

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

**SANCIONAMIENTO ESPECIALIZADO DE LOS DELITOS DE TENDENCIA EN LA  
LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA**

TESIS

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

Por

**LUIS GUSTAVO DE LEÓN SOLORZANO**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, noviembre de 2007

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

**SANCIONAMIENTO ESPECIALIZADO DE LOS DELITOS DE TENDENCIA EN LA  
LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA**



**LUIS GUSTAVO DE LEÓN SOLORZANO**

**GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007**

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

DECANO	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



MINISTERIO PÚBLICO

Guatemala, C. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
28 AGO. 2006



Guatemala, 21 de septiembre de 2006

Licenciado

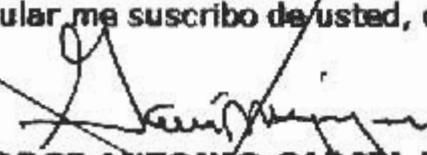
**MARCO TULIO CASTILLO LUTIÁN**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su Despacho

Respetable Licenciado:

En cumplimiento de la resolución emanada de la casa de estudios, donde se me nombró como asesor del trabajo de Tesis del Bachiller **LUIS GUSTAVO DE LEÓN SOLÓRZANO** intitulado "**SANCIONAMIENTO ESPECIALIZADO DE LOS DELITOS DE TENDENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA**", me reuní para tal efecto con el estudiante haciéndole las sugerencias debidas, las cuales fueron cumplidas. Considero que el presente trabajo constituye un valioso aporte sobre los delitos de tendencia, por las razones expuestas no tengo limitación alguna para emitir **DICTAMEN FAVORABLE** a la presente investigación para que continúe con el trámite respectivo.

Sin otro particular me suscribo de usted, deferentemente.

  
**Jorge Antonio García Mazariegos**  
ABOGADO Y NOTARIO  
**LIC. JORGE ANTONIO GARCÍA MAZARIEGOS**  
8ª. Calle 3-73 zona 1, segundo nivel, Ciudad  
Teléfonos Nos. 22205189, 22205190 y 22205191  
Abogado y Notario  
Colegiado 4235

JAGM/r



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, cinco de septiembre de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (a) JULIO MANUEL CELADA PÉREZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **LUIS GUSTAVO DE LEÓN SOLÓRZANO**, Intitulado: **"SANCIONAMIENTO ESPECIALIZADO DE LOS DELITOS DE TENDENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

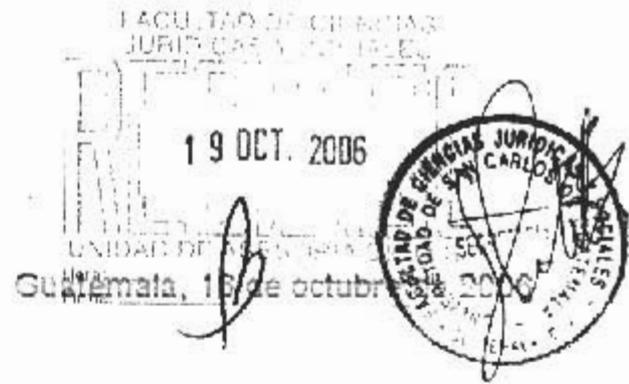
  
**LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**

cc. Unidad de Tesis  
MTCL/slh



MINISTERIO PÚBLICO

Guatemala, C. A.



Licenciado  
Marco Tulio Castillo Iutin  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado:

En cumplimiento de la resolución emanada de esa Casa de Estudios, donde se me nombra como revisor del Trabajo de Tesis del Bachiller LUIS GUSTAVO DE LEÓN SOLÓRZANO, intitulado "SANCIONAMIENTO ESPECIALIZADO DE LOS DELITOS DE TENDENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA", me reuni para tal efecto con el estudiante haciéndole las sugerencias debidas, las cuales fueron cumplidas. Considero que el presente trabajo constituye un valioso aporte sobre los Delitos de Tendencia. Por las razones expuestas no tengo limitación alguna para emitir **DICTAMEN FAVORABLE** a la presente investigación para que continúe con el trámite respectivo.

Deferentemente,

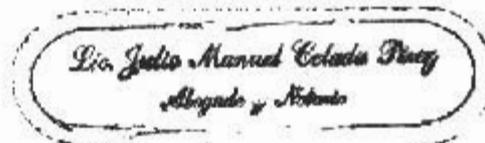
LICENCIADO JULIO MANUEL CELADA PÉREZ

Abogado y Notario

Colegiado 5058

2ª calle 3-55 B' ZONA 1, Santa Lucía Cotzumaiguapa Escuintla

Teléfono 78827542-43





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, nueve de octubre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LUIS GUSTAVO DE LEÓN SOLÓRZANO, Titulado "SANCIONAMIENTO ESPECIALIZADO DE LOS DELITOS DE TENDENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL GUATEMALTECA" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



## DEDICATORIA

- A DIOS: Por haberme dado la sabiduría y la inteligencia, pilares del éxito en mi carrera.
- A MI ESPOSA: Con todo mi amor y gratitud, por su apoyo incondicional
- A MIS HIJAS: María Alejandra y María Gabriela de León Castro, por ser una bendición en mi vida.
- A MIS PADRES: Razones y ejemplo en mi vida.
- A MI FAMILIA: Con todo mi amor.
- A:  
Mis amigos y compañeros de estudio y trabajo.
- A LA  
TRICENTENARIA: Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Por permitirme estudiar en sus aulas.

## ÍNDICE

Pág.

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

### CAPÍTULO I

1. Concepción y teoría del delito.....	1
1.1. Concepto de delito.....	1
1.2. Definición.....	3
1.3. Denominaciones del delito.....	6
1.4. Naturaleza jurídica del delito.....	6
1.5. Clases de delito.....	7
1.5.1. Según la modalidad de la realización.....	8
1.5.2. Según la relación con los sujetos del delito.....	8
1.5.3. Según su forma de consumación.....	9
1.5.4. Según su naturaleza.....	9
1.5.5. Según su forma de afectar el bien jurídico.....	9
1.6. La teoría del delito.....	9
1.7. Reseña histórica.....	10
1.8. Definición de la teoría del delito.....	15
1.9. Elementos del delito.....	16
1.9.1. Acción.....	17
1.9.2. Tipicidad.....	19
1.9.3. Antijuridicidad.....	22
1.9.4. Culpabilidad.....	22

	<b>CAPÍTULO II</b>	Pág.
2.	Delitos de tendencia.....	25
2.1.	Generalidades.....	25
2.2.	Clasificación del dolo.....	27
2.2.1.	El dolo directo.....	27
2.2.2.	El dolo de consecuencias necesarias.....	28
2.2.3.	El dolo eventual.....	28
2.3.	Los homicidios dolosos y calificados.....	31
2.4.	Homicidio.....	32
2.5.	Asesinato.....	33
2.6.	Parricidio.....	34
2.7.	Ejecución extrajudicial.....	35
2.8.	Infanticidio.....	38
2.9.	La calificación de los homicidios agravados.....	40
2.10.	El caso de Honduras como legislación comparada.....	42

### **CAPÍTULO III**

3.	Sancionamiento especializado de los delitos de tendencia en la legislación penal guatemalteca.....	45
3.1.	Generalidades.....	45
3.2.	Fundamento a su aplicación.....	65
3.3.	El concepto de peligrosidad.....	68

	Pág.
3.4. Alternatividad a la medida de seguridad.....	68
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

## INTRODUCCIÓN

Mucho se ha hablado de la exclusión del Derecho Penal, de conceptos naturalistas como los delitos cometidos por propia naturaleza, no obstante, entre la clasificación de delitos también se encuentran los delitos de tendencia, lo que establece desde ya una clara caracterización de elementos natural – biológicos en su consumación.

Los delitos de tendencia, es decir los delitos sexuales son sancionados en la misma forma como se sancionan los delitos contra el patrimonio, no obstante es criterio del autor, que los primeros debieran tener una sanción diferente a la que ya contienen actualmente, toda vez que en los mismos debe incorporarse una medida curativa, mismas que no se aplican en la realidad práctica actualmente, no obstante son urgentes en este tipo de delitos de tendencia. La psiquiatría forense, de muy poca presencia en la práctica guatemalteca, debe aportar mucho en este sentido.

El problema radica en que al establecer la exclusión de conceptos naturalistas, se juzga y sancionan los delitos en forma general desde un punto de vista nada más. Cuando en el caso de los delitos de tendencia, debieran aplicar indudablemente también consecuencias penales de otros tipos, como las llamadas medidas curativas. Situación que ni siquiera existe regulada en nuestra legislación penal.

La presente constituye el análisis de las sanciones reguladas actualmente para los delitos sexuales en general, y la propuesta de especializar su sancionamiento incorporándosele medidas curativas.

Por ello, con base en los métodos: inductivo, deductivo, analítico y sintético, se ha dado debido cumplimiento a la hipótesis y los objetivos de la investigación los cuales consistían en los siguiente:

Demostrar que deben sancionarse en forma especial, distinta de la privación de libertad y penas convencionales aplicadas a otros ilícitos, los delitos de tendencia, cometidos en la ciudad de Guatemala

Precisar un estudio acerca de los delitos de tendencia en el marco de la realidad nacional guatemalteca.

Establecer la forma en que actualmente se sancionan los delitos de tendencia.

Determinar la forma adecuada en que debe sancionarse a un sujeto responsable de un delito de tendencia

La técnica o herramienta de campo empleada es la de la observación científica.

La presente investigación se ha dividido en tres capítulos a saber. El primero consiste en los aspectos fundamentales del tema, el delito, su definición sus características, su clasificación, su regulación legal entre otros. El segundo, plantea precisamente el tema de los delitos de tendencia, haciendo una especial diferencia entre aquellos que parecen serlo y los que en realidad lo son. Finalmente el capítulo tercero expresa la necesidad de dar un sancionamiento especial a esta clase de ilícitos penales.

## CAPÍTULO I

### 1. Concepción y teoría del delito

#### 1.1. Concepto de delito

El delito es una conducta contraria a la ley y que esta 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”<sup>1</sup> y Pacheco señala que delito es, “un quebrantamiento libre e intencional de nuestros deberes”<sup>2</sup>, no podemos darle validez a ninguno de estos criterio 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 mas 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

---

<sup>1</sup> De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, **Curso de derecho penal guatemalteco**, pág. 21.

<sup>2</sup> **Ibid.**

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 determinado.”<sup>3</sup> 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”<sup>4</sup> 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”<sup>5</sup>, a pesar de tener una inclinación legalista incluye otros elementos dignos de analizar con un criterio jurídico.

El criterio técnico jurídico, resulta, una de las corrientes mas aceptadas. Sus principales aportes fueron construir definiciones en las que incluyen ya elementos característicos del delito. Por ejemplo la del alemán Ernesto Berling, 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.”<sup>6</sup> En la construcción jurídica que presenta Berling, los elementos característicos del hecho punible operan en forma autónoma e independiente, por lo cual recibió serias criticas.

---

<sup>3</sup> **Ibid.**

<sup>4</sup> **Ibid.** pág. 34.

<sup>5</sup> **Ibid.**

<sup>6</sup> **Ibid.** Pág. 21.

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 dentro del derecho llamamos delito, y que hoy día insistentemente lo escuchamos en Guatemala nombrado como, ilícito.

Actualmente, el delito, es concebido en una forma tripartita: de conformidad con sus elementos principales, y los cuales son a menudo fuente de catedrales 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 lo vuelven una conducta particular de un sujeto, que además, como se dijo, 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".<sup>7</sup>

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

---

<sup>7</sup> Bacigalupo, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito**, pág. 19.

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.

- 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”,<sup>8</sup> todo intento de 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.

- “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.
- José María Rodríguez Devesa. delito es, El acto típicamente antijurídico y culpable a la que ésta señalada una pena.
- 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.

---

<sup>8</sup> Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, **Derecho procesal penal**, pág. 41.

- 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.
- Eugenio Cuello Calón. delito es, La acción humana antijurídica, típica, culpable sancionada por la ley”.<sup>9</sup>
- Para Reyes Echandía la definición del delito se debe dividir en tres grupos:
  - Definición Formal. delito es aquello que la ley describe como tal, toda conducta que el legislador sanciona con una pena, esta definición aun no siendo cierta, no soluciona nuestros problemas, porque no deja de ser una fórmula vacía y taxológica.
  - 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.
  - 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”<sup>10</sup>.

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

---

<sup>9</sup> De Mata Vela, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, **Ob Cit**, pág. 39.

<sup>10</sup> Reyes Echandía, Alfonso. **Derecho penal**, pág. 35.

<sup>11</sup> Rodríguez Devesa, José María. **Derecho penal español**, 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.<sup>12</sup>

Para la escuela clásica fue un ente jurídico, al decir que el delito es un acontecimiento jurídico una infracción a 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, se afirmaba que el delito no lo es si el hombre no vive en sociedad.

---

<sup>12</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal español** pág. 130.

Se le crítica que no solo 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"<sup>13</sup>, que consiste en establecer clases de delitos con relación a la gravedad que revistan los mismos. Por tanto, la Ley 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; y,
- Según su forma de afectar al bien jurídico.

---

<sup>13</sup> **Ibid.** Pág. 153.

### 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 solo 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 solo 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: "quien" o "quienes". 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 solo 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.

## 1.6. 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.<sup>14</sup>

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 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 los `70, (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.

### 1.7. Reseña histórica

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

---

<sup>14</sup> Bacigalupo Enrique, **Elementos de la teoría del delito**, pág. 13.

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 canonistas<sup>15</sup>, 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 no solo 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

---

<sup>15</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit;** pág. 131.

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 solo 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.

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 neoclásica<sup>16</sup>, 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.

---

<sup>16</sup> **Ibid.**

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.

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 10º.

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.

#### 1.8. 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”.<sup>17</sup>

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.

### 1.9. Elementos del delito

Los elementos o “entidades” (como le llama Eugenio Cuello Calón<sup>18</sup>), 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...”<sup>19</sup> por lo que “la culpabilidad no solo surge como un presupuesto y fundamento de la pena, sino al mismo tiempo permite graduarla”<sup>20</sup> 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 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.

---

<sup>17</sup> Arango Escobar, Julio Eduardo. **Las Sistemáticas Causalista y Finalista en el derecho penal.** pág. 5.

<sup>18</sup> Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal,** Tomo IV, pág. 188.

