

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

**EL DELITO PUTATIVO Y SUS ESPECIES EN EL DERECHO PENAL
GUATEMALTECO Y LA IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO A NIVEL
UNIVERSITARIO**



TESIS

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

Por

MARIO ANGELINO CARDONA CASTILLO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2008

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

EL DELITO PUTATIVO Y SUS ESPECIES EN EL DERECHO PENAL
GUATEMALTECO Y LA IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO A NIVEL
UNIVERSITARIO



MARIO ANGELINO CARDONA CASTILLO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2008

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 Huítz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela Maria Santizo Mazariegos
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 Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. Jacobo Adrian Alvarez Marroquin

6 av. 3-81, Zona 19 La Florida. tel. 2432 5329
col. 5232



Guatemala, 12 de junio de 2008

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

Respetable Licenciado:

En cumplimiento de la resolución, proferida por ese decanato, en donde se me nombra como **asesor** de la investigación intitulada: "**EL DELITO PUTATIVO Y SUS ESPECIES EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO Y LA IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO A NIVEL UNIVERSITARIO**", sustentada por el estudiante **MARIO ANGELINO CARDONA CASTILLO** respetuosamente me permito informar:

He procedido a la asesoría del trabajo como corresponde y ordena el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de esta casa de estudios, encontrando lo siguiente:

El aporte científico de la investigación y su principal afirmación, consiste en la necesidad de profundizar el análisis y estudio del delito putativo y sus especies, de manera que, se pueda expandir el conocimiento de tal instituto penal y de su contribución en la lucha contra el crimen, consecuencia de su posible aplicación.

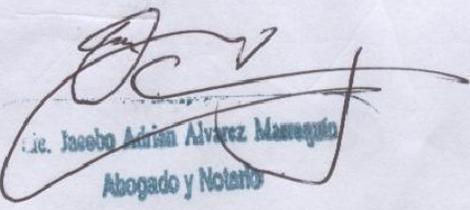
El autor del presente trabajo cumple con la cita abundante de autores nacionales y extranjeros, para fundamentar las afirmaciones de la investigación.

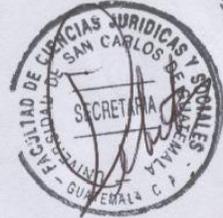
Los métodos y técnicas empleadas son: la inducción, deducción, análisis y síntesis; así como, la observación científica que se base especialmente en las fichas de cita textual y bibliográficas.

La forma y fondo del presente trabajo de investigación, cumple con los requisitos reglamentarios exigidos por nuestra Alma Mater, por ello, no tengo limitación alguna en proferir **DICTAMEN FAVORABLE** al presente trabajo y sugerir que oportunamente se le autorice la impresión como corresponde.

Sin otro particular, aprovecho para suscrirme,

Atentamente,


Lic. Jacobo Adrian Alvarez Marroquin
Abogado y Notario



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, dieciocho de junio de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a) LICENCIADO (A) VERÓNICA MIRELLA GONZÁLEZ
GRANADOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARIO
ANGELINO CARDONA CASTILLO, Intitulado: "EL DELITO PUTATIVO Y SUS
ESPECIES EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO Y LA IMPORTANCIA DE
SU ESTUDIO A NIVEL UNIVERSITARIO".

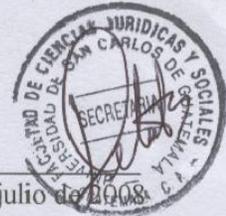
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las
modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo,
del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el
contenido del Artículo del Normativo para el Examen General Público, el cual dice:
"Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes,
su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas
de investigación utilizadas, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía
utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que
estimen pertinentes".


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



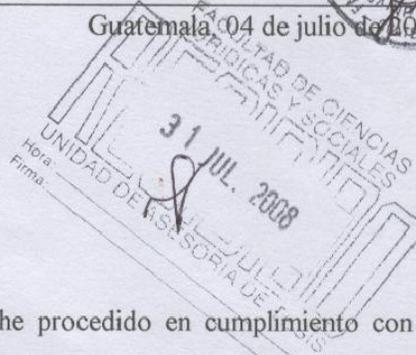
cc. Unidad de Tesis
MTCL/ragm

Licenciada. Verónica Mirella González Granados
Col. 4263.
9 calle 11-62, Z 1 T. 2. N 4, of. 213, Plaza Colón, Telefax 2230 - 1163



Guatemala, 04 de julio de 2008

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Me es grato saludarle y a la vez informarle que he procedido en cumplimiento con la resolución emanada de esa casa de estudios, en donde se me nombra *revisora* de la investigación intitulada: "**EL DELITO PUTATIVO Y SUS ESPECIES EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO Y LA IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO A NIVEL UNIVERSITARIO**", sustentada por el estudiante **MARIO ANGELINO CARDONA CASTILLO**; con base en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, lo siguiente:

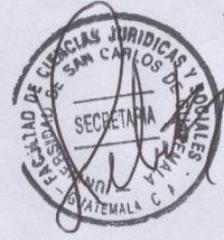
- La tesis aporta debidamente la comprobación de su principal aseveración, como es la necesidad de difundir el estudio del delito putativo y sus especies a nivel universitario.
- El trabajo de investigación cuenta con una redacción clara y con la forma exigida para esta clase de investigaciones; con la cita de autores y tratadistas tanto en el ámbito nacional como el internacional.
- Las técnicas de investigación también son usadas en forma idónea, de manera que la hipótesis que implica el presente trabajo de tesis, se encuentra debidamente comprobada en el desarrollo de su contenido.
- Los métodos de investigación empleados son los correctos. Tanto la inducción como la deducción cumplen un papel primordial en el desarrollo del contenido.

Por las anteriores consideraciones procedo a emitir el correspondiente *Dictamen favorable*.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme,

Atentamente,

Verónica Mirella González Granados
Abogada y Notaria

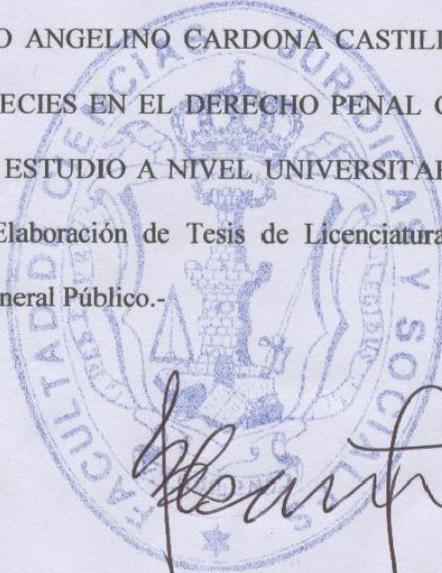


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, treinta de septiembre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARIO ANGELINO CARDONA CASTILLO, Titulado EL DELITO PUTATIVO Y SUS ESPECIES EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO Y LA IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO A NIVEL UNIVERSITARIO Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS: Gracias papá grande, porque siempre, siempre has estado conmigo.
- A MIS HERMANOS: Silvia, Isabel, Hilario, Macario y Hugo; gracias por su ayuda, porque sin ella, este triunfo no hubiera sido posible; a Máxima, flores sobre su tumba.
- A LA MAMÁ
DE MIS HIJOS: Mujer virtuosa, que en su momento me brindó comprensión y tolerancia.
- A MIS HIJOS: Shenyn, Chaito, Toty, Dulce, Marielos, Mario Alberto y María de los Ángeles. Porque ustedes son la razón de mi gran esfuerzo.
- A MIS NIETAS: Dairyn, Hosanna y Esperanza, diamantes que adornan mi existencia.
- A LOS PROFESIONALES: Verónica Mirella y Jacobo Adrián, entrañables amigos, gracias por compartir incondicionalmente su sabiduría.
- A: Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A: El Rancho, aldea de Aguacatán, Departamento de Huehuetenango; lugar bendito que me vio nacer.
- A MIS PADRES: Quienes pobremente pero con mucho amor, lucharon para verme grande, gracias mamá Gena, gracias papá Beto.

- A DIOS: Por regalarme mi salvación y profesionalización. Gracias te doy.
- A MIS HERMANOS: Silvia, Isabel, Hilario, Macario y Hugo; gracias por su ayuda, porque sin ellos este triunfo no hubiera sido posible. A Máxima, flores sobre su tumba.
- A LA MAMÁ
DE MIS HIJOS: Por ser mujer virtuosas que en su momento me brindó comprensión y tolerancia.
- A MIS HIJOS: Eugenia, Herlinda, Yessica, Rosario, Marisol, Esmeralda, Marielos, Mario Alberto, Marleny y Alejandra. Porque ustedes son la razón de mi gran esfuerzo.
- A MIS NIETOS: A todos en general, especialmente a Dairyn, Verenesy, Hosanna y Esperanza, que adornan mi existencia.
- A LOS LICENCIADOS: Verónica Mirella González Granados y Jacobo Adrián Álvarez Marroquín, entrañables amigos, gracias por compartir incondicionalmente su sabiduría.
- A: Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A: El Rancho, aldea de Aguacatán, Departamento de Huehuetenango; lugar bendito que me vio nacer.
- A MIS PADRES: Quiero contarles que no me iba a graduar como ustedes lo saben, soy Maestro de Educación Primera urbana, Profesor de Educación Media y Pedagogía y Ciencias de la Educación; y, tengo pensum cerrado de licenciatura en Pedagogía; pero un día ustedes me dijeron: "hijo nuestro, no queremos irnos sin haberte puesto un tercer anillo". Gracias papá Beto y mamá Gena, porque esas dulces palabras me hicieron reflexionar, pido perdón porque reaccioné tarde, pero, más vale tarde que nunca. Ahora veo su cuerpo dolido

y maltratado, su fortaleza ha decaído, la dimensión de sus pasos ha disminuido, antes sus largos y negros cabellos, hoy son miniatura y tienen color de luna plateada y como no quiero tener ese nudo en la garganta, como compañeros que en su momento me antecieron con su voz quebrantada y con mucho dolor y tristeza, dijeron: "a mis padres ...flores en su tumba", Es por ello que estoy aquí señor Alberto Cardona y señora Eugenia Castillo, y pido a alguien generoso que con su ayuda, permita que mis queridos papás se acerquen, cumplan su deseo y puedan decir, todo esta hecho.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales de la teoría del delito.....	1
1.1. Concepto de la teoría del delito.....	1
1.2. Antecedentes históricos de la teoría del delito.....	2
1.3. Definición de la teoría del delito.....	8
1.4. El delito.....	9
1.5. Elementos del delito.....	14
1.5.1. Acción.....	16
1.5.2. Tipicidad.....	19
1.5.3. Antijuridicidad.....	20
1.5.4. Culpabilidad.....	21
1.6. Clasificación del delito.....	22
1.6.1. Según la modalidad de la realización.....	23
1.6.2. Según la relación con los sujetos del delito.....	23
1.6.3. Según su forma de consumación.....	23
1.6.4. Según su naturaleza.....	23
1.6.5. Según su forma de afectar el bien jurídico.....	24

CAPÍTULO II

2. El delito putativo.....	25
2.1. Concepto de delito putativo.....	25
2.2. Definición de delito putativo.....	26
2.3. Especies del delito putativo.....	27
2.3.1. El delito imposible.....	27

	Pág
2.3.2. El error al revés	28
2.3.3. El delito provocado.....	29
2.4. El delito putativo como error de prohibición.....	30
2.5. El delito putativo como tentativa imposible.....	33
2.6. El delito putativo como error de derecho.....	37

CAPÍTULO III

3. La política criminal en Guatemala.....	41
3.1. El fenómeno delincencial en Guatemala.....	41
3.2. Planteamiento de su problemática.....	44
3.3. Algunos conceptos fundamentales.....	45
3.4. El fenómeno delincencial como categoría jurídica.....	54
3.5. La política criminal.....	61
3.5.1. Concepto de política criminal.....	61
3.5.2. Definición.....	62
3.5.3. La experiencia guatemalteca de la política criminal.....	63

CAPÍTULO IV

4. Efectos del delito putativo en la política criminal de Guatemala.....	67
4.1. Necesidad de dar a conocer el delito putativo.....	67
4.1.1. Generalidades.....	67
4.1.2. Planteamiento de la problemática.....	68
4.2. Consideraciones finales.....	78
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN

El delito putativo es un tema poco conocido a nivel universitario y por consiguiente, ignorado en las esferas y estructuras estatales que combaten la criminalidad, tales como el Ministerio Público y la Policía Nacional Civil.

