

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

ANÁLISIS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 15 TENTATIVA IMPOSIBLE EN
EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO

ESBI GIOVANNI FUENTES MONTERROSO

GUATEMALA, JUNIO DE 2006

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

ANÁLISIS DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 15 TENTATIVA IMPOSIBLE EN
EL CÓDIGO PENAL GUATEMALTECO

TESIS

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

Por

ESBI GIOVANNI FUENTES MONTERROSO

Previo a conferírsele los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

y el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIA JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, junio de 2006

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana.

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. Helder Ulises Gómez
Vocal: Lic. Byron Oswaldo de la Cruz López
Secretario: Licda. Marisol Morales Chew

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Ronald David Ortíz Orantes
Secretario: Lic. Luis Roberto Romero

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)

DEDICATORIA:

- A DIOS:** Porque él da la sabiduría y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia.
- A MIS PADRES:** Mauricio René Fuentes y Lidia Monterroso González.
Por ser los bastiones en donde se edificó mi triunfo y ensañarme que todo se puede lograr con esfuerzo y dedicación.
- A MI ESPOSA:** Blanca Julieta Medrano Monteagudo. Por haber compartido junto a mi el esfuerzo de este triunfo.
- A MIS HIJOS:** Erika Dayana y Esbin Paolo. Por ser mi motivación y máxima expresión de mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Edgar, Vilma y Erika Edith (QEPD).
Por los recuerdos compartidos y por el apoyo incondicional, y para que este logro les motive a seguir adelante.
- A MIS ABUELOS:** Gregorio Monterroso y María Antonia Fuentes. Con mucho cariño.

A MIS TÍOS: Julio Duarte, en especial a Jorge Fuentes (QEPD), por el apoyo que me brindó en vida.

A MI SOBRINO: Fernando Gabriel.

A MIS FAMILIARES: Cariñosamente. Y a Alexander Duarte con aprecio.

A MIS COMPAÑEROS: A todos y cada uno de ellos por su amistad, que con gusto conservo, por las palabras de aliento.

A LOS LICENCIADOS: René Ramiro Flores Gómez, Juan Carlos Godínez Rodríguez, Elder Ulises Gómez, Ismael Gómez Cipriano y Edgar Arturo Méndez García.

AL: Ingeniero Emilio Lux Monroy y familia.

A MIS COMPADRES: Abel García Chavarría, Gladys García Jiménez de García y Alejandro García Lima, Mayra García Rosales de García.

A MIS AMIGOS: Mario Escobar, Lic. Carlos Marroquín, José Luis García, Mynor Orellana, Antulio López, Gerson Aceituno, Sandra Jiménez, Rosadelia Pérez. Con todo respeto.

A: La Coordinadora de Estudiantes de Educación Media (CEEM); a los que aportamos a esta sociedad guatemalteca con el subsidio escolar.

AL: Instituto Nacional Central para Varones.

**A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA Y
EN ESPECIAL A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....i

Capítulo I

"LOS GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO"

1. <u>Aspectos Generales del Delito</u>	1
1.1 Concepto de Delito.....	1
1.2 Definición.....	6
1.3 Denominaciones del Delito.....	10
1.4 Naturaleza Jurídica del Delito.....	10
1.5 Clases de Delito.....	13
1.5.1 Según la modalidad de la realización...	13
1.5.2 Según la relación con los sujetos del delito.....	13
1.5.3 Según su forma de consumación.....	14
1.5.4 Según su naturaleza.....	14
1.5.5 Según su forma de afectar el bien Jurídico.....	15
2. <u>La Teoría del Delito</u>	15
2.1 Concepto de la teoría del delito.....	15
2.2 Reseña Histórica.....	17
2.3 Definición de la teoría del delito.....	27
2.4 Elementos del delito.....	28
2.4.1 Acción.....	30
2.4.2 Tipicidad.....	33
2.4.3 Antijuridicidad.....	38
2.4.4 Culpabilidad.....	39

Capítulo II

"LA TENTATIVA"

1. Aspectos Generales de la Tentativa.....	42
1.1 Definición.....	42

1.2	Concepto.....	42
1.3	Naturaleza Jurídica.....	44

Capítulo III

"LA TENTATIVA IMPOSIBLE Y SU PUNIBILIDAD"

1.	La Tentativa Imposible.....	46
1.1	Definición.....	46
1.2	Concepto.....	46
1.3	Critica a la punición de la tentativa.....	48

Capítulo IV

"PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA TENTATIVA IMPOSIBLE"

1.	Análisis de su derogatoria.....	50
	CONCLUSIONES.....	52
	RECOMENDACIONES.....	54
	BIBLIOGRAFÍA.....	55

INTRODUCCIÓN

En el momento en que se aplica una pena o medida de seguridad a una acción que queda en grado de tentativa, por ser imposible su consumación, se esta juzgando y condenando de forma subjetiva, y en apego a dogmáticas penales como la "ius naturalista" o el positivismo, que han dejado de inspirar al Derecho Penal Moderno.

Actualmente se considera equivocado castigar (aún sea con medida de seguridad) una conducta que no es delito.

La tentativa es uno de los grados de desarrollo del delito, el cual por factores ajenos a la voluntad del agente no se puede consumir.

La tentativa imposible regulada en el Artículo 15 del Código Penal (Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala), es la tentativa que la doctrina y autores como Muñoz Conde, Ignacio Verdugo o Juan Bustos Ramírez denominan tentativa *inidónea*.

Se le denomina imposible cuando se trata de un delito que por determinada circunstancia no idónea; es decir: inidónea, resulta irrealizable.

El problema de la tentativa imposible o inidónea consiste en cómo sustentar el castigar un delito que no se cometió. En otras palabras, cómo se fundamenta aplicarle una pena o una medida de seguridad a un delito que resultó imposible de realizar.

El punto central en este tema (el de la tentativa imposible) estriba en que, *lo que es imposible de convertirse en delito, es contraproducente castigarlo*, ni siquiera con una medida de seguridad.

En Guatemala, a la tentativa inidónea se le aplican únicamente medidas de seguridad, según el Artículo 15 del Código Penal, lo que se plantea en la presente propuesta es una investigación susceptible de demostrar lo contradictorio de castigar una conducta que no es delito ni falta y las posibles de dar solución a dicho problema.

Capítulo I

"LOS GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO"

3. Aspectos Generales del Delito

3.1 Concepto de Delito

El delito es una conducta contraria a la ley que la tiene regulada como tal. Dicha conducta puede consistir en hacer o dejar de hacer. Sin embargo, no se trata simplemente de lo que prohíbe, (puesto que también hay cosas que prohíbe la ley que no son precisamente delitos), además de que en un ilícito hay aspectos que forman un todo granítico y que constituyen los elementos del delito, más para llegar a concebirlo como una unidad portadora de varios elementos, el delito pasó por diversidad de concepciones, que van desde ideas morales hasta psicofisiológicas.

