el Código no han encontrado como definir independientemente las conductas ilícitas de las faltas contra la propiedad por ejemplo: Que el artículo 485 numeral 2 para definir la falta con una absoluta carencia de sistemática se incorpora el siguiente texto: "*Será sancionado con arresto de 20 a*

30 días, quien cometiere alguna estafa, apropiación indebida u otro fraude cuyo perjuicio patrimonial no exceda de cinco quetzales (Q5.00) "

- 2- Por otra parte, la propia naturaleza de las conductas que se describen en la clasificación bipartita y que en la mayoría de los casos son acciones u omisiones que contravienen reglamentos, ordenes de autoridad u ordenanzas municipales, son las que deben mantener el texto del Código Penal por constituir su descripción, figuras no previstas como tipo de delito, en otra parte de la sistemática del Código y respondiendo previamente a la naturaleza ideológica de la ley penal: de lo contrario repetir conductas ilícitas en un libro especial y excluir como lo hace la doctrina, no justifica la existencia de un nuevo libro del Código Penal en el cual debería en orden a la sencillez y para evitar el exceso de diversificación legislativa que perjudica gravemente a la colectividad debe desaparecer, ya que es absurdo afirmar lo que Quintana Ripolles dice que: "sin sustantividad genuina, la mayoría de las faltas carecen de interés y aún el carácter verdaderamente penal por lo que más que comentario propiamente dicho, lo que precisan estos preceptos es, una exacta concordancia y alguna que otra jurisprudencia interesante.

El resultado de la posición que he esbozado, en regulación y relación a las faltas contra "Las Personas y contra la Propiedad" en el libro Tercero del Código Penal, en el sentido de que carecen de autonomía propia y en consecuencia no tienen el carácter de contravenciones, únicamente basta agregar lo siguiente Dentro del Código Penal se regulan como incriminaciones penales las faltas "*contra las Buenas Costumbres, contra los intereses generales de la población, contra el orden público*" que según la postura generalmente aceptada en la doctrina si constituyen verdaderos tipos penales de orden inferior. Sin embargo y como ocurre en casi todo el texto de nuestra ley penal, no se tuvo ni siquiera el cuidado de utilizar

al describir estas infracciones una terminología adecuada a nuestro medio y se utilizan frases como el caso del artículo 496 numeral 7 del Código Penal, que no tiene actualidad por una parte y por la otra, porque carente de toda calidad científica nuestro Código Penal en el capítulo comentado, "Copia" literalmente las faltas que aparecen reguladas en el Código Penal Español de 1928.

POSICIÓN DEL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO EN RELACIÓN A LA TEORÍA GENERAL DE LAS FALTAS O CONTRAVENCIONES

Nuestro Código Penal carece dentro del Libro Tercero de una Teoría General acerca de las instituciones fundamentales que regulan el desenvolvimiento normativo de las Faltas o Contravenciones, es decir, que no contiene una parte general de las formas de participación de los principios generales de la culpabilidad, de la relación de causalidad o de la sanción; Sin embargo de una manera taxativa el artículo 480 del Código Penal, dentro del Capítulo Primero, acepta que toda la regulación general de la Teoría del Delito contenida en el Libro Primero será aplicable a esta forma de incriminación penal con algunas modificaciones que pasaremos a analizar en continuación.

En efecto, el artículo 480 del Código Penal, preceptúa: *"En materia de faltas son aplicables las disposiciones contenidas en el libro primero, en lo que fuere conducente, con las siguientes modificaciones:*

- 1.- *Por Faltas solamente pueden ser sancionados los autores;*
- 2.- *Solo son Punibles las faltas consumadas;*
- 3.- *El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas, previsto en el Artículo 60, será decretado por los tribunales según circunstancias;*
- 4.- *La reincidencia en faltas no se apreciará después de transcurrido un año de la fecha de la sentencia anterior.*

- 5.- *Pueden aplicarse a los autores de las faltas, las medidas de seguridad establecidas en este Código, pero en ningún caso deberán exceder de un año.*
- 6.- *Se sancionarán como faltas solamente los hechos que, conforme a este Código, no constituyan delito"*

Como ya se ha indicado anteriormente, las faltas o contravenciones son conductas ilícitas dentro de la ley penal, que regulan cierto tipo de situaciones, que por su escasa gravedad o por su resultado dañoso casi irrelevante han merecido estar previstas dentro de un título especial; claro está en la doctrina italiana por ejemplo, y en casi todos los Códigos

Penales Europeos, las faltas son tomadas como simples contravenciones de policía, es decir, que su régimen es de carácter especial, ya que se refiere a todos aquellos actos, que en forma dolosa o culposa producen un resultado dañoso o el incumplimiento de un deber jurídico; de tal forma que en tales códigos penales no se encuentran tipificadas faltas contra la propiedad o contra las personas por considerar que tales conductas corresponden a la tipicidad de los delitos, por el contrario regulan como faltas aquellos actos que contravienen las buenas costumbres, los regímenes de las poblaciones a la tranquilidad y el orden público.

Consideramos que ésta posición jurídica es la adecuada sobre todo por lo que manifestamos acerca de la naturaleza jurídica de las faltas; sin embargo nuestro Código Penal vigente, siguiendo un arcaico criterio fundamentado esencialmente en la Escuela Clásica del Derecho Penal, aún insiste en tipificar dentro del Libro Tercero como faltas aquellas conductas "Leves" que atentan contra las personas, entendiendo este término de manera amplia como protección de los Derechos Humanos (lesiones, agresiones, amenazas, coacciones, etc) y dentro de las faltas contra la propiedad aquellas sustracciones o apropiaciones, basadas en un criterio de una limitación en relación a una cantidad de dinero que antojadizamente fijó el legislador.

En realidad no tiene ninguna justificación real, objetiva o científica y adversa incluso la propia naturaleza jurídica de estas incriminaciones, que fundamentalmente se basa en el atentado doloso dentro de disposiciones generales de la sociedad con el incumplimiento de los reglamentos u ordenes de buen gobierno.

Deben desaparecer pues, por inoperantes y acientíficas las conductas que son tan leves, merecerían una sanción diferente, pero dentro la Teoría del Delito, ya que es imposible cambiar su naturaleza esencial y su configuración tipológica. En este orden de ideas tenemos:

- 1- Es justificable que, el Código Penal Guatemalteco, en relación a la forma de la participación, o de los sujetos activos de las incriminaciones penales, en lo que se refiere a la teoría sobre las faltas únicamente sancionen a los autores, porque es evidente que dada la escasa gravedad de tales infracciones, así como la naturaleza de la sanción que se impone la misma no se extienda a los cómplices.
- 2- La Teoría del "ITER CRIMINIS" que considera la forma de desenvolvimiento causal por las cuales atraviesa el delito y en dos fases debidamente diferenciadas que son interna y externa, tampoco tiene aplicación dentro de nuestro Código Penal al referirse a las faltas: en efecto, de acuerdo con el precepto legal anteriormente transcrito, las contravenciones sólo pueden sancionarse cuando están consumadas, es decir, cuando han concurrido todos los elementos indispensables para su tipificación o cuando se ha producido resultado de daño o peligro previsto en el Código Penal, por cuanto resultaría absurdo, que siendo las faltas, conductas leves reguladas en la ley, cuya sanción es también de carácter leve, permitiera la aplicación de la tentativa que conlleva la existencia de toda la diferenciación entre la teoría objetiva y subjetiva sobre la intención, que tan graves contradicciones va despertando dentro de los delitos y que aún a la fecha no existe una decisión unánime respecto a su aplicación.

- 3.- Dentro de las instituciones generales que se encuentran en el Libro Primero del Código Penal, aparecen como circunstancias agravantes de carácter objetivo, la reincidencia y habitualidad consistentes: En haber sido condenado el reo por un delito cometido con anterioridad y mediante sentencia ejecutoriada, sea nacional o extranjera y la reiteración de condenas por más de dos delitos anteriores en su curso. Tratándose de la Teoría General del Delito, la reincidencia y la habitualidad no tiene ningún tiempo de prescripción, es decir, que se consideran como circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal aún cuando hubiera transcurrido cualquier tiempo, en tal virtud no es aplicable ninguna limitación de tiempo a efecto de que sus causas desaparezcan si no se trata de incriminaciones penales de la misma naturaleza no podrá considerarse este tipo de circunstancias agravantes, como por ejemplo: si el sujeto ha sido condenado por un delito doloso y posteriormente lo es por uno culposo no existiría relación de conexidad en relación a la naturaleza, la misma no podrá apreciarse.