Fue omitida su regulación en el Código Penal guatemalteco vigente en el Decreto 17-73 del Congreso de la República, y no ha estado regulado nunca.

No incluir el delito putativo en la ley, implica no darle importancia a nivel académico y dogmático en las aulas universitarias. No profundizar su estudio, constituye restarle la relevancia que puede ofrecer en la lucha contra la delincuencia.

La presente investigación, contiene a su vez una monografía amplia del tema, tal como ha sido tratado por autores extranjeros de la talla de Luis Jiménez de Azúa o Juan Bustos Ramírez, quienes alertan de la utilidad en el empleo del delito putativo en su especie de delito provocado, en la lucha contra el crimen.

En el desarrollo de la investigación se ha dado debido cumplimiento a la hipótesis que inquietó su realización, la cual consiste en la simple consideración de que no profundizándose adecuadamente el tema del delito putativo a nivel universitario, se desprecian o desatienden las ventajas que ofrece como parte de la política criminal del Estado.

Para comprobar tal afirmación, se dividió su contenido en cuatro capítulos que contienen; el primero los aspectos generales de la teoría del

delito, el concepto de la teoría del delito, antecedentes históricos, definición y elementos entre otros subtemas. El segundo, expone el tema particular del delito putativo, concepto, definición y especies; así como algunas consideraciones del delito putativo visto como tentativa imposible, error de derecho entre otras. El tercero, expresa la política criminal en Guatemala, el fenómeno delictuencial, el planteamiento de su problemática, algunos conceptos fundamentales, la delincuencia como categoría jurídica, entre otros. El cuarto, contiene la necesidad de profundizar el tema a nivel universitario, razón fundamental de esta investigación.

Para el desarrollo del punto de contenido fue necesaria la cita de tratadistas nacionales y extranjeros, así como la utilización del método inductivo y el deductivo como base metodológica en todo el cuerpo de la investigación.

Como principal herramienta de trabajo, es decir como técnica de investigación se utilizó la observación científica.

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales de la teoría del delito

1.1. Concepto de la teoría del delito

La teoría del delito tiene por objeto proporcionar los instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por el autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena, Para alcanzar esta meta la teoría del delito procede mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas que facilitan la aplicación de la ley penal por parte de los tribunales, de ésta manera, la teoría del delito rechaza como adecuada a su función una apreciación total o global del hecho, la afirmación de que un determinado suceso protagonizado por un autor es un delito dependerá por lo tanto, no de una intuición total, sino de un análisis que permita comprobar cada una de las notas correspondientes al concepto del delito, trata de dar una base científica a la práctica de Los juristas del derecho penal proporcionándoles “un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad”.¹

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.

¹ Bacigalupo Enrique, **Elementos de la teoría del delito**, Pág. 13.

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 guatemalteco, 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 el 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 este Código.

1.2. Antecedentes históricos de la teoría del delito

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 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 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"². 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 para ordenar en torno a la misma todos los demás elementos del delito. Es decir que la acción como

² Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal español**, Pág. 131.

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"³. 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"⁴. 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.

³ **Ibid.**

⁴ **Ibid.**

El principal error en que incurrieron todos los autores mencionados hasta aquí y todos los que les siguieron aceptando sus postulados (además de los que les siguen a la presente fecha), es pensar que la acción es el centro alrededor del cual giran todos los demás elementos del delito. Nada más equivocado, porque si bien la acción tiene una importancia capital, para efectos de establecer finalmente los móviles que incidieron en el sujeto para delinquir, no significa con esto que tenga que restarle importancia a los demás elementos del delito, situándolos en un plano de subordinación a la acción.

Es por tanto, más justificado que para finales de la Segunda Guerra Mundial, en que se intenta rescatar aquella teoría nacida casi con el siglo, se empiece paralelamente a suscitar una nueva sistemática en la teoría del delito. Esta sistemática, establece a la acción en un plano de igualdad frente a los demás elementos del delito, y se permite de esa forma estudiar con más adecuación los móviles que tuvo el delincuente para su conducta ilícita.

De tal manera que, los elementos valorativos del tipo pueden servir para valorar también la acción, es decir todas aquellas palabras que deba, por su naturaleza que dárseles una valoración jurídica posterior a cometido el acto, debe saberse con el más alto grado de exactitud si los conocía el sujeto en el momento de delinquir. Aunque no se permita la ignorancia de la ley, para efectos de establecer el grado de culpabilidad es posible establecer una cierta relación con el conocimiento que el sujeto tiene con todos los elementos del tipo.

Por otro lado, ¿Qué tanto, la omisión riñe con el orden jurídico?. Y finalmente, ¿Es posible delinquir ya sea por acción o por omisión, por imprudencia? o simplemente si la acción u omisión se ajusta al tipo penal ¿ya se delinquirió con dolo?. Todas estas preguntas encuentran una respuesta un poco más

consistente en esta última forma de concebir a la teoría del delito, que partiendo de los fines que tiene el sujeto para delinquir, establece de esa forma su propia denominación, puesto que a esta sistemática se le conoce como "teoría finalista", y constituye el cuarto momento del que se habló en un principio de esta exposición.

Resumiendo, se puede decir que durante siglos, existió una teoría dominante, que algunos autores la ubican como clásica y que empieza su derrumbamiento a partir de críticas bien fundadas, que se le hacen durante los primeros años del siglo XX, cuando comienza, la teoría que llaman: "neoclásica"⁵, la encontramos de mejor forma nombrada a la primera como: causalismo naturalista y causalismo valorativo a la segunda. Sin embargo, el nombre poca relevancia tiene, en cuanto a lo bien diferenciado que manifestaron ambas, el aporte tan significativo a la teoría del delito.

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

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

⁵ Bustos Ramírez, Juan. **Ob Cit**, Pág. 144.

mayoría de delitos, así como su parte general, acusa una notoria posición causalista, no solo por el contenido del texto del Artículo 10.

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

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

1.3. Definición de la teoría del delito

La teoría del delito, tiene por objeto proporcionar instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor, es el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena. En palabras más exactas, "Se preocupa del estudio de los presupuestos jurídicos de la punibilidad de la acción. No implica el estudio de los elementos que describen cada uno de los tipos de delito en particular, sino de aquellos que concurren en todo hecho punible".⁶

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.

⁶ Arango Escobar, Julio Eduardo. **Las Sistemáticas causalista y finalista en el derecho penal.** Pág. 5.

1.4. El delito

El delito es una conducta realizada por un sujeto, la cual puede consistir en hacer o en dejar de hacer, es decir que dicha conducta puede ser una acción o una omisión. Esta conducta además debe estar reñida con los valores que defiende la ley y por tanto, estar prohibida por la misma, es decir ser ilegal. Sin embargo, para poder estar prohibida en la ley, debe primero estar contemplada en ésta como un delito o una falta, a la cual se le asigna dentro de la misma ley una sanción, que se aplica al responsable.

Para establecer el concepto de delito, debemos buscar el mismo en el ámbito jurídico del derecho penal vigente, puesto que de lo contrario, por ejemplo aplicar el concepto de un Código Penal derogado, aún habiendo sido éste legal, estaríamos aplicando una noción descatalogada que más bien puede ser una concepción moral o una eticización subjetiva, es decir un concepto producido en un ámbito prejurídico. El Código Penal vigente, en su Título II, que regula "del delito", establece una clasificación y una enumeración de cuando y en que forma debe perpetrarse una acción o dejar de realizarse ésta, para tomarse como delito, sin embargo, no existe un Artículo que señale lo que debemos legalmente tener por delito o en su lugar, falta. Por lo que resulta difícil fijar la postura del Código con relación a las distintas corrientes dogmáticas que tratan de interpretar al delito por medio de la teoría del delito. Y no se puede fijar tal postura sin caer en apreciaciones individuales, que por acertadas o idóneas que parezcan, no dejen de ser eso: la apreciación personal de su jurista.

Se puede sin embargo, establecer ciertos parámetros para concebir al delito desde las posturas que enuncia el Código Penal, como en el caso del Artículo 10o, la relación de causalidad, y la forma de concebir determinadas figuras delictivas, como el caso del homicidio, el hurto y el aborto, las cuales no son

más que la manifiesta aplicación del Artículo 10o, mencionado, y por lo mismo pueden constituir una idea de lo que en 1973, año en que se promulga el Código, el Legislador concebía como "delito".

Pero el hecho de que el Código Penal guatemalteco no nos ofrezca una definición legal de delito, no es una cosa difícil de entender, sobre todo cuando nos damos cuenta que la "teoría del delito", herramienta básica para entender al mismo, tiene apenas un siglo de existir, y los tratadistas aún no llegan a un acuerdo sobre la forma con la cual debe estructurarse la misma y por lo tanto tampoco a una definición de aceptación universal. Aunque es gracias a la teoría del delito que se ha podido llegar a determinados consensos, también es cierto que en cuanto a la estructura del delito (elementos o elementos positivos o negativos), aún existen discusiones. La existencia de los elementos en general (tipificada, antijuridicidad y culpabilidad), sirven para definir doctrinariamente al delito (y en algunos países como España, también de manera legal) "Podríamos incluso apuntar una sucinta idea de cada uno de esos elementos sin que tampoco existieran graves discrepancias. Así, la exigencia de una conducta humana se evidencia por la propia función del derecho penal y del resto del ordenamiento jurídico: ordenar la convivencia de las personas"⁷.

De manera que por la teoría del delito, establecemos de forma tripartita que el mismo es: "una conducta típica, antijurídica y culpable". Además que esta conducta debe tener establecida en la ley una pena, es decir, debe adolecer de punibilidad. Este último elemento, la punibilidad, deja en claro el conocimiento equivocado sobre que delito es una conducta "mala", no es sino una apreciación vulgar y nada científica,. Por cuanto el delito, es aquella conducta que tiene asignada en la ley penal, una sanción.

⁷ Bustos Ramírez, Juan. **Ob Cit**, Pág. 144.