En los inicios de la era cristiana el delito fue concebido de acuerdo con las *ideas filosóficas* de la época. La cual partía de la idea de la moral, que identificaba al delito con el "**pecado**", no utilizaban el verbo delinquir sino hablaban de "pecar", concebían al delito como "una conducta contraria a la moral y a la justicia",

posteriormente lo enfocan como violación o quebrantamiento del deber. Rossi sostiene por su parte, que por delito se debe entender: es "la violación de un deber"¹ y Pacheco señala que delito es, "un quebrantamiento libre e intencional de nuestros deberes"². No puede dársele validez a ninguno de estos criterios por las siguientes razones: primero, porque el pecado, indiscutiblemente, teniendo una orientación divina, nada tiene que ver con nuestra orientación jurídica, y segundo porque las infracciones al "Deber", atienden más a una norma de conducta moral, que a normas de conductas jurídicas.

En un criterio natural y sociológico, se sostiene que el delito se convierte en un hecho natural, Rafael Garófalo plantea la "*Teoría del Delito Natural*" toma, como base dos clases de sentimientos siendo estos el sentimiento de piedad y el sentimiento de probidad sobre los cuales construye la definición de Delito Natural así: "Ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida en que son poseídos por un grupo social

¹ Citado por De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, Curso de Derecho Penal Guatemalteco, Editorial Universitaria, 2 edición. Guatemala, 1991, P 21

² De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, Ob Cit, P 21

determinado”³. Se convierte en un hecho natural consecuencia de una conducta antisocial que lesiona la moralidad media de un pueblo. Tal concepción es natural y social, pero no jurídica.

En la llamada: “*Edad de Oro del Derecho Penal*”⁴ se observó un criterio puramente legalista, que coincide con la Escuela Clásica del Derecho Penal, la cual reduce todo concepto a la ley, Lo podemos resumir en la primera y poco acertada definición que ofrecieron de delito: **el delito es lo que la ley prohíbe**. Se le critica, porque existen muchas cosas que la ley prohíbe y que no son delito, Francesco Carrara incluye otros elementos al decir que, Delito 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, moralmente imputable y políticamente dañoso”⁵, a pesar de tener una inclinación legalista incluye otros elementos dignos de analizar con un criterio jurídico.

³De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, Ob Cit, P 21

⁴De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, Ob. Cit. P 34

⁵De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, Ob Cit. P. 34

El criterio Técnico Jurídico, resulta, una de las corrientes más aceptadas. Sus principales aportes fueron construir definiciones en las que incluyen ya elementos característicos del delito. Por ejemplo la del alemán *Ernesto Berlíng*, que viene de su obra *TEORÍA DEL DELITO*, es decir *De Lehere Von Verbrechen*, descubre la *tipicidad*, como uno de los caracteres principales del delito, y basándose en ésta define al Delito así; "Es una acción típica, contraria al derecho, culpable sancionada con una pena adecuada y suficientemente a las condiciones objetivas de penalidad."⁶ En la construcción jurídica que presenta Berlíng, los elementos característicos del hecho punible operan en forma autónoma e independiente, por lo cual recibió serias críticas.

La violación a una norma que valorativamente dentro del derecho es considerada como tuitiva, es decir tutelar, por un sujeto al que se le pueden asignar calidades, que inspiren por tanto un "tratamiento" de la conducta que motivó esa violación, por medio de una medida de seguridad, o la simple aplicación de una pena, como retributivo a su conducta o a su injusto, encierra lo que en voz popular

⁶ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Anibal De León Velasco, Ob. Cit. P 21

dentro del derecho llamamos delito, y que actualmente escuchamos en Guatemala nombrado como, ilícito.

El delito, es concebido en una forma tripartita: de conformidad con sus elementos principales, y los cuales son a menudo fuente de discrepancias e interminables discusiones entre los tratadistas. Constituye una conducta típicamente antijurídica y culpable.

Por supuesto, la descripción hecha, es producto de una larga discusión, y sobre todo, de la construcción de una teoría del delito, que hace posible, el estudio del mismo, desde sus principales entidades, que vuelven una conducta particular de un sujeto, que además, como se mencionó, adolece de ciertas características que lo individualizan para los efectos de aplicarle una pena o medida de seguridad. En palabras más sencillas; un delito es cometido por dos personas en diferente tiempo y región, que potencial y consecuentemente tienen una historia diferente, por lo que la pena y medida de seguridad que se le aplique a uno no necesariamente implica que se le aplique al segundo.

1.2 Definición

La definición jurídica que nos brinda Enrique Bacigalupo del delito es: "el delito es una acción típica, antijurídica y culpable".⁷

Existen varias formas para definir al delito, que van de lo más simple a lo más complejo, atendiendo que cada uno de los estudiosos ha sentido la inquietud por los problemas del crimen. Ante la imposibilidad de analizar cada una de ellas por separado resulta más conveniente para su comprensión agruparlas en torno a un juicio que se ha seguido para formularlas, a fin de condensar el proceso evolutivo que han tenido las ideas penales respecto al delito, y principalmente comprobar o no la validez de éstas ante el Derecho Penal Moderno.

a) Para el autor Francisco Muñoz Conde, delito es: "Toda conducta que el legislador sanciona con una pena", ésta definición es muy corta puesto que el no señala que tipo de conducta se sanciona",⁸ todo intento de

⁷ Bacigalupo, Enrique. LINEAMIENTOS DE LA TEORIA DEL DELITO, Editorial Hammurabi, S.R.L., Buenos Aires, junio de 1998. Pág. 19.

⁸ Muñoz Conde Francisco, Derecho Procesal Penal, Segunda Edición, P 41.

definir al delito al margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico para hacer filosofía, religión, moral o sociología.

La verdad es que las concepciones filosóficas, morales o sociológicas del delito ayudan poco en ésta materia al jurista. Esto viene a ser una consecuencia del principio **NULLUM CRIMEN SINE LEGE**, y que impide considerar al delito toda conducta que no llega dentro de las fallas de la ley penal.

b) *"Luis Jiménez De Asúa. Delito es, Un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se halla conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella".*

c) *"José María Rodríguez Devesa. Delito es, El acto típicamente antijurídico y culpable a la que esta señalada una pena".*

- d) *"Raúl Carranca y Trujillo. Delito es, El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputables a un hombre y sometidos a una sanción penal".*
- e) *"Sebastián Soler Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal Carlos Fontán Balestra. Delito es, La acción típicamente antijurídica y culpable".*
- f) *"Eugenio Cuello Calón. Delito es, La acción humana antijurídica, típica, culpable sancionada por la ley".⁹*
- g) Para Reyes Echandía la definición del delito se debe dividir en tres grupos:

"h.1 Definición Formal. Delito es aquello que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena, esta definición aún no siendo cierta, no soluciona nuestros problemas,

⁹ De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, Ob Cit, P 39

porque no deja de ser una fórmula vacía y taxológica.

h.2 Definición Sustancial: Delito es, el comportamiento humano que a precio del legislador compromete las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la comunidad y exige como respuesta una sanción penal. Esta definición si bien nos explica que motivos impulsan al legislador a sancionar unas conductas y otras no, tampoco nos dice mucho sobre el delito concreto.

h.3 Definición Dogmática: Delito es, La acción (conducta), típica, antijurídica y culpable, algunos autores añaden el requisito de punible, ésta definición nos aclara que conductas son punibles”¹⁰.