En este sentido, el Código Penal en las disposiciones generales referidas a las faltas, acepta en su totalidad tanto la naturaleza jurídica de la reincidencia, considerándola como una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, como también acepta las excepciones que a este respecto se determinan claramente en razón de los diferentes grados de culpabilidad o en razón del fuero a que pertenezca el sujeto activo; sin embargo la modalidad esencial de la reincidencia en lo que se refiere a las faltas es que, la misma se encuentra limitada en cuanto a su aplicación por los principios consiluidos por el transcurso de un año desde la fecha de la sentencia anterior: en este sentido nos parece que la doctrina de la reincidencia dentro de las faltas se encuentra mejor comprendida y ordenada que lo relativo a los delitos porque es indudable que en una forma categórica, limita la prescripción a un año, aplicando en toda su estructuración el principio "INDUBIO PRO REO", evitando además con ello que éste fenómeno de la reincidencia, de

carácter meramente jurídico se convierta en un estigma, en una etiqueta que persigue a la persona que ha cometido una falta o un delito y que lo conlleve, no solo la discriminación dentro de la colectividad en orden a su prestigio personal, a su ubicación social o las actitudes para desarrollar su fuerza de trabajo, sino que también constituyan una base mediante la cual se le condene por el delito posterior bajo una supuesta presunción de que los actos que ejecuta debe tener necesariamente una tipificación de carácter penal.

4.- Ya hemos externado nuestro criterio, en el sentido de que las Medidas de Seguridad que como forma preventiva de los Estados Peligrosos se definen en el Código Penal, se encuentran totalmente alejados de la realidad social guatemalteca en lo que se refiere a su aplicación dentro de las diferentes características esenciales de la Teoría del Delito, habiendo analizado y confirmado mediante un estudio comparativo de jerarquía jurídica que las mismas son inconstitucionales por cuanto el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, claramente preceptúa que: "No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración" (el subrayado es nuestro).

Como se podrá notar, las Medidas de Seguridad no constituyen ninguna forma de delito o falta y por consiguiente no podría imponerse ningún tipo de sanción de tipo carcelario, por otra parte las mismas también violan el principio de Legalidad en vista de su indeterminación en el tiempo en cuanto a la imposición de la Medida de Seguridad y la forma de imposición de las mismas mediante sentencias absolutorias comprueban, que tales institutos son formas de represión constitutivos de la violencia jurídica.

En otra palabras, a nuestro juicio las Medidas de Seguridad tal y como se encuentran reguladas en el Código Penal sobre todo la vigencia de los artículos 84, 85 y 86 adolecen de graves defectos, los cuales permiten la aplicación del arbitrio judicial, la marginación de los ciudadanos guatemaltecos; que asimismo dada la forma tan confusa y extensión que se regulan tales Medidas de Seguridad y la

inexistencia de instituciones adecuadas para lograr adaptación y readaptación que sea funcional y que las defina en una forma concreta y determinada.

No obstante que el Código Penal considera las Faltas o Contravenciones, conductas de una naturaleza menos graves que los delitos e incluso a la mayoría de estos describe como conducta incriminatoria por mera negligencia o por el incumplimiento de disposiciones generales, no por ello se oculta en el capítulo respectivo, nuevamente la naturaleza de su contenido; decimos lo anterior porque resulta absurdo dentro de una lógica eminentemente jurídica partiendo de la base de configuración de las Faltas y de su escasa peligrosidad individualidad, que dentro de su modalidad o principios generales existe la posibilidad de aplicación de Medidas de Seguridad, que en todo caso solo desnaturalizan la concepción de la Tipicidad de las Contravenciones.

Se trata por parte del legislador de ocultar el propósito, en cuanto a que las Medidas de Seguridad en las Faltas, constituyen un verdadero tipo de violencia jurídica, limitando su duración a un año, modificando con ello la indeterminación en el tiempo que en relación a los delitos se mantiene en las Medidas de Seguridad y cuyo concepto y regulación es de carácter inconstitucional, como ya se apuntó.

En consecuencia, estimo que la inclusión de Medidas de Seguridad como parte fundamental de las disposiciones generales que se refieren a las faltas dentro del Libro Tercero del Código Penal, no tiene mas objetivo que permitir un incremento de la violencia jurisdiccional, puesto que autoriza a los tribunales la imposición de una medida coercitiva, no descrita científicamente y en consecuencia de privación de la libertad, que podrán involucrar los actos ejecutados por cualquier persona, demostrándonos con ello no solo dentro del contexto de la sistemática del Código una ostensible contradicción sino también una forma muy sutil de incorporar instituciones represivas al amparo de infracciones penales que como faltas consideran dentro de la legislación penal guatemalteca como de escasa gravedad.

Finalmente se hace evidente el descuido del legislador en relación a ésta forma de incrementar las Medidas de Seguridad en las Faltas, por cuanto que ninguna diferenciación hace respecto a la competencia que tienen los jueces para

aplicar esta medida predilectual, puesto que si se analiza al amparo del artículo 86 del Código Penal, las Medidas de Seguridad son aplicables a delito cuya competencia corresponde a un Juez de Primera Instancia, pero al incorporarse a las Faltas cuyo conocimiento corresponde a los jueces de Paz, está dejando en manos de funcionarios de menor jerarquía dentro del Organismo Judicial, la aplicación de este tipo de medidas que ponen en peligro la seguridad, la libertad de las personas y la vigencia y aplicación de los derechos constitucionales, así como la garantía de la pureza de la aplicación jurisdiccional mediante funcionarios capacitados y con conocimiento de la naturaleza y consecuencias de las instituciones jurídicas penales, estas Medidas de Seguridad deben desaparecer de la regulación general de las Faltas.

CAPITULO III

ASPECTOS LEGALES RELACIONADOS CON LOS MENORES DE EDAD

En este capítulo encontramos el análisis jurídico de lo esencial que en la legislación guatemalteca se regula con respecto a la protección de los menores de edad.

La situación de la niñez, adquiere características dramáticas por se uno de los sectores mas desprotegidos de la sociedad, no obstante constituir mas del cincuenta por ciento de la población. Ser niño en Guatemala significa pertenecer a un grupo sumamente vulnerable, tanto física como psicológicamente, víctima inocente de una crisis socioeconómica, de infraestructuras socioeconómicas inadecuadas para dar respuestas a sus mas elementales necesidades, lo que ha dado como resultado altas tasas de mortalidad infantil, desnutrición reciente, explotación, desintegración familiar, abandono, malos tratos así como niños viviendo o trabajando en la calle a todo lo anterior debe añadirse la violencia armada causante directa de que miles de niños, como objetos sociales pasivos de protección y cuidado sean sometidos a una patria potestad inflexible en muchos caso, siendo utilizados como instrumentos de abuso y explotación.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Según nuestra constitución al analizar su fundamento en el artículo 1o. explica sobre la protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común.

El artículo 2o. regula dentro de los deberes del Estado, garantizarle a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

En lo que corresponde a los Derechos Humanos, se abre el capítulo I, y nos habla sobre los derechos individuales y nos dice el artículo 3o. del Derecho a la

Vida. "El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona" Su Artículo 4o. vemos la libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, el hombre y la mujer cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades, ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

También citamos el artículo 5o. Libertad de Acción. "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar ordenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. tampoco podrá ser perseguida o molestada por sus opiniones o por actos que no implican infracción a la misma.

Al consultar el artículo 20 encontramos lo que corresponde a los menores de edad y expresa que estos cuando transgredan la ley son inimputables Su tratamiento debe estar orientado hacia una educación integral propia para la niñez y la juventud.

Los menores cuya conducta viole la ley penal, serán atendidos por instituciones y personal especializado. Por ningún motivo pueden ser reclusos en centros o detención por adultos, una ley específica regulará esta materia.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En 1989, Naciones Unidas promulgó la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, instrumento ratificado por Guatemala, en 1990, a través del Decreto No. 27-90 del Congreso de la República: el cual representa una visión renovada sobre la protección de la infancia y la adolescencia. Su contenido reafirma el conjunto de necesidades constitutivas del bienestar del ser humano en etapa crucial de la vida y las instituye como derechos inalienables del niño. La Convención conjuga en un mismo cuerpo jurídico, los derechos económicos, sociales y culturales,

así como las garantías ante la ley y enfatiza el rol de las políticas sociales básicas al ratificar la Convención, Guatemala asumió una doble obligación. A) Un frente a la comunidad Internacional, pues uno de los compromisos adquiridos consiste en presentar ante el Comité de los Derechos del Niño, informes oficiales sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a los derechos reconocidos en la Convención, y el progreso realizado en cuanto al goce de estos derechos, el primero en un plazo de dos años a partir de la vigencia de la convención, y los siguientes cada cinco años. Han transcurrido cuatro años desde que la convención entró en vigencia en Guatemala y el informe oficial aún no ha sido recibido por el Comité. Esta situación, les ha impedido también, remitir el informe alternativo que las organizaciones no gubernamentales, pueden enviar, previa presentación del informe oficial. B) La otra obligación es la interna frente a la población, constituye el compromiso más importante, que consiste en adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole, para garantizar los derechos reconocidos en la citada convención. Durante el tiempo transcurrido desde su ratificación las políticas sociales de atención a los niños han sido prioridad para los gobiernos y se sigue aplicando las leyes y procedimientos anteriores basados en la situación irregular que contradice el espíritu de la misma y los dictámenes y sentencias judiciales fundamentados en este instrumento internacional, son escasos.