<sup>19</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit,** pág. 131.

<sup>20</sup> **Ibid.**

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. Solo 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.<sup>21</sup> Sin embargo, para la presente investigación, nos encontramos en los tres elementos mencionados.

#### 1.9.1. 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.

---

<sup>21</sup> De mata Vela, José Francisco y Hector Aníbal De León Velasco. **Ob. Cit.** pág. 141.

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.

- 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.
- 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.

- 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,
- 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.

- 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.

### 1.9.2. 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.<sup>22</sup> 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 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.

---

<sup>22</sup> Zaffaroni, E. Raúl. **Tratado de derecho penal, Parte General**, Tomo III, pág. 29.

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, hablaremos de 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 solo 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, propios; 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.

- Elementos Normativos: Son aquellos que implican una valoración del juzgador.
- Elementos Descriptivos: Describen en su totalidad la conducta.

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

- Un cierto comportamiento (siempre que no haya causado exclusión)
- Un resultado, la muerte de una persona.
- Relación Causal entre acción y resultado

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. Si no que actuó 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.

### 1.9.3. 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 de valor 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 de lo antijurídico de su actuar. He aquí una de las principales formas del error de prohibición moderno.

### 1.9.4. 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"<sup>23</sup>. 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 Aquino<sup>24</sup>, 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"<sup>25</sup>. Sin embargo, todavía hasta mediados del siglo XIX, encontramos que la misma, era referida como la fuerza moral o aspecto moral del delito.

---

<sup>23</sup> **Ibid.**

<sup>24</sup> **Ibid.**

<sup>25</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.** pág. 130.



## CAPÍTULO II

### 2. Delitos de tendencia

#### 2.1. Generalidades

Aquellas acciones tipificadas por la ley que atacan la libre disposición del individuo sobre su sexualidad. Cuando en los diversos países se va admitiendo una pluralidad de concepciones sociales diversas sobre la moral sexual, adquiere importancia el concepto de libertad sexual (frente al anterior de moral sexual), a la que se impone ciertos límites para su ejercicio. Los principales límites al ejercicio de la libertad sexual tienen su fundamento en el respeto a la libertad sexual de otros, en las situaciones de inmadurez o incapacidad mental que impide a ciertas personas tener suficiente autonomía en su decisión y conocimientos para orientar y regir sus comportamientos sexuales (casos en los que se habla de indemnidad o intangibilidad sexual) y otras conductas que sin afectar de forma directa a la libertad e indemnidades sexuales encuentran una gran reprobación social, como son el fomento o explotación comercial de actividades como la prostitución, para evitar que el tráfico carnal se convierta en fuente de ganancias para personas ajenas (los proxenetas). Bajo la denominación 'contra la libertad sexual' se suelen encontrar tipificados, en consonancia con lo ya indicado, delitos como la violación, las agresiones sexuales, el exhibicionismo, la provocación sexual, el estupro y el rapto. El bien jurídico protegido es por tanto la libertad sexual, el ejercicio libre de la propia sexualidad, y no la deshonestidad considerada en sí misma.

Cometer un delito con dolo significa producir un resultado sabiendo que la conducta que lo genera es prohibida en ley, ya sea esta conducta una acción o una omisión.

Para definirlo técnicamente, se cita a Luis Jiménez de Azúa, el cual afirma que dolo es: "la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una

acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con conciencia de que se quebranta un deber con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida) y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer) que se quiere o conciente”<sup>26</sup>.

El dolo se puede presentar en dos formas: dolo directo y dolo eventual. Siendo el dolo directo: “el que el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad): el autor quería matar y mata...”<sup>27</sup>

Mientras que en el dolo eventual: “el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización”.<sup>28</sup>

Los autores ya citados De Mata Vela y De León Velasco, que se refieren a: “Que el hecho se cometa: a sabiendas, es decir, que el hecho requiere de un dolo específico: la conciencia de que el documento es falso”.<sup>29</sup>

Por otro lado, el destacado autor desaparecido, Licenciado Guillermo Alfonso Monzón Paz, en su obra Introducción al derecho penal Guatemalteco, Parte Especial, señala: “Los actos falsos a que se refiere el uso, pueden ser públicos o privados. A menos que la ley, en cuanto a los documentos privados, requiera para esta acriminación al fin de obtener para sí o para otros algún provecho o de causar a otros un daño, lo que equivale a decir que requiere un dolo específico”<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Jiménez de Azúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**, pág. 240.

<sup>27</sup> Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Ob. Cit.** Pág. 226.

<sup>28</sup> **Ibid.**

<sup>29</sup> **Ibid.**

<sup>30</sup> Monzón Paz, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco, parte especial**, pág. 192.

Con dichas citas textuales, se quiere expresar la importancia que tales autores nacionales le quieren dar al dolo específico; que en sentido estricto es el que otro sector de la doctrina como Francisco Muñoz Conde nombra como “elemento intelectual del dolo”<sup>31</sup>. Para explicar el contenido de este tipo de dolo se puede pensar en el siguiente ejemplo: un sujeto que encarga a otro el trámite de determinado documento de identidad que luego puede ser falso, porque éste segundo se dedica a actividades ilícitas, con la ignorancia del anterior. Por tales motivos, es posible, que un delito se geste como delito culposo, lo cual demostraría lo inflexible de un tipo delictivo al contener dicho elemento del dolo cuando señala: “a sabiendas”.

## 2.2 Clasificación del dolo

### 2.2.1 El dolo directo

El dolo general es la intención genérica en el sujeto sin ningún rasgo de volverlo específico, por ejemplo, una persona que se propone causar daño a otro, sin pensar en una forma en particular. El primero procede a agredir al segundo con el único afán, como se insiste, de causar daño. Luego el resultado es haberle cometido lesiones gravísimas, lo cual no se planteó el agresor, sino que fue consecuencia de su dolo general.

Era preciso explicar el dolo general, puesto que muchos tratadistas lo establecen como dolo directo. El dolo general es comúnmente confundido en nuestro medio con figuras como la preterintencionalidad, la tentativa o los delitos culposos; sin embargo, el mismo debe ocupar su propio espacio en la legislación penal. En Guatemala, el tratamiento de esta figura no se da. De tal manera que la presente investigación pretende inquietar la necesidad de su tratamiento en una forma adecuada y concreta en el Código penal.

---

<sup>31</sup> Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Ob. Cit.** pág. 247.

### 2.2.2. El dolo de consecuencias necesarias

El llamado "dolus generalis". Piénsese en el siguiente caso: "A" quiere matar a "B" a golpes con un bastón; luego de propinarle un número considerable de golpes en el cuerpo y en la cabeza, cree haberle producido la muerte; para ocultar el cadáver lo arroja a un pozo con agua. Al descubrirse el hecho los médicos comprueban que "B" murió ahogado y que, por lo tanto no estaba muerto, como creyó "A" cuando éste lo arrojó al pozo. En consecuencia, cuando el autor quiso matar, no logró el resultado; cuando creyó que no mataba (pensaba que arrojaba al pozo al cadáver) produjo el resultado de muerte. Las opiniones se dividen en lo que respecta al tratamiento de estos casos. Para una parte de la teoría, deben admitirse dos acciones diferentes en el primer tramo tentativa de homicidio y en el segundo homicidio culposo (en concurso real.) Para otro grupo de opiniones se trata de un único hecho en el que debe admitirse un dolo general de matar que se concretó en la obtención del resultado (es decir, homicidio doloso). La primera solución es la preferible, pero siempre y cuando la decisión de realizar el segundo tramo del hecho sea sobreviniente. Si el autor desde el comienzo pensó ocultar el cadáver de la manera en que lo hizo, sólo habrá una desviación no esencial de nexo causal.

### 2.2.3. El dolo eventual

En la culpa típica lo que hay es posibilidad de la representación del resultado, y en el dolo eventual, representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con previsión el agente se representa, como posible el evento. La sola diferencia está en que no lo ratifica, como en el dolus eventualis, y por el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta. Por ejemplo, hay dolo eventual, cuando un sujeto amenaza a otro con revolver cargado y en condiciones de ser disparado. El sujeto sabe perfectamente que eventualmente, de acuerdo con el tono de la discusión, el revolver podrá accionarse y un solo disparo crear un resultado "eventual", pero que aún así se representa como posible.

La definición de dolo eventual consiste según Jiménez de Azúa en: “El dolo en que el agente se representa como posible la realización del delito, pero aún así persiste o ratifica la conducta ilícita”<sup>32</sup>.

En la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga. Por eso nos parece impropia la frase culpa con previsión, porque, como dijo Carrara, “haber previsto que no sucederá es como no haber previsto”<sup>33</sup>. Esta clase de culpa debe llamarse culpa con representación o culpa consciente.

Una hipótesis doble aclarará las dudas si aún existen: el hombre que maneja a gran velocidad un automóvil y penetra en una población cuyas calles están muy concurridas, si se representa la posibilidad de atropellar a un transeúnte y confía en que su pericia le libraré de ocasionar el accidente, comete homicidio, cuando el paseante se interpone y muere, por culpa con representación, (mal llamada con previsión); porque ha causado el atropello sin ratificarlo; al contrario, con la esperanza, por su parte, de que su pericia o fortuna lograrían impedirlo. En cambio, se representa la posibilidad de un atropello que no confía pueda ser evitado por su pericia en razón de que la marcha que lleva es demasiado grande para ello, y aunque él no quiere, como deseo de primera clase matar a un transeúnte, hay indiferentismo de su parte con respecto a la muerte del sujeto, que ha ratificado en su ánimo por el afán de ganar la carrera; por eso, a pesar de la representación del peligro, sigue pisando el acelerador y el coche continúa marchando a gran velocidad hasta que sobreviene el accidente.

“Por eso habría que entender que el dolo eventual está asimilado, sólo para los efectos de la pena, al dolo, y que ello se deduce del Art. 9. 4ª del C. P., que establece una atenuante cuando el delincuente no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. Es decir, la culpa con un elemento subjetivo del injusto (cfr. Bustos: 1984; p. 324) –contar con o decidirse por- (llamada dolo eventual), se

---

<sup>32</sup> Jiménez de Azúa, Luis. **Ob. Cit.** pág. 243.

<sup>33</sup> **Ibid.**

equipara al dolo para los efectos de la pena en virtud de su mayor intensidad criminal, pero para establecer la diferencia se impone una atenuante (en esa dirección ya Córdoba: notas; p. 321; Mir: notas; p. 427/428). De este modo, además, se cumple con el principio de garantía, ésto es, que toda la ley, en caso contrario habría que determinar que el dolo eventual es culpa, aun para los efectos de la pena ( ni el juez ni la doctrina pueden crear o agravar injustos, sólo la ley). Por otra parte, queda claro que la estructura del dolo eventual es de culpa y, por tanto, que no podrá aplicarse a todo tipo legal, sino sólo a aquéllos que permiten la estructura de la culpa (p. ej. No permiten la estructura de la culpa los tipos legales con elementos subjetivos de intención trascendente, como el hurto o la falsificación de documentos)”<sup>34</sup>.

Este tipo de dolo eventual basado en la teoría de la representación es tan sólo una forma de juzgar sobre la base de hipótesis aceptada, es decir no sobre proceso reales. Recuérdese que el dolo no debe ser visto desde el punto de vista psiquiátrico, sino más bien jurídico. Por lo que este segundo grupo de autores no sólo abocan este tipo de casos “eventuales” a la idoneidad del medio empleado en el delito, (es decir la mordaza que lógicamente en el correr de los minutos puede producir asfixia), sino además eliminan el dolo eventual al expresar enfáticamente que este queda subsumido en el dolo directo. Conviene citar para conclusión de la postura de este grupo de autores estudiados para el presente plan de trabajo, al mismo Gimbernat que señala: “pero dejémonos de expresiones prosaicas y hablemos técnica y crudamente: todo ello es (autoritario) derecho penal de autor y no (democrático) derecho penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad de hecho”<sup>35</sup>.

El dolo no debe ser visto desde el punto de vista psiquiátrico, sino más bien jurídico.

---

<sup>34</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ob Cit** pág. 33.

<sup>35</sup> **Ibid.** pág. 35

Por lo mismo a continuación se abordan en forma individual algunas de las implicaciones de regular al dolo como se encuentra vigente en el Código penal guatemalteco.

#### 2.2.4. El dolo directo en el Artículo 11 del Código penal

En el Código penal guatemalteco, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, se establece un dolo eventual al leer la expresión “el autor se lo representa como posible” en el Artículo 11 de dicho cuerpo de leyes. Es procedente entonces concluir que el dolo del Código penal guatemalteco asume la teoría de la representación, y con ello una posición causalista, obligando a juzgar no por un proceso real, (como debiera ser), sino por uno totalmente hipotético, no pudiéndose hablar de realización volitiva, sino de hipótesis aceptada.

Otros indicadores de que el dolo regulado en el Código penal se basa en la teoría de la representación, es el hecho de que el error esencial no figura en el Código, toda vez que el mismo sería producto de incluir al dolo como elemento objetivo de tipicidad (como debe ser), y no de tipicidad y a la vez de antijuridicidad, llevando a crisis incluso los conceptos dogmáticos que sustentan a las causas de justificación y con ello a toda la teoría del delito o sistemática de delito que informa al Código penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República.

Debido a la forma en que se desarrolla el dolo directo en la legislación vigente es posible evidenciar la importancia que tiene el mismo en cuanto a garantizar un derecho penal de acto y no un derecho penal de autor, puesto que el dolo directo puede establecerse en el tipo penal y no en el sujeto responsable.

En el derecho penal guatemalteco se proyecta una reforma a corto plazo misma en la cual se debe desarrollar un articulado respetuoso del sistema de derecho que se pretender tener vigente, es decir un estado de derecho.

Es necesario reformar el Artículo 11 del Código penal guatemalteco, de manera que el dolo regulado por el Decreto 17-73 del congreso de la república responda a dogmáticas penales modernas de hecho.

### 2.3. Los homicidios dolosos o calificados

El tema de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, pese a que no es un tema de la teoría del delito, es una aproximación a la misma.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no le pertenecen al tema del delito, puesto que resulta más propio del sujeto delincuente.

No es la posición sistemática objeto de la teoría del delito, como algunos tratadistas lo han visto, puesto que las consideran los terceros elementos del delito, es decir elementos accidentales del delito, como el caso de Francisco Muñoz Conde<sup>36</sup>. En otras palabras, esta postura de ver a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal consistirían en el tercer elemento en la teoría del delito, cuando los primeros son los elementos positivos y los segundos los negativos.