“Delito es: una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena”.¹¹

¹⁰ Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal, sin editorial, Madrid, 1987. P 35

¹¹Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal Español, Editorial Porrúa S.A. México, 1984. Pág. 53.

1.3 Denominaciones del delito

Flagitium, scelus, facinus, crimen, delictium, fraus, éstas acepciones se le han dado en Italia.

En nuestro medio: Delito, Crimen, Infracción Penal, hecho o acto delictuoso, ilícito penal, hecho criminal, contravención o falta.

Nuestra legislación adopta el sistema bipartido. (Contrario a la que utiliza una para nombrar delitos menores y mayores en Italia se conoce el *reato*). En Guatemala a delitos graves, delitos y a las infracciones leves, faltas o contravenciones.

1.4 Naturaleza Jurídica del Delito

No hay forma de establecer una naturaleza o construcción filosófica, aceptada por todos y para siempre. Esta comúnmente depende del tiempo y lugar, es decir coyuntura y país.¹²

Para la Escuela Clásica fue un ente jurídico, al decir que el delito es un acontecimiento jurídico una infracción a

¹² Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal Español editorial Ariel, Barcelona, España, 1996, P 130.

la Ley del Estado un ataque a la norma penal. El delito lo es porque depende de que aparezca en una norma. (Principio de legalidad-Nulla Poena, nullo crime sine lege) critica, el delito no puede ser solo por consecuencia de la ley.

Para la Escuela Positiva el delito, fue un fenómeno natural o social. Estudian al delito como la acción humana resultante de la personalidad, del delincuente, quedando completamente marginada la concepción jurídica del delito, con el apareamiento de la Teoría del Delito Natural, y Legal de Rafael Garófalo, que afirmaba que el delito no lo es, si el hombre no vive en sociedad.

Se le crítica que no sólo depende de que el hombre viva en sociedad. El estudio del delincuente puede que sea natural, pero el del delito es jurídico.

1.5 Clases de Delito

La clasificación legal que hace el Código Penal de delitos es la que llama Juan Bustos Ramírez, "bipartita"¹³, que consiste en establecer clases de delitos con relación a la gravedad que revistan los mismos. Por tanto, la Ley

¹³ Bustos Ramírez, Juan. MANUAL DE DERECHO PENAL ESPAÑOL, editorial Ariel, Barcelona, España, 1996, P. 153.

establece dos clases de ilícitos, Delito y faltas. Siendo los delitos, contravenciones a la ley graves y las faltas siempre contravenciones, pero menos graves o leves. Esto, en cuanto a la afectación o daño en los bienes jurídicos.

Esta clasificación legal del delito, se realiza en casi todas las legislaciones del mundo, con la diferencia que en algunas como la italiana, se establecen los llamados crímenes, que son contravenciones a la ley, aún mayores.

Por otro lado, existen otras formas de clasificar al delito, fuera de la clasificación legal bipartita ya apuntada. La clasificación doctrinaria más aceptada es la siguiente:

Según la modalidad de la realización

Según la relación con los sujetos del delito

Según su forma de consumación.

Según su naturaleza

Según su forma de afectar al bien jurídico.

1.5.1 Según la modalidad de la realización

Se puede hablar de delitos de mero comportamiento y delitos de resultado. En el primero de los casos, es decir en los delitos de mero comportamiento, el legislador sólo se preocupa de la acción o de la omisión como tal. Es decir, que para que se consume este delito basta con simplemente realizar un determinado comportamiento. Por ejemplo, conducir bajo efectos de alcohol o drogas.

Para los delitos de resultado, es necesario además de la mera acción, que se lleve a cabo un resultado, ejemplo el delito de homicidio, en el que no sólo se lleva a cabo la acción, es necesario que se dé el resultado, que es por tanto separable de la misma.

1.5.2 Según la relación con los sujetos del delito.

En esta se diferencian dos perspectivas, por un lado el número de sujetos y por la otra la incidencia del sujeto en el injusto. En el número de sujetos, existen delitos que se llevan a cabo individualmente, mientras que existen otros en los que es necesario el concurso de más sujetos, tal es el caso de los delitos en riña tumultuaria.

En el caso de la incidencia del sujeto en el injusto, conforme a este punto de vista los delitos pueden ser comunes o especiales. En los primeros los tipos penales no necesitan establecer relaciones especiales con determinados sujetos, son más bien generales, por ejemplo con las palabras: "quién" o "quiénes". Sin embargo, en el caso de los delitos especiales, existe un deber específico del sujeto activo, que si no se da no existe tal delito, tal el caso de los delitos de prevaricato que sólo puede darse en la figura de un juez.

1.5.3 Según su forma de consumación

Los delitos pueden ser instantáneos o permanentes. Instantáneos los que su consumación se da inmediatamente. Mientras que los permanentes su momento de consumación puede permanecer o durar en el tiempo.

1.5.4 Según su naturaleza:

Como lo enseña la misma ley, existen delitos comunes y delitos políticos, puesto que existen tratados que establecen cuales son cada uno de ellos.

1.5.5 Según su forma de afectar el bien jurídico

Estos pueden ser, delitos de lesión o delitos de peligro. Los delitos de lesión, son aquellos que cuando se dan, existe una destrucción o menoscabo del bien jurídico, como sucede en el homicidio. Y los delitos de peligro, sobre los que existe una larga discusión en torno a ellos. Se presentan por ejemplo cuando hay la probabilidad de una lesión concreta para un bien jurídico determinado.

4. La Teoría del Delito

2.1 Concepto de la teoría del delito

La teoría del delito tiene por objeto proporcionar los instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por el autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena, Para alcanzar esta meta la teoría del delito procede mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas que facilitan la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales, de ésta manera, la teoría del delito rechaza como adecuada a su función una apreciación total o global del hecho, la afirmación de que

un determinado suceso protagonizado por un autor es un delito dependerá por lo tanto, no de una intuición total, sino de un análisis que permita comprobar cada una de las notas correspondientes al concepto del delito, trata de dar una base científica a la práctica de Los juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad.¹⁴

La teoría del Delito es la encargada de proveer de instrumentos o herramientas al Derecho Penal objetivo, para que éste pueda definir las figuras delictivas e incorporarlas a la legislación. Con esto se contribuye a aplicar justicia penal lo más apegado al principio de legalidad posible. Es decir, la justa aplicación de los tipos penales es un aspecto de competencia plena de la teoría del delito.

La teoría del delito, expresa una serie de elementos que se presentan de forma común a todo delito, lo que permite una apreciación más general de todos los delitos, además de fijar una postura jurídica dentro del ordenamiento

¹⁴ Bacigalupo Enrique, Elementos de la teoría del delito, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989, P. 13

jurídico-penal. Cada legislación penal en el mundo se ve influenciada directamente por la doctrina penal que la informa, es decir, que según la dogmática asumida por cada legislador, así se manifestará el conjunto de delitos en la parte especial del Código Penal, sustentada por las normas de la parte general.