Impulsar y colaborar en acciones que ayuden a mejorar las condiciones de vida de los niños en Guatemala a través de la cooperación, es uno de los retos que se ha impuesto el procurador, pero es necesario encaminar otras acciones para lograr cambios significativos. La difusión de los derechos de la niñez es importante, pero no es suficiente, paralelamente debe iniciarse un proceso de capacitación a todo nivel, principalmente para aquellos que deben tomar decisiones en favor de los niños.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1959)

El 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Declaración de los Derechos del Niño. El espíritu del documento se manifiesta en el preámbulo, el que dice en parte que "*la Humanidad debe al niño lo mejor que puede darle*". La declaración universal de 1948 decía que las necesidades del niño eran tan urgentes que se necesita una declaración separada y concreta.

El 21 de Diciembre de 1976, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución en la que proclamó el año 1979, como el Año Internacional del Niño. En esa resolución se alienta a todos los países, ricos y pobres a que revisen sus programas de fomento de bienestar de los niños y se recuerda que el año 1979, será el del Vigésimo Aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño.

A continuación se reproduce el texto de la Declaración de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1959. En diez principios cuidadosamente redactados, la Declaración afirma los Derechos del Niño, a disfrutar de protección especial y a disponer de oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse en forma sana y normal y en condiciones de libertad y dignidad, a tener un nombre y una nacionalidad, desde su nacimiento; a disfrutar de los beneficios de la seguridad social, inclusive nutrición adecuada, vivienda, recreo y servicios médicos, a recibir tratamiento, educación y cuidados especiales si tiene algún impedimento; a crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y siempre que sea posible, al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; a recibir educación; a figurar entre los primeros que reciban protección y socorro en casos de desastres; a estar protegido contra todas las formas de abandono, crueldad y explotación; y a ser protegido contra prácticas que puedan fomentar cualquier forma de discriminación. Finalmente, la Declaración recalca que el niño "*debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal*".

También en el amparo que corresponde a sus padres para que reciban educación deben estar protegidos por desastres etc.

El texto de los 10 principios aludidos dice así:

"PREÁMBULO

Considerando: que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Considerando: que los pueblos de las Naciones Unidas han proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciadas en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política ó de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición .

Considerando: que el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Considerando: que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño .

Considerando: que la humanidad debe al Niño lo mejor que puede darle.

Proclama la presente Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian, e insta a los padres, a los

hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente en conformidad con los siguientes principios.

Principio 1

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 3

El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y una nacionalidad

Principio 4

El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal.

El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

Principio 5

El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

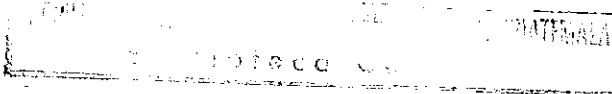
Principio 6

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Principio 7

El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.



El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación: la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

Principio 8

El niño debe, en todas las circunstancias figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Principio 9

El niño debe ser protegido contra cualquier forma de abandono crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada: en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio 10

El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

Publicidad que ha de darse a la declaración de los derechos del niño

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD

El año recién pasado, el Congreso de la República promulgó, el Decreto No. 78-96, denominado Código de la Niñez y la Juventud.

El mencionado Código, vino a sustituir al Decreto No. 78-79, Código de Menores, en vista de que este último había dejado de responder a las necesidades de regulación jurídica en materia de la niñez y la juventud, y que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, al cual hicimos mención anteriormente, proclama la necesidad de educar a la niñez en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad, además de concebir a la niñez y a la juventud como sujetos plenos de derechos sociales, económicos y culturales, para que estos sean protagonistas de su propio desarrollo para el fortalecimiento del Estado de Derecho y Justicia Social.

El mencionado Código, se encuentra dividido en tres libros, siendo ellos los siguientes: el Primero se refiere a Disposiciones Sustantivas, y contiene consideraciones Generales, Derechos Fundamentales, Derechos Individuales tales como a la Vida, a la Igualdad, a la Integridad Personal, Libertad, identidad, respeto, dignidad a la familia y a la adopción así como a una vida digna y a la salud.

Por su parte el Libro Segundo, regula lo relativo a organismos de Protección Integral, creándose por ejemplo el Consejo Nacional de la Niñez y de la Juventud, Consejos Departamentales y Municipales, se instituye el Procurador de los Derechos Humanos a través de la defensoría de la Niñez y la Juventud, como una dependencia del Procurador de los Derechos Humanos, se crea también la Comisión Nacional de la Juventud Trabajadora.

Finalmente hemos de referirnos al Libro Tercero el cual contiene todo lo relacionado con las disposiciones adjetivas, es decir la forma procesal cuando la Niñez y la Juventud se encuentra amenazada o violada en sus derechos humanos se establece la Competencia Administrativa, el proceso en sí la Jurisdicción de los Juzgados en aquellos casos de conflictos con la Ley Penal, las atribuciones de los órganos jurisdiccionales, las medidas de protección, las medidas cautelares a

dictarse en el caso de denuncias, los medios de prueba, las audiencias y los medios de impugnación que se pueden plantear contra las diversas resoluciones que dentro del proceso se dicten.

Se estima que este nuevo código es de avanzada, pero que su implementación requerirá de muchos esfuerzos por parte, no solo de los ciudadanos en general, sino de la infraestructura, el financiamiento, y recursos que son necesarios para su implementación.

CODIGO DE TRABAJO

Según el artículo 32 del Código de Trabajo, Los contratos relativos al trabajo de los Jóvenes que tengan menos de catorce años de edad, deben celebrarse con los representantes legales de estos y, en su defecto, se necesita la autorización de la Inspección General de Trabajo. Por su parte el artículo 147 del Citado Código establece El Trabajo de Mujeres y Menores de Edad, debe de ser acorde especialmente para su edad, condiciones o estado físico y desarrollo intelectual y moral; asimismo el artículo 148 del mismo cuerpo legal, contiene una serie de prohibiciones (Modificado por el artículo 10 del Decreto 64-92 del Congreso de la República); tales como: El trabajo de mujeres y menores de dieciséis años, en labores insalubres o peligrosas. El trabajo nocturno de menores edad, diurno en cantinas, u otros establecimientos análogos en que se expendan bebidas alcohólicas destinado al consumo inmediato.

El artículo 32 que se refiere a el trabajo para los menores de catorce años se coordina con el artículo 149 que habla de la Jornada Ordinaria diurna, y en el que se indica que la misma se debe disminuir para los menores edad, así a) En una hora diaria y 6 en horas a la semana para los mayores de catorce años y b) En dos horas diarias y 12 horas a la semana para los jóvenes que tengan esa edad o menor, siempre que el trabajo de estos se autorice conforme el artículo 150 del citado Código.

CÓDIGO PENAL
DE LA CORRUPCIÓN DE MENORES

Según nuestro Código Penal, el artículo 188 indica que quien en cualquier forma promoviére, facilitare o favoreciere la prostitución o corrupción sexual de menores de edad, aunque la víctima consienta en participar en actos sexuales o en verla ejecutar, será sancionado con prisión de dos a seis años.

Asimismo el artículo 189 del citado Código, nos habla sobre la corrupción agravada. La pena en el artículo anteriormente mencionado se aumentarán en dos terceras partes cuando concurra cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1o. Si la ofendida fuere menor de doce años.
- 2o. Si el hecho fuere ejecutado con propósito de lucro o para satisfacer deseos de tercero.
- 3o. Para cuando su ejecución mediante engaño violencia o abuso de autoridad
- 4o. Si la corrupción se efectuare mediante actos sexuales perversos, excesivos prematuros.
- 5o. Si el autor fuere ascendiente, hermano, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima
- 6o. Cuando los hechos a que se refiere el artículo anterior fueren realizados con habitualidad.

Por su parte el artículo 190 del Código Penal nos habla sobre Inducción Mediante Promesa o Pacto. Quien mediante la promesa o pacto aun con apariencia de lícitos, indujere o diere lugar a la prostitución o a la corrupción sexuales de menores de edad, será sancionado con prisión de uno a tres años.