Más bien como lo ve resulta más aceptable la clasificación que le dan otros tratadistas como los casos de Juan Bustos Ramírez<sup>37</sup> o por otro lado Ignacio Berdugo de la Torre y Luis Arroyo Zapatero<sup>38</sup>, que lo tratan en sus manuales como tema del delincuente, por ser modificativos a la responsabilidad penal y por tanto objeto de las relaciones que se establecen con el delincuente mas que con el delito. Sin embargo, como se apuntó, son una aproximación bastante efectiva a la teoría del delito, porque le sirve a esta para establecer las modalidades del hecho u omisión delictiva que no aparecen con la sola investigación de los hechos de un ilícito o de la aplicación de los elementos del delito.

---

<sup>36</sup> Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, **Ob. Cit.** pág. 44.

<sup>37</sup> Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit.** pág. 337.

<sup>38</sup> Berdugo de al Torre, Ignacio y Luis Arroyo Zapatero. **Derecho penal**, pág. 246.

En cuanto a las circunstancias agravantes como es lógico, operan en sentido contrario, a las circunstancias alternantes. Las circunstancias agravantes hacen presumir al juzgador que el delincuente ha obrado en conciencia de que su injusto está rodeado de cualidades que pueden perjudicarlo en juicio y aun así actúa y consuma su delito. Por lo mismo, existe en este caso un profundo convencimiento que el delincuente de forma menospreciativa del derecho mismo, comete un acto antijurídico.

#### 2.4. Homicidio

Delito que comete quien da muerte a otra persona. Se trata del delito más común contra la vida humana, y su autor se encuentra castigado en casi todas las legislaciones del mundo, con penas privativas de libertad, a las que habrá que añadir con frecuencia la obligación de reparar el daño moral infligido a los allegados de la víctima.

Además del homicidio hay otros delitos contra la vida humana bien diferenciados: el parricidio, que consiste en matar a un ascendiente, descendiente o cónyuge; el infanticidio, que comete la madre cuando, para ocultar su deshonra, mata a su hijo recién nacido; el asesinato, que consiste en matar a otra persona con alevosía, premeditación o ensañamiento, o mediando recompensa o precio; la inducción al suicidio, que consiste en auxiliar o inducir a otra persona a que se suicide; una variante de este último es el auxilio ejecutivo al suicidio, que comete el que presta la ayuda hasta el punto de ser él mismo quien ejecuta la muerte.

En algunas legislaciones como la argentina, existe una variedad de homicidio, denominada homicidio en riña tumultuaria: se produce cuando, encontrándose varias personas en plena disputa, tiene lugar una muerte y no consta su autor.

Por su parte, el delito de aborto tiene un tratamiento muy diferente en las distintas legislaciones penales, según el grado de permisividad de cada una, como la peruana y la cubana. Pero en el plano penal jamás puede ser considerado homicida el autor de un delito de aborto, y cuando se divulgan en determinados círculos

antiabortistas radicales equiparaciones entre ambos delitos, se trata sin duda de una identificación equivocada desde el punto de vista penal, pues el aborto nunca puede ser considerado como delito contra la vida humana independiente. Téngase en cuenta que el feto, desde una perspectiva jurídica, no es persona (al margen de que así se le considere desde algunas interpretaciones morales o religiosas) por lo que falta el primer requisito del delito de homicidio, el que atañe a la víctima.

## 2.5. Asesinato

Delito que consiste en matar a una persona en alguna de las siguientes circunstancias:

La alevosía en esta forma calificada de dar muerte, consiste en el empleo de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para el agresor que proceda de la defensa que pudiera hacer la víctima. Son casos de alevosía aquellos en los que se aprovecha la particular situación de desvalimiento e indefensión del agredido, cuando la ejecución es súbita e inesperada, por sorpresa, o cuando se hace mediante acechanza, apostamiento, trampa, emboscada o celada.

También se presenta en este ilícito la premeditación conocida. Exige una frialdad de cálculo en una deliberación detenida y una perseverancia en la voluntad antijurídica representada por una decisión permanente, por lo que debe existir un lapso temporal entre la resolución y la ejecución del delito.

Ensañamiento, aumentando deliberada y de forma inhumana el dolor del agredido. El ensañamiento se aprecia tanto por la intención, como por el objetivo resultado de incrementar el dolor del agredido, y por ello excluye actos realizados sobre el cadáver con posterioridad a la muerte de la víctima.

Cuando se realiza por medio de inundación, incendio, explosivo o veneno, entendiéndose por este último cualquier sustancia que introducida en el cuerpo humano por ingestión, inyección o inhalación pueda producir la muerte. La comisión de un asesinato mediante inundación o incendio supone que éste es el medio utilizado, no que se comete por ese motivo.

Para obtener precio, recompensa o promesa, de tal modo que exista relación de causalidad entre el ofrecimiento y la posterior ejecución del delito.

Se trata no ya de un homicidio agravado, sino de un delito distinto (de acuerdo con la mayoría de las doctrinas y las jurisprudencias), en el que las circunstancias señaladas son elementos constitutivos del mismo. En el asesinato existe una mayor intensidad del propósito criminal que en el homicidio, por los medios perjudiciales utilizados de un modo especial o por la inconfundible malicia y peligrosidad que se revela.

## 2.6 Parricidio

Quien conociendo el vínculo, matare a cualquier ascendiente o descendiente, a su cónyuge o a la persona con quien hace vida marital, será castigado como parricida con prisión de 25 a 50 años. Se le impondrá pena de muerte, en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor y particular peligrosidad en el agente.

A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérseles rebaja de pena por ninguna causa. Parece que podrían tener consideración de crimen ciertas conductas execrables como el parricidio, el asesinato con alevosía o el robo con homicidio, entre otros. Pero la historia ha demostrado que, en ocasiones, tales hechos no eran castigados como delitos según las costumbres de ciertos pueblos, por ejemplo el parricidio como muestra de piedad filial.

Tales fenómenos no aconsejan desistir del empeño del referido catálogo y surge así la idea de Rafael Garofalo sobre el delito natural como una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y honestidad, en el punto de equilibrio en que se encuentran en las razas humanas más civilizadas, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad. Se ha criticado que este punto de equilibrio debe sustituirse por la actitud mínima, toda vez que el derecho penal representa un mínimo ético, y que la piedad y honradez, aparte de la dificultad de su evaluación moral y su imprecisión, no deben ser elevadas a una categoría universal sin advertir que los sentimientos religiosos, patrióticos, del honor y de la honestidad pueden tener en reiteradas ocasiones mayor importancia en la conducta del individuo.

De ahí que sea más acertada la fórmula de Emile Durkheim cuando expresa que el crimen hiere sentimientos que, para un mismo tipo social, se encuentran en todas las conciencias sanas y que un acto es criminal cuando ofende los estados firmes y definidos de la conciencia colectiva.

De este fenómeno surge en los tiempos modernos la llamada ciencia autónoma de la criminología que puede ser considerada desde dos planos distintos: el primero intenta conocer las formas reales y objetivas en las que se ha cometido el delito (fenomenología criminal); el segundo se ocupa del estudio del delincuente concreto (criminología clínica).

El concepto de crimen adquiere una relevancia extraordinaria en la edad moderna, cuando se aplica al ámbito internacional y es practicado por los poderes públicos. El problema ha sido tratado por los organismos e instituciones internacionales, por medio de un proyecto de convenio sobre la responsabilidad de los estados que define el crimen como un hecho ilícito en el orden internacional resultante de la violación por parte de un Estado de un derecho esencial para todos los miembros de la comunidad internacional.

## 2.7 Ejecución extrajudicial

Este es un delito que puede considerarse producto de la reciente historia no solo guatemalteca sino mundial, si se piensa en la guerra fría y las serias violaciones a los derechos fundamentales que constituyó tal fenómeno histórico.

A partir de la Segunda Guerra mundial, los métodos de “ajusticiamiento”, enfatizaron este tipo de crímenes de lesa humanidad, como lo es la ejecución extrajudicial.

La historia establece que al finalizar la Segunda Guerra mundial, las personas que participaron en las ocupaciones nazis en otros territorios, fueron “ejecutados sin juicio alguno”, por los pobladores que sufrieron dicha ocupación en su territorio.

Comete el delito de ejecución extrajudicial, quien por orden, con autorización apoyo o aquiescencia de autoridades del Estado, privare, en cualquier forma, de la vida a una o más personas, por motivos políticos; en igual forma comete dicho delito el funcionario o empleado público, perteneciente o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice apoye dé la aquiescencia para la comisión de tales acciones.

Constituye delito de ejecución extrajudicial, la privación de la vida de una o más personas, aún cuando no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente o actúen con abuso o exceso de fuerza. Igualmente cometen delito de ejecución extrajudicial, los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes , subversivos o con cualquier otro fin delictivo, cuando como resultado de su accionar resultare la muerte de una o más personas.

El reo de ejecución extrajudicial será sancionado con prisión de veinticinco a treinta años.

Se impondrá la pena de muerte en lugar de máximo de prisión, en cualesquiera de los siguientes casos.

- Cuando la víctima sea menor de doce años de edad o persona mayor de sesenta años.
- Cuando por circunstancias del hecho o de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor peligrosidad del agente

Entre las manifestaciones más significativas del parricidio, pueden encontrarse: la violación grave de un acuerdo internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad mundial; el incumplimiento grave del ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; la violación grave de una obligación internacional de importancia fundamental para la vigilancia de los derechos de todo ser humano, como pueden ser las leyes que prohíben la esclavitud o el genocidio u otras formas de aniquilación o sometimiento del individuo y la falta de aplicación de las leyes que vigilan la protección del medio ambiente como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares entre otras medidas.

La responsabilidad que se deriva de tales hechos, así como la obligación de reparar los daños a cargo del Estado que ha infringido la norma, puede ser impuesta por la comunidad internacional a través de las instancias y exigencias correspondientes que establecen las sanciones colectivas, existiendo ya una práctica jurisprudencial importante al respecto.

## 2.8. Infanticidio

El delito de infanticidio se produce cuando la víctima guarda un vínculo familiar con el victimario.

Delito que comete la madre que, para ocultar su deshonra, mata al hijo recién nacido. En la tipificación del infanticidio suele incluirse en legislaciones como la china, también a los abuelos maternos de la víctima. Es el caso característico en que incurre la madre soltera cuando abandona al hijo recién nacido o no le liga el cordón umbilical, provocando su muerte por omisión. Debe distinguirse del delito de aborto, en que el niño aún no ha nacido, y del delito de homicidio, en que en puridad, la víctima no puede ser considerada un recién nacido.

La intención de ocultar la deshonra tiene una enorme relevancia, tanta que en las legislaciones que aún tipifican este delito, la pena es muy inferior a la del homicidio, pues se viene a entender que la autora o autores del delito se han visto presionados por la vergüenza social que provoca la maternidad de la mujer soltera. Sin embargo, en las sociedades occidentales se tiende a considerar un atraso que esta clase de crímenes reciba un tratamiento tan benevolente en comparación con el homicidio, máxime cuando las presiones sociales sobre las madres solteras ya no son tan intensas como las de antaño, y sobre todo si se tiene en cuenta que los hijos habidos fuera del matrimonio, en los sistemas de libertades democráticas, son iguales ante la ley y su calificación de bastardos o ilegítimos es ya un completo anacronismo.

Por otra parte, la diferencia de penas se agudiza cuando en el delito ha participado un tercero, pues si, por ejemplo, coopera en los hechos el padre del recién nacido, induciendo a la madre a dar muerte a la criatura, podrá resultar que la madre sea condenada como autora de un delito de infanticidio, mientras que el padre será tratado como inductor al homicidio, dado que el infanticidio sólo lo pueden cometer la madre o los abuelos maternos. Todas estas consideraciones llevan a los penalistas a buscar alternativas ante esta contradicción, y en más de un caso a postular la desaparición de este delito para que quede conceptualizado como otra variante del homicidio.

## 2.9. La calificación y los homicidios agravados

El tipo penal de homicidio simple es una conducta dolosa que puede ser cometida, tanto por dolo directo como por dolo eventual cuando el sujeto al menos prevé como posible el resultado y lo acepta.

Se trata de que un sujeto programa la causalidad para obtener la finalidad y se representa posibles resultados concomitantes de su conducta; ante esa representación si el sujeto actúa admitiendo las posibilidades que sobrevengan esos resultados, ya se dan los requisitos necesarios para que se verifique un dolo eventual. Por supuesto, que para el análisis del dolo directo o eventual el juez debe ubicar los aspectos de conocimiento y de voluntad que se manifestaron en la acción para poder cuadrar el tipo subjetivo de la conducta. Esto mismo es lo que hace el Tribunal, cuando luego de desechar la falta al deber de cuidado, plantea lo siguiente en relación a los elementos del dolo. Es decir que se está en presencia de una conducta dolosa, enmarcable dentro del llamado dolo eventual, donde la posibilidad del resultado se acepta y la acción es compatible o reflejo de la intención de querer causar un daño, quien dispara un arma de tanto alcance y poder ofensivo, a la parte trasera de un vehículo ocupado por varias personas en su cabina, no podría nunca justificar que su intención fuera la de simplemente lesionar y, como consecuencia no buscada, se lograra el lamentable resultado que nos mantiene ocupados.

Los juzgadores establecieron que el sujeto debió haberse representado que accionar un arma de tanto poder como la que tenía en ese momento y utilizarla para disparar contra un vehículo en movimiento en un lugar habitado debía prever, a lo menos como posible, que pudiera producirse un homicidio como de hecho ocurrió, el agente demostró un amplio desprecio por el resultado que podría producirse, como el mismo Tribunal lo indicó, cuando hizo dos disparos sobre el vehículo para aparentemente lograr que se detuviera. Indudablemente que el medio empleado para lograr el fin querido implicaba un conocimiento de circunstancias concomitantes que derivaban inexorablemente a la posible realización de un hecho típico tan lamentable

como el sucedido. El Tribunal, si bien es cierto lo hace sin guardar el orden establecido aquí, pero comprendiendo la necesidad de su estudio, también cumple con el análisis de la antijuridicidad cuando indica que ninguna circunstancia llegó a motivar tal hecho, porque sería ilógico pensar, que ante una frase grosera para la integridad moral de un individuo -muchas veces acostumbrado a percibirla en virtud de sus funciones de guardia civil- constituya un acto permitido por el ordenamiento jurídico.