El Código Penal, surge en la década de 1970, (se promulga en 1973), fecha para la cual, modernas dogmáticas llamadas más propiamente "sistemáticas", sobre la concepción de la teoría del delito, apenas y comenzaban a llegar a conclusiones importantes. Por lo que nuestro Código Penal, surge desprovisto de dicha influencia. Para tener presente el devenir de la Teoría del Delito, se hace un breve repaso por ella y se demuestra con lo mismo la relación de influencia que ha sufrido nuestro Código.

2.2 Reseña Histórica

No se puede hablar de una teoría del delito en el medievo. No existía una concepción tal del delito, como la que tenemos hoy. En aquella época de oscurantismo y absolutismo, el delito era un oscuro campo que no permitía

distinguir fronteras entre los actos inmorales o antireligiosos (pecado) y un acto netamente ilícito. Por lo mismo, la conducta del delincuente era tomada como consecuencia de un mal en sí mismo, que era preciso erradicar por medio de una "pena" o "penitencia". Parece extraño, pero aún en nuestra época, el sistema penitenciario guarda en común algo más que solo el nombre, con aquel tipo de concepción.

Con la preocupación de los canonistas¹⁵, de establecer una relación personal entre el sujeto y su hecho, como se explicó anteriormente, y con la potencial graduación de la culpabilidad que deberían incorporar a la pena un concepto de expiación, entramos en el análisis de todas aquellas circunstancias que: modifican, agravan, atenúan, o eximen de la culpabilidad. Empieza por tanto a concebirse ya la idea de que el Delito no debe ser, por todo lo mencionado un asunto meramente unitario, único, solitario. Es decir, un simple hecho o una acción que deba aplicar el Derecho Penal en sus tipos, a quien desarrolla una serie de acciones parecidas a lo que dice ese mismo tipo. Surge por tanto, la necesidad de concebir al Delito como un ente más amplio, que

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan. MANUAL DE DERECHO PENAL ESPAÑOL editorial Ariel, Barcelona, España, 1996, P 131

no sólo es un hecho aislado y nada más, sino un hecho, provisto de una serie de características susceptibles de ser descompuestas en lo que conocemos hoy como sus "elementos". Lo que nos hace afirmar que el delito no es "monolítico", sino más bien "granítico", en otras palabras es un todo, que incluye una serie de elementos que permite observarlo en forma más adecuada a todo delito.

Sin embargo, dicha concepción es producto de que a la vuelta de los tiempos, la historia demuestra que el Delito debe ser considerado por medio de sus diferentes componentes. Y de la forma en que se pueden ordenar estos, es que surgen los diferentes autores en el tiempo, para explicar la importancia de cada uno de los elementos del delito, y sistematizarlos así en diferentes teorías. Cronológicamente, aparecen primero, los que como consecuencia de la concepción medieval del delito, consideraban a la acción que provocaba el delito como el elemento más importante de este. Decían que no podía haber delito sino había acción. Sin embargo, poco les importó cuales eran los móviles de aquella acción, en tanto que sí les importó la misma para ordenar en torno a la misma todos

los demás elementos del delito. Es decir que la acción como acto meramente humano, (forma en que se le concibe aún en muchas legislaciones del mundo, a la acción, especialmente en Centroamérica), se convierte en el primero de los elementos del delito, y la tipicidad, la antijuridicidad y el resto, resultan meras características del mismo, según esta concepción. En otras palabras, eran formas de calificar a la acción. Esta forma de concebir al delito, duró muchos años, desde finales del siglo diecinueve hasta casi el final de la Segunda Guerra Mundial, cuando los principales autores alemanes pierden fuerza a nivel mundial, no sólo por la situación internacional a la que fue sometido dicho pueblo como consecuencia de la guerra, sino también por el surgimiento de nuevos autores que empezaron a desmitificar a la acción y por tanto, a desmentir que fuera el elemento más importante de toda la teoría del delito. Es decir, el planteamiento posterior fue el hecho de que no debía concebirse una jerarquía vertical en cuanto a los elementos del delito, sino en una forma horizontal, producto de la importancia que cobra el análisis de los motivos que tiene el sujeto para delinquir y de la propia importancia de cada uno de los demás elementos de delito.

Retomando la historia de la teoría del delito, hablemos de cuatro momentos durante el desarrollo de la misma. Los cuatro momentos se dan sobre todo en el presente siglo.

Un primer momento sitúa a Beling como el principal fundador de una primera sistemática de la teoría del delito, que en 1906, establecía la relación de la acción como acto natural del hombre, y la que ya se explicara párrafos antes. Esta concepción es biológica, como consecuencia del auge que toman los estudios psíquicos en particular del delincuente. Sin embargo, para finales de la Primera Guerra Mundial se inicia un proceso que concluye Mezger para 1929, que establece que si bien la acción es el elemento más importante de la teoría del delito, debe establecerse que dicha acción puede ser resultado también de una omisión, y por tanto ya no es sólo un acto mecánico, puesto que entonces la omisión tendría que ser una actividad también mecánica y dicha tesis es insostenible. Además pudiera ser que exista una acción que siendo la que establece el tipo penal, fuera producto de un error o bien pudiera estar atenuada por alguna circunstancia o causa justificante. Mezger iniciaba con dichas concepciones un segundo momento

para la teoría del delito y su principal aporte consistió en la valoración que le daba a las características de la acción.

En el primer momento se habló de una acción natural, por lo que esta etapa de la historia de la teoría del delito es conocida como "sistemática causalista natural". Y el segundo momento, lo establece Mezger, que ciertamente por estar basada en que la acción es un causalismo, pero por incorporar elementos valorativos ha venido en llamársele causalismo valorativo.

Luego, ya para finales de la Segunda Guerra Mundial resultaban poco consistentes aquellos postulados que establecían a la acción como centro de toda la teoría del delito, y en un intento por recuperar toda aquella sistemática, Eberhard Shmidt, afirma que la acción que realiza el hombre y que se torna injusta y típicamente antijurídica, tiene raíces claramente sociales, puesto que es la sociedad quien condiciona tanto al individuo para delinquir como a los mismos delitos que son tales por estar contenidos en un tipo penal, que la sociedad a dispuesto de

esa forma. Con este tercer momento, se genera así la teoría de la acción social. Es decir la acción sigue siendo el centro de la teoría del delito, pero en Shmidt, las motivaciones y condicionamientos de esa acción ya no son más naturales, sino ahora lo son "sociales".