En la misma pena incurrirá quien con cualquier motivo o pretexto ayude o sostenga la continuación en la prostitución en la corrupción sexual o la estancia de menores de edad, en las casas u hogares respectivos



CAPITULO IV

ANÁLISIS DOCTRINARIO CRITICO DEL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO PENAL

Diseñado ya el perfil ontológico de las contravenciones o faltas, queda por discurrir acerca de su regulación jurídica en el sistema del Código.

Las contravenciones, aún cuando se diferencien de los delitos son siempre infracciones y siguen la ley y la disciplina dogmática de estas, salvo algunas divergencias impuestas por su naturaleza particular, todo lo que se ha dicho acerca de los aspectos esenciales del delito (acción, atijuridicidad y culpabilidad), de sus aspectos no esenciales (circunstancias) y de sus formas; coparticipación, reincidencia, habitualidad, causas de extinción, etc... vale también sin más para la categoría del ilícito contravencional, ahora nos limitaremos, de modo especial a los puntos mas importantes de los principios generales

Por lo que se refiere a la acción, las contravenciones o faltas, pueden ser de acción u omisión, según que la conducta consiste en hacer o en dejar de hacer algo.

EL RESULTADO

El resultado propio de las faltas, por lo común es un resultado de peligro, de modo coherente con su función, que es principalmente preventiva, no faltan contravenciones con resultados típicamente dañosos como la molestia y el disturbio a las personas, la destrucción deterioro de carteles públicos, la sirena de edificios, por culpa del constructor, el daño al patrimonio artístico o arqueológico, la destrucción o encausamiento de recursos naturales. Artículo 481, 494, 495 del Código Penal, pero quedan perfectas aunque el resultado no sea voluntario por el mismo motivo, las contravenciones o faltas se numeraron en su mayor parte, entre "delitos formales", es decir, los que perfeccionan sin el concurso en un resultado material (modificado del mundo físico).

Entre las contravenciones o faltas son notables las que se llaman comúnmente de mera sospecha, no es porque carezcan de acción cuanto que se hace constitutivo su regulación en la simple conducta (comisión por omisión) del agente, artículo 494 inciso 1 y 2 del Código Penal que dicen "sus sanciones con arresto de días, el encargado de la guardia y custodia de un enfermo mental que lo deja vagar por las calles o sitios públicos sin la debida vigilancia. El dueño de animales feroces que puedan ocasionar daño y que los dejan sueltos o en situación de causar perjuicio".

LA ANTIJURIDICIDAD

Es elemento imprescindible de las contravenciones o faltas, en numerosas hipótesis toma el aspecto de antijuridicidad especial, en cuanto se hace consistir la ilicitud en falta de autorización o de licencia de autoridad administrativa, artículo 494 inciso 3 y 4 y artículo 495 del Código Penal. Todas las causas que incluyen la antijuridicidad valen sin excepción "para los delitos y las contravenciones o faltas" por lo tanto una contravención se justifica por el ejercicio de su derecho o del cumplimiento de un deber (orden de la autoridad), dentro de los modos y límites establecidos por la legítima defensa (no es punible por haber disparado y por haber llevado armas sin licencia, el cual se vio obligado y por haber llevado armas sin licencia, el cual se vio obligado a obrar por defensa legítima, salvo en este último caso, que el llevar armas sea anterior a la acción defensiva), y por el estado de necesidad no responde de la contravención o falta de abandono de animales de tiro, el que se vio obligado a dejar su vehículo en la calle para escapar de una agresión ni es culpable de perturbaciones del orden público, y el que tocó a rebato las campanas para salvar, clamando ayuda, a unas personas que se quemaban dentro de una casa.

En cambio se discute que el problema de la imputabilidad en las contravenciones o faltas, frente a los delitos y tal vez, en este consiste el punto más espinoso, de las diferencias entre las dos clases de ilícitos; las teorías sobre este asunto se paralizan alrededor de tres sistemas:

a) SISTEMA DEL HECHO MATERIAL

Por lo cual la materialidad del acto, hecho abstracción de cualquier elemento psicológico (dolo o culpa) bastaría para integrar la delincuencia de la gente, decía Carmignani: " como las transgresiones son una creación de la policía, de que se sigue, que al establecer la indole de ellos se deben emplear reglas no del derecho natural sino del derecho político. Por tanto, cuando esta probado el hecho material, no hay para que tomar en cuenta la intención de la gente, pues factum pro dolo, accipitur (el hecho equivale al dolo).

b) SISTEMA DE LA CULPA:

Según el, las contravenciones o faltas se originan siempre en una injerencia de la voluntad (negligencia, imprudencia, impericia, inobservancia de reglamentos pueden ser dolosos o culposos) aquellos dependen siempre de culpa, la cual como ésta injerencia (en el hecho mismo), no se prueba sino se presume.

Esta teoría fue presentada por Manzini, durante los trabajos preparatorios del proyecto de 1887, y desarrollada después por Nulli Mecacci, Harbasso y Berenini, y por último energéticamente defendida por Longue.

c) SISTEMA DE LA INVERSIÓN DE LA PRUEBA:

Según esta doctrina estas contravenciones o faltas el carácter voluntario siempre se presume, pero la gente puede en cada caso dar la demostración de su buena fe o de la otra causa eximente, como en los delitos

En relación al problema de la imputabilidad en las contravenciones o faltas, entendida como la facultad de discernimiento y de voluntad: que tiene en el sujeto activo que al adecuarse a la teoría penal se convierte en la llamada voluntariedad nuestro Código Penal vigente, tal como lo hemos expresado con anterioridad, sigue el sistema de la culpa, si bien es cierto que no las señala, tácitamente se desprende del análisis de cada uno de los grupos de faltas en que se divide el libro tercero del

Código Penal ya que en dichos tipos contravencionales se acepta que la incriminación del sujeto pueda hacerse mediante una acción positiva de carácter doloso tal como sucede por ejemplo: en la falta contra la propiedad o una omisión de carácter culposo como se desprende del anterior contenido de la tipología de las faltas en el ordenamiento contra los intereses generales y régimen de las poblaciones donde evidentemente se encuentra esta omisión puede hacerse por negligencia del sujeto activo o por incumplimiento de un saber jurídico que le señala la ley, una disposición de la autoridad o un reglamento y en consecuencia dada la configuración de las faltas en el ordenamiento legal Guatemalteco quedan excluidas las teorías sobre el hecho material y la inversión de la prueba, no sólo porque las mismas constituyen un atentado contra el legítimo derecho de defensa, sino también prejuzgan sobre la responsabilidad criminal del sujeto activo y lo obligan a probar que es inocente cuando, en la inocencia según la carta de los derechos humanos se presume en favor del procesado.

EL ELEMENTO PSICOLÓGICO DE LAS CONTRAVENCIONES O FALTAS

El principio de la causalidad voluntaria no admite excepciones ni siquiera en ese tipo especial de transgresión, que es la infracción contravencional. Hasta las contravenciones o faltas resultan de un acto voluntario (acción u omisión).

Dos tendencias prevalecieron, entre los demás y la Doctrina y la Jurisdicción. La una mas severa que puede llamarse del hecho natural y la otra más benigna que no excluye el examen de la buena fe, pero comprobada la materialidad del hecho solo en los últimos tiempos se ha orientado la jurisprudencia hacia el renacimiento del principio general de la voluntariedad, aun al tratarse de faltas o contravenciones.

Lo mismo en las contravenciones o faltas que en los delito tiene valor, en cuanto a voluntad, pero no es necesario que ella acompañe todo el proceso ejecutivo; hasta que exista al principio también en cuenta aquí plena aplicación la teoría de las acciones.

En las contravenciones o faltas sin embargo, toman un aspecto especial el elemento de voluntariedad, particularmente el alto interés social de que respete en absoluto tales normas es decir que su observancia no se haga poner en peligro de ser paralizado o eludido de la averiguación de la intención de la gente. Si en las contravenciones o faltas fuera preciso probar en cada caso que el autor obró con el propósito de ocasionar un resultado antijurídico y si hubiera que probar su negligencia o impericia sería difícil castigar al contraventor y el orden jurídico se vería expuesto al peligro.

Nuestro Código Penal vigente siendo la teoría cualitativa en orden a la calificación de los hechos ilícitos define las conductas punibles en dos grandes grupos: Los Delitos y las Faltas, este último determinados en el libro Tercero bajo un Título único.