Es lo establecido en éste último párrafo lo que debe sentar la diferencia entre el derecho penal con cualquier otra rama del derecho, y lo que sienta las bases para la discusión sobre qué conductas puede el Estado penalizar y cuales no. Qué clase de pena establecer y cuál no. Qué magnitud debe tener la pena. A éste subtema (la pena), habrá que referirse con posterioridad en la presente investigación, cuando se tengan los suficientes elementos de las conductas a las que puede el Estado aplicar su "ius puniendi" (facultad de penar).

El concepto que se debe tener a cerca de lo que es delito, tiene que incluir el hecho de que la conducta calificada como tal, es una actividad contraria al orden jurídico y que este protege ciertos intereses. Se establece que los intereses que protege el legislador al definir una conducta como ilícita debe reñir con la generalidad, es decir, el grupo de personas que se afecta con la conducta ilícita debe ser la mayoría de la sociedad. Interés social, que es parte del status quo que protege el Derecho. Esa vulnerabilidad de la cual adolecen la sociedad y que se encuentra regulada en ley se puede clasificar como "bienes jurídicos tutelados".

En suma, la conducta de quien comete un delito reviste de antijuridicidad, puesto que es contraria al orden jurídico establecido. Es por tanto, un injusto penal. Este injusto debe sancionarse, por lo que la conducta tipificada como antijurídica e ilícita, tiene asignada una pena.

La tipicidad no implica precisamente una pena, y la punibilidad reviste un elemento totalmente autónomo en el delito. El problema de la punibilidad, estriba en que se deben establecer las condiciones objetivas o externas que se presente en determinada conducta. Sin embargo, como se dijo, el delito debe ser considerado en tres aspectos especiales: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Dado que la presente investigación constituye un trabajo individual que implica la síntesis de los temas estudiados y la redacción de los mismos en expresión de lo que se piensa, se precisa que el delito, cualquiera que sea, es una conducta típicamente antijurídica, por estar contenida en una norma penal que protege intereses o bienes jurídicos ordenados en torno a una estructura social, y que dicha conducta debe además ser culpable, por las características que revista la acción o la omisión, así como las aptitudes del sujeto, y que dentro de la misma norma penal que la contiene, se le asigna una clase y categoría de pena cualificada y cuantificada de acuerdo con el derecho penal vigente.

Por la alusión que se hizo en la exposición previa a la anterior conclusión, de los intereses que protege el derecho penal especial, y la forma en que lo hace, es necesario explicar en párrafos aparte el tema del bien Jurídico tutelado a manera de fundamentar lo que se trata posteriormente, sobre los principios del derecho penal.

Bacigalupo señala que: "delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena"⁸.

De esta forma también lo explica Muñoz Conde, quien afirma además que "siendo así se trata de llevar a su justa dimensión el principio de legalidad penal: *Nullum crimen sine lege*"⁹.

Es decir que para poder construir una definición más completa, debemos agregar a lo apuntado párrafos arriba que el delito es una conducta típicamente antijurídica y culpable y que dicha conducta es un acto o una

⁸ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit**, pág. 126.

⁹ **Ibid.**

omisión a la cual el Estado ya sea en uso de su poder o en cumplimiento de su deber, asigna una pena.

1.5. Elementos del delito

Los elementos o “entidades” (como le llama Eugenio Cuello Calón¹⁰), 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...”¹¹ por lo que “la culpabilidad no solo surge como un presupuesto y fundamento de la pena, sino al mismo tiempo permite graduarla”¹² 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.

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

¹⁰ Cuello Calon, Eugenio. **Derecho penal**, Pág. 188.

¹¹ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit**, Pág. 131.

¹² **Ibid.**

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"¹³. Sin embargo, para la presente investigación, nos encontramos en los tres elementos mencionados.

1.5.1. 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.

¹³ 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. El 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.

1.5.2. 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".¹⁴ 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

¹⁴Zaffaroni, E. Raúl. **Tratado de derecho penal. parte general**, Pág. 29.

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

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

Antes de desarrollar el tema de la Tipicidad, 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 ejemplo, 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.

Tipo Objetivo

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

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

Tipo subjetivo:

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

En algunos casos es preciso preguntarse si el autor ha tenido voluntad de realizar los elementos desvalorativos (voluntad de realizar el tipo objetivo). Cuando se dice "ante sorpresa", se deduce que no quiso causar la muerte. 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.

1.5.3. 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 des valorativo que un juez penal hace sobre la acción típica en la medida en que ésta pone en peligro un bien jurídico tutelado. Por lo tanto, la juricidad es el tema, dentro de la teoría del delito, que más controversial relación enfatiza con el error, puesto que el realizar un hecho contrario a la juricidad, presupone ya un dilema, el preguntarnos, si el sujeto que lo cometió lo hizo en conocimiento de su antijuricidad, y/o en comprensión de esta misma, o por ignorancia raza de lo antijurídico de su actuar. He aquí una de las principales formas del error de prohibición moderno.

1.5.4. 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"¹⁵. 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 Aquino¹⁶, 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"¹⁷. Sin embargo, todavía hasta mediados del siglo XIX, encontramos que la misma, era referida como la fuerza moral o aspecto moral del delito.

1.6. Clasificación del delito

La clasificación legal que hace el Código Penal de delitos es la que llama Juan Bustos Ramírez, "bipartita"¹⁸, 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.

¹⁵ **Ibid.**

¹⁶ Zaffaroni, Raul. Ob. Cit. Pág. 9.

¹⁷ Bustos Ramírez, Juan. Ob. Cit. P 130.

¹⁸ **Ibid.**

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.

1.6.1. 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.

1.6.2. 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.

1.6.3. 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.

1.6.4. 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.

1.6.5. 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.

CAPÍTULO II

2. El delito putativo

2.1. Concepto de delito putativo

La palabra putativo proviene del latín *putativus* que quiere decir reputar; juzgar la calidad de algo o alguien. El delito putativo es aquel en el que el autor actúa creyendo que su acción es delictiva, pero, carece de tipo o hay un error en el objeto. En otras palabras, se desarrollan todos los pasos para realizar una acción a la cual le faltará algún elemento para ser típica o aún siéndolo, no podrá realizarse porque el objeto o la trama del mismo es engañosa pues esta es controlada por alguien más que impedirá cualquier efecto trágico y además aprovechará la realización para capturar al sujeto activo.

Efectivamente, el delito putativo puede ser tomado como un delito imaginario o engañoso. Imaginario porque el autor puede llegar a creer que comete un ilícito penal, castigado como sería lo lógico por la ley, cuando en realidad no es así. Y engañoso, porque puede generarse por autoridad debidamente establecida, una situación fraudulenta, en donde todo es un teatro, y el autor cree que comete el delito, pero entre cajas espera quien ha preparado todo para hacer caer a un supuesto delincuente.

Por los variados efectos en su realización, se generan varias especies o clases de delito putativo, las cuales es preciso deslindar, puesto que unas podrán no ser aceptadas del todo por las corrientes modernas de dogmática penal y otras por el contrario, puede llegar a ser usadas incluso por la política criminal de un país.

“Un caso típico es el de una persona que comete un aborto en un país en donde es legal, pero creyendo que no lo es. Si bien la persona puede creerse culpable, en realidad no es así, y por lo tanto el acto no acarrea responsabilidad penal”¹⁹.

2.2. Definición de delito putativo

Según Luis Jiménez de Azúa: “delito putativo es el hecho de realizar una acción que el propio autor estima delictiva, pero carente de tipo; o sin objeto”²⁰.

La anterior es una definición bastante acertada del delito putativo; muestra los dos lados analizados en párrafos precedentes en este mismo trabajo; y, establece además la posibilidad de las especies en el delito putativo. Ciertamente, gran parte del presente trabajo se basa en la opinión del tratadista citado.

No obstante lo dicho, también existe la posibilidad de tomar en cuenta lo indicado por Muñoz Conde, quien afirma que: “El delito putativo, es aquel en el que el autor cree estar cometiendo un delito, cuando, realmente, su comportamiento es irrelevante desde el punto de vista juridicopenal (cree, por ejemplo, que el adulterio es delito). En estos casos, el principio de legalidad impide cualquier exigencia de responsabilidad penal”²¹.

¹⁹ Jiménez de Azúa, Luis. **Lecciones de derecho penal**, Pág. 152.

²⁰ **Ibid.**

²¹ Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. **Derecho penal parte general**, Pág. 132.

2.3. Especies del delito putativo

Las especies del delito putativo, según Luis Jiménez de Azúa son tres y pueden resumirse de la siguiente manera:

- El delito imposible;
- El error al revés y
- El delito provocado.

2.3.1. El delito imposible

Este se presenta cuando los medios para llevar a cabo un delito no son adecuados, por ejemplo, un sujeto le dispara a una persona muerta con la creencia de que está viva.

Según Luis Jiménez de Asúa: "El llamado error al revés da origen al delito putativo o imaginario, que en general la doctrina rechaza como merecedor de pena (p ej a una persona muerta se la tiene por viva y se dispara a matarla), pues no se puede cumplir el tipo legal mismo, ya que el homicidio exige "otra persona", naturalmente viva. También hay error al revés, e igualmente no puede haber delito, si el sujeto cree que una actividad lícita, que no es un injusto tipificado, está prohibida (en el primer caso habría un error al revés sobre un elemento esencial de la infracción, en este segundo un error al revés sobre la licitud del obrar). Lo mismo sucede en los casos de tentativa supersticiosa, el sujeto cree que traspasando una foto de su enemigo con un alfiler lo va a matar, hay un error también sobre un elemento de tipo, esto es, sobre el concepto de matar. Por último, como ya

hemos señalado la doctrina española está de acuerdo en que no pueden castigarse los casos de inidoneidad del sujeto, que es lo que sucede en los delitos especiales, si no se tiene el deber jurídico que exige el tipo legal (funcionario público p ej) éste no es puede lesionar y, por tanto, no se puede realizar ese tipo legal"²².

2.3.2. El error al revés

Este se da cuando se tiene la idea equivocada de que una conducta es delictiva cuando la ley en realidad no la contempla como tal. Por ejemplo, el sujeto que yace con la mujer propia y cree yacer con la mujer del amigo o vecino.

Luis Jiménez de Asúa señala al respecto: "El verdadero delito putativo es el que Binding llamó error al revés, y que ha sido seriamente investigado por Gerland. Esta especie de error presupone, al contrario del error de derecho, la sospecha o creencia de que el acto está incriminado en la ley. Sirvan algunos ejemplos para esclarecerlo: el español que va a un país extranjero y cree que allí es delito la tenencia de armas, por serlo en España; los muchachos que creen que el estupro consiste en yacer con una mujer virgen menor de edad aunque mayor de 16 años, y en consecuencia, cada vez que yacen con una joven de tales condiciones entienden haber delinquido, aunque no le prometieran matrimonio. En estos casos se trata de auténticos delitos putativos, en los cuales el sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprobable"²³.

²² Jiménez de Asúa, Luis. **Ob. Cit**; Pág. 314.