Los juzgadores, en completa concordancia con los hechos tenidos por probados demuestran que, desde el punto de vista del elemento conativo (volitivo) del dolo, el acusado actuó con una representación de la realización del hecho punible como posible. Es cierto que el dolo eventual no se mantiene simplemente con esta representación de la posibilidad sino que ésta se determine como probable (siguiendo la tesis definitoria seguida por el a quo que es plenamente compatible con el artículo 31 del Código penal). En otras palabras, el autor debe representarse que el resultado tiene un alto grado de posibilidades de verificarse y aún así actúa con plena indiferencia acerca de si el resultado se produce o no. El Tribunal tiene por probado que el autor montó en cierta cólera, que tomó la calle cayéndose en el camino, lo que lo hizo cargar el arma con que realizaba su trabajo, un arma de fuego tipo fusil ametralladora, marca Colt, modelo M-16, calibre 5:56 milímetros...y cuando el vehículo se alejaba como a una distancia de unos cien metros aproximadamente, le disparó dos veces.

La intención del autor es clara en el sentido de disparar sobre el vehículo; por el medio utilizado y su alto poder ofensivo debió representarse a nivel del conocimiento del dolo la alta probabilidad de que se produjera el resultado lesivo para el bien jurídico, cosa que ocurre. En la doctrina se ha postulado una excepción para esta regla, cuando el sujeto, aunque sea temerariamente, actúa y a pesar de la representación de la probabilidad piensa que de todos modos el resultado no se producirá, sin embargo, éste no es el caso porque cuando el acusado levantó el arma y percutió dos veces, dada la distancia y el tipo de arma utilizada lo probable era que impactara el vehículo y que el tipo de bala utilizada, con alto poder de penetración, pudiera causar lesión al bien jurídico en este caso la vida o la integridad corporal de los ocupantes. Con esto se

quiere sostener que no solo se tomó en cuenta para tener configurado el dolo eventual la probabilidad de la realización del tipo, sino que también el acusado tomó en cuenta la posibilidad de lesión del bien jurídico, contó con ella y se conformó con ella.

#### 2.10. El caso de Honduras como legislación comparada

A continuación se transcribe un párrafo de un Artículo del periódico hondureño que puede dar muestra de lo acontecido en la legislación de dicho país hermano:

“Con las reformas al nuevo Código penal del país, para el delito de asesinato no existe castigo, porque fue excluido de esta ley por el Congreso Nacional en el mes de mayo pasado, error que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia ni jueces de los diferentes tribunales del país lo habían detectado.

El Congreso Nacional, ante las exigencias de varios sectores del país, mediante decreto número 59-97 del 8 de mayo de este año, reformó unos 200 artículos del Código penal, entre ellos el 117, relacionado a establecer quiénes son los reos acusados por asesinato, pero en su reforma increíblemente fue descartado el delito.

Donaldo Reyes Avelar, diputado nacionalista, para subsanar el error presentó ayer un proyecto de decreto para reformar nuevamente el artículo 117, considerando el hecho como una equivocación o "ligereza".

En tal sentido, según el principio del derecho universal, "que en este momento no se tipifica el delito de asesinato en la legislación penal hondureña, al no tener señalado ninguna pena como castigo", agregó Reyes Avelar, recordando el artículo 95 de la Constitución de la República que establece ninguna persona no puede ser sancionada con penas no establecidas.

Durante las discusiones de las reformas al Código penal se quitaron dos párrafos que establecían los atenuantes para calificar el delito de asesinato, acción que

consideró como una ligereza y obstinación que "más tarde nos avergüenzan como parlamentarios, porque las leyes se hacen a matabalho".

Del tema les preguntó a varios magistrados de la Corte Suprema de Justicia, quienes no habían reparado en las reformas de la ley, después de su publicación en el diario oficial La Gaceta, porque lo más seguro no les había tocado calificar o tipificar las figuras de este delito.

Después de exposición en la Cámara, el parlamentario nacionalista presentó un proyecto de decreto para que se reforme la Ley lo más pronto posible en su artículo 117, considerando, que los proyectistas únicamente propusieron agregar al numeral cuatro la siguiente expresión, "siempre que haya dolo e intencionalidad", como quedó aprobado y publicado en La Gaceta.

Asimismo, se eliminó el contenido del numeral cinco, que es una circunstancia importante y el párrafo donde se señala la pena que debe castigarse el delito de asesinato, un error que impide automáticamente a un juez tipificar la conducta delincinencial.

Como se señala en la introducción del presente trabajo de investigación, los homicidios calificados que regula el Código penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, es preciso someterlos a análisis científicos, toda vez que con la posible derogación de dicho Código y la puesta en vigencia de uno "nuevo", se deben confrontar algunos criterios que orientaron su redacción y que hoy ya no se ajustan a temas tan importantes que han evolucionado en las últimas décadas, tales como los principios que ahora inspiran a la pena.

El dolo en los homicidios calificados es por demás evidente, y como tales ya tienen una forma de castigo que debe atribuírseles, sin embargo, algunas de las circunstancias que se toman actualmente en cuenta para establecer la categoría de "calificados" de los homicidios que regula los artículos 131 y 132 del cuerpo de leyes

mencionado, ya no son regulados en otras legislaciones en la misma magnitud, tal como la legislación penal española, la Argentina, o que nunca han sido tomados en cuenta por algunos sectores del derecho anglosajón, como el derecho francés.

Se propone por ejemplo o muestra la alevosía que es tema que contradice los principios y fines de la pena. Entre las características de la pena, la misma debe ser proporcional y sobre todo jamás se ha considerado una venganza del Estado. Considerar la cautela que pone el sujeto responsable para asegurar el resultado en un delito como agravante, resulta una forma insustancial, sin fundamento humano, de aumentar la pena únicamente. ¿Cuántos sujetos pueden delinquir sin asegurarse salir a salvo del delito?. Pensar en que una persona no se protege a sí misma en un delito, es una tesis indefendible. La alevosía es una agravante que resulta difícil de fundamentar, toda vez que cualquier sujeto que se propone realizar un delito, sabe de ante mano que debe asegurar su realización, razón por la cual no se puede hablar en la realización de su acción de un aseguramiento del resultado, por lo mismo resulta imposible aumentar el desvalor del acto de aquel delincuente que actúa con el ánimo de asegurar la acción.

## CAPÍTULO III

### 3. Sancionamiento especializado de los delitos de tendencia en la legislación penal guatemalteca

#### 3.1 Generalidades

El delito responde a un tipo descrito en el Código Penal, cuerpo legal que, en la mayoría de los países, contiene la esencia y el grueso de las leyes penales. La antijuridicidad no se da ante supuestos de una causa de justificación —legítima defensa, estado de necesidad. Los actos delictivos han de ser voluntarios y fruto de negligencia o del propósito de conseguir el resultado contemplado por la ley. Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores y otras muchas<sup>39</sup>.

Esta rama del Derecho se ocupa de las conductas (acciones y omisiones) que ocasionan o pueden ocasionar cualquier daño, a las personas, a las empresas o a la sociedad y la forma en que se castigan.

Usted puede verse envuelto en algún "delito", es decir puede ser víctima o afectado o puede resultar acusado de cometer algún delito.

Generalmente uno presiente cuando un problema puede ser de carácter penal o criminal. También con frecuencia Usted se da cuenta que el problema es de carácter penal porque interviene algún tipo de policía, se menciona al Ministerio Público o a la "Delegación", o en alguna ocasión se reciben citatorios para asistir ante las "Procuradurías de Justicia"

---

<sup>39</sup> **Ibid.**

Qué bienes se pueden afectar penalmente, la vida, la integridad corporal, la salud, la paz y seguridad de las personas y su familia (delitos contra la vida y la integridad corporal, delitos contra la salud (involucrados con narcotráfico), delitos que se cometen al ejercer violencia en contra de algún integrante de la familia etc.

También hay conductas que afectan la libertad sexual, las partes íntimas del cuerpo, el pudor o intimidad (delitos sexuales).

Las que afectan el honor, la buena fama, etc., (delitos contra el honor).

Las conductas que dañan los bienes en general: el dinero, los terrenos, las casas, las oficinas, los muebles, los vehículos, los objetos personales, los negocios, la administración de los negocios y de las empresas, las cuentas bancarias, las acciones, los impuestos, etc., es decir todo lo que forma parte del patrimonio de una persona o de un grupo de personas (delitos patrimoniales).

Las que afectan la seguridad pública como evasión de presos, armas prohibidas, asociación delictuosa (delitos de portación de armas prohibidas, etc.)

Las que afectan las comunicaciones y la correspondencia.

Las que tratan de la desobediencia y resistencia de particulares contra la autoridad, oposición a que se realicen obras públicas, ataques a la paz pública (delitos por desobedecer las leyes o desobedecer a las autoridades).

Las conductas contra la moral pública, y las buenas costumbres y la revelación de secretos profesionales o industriales.

Las cometidas por servidores públicos, como son abuso de autoridad, tráfico de influencias, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito.

Las cometidas en responsabilidad profesional, por abogados o litigantes, médicos, administradores, ingenieros, arquitectos, etc. (delitos por usurpar profesiones o funciones públicas).

Las de falsedad, alteración de moneda, de documentos de crédito público, sellos, llaves, marcas, pesas y medidas; de documentos en general, en declaraciones e informes dados a una autoridad, cambiarse de nombre o domicilio, usurpar funciones públicas y uso indebido de insignias, condecoraciones, uniformes y divisas: delitos contra la banca (que usurpan actividades de la banca o que alteran las condiciones de legalidad).

Las que afectan la economía pública: delitos contra el fisco (defraudaciones fiscales).

Las cometidas contra el estado civil de las personas, como la bigamia.

Las cometidas contra el medio ambiente y sobre temas electorales (delitos contra el medio ambiente y electorales).

Conductas que amenazan o que allanan la morada.

A los sujetos del derecho penal, se les conoce como sujeto pasivo a la víctima, al ofendido o al que resulta lesionado. Y como sujeto activo a la persona que comete el delito o que ayuda a cometerlo.

Hay dos formas de perseguir los delitos, aquéllos delitos que se persiguen de oficio y los que se persiguen por querrela de parte.

Los delitos se persiguen de oficio, cuando la investigación de los delitos se puede iniciar sin que la víctima o el ofendido denuncien o exijan su investigación.

Los delitos se persiguen por querrela de parte, cuando es necesaria la denuncia, la actuación y la presencia del ofendido para que se inicie la investigación de los delitos.

Los delitos se castigan de acuerdo a las condiciones en que suceden y a las características de los sujetos pasivo y activo del mismo. De igual forma existe diversidad en las penas en cada Estado de la República y el Distrito Federal.

Existe acuerdo acerca de la función de las medidas de seguridad. En cambio, el examen de las teorías de la pena puso de manifiesto una amplia gama de opiniones en torno a la función de la pena. Si, como es frecuente, se estudia el tema sin situarlo en el contexto del Derecho propio de un determinado momento histórico-cultural, cualquiera de las soluciones propuestas en la doctrina podría ser defendida. No es éste el camino correcto. La retribución, la prevención general y la prevención especial no constituyen opciones ahistóricas, sino diversos cometidos que distintas concepciones del Estado han asignado en diferentes momentos al Derecho penal. No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de "la pena", en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado.

La pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos. En el Estado moderno se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan al Estado. En el Estado de base teocrática la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino. En un Estado absoluto erigido en fin en sí mismo, la pena es un instrumento tendencialmente ilimitado de sometimiento de los súbditos: fue la época del "terror penal", consecuencia de la atribución a la pena de una función de prevención general sin límites. El Estado liberal clásico, preocupado en cambio por someter el poder al Derecho –en esto consiste el "Estado de Derecho"–, buscó antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos. La limitación jurídica del Estado liberal se basó en buena parte en principios abstractos e ideales, como el de igualdad ante la ley, tras el cual se mantenía

una concepción ideal del hombre, como hombre-razón. Podía, entonces, fundarse coherentemente la pena en otro principio ideal: la exigencia de Justicia, base de la retribución. Constituía un límite al poder punitivo del Estado, que sólo podía castigar según lo merecido, pero tenía el defecto de la rigidez y obligaba también a extender la pena adonde no era necesaria.

La progresiva aparición del Estado social, como Estado intervencionista que toma partido en el juego social, acentuó de nuevo la misión de lucha contra la delincuencia. Se prestó atención a la función de prevención especial, que no había podido encontrar acogida en el Estado liberal clásico porque suponía admitir un distinto tratamiento penal para autores de un mismo delito, lo que chocaba con la igualdad ante la ley entendida en la forma absoluta del liberalismo. En el nuevo contexto del Estado social-intervencionista pudieron aparecer las medidas de seguridad, instrumentos de prevención especial inadecuados al estricto legalismo liberal clásico.

La tendencia intervencionista del Estado social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios, lo que culminó en el período que medió entre las dos guerras mundiales. La experiencia de los horrores que ello trajo consigo, primero en la paz y luego con la guerra, hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un sentido democrático. Surgió, así, la fórmula sintética de "Estado social y democrático de Derecho". Acogida en la propia Constitución alemana de la postguerra, sirve de punto de arranque a la Constitución española de 1978. El Derecho penal de un tal Estado habrá de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. En cuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida– de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal.

Importará, entonces, no sólo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario) de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho que la que supondrían otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o pública) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas antedelictuales), o que otras formas de Derecho penal autoritario.

En la Lección siguiente examinaremos los límites mencionados. Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que nuestro modelo de Estado aconseja decidir la alternativa básica de retribución o prevención en favor de una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con las garantías que ofrecía la retribución, sino también con las que ofrecen otros principios limitadores.

Sólo una prevención así limitada podrá desplegar un efecto positivo de afirmación del Derecho propio de un Estado social y democrático de Derecho, y sólo así podrán conciliarse las exigencias antitéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial en un concepto superior de prevención general positiva.