Habiéndose referido con anterioridad, a que las faltas o contravenciones se sigue en la doctrina moderna los elementos generales acerca del delito en cuanto a la imputabilidad, antijuricidad, tipicidad y culpabilidad es de suma importancia hacer un análisis nuevamente objetivo en relación al elemento acción, como parte fundamental de los actos materiales propios de la falta, que producen el resultado de daño o de peligro, o de incumplimiento de las normas de tipo penal.

En este sentido el marco teórico o hipótesis del cual debe partir es el siguiente: Permite el Código Penal vigente que la expresión de voluntad de la gente o sujeto activo del delito entendido este con exclusividad el actor, ya que el inciso primero del artículo 480 del Código Penal solamente responsabilizaban de las faltas a los autores, se manifiesta mediante un acto meramente doloso (acción) o por el contrario permite que la voluntad se manifieste en forma negligente (omisión).

En este aspecto nuestro Código Penal no es claro y al respecto su contenido es tambaleante y se separa de la doctrina sociológica moderna al no determinar con claridad que la incriminación puede darse en las faltas o contravenciones, tanto en una forma de acción dolosa como de omisión por negligencia o por incumplimiento de un deber jurídico; sin embargo si analizamos el contenido de los diferentes capítulos en que se regulan las faltas ya sean contra las personas, contra la

propiedad, contra los intereses generales y regímenes de las poblaciones se puede establecer, que tácitamente el Código de la materia si acepta que en las faltas puede haber una incriminación tanto dolosa como culposa por ejemplo. En el capítulo de las Faltas Contra las Personas en el artículo 481, inciso primero y tercero que se refiere a las lesiones que produzcan enfermedad o incapacidad por el trabajo por diez o menos días y las lesiones en riña de carácter leve, la incriminación del sujeto activo, determina mediante la existencia de un dolo directo por medio de una acción positiva, es decir, una manifestación de voluntad externa que modifica la realidad social. Dentro de este mismo capítulo, en el artículo 482, inciso primero, que se refiere a la omisión de auxilio, el Código está aceptando la incriminación por omisión de un deber jurídico que el sujeto activo estaba obligado a realizar.

Iguales ejemplos y con mayor abundancia podemos encontrar en las faltas contra los intereses generales y regímenes de las poblaciones, que en su gran mayoría se consuman por omisión, ya sea por negligencia del sujeto activo o por incumplimiento de un deber jurídico proveniente de la ley, o de un reglamento, tal como los casos previstos en el artículo 491, cuyo sujeto activo es el médico cirujano, comadrona o persona que ejerza alguna actividad sanitaria que omita dar parte a la autoridad al haber prestado asistencia ante casos de delito público contra las personas y el caso del artículo 495, del Código Penal que se refiere a la infracción de reglamentos o disposiciones de la autoridad relacionadas a la seguridad común, al orden público, o la salud pública.

Si bien es cierto que en materia de faltas el Código penal se refiere a la infracción de reglamentos o disposiciones de la autoridad relacionadas a la seguridad común, al orden público, o la salud pública.

En conclusión, si bien es cierto que en materia de faltas el Código Penal que se refiere a la infracción vigente no determina categóricamente que la incriminación hacia el sujeto activo, pueda darse en forma dolosa o culposa como manifestación de voluntad mediante una acción positiva o una omisión negligente, tal como lo hace al regular la teoría del delito en los artículos 11 y 12 del Código Penal, de

descripción de los tipos de faltas o contravenciones se determina con claridad, que el sujeto activo de tales hechos licitos puede cometerlas tanto mediante una acción, como mediante una omisión culpable, ya sea por negligencia de un deber jurídico proveniente de un reglamento, o de una ley, tal como ha quedado señalado en los ejemplos de las faltas referidas anteriormente.

ELEMENTOS

Fundamento o parte esencial de alguna cosa. /Con cierto sentido despectivo, sujeto o individuo de antecedentes, recomendables o de proceder dudoso. /Parte, pieza o componente de algo. (V^o "accidentalia", elementos. "essentia", "naturalia").

ELEMENTOS

Medios, Recursos. /Bienes Económicos. /Posibilidades. / Materiales, Equipos o de alguna actividad. // datos o informes sobre un problema o cuestión. / principios generales de un arte o de una ciencia// son fuerzas de la naturaleza // El conjunto de la tierra, el agua, el aire y el fuego, los principios constitutivos de todos los cuerpos en el pensamiento antiguo.

Con relación a las instituciones Jurídicas, y mas especialmente a los contratos, se distinguen los elementos personales o partes que intervienen en los mismos, (por ejemplo el comprador, y el vendedor de la compraventa); los elementos reales, el objetivo de los mismos, las cosas o bienes sobre que versan (la casa y el precio en el mismo contrato citado); y los elementos formales, requisitos para la formación o prueba de los negocios jurídicos (el simple consentimiento, la escritura pública, la tradición, según los casos)

ELEMENTOS DE PUNIBILIDAD

Conjunto de factores o elementos, fundamentos de hecho o de derecho que han de ser tenidas en el fallo que se dicta en causa criminal. Se agrupan así, según

la causa indole de los mismos: A) El Elemento Material, comprensivo de la perpetración del hecho y de la participación del agente; B) El Elemento Moral, que envuelve la apreciación del discernimiento y de la libertad con que se haya obrado; C) El Elemento Legal para determinar si el hecho está previsto y castigado en el Código Penal u otra ley regresiva ; D) El Elemento Injusto para resolver si existe justificación de la conducta. Esta clasificación de los elementos de punibilidad, ya arcaica aun seguida en Francia se corresponde, dentro del consejo técnico jurídico del delito (expuesto al tratar de esta voz), con los caracteres del mismo y en la forma que se expresa: el elemento material abarca la acción o la omisión ; el elemento moral la imputabilidad y la culpabilidad; el elemento legal la tipicidad y la penalidad; y el elemento injusto, la antijuridicidad (-).

LAS CONTRAVENCIONES O FALTAS

Según el Licenciado Guillermo Alfonso Monzón Paz, nos explica, que tanto la doctrina como los ordenamientos penales, no por determinación esquemática o integral como por razones de política criminal, aceptan la validez normativa en el texto del Código Penal de los delitos y las faltas. Nuestro Código Penal vigente lo regula en sus libros segundo y tercero.

1. NOCIONES GENERALES

Esta distinción es necesaria, no tanto para la aplicación del Código Penal, que dedica a las contravenciones o faltas un libro aparte, como para identificar en virtud de un criterio jurídico seguro, las numerosas disposiciones sobre contravenciones o faltas, determinados en leyes especiales.

Este problema, entre la diferenciación entre delito y falta o contravenciones, es uno de los mas discutidos. En general sus soluciones obedecen a dos sistemas típicos: El cualitativo, que sitúa el crédito distintivo en la naturaleza jurídica particular en estas dos clases de las infracciones.

El cuantitativo: que negando toda diferencia jurídica intrínseca se apoya en el criterio de la gravedad y clases de las penas.

El primer sistema llamado también bipartito porque divide la violación de la ley en dos categorías: "los delitos y las contravenciones o faltas".

De este último tipo es el Código Penal francés de 1810, seguidas por muchas legislaciones contemporáneas (Código Belga, Español, Rumano, Turco, Japoneses, Alemán, Austriaco, etc...) en cambio en el sistema Bipartito se informa el Código Italiano de 1889, que sigue las huellas del Toscano, y es imitado por los Códigos Ruso, Búlgaro, Noruego, Sueco, Holandés, Portugués y el Código Penal tipo América Latina, en el cual se haya el Código vigente Guatemalteco.

El sistema cuantitativo, si por una parte es muy empírico por otra parte ofrece un fundamento más sólido y menos equivoco para la distinción. Basta mirar la igualdad de las Penas, para decir que nos hallamos ante un delito o una contravención.

El segundo sistema pretende ser más científico, que tropieza con dificultades de poco momento, puesto que de la exigencia de la distintiva abstracta pasa a determinar en cuanto la diferencia entre dos clases de transgresiones. Han probado antes estas dificultades la doctrina, y la jurisprudencia que en vano buscaron, bajo el Código anterior, un criterio único y definitivo para determinar aquella característica que debe servir para diferenciar las dos enormes diferencias de normas haciendo abstracción de la pena.

Las teorías que hacen distinción entre delitos y contravenciones según su naturaleza jurídica, se polarizan en torno de dos criterios: uno objetivo y Subjetivo el otro.