²³ **Ibid.**

2.3.3. El delito provocado

A diferencia de las dos especies de delito putativo, anteriormente mencionadas, se encuentra el llamado: delito provocado. Esta es la especie del delito putativo, por la cual la autoridad provoca a una persona para cometer un delito. No se trata de un delito imposible; o de un error al revés, porque existen medios idóneos para perpetrar el ilícito y porque además, sí existe un tipo penal en donde tipificarlo, por ejemplo el delito de cohecho en que provocan a un juez para que reciba dinero, a cambio de favorecer a alguien con un fallo (pero todo está preparado anteriormente por autoridad).

Jiménez de Asúa señala al respecto que: "la Corte de Cassazione en sentencia de 3 de diciembre de 1927, ha tratado un caso que plantea problemas de marcado interés. Es el del supuesto o sedicente delito putativo, en que toda la trama del episodio criminal es engañosa, carece de realidad y, por ende, no es subsumible en un tipo legal. Son los delitos procurados por la intervención de un agente provocador, sobre todo cuando es autoridad. Por ejemplo, cuando se quiere descubrir un cohecho y el agente provocado por la policía escribe al juez, que se supone venal, ofreciéndole dinero y citándole a cierta hora y en cierto sitio, donde se descubre todo por medio de los consabidos billetes marcados. La Casación italiana ha negado que hay delito, afirmando que lo que existe es infracción putativa, porque todo el supuesto delito es un armazón para sorprender al supuesto delincuente. En realidad, no se trata de un delito imposible, porque son idóneos el medio y el objeto"²⁴.

²⁴ Ibid.

La clasificación de las especies del delito putativo, para la presente monografía constituye una forma de resaltar la importancia de su estudio a nivel universitario, porque de esta forma se puede profundizar de manera científica y académica el tema.

El delito putativo debe darse a conocer a escala universitaria, y profundizarse en aquellos niveles de estudio académico dónde resulte idóneo para el bien de la ciencia penal guatemalteca. Toda vez que cuando las autoridades del Ministerio Público, la Policía Nacional Civil y otras, comúnmente recurren a la estrategia de concertar la provocación de un delito. Tal el caso de un juez que comete cohecho, durante el montaje de una escena provocada por alguna de las autoridades mencionadas que desea capturarlo. En dicha situación, los italianos por medio de la Corte de Casación son de la opinión que tal acto no debe ser penado, entonces, por qué en Guatemala se acusa y eventualmente se condena a una persona por tal acción. Esta interrogante motiva la presente monografía.

2.4. El delito putativo como error de prohibición

Por error en sentido general entendemos, "la ignorancia o falsa apreciación de una situación"²⁵. Sin embargo en palabras de Luis Jiménez de Azúa: "la diferencia notoria, (entre error e ignorancia) estriba en que ésta última es la ausencia de todo conocimiento, mientras que en el error, aunque es falsa, si existe alguno"²⁶.

Pese a esa clara explicación existen autores que relacionan el contenido de uno con el otro, del error con la ignorancia. Así tenemos, a Manzini y Florián que afirman que la ignorancia comprende al error. Alimena por su parte realiza

²⁵Bustos Ramírez, Juan. Ob. Cit. Pág. 257.

²⁶Jimenez de Asúa, Luis. Ob. Cit. Pág. 260.

una exposición completa, destruyendo las diferencias que puedan existir o alegarse entre ambas.

Genéricamente debe entenderse por error "un juico falso"²⁷; "una concepción no acorde con la realidad"²⁸.

Si el autor de un ilícito es inducido a obrar por error, entonces la responsabilidad penal se desvanece. No ha obrado queriendo causar un mal o cometer un ilícito. Lo que nos demuestra de entrada, la relevancia que en el presente tema tiene el dolo, y que lo ubica definitivamente en la teoría del delito, puesto que lo opera en la misma culpabilidad.

La doctrina penal moderna, establece que existen dos clases de error, el error de tipo y el error de prohibición.

"El error de tipo es el inadecuado conocimiento de la realidad en cuanto ámbito situacional susceptible de conformarse al momento predominantemente objetivo del tipo legal".²⁹

Esta definición resulta poco comprensible para quien no se encuentra familiarizado con un léxico jurídico penal más técnico. Por lo que para explicarla un poco mejor se dice que cuando se refiere el tratadista a conocimiento de la realidad, lo hace con respecto al dolo. Es decir, que existe dolo, cuando se conoce todo lo relacionado con un tipo penal y aún así se lleva a cabo. Por lo que se afirma que un conocimiento adecuado es la manifestación que hay voluntad de realizar el tipo penal. Si falta ese llamado conocimiento de la realidad o conocimiento adecuado, entonces habrá error.

²⁷ De León Velasco, Hector Anibal. **Ob. Cit.** Pág. 98.

²⁸ Ossorio Manuel, DICCIONARIO citado, Pág. 289.

²⁹ Armaza Galdos, Julio y Jorge. **Error de tipo Y error de prohibición**, Pág. 26.

Como se expuso en el primer capítulo, el causalismo naturalista cometió el grave error de eclipsar la figura del dolo, al colocarla como aspecto de la culpabilidad, por lo que Beling, fundador de dicha corriente, cerraba la posibilidad al desarrollo de una teoría sobre el error. Es más, le cerraba las puertas a la existencia misma del error.

La consecuencia más importante de concebir al dolo como elemento de la culpabilidad, es que el error debe ser sujeto de la culpabilidad, por lo que degeneró en una continuidad de la concepción del error de hecho (error facti) y error de derecho (error iuris), que no es más que una importación del error del Derecho Civil al derecho penal.

La teoría finalista, como quedó explicado en el primer capítulo, acuñó la afirmación de que el dolo tiene que ver más directamente con el tipo, que con la culpabilidad. Con esta última no podía quedarse, puesto que se trata de un aspecto de voluntad, es decir, de la intención de llevar a cabo la conducta que establece el tipo, esto es, realizar el tipo y no, simplemente un conocimiento sensitivo de que el acto que se comete es antijurídico. En otras palabras, el dolo no depende del conocimiento que tenga el asesino de que su acto es contrario a la ley, sino que aun conociendo de lo injusto de su conducta tiene por otras consecuencias la decisión de llevarlo a cabo. Por ejemplo, un inimputable puede lesionar a otro, sin siquiera darse cuenta de las consecuencias de su acto, tal lo haría un retrasado mental. Éste sujeto por tanto, carece de reproche, pese a estar su acto contenido en un tipo penal. En sentido contrario, otra persona puede ser susceptible de reproche (es decir sujeto de culpabilidad), por estar en pleno uso de sus facultades mentales, físicas y volitivas; además de conocer las consecuencias jurídicas de su proceder, sin embargo cometer el delito con toda intención.

Aunque queda explicado que el dolo no es cuestión de culpabilidad, aún en la actualidad persiste la discusión en torno a considerar al dolo como autónomo de cualquier elemento del delito, o ser consecuencia directa, es decir sujeto de captación del tipo. Empero, para los efectos del tema del error, descubrir (como se hizo a partir de la tercera década del presente siglo), que el tipo existe con suficiente autonomía, y que el dolo tiene mucho que ver con él, estableció en definitiva la posibilidad de desarrollar una teoría del error de tipo, y básicamente del error en general, que al presente, aún se halla en etapa embrionaria, sobre todo para nuestra legislación, que no considera la independencia del error de tipo ni siquiera en la legislación penal que se proyecta reformar.

La doctrina penal moderna clasifica de la siguiente forma al error de tipo. En primera, la clasificación atendiendo al grado de su vencibilidad, la cual se subdivide en error de tipo vencible y error de tipo invencible. Luego una segunda clasificación atendiendo a la naturaleza del elemento sobre el cual recae, que se subdivide en error de tipo esencial (o de tipo propiamente dicho) y error de tipo accidental (o sobre las circunstancias atenuantes o agravantes del tipo), esta subdivisión conlleva a una división más, al error sobre circunstancias agravantes y el error sobre circunstancias atenuantes.

2.5. El delito putativo como tentativa imposible

En derecho penal se conoce como *iter criminis* a la vida del delito desde que nace en la mente de su autor hasta la consumación, esta constituido por una serie de etapas desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el criminal logra conseguir lo que se ha propuesto, dichas etapas puede tener o no repercusiones jurídico penales y se dividen en fase interna y fase externa

del *iter criminis*.

Fase Interna: Esta conformada por las llamadas violaciones criminales que no son más que las ideas delictivas nacidas en la mente del sujeto activo, que mientras no se manifiesten o exterioricen de manera objetiva no implica responsabilidad penal, ya que la mera resolución de delinquir no constituye nunca un delito. Este estadio del *inter criminis* se basa en el principio de el pensamiento no delinque.

Fase externa: La fase externa del *iter criminis* comienza cuando el sujeto activo exterioriza la conducta tramada durante la fase interna, en este momento principia a atacar o a poner en peligro un bien jurídico protegido a través de una resolución criminal regula el Código Penal reconoce expresamente dos formas e resolución criminal una individual, la proposición Artículo 17 del Código Penal cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra o a otras personas a ejecutarlo; y la colectiva, la conspiración Artículo 17 Código Penal cuando dos o más personas se conciertan para cometer un delito.

El delito es consumado cuando ocurren todos los elementos de su tipificación realizando voluntariamente actos propios del delito y configurando los elementos que lo integran, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico objeto de protección penal y se sancionará de acuerdo con el Artículo 62 del Código Penal.

Hay tentativa cuando con el fin de cometer un delito se comienza su ejecución por actos externos, idóneos, y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente, el sujeto activo mantiene la finalidad de cometer el delito, esta finalidad se identifica plenamente con la "intencionalidad" de tal manera

que sólo cabe en los delitos dolosos, ya que en los delitos culposos existe ausencia de volunta intencional, los actos encaminados a la ejecución del delito deben ser idóneos y dirigidos a la perpetración del mismo, se sanciona de acuerdo a los Artículo 63 y 64 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Si la tentativa se efectúa con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad. En este caso no obstante la voluntad del sujeto activo, el delito no puede llegar a consumarse nunca, porque las medidas que utiliza son inadecuadas (envenenamiento con azúcar) o porque el objeto sobre que recae la acción hace imposible la consumación del hecho (pretender matar a un muerto), en este caso la ley supone evidentemente un indicio de peligrosidad en el sujeto activo y ordena las medidas de seguridad correspondientes.

Cuando comenzada la ejecución de un delito el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlos. Solo se le aplicará sanción por los actos ejecutados, si estos constituyen delitos por sí mismos. No hay que confundirlo con el desistimiento procesal, aquí se trata de que el sujeto activo a pesar de que puede consumir el delito y habiéndolo iniciado desiste voluntariamente de consumarlo, entonces su conducta es impune a menos que de los actos realizados se desprenda la comisión de otro delito el cual deba sancionarse.

Según Juan Bustos Ramírez: "Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos

los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento".³⁰

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

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

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

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

El doctor Juan Bustos Ramírez expone lo siguiente en torno a las medidas de seguridad: "Esta configuración del sistema penal en penas y medidas de seguridad es lo que ha recibido la denominación del sistema dualista o de la doble vía. Sin embargo, en los últimos tiempos con razón se tiende a la construcción de un sistema monista, no como un retroceso al pasado, en que

³⁰ Bustos Ramírez. **Ob. Cit** Pág. 315.

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)"³¹.

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

2.6. El delito putativo como error de derecho

Si el error se relaciona con una circunstancia perteneciente al tipo del injusto, será esencial; en caso contrario no.