El principal error en que incurrieron todos los autores mencionados hasta aquí y todos los que les siguieron aceptando sus postulados (además de los que les siguen a la presente fecha), es pensar que la acción es el centro alrededor del cual giran todos los demás elementos del delito. Nada más equivocado, porque si bien la acción tiene una importancia capital, para efectos de establecer finalmente los móviles que incidieron en el sujeto para delinquir, no significa con esto que tenga que restarle importancia a los demás elementos del delito, situándolos en un plano de subordinación a la acción. Es por tanto, más justificado que para finales de la Segunda Guerra Mundial, en que se intenta rescatar aquella teoría nacida casi con el siglo, se empiece paralelamente a suscitar una nueva sistemática en la teoría del delito. Esta sistemática, establece a la acción en un plano de igualdad frente a los

demás elementos del delito, y se permite de esa forma estudiar con más adecuación los móviles que tuvo el delincuente para su conducta ilícita. De tal manera que, los elementos valorativos del tipo, pueden servir para valorar también la acción, es decir todas aquellas palabras que deba, por su naturaleza que dárseles una valoración jurídica posterior a cometido el acto, debe saberse con el más alto grado de exactitud si los conocía el sujeto en el momento de delinquir. Aunque no se permita la ignorancia de la ley, para efectos de establecer el grado de culpabilidad es posible establecer una cierta relación con el conocimiento que el sujeto tiene con todos los elementos del tipo. Por otro lado, ¿Qué tanto, la omisión riñe con el orden jurídico?. Y finalmente, ¿Es posible delinquir ya sea por acción o por omisión, por imprudencia? o simplemente si la acción u omisión se ajusta al tipo penal ¿ya se delinquirió con dolo?. Todas estas preguntas encuentran una respuesta un poco más consistente en esta última forma de concebir a la teoría del delito, que partiendo de los fines que tiene el sujeto para delinquir, establece de esa forma su propia denominación, puesto que a esta sistemática se le conoce

como "teoría finalista", y constituye el cuarto momento del que se habló en un principio de esta exposición.

Resumiendo, Se puede decir que durante siglos, existió una teoría dominante, que algunos autores la ubican como clásica y que empieza su derrumbamiento a partir de críticas bien fundadas, que se le hacen durante los primeros años del siglo XX, cuando comienza, la teoría que llaman neoclásica¹⁶, la encontramos de mejor forma nombrada a la primera como: causalismo naturalista y causalismo valorativo a la segunda. Sin embargo, el nombre poca relevancia tiene, en cuanto a lo bien diferenciado que manifestaron ambas, el aporte tan significativo a la teoría del delito.

Esta segunda etapa sirve como inicio para la afirmación de la existencia de los distintos componentes del delito, y además para la reformulación del contenido de algunos, aunque no tarda más de medio siglo sin derrumbarse, pese a que recientemente se le haya replanteado la concepción de la acción, en lo que se conoció como teoría de la acción social.

¹⁶ Bustos Ramírez, Juan. Ob Cit, p 138 – 144.

Sin embargo, todos los conceptos y significaciones que aportaran las distintas etapas que consolidaron la "teoría del delito", sirvieron como base para que antes de empezar la segunda mitad del presente siglo, surgiera la "teoría de la acción finalista del delito", y que se consolidara en definitiva para el año de 1965, iniciándose a partir de entonces toda una nueva etapa para los estudios con relación a la teoría del delito. En Guatemala, pese a que el Código Penal fue aprobado ocho años después, no recibió mayor influencia de la misma, y la mayoría de delitos, así como su parte general, acusa una notoria posición causalista, no solo por el contenido del texto del Artículo 10°.

No se puede decir, que la teoría finalista sea la forma más adecuada de concepción de todos los elementos del delito, puesto que aún siendo la última, ya ha sido criticada en algunos de sus postulados. Sin embargo, es ciertamente la más actual y una de las más tórridas formas de concebir al delito mismo. Sin embargo, para los efectos de la omisión, como se explica en el segundo capítulo, la teoría finalista enfrenta algunas dificultades de justificación.

La importancia del método elegido por cada sistemática, ha influido en la historia en la aplicación de la ley penal, y por lo tanto, una mejor realización del principio de legalidad.

2.3 Definición de la teoría del delito

La Teoría del delito, tiene por objeto proporcionar instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor, es el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena. En palabras más exactas, "se preocupa del estudio de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de la acción. No implica el estudio de los elementos que describen cada uno de los tipos de delito en particular, sino de aquellos que concurren en todo hecho punible".¹⁷

Podemos definir a la Teoría del Delito como la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es delito en general y cuales son las características que ha de tener cualquier delito.

¹⁷ Arango Escobar, Julio Eduardo. "Las Sistemáticas Causalista y Finalista en el Derecho Penal". Guatemala, 1992. Pag. 5.

2.4 Elementos del delito

Los elementos o "entidades" (como le llama Eugenio Cuello Calón¹⁸), en la Teoría del delito, permiten una descripción del problema complejo que se enfrenta, cuando se trata de estudiar al delito, visto, por tanto, no como un todo englobado, sino como un todo integrado en varias partes, susceptibles cada una de ser reformadas.

Los albores de la Teoría del delito, los encontramos en la Edad Media, con "la preocupación de los canonistas de establecer una relación personal o subjetiva entre el sujeto y su hecho, lo que era una lógica consecuencia del sentido expiatorio... que se le daba a la pena..."¹⁹ por lo que "la culpabilidad no sólo surge como un presupuesto y fundamento de la pena, sino al mismo tiempo permite graduarla"²⁰ lo que permite una medida a su imposición.

Se iniciaba con todo aquello una nueva corriente de pensamiento, más analítico, que más tarde vendría a

¹⁸ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo IV, parte General. Pag. 188.

¹⁹ Bustos Ramírez, Juan. Ob. Cit, p 131.

²⁰ Bustos Ramírez, Juan Ob. Cit, p 131.

incorporar la antijuridicidad, como acompañante unida indisolublemente a la culpabilidad, dentro de la teoría del delito. Lo que va generando diferentes momentos dentro de la concepción del delito.

El tipo por otra parte, constituye un presupuesto necesario y en cierta forma especial, en cuanto a la política legislativa del crimen, que ha de considerarse de esta forma, para el establecimiento de normas tuitivas. Sólo son hechos delictivos aquellos que aparecen descritos en un tipo legal. Tipo Legal, es por tanto, aquella parte de una disposición legal que describe un determinado hecho. La tipicidad, es la encargada dentro de la teoría del delito, de definir la adecuación de un hecho (constituye este una acción o bien una omisión) con la descripción que de él hace un tipo legal. La antijuricidad o antijuridicidad, la contravención de ese hecho típico, con todo el ordenamiento jurídico. Y la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo.

Tal como se señaló en la definición que aceptamos para entender el delito, y que quedó apuntada. El delito debe

definirse de forma tripartita, incluida en ésta; *la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad*. Sin embargo, los elementos del delito son: *la acción o conducta humana, la tipicidad, la antijuricidad, o antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad, la punibilidad*. Nombrándose en algunos casos, a los mencionados como elementos positivos del delito, y a sus respectivas formas antagónicas como elementos negativos del delito.²¹ Para la presente investigación, nos encontramos en los tres elementos mencionados.

2.4.1 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 humano.

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.

²¹ De mata Vela, José Francisco y Hector Aníbal De León Velasco. Ob. Cit. p 14l.