Las teorías subjetivas pueden reducirse fundamentalmente a dos grupos:

- a) Las que hacen consistir la diferencia en la distinta naturaleza del bien y del derecho tutelado, y
- b) Las que hacen consistir en el distinto modo de la tutela;

En las primeras categorías entran las doctrinas de Beccaria, quien junio a los delitos que destruyen o agravan la seguridad de las personas privadas o de la sociedad,

pone otras infracciones que no son si no acciones contrarias a lo que cada cual es en virtud de las leyes, a hacer o no hacer, teniendo en mira el bien público. Carmiguani enseña de análoga manera, que en las transgresiones, de policía, distinto modo que en los delitos, no hay la destrucción de ningún derecho inherente a la naturaleza de la sociedad.

Con mayor precisión, Carraza al traducir este problema a términos éticos escribe lo siguiente: "El criterio que separa la función penal y la función de policía, puede ser si no este: La función penal debe castigar solo los hechos a los cual pueda adaptarse el carácter de moralmente inocentes porque el fundamento del derecho es la utilidad pública en la forma distinta expresa la misma opinión Impalloment, que los delitos agravian bienes jurídicos secundarios como (la dignidad, la tranquilidad, el decoro, la sensibilidad moral).

El criterio de la importancia del bien protegido, primario en el delito y secundario en las contravenciones o faltas, ha sido recientemente adoptado otra vez por Paoli.

También Rocco tiene en mira la calidad del derecho agraviado pues define a las contravenciones como "acciones y omisiones contrarias al interés administrativo del estado."

El segundo sigue la teoría de Fenerbach, por la cual, en la punición del delito el Estado Procura, proteger inmediatamente un derecho subjetivo, mientras en las contravenciones o faltas mira mediante el fin, el prohibir acciones que de otra manera serian licitas. Binding, perfeccionó esta teoría, al decir que en el delito agravia generalmente un bien jurídico (destruyéndolo o poniéndolo realmente en peligro), en tanto que en las contravenciones o faltas el bien jurídico se encuentra solamente en peligro sin que este sea real, así que las contravenciones o faltas "son delitos formales de mera desobediencia".

Siguieron este camino los redactores del Código Italiano, en efecto, de Zanardelli, en su exposición de motivos sobre el proyecto de 1887, num.XIV, los delitos aquellos hechos que producen alguna lesión jurídica y contravenciones o faltas, aquellos hechos que, aunque por si mismos sean inocuos ofrecen sin embargo algún peligro para la tranquilidad pública, o para el derecho ajeno,

precepto legal en los delitos dice: No matar, y en las contravenciones o faltas, no hacer nada de lo cual puede derivarse daño para la vida ajena.

Pero todas las teorías expuestas ofrecen algún flanco débil para la crítica.

En contra la teoría que actúan la nota diferencial en la naturaleza del bien protegido, es fácil dar ejemplos de contravenciones o faltas que agravan derechos propiamente dichos, y hasta que no lleven consigo un mínimo de moralidad y a las teorías que se fundan en la distinta naturaleza de la tutela jurídica no es difícil objetarlas que hay contravenciones o faltas, que defienden de modo inmediato ciertos derechos: que el criterio de peligro es incierto ya que existen numerosos delitos de peligro; y que todavía es más insegura la nación con el peligro real o inmediato, la fragilidad de todos los criterios definitivos para separar de los delitos las contravenciones, ha hecho que algunas lleguen hasta negar toda posibilidad de diferenciación, al menos cualitativas; han negado esta diferencia las positivistas, que admiten entre las dos clases de ilícitas penales solo una distinción de cantidad, ya en el aspecto objetivo como el subjetivo. La distinta entidad moral de los motivos y la diversa gravedad del daño social e individual inferido, distinguirla a los delitos y las contravenciones. En resumen si nos hallamos ante el hecho impulsados por motivos antisociales, potencial y realmente dañosos, o peligrosos en grado mínimo, entonces habrá que hablar de contravenciones.

Ferri, a pesar de admitir que las contravenciones tienen psicología, y por lo tanto moral y socialmente un valor distinto al de los delitos y que por lo mismo exigen diversa regulación jurídica, niega que haya entre delitos y contravenciones o faltas una diferencia sustancial, desde el punto de vista jurídico por lo cual no hay otro criterio positivo y seguro de distinción entre ellos, sino la sanción represiva establecida por el código o por leyes especiales, para una y otra infracción.

Pero la imposibilidad de una infracción ya había sido afirmado por juristas extranjeros como Stubel, Bekker y Von Bar y por seguidores de la Escuela Técnica jurídica Italiana, como Massari, este afirma la entidad ontológica de las dos categorías de ilícitas penales, al anotar que, salvo las diferencias que atañen al

origen del ilícito contravencional, y que interesan a la historia del derecho Penal hoy día la diferencia entre contravenciones y delito es completamente estructural.

Esta según nosotros, es la única solución que admite el problema, de otra manera es posible, de la diferencia entre delitos y contravenciones. No puede hallarse un criterio científico único y rectilíneo, para hacer distinción cualitativa entre las dos clases de transgresiones. La fuerza lógica de quienes sostiene el sistema tripartito, según el cual solamente la pena legal califica la infracción y establece a que categoría pertenece, se halla precisamente imposibilitado para llegar a un solo criterio que pueda diferenciar de modo seguro las dos especies ilícitas. Todo los elementos distintivos que hasta ahora se han tenido en cuenta (distinta importancia y valor de los bienes protegidos, diversa forma de tutela de ellos, teoría del daño y del peligro, teorías de la diferencia cuantitativa, de la gravedad y del daño, etc), tienen su valor propio pero no impiden que el legislador pueda clasificar un hecho, según las contingencias del caso, como delito y no como contravenciones o falta o viceversa, ni que pueda hacer pasar de una categoría a otra en un mismo hecho. Si podemos hablar de "delito naturaleza", es decir si existe una ley natural que distingue lo que pueda ser crimiado de lo que no puede serlo, no podemos hablar de una contravención natural, pues ninguna ley natural prescribe que un hecho se crimine a título de contravención y no de delito.

El código ha procedido bien al adoptar como único carácter distintivo entre delito y contravención o falta el elemento pena, en la competencia para su juzgamiento.

CAPITULO V

"BREVE ANALISIS JURÍDICO DE LAS FALTAS CONTRA LAS PERSONAS"

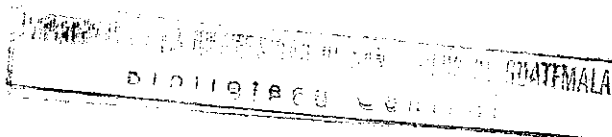
CONTENIDO EN EL ARTICULO 483, INCISO 8 DEL CÓDIGO PENAL
Y UNA PROPUESTA PARA CONVERTIRLA EN UN DELITO COMETIDO CONTRA LOS
MENORES DE EDAD

BREVES CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY GUATEMALTECA

En los capítulos I, y II, del presente trabajo, expusimos tanto la parte doctrinaria como legal de los que se entiende por delito y falta; las corrientes que las inspiran, llegándose a establecer que entre ambas figuras jurídicas existen similitudes, ya que los elementos que los configuran resultan ser los mismos: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad y la punibilidad, teniendo también diferencias, pero las cuales no son realmente de fondo, ya que los delitos conllevan penas mas severas y las faltas penas leves, por cuanto los primeros de los mencionados causan daños mayores, mientras que los segundos de índole menor.

En el Capítulo III, tocamos lo referente a todas aquellas disposiciones relativas a la protección de los menores de edad, citando, transcribiendo y analizando en su caso, leyes tales como la Constitución Política de la República de Guatemala, la Declaración de los Derechos del Niño, el Decreto de Ratificación del mismo por parte del Congreso de la República, la Defensoría de los Derechos de la Niñez, el Código de La Niñez, y la Juventud, el Código de Trabajo y por supuesto el Código Penal.

En este ultimo orden de ideas tenemos que, en el presente capítulo, trataremos lo relativo a la necesidad como se indicó de modificar las disposiciones contenidas en el apartado de las Faltas del Código Penal, ya que con base en las investigaciones realizadas a través de las cuales, nos hemos podido dar cuenta del irrespeto existente hacia las condiciones del menor y las transgresiones que abusivamente se cometen contra lo establecido por el referido precepto legal, por



cuanto lo leve en extremo de las penas señaladas para quienes incurren en las faltas establecidas en la ley en referencia, como lo es el arresto de quince a cuarenta días, las cuales son conmutables, inciden en que las personas que inducen a la mendicidad a los menores de edad, o bien se hagan acompañar de los mismos en la vagancia, con el objeto de satisfacer sus propios intereses y sin tanto pensarlo y sin mayor pena vuelva a incurrir en el mismo ilícito penal, sin importarle el gran daño que con ello le ocasiona al menor de edad.