La anterior afirmación determina que el error debe recaer en alguno de los elementos básicos del tipo, es decir no debe tener que ver con los elementos que modifican, alteran o convierten al tipo por ser circunstancias agravantes o atenuantes del mismo. Por ejemplo, en nuestro Código Penal, el homicidio, contenido en el Artículo 123, solo podría conducir a un error de tipo esencial, dado el caso. Sin embargo, en el caso de ser un homicidio por error, es decir, un sujeto encuentra a su cónyuge con otra persona, y equivocadamente concibe la idea de que la primera le es infiel, y por lo mismo les da muerte a ambos. Posteriormente se confirma que no había ninguna relación entre

³¹ Ibid.

ambos, por lo que su conducta tiene base en un error, pero dicho error no recae sobre el tipo básico de homicidio, sino sobre una circunstancia que modifica a dicho delito, y que se encuentra prevista en el Artículo 124 del Código Penal, lo que ya de por sí es un elemento accidental.

Este, como consecuencia del error esencial, queda confirmado que se trata de un error que sin alterar el tipo básico, recae sobre una circunstancia atenuante o agravante del mismo.

Debido a que existe error que recae sobre circunstancias agravantes o atenuantes, lo mismo puede conducirnos a que sea un error vencible o invencible, lo que nos hace aplicar todo lo estudiado en el error clasificado de conformidad con el grado de su invencibilidad. Es decir, puede haber un error de tipo accidental que recae sobre las circunstancias agravantes tipificadas en la ley, y que dicho error sea invencible, es decir inevitable, o por el contrario puede subsistir una forma de error de tipo accidental sobre circunstancias agravantes, tipificadas en ley, que dicho error ser vencible, es decir evitable. Lo mismo ocurriría en el caso del error de tipo accidental que recae sobre las circunstancias atenuantes.

En el presente caso, el error accidental que recae sobre circunstancias agravantes, se perfila en el ejemplo siguiente: El sujeto que da muerte a una persona creyendo que es su padre, pero éste en realidad nunca lo fue aunque toda su vida se hizo pasar por tal. En este caso, el homicida, cree haber cometido un parricidio, pero jamás se le podría juzgar por tal, puesto que no subsiste el lazo básico que establece el tipo penal, de padre e hijo. Sin embargo, como prevalece el dolo, y con él, el delito, el mismo es un delito doloso, con error en las circunstancias agravantes.

Cuando se modifica el dolo con relación a las circunstancias atenuantes, es decir, que el sujeto no tiene la intención o voluntad, de causar un mal en las circunstancias en que se presentan finalmente, entonces aunque subsiste la punición porque se presenta el tipo legal, esa punibilidad o represión en contra del autor debe ser modificada por existir error en cuanto a las circunstancias atenuantes se refieren, por ejemplo, la mujer que inmediatamente de sufrir una violación y quedar embarazada se practica un aborto, en la creencia racional de que el fruto de su preñez es consecuencia de la violación, empero, ulteriormente se demuestra que el producto que aborto es fruto de la convivencia con su marido y no con su violador. Por lo tanto, el tipo penal subsiste, pero existe un error en cuanto a las circunstancias atenuantes.

Obra en error de prohibición "el sujeto que creyendo actuar lícitamente perjudica un bien jurídico tutelado".³² Dicha creencia equivocada de que su actuar es lícito puede provenir o de la ignorancia de que su comportamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico o del pensamiento también equivocado de que su actuar está amparado por alguna causa que exime su responsabilidad penal.

Poca relevancia tiene para esta clase de error, la sistemática que se adopte. Y esto debido a que el error de prohibición recae sobre el conocimiento que se tenga de la norma jurídica que establece como prohibida determinada conducta, y dicho conocimiento puede ser, lo mismo sobre la antijuridicidad del acto, como de que es un acto típico. Es decir, que si somos de una teoría causalista, el dolo es elemento de la culpabilidad, por tanto, al no existir el primero se elimina la segunda. En el caso de la teoría finalista el dolo ya no es parte de la culpabilidad, lo que se ha explicado anteriormente en repetidas ocasiones, además lo que sí tiene mucho que ver, (según la teoría de la acción

³² Armaza Galdos, Julio y Jorge, Ob. Cit. Pág. 61.

final), es la antijuridicidad con relación a la culpabilidad. En el primero de los casos, si no existe dolo, desaparece la culpabilidad, y el dolo puede no existir al no tener conocimiento de que la ley establece una punición, en contra de determinada conducta. Por lo tanto, el agente desconoce que su acto esta contenido en la ley o que es contrario a esta, por lo que actúa sin dolo, y por tanto este no existe haciendo desaparecer la culpabilidad o el reproche que en caso contrario se le podría hacer al sujeto. En el caso de la sistemática finalista, aunque la antijuridicidad sea parte de la culpabilidad, del conocimiento de la primera, también depende la existencia de la segunda. Por lo que en ambos análisis en último ratio, llegamos a la conclusión de que el error de prohibición hace desaparecer la culpabilidad.

CAPÍTULO III

3. La política criminal en Guatemala

3.1. El fenómeno delincencial en Guatemala

La delincuencia es un conjunto de infracciones de fuerte incidencia social cometidas contra el orden público. Esta definición permite distinguir entre delincuencia (cuyo estudio, a partir de una definición dada de legalidad, considera la frecuencia y la naturaleza de los delitos cometidos) y criminología (que considera la personalidad, las motivaciones y las capacidades de reinserción del delincuente).

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"³³.

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

³³ Ibid.

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 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.

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.

3.2. Planteamiento de su problemática

Ante la delincuencia juvenil se entiende que el Estado debe procurar la educación, tutela y protección de la juventud, antes que a la mera sanción penal que se aplica a los adultos. En cada legislación varía el concepto de delincuencia juvenil hasta el punto de que en algunos países existe, o así se entiende, cuando los actores de los delitos tienen entre 17 y 21 años, y en otros cuando se encuentran entre los 7 y los 17 (lo cual es tanto como distinguir entre delitos realizados por jóvenes o por adolescentes). No se han elaborado estadísticas fiables que permitan asegurar en qué clase social tiene más incidencia el problema de la delincuencia juvenil, porque tienen distinta trascendencia social e incluso penal los delitos cometidos por jóvenes de clase baja que los de la clase alta o acomodada. En cambio, sí se ha estudiado la composición por sexos de la delincuencia juvenil, llegándose a la conclusión de que hay tres o cuatro veces más muchachos que muchachas delincuentes. Asimismo el estudio de las pandillas de jóvenes que cometen delitos ha revelado que la mayoría de las bandas se compone sólo por varones, alguna vez se trata de pandillas mixtas y resulta muy extraño el caso de grupos con estas características formado en exclusiva por chicas.

La delincuencia juvenil ha aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos, pasando a ser un problema que cada vez genera mayor preocupación social, tanto por su incremento cuantitativo, como por su progresiva peligrosidad cualitativa. La delincuencia juvenil es además una característica de sociedades que han alcanzado un cierto nivel de prosperidad y, según análisis autorizados, más habitual en los países anglosajones y nórdicos que en los euromediterráneos y en las naciones en vías de desarrollo. Es decir, en las sociedades menos desarrolladas la incidencia de la delincuencia juvenil en el conjunto del mundo del delito es

menor que en las comunidades más avanzadas en el plano económico. En las grandes ciudades latinoamericanas, la delincuencia juvenil está ligada a la obtención (delictiva) de bienes suntuarios de consumo y por lo general no practican la violencia por la violencia misma sino como medio de obtener sus objetivos materiales.

Los estudios criminológicos sobre la delincuencia juvenil³⁴ señalan el carácter multicausal del fenómeno, pero a pesar de ello, se pueden señalar algunos factores que parecen decisivos en el aumento de la delincuencia juvenil desde la II Guerra Mundial. Así, son factores que se encuentran en la base de la delincuencia juvenil la imposibilidad de grandes capas de la juventud de integrarse en el sistema y en los valores que éste promueve como únicos y verdaderos (en el orden material y social, por ejemplo) y la propia subcultura que genera la delincuencia que se transmite de pandilla en pandilla, de modo que cada nuevo adepto trata de emular, y si es posible superar, las acciones violentas realizadas por los miembros anteriores del grupo.

3.3. Algunos conceptos fundamentales

Al momento de analizarse el fenómeno del delictivo, es preciso tener en cuenta una serie de conceptos fundamentales tales como: mafia, terrorismo y otros.

La mafia, es el nombre dado a una asociación de bandas criminales, unidas en ocasiones por pactos de sangre y juramentos secretos, que sigue operando en la actualidad en todo el mundo. La mafia comenzó a actuar en Sicilia en la época feudal para proteger los bienes de los nobles absentistas. Durante el siglo XIX se transformó en una red de clanes criminales que

³⁴ www.criminologiajuvenil.com

dominaban la vida rural siciliana. Sus miembros estaban obligados a guiarse según un rígido código de conducta, llamado Omerta, que exigía evitar cualquier contacto o cooperación con las autoridades. La Mafia no contaba con una organización centralizada ni con una jerarquía; estaba formada por pequeños grupos con autonomía dentro de su propio distrito. Consegúan ocupar cargos políticos en varias comunidades utilizando métodos coactivos contra el electorado rural, y de ese modo podían presionar a las fuerzas policiales y tener acceso legal a las armas.

El gobierno fascista de Benito Mussolini llegó a suprimir la Mafia durante un tiempo, pero este clan reanudó su actividad después de la II Guerra Mundial. Durante los treinta años siguientes su ámbito de acción se extendió desde Sicilia a toda Italia. El gobierno del país inició una campaña antimafia a principios de la década de 1980 que permitió realizar numerosos arrestos y procesos espectaculares, aunque también provocó el asesinato de muchos miembros importantes de las fuerzas del orden público y del ámbito judicial como represalia por las detenciones. "Las actividades violentas de la Mafia se mitigaron en 1993 tras la captura de uno de sus más famosos líderes, Salvatore Riina"³⁵.

"Algunos de los integrantes de esta organización emigraron a Estados Unidos a comienzos del siglo XIX. No tardaron en aprovechar las redes del crimen organizado de este país, especialmente durante la etapa de la prohibición de bebidas alcohólicas en la década de 1920"³⁶. Cuando la revocación de esta ley en 1933 puso fin al contrabando de alcohol, la Mafia se dedicó a otras actividades ilegales como el juego, la prostitución y, en los últimos años, los narcóticos. Esta rama estadounidense mantuvo los vínculos con la italiana y,

³⁵ **Ibid.**

³⁶ **Ibid.**

al igual que allí, en la década de 1980 y 1990 la persecución de sus principales jefes ha aumentado.

El terrorismo por su parte, es el uso de la violencia, o amenaza de recurrir a ella, con fines políticos, que se dirige contra víctimas individuales o grupos más amplios y cuyo alcance trasciende con frecuencia los límites nacionales. El término implica una acción llevada a cabo por grupos no gubernamentales o por unidades secretas o irregulares, que operan fuera de los parámetros habituales de las guerras y a veces tienen como objetivo fomentar la revolución. El terrorismo de Estado, ejercido por un Estado contra sus propios súbditos o comunidades conquistadas, se considera también una modalidad de terrorismo. Más que la realización de fines militares, el objetivo de los terroristas es la propagación del pánico en la comunidad sobre la que se dirige la violencia. En consecuencia, la comunidad se ve coaccionada a actuar de acuerdo con los deseos de los terroristas. El terrorismo extremo busca a menudo la desestabilización de un Estado causando el mayor caos posible, para posibilitar así una transformación radical del orden existente.