La acción incluye dos fases, estas fases las conocemos como el "iter criminis", que significa el camino del crimen hasta su realización, es la vida del delito desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación.

a) Fase Interna: Ocurre en el pensamiento del autor, en donde se propone la realización de un fin, para llevar a cabo ese fin selecciona medios necesarios, esta selección sola ocurre a partir de la finalidad, cuando el autor ésta seguro de lo que quiere decide resolver el problema como lo quiere.

b) Fase Externa: Después de realizar internamente el autor, ejecuta la actividad en el mundo externo; ahí pone en marcha conforme a su fin sus actividades, su proceso de ejecución del acto.

La acción como elemento positivo del delito consiste en una manifestación de la conducta humana, consiente o inconsciente, algunas veces positiva o negativa que causa una modificación en el mundo exterior y esta previsto por la ley.

Cuando falta la voluntad no hay acción penalmente relevante como en los siguientes casos.

a) Fuerza Irresistible. Nuestro Código Penal indica en su Artículo 25, que la fuerza irresistible es una causa de inculpabilidad, o sea que en este caso lo toma como ausencia de voluntad.

b) Movimientos Reflejos. Los reflejos físicos o movimientos instintivos no constituyen acción, pues tales movimientos no están controlados por la voluntad, quien tiene una convulsión epiléptica y como consecuencia de ello causa un daño no tiene voluntad puesta en ello.

c) Estado de Inconsciencia. Se pueden realizar actos que no dependen de la voluntad y en consecuencia no hay acción penalmente relevante, ejemplo un sonámbulo o un hipnotizado.

Para el derecho penal, la acción, es todo comportamiento derivado de la voluntad, y la voluntad

implica siempre una finalidad. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin; la acción es siempre un ejercicio de una voluntad final.

2.4.2 Tipicidad

Como se expresó, a los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas son los llamados tipos. Cuando algún hecho realizado por un sujeto, se adecúa a un tipo penal, entonces se genera la "tipicidad".

Encuadrabilidad de la conducta humana al molde contenido en ley (es decir el tipo).

En cada tipo, encontramos no un hecho aislado, y por tanto divorciado de los demás elementos del delito, o peor aún, ajeno a las características individuales del delincuente. Todo lo contrario. En un tipo podemos encontrar elemento subjetivo, lo mismo que uno objetivo.²² Lo que permite para nuestra investigación, el inferir, cuando hablemos de error de tipo, dar relevancia el referirse a uno u otro, toda vez, que en la renovación de derecho penal de España, se distingue ya, una diferencia entre el dolo

²²Zaffaroni, E. Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981. Pág. 29.

natural y uno llamado dolo malo, recayendo en el primero y por tanto en el aspecto objetivo de la tipicidad, un error de tipo

Debemos recordar que a diferencia de la antijuricidad y la culpabilidad, la tipicidad si resulta un tema exclusivamente penal.

La tipicidad, es la encargada dentro de la teoría del delito, de definir la adecuación de un hecho (constituye este una acción o bien una omisión) con la descripción que de él hace un tipo legal. La antijuricidad o antijuridicidad, la contravención de ese hecho típico, con todo el ordenamiento jurídico. Y la culpabilidad, el reproche porque el sujeto pudo actuar de otro modo.

Antes de desarrollar el tema de la Tipicidad, se tratará lo conocido en la ley penal como TIPO PENAL.

Es un concepto jurídico producto de la interpretación de la ley penal. Y lo definimos como "*La descripción de la conducta prohibida en la norma*", a esta descripción deberá

ajustarse un hecho concreto para que pueda sostenerse que es típico. El hecho se subsume bajo el tipo penal que está considerando, Este tipo penal se denomina de la adecuación y se diferencia con otros tipos penales por su amplitud, el tipo de garantía contiene dos elementos que de acuerdo con el principio de legalidad, condicionan la aplicación de una pena y que puedan no caber dentro del tipo de la adecuación, (Ejemplo: Desistimiento en la tentativa), la teoría del tipo penal consiste en permitir establecer que la acción realizada es la acción prohibida por la norma y sancionada con pena por la ley, y 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, distinguiéndose, delitos de actividad, delitos de peligro y delitos de lesión, junto a la acción hay delitos en los que adquiere importancia el sujeto de la acción, pues no todos los delitos pueden ser cometidos por cualquiera que tenga capacidad de acción como por ejemplo en el hurto, en éste cualquiera que se apodera de cosa mueble ajena es autor.

Hay ciertos delitos que sólo pueden cometerlos un número reducido de personas aquellos que tengan las características especiales del autor requeridas en el tipo penal. Como en los delitos de funcionarios públicos, (por ej. Prevaricato, malversación, peculado, doble representación) estos solo podrán ser cometidos por un autor que sea funcionario, juez abogado, etc., estos delitos que contienen una exigencia específica respecto del sujeto activo se denominan *Delitos Especiales*, estos pueden ser propios e impropios, *proprios*; cuando la característica especial del autor es el fundamento de la punibilidad. (Ejemplo: prevaricato), la acción solo es delito si la realiza el sujeto específico. *Impropios*; cuando la característica especial del autor no es fundamento de la punibilidad sino una circunstancia que agrava o atenúa la pena (Ejemplo: parricidio, todos pueden cometer un homicidio, pero si la acción de matar es cometida por un ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima el hecho será más grave.)

En cuanto a la estructura del tipo tenemos elementos normativos y elementos descriptivos.

a) Elementos Normativos: Son aquellos que implican una valoración del juzgador.

b) Elementos Descriptivos: Describen en su totalidad la conducta.

c) Tipo Objetivo

Cuando los elementos exteriores se alcanzan con la voluntad del autor, una conducta es contraria a la norma cuando el autor se representa los siguientes elementos

a. un cierto comportamiento (siempre que no haya causado exclusión)

b. Un resultado, la muerte de una persona.

c. Relación Causal entre acción y resultado

d) Tipo subjetivo:

Compuesto por los elementos de la conciencia del autor, que constituye la infracción a la norma.

En algunos casos es preciso preguntarse si el autor ha tenido voluntad de realizar los elementos desvalorativos (voluntad de realizar el tipo objetivo). Cuando se dice

“ante sorpresa”, se deduce que no quiso causar la muerte, sino que actúo con error sobre uno de los elementos del tipo, la relación causal. No tuvo voluntad de causar. El error de Tipo es la ausencia del dolo, lo que determina que no puede haber adecuación de la acción a un tipo doloso. Pero puede subsistir la tipicidad con relación a uno culposo, si el error fuere evitable y existe el tipo culposo en la ley.

2.4.3 Antijuridicidad

Cuando el orden jurídico no permite determinada conducta, se supone entonces que el actuar en contra de esa disposición, constituiría un acto contrario a la juricidad, lo que técnicamente nombramos como antijuricidad. Por tanto, es la antijuricidad, el calificativo que recibe todo hecho, que se encuentre reñido con lo que el orden jurídico permite, y que además constituye en latu sensu, un injusto penal.