La función del Derecho penal se manifiesta en la función de la pena y de la medida de seguridad, pero no se agota en ello. El Derecho penal no sólo se integra de las normas que prevén penas o medidas (normas secundarias), sino también de las normas que prohíben los delitos a los ciudadanos (normas primarias). También en éstas habrá de reflejarse la función del Derecho penal: también ellas tendrán la función de prevención limitada que corresponde al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Al prohibir los delitos, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca, en lo que deberán respetar ciertos límites que la doctrina penal tiene en cuenta al exigir determinados requisitos mínimos en el concepto de delito y en particular en la teoría de la antijuricidad como infracción de la

norma (primaria). Ello no cabría en una concepción puramente intimidatoria de la prevención general, pero sí como aspecto de la prevención general positiva. También la teoría del delito, y no sólo la de la pena, deberá basarse, pues, en la función de prevención limitada que corresponde al Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho.

Según Émile Durkheim, aunque la delincuencia parece ser un fenómeno inherente a cualquier sociedad humana, el valor que se le atribuye depende de la naturaleza y de la forma de organización de la sociedad en cuestión.

En un principio, la infracción fue valorada en función de criterios religiosos o mágicos, y la transgresión de lo prohibido producía, por lo general, la exclusión de la sociedad, ya fuera por muerte o por alejamiento, para el violador de la norma. Más tarde, la dominación ejercida por las grandes religiones monoteístas (véase Monoteísmo) en sus respectivos ámbitos derivó en materia de derecho y un acto se consideraba infracción cuando violaba una prohibición expresa de los textos sagrados o de su interpretación.

La progresiva separación entre lo religioso y lo temporal, iniciada en la edad media, no consiguió sin embargo hacer desaparecer el carácter religioso de la infracción. Esta visión justificó, por ejemplo, el reconocimiento en diferentes épocas de la historia de la responsabilidad penal de los niños e incluso de los animales. En el siglo XVII, en la mayor parte de los países europeos, el derecho penal se basaba en el principio de la responsabilidad individual, favoreciendo la aplicación de penas intimidantes de gran severidad, como la rueda, el látigo o las galeras.

En el Siglo de las Luces se produjo una ruptura con lo anterior a través de la búsqueda de una definición legal y universal de lo permitido y lo prohibido, con la idea de fundar una 'legalidad de delitos y de penas' según fue formulada por el italiano Cesare Beccaria en su obra Ensayo sobre los delitos y las penas, publicada en 1764. Esta búsqueda se inscribía en el marco de una nueva definición más general del

hombre como ser social, con derechos y obligaciones, que evolucionaba en una sociedad donde, sin tener que buscar su legitimidad en la religión, podía cuestionarse la naturaleza de las infracciones y las escalas de sanciones aplicables a todas las personas, cualquiera que fuera la calidad del delincuente. Este principio fue retomado en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano (1789), en cuyo Artículo 7 puede leerse: “La ley sólo puede establecer penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado salvo en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicable”.

En el transcurso del siglo XIX se hizo hincapié en la vertiente social de la acción criminal y se estudió el libre albedrío del delincuente, observando que resultaba posible modificar su conducta a través de su educación y de las condiciones de vida. Estos trabajos abrieron el camino a los estudios sobre la readaptación de las penas y la reinserción del delincuente. Por su parte, la abolición de la pena capital (véase Pena de muerte) en numerosos países supuso el abandono del valor ‘mágico’ del castigo y, aunque la toma de conciencia del delincuente sigue siendo uno de los objetivos del encarcelamiento, éste tiene como primera finalidad la de ser eficaz en lo social.

El Derecho penal positivo fija, ciertamente, un marco que la elaboración dogmática no puede desbordar, marco que viene determinado por el sentido literal posible de los preceptos legales y, en cuanto no redunde en perjuicio del reo, por su aplicación analógica. Este marco constituye un límite infranqueable para la ciencia jurídico-penal. Mas el interior de dicho marco es a menudo amplio y permite un determinado margen de libertad a la doctrina. Cuanto más generales son los principios a considerar, menos inequívocamente vienen impuestos por los preceptos del Derecho positivo. La decisión acerca de tales principios habrá de depender, entonces, de las premisas valorativas, filosóficas y políticas de que parte la doctrina en cada momento histórico-cultural. De ahí que la evolución histórica de la teoría del delito refleje fielmente la evolución más general de las ideas: el positivismo (desde el último tercio del siglo XIX hasta comienzos del XX), el neokantismo (desde principios de siglo XX hasta la 2ª Guerra Mundial), el ontologismo fenomenológico (desde los años 30 hasta los 60) y el

funcionalismo (en Derecho penal desde los años 70 hasta el presente) que han determinado las fases más características de la moderna teoría del delito.

Esta evolución no ha de detenerse. Uno de los aspectos más criticables de la fundamentación tradicional de la teoría del delito, fuertemente positivista, es el intento de presentar todos sus conceptos como no disponibles valorativamente, sino como exigencias sistemáticas. Hay que rechazar este planteamiento, que encubre auténticas decisiones valorativas mediante un entramado conceptual aparentemente aséptico y neutral. La gran mayoría de conceptos que intervienen en la teoría del delito son intensamente valorativos, y si ello se oculta se hace inaccesible su sentido. El neokantismo advirtió la dimensión valorativa de las categorías de la teoría del delito, pero no su significado político. Desde los años 70 se reconoce que la construcción teórica del delito debe partir de la función político-criminal del Derecho penal (funcionalismo)<sup>1a</sup>. Pero la Política criminal depende de cada modelo de Estado. Importa, pues, desvelar claramente la vinculación axiológica de la teoría del delito y sus conceptos a una determinada concepción filosófico-política del Derecho penal como cometido del Estado.

Las formas de la delincuencia son variadas y han ido cambiando en gran medida según los periodos de la historia y los tipos de sociedad. Actualmente se observa un desarrollo general de formas de delincuencia organizada basadas en el modelo de la mafia siciliana o de la camorra napolitana, dedicadas principalmente al tráfico de drogas y de materias nucleares (especialmente en Rusia) facilitado por la evolución de los medios de comunicación.

Los países occidentales tienen actualmente formas comunes de delincuencia, tanto en su frecuencia como en el tipo de infracciones. El término genérico de delincuencia abarca varios tipos básicos de comportamiento delictivo con criterios combinables: sin pretender ser exhaustivos, puede citarse la delincuencia cotidiana o delincuencia menor, la delincuencia juvenil, la delincuencia por imprudencia, el crimen organizado, la delincuencia económica y financiera, los atentados a personas, que

comprenden básicamente los abusos sexuales, los atentados a las normas y al orden público y, finalmente, el terrorismo. Cada una de estas categorías presenta características propias, aunque a largo plazo se observa un crecimiento de la delincuencia económica y financiera y de la delincuencia cotidiana con atentados a bienes y a personas, generalmente de gravedad limitada.

Según se ha señalado en las Lecciones anteriores, cada modelo de Estado exige una particular concepción del Derecho penal y de su función. La imagen del Estado social y democrático de Derecho debe ofrecer el punto de partida para determinar la función del Derecho penal, pero ésta a su vez debe servir de base no sólo de la teoría de la pena, sino también de la teoría del delito. Si el modelo de Estado debe determinar una concepción del Derecho penal, ésta ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicas, la pena y el delito: Estado, Derecho penal, pena y delito se hallan en una estricta relación de dependencia. La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídico-penalmente prohibible y punible.

La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya al Derecho penal y de los límites que se impongan de modo general a su ejercicio.

El entendimiento del Derecho penal de un Estado social como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir a las normas que castigan con una pena el delito (normas secundarias) la función de crear expectativas que motiven en contra de la comisión de delitos. Pero la función de prevención que corresponde al Derecho penal de un Estado no sólo social, sino también democrático y de Derecho, ha de estar sujeta, como sabemos, a ciertos límites.

El principio de legalidad impone, por una parte, que el delito se determine con la suficiente precisión: el delito ha de estar específicamente tipificado; y, por otra parte, exige que el delito constituya infracción de una norma primaria. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obliga a concebir el delito como un ataque a un bien jurídico-penal, cuando dicho ataque no esté justificado por la necesidad de salvaguardia de otro bien jurídico prevalente.

El principio de culpabilidad (en sentido amplio) exige que dicho ataque pueda imputarse objetiva, subjetiva y personalmente a su autor en determinadas condiciones. Finalmente, el carácter de ultima ratio del Derecho penal ha de condicionar la punibilidad del hecho a que manifieste una suficiente gravedad y necesidad de pena.

Estos son los elementos que trata de articular en un sistema la teoría del delito, sistema no sólo dotado, en cuanto tal, de valor científico y práctico, sino también legítimo en la medida en que es el resultado de una evolución que ha ido recogiendo las exigencias que la concepción del Estado dominante en nuestro ámbito de cultura impone al Derecho penal.

Las medidas de seguridad son providencias de policía, jurisdiccionalmente garantizadas, con las cuales el Estado persigue un fin de tutela preventiva de carácter social, sometiendo a determinadas personas, imputables o inimputables, punibles o no punibles, a la privación o a la restricción de su libertad, o a la prestación de una garantía patrimonial o a la confiscación, a causa de la peligrosidad social de las mismas personas o de las cosas que tienen relación con sus actividades, peligrosidad revelada con la comisión de uno o más hechos que la ley contempla como infracciones penales, o que de las infracciones penales tienen algún elemento, y en previsión de la probabilidad de ulteriores manifestaciones de su actividad socialmente nociva.

Viera expone que las medidas de seguridad “son medios dirigidos a readaptar al delincuente a la vida social. Tienen además la finalidad de completar el tradicional sistema de penas, en aquellos casos en que ellas no son bien aplicables, o bien donde

siendo aplicables no son reputadas suficientes para prevenir la comisión de nuevos delitos. Se discute si la naturaleza de las medidas de seguridad es penal o administrativa. Se alega que se les considera penal su aplicación corresponderá a la autoridad judicial. En caso contrario podrían ser impuestas por autoridades administrativas.

Para algunos, las medidas de seguridad son de carácter estrictamente penal, en cuanto tienen como finalidad de prevenir delitos y no cualquier otra figura jurídica. Las medidas de seguridad atienden a la peligrosidad criminal, no a otro tipo de peligrosidad.

En el caso de los delitos de tendencia, como los delitos de acceso sexual con la víctima, se espera una reacción distinta a las convencionales, por parte del Estado, es decir no se trata en estos delito de una estafa mediante cheque, o de una negligencia en el tránsito. Se pone de ejemplo la violación. El sujeto activo aquí es el violador, el cual no es un delincuente común y corriente.

Si bien no se ha estudiado de manera suficiente la naturaleza social de la violación, en las investigaciones antropológicas se ha reconocido la existencia de factores socioculturales que propician las agresiones sexuales.<sup>1</sup> Las culturas que presentan un sistema de dominación de género contribuyen a la desigualdad tanto social como sexual de las mujeres y los niños, quienes son más vulnerables a la victimización sexual. En ese sentido, se ha señalado que la civilización es la que ha creado y fomentado la violación, lo cual queda reforzado por la ausencia de este acto entre los animales. En síntesis, se reconoce que la violación no es la satisfacción de un impulso físico o de un instinto natural, sino más bien un acto cultural.

La falta de conocimiento socioantropológico sobre esta agresión sexual ha impedido que se le otorgue la atención adecuada y ha contribuido a generar creencias erróneas sobre su causalidad. Tal es el caso del comportamiento o

forma de vestir de la víctima que puede ser una incitación a la agresión sexual, o bien la idea de que las mujeres a menudo hacen falsas acusaciones de violación o que predominantemente son personas de mala reputación. Como consecuencia de ese desconocimiento, también se han hecho falsas apreciaciones acerca de los violadores, señalando que se trata de enfermos mentales y que, en todos los casos, el agresor es un desconocido, entre otros aspectos.

La magnitud del problema tampoco se conoce con precisión, ya que sólo se cuenta con información proveniente de los casos notificados, sobre todo del sexo femenino. En Estados Unidos de América hay 75 000 víctimas de violación al año, con una tasa de 28.8 por cada 100 000 habitantes; las estimaciones acerca del total de violaciones no registradas varían de dos a 10 veces dicha cifra, de tal manera que ésta podría ascender a 750 000 violaciones anuales. En relación con las características del evento, los investigadores reconocen que aproximadamente 50% de los agresores por violación son conocidos de sus víctimas y con frecuencia pertenecen a su familia; esto es especialmente importante en las víctimas menores de 10 años y en jóvenes de 13 a 19 años. La mayoría de las violaciones son planeadas y más de la mitad implican el uso de un arma, a menudo una navaja, como apoyo. En cuanto a la severidad, en la mitad de los casos se presentan signos de traumatismo físico y más de 10% de las víctimas precisan tratamiento de urgencia.<sup>3</sup> Este tipo de información ha favorecido que se reconozca la agresión no como un acto sexual, sino un acto de violencia. En Italia se habla de 16 000 violaciones al año, con una tasa de 28.1 por 100 000 habitantes. En España las agresiones por violación son poco denunciadas, quizás porque en 74% de los casos la víctima conocía a su agresor.<sup>4</sup> En Colombia durante 1994 se notificaron 30 delitos sexuales por día, es decir, cerca de 11 000 anuales,<sup>5</sup> con una tasa de 31.9 por 100 000 habitantes.

En el caso específico de México, existen pocos estudios al respecto, de tal manera que ha sido difícil conocer más a fondo este grave fenómeno que lacera a la sociedad. La Ciudad de México, en particular, tiene un promedio de 6.3 delitos sexuales por día. En cuanto a la violación, su promedio es de 3.4 agresiones diarias. Su incidencia en 1993 fue de 7.5 por cada 100 000 habitantes.

Estos datos sólo se refieren a las violaciones denunciadas ante la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; la incidencia real debe ser mucho mayor.