El terrorismo ha aparecido una y otra vez a lo largo de la historia. Las sociedades secretas detectadas en algunas culturas tribales mantenían su influencia valiéndose del terror. Ya en el siglo XII, un grupo ismailí de los musulmanes shiíes, los 'Asesinos', llevó a cabo campañas terroristas contra musulmanes suníes. En Irlanda, grupos protestantes y católicos se aterrorizaron mutuamente tras la Reforma. En su forma moderna, sin embargo, el terrorismo sistemático recibió un gran impulso a finales de los siglos XVIII y XIX con la propagación de ideologías y nacionalismos seculares tras la Revolución Francesa. Adeptos y detractores de los valores revolucionarios utilizaron el terrorismo tras las Guerras Napoleónicas. El nacionalismo imperialista que en Japón condujo a la Restauración Meiji en

1868 estuvo acompañado de frecuentes ataques terroristas al shogunado Tokugawa. En el sur de Estados Unidos se creó el Ku Klux Klan tras la derrota de la Confederación Sudista en la Guerra Civil estadounidense (1861-1865) para aterrorizar a los antiguos esclavos y a los representantes de las administraciones de la reconstrucción impuesta por el gobierno. En toda Europa, a finales del siglo XIX, los partidarios del anarquismo realizaron ataques terroristas contra altos mandatarios o incluso ciudadanos corrientes. Una víctima notable fue la emperatriz Isabel, esposa de Francisco José I, asesinada por un anarquista italiano en 1898. "El movimiento revolucionario ruso existente antes de la I Guerra Mundial tuvo un fuerte componente terrorista. En el siglo XX, grupos como la Organización Revolucionaria Interna de Macedonia, el movimiento ustacha croata y el Ejército Republicano Irlandés (IRA) realizaron a menudo sus actividades terroristas más allá de las fronteras de sus respectivos países. Recibían a veces el apoyo de gobiernos ya establecidos, como fue el caso de Bulgaria o de Italia bajo el líder fascista Benito Mussolini. Este tipo de terrorismo nacionalista apoyado por el Estado provocó el asesinato de Francisco Fernando de Habsburgo en Sarajevo en 1914, lo que dio origen a la I Guerra Mundial. Tanto el comunismo como el fascismo utilizaron el terrorismo como instrumento de su política, contando con defensores como Liev Trotski y Georges Sorel (quien representó intermitentemente ambos extremos del espectro político). La inestabilidad política existente durante las décadas de 1920 y 1930 dio pie a frecuentes actividades terroristas. El terrorismo tendió a integrarse dentro del conflicto más amplio de la II Guerra Mundial"³⁷.

A mediados de la década de 1960 tuvo lugar una importante ola de violencia. Varios elementos confluyeron para facilitar y hacer más evidente el terrorismo internacional: avances tecnológicos, la creación de armas más

³⁷ *Ibid.*

pequeñas pero con mayor poder de destrucción; los medios para una mayor rapidez de movimientos y de comunicación que disponían los terroristas; las amplias conexiones mundiales de las víctimas elegidas y la publicidad que generaba cualquier ataque terrorista.

Los orígenes de la ola terrorista que se inició en la década de 1960 pueden remontarse al conflicto que en el Oriente Próximo enfrentaba a las naciones árabes contra Israel.

A finales de la década de 1940, algunos grupos radicales judíos, como Stern y el Irgún Tzevaí Leumí, utilizaron el terrorismo contra las comunidades árabes y otros grupos en su lucha por la independencia de Israel. Durante y después de la década de 1960, sus adversarios árabes decidieron utilizar el terrorismo de forma mucho más sistemática.

“La expulsión de guerrillas palestinas de Jordania en septiembre de 1970 fue conmemorada con la creación de un brazo terrorista extremista llamado Septiembre Negro. La Organización para la Liberación de Palestina (OLP) llevó a cabo operaciones terroristas y de comando tanto en Israel como en diversos países del mundo. El terrorismo internacional con base palestina disminuyó durante la década de 1980, en un esfuerzo de la OLP por ganarse el apoyo mundial hacia su causa, pero surgieron nuevas formas relacionadas con la revolución acaecida en Irán y el auge del fundamentalismo islámico. En 1988, una bomba destruyó el vuelo 103 de las líneas aéreas Pan American que volaba sobre Lockerbie, en Escocia, matando a las 259 personas que se encontraban en el avión, además de otras 11 en tierra. En 1991 la CIA estadounidense acusó del crimen a agentes libios.”³⁸

³⁸ www.wikipedia.com (23 junio de 2008)

El episodio terrorista más sangriento de la historia de Estados Unidos tuvo lugar el 11 de septiembre de 2001. Dos aviones de pasajeros secuestrados y dirigidos por pilotos suicidas colisionaron contra las torres gemelas del World Trade Center de Nueva York, lo que provocó el derrumbe de las mismas y un elevadísimo número de víctimas. Poco después, otra aeronave se estrellaba contra la sede del Pentágono en Washington dejando reducida a escombros una de las alas del edificio. Asimismo, en 1994 un atentado contra la Asociación Mutual Israelí (AMIA) de Argentina se cobró centenares de víctimas, entre muertos y heridos. Ya en la década de 1990, el terrorismo fundamentalista dirigido contra el gobierno de Argelia había desembocado de hecho en una guerra civil, en la que tanto el gobierno como los islamistas radicales extendían el terror a través de una brutal violencia.

El avance del terrorismo más allá de Oriente Próximo en la década de 1960 fue evidente en las tres naciones industrializadas en las que la transición del autoritarismo a la democracia, tras la II Guerra Mundial, había sido más rápida y traumática: la República Federal de Alemania, Japón e Italia. En otros estados occidentales surgieron asimismo grupos radicales de izquierda, financiados a menudo por gobiernos comunistas durante la Guerra fría. Inspirados en vagas teorías revolucionarias y apoyados por simpatizantes izquierdistas de distintos sectores sociales, los terroristas intentaban provocar el derrumbamiento del Estado mediante una reacción violenta y autodestructiva.

En Alemania, la llamada Fracción del Ejército Rojo, más conocida como grupo Baader-Meinhof, efectuó numerosos atracos a bancos y asaltó instalaciones militares estadounidenses. Sus acciones más espectaculares tuvieron lugar en 1977 con el secuestro y asesinato de un importante industrial, Hans-Martin Schleyer y el posterior secuestro, realizado por simpatizantes árabes,

de un avión de Lufthansa con destino a Mogadiscio, en Somalia. Al igual que lo hiciera el grupo terrorista japonés Ejército Rojo, los miembros de la banda alemana colaboraron a menudo con los terroristas palestinos, siendo de especial relevancia el asesinato de atletas israelíes durante los Juegos Olímpicos de Munich en 1972. A finales de la década de 1970, la mayor parte de los activistas de la Fracción del Ejército Rojo se encontraba en prisión o había muerto.

“La campaña terrorista llevada a cabo por el IRA tras la II Guerra Mundial surgió a partir del movimiento irlandés a favor de los derechos civiles de la década de 1960, que reclamaba mejores condiciones para los católicos de Irlanda del Norte. El terrorismo cada vez más intenso utilizado tanto por católicos como por protestantes desembocó en la segregación de ambas comunidades en zonas vigiladas por soldados y en la militarización de Irlanda. Motivados por una ideología revolucionaria de izquierda y apoyados por Libia y otros gobiernos simpatizantes de izquierda, el IRA Provisional realizó una serie de explosiones, asesinatos y otros atentados terroristas dentro y fuera de Irlanda destinados tanto contra objetivos militares como civiles. La campaña continuó hasta que el IRA declaró un alto el fuego el 31 de agosto de 1994”³⁹.

La fuerza de los terroristas italianos, de quienes los más importantes eran las Brigadas Rojas, puede tener su origen en la tradición anarquista del país y en su inestabilidad política. Sus actividades culminaron en 1978 con el secuestro y asesinato del antiguo primer ministro Aldo Moro. El terrorismo de izquierda disminuyó años después, gracias a las medidas policiales, aunque no desapareció en absoluto. No obstante, el terrorismo de izquierda pareció aumentar en Italia, tal y como quedó patente en 1980 con la explosión

³⁹ *Ibid.*

ocurrida en la estación de ferrocarril de Bolonia. La histórica Galería de los Uffizi de Florencia fue uno de los objetivos de una serie de atentados terroristas que tuvieron lugar en 1993, al parecer ejecutados por la Mafia. Muchos de estos atentados están hoy considerados como ejercicios de "propaganda negra" concebidos tanto por la derecha como por otros grupos para propiciar un clima de inestabilidad favorable a un gobierno autoritario.

Los movimientos terroristas de Latinoamérica tuvieron sus orígenes en antiguas tradiciones de conflictos políticos localizados. La principal innovación la constituyó la creación de los llamados movimientos de guerrilla urbana, ya que las actividades terroristas se desplazaron desde el campo hasta las ciudades. Sendero Luminoso, grupo terrorista maoísta del Perú, se convirtió en uno de los ejemplos más sangrientos y famosos por el uso de tácticas muy cruentas destinadas a desestabilizar el Estado y a provocar por parte de éste medidas de represión. En la década de 1990, dentro de una tendencia existente en Italia, con rasgos específicos por la cual el crimen organizado emula a los terroristas para promover sus intereses, algunos miembros de los cárteles de la cocaína en Colombia utilizaron tácticas terroristas para dificultar la aplicación de las leyes orientadas a luchar contra el tráfico de drogas.

Tanto en naciones del Tercer Mundo como en otros lugares, se da el fenómeno de que antiguos grupos terroristas se legitiman una vez que triunfa su lucha y obtienen el control del gobierno o espacios concretos donde ejercer el poder. Israel y Argelia son sólo dos ejemplos de Estados cuyos funcionarios y dirigentes fueron en su día clasificados como terroristas.

Los regímenes nacidos en este tipo de circunstancias pueden mantener sus vínculos con el terrorismo una vez en el poder. Se sabe que tanto Libia como

Irán, ambos con gobiernos revolucionarios, han promovido actos de terror, con carácter institucional.

Durante la guerra de Vietnam, Vietnam del Norte respaldó una campaña comunista de terrorismo y subversión en Vietnam del Sur. Algunos comentaristas han considerado como terroristas acciones realizadas por agentes israelíes del Mossad dirigidos contra la OLP y otros objetivos fuera de Israel.

Corea del Norte ha llevado a cabo varios atentados terroristas contra Corea del Sur, como la explosión ocurrida en Rangún en 1983, en la que murieron 4 miembros del gobierno y 13 surcoreanos más, y el atentado a un avión de pasajeros de las Líneas Aéreas Coreanas en 1987 ocasionado por agentes norcoreanos.

Existen algunos casos, no obstante, registrados en el seno de democracias consolidadas, que evidencian la aplicación, a través de métodos terroristas, del trasnochado y cruel concepto de "razón de Estado" sobre la ciudadanía o sobre intereses generales.