Es, por tanto, la antijuricidad, en sentido formal, una relación de oposición entre la conducta humana y la norma penal. Materialmente hablando, una acción antisocial que

pone en peligro un bien jurídico tutelado y, que en un juicio de valor se declara que la conducta no es la que demanda el derecho, por tanto un injusto penal. Es decir, el juicio desvalorativo que un juez penal hace sobre la acción típica en la medida en que ésta pone en peligro un bien jurídico tutelado. Por lo tanto, la juricidad es el tema, dentro de la teoría del delito, que más controversial relación enfatiza con el error, puesto que el realizar un hecho contrario a la juricidad, presupone ya un dilema, el preguntarnos, si el sujeto que lo cometió lo hizo en conocimiento de su antijuricidad, y/o en comprensión de esta misma, o por ignorancia raza de lo antijurídico de su actuar. He aquí una de las principales formas del error de prohibición moderno.

2.4.4 Culpabilidad

La culpabilidad da lugar a un juicio de reproche, porque el sujeto que actúa en forma antijurídica puede actuar diversamente. Por tanto, entendemos por culpabilidad, la reprochabilidad que en diferentes grados, (y por ende regulable), se le aplica al infractor de una norma penal. En otras palabras, el responsable de un injusto penal

típico, tiene necesaria e indisolublemente que relacionarse con la culpabilidad, puesto que existe un nivel de susceptibilidad a ser sancionado, "curado", justificado, inculpado o eximido de toda responsabilidad, de conformidad con el grado de reprochabilidad que resulte asignado a su acción.

Durante mucho tiempo el término de "culpabilidad", fue visto, entendido y tratado, desde un ángulo psicológico. Feuerbach hablaba de una "causación psíquica del delito"²³. Durante mucho tiempo, la conducta humana que encerraba un hecho ilícito, no se analizó si provenía de un acto deliberado o no. Santo Tomás de Aquino²⁴, explicaba que las acciones que podían ser deliberadas eran humanas, aunque no distinguió que las no deliberadas fuesen acciones del hombre.

"Todos los autores, hasta la época de Franz Von Liszt, consideraban claramente el componente del delito que es la culpabilidad"²⁵. Sin embargo, todavía hasta mediados del

²³Zaffaroni, E. Raúl. Ob. Cit., P 14.

²⁴Suma Teológica, C. 1, a 1., citado por Raúl Zaffaroni. DERECHO PENAL, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1993 P 9.

²⁵Bustos Ramírez, Juan. Ob. Cit. P 130.

siglo XIX, encontramos que la misma, era referida como la fuerza moral o aspecto moral del delito.

Capítulo II

"LA TENTATIVA"

1. Aspectos Generales de la Tentativa

1.4 Definición

Según Juan Bustos Ramírez:

"Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento".²⁶

Es decir que la tentativa se produce cuando el sujeto inicia la ejecución de un acto regulado en ley como delito y luego este no se produce. La importancia está en el hecho de que no puede producirse el acto como consecuencia de aspectos exteriores a la voluntad del agente.

1.5 Concepto

En Guatemala la tentativa aún no se encuentra desarrollada en su mejor expresión.

²⁶ Bustos Ramírez. Op Cit P 315

Se encuentra regulada en el Código Penal en sus Artículos 14 y 15, en el primero de los cuales se establece que hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente.

Por aparte también regula el Código Penal que Si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad.

Es en todo caso, este último hecho, el de aplicar una medida de seguridad a un hecho que no se consumará lo que se discute.

El doctor Juan Bustos Ramírez expone lo siguiente en torno a las medidas de seguridad, y que sirve de base para lo que se asegura en la justificación de la presente investigación:

"Esta configuración del sistema penal en penas y

medidas de seguridad es lo que ha recibido la denominación del sistema dualista o de la doble vía. Sin embargo, en los últimos tiempos con razón se tiende a la construcción de un sistema monista, no como un retroceso al pasado, en que los códigos sólo contemplaban penas y sólo por excepción, en general respecto de los enajenados, medidas de seguridad, sino, en miras a una revisión progresiva. Esto es si hoy desde un punto de vista de los fines que ha de tener el sistema penal -en definitiva ofrecer alternativas de resolución de conflictos al individuo- no hay diferencia entre penas y medidas de seguridad y por otra parte, tampoco desde el punto de vista de las garantías para su imposición (como límite a la afectación de los derechos del sujeto)".

1.6 Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica de la tentativa es precisamente la de ser un grado de desarrollo del delito, puesto que si bien por un lado no se llega a concretar, por el otro está el hecho de que los primeros actos de su ejecución han principiado.

Por tal motivo la naturaleza de dicha institución queda claro que se trata de un grado de desarrollo del delito.

Capítulo III

"LA TENTATIVA IMPOSIBLE Y SU PUNIBILIDAD"

1. La Tentativa Imposible

1.4 Definición

La tentativa imposible por otro lado es la llamada tentativa inidónea.

Por tentativa inidónea o imposible se entiende:

"La que tiene lugar por desarrollarse con objetos claramente inidóneos para realizar el delito".²⁷

1.5 Concepto

Entre los autores que se manifiestan flagrantemente en contra de penalizar la tentativa imposible o inidónea se encuentran: Juan Bustos Ramírez en su obra Manual de Derecho Penal Español, Francisco Muñoz Conde, en su Obra Derecho Penal Parte General, junto a Mercedes García Arán e Ignacio Verdugo en su obra Manual de Derecho Penal. De los cuales se citan las partes conducentes y aplicables al tema:

"Ahora bien, cómo se puede sustentar una tal posición de

²⁷ Gómez de la Torre y otros. Derecho Penal, Ed PPU Madrid, España, P 416

castigo a la tentativa de delito imposible absolutamente... ciertamente no desde un punto de vista objetivo, ya que esta posición rechaza su castigo, tampoco desde la "peligrosidad social" de los positivistas naturalistas, pues tal planteamiento es ajeno al Código y vulneraría los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, y tampoco desde un punto de vista subjetivo, ya que ello también es ajeno al Código y a la Constitución"²⁸ (Juan Bustos Ramírez).

"De estas limitaciones, que todo el mundo admite, se deduce que también la tentativa inidónea, para ser punible, debe tener las mismas cualidades que la tentativa o frustración idóneas: debe darse el dolo, haberse iniciado la fase ejecutiva y suponer ésta una puesta en peligro para el bien jurídico protegido" (Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán)

"Una vez realizada la clasificación de los casos de tentativa en torno a tres grupos: inidoneidad absoluta, idoneidad relativa e idoneidad absoluta, podemos ya servirnos de ella para resolver el problema que nos ha

²⁸ Bustos Ramírez, Op cit Pág. 316

traído hasta aquí, es decir, qué casos deben ser castigados y cuáles no a la luz de las disposiciones del nuevo Código Penal, que nada dice sobre la punibilidad de la tentativa inidónea o delito imposible. Pues bien, como ya se ha establecido, el primer grupo de casos (el de la tentativa imposible) debe quedar al margen de la punición por su manifiesta incapacidad para lesionar el bien jurídico protegido, se trata de supuestos carentes de desvalor de resultado..." ²⁹

1.3 Crítica a la punición de la tentativa

El **Jus puniendi** o punto de vista subjetivo consiste en la "Facultad de castigar que tiene el Estado como único Ente soberano (**Fundamento filosófico del Derecho Penal**)". Mientras que el **jus poenale**, o punto de vista objetivo: "Es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad". La facultad del Estado de "penar", está limitada por el principio de legalidad, (Nullum Crimen, Nulla poena sine lege). Y por la exclusión por analogía.³⁰ Es decir, que el

²⁹ Gómez de la Torre y otros. Op Cit. P 416

³⁰De Mata Vela J. F. y H. A. De León Velasco. Ob. Cit. pág. 5.