Otro aspecto que también amerita reflexión es el incremento en la cifra de víctimas masculinas ya que el fenómeno en estos casos muestra características cualitativas diferentes, como es el empleo de la violencia física con más severidad y frecuencia para someter a la víctima.<sup>3</sup> Las repercusiones en los individuos agredidos se han determinado a través de estudios con víctimas de violación sometidas a tratamiento psicoterapéutico; básicamente se han notificado disfunciones sexuales, depresión, ansiedad y abuso en el consumo de sustancias psicotrópicas. Después de una violación las víctimas presentan una disminución de 50 a 60%<sup>7</sup> del interés sexual. Los hombres víctimas de violación han informado problemas similares.<sup>8</sup> Los resultados del tratamiento psicoterapéutico han permitido distinguir repercusiones en el corto y el largo plazo, como se puede apreciar a continuación. Respecto a las de largo plazo, estudios recientes confirman una mayor frecuencia de disfunciones sexuales en las mujeres que fueron víctimas de abuso sexual o violación en la infancia.<sup>9-11</sup> En el corto plazo, los resultados de las investigaciones sugieren que las mujeres adultas que han sufrido una experiencia de violación inmediatamente después del suceso presentan síntomas depresivos, alteraciones del sueño y del apetito, pérdida del interés en las actividades cotidianas y de la capacidad de concentración.<sup>12-14</sup> Las víctimas de este delito sexual suelen presentar una crisis emocional de inmensas proporciones, cuyos signos y síntomas se van

incorporando a su carácter y su personalidad en la medida en que transcurra más tiempo sin recibir ayuda psicológica especializada. Dichos síntomas pueden ser fobias (a la noche, a la calle, etc.), temor a los hombres (en el caso de las mujeres), desconfianza, depresión, sentimientos de culpa, disnea, anhedonia y disfunciones sexuales.<sup>15</sup> Por tal motivo, los traumas psicológicos y físicos que presenta la víctima de violación requieren de atención médica psiquiátrica y psicológica competente, de alta calidad científica y humanista por parte de los profesionales de la salud. Las investigaciones sobre los violadores no demuestran un perfil específico del agresor. Todos aparentan ser personas normales, sin rasgos que permitan identificarlos y, en la mayoría de los casos, se trata de conocidos, amigos o familiares de las víctimas.<sup>16</sup> Cuando el agresor es la pareja habitual de la mujer, el hecho se conoce como violación marital y según algunos estudios ésta se presenta con una frecuencia tan elevada que en ocasiones llega a ser de más del doble de las consumadas por un extraño; una de cada ocho mujeres afirma haber sido violentada de esta forma. Existen, además, datos de violadores juzgados y declarados culpables que, desde luego, no son aplicables a todos los agresores sexuales. Sin embargo, se destaca lo siguiente: 75% tenían menos de 30 años de edad, 70% eran solteros y 80% tenían baja escolaridad.

La violación es un problema de salud pública que involucra una perspectiva multidisciplinaria: médica, jurídica, psicológica, psiquiátrica y sociológica (de trabajo social y sociología); demanda un tratamiento asistencial ya que este tipo de agresión sexual deja efectos psicológicos negativos a corto y largo plazo, como ya se refirió previamente. Una de las razones por las que este problema no se atiende bajo la perspectiva de la salud pública es la falta de datos; la principal causa puede ser la dificultad para la obtención de información. En este estudio se busca hacer aportaciones iniciales para describir algunas de las características del fenómeno en el país (víctima, agresor y circunstancias), que sirvan de base

para iniciar la investigación en el futuro sobre aspectos de causalidad y, a su vez, permitan establecer sólidos programas preventivos de este grave problema social.

En esta sociedad humana llena de tabúes y temas restringidos, sobre todo la sociedad mexicana, es difícil hablar sobre la violación; hecho por demás absurdo y torpe ya que todos los seres humanos estamos expuestos a sufrir un ultraje de este tipo y la mejor postura ante esta problemática es estar informados sobre el tema.

La violación según el diccionario del lenguaje español es: un acto de violencia en el cual una persona es forzada a tener una relación sexual.

Es importante tratar es tema, dado que en caso de sufrir o que una persona cercana lo sufra saber que hacer en el momento y después de este o saber como podemos tratar de prevenir lo mas posible un incidente de este tipo.

Son personas que en la mayoría de los casos sufren de serios trastornos mentales y según dice la psicología alguien si es del sexo masculino y fue violado en su niñez o juventud si no es tratado como se debe muy probablemente en un futuro se convertirá en violador y de esta manera se produce un ciclo de violaciones al parecer interminable, también gran parte de la sociedad violadora la componen las personas que sufren de síndrome de down ya que debido a la falta de facultades mentales tienen una gran confusión acerca de su sexualidad y la tratan de desarrollar al máximo de una manera errónea y ya que la mayoría de este tipo de personas sobre todo los hombres tiene una fuerza muy desarrollada es difícil defenderse. Un violador inclusive puede surgir fácilmente de una persona que no ha sido bien instruida acerca de la sexualidad y tiene falsos conceptos sobre el tema ya que este tipo de personas busca respuesta a sus dudas sexuales por

falsos caminos como la pornografía, este material daña principalmente el subconsciente puesto que los deseos sexuales se reprimen y llega un momento en el cual explota la sexualidad; desgraciadamente de una manera violenta.

Previo al esquema a desarrollarse sobre las categorías delictivas que describen las principales hipótesis de los tipos penales subjetivamente configurados; se considera necesario, recordar algunos conceptos relacionados con los elementos subjetivos del tipo penal; es decir, las cualidades de la acción que constituyen una trasgresión a la norma penal, y que por ello dan paso a la formulación de un juicio objetivo y normativo de desvalor jurídico.

Encontramos así, los elementos subjetivos del dolo y de la culpa, que concurren con la acción misma y que deciden sobre la tipicidad del comportamiento.

El dolo, como uno de los componentes de carácter subjetivo del tipo penal, es descrito como la actitud del sujeto plenamente consciente de que con su actuar lesiona el bien jurídico y actúa de ese modo porque lo que quiere es lesionarlo. Dándose así, dos supuestos en la actitud del sujeto; uno, el intelectual (conocimiento del supuesto típico penal) y el otro, el volitivo (el querer realizar el tipo penal).

El dolo se manifiesta en tres formas:

Dolo directo de primer grado o dolo inmediato: Es la intención o propósito de lo que el sujeto persigue; o sea los resultados conscientemente causados y deseados son siempre intencionales, aun cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última (el móvil, el motivo) o la finalidad única de quien actúa. El autor, pues, quiere un resultado que la ley le tiene prohibido que persiga.

Dolo directo de segundo grado o dolo mediato o de consecuencias necesarias: Es el dolo directo que comprende todas las consecuencias, que aunque no son las perseguidas, el sujeto prevé que se producirán con seguridad. Es decir, "... representa

un querer la realización del tipo, aun cuando el resultado sea desagradable para el sujeto. Por ejemplo: El sujeto mata al chofer de un vehículo para apoderarse del mismo, quizás no desea su muerte, pero decide matarlo porque no le queda otra alternativa para apoderarse del vehículo.

En el dolo eventual se dan resultados indeseados cuya producción el sujeto no había considerado segura, sino sólo posible o probable , sin embargo no deja de actuar: el cual es diferente a la imprudencia consciente pues en la misma se da la negligencia o falta de atención contraria al deber, y cuyo deslinde entre ambos comportamientos incide en la punibilidad.

De acuerdo con el principio de culpabilidad, se "... tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona, pues sólo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales.

La culpa, es la actitud interna jurídicamente desaprobada, la cual se reprocha como una acción típica y antijurídica.

Culpa consciente o culpa con representación: el agente previó el proceso que afectó al bien jurídico, el cual exigía un cuidado determinado. El agente *rechaza* el resultado creyendo que no se producirá como consecuencia de su conducta.

Delitos mutilados de dos actos la acción dolosa (o acción básica) es realizada por el sujeto activo como *medio ejecutivo* para una ulterior actuación del propio autor, que es el *fin subjetivo* que pretende alcanzar. O como los diferencia Mezger, el resultado adicional ha de ser provocado por una acción ulterior. Por ejemplo: La Trata de Personas, delito Contra los Derechos Humanos, mediante el cual se capta, traslada, y recepciona a las personas para su paso fronterizo irregular con documentos legales o ilegales, para luego retenerles sus documentos y mediante la coacción explotarlas.

La finalidad pretendida por el sujeto, que no consiste en un propio hacer ulterior del sujeto (como en los delitos mutilados de dos actos), sino que constituye una mera *meta a alcanzar* ajena a cualquier comportamiento ulterior del sujeto. O como los diferencia Mezger, "... el segundo resultado ulterior debe producirlo la propia acción típica sin una segunda acción adicional. Por ejemplo: El ánimo de perjudicar a otro, causando daños, destruyendo o inutilizando bienes muebles o inmuebles de su propiedad.

Su origen es el substrato psicológico o coeficiente anímico del sujeto, cuyo impulso interno, se orienta hacia una conducta penalmente típica. Se da la incidencia objetiva en el bien jurídico. O como los describe Mezger, se alude a delitos en los que una tendencia subjetiva es inherente a un elemento típico o codetermina el tipo (clase) de delito.

Las modificaciones introducidas en las leyes penales indican claramente que el tipo de delito se orienta a contemplarla contra la libertad sexual, aunque en algunos países se mantiene todavía la relación entre pudor y libertad sexual como en Panamá y Colombia; entre honestidad y libertad sexual como Honduras; o entre libertad sexual y costumbres como en Brasil y Uruguay.

Sólo en Puerto Rico se considera delito contra la honestidad, en Uruguay y Chile contra el orden de las familias, En Brasil se mantienen términos como el de mujer honesta o mujer virgen.

La tendencia en la legislación es la de elevar las penas. Estas están en un rango mínimo que fluctúa entre uno (Brasil) y 20 años (Puerto Rico), y la pena máxima en un rango que va de los 8 años (Perú) a los 99 (Puerto Rico). Una tendencia favorable es que se incluye dentro del tipo penal, el abuso sexual en la relación conyugal, salvo en Honduras y Puerto Rico dentro de la región en la cual nos ubicamos que es Latinoamérica.

La violencia sexual contra menores de edad es delito agravado en todos nuestros países, pero en general se limita a los y las menores de 14 años. Desafortunadamente de ésta edad en adelante el trato es el mismo que para las personas adultas en la mayoría de las legislaciones. En Uruguay y Brasil se mantiene todavía la eximente de pena por subsecuente matrimonio con la víctima de violencia sexual.

La violencia sexual es expresamente abordada por la legislación especial de violencia familiar, violencia intrafamiliar, violencia doméstica o de violencia contra las mujeres. Once países informaron en los reportes sobre el avance en sus legislaciones que disponen de medidas para la protección, defensa, atención integral y rehabilitación, en donde se plantea además la gratuidad de los procedimientos y servicios correspondientes.

Como correlato del avance realizado en el plano normativo se reconoce en general la obligación de los Estados de orientar su política a la prevención y a la prestación de servicios especializados de atención integral a las víctimas de violencia sexual. Son pocos quienes incluyen expresamente al agresor dentro de su política de atención, principalmente por razones presupuestales.

La prevención y la atención de la violencia sexual están frecuentemente previstas como contenido de las políticas de salud, principalmente de salud mental y de salud reproductiva, así como de las políticas sobre violencia familiar, (los casos de México, Chile, Honduras, El Salvador, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Paraguay y Uruguay) y pocas veces de las relativas a la protección de la infancia.

La población infantil y adolescente tiene en algunos países una asignación de prioridad que se expresa en el diseño de planes y programas específicos. La educación sexual está siendo objeto de un alto interés, ya que no se ha desarrollado legislación específica sobre el tema, salvo en Ecuador, en los demás casos la educación sexual ha sido abordada desde la normativa sobre el VIH/SIDA, por los códigos y leyes que tratan

sobre niñas, niños y adolescentes, algunos en la normatividad sobre educación, en la cual la ley ordena incorporar la educación sexual como contenido de la currícula de las escuelas, o se ha planteado como eje articulador.

Aún cuando la atención a víctimas está lejos de cubrir sus necesidades, las mayores brechas en la aplicación de las políticas están por el lado de la prevención. Los mayores esfuerzos se orientan al montaje de servicios de atención, y la prevención está básicamente circunscrita al ámbito de la escuela y de los servicios de información sobre salud reproductiva.

La legislación tiene una vocación punitiva que no tiene su debido correlato en el plano jurisdiccional, pues la aplicación de sanciones a los agresores se ve en la mayoría de los casos mediatizada por la visión y la práctica conservadora de nuestros sistemas judiciales; mientras que las políticas públicas, a pesar de que en el plano discursivo le asignan importancia a la prevención, tienen en los hechos una orientación básicamente asistencial, pero que tampoco se expresa en la dotación suficiente de servicios de atención. Lo cual significa que falta conciencia desde el presupuesto.

### 3.2. Fundamento a su aplicación

El fundamento o la razón de ser de las medidas de seguridad se ubica en el criterio de peligrosidad se han dado diferentes definiciones.

Son resumidas por Rodríguez Devesa cuando señala que “una experiencia multiseccular, continuaba hasta nuestros días, pone de manifiesto que hay un cierto número de delincuentes a quienes la pena es incapaz de intimidar. Una y otra vez vuelven a cometer nuevos delitos, a pesar de las condenas sufridas.

También ha sido siempre advertido que hay una serie de personas que, por su edad o sus anomalías psíquicas, carecen del control suficiente de sus actos para

abstenerse de realizar actos previstos por las leyes penales. Todos ellos se califican de peligrosos.

La culpabilidad además de constituir un elemento positivo, para la construcción técnica de la infracción, tiene como característica fundamental ser el elemento subjetivo del delito, refiriéndose pues a la voluntad del agente para la realización del acto delictivo. La culpabilidad radica pues, en la manifestación de voluntad del sujeto activo de la infracción penal que puede tomarse dolosa o bien culposa, dependiendo de la intención deliberada de cometer el delito, o bien de la comisión del delito por negligencia, imprudencia o impericia.

Recordamos que un delito es una conducta, de la que se puede predicar que es típica, antijurídica y culpable. La culpabilidad no puede ser más, por tanto, que una cualidad de la acción y, más propiamente, de la conducta que ya hemos calificado de típica y antijurídica.

Existe culpabilidad, como vimos, según Zaffaroni, cuando: "...la conducta típica y antijurídica le sea reprochable al autor en razón de que tuvo la posibilidad (exigible) de actuar de otra manera, lo que no sucede, por ejemplo en el caso del loco"<sup>40</sup>.

El concepto normativo de culpabilidad se funda en que el sujeto podía hacer algo distinto a lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias que lo hiciese.

A este respecto se dan dos teorías.

Indica que la culpabilidad es la relación psíquica de causalidad entre el autor y el acto, o bien entre el autor y el resultado; es decir, el lazo que une al agente con el hecho delictivo es puramente psicológico; su fundamento radica en que el hombre es un sujeto de conciencia y voluntad, y de ésta depende que contravenga la norma jurídico o no.