Por otra parte, debemos de tener en cuenta que el actual Código Penal, fue promulgado durante la década de los años setenta, cuando la población especialmente la juventud no era mayoritaria y en una edad productiva, la metrópoli no había crecido en las proporciones que actualmente posee y estos hechos, la mendicidad, la vagancia, para mencionar algunos factores, existía en proporciones menores, siendo ésta otra de las causas por las cuales se justifica la necesidad de modificar el tantas veces aludido precepto legal.

Basta tener presente, que en lugares, para mencionar algunos como el monumento a los Proceres, el Obelisco, la Avenida de la Reforma, El Sector denominado Zona Viva, ubicados en la zona trece, catorce y diez, así como el Centro de la Ciudad, constantemente se ve a menores y niños vendiendo flores desde horas matutinas hasta nocturnas, dulces, chiclets, u otros objetos, mientras que sus progenitores, y/o bien personas sin ningún parentesco se ubican a pocos metros a observar la marcha del negocio y obtener sus ganancias; vale la pena también mencionar que en algunos casos se observa a menores cargando a niños solicitando limosnas, dándose igualmente la situación antes mencionada. Debido a lo antes expuesto y que la falta aludida sanciona con penas leves, esta figura se continúa realizando por lo que estimo debe ser regulada como delito, ya que quienes lo cometen ponen en grave peligro la integridad física, moral y espiritual del menor causando al mismo tiempo un daño a nuestro juicio en la mayoría de los casos irreparable.

CRITICA AL INCISO 8 DEL ARTICULO 483 DEL CÓDIGO PENAL

El libro Tercero de las Faltas, Título Único, Capítulo II, artículo 483 del Código Penal, preceptúa:

"Artículo 483. Será sancionado con arresto de quince a cuarenta días:...8. Quien se hiciere acompañar de menores de edad en la vagancia o la mendicidad, o los hiciere trabajar con infracción de las leyes y disposiciones laborales". Al analizar el contenido del precepto anteriormente transcrito encontramos que, tal disposición contiene varios supuestos jurídicos como los siguientes: Que es condición Sine Qua Non, el hacerse acompañar de menores de edad, en la vagancia.

La vagancia según entendidos en la materia ya no es punible, en virtud de que la actual Constitución Política de la República de Guatemala, desapareció tal institución, pero el Código Penal considera dicha situación COMO UN ESTADO PELIGROSO, en virtud de que el artículo 87 numeral 5 de dicho cuerpo legal reza: *Artículo 87. Se consideran índices de peligrosidad: ... Se entiende por vago el que teniendo actitud para ejecutar un trabajo remunerado se mantiene habitualmente en hogazan o de mendicidad, sin medios de subsistencia conocidos.*

Es decir, que primeramente se tiene que demostrar que las personas se encuentran en una situación de vagancia HABITUAL, que viva a consta del trabajo de otro o en la mendicidad, o bien sin medios de subsistencia conocidos, lo anterior para que pueda ser aplicada a la hora de la imposición de una pena y/o una medida de seguridad

Otro supuesto es el referente a hacerse acompañar de menores de edad en la mendicidad. Al respecto se ha de decir, dentro de la investigación realizada no se encontró ninguna disposición relativa a que la mendicidad se considere como un ilícito penal.

Un tercer supuesto jurídico es el que nos remite a una situación bastante diferente a las dos anteriores. como lo es el hacer trabajar a menores de edad con infracción a las normas de trabajo.

**ELEMENTOS QUE DEBERÍAN DE CONCURRIR EN LA COMISIÓN DEL DELITO
CONTRA LA EXPLOTACIÓN DE MENORES, CUANDO UN ADULTO SE HAGA
ACOMPañAR DE LOS MISMOS EN LA VAGANCIA O EN LA MENDICIDAD**

El Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, Código Penal, en su Artículo 35 preceptúa: "*Son responsables penalmente del delito : los autores y los cómplices.*"

"De las Falta solo son responsables los autores"

Por su parte el Artículo 36 de mismo cuerpo legal antes citado, indica:

Son autores:

- 1.- *Quienes tomen parte directa en la ejecución de los actos propios del delito*
- 2.- *Quienes fuerzen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo.*
- 3.- *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.*
- 4.- *Quienes habiéndose concertado con uno u otros para la ejecución de un delito, estén presentes en el momento de su consumación.*

Finalmente hemos de citar el contenido del artículo 4 del Código Penal, el cual se refiere a la territorialidad de la ley penal y el cual reza de la siguiente manera:

"Artículo 4. Salvo lo establecido en tratados internacionales este Código se aplicará a toda persona que cometa delito o falta en el territorio de la República o en lugares o vehículos sometidos a su jurisdicción"

COMENTARIO GENERAL PREVIO A LA ENUNCIACIÓN DE LOS
ELEMENTOS QUE DEBERÍAN CONFORMAR EL DELITO.

Conforme a lo anterior, toda persona, ya sea esta de Nacionalidad Guatemalteca o Extranjera, que se encuentre en el territorio Nacional o en algun lugar o vehículo sometido a jurisdicción de la República y cometa un delito, con excepción de lo previsto en tratados internacionales se hará acreedor a una sanción prevista tanto en el Código Penal como en otras leyes conexas.

Por otra parte debe tenerse presente que, la ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 y sus reformas del congreso de la República, indica que: "*Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o practica en contrario*".

En este mismo cuerpo legal en su artículo 5 preceptúa: "*El imperio de la ley se extiende a toda persona nacional o extranjera, residente o en tránsito, salvo las disposiciones del Derecho internacinal aceptadas por Guatemala, asi como todo el territorio de la República, el cual comprende el suelo, el subsuelo, la zona marítima terrestre, la plataforma continental, la zona de influencia económica y el espacio aéreo. tales como los definen las leyes y el derecho Internacional*".

Conforme lo establecido por las leyes antes citadas y transcritas, todos los guatemaltecos y los extranjeros que se encuentren dentro del territorio nacional, están obligados a la observancia de la ley y en consecuencia sujetos a ser sometidos a proceso penal, si se comete delito.

a) SUJETO ACTIVO DEL DELITO

Doctrinariamente y legal, el sujeto activo es el que realiza la acción es decir el comportamiento descrito en la ley.

El sujeto Activo del delito, es quien lo comete o participa en su ejecución, no puede ser atribuido ni llevado a cabo sino únicamente por una persona humana.

COMENTARIO

Si tomamos en cuenta que al llevarse a cabo la realización de la acción esta depende de la voluntad del individuo, es decir que solamente el ser humano puede ser considerado como sujeto activo del delito, en virtud de que es el ser dotado de conciencia y voluntad y por consiguiente, poseedor de la facultad de razonar.

b) SUJETO PASIVO DEL DELITO

El sujeto pasivo, resulta ser el titular del interés jurídicamente protegido atacado por el delito. Según Olga Islas es el titular del bien jurídico protegido.

A decir de Eugenio Cuello Calón, es el titular del derecho o intereses lesionados, o puestos en peligro por el delito.

COMENTARIO

Conforme lo anterior, y teniendo presente que el sujeto pasivo es el que sufre las consecuencias del acontecimiento de un ilícito penal, ambos sujetos pasivo y activo aparecerán siempre estrechamente relacionados.

En el presente caso, nos encontramos, que los menores de edad resultan ser el sujeto pasivo del delito, pues es el titular como lo refieren los tratadistas del bien jurídico tutelado o bien protegido, y de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, se les debe una protección especial y demás leyes conexas.

c) OBJETO MATERIAL DEL DELITO.

En cuanto a este elemento hemos de manifestar que, el objeto material del delito, u objeto material de la acción penal, es como ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo penal, o sea como lo exponía el penalista Jorge Alfonso Palacios Motta, es todo aquello sobre lo que se

concreta el interés judicial que el legislador pretende tutelar en cada tipo y al cual se refiere la conducta del sujeto activo.

COMENTARIO

El objeto material del delito, conforme lo antes expuesto, puede estar representado por: personas individuales, personas jurídicas colectivas, por los animales y hasta por los objetos y cosas.

En nuestro caso, el delito se comete por una persona que se haga acompañar en la explotación de menores, en la vagancia o en la mendicidad, el objeto material del delito estará constituido por los menores de edad, ya que sobre ellos se concreta el interés jurídico que el legislador pretende tutelar.

d) EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Al respecto hemos de indicar que, el Bien Jurídico Tutelado o bien protegido es: "El interés que el estado pretende proteger a través de los distintos tipos penales, interés que es lesionado o puesto en peligro por la acción del sujeto activo, cuando esta conducta se ajusta a la descripción legal.