Uno de los ejemplos más representativos sería el atentado sufrido por el barco estrella de la organización ecologista Greenpeace, el Rainbow Warrior, en el puerto de Auckland en 1985, por obra de los servicios secretos franceses.

Uno de los más trágicos ejemplos del terrorismo actual en Europa lo constituye el protagonizado en España por la banda armada ETA, la cual, con sus constantes atentados, secuestros, asesinatos y coacciones, ha teñido de

sangre el pacífico proceso español de consolidación de los valores democráticos.

El tráfico de drogas, es un delito consistente en facilitar o promocionar el consumo ilícito ajeno de determinadas sustancias estupefacientes y adictivas que atentan contra la salud pública con fines lucrativos, aunque esta definición puede variar según las distintas legislaciones penales de cada Estado.

Con el nombre de droga se designa en sentido genérico a toda sustancia mineral, vegetal o animal que se utiliza en la industria o en la medicina y que posee efectos estimulantes, depresores o narcóticos o, como establece la Organización Mundial de la Salud (OMS), a cualquier sustancia que, introducida en un organismo vivo, puede modificar una o varias de sus funciones.

A efectos penales, el concepto de droga (a pesar de las diferentes formas de actuación en el organismo) engloba también las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, naturales o sintéticas, cuyo consumo reiterado provoca la dependencia física u orgánica, así como el deseo irrefrenable de seguir consumiéndolas en mayores dosis a fin de evitar el síndrome de abstinencia.

La OMS menciona entre los estupefacientes el Cannabis y sus resinas, las hojas de coca y cocaína, heroína, metadona, morfina, opio y codeína; y como psicotrópicos, los barbitúricos, las anfetaminas y los ampliadores de la conciencia, como el ácido lisérgico, la mescalina o la psilocibina.

Por tráfico de drogas se entiende no sólo cualquier acto aislado de transmisión del producto estupefaciente, sino también el transporte e incluso

toda tenencia que, aun no implicando transmisión, suponga una cantidad que exceda de forma considerable las necesidades del propio consumo, ya que entonces se entiende que la tenencia tiene como finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo ilícito (entendiéndose como ilícito todo consumo ajeno).

En algunas legislaciones se considera delito solamente el tráfico, pero no la tenencia de drogas en cantidades reducidas a las necesidades personales del consumidor, mientras que otras tipifican como conductas delictivas tanto el tráfico como la tenencia.

Unas y otras legislaciones han de integrarse en los convenios internacionales y, en concreto, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrito el 20 de diciembre de 1988 en Viena.

3.4. El fenómeno delincuencial como categoría jurídica

No se conocen a ciencia cierta las causas del delito. La teoría más antigua a este respecto, basada en la Teología, afirmaba que los delincuentes son personas perversas, que cometen crímenes de una forma deliberada, porque están instigados por el demonio u otros espíritus malignos.

Aunque estas ideas han sido descartadas por la moderna Criminología, persisten en muchas regiones del mundo y se encuentran en el fondo de las razones para imponer penas muy severas a los delincuentes.

“Desde el siglo XVIII se han formulado varias teorías que han logrado avances en la explicación del delito. Uno de los primeros intentos para

explicarlo desde una postura más científica que teológica fue planteado a finales del siglo XVIII por el médico y anatomista alemán Franz Joseph Gall, que intentó relacionar la estructura cerebral y las inclinaciones del criminal. Esta teoría fue popular durante el siglo XIX, pero hoy se encuentra abandonada en el descrédito. Una teoría biológica más sofisticada fue desarrollada a finales del siglo XIX por el criminólogo italiano Cesare Lombroso, que afirmaba que los delitos son cometidos por aquellos que nacen con ciertos rasgos físicos hereditarios y reconocibles. La teoría de Lombroso fue refutada a comienzos del siglo XX por el criminólogo británico Charles Goring. Este autor hizo un estudio comparativo entre delincuentes encarcelados y ciudadanos respetuosos de las leyes, llegando a la conclusión de que no existen los llamados 'tipos criminales' con disposición innata para el crimen. Los estudios científicos recientes han confirmado las tesis y observaciones de Goring. Sin embargo, algunos investigadores siguen manteniendo que ciertas anomalías en el cerebro y en el sistema endocrino contribuyen a que una persona tenga inclinación hacia la actividad delictiva"⁴⁰.

Otro intento de explicación del delito fue iniciado en Francia por el filósofo político Montesquieu, que intentó relacionar el comportamiento criminal con el entorno natural y físico. Sus sucesores han intentado reunir pruebas tendentes a demostrar que los delitos contra las personas, como el homicidio, son hasta cierto punto más frecuentes en climas cálidos, mientras que los delitos contra la propiedad, como por ejemplo el robo, son más numerosos en regiones frías. Otros estudios parecen indicar que la criminalidad desciende en directa relación con el descenso de la presión atmosférica, el incremento de la humedad y las temperaturas altas.

⁴⁰ Bustos Ramírez. **Ob. Cit** Pág. 319.

Numerosos e importantes criminólogos del siglo XIX, sobre todo los relacionados con movimientos socialistas, consideraron el delito como efecto derivado de las necesidades de la pobreza. Estos autores señalaron que quienes no disponen de bienes suficientes para satisfacer sus necesidades y las de sus familias por las vías legales y pacíficas se ven empujados con frecuencia al robo, el hurto, la prostitución y otros muchos delitos. La criminalidad tiende a aumentar de una forma espectacular en periodos de desempleo masivo. Los criminólogos tienen una visión más amplia y profunda del problema y culpan de la mayoría de los delitos a las condiciones de necesidad y carencia asociadas con la pobreza. Las condiciones vitales de quienes se hallan en la miseria, de forma muy especial en los barrios más marginados, se caracterizan por la superpoblación, la falta de privacidad, los espacios inadecuados para vivienda, la carencia de medios para la diversión y los problemas sanitarios. Este tipo de condiciones generan sentimientos de necesidad y desesperación que conducen al crimen como salida, y que son estimulados por el ejemplo de aquellos que por esta vía han logrado escapar de la extrema pobreza hacia lo que aparece como una vida mejor.

Otros teóricos relacionan la criminalidad con el estado general de la cultura, sobre todo por el impacto desencadenado por las crisis económicas, las guerras, las revoluciones y el sentimiento generalizado de inseguridad y desprotección derivados de tales fenómenos. Cuando una sociedad se vuelve más inestable y sus ciudadanos sufren mayor angustia y temor ante el futuro, la criminalidad tiende a aumentar. Esto es cierto en lo referente a la delincuencia juvenil, como ha evidenciado la experiencia de Estados Unidos desde la II Guerra Mundial.

El último de los grupos de teorías más importantes al respecto es el elaborado por psicólogos y psiquiatras. Estudios realizados por

investigadores del siglo XX, como el criminólogo americano Bernard Glueck y el psiquiatra británico William Healy, han señalado que cerca de una cuarta parte de la población reclusa está compuesta por psicóticos, neuróticos o personas inestables en el plano emocional, y otra cuarta parte padece deficiencias mentales. Estas condiciones mentales y emocionales, de acuerdo con estas teorías, determinan que algunas personas tengan una mayor propensión a cometer delitos. Diversos estudios recientes sobre criminales y delincuentes han arrojado más luz sobre los desequilibrios psicológicos que pueden conducir a un comportamiento criminal.

Desde la mitad del siglo XX, la creencia de que el delito puede ser explicado por una teoría única ha sido abandonada. Los expertos se inclinan a asumir las teorías del factor múltiple o de la causa múltiple, es decir, que el delito surge como consecuencia de un conjunto plural de conflictivas y convergentes influencias biológicas, psicológicas, culturales, económicas y políticas. Las explicaciones basadas en la causa múltiple parecen más verosímiles que las teorías anteriores de la simple causa única. En último extremo, siguen sin estar claras las causas del delito, porque la interrelación de los factores en presencia en cada caso es difícil de determinar.

Junto a las teorías de la causa del delito, se han ido aplicando varios modelos correccionales. Así, la antigua teoría teológica y moral entendía el castigo como una retribución a la sociedad por el mal realizado. Esta actitud todavía pervive. En el siglo XIX, el jurista y filósofo británico Jeremy Bentham intentó que hubiera una relación más precisa entre castigo y delito. Bentham creía que el placer podía ser medido en contraste con el dolor en todas las áreas de la voluntad y de la conducta humana. Argumentaba este autor que los delincuentes dejarían de delinquir si conocieran el sufrimiento específico al que serían sometidos si fueran apresados. Bentham, por tanto, instaba a la

fijación de penas definidas e inflexibles para cada clase de crimen, de tal forma que el dolor de la pena superara sólo un poco el placer del delito. Este pequeño exceso sería suficiente para resultar disuasivo de una forma eficaz, pero no tanto como para resultar una crueldad gratuita por parte de la sociedad. Este cálculo de placeres y dolores estaba basado en postulados psicológicos que ya no se aceptan.

La tentativa de Bentham fue hasta cierto punto superada a finales del siglo XIX y principios del XX por un movimiento conocido como escuela neoclásica. Este colectivo rechazaba las penas fijas y proponía que las sentencias variasen en relación con las circunstancias concretas del delito, como la edad, el grado intelectual y estado psicológico del delincuente, los motivos subyacentes y otros factores que pudieran haberlo incitado a su comisión, así como los antecedentes penales y anteriores intentos de rehabilitación. La influencia de la escuela neoclásica dio lugar al desarrollo de conceptos tales como grados del delito y de la pena, sentencias indeterminadas y responsabilidad limitada de los delincuentes más jóvenes o deficientes mentales.

Hacia la misma época, la llamada escuela italiana otorgaba mayor importancia a las medidas preventivas del delito que a las destinadas a reprimirlo. Los miembros de esta corriente argumentaban que los individuos se ven determinados por fuerzas que operan al margen de su control, por lo que no podían ser responsables por entero de sus crímenes. En este sentido, impulsaron el control de la natalidad, la censura de la pornografía y otras iniciativas orientadas a mitigar los factores que, a su entender, empujaban a la actividad delictiva. La escuela italiana ha dejado una perdurable influencia en el pensamiento de los criminólogos actuales.

Los intentos modernos de tratamiento de los delincuentes deben casi todo a la Psiquiatría y a los métodos de estudio aplicados a casos concretos. Todavía queda mucho por aprender de los delincuentes que son puestos en libertad condicional y cuyo comportamiento dentro y fuera de la prisión se estudia detenidamente. La actitud de los científicos contemporáneos es que los delincuentes son individuos y que su rehabilitación sólo podrá lograrse a través de tratamientos individuales y específicos. Por otro lado, el incremento de la criminalidad juvenil desde la II Guerra Mundial ha preocupado a la opinión pública y ha estimulado el estudio sobre los desequilibrios emocionales que engendra la delincuencia. El creciente conocimiento de la delincuencia ha contribuido a la comprensión de las motivaciones de los criminales de todas las edades. En los últimos años, la delincuencia ha sido atacada desde muchos campos. Aumentar la eficacia de esta labor mediante actuaciones policiales y los procesos judiciales ha sido una de las principales preocupaciones de los criminólogos. Esta inquietud se fundamenta en la convicción ética y doctrinal de que los criminales no pueden ser tratados y rehabilitados hasta que son prendidos y procesados, y de la conciencia de que si se comete un delito se tiene grandes probabilidades de ser detenido y condenado, lo que representa el más eficaz instrumento disuasorio para reprimir la actividad delictiva. "Un estudio realizado en 1942 en Estados Unidos reveló que sólo el 25% de los autores de delitos denunciados era arrestado, sólo el 5% condenado y únicamente el 3,5% encarcelado. De acuerdo con los informes del FBI, al final de la década los arrestos habían subido hasta el 29% de los delitos denunciados, y las condenas alcanzaban al 22%. Las proporciones de detenciones y condenas de delincuentes continuaron aumentando durante la década de 1950, en gran medida gracias a los avances de los métodos policiales. En las décadas de 1960 y 1970 la criminalidad, en particular los delitos violentos, aumentó con claridad, pero descendió el número de condenas. Al principio de la

década de 1980 la criminalidad se estabilizó y luego comenzó a descender lentamente”⁴¹.