Estado no puede imponer su voluntad de manera arbitraria, sino debe atenerse a los límites que la legislación vigente le permite, esto se da gracias al principio de legalidad. Por otro lado, debido a que toda pena debe estar basada en ley, no puede el estado integrar penas individuales para cada caso, porque entonces estaría juzgando por analogía.

Capítulo IV

"PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA TENTATIVA IMPOSIBLE"

2. Análisis de su derogatoria

En el momento en que se aplica una pena o medida de seguridad a una acción que queda en grado de tentativa por ser imposible su consumación, se está juzgando y condenando de forma subjetiva, y en apego a dogmáticas penales como la *ius naturalista* o el positivismo que han dejado de inspirar al derecho penal moderno.

Actualmente se considera equivocado castigar (aún sea con medida de seguridad) una conducta que no es delito.

La tentativa es uno de los grados de desarrollo del delito, el cual por factores ajenos a la voluntad del agente no se puede consumir.

La tentativa imposible regulada en el Artículo 15 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, es la tentativa que la doctrina y autores como Muñoz Conde, Ignacio Verdugo o Juan Bustos Ramírez denominan tentativa *inidónea*.

Se le denomina imposible cuando se trata de un delito que por determinada circunstancia no idónea es decir inidónea, resulta irrealizable.

El problema de la tentativa imposible o inidónea consiste en cómo sustentar el castigar un delito que no se cometió. En otras palabras, cómo se fundamenta aplicarle una pena o una medida de seguridad a un delito que resultó imposible de realizar.

El punto central en este tema (el de la tentativa imposible) estriba en que *lo que es imposible de convertirse en delito, es contraproducente castigarlo*, ni siquiera con una medida de seguridad.

En Guatemala, a la tentativa inidónea se le aplican únicamente medidas de seguridad, según el Artículo 15 del Código Penal, lo que se plantea en la presente propuesta es una investigación susceptible de demostrar lo contradictorio de castigar una conducta que no es delito ni falta y las posibles de dar solución a dicho problema.

CONCLUSIONES

1. La tentativa es uno de los grados de desarrollo del delito, el cual por factores ajenos a la voluntad del agente no se puede consumir.
2. Se le denomina imposible cuando se trata de un delito que por determinada circunstancia no idónea es decir inidónea, resulta irrealizable.
3. La tentativa imposible regulada en el artículo 15 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, es la tentativa que la doctrina y autores como Muñoz Conde, Ignacio Verdugo o Juan Bustos Ramírez denominan tentativa *inidónea*.
4. Hoy día se considera equivocado castigar (aún sea con medida de seguridad) una conducta que no es delito.

5. En el momento en que se aplica una pena o medida de seguridad a una acción que queda en grado de tentativa por ser imposible su consumación, se está juzgando y condenando de forma subjetiva, y en apego a dogmáticas penales como la ius naturalista o el positivismo que han dejado de inspirar al derecho penal moderno.

RECOMENDACIONES

1. Establecida la incoherencia de castigar la tentativa inidónea en la legislación penal guatemalteco vigente, es preciso determinar la solución que debe darse a la problemática que plantea la tentativa inidónea.
2. Resulta necesario derogar el Artículo 15 del Código Penal, (Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala); que regula la tentativa inidónea o tentativa imposible, toda vez que no tiene sustento, y por tanto, es contradictorio el castigar una conducta que no llega a ser delito.

BIBLIOGRAFIA

BUSTOS RAMÍREZ,
Juan Manuel.

Derecho Penal: Parte
General. 3ra. Edición.
Editorial Ariel. S. A.
Barcelona, España. 1996.

CUELLO CALÓN, Eugenio.

Derecho Penal Tomo IV,
Parte General. Volumen
Primero. Editorial Harla.
México DF, México. 1998.

DE LEÓN VELÁSICO, Héctor
Aníbal y De Mata Vela,
José, Francisco.

Curso de Derecho Penal
Guatemalteco, Editorial:
Centroamericana.
Guatemala. Guatemala.
Nueva Edición, 1996.

FERNANDEZ CARRASQUILLA,
Juan,

Derecho Penal
Fundamental. Editorial
Temis. S.A. Santa Fe de
Bogota Colombia. 1995.
2da. Edición.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.

Colección Clásica del
Derecho. Lectura
de Derecho Penal.
Editorial Harla. México
DF, México. 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco y

Mercedez García Arán.

Derecho Penal: Parte
General. Tirant Lo
Blanch. Barcelona, 1996.

REYES ECHANDÍA, Alfonso.

Derecho Penal II.
Edición: Editorial
Temis. S.A. Santa Fe de
Bogotá, Colombia. 1,998.

RODRÍGUEZ DEVESA,

José María.

Derecho Penal Español.
Editorial Purrúa S.A.
México, 1995.

- VALENZUELA O. Wilfredo, Lecciones de Derecho
Procesal Penal.
Ed. Universitaria 1995.
- VAZQUEZ ROSSI,
Jorge Eduardo. La Defensa Penal.
Rubizul Colzoni.
Editores, 1998.
- VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e
Inculpabilidad,
Segunda Edición.
Editorial Porrúa.
México, 1997.
- ZAFFARONI, E. Raul, Tratado de Derecho
Penal. Parte General.
Tomo III. Editar;
Buenos Aires, 1998.

DICCIONARIOS

1. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, Argentina.
2. Cuello Calón, Eugenio Derecho Penal. Editorial Bosche. Casa Editorial. S.A. Barcelona, España.

LEYES.

1. Constitución Política de la República de Guatemala.
2. Código Procesal Penal. (Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala).
3. Ley Del Organismo Judicial. (Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala)
4. Código Penal. (Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala).
5. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA

1. [NHP: \\W.W.W.ALTAVISTA.COM/SITES/SARCH/WEB](http://W.W.W.ALTAVISTA.COM/SITES/SARCH/WEB)
[?9= TENTATIVA INIDONEA](#)
2. W.W.W.JURÍDICA.COM/ICAL.REVISTACALLERET13/PENAL
[ESPAÑA](#)
3. w.w.w.unirioja.es
4. w.w.w.tribunalconstitucional.es
5. w.w.w.gmlabogados.com/indicepenal.htm.