COMENTARIO

Para el penalista José Francisco de Matta Vela, en su tesis de Graduación Profesional, el IUS PUNIENDI, es una facultad que corresponde única y exclusivamente al Estado que como ente soberano debidamente organizado, tiende a la protección de ciertos valores que son indispensables para el desarrollo y la convivencia social; cuando esa serie de valores humanos, materiales y morales son elevados a CATEGORÍA ÚNICA por parte del órgano estatal destinado para ello (organismo legislativo), es cuando trascienden en el Derecho Penal como bienes o

intereses jurídicamente protegidos o tutelados por el Estado, encontramos cada uno de ellos, acomodado en cada una de las figuras del delito que encierran todos los códigos penales del mundo, que doctrinariamente se conocen como el objeto jurídico, o el objeto de ataque en el delito.

Derivado de lo anterior resulta que, la minoría de edad, que conlleva la inocencia, la falta de experiencia en la vida, la ignorancia, producto muchas veces de la pobreza, el analfabetismo, del mismo sistema en que se desarrolla nuestra sociedad, y que permite que las personas aprovechándose de dicho elementos se beneficien para satisfacer sus propios intereses es lo que a nuestro juicio constituye el bien jurídico tutelado y el Congreso de la República lo a elevado a la categoría jurídica y por consiguiente trasciende en el derecho penal como bien jurídicamente tutelado o protegido por el Estado, y que en el presente caso, se a quedado en la categoría de falta la cual como se expuso, por una parte la sanción es leve y no se logra el objeto deseado como lo es el evitar el hacerse acompañar de menores de edad en la vagancia o en la mendicidad, razón por la cual a nuestro juicio debería de transformarse en un delito para que la imposición de la sanción correspondiente sea mas severa y así evitarse de cierta manera la explotación de que son victimas los menores de edad, proponiendo como tipo penal el siguiente: **“Artículo ____ : Quien se hiciere acompañar de menores de edad en la vagancia o la mendicidad, y los hiciere trabajar con infracción de las leyes y disposiciones laborales será sancionado con prisión de _____ a _____”.**

CONCLUSIONES

- A) La embriaguez puede constituir una causa de inimputabilidad cuando es profunda, que anula la conciencia y no es buscada de propósito ya que de ser así, puede considerarse como circunstancia agravante.

- B) Los drogadictos tienen igual tratamiento que los ebrios en nuestro sistema penal, es decir que la intoxicación por droga puede ser una causa de inimputabilidad o bien una circunstancia agravante, una falta contra las buenas costumbres o un índice de peligrosidad social.

- C) Las diferentes clases de faltas que se describen en nuestro Código Penal, adolecen del defecto de Falta de Claridad y omite deliberadamente una descripción objetiva a efecto de incorporar cualquier conducta dentro de su contenido.

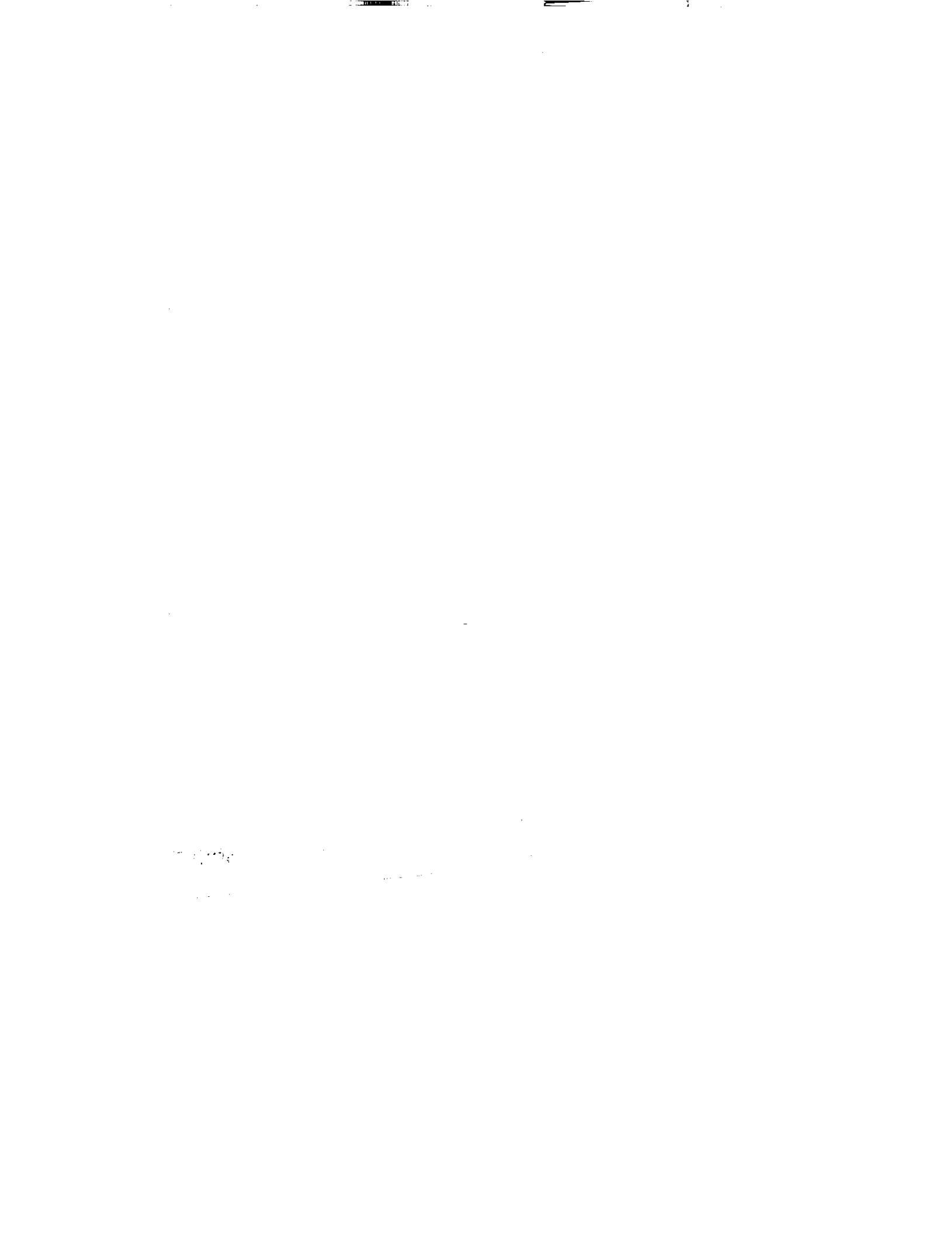
- D) Es necesario el regular las Faltas contra las Personas contenida en el artículo 483, inciso 8 del Código Penal como un Delito contra los menores de edad, con el objeto de proteger a estos últimos de la explotación por parte de los mayores de edad.



RECOMENDACIONES

- A) El Libro Tercero de nuestro Código Penal y el cual se refiere a las "Faltas", debe ser reestudiado, con el objeto de modificarlo y redactarlo de tal manera que no adolezca del defecto de claridad.

- B) Debe modificarse el artículo 483, inciso 8 del Código Penal y convertirlo en un Delito, para sancionar a aquellas personas mayores de edad, que en la vagancia, o en la mendicidad, se hagan acompañar o explotar a los menores de edad, beneficio suyo



BIBLIOGRAFÍA

OBRAS

- 1.- SOLER SEBASTIÁN, DERECHO PENAL ARGENTINO, TOMO I Editorial Argentina, Buenos Aires. 1977
- 2.- CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho penal, Parte general, Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona, 1975.
- 3.- DE LEÓN VELASCO, HECTOR ANIBAL; DE MATA VELA, JOSÉ FRANCISCO. Curso de Derecho Penal Guatemalteco. 2da. Edición. Editorial Art. 1989.
- 1.- BACIGALUPO, ENRIQUE. Lineamientos de la Teoría del Delito. 5ta. Edición. Costa Rica, 1985.
- 3.- PALACIOS MOTTA, JORGE ALFONSO. Apuntes de Derecho Penal. 2da. Parte Editorial Gardisa. Guatemala 1980.

DICCIONARIOS

- 3.- CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. Editorial Heliasta. Argentina. 1977.
- 7.- OSSORIO, MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. S.R.L. Viamonte. Argentina 1981.

REVISTAS

- 3.- REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE GUATEMALA. julio-diciembre de 1980. Número 80. Centro Nacional de Libros de Texto y Material Didáctico-CEBALTEX. Guatemala 1981.

LEYES

- 9.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA
- 10.- CÓDIGO PENAL
- 11.- CÓDIGO DE TRABAJO
- 12.- DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO
- 13.- DECRETO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA No 27-90 Ratificación de la Declaración de los Derechos del Niño.
- 14.- DECRETO No. 78-79, Convención Sobre los Derechos del Niño
- 15 - DECRETO No 78-96 del Congreso de la Republica, Código de la Niñez y la Juventud.