---

<sup>40</sup> **Ibid.**

No basta la relación psíquica entre el autor y el acto, sino que es preciso que ella de lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que se traduzca en reproche, por no haber realizado la conducta deseada. Sus aspectos fundamentales son:

- La culpabilidad es un juicio de referencia, por referirse al hecho psicológico;
- La culpabilidad es un hecho atribuible a una motivación reprochable del agente;
- La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva), únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el agente;
- La culpabilidad tiene como fundamentos, en consecuencia, la reprochabilidad y la exigibilidad.

Por lo tanto se puede decir que la naturaleza de la culpabilidad es subjetiva debido a la actividad psíquica del sujeto, formada por los motivos, las decisiones de voluntad que toma o deja de tomar el sujeto y los elementos subjetivos del injusto que de no computarse la culpabilidad no podrían ser imputados

Las causas de inculpabilidad no son causas que eliminan la antijuricidad de la conducta; su razón de ser jurídico-penal es simplemente reducir o hacer desaparecer el reproche personal del injusto. Queda, por tanto claro que, en nuestro derecho, la culpabilidad es un juicio de reproche, de carácter normativo, en los dos niveles expuestos, y queda claro que las causas de inculpabilidad (en uno y otro nivel) no son "*númerus clausus*", puesto que las hipótesis que menciona el legislador son puramente ejemplificativas.

### 3.3. El concepto de peligrosidad

La peligrosidad consiste en una elevada probabilidad de delinquir en el futuro. Esta probabilidad puede ser pasajera o permanente, pero tiene que ser, en cualquier caso, actual.

El concepto de peligrosidad, al cuestionarse sobre los fundamentos para decir que el mal comportamiento en la cárcel, el ser rebelde a la familia cuando se es menor de veintiún años, el ser declarado inimputable, no haberse logrado la readaptación, sufrir de incapacidad mental, etcétera, son condiciones constitutivas de peligrosidad. Los peligrosistas raramente se han ocupado de estas y otras cuestiones. Sin duda, en ciertos casos una persona, delincuente o no, puede considerarse como un serio riesgo, pero una cosa es esto y otra declarar a priori, como reglas generales, condiciones o estados que raramente constituirán un grave riesgo probable.

### 3.4. Alternatividad a la medida de seguridad

Dos son los sistemas creados en cuanto a la posibilidad de aplicar pena y medida de seguridad:

El primero consiste en el sistema acumulativo. Consiste en imponer y cumplir primero la pena privativa de libertad y luego se impone y cumple la medida de seguridad para quitar la peligrosidad al sujeto. Este sistema de sobreposición de pena y medida de seguridad ha caído en desuso y es visto con repugnancia.

No hay en nuestra legislación en la materia una regla expresa que resuelva el problema de la acumulación de penas y medidas de seguridad, sin embargo, la misma puede lograrse partiendo de la naturaleza de unas y otras, conforme lo que a continuación se indica. En efecto, siendo un hecho cierto e invariable que tratándose de una pena, ésta, que obedece al principio de culpabilidad necesariamente debe cumplirse, tomando en cuenta la razón de ser de las medidas de seguridad si al sujeto

que descuenta una pena se le impone una medida de seguridad, es razonable que la misma tome el tiempo de la pena para cumplir su cometido ya que no se justificaría que se mantenga si en determinado momento, aún cumpliéndose la pena, cesa la situación de la acumulación de penas y medidas de seguridad, se recomienda que las últimas continúen su vigencia al término de la pena, sólo si persiste el estado que las determinó. Se pretende dar al problema una solución práctica y concreta, a la vez que legal, por enmarcarse plenamente en el contenido el Artículo 100 del Código penal, de reiterada cita, ya que de otra forma es inadmisibles, por ilógico e irracional, que primero se descuenta la medida de seguridad y después la pena. Otro aspecto que obra en abono de la posición recomendada descansa en el hecho de que tanto la pena como la medida de seguridad tienen un fin común, que es la rehabilitación del delincuente.

En el segundo sistema, el sistema Alternativo, el juez tomando en cuenta las condiciones del individuo y las necesidades de la sociedad que debe defender, escoge entre la pena o las medidas de seguridad.

Tomando en cuenta que las medidas de seguridad obedecen a la peligrosidad y que buscan la eliminación de ésta deben ser indeterminadas. Perdurarán hasta que termine la peligrosidad.

Maggiore señala sobre este particular que “cualquier fijación de límites estaría en oposición, sobre toda práctica, con la índole misma de las medidas de seguridad y en oposición lógica con la naturaleza de esta providencia, que, por tener carácter típicamente administrativo, siempre puede ser revocada. Como se podría establecer a priori cuando una persona deja de ser peligrosa”<sup>41</sup>.

En los sistemas que han establecido un máximo de duración se estima que, después de cierto tiempo, el sujeto pierde su peligrosidad por razón natural. Los autores que proponen un mínimo de duración, siguen la corriente monista, pues al unificar ambas sanciones se piensa en un mínimo de retribución.

---

<sup>41</sup> **Ibid.**

Otro argumento que ha sido usado es el legal. Algunos ordenamientos establecen prohibición de privar de libertad a los individuos por tiempo indefinido.

Las tres posiciones anteriores son criticadas pues ni el transcurso del tiempo ni la ley, eliminan la peligrosidad de un sujeto, que es lo que se busca con la medida de seguridad.

La peligrosidad predelictual, también llamada peligrosidad sin delito, es un problema social, cuyo estudio no es competencia del derecho Punitivo. Es materia de derecho Civil o Administrativo. La peligrosidad puede revelarse antes de cometer ningún delito, por el género de vida que lleva al sujeto peligroso, las compañías que frecuenta su personalidad que le inclina a rehuir el trabajo como medio de ganar el sustento o que le lleva a convertir el vicio en una fuente de ingresos. Estos autores se oponen a este tipo de medidas y señala que una intervención que signifique una privación prolongada de libertad, llámese pena o custodia de seguridad, perfora todo el dispositivo de garantías características de un Estado de derecho, que no puede admitir injerencias de esta clase en la vida privada, si no se ha realizado todavía ningún acto delictivo.

Zaffaroni también se pronuncia en contra de este tipo de medidas al manifestar que "...es natural, que a partir de la afirmación de que la medida no es retributiva, no sea necesario un delito para aplicar la pena, y además, dirigiéndose la medida a combatir el estado del autor, no sea necesario tampoco que este estado se manifieste en un delito, sino por cualquier otro medio. Con estos argumentos, puede sostenerse la aplicación de medidas sin que se haya cometido delito alguno, frente a cualquier manifestación del estado peligroso del autor... el contenido penoso constitucional en que un derecho penal en el marco de un Estado de derecho puede ejercer una acción preventiva delictual mediante penas porque la restante acción predelictual no le incumbe es con una legislación contravencional coherente y jurisdiccionalmente

administrativa<sup>42</sup>.

Las medidas de seguridad son providencias de policía, jurisdiccionalmente garantizadas, con las cuales el Estado persigue un fin de tutela preventiva de carácter social, sometiendo a determinadas personas, imputables o inimputables, punibles o no punibles, a la privación o a la restricción de su libertad, o a la prestación de una garantía patrimonial o a la confiscación, a causa de lo peligrosidad social de las mismas personas o de las cosas que tienen relación con sus actividades, peligrosidad revelada con la comisión de uno o más hechos que la ley contempla como infracciones penales, o que de las infracciones penales tienen algún elemento, y en previsión de la probabilidad de ulteriores manifestaciones de su actividad socialmente nociva.

Medida de seguridad son medios dirigidos a readaptar al delincuente a la vida social. Tienen además la finalidad de completar el tradicional sistema de penas, en aquellos casos en que ellas no son bien aplicables, o bien donde siendo aplicables no son reputadas suficientes para prevenir la comisión de nuevos delitos.

Las medidas de seguridad, tema que ha inspirado la presente investigación, se encuentra tratado de forma poco técnica en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, por dos razones, la primera consecuentemente a estar ya desfasado el mencionado cuerpo de leyes, con referencia al Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala. Ambas leyes guardan una diferencia de vigencia de aproximadamente veinte años, mismos en los que la Ciencia del Derecho Penal ha adquirido un avance notable. Y en segundo lugar, porque cuando se reguló este tema en el Código Penal, no se definió su contenido. Este segundo aspecto, pretende demostrarse sobre todo en cuanto a la dualidad que deben guardar las medidas de seguridad con respecto a la pena, y para principiar es preciso establecer criterios de autores, entre los cuales se encuentra Juan Bustos Ramírez que señala: "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

---

<sup>42</sup> Zaffaroni, Eugenio. **La pena**, pág. 45.

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)"<sup>43</sup>(sic).

También se conoció en un tiempo con el nombre de sustitutivos penales.

Es cierto que delincuentes de un alto grado de peligrosidad social se encuentran detenidos, pero igual de cierto resulta considerar que existen personas detenidas que bien pueden estar sujetos a proceso penal, sin necesidad de estar privadas de libertad.

La prisión preventiva no es más que la privación de libertad, dictada en contra de una persona, por un Juez competente, por creerla sospechosa de la perpetración de un delito. La prisión preventiva busca asegurar que haya alguien a quien juzgar.

Por supuesto, si hay un proceso el objeto primordial de éste ha de ser la búsqueda de la verdad, la material al menos. Empero es notorio que la averiguación de la verdad viene después, es como se dice, una segunda instancia. Definitivamente el hecho de que un procesado no se encuentre presente en el momento en que es preciso esclarecer un hecho delictivo, es un asunto que obstaculiza y evita dicho esclarecimiento. Sobre todo, en aquellos casos en los que existe peligro de fuga.

La prisión en países como Guatemala, tiene otros significados distintos o diversos de los que se empeña la teoría en darle. Por un lado no se debe olvidar que se trata de un acusado y no de un sentenciado, lo cual es ya una gran diferencia entre el encarcelado (como le llama el ex Fiscal Héctor Hugo Pérez Aguilera), por pena o sanción, y el que lo

---

<sup>43</sup> Bustos Ramírez, **Ob. Cit**, Pág. 59 .

está, para asegurar el desarrollo correcto del procedimiento penal. Sin embargo en Guatemala, quien guarda prisión preventiva y el que lo hace por cumplir condena, se encuentran reclusos en el mismo lugar, contradiciendo a toda la doctrina y además al Artículo 274 del Código Procesal Penal, el cual señala que dicha prisión debe ser en lugares de alojamiento especiales, diferentes de los que se utilizan para los condenados, lo cual es fácil de constatar en su incumplimiento, cuando se visita la prisión preventiva de la zona 18 de la Ciudad capital o el mismo centro de detención preventiva, denominado pavoncito.

Por otro lado, la prisión preventiva en Guatemala, muchas veces ha sido un evento periodístico más que uno puramente procesal. La sociedad siempre busca la forma de informarse al respecto de los sucesos que gozan de un cierto dominio público, empero lo que no se atiende o no quiere atender es que en no pocas ocasiones este tipo de publicidad es dañina para la misma búsqueda de la verdad. Por ejemplo, una desventaja consiste en que, en cuanto al sujeto aprehendido provisionalmente, se puede recordar los daños irreparables que sufre en su reputación y como le llamaba el licenciado Guillermo Monzón Paz su: “honor subjetivo, el que consiste en lo que la persona piensa de si mismo, su respeto personal”<sup>44</sup>.

La prisión preventiva necesita en Guatemala un tratamiento más adecuado y la aplicación irrestricta de la ley, la cual establece los requisitos mínimos para el tratamiento que debe recibir el encarcelado (como se le llama en el Artículo 274 del Código Procesal Penal).

En cuanto a la prisión preventiva se puede considerar una especie de pena. La ley no establece la duración de la prisión preventiva, aunque el Artículo 268 del Código Procesal Penal, establece que la privación de libertad finalizará entre otros casos: cuando su duración exceda de un año; pero si se hubiere dictado sentencia condenatoria pendiente de recurso, podrá durar tres meses más, como ejemplo aquellos casos en los que se apela la sentencia y el trámite de esta debe llevar algún trámite. La Corte Suprema

---

<sup>44</sup> Monzón Paz, Guillermo. **Introducción al Estudio del Derecho**, Pág. 172.

de Justicia, de oficio o a pedido del tribunal o del Ministerio Público, podrá autorizar que los plazos anteriores se prorroguen cuantas veces sea necesaria, fijando el tiempo concreto de las prórrogas. Si como producto de ese largo proceso se emite una sentencia condenatoria, la prisión preventiva resulta como una pena anticipada, se configura como una verdadera pena privativa de libertad, así lo señala Asencio Mellado, citado por Muñoz Conde,<sup>45</sup> como una auténtica pena a cuenta, con el riesgo de la posibilidad de una futura sentencia absolutoria.

Por medida de seguridad entendemos:

“Aquellas políticas que el Estado implementa, de forma previa y postdelictuales en sujetos que se estima su peligrosidad social, basada en sentencia y en estricto apego a los principios generales de derecho”<sup>46</sup>.

“Son los mecanismos que aplica el Estado en ejercicio de su ius puniendi, y como consecuencia del delito, paralelamente a la pena”.<sup>47</sup>

En lo personal se considera que las medidas de seguridad son efectivamente los medios de defensa social utilizados por el Estado a través de los órganos jurisdiccionales que tienen por objeto la prevención del delitos y rehabilitación de los sujetos delictivos.

Se conocen dos clases de medidas de seguridad las medidas predelinquenciales, las aplicadas antes del delito, como el caso de los mecanismos de tratamiento a sujetos alcohólicos, o como las curativas aplicadas a sujetos con deficiencias mentales. Y las postdelinquenciales, que son las comunes, y se aplican posteriormente a haberse dictado sentencia, y por tanto, posteriores a la comisión de un delito.

---

<sup>45</sup> Bovino Alberto, **Temas de derecho procesal guatemalteco**, pág. 45.

<sup>46</sup> Muir Puig, Santiago. **Derecho penal parte general**, pág. 24.

<sup>47</sup> **Ibid.**

Se ha pretendido que las medidas curativas también son parte de dichas medidas pero en realidad las medidas curativas no se dan en la realidad práctica, que tienen por objeto el tratamiento clínico psiquiátrico de los sujetos con deficiencias mentales.

Doctrinal y legislativamente se ha establecido varios criterios para clasificar las medidas de seguridad.

Rodríguez Devesa estima que para tal objetivo se puede utilizar los mismos términos que para las penas. Nos habla así de medidas privativas de libertad como la custodia de seguridad y colonias de trabajo, para delincuentes incorregibles y de apoyo al trabajo; de internamiento con tratamiento curativo obligatorio, para enfermos mentales, bebedores y habituados al consumo de drogas y estupefacientes; restrictivas de derechos, cuando la peligrosidad dimana de circunstancias ambientales; obligación o prohibición de residir en un lugar determinado, sumisión a vigilancia de las autoridades, prohibición de ejercer determinadas profesiones o de frecuentar ciertos Lugares; pecuniarias, como la caución de conducta, confiscación de efectos o instrumentos que puedan ser utilizados para someter un delito, multas con fines disuasivos.”

Rodríguez Manzanera propone una clasificación más amplia medidas: eliminatorias; de control; patrimoniales; terapéuticas; educativas; restrictivas de derechos y privativas de libertad.

Medidas Eliminatorias, son las que se aplican a los sujetos que tienen dificultad o imposibilidad para adaptarse socialmente a la comunidad. Para ello se les interna en una institución de alta seguridad, se les envía a una colonia especial o se les expulsa del país.

Al referirse a los pacientes que deben ocupar este tipo de centros y a la necesidad de la creación de instalaciones adecuadas que en el manejo de pacientes con medida de seguridad curativa hemos encontrado que los pacientes portadores de un diagnóstico de personalidad sociopática de la personalidad tienen poca posibilidad de recuperarse, mas bien perturban el funcionamiento del pabellón en detrimento de los otros pacientes propios

del hospital, el record delictivo de estos pacientes es muy importante y encuentran el hospital un lugar fácil para fugarse, por lo que es necesario contar con instalaciones que puedan ofrecer, tanto tratamiento psiquiátrico como penitenciario para este tipo de pacientes. Esto se podría lograr mediante la disponibilidad de un pabellón psiquiátrico en el centro Penitenciario.

Las colonias especiales, principalmente las agrícolas, sirven también para aislar al sujeto en el cual toda medida dirigida al tratamiento a sido infructuosa (multireincidentes) pero que no son una amenaza grave para la sociedad. En nuestro medio las colonias agrícolas después de la resolución de la Sala Constitucional quedaron exclusivamente para los autores de delitos imposibles.

Medidas de control, estas buscan la vigilancia del sujeto a fin de evitar que cometa delitos. Dicho control puede ser oficial o privado.

La forma más común de vigilancia oficial es la policiaca. En esto hay que aclarar que las medidas de control se diferencian de la función preventiva de la policía, en que la primera se da sobre un caso específico, es decir, la vigilancia se lleva a cabo sobre un sujeto determinado que es considerado peligroso.

Otras medidas de este tipo son las que derivan del principio de oportunidad y consisten en someter al sujeto a la vigilancia de la autoridad en libertad, en lugar de privarlo de la misma. Se sustituye la pena privativa de libertad, o las medidas que impliquen reclusión, por otra de menor magnitud. En este caso se toma en cuenta que el sujeto no es tan peligroso y se persigue evitar la contaminación criminal y que desarrolle su peligrosidad. Constituyen además, una válvula de escape importante para el problema del hacinamiento y la sobrepoblación penal. Se les critica porque en muchos países se aplican automáticamente, bajo ciertos requisitos o el transcurso del tiempo, sin previo estudio de personalidad ni dictamen de peligrosidad.

Las manifestaciones mas comunes de estas medidas son: la libertad condicional, la

libertad bajo palabra; el parol; la condena condicional; la probatio; la libertad vigilada, etc.

En cuanto a las medidas de control privado, consisten en someter al sujeto a la vigilancia de su familia o de alguna institución adecuada, no oficial.

Medidas Patrimoniales, corresponden a las que afectan el patrimonio del sujeto, disminuyéndolo parcialmente. Pueden ser temporales o definitivas. Dentro de éstas encontramos:

- La caución de no atender, o de buena conducta. Consiste en el depósito de una suma determinada por la autoridad, en garantía de que el sujeto no cometerá un delito. Es conocida desde los romanos.
- La fianza. Tiene como fin directo garantizar que el sujeto se presente ante el Juez, siempre que sea requerido y subsidiarimente se dirige a prevenir la comisión de un delito.
- El decomiso. Se quita al poseedor ciertos instrumentos idóneos para la comisión de un delito: sustancias tóxicas u objetos peligrosos. En esta medida se estima que lo peligroso no es el sujeto, sino la cosa contra la que va dirigida. En muchos casos el sujeto puede ignorar que el sujeto es nocivo, o que la sustancia es tóxica.
- Hay otras que perjudican directamente el patrimonio, por ejemplo cuando se priva al sujeto de lícitas ganancias por el cierre de un establecimiento, por motivos especiales, como la inauguración de un centro escolar cerca de una cantina.

Medidas Terapéuticas, se aplican en casos de enfermedad física o mental, internando al sujeto u obligándolo a seguir determinado tratamiento.

Como medida terapéutica tiene gran importancia el internamiento de enajenados peligrosos en casas de cura y de custodia. Esto nos lleva nuevamente a la necesidad de

la creación de un pabellón psiquiátrico de seguridad, que ya es utilizado desde hace bastante tiempo en Escocia, con buenos resultados. La propuesta recoge una recomendación de la Dirección del Hospital Nacional Psiquiátrico y corresponde al sentir general de los médicos que ahí laboran. Estiman que dicho centro de salud no es un depósito de criminales sumamente peligrosos, ya que no cuentan con el personal ni las instalaciones adecuadas para ello.

Rodríguez Manzanera señala que en ocasiones se ha llegado a utilizar medidas extremas, tales como la esterilización, la castración, la terapia de choque o la lobotomía (en medicina, destrucción o extirpación de los lóbulos prefrontales de la corteza cerebral).

La esterilización ha sido utilizada en países en los cuales es delito el engendrar a sabiendas de que se tiene alguna tara o afección hereditaria, o que se busca la pureza de la raza, estando prohibida la unión con sujetos de grupos étnicos distintos. Este tipo de medidas fueron utilizadas por el Estado Nacional-Socialista alemán, con nefastos resultados.

La castración se ha aplicado para los delincuentes sexuales que son considerados delincuentes de gran peligrosidad, como los violadores de niños.

La terapia de choque se usa en delincuentes peligrosos. Se aplica energía eléctrica, cardiozol o insulina. Se busca hacer olvidar al paciente mecanismos proclives de su vida mental, y al no evocar hechos que desaparecen del campo de la consciencia, no se producen motivaciones que origina actos vivenciales de su conducta delictiva.

La lobotomía, es otra de las medidas aplicadas para corregir trastornos mentales o de conducta. Consiste en la extirpación de una parte del cerebro o lóbulo. Este tipo de tratamiento se ha ido abandonado pues frente a casos de gran éxito también se presentaron agravaciones de peligrosidad y hasta muertes.

Medidas Educativas, tienden a la formación de la personalidad del sujeto, por

medio de la instrucción, y son aplicadas principalmente a los menores. Se ejecutan a través de las escuelas-hogar, cuando la familia no es capaz de educarlo.

Medidas Restrictivas de derechos, se dirigen a restringir un derecho específico, cuyo ejercicio podría llevar a la comisión de un delito. Ejemplos de este tipo de medidas son las siguientes:

- La cancelación o suspensión de la licencia para conducción, cuando el sujeto está disminuido físicamente, o bien cuando ha demostrado notable impericia o imprudencia al guiar su vehículo. En nuestro medio los Artículos 117, Responsabilidad civil en caso de estado de necesidad y 118 responsabilidad civil en casos de inculpabilidad, del Código Penal, contemplan este tipo de medida para los autores de los delitos de homicidio o lesiones culposas.
- La restricción para ejercer determinadas profesiones u oficios. Se aplica por causas similares a las citadas en el punto anterior, o cuando existan pruebas de incapacidad o falta de ética profesional, o las condiciones de ejercicio no proporcionan seguridad al cliente o a terceros que pueden ser victimizados.
- La privación de derechos de familia. Se recomienda cuando el titular sufra una enfermedad peligrosa, cuando sea un vicioso, malviviente, antisocial, y pueda inducir a los familiares al delito o haya probabilidad de algún delito.
- Suspensión de ciertos derechos cívicos o políticos. Nuestra legislación prohíbe el nombramiento como perito a una persona que haya sido condenada y a los inhabilitados. También impide el acceso a las salas de audiencias penales, a los condenados por delitos contra las personas o la propiedad.
- Prohibición de residir o asistir a lugares determinados. Se aplica cuando el sujeto tiene enemigos o rencillas en ese lugar, que pueden producir un delito. Tiende a la protección de la sociedad y del sujeto mismo. Contempla no solo la prohibición de

visitar una zona específica, sino también a cantinas, garitos, casas de juego, prostíbulos, billares y otros lugares criminógenos.

En ciertos casos también se prohíbe salir de un lugar determinado y la obligación de residir en cierta región.

Estas medidas se encuentran reguladas además, en nuestro sistema jurídico, por el Artículo 295 El trámite de excepciones durante el procedimiento preparatorio, del Código de Procedimientos Penales, para los sujetos sometidos a proceso; y por los Artículos 61 la publicación de la sentencia y 66 Aumento y disminución de límites del Código Penal, para los condenados a los que se les otorga, por su orden, condena de ejecución condicional o libertad condicional.

Medidas Privativas de libertad, varias medidas de seguridad implican la privación de libertad, la que debe verse como un medio y no como un fin. Ciertas medidas eliminatorias, educativas o terapéuticas, no puede ejecutarse con el sujeto en libertad.

Se discute si la naturaleza de las medidas de seguridad es penal o administrativa. Se alega que se les considera penales su aplicación corresponderá a la autoridad judicial. En caso contrario podrían ser impuestas por autoridades administrativas.

Las medidas de seguridad son de carácter estrictamente penal, en cuanto tienen como finalidad de prevenir delitos y no cualquier otra figura jurídica. Las medidas de seguridad atienden a la peligrosidad criminal, no a otro tipo de peligrosidad.

En definitiva las medidas de seguridad son de naturaleza pública puesto que las puede imponer únicamente el Estado en ejercicio de su soberanía y por medio de los órganos jurisdiccionales correspondientes.

Una consulta de constitucionalidad, indicó que esta norma autoriza la imposición

de medidas de seguridad, pero únicamente por la comisión de delitos y contravenciones. En esa sentencia también dispuso que los Alcaldes no pueden imponer medidas de seguridad a los inimputables o los que presentan imputabilidad disminuida.



## CONCLUSIONES

1. En cualquier sociedad del mundo, pueden cometerse ilícitos penales de los que se consideran delitos de tendencia, siendo algunos de estos: la violación; el estupro; los abusos deshonestos; el asesinato, cuando es consecuencia de conductas sociopatas; el hurto cuando es consecuencia de la cleptomanía etc. Todos los cuales constituye una categoría distinta en el conjunto del resto de figuras ilícitas.
2. Los delitos de tendencia corresponden a una categoría a la cual se aplican consecuencias del delito, distintas a las que se les aplica al resto de figuras delictivas en derecho penal. No obstante lo cual, en la legislación guatemalteca, no existe la mencionada clasificación, ni mucho menos un tratamiento especializado de los mismos.
3. El dolo como tal, en los delitos de tendencia, tiene también un significado e implicaciones distintas; toda vez que su comisión suele no coincidir con una intención criminal propiamente dicha, sino más bien a un dolo de representación, propia de los delitos imprudentes, en los cuales también ha habido una falta de tratamiento por parte del sujeto activo, desde el momento que ya conoce su disposición patológica e inclinación fisiológica a cometerlos.
4. Los delitos de tendencia constituyen una serie de conductas que pueden ser tratadas con medios diversos de los contemplados actualmente por la legislación penal guatemalteca. Entre estos medios se puede mencionar medidas curativas y medidas de seguridad, las cuales están vinculadas directamente con el aspecto de rehabilitación.
5. Existe una ausencia de tratamiento al tema de los delitos de tendencia en la doctrina guatemalteca; de forma que el estudio de las mismas no se encuentra ni siquiera en los contenidos programáticos de los entes de educación superior o

universitario, a efecto de producir propuesta para la superación de tales conductas en la sociedad guatemalteca.

## RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, debe establecer una política criminal diferente o especial, en el caso de su reacción frente a los delitos de tendencia, particularmente aquellos de tendencia sexual, puesto que los sujetos activos de estos hechos delictivos no son los mismo que los sujetos activos de otros delitos, por la diferencia establecida en el presente estudio.
2. El Estado de Guatemala, debe diseñar una política criminal acorde a cada especialidad de sujeto activo en cada figura delictiva, pudiéndose agrupar o distinguir especialmente los delitos de tendencia. En dicho sentido, los delitos de tendencia constituyen una serie de conductas que deben recibir un tratamiento a parte y diferente.
3. El Estado de Guatemala, debe legislar esta política criminal por medio del Congreso de la República, estableciendo una forma distinta de penalización, entre las que destacan consecuencias jurídicas diferentes para los delitos de tendencia, como lo son: la violación; el estupro; los abusos deshonestos; el asesinato, cuando es consecuencia de conductas sociopatas; el hurto cuando es consecuencia de la cleptomanía etc.
4. El Estado de Guatemala, por medio del Congreso de la República, debe garantizar el tratamiento y aplicación de medidas curativas a los sujetos activos de los delitos de tendencia, sobre todo y especialmente en el caso de los de tendencia sexual; y, especialmente, medidas que tiendan a la rehabilitación de los autores y partícipes.
5. El tema de los delitos de tendencia, debe ser estudiado por los tratadistas y autores nacionales, con énfasis en los delitos de tendencia sexual. Asimismo, debe aplicarse su análisis, en los contenidos programáticos de los cursos de

derecho penal en las instituciones e instancia de estudio de nivel superior, con el fin de demostrar sus implicaciones para toda la sociedad en general.

## BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal**, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1983.

BERDUGO, Ignacio. **Derecho penal parte general**, Ed. Paxis SA, México, D.F. 1996.

CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho penal, parte general**, Tomo IV, Ed. Bosche, Barcelona, España, 1996.

DE MATA VELA, José Francisco y demás autores. **Manual de derecho penal guatemalteco, parte general**, Ed. Artemis & Edinter, S.A. Guatemala, Guatemala, 2001.

GONZALEZ, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**, Fundación Mirna Mack, Guatemala, 1998.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**, editorial Tecnos S.A., España, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal, parte general**, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio. **La pena**. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1999.

### Legislación

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

**Código penal**, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.