El tratamiento y rehabilitación de los delincuentes ha mejorado en muchas áreas. Los problemas emocionales de los condenados han sido estudiados: se han hecho esfuerzos para mejorar su situación. En este sentido, psicólogos y trabajadores sociales han sido formados para ayudar a adaptar y reinsertar en la sociedad a los condenados que se hallan en libertad condicional, a través de programas de reforma y rehabilitación dirigidos tanto a jóvenes como a adultos.

En numerosas comunidades se han realizado iniciativas destinadas a afrontar las condiciones que generan delincuencia. Los criminólogos reconocen que tanto los delincuentes juveniles como los adultos son el principal producto del hundimiento de las normas sociales tradicionales, a consecuencia de la industrialización, la urbanización, el incremento de la movilidad física y social y los efectos de la infravivienda, el desempleo, las crisis económicas y las guerras. La mayoría de los criminólogos cree que una prevención efectiva del delito requiere instituciones y programas que aporten guías de actuación y el control realizado, tanto en el plano teórico, como en el que atañe a la tradición, por la familia y por la fuerza de la costumbre social. La mayoría de la opinión pública entiende que para solucionar el problema de la delincuencia es importante el arresto y condena de los delincuentes y plantear la alternativa de su reinserción, aunque en los últimos años se están fortaleciendo las actitudes de los que piensan que la rehabilitación está fallando y que hacen falta, en cambio, imponer penas más largas y severas para los delincuentes.

⁴¹ *Ibid.*

3.5. La política criminal

3.5.1. Concepto de política criminal

La política criminal consiste en una de las ciencias de la llamada enciclopedia de las ciencias penales. Para algunos tratadistas como V. Hippel la política criminal no es una ciencia independiente, sino la misma ciencia del derecho penal que plantea la cuestión de la aplicación de lo existente y de su posible desarrollo adecuado a las necesidades del porvenir.

Mezger la concibe como: "La consideración del derecho penal y su aplicación desde el punto de vista de una eficaz lucha contra el delito; constituye también un medio indispensable para la investigación de la criminalidad, en amplio sentido la política criminal significa todo género de actividad estatal encaminada a la prevención y a la lucha contra el delito".⁴²

El tema de la política criminal es un tema poco estudiado. En los cursos de la Facultad de derecho se le inculca al estudiante una inclinación pontifical por la justicia. Se le permite al estudiante participar por medio de clínicas penales, en los que éste se enfrentará a la resolución de futuros conflictos en una sociedad por demás conflictiva. Sin embargo, cuando se nos enseña que el estudiante puede proponer en torno a esta realidad de la cual uno va a ser parte en un futuro cercano, no se nos dan las suficientes herramientas para definir ¿Cómo? Se puede incidir en el marco de la realidad nacional en materia de justicia.

La política criminal, involucra el análisis de la forma en que se aplican las sanciones penales, si estas son severas o flexibles ello incidirá en el marco de

⁴² Mezger, Enrique. **Derecho penal**, Tomo I, Pág. 534.

la política estatal en contra del crimen.

La presente constituye la propuesta para hacer un análisis de la política criminal en Guatemala, en los últimos años, con el interés de generar un estudio que permita establecer cuál es la tendencia más marcada y en el mejor de los casos y qué tan correcta es esa política criminal.

En otras palabras estudiar qué tipo de política criminal no vulnera los avances que en materia procesal penal y de derechos humanos, incipientemente se han alcanzado en Guatemala en los últimos años, y que a la vez enfrente la delincuencia común y al crimen organizado del país que ha incrementado su ataque a la sociedad y la juricidad y legalidad que la protege, principalmente en los últimos años.

Señala Eugenio Cuello Calón: "En realidad no es una ciencia sino un criterio directivo de la reforma penal que debe fundamentarse sobre el estudio científico del delincuente y de la delincuencia, de la pena y demás medidas de defensa social contra el delito".⁴³

3.5.2. Definición

Se considera acertada la definición que al efecto brinda el tratadista Eugenio Cuello Calón cuando señala: "La política criminal fue definida como el conjunto sistematizado de principios conforme a los cuales debe el estado organizar la lucha (prevención, represión) contra la criminalidad".⁴⁴

⁴³ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, Pág. 40.

⁴⁴ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal**, Pág. 39.

3.5.3. La experiencia guatemalteca de la política criminal

El *ius puniendi* o punto de vista subjetivo consiste en la "Facultad de castigar que tiene el Estado como único Ente soberano (Fundamento filosófico del derecho penal)". Mientras que el *ius poenale*, o punto de vista objetivo: "Es el conjunto de normas jurídico-penales que regulan la actividad punitiva del Estado; que determinan en abstracto los delitos, las penas y las medidas de seguridad"⁴⁵. La facultad del estado de penar, está limitada por el principio de legalidad, *Nullum Crimen, Nulla poena sine lege*. Y por la exclusión por analogía.⁴⁶ Es decir, que el Estado no puede imponer su voluntad de manera arbitraria, sino debe atenerse a los límites que la legislación vigente le permite, esto se da gracias al principio de legalidad.

Se consideran las principales discusiones dentro del derecho penal, la pena y el delito. Entre ambas esta última a tenido suficiente discusión en el presente siglo y comienza a ceder espacio a la de la pena. Tal como lo señalan Julio y Jorge Armaza Galdos, tratadistas peruanos al afirmar que: "apaciguado el debate que en las últimas dos décadas se libró en esta parte del continente en torno a las teorías causal y final, el interés por la pena permanece intacto..."⁴⁷.

La potestad que tiene el Estado de penalizar es por tanto, un tema nada agotado y sobre todo en Guatemala donde no solo no abundan los trabajos sobre derecho penal, sino que son escasos los referidos al tema de la Pena. Señala Bacigalupo que: "El enfrentamiento radical de estos puntos de vista (sobre la pena), dio lugar a partir del último cuarto del siglo pasado, a la

⁴⁵ **Ibid.**

⁴⁶ De Mata Vela y De León Velasco. **Ob. Cit.** pág. 5

⁴⁷ Armaza Galdos, Julio y Jorge. **Ob. Cit;** Pág. 123.

llamada lucha de escuelas, que no es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal"⁴⁸.

Esa facultad que tiene el Estado para sancionar; para imponer penas, e incluso la pena capital, ha sido objeto de múltiples discusiones, en las diferentes etapas por las que el derecho penal sustantivo a atravesado. ¿Qué penas se aplican?; ¿De qué forma se aplica una pena?; ¿Se aplica una pena en forma exclusiva o bien se hace a la par de un medida de seguridad o en vez de esta última?; ¿Qué se penaliza y qué no?; ¿En qué grado debe penalizarse?. Resultan éstas, ser algunas de las principales cuestiones a resolver cuando se enfrentan los principios de la pena.

Kelsen, afirma que la regla jurídica se distingue justamente por "la sanción"⁴⁹, que en el caso de la regla jurídico penal, es la pena. Sin embargo, contrario a esa afirmación, para Binding: "para que exista el imperativo no es necesaria la sanción"⁵⁰.

Aunque los juristas no otorgan una naturaleza a la sanción, es lógica la aseveración de que la misma es potestad del Estado, y que se impone a través de los tribunales. Por el sistema penal existente en Guatemala, podemos decir que todos estos temas, (la sanción, la pena etc.), no pueden ser facultad ni potestad de los particulares. Según Bustos Ramírez "El Estado solo puede querer sus propias acciones y esa acción sería el acto coactivo"⁵¹.

"Uno de los elementos básicos de la sanción, y para hacer posible su aplicación, es la llamada coacción"⁵². Este carácter coercitivo que debe tener la

⁴⁸ **Ibid.**

⁴⁹ **Ibid.**

⁵⁰ **Ibid.**

⁵¹ Bustos Ramírez, Juan. **Ob. Cit**; Pág. 254.

⁵² **Ibid.**

sanción, es el esencial, para poder cumplir el fin, para el que está destinada. Por lo tanto se afirma que coacción es el cumplimiento forzado del deber o de la sanción impuesta.

Las sanciones suelen clasificarse atendiendo a la finalidad que persiguen y a la relación entre la conducta ordenada y la norma infringida agrupándose en tres formas: De Cumplimiento Forzoso, si su fin consiste en obtener coactivamente la observancia de la norma infringida; de indemnización, si tiene como fin obtener del sancionado una prestación económica equivalente al deber jurídico primario. Una sanción también puede ser simplemente un castigo, si su finalidad inmediata es aflictiva. No persigue el cumplimiento del deber jurídico primario ni la obtención de prestaciones equivalentes, sino reprender al sujeto.

Sin embargo, la norma jurídico penal como quedó descrito al hablar del criterio de Bindig, no necesariamente debe ser sancionatoria, y además la misma sanción no debe ser exclusivamente un castigo, sino puede incorporarse a la misma (es decir a la función de la pena), el carácter rehabilitador de la misma. En otras palabras no necesariamente tiene que ser la consecuencia de la infracción a la ley penal una forma de castigo, sino puede además rehabilitar a ese individuo que ha infringido una norma jurídico-penal. La pena debe ser capaz de incorporar de nuevo al sujeto a la sociedad, puesto que su pena se cumple y el mismo debe volver al mismo grupo humano del que salió, previo a cumplir su condena. A parte según la mayoría de tratadistas españoles, también debe ser capaz la pena, de expresar claramente y con voz diáfana sobre el resto del conglomerado social un amedrantamiento, para que el resto no infrinja la ley.

En definitiva, analizar la naturaleza del delito, abalanza el sentimiento de aplicar justicia y contradecir así la impunidad. En sociedades como la nuestra,

es importantísimo el someter a análisis y discusiones, las magnitudes de los delitos que se cometen. Sin embargo no podemos aislar el concepto de la pena. Porque su dimensión exacta no solo esta ligada al delito sino también a la conducta social que desarrolla una colectividad, histórica y estructuralmente.

Por mucho tiempo la idea de pena fue relacionada con ideas morales o hasta religiosas que lo único que produjeron se resume en hasta una contradicción y polémica entre tratadistas y legislaciones sobre la verdadera naturaleza de la pena, y por tanto sobre la del derecho penal subjetivo. Dicha discrepancia ha generado el origen de distintas "escuelas" motivadas por el ensayo de su propia respuesta a la pregunta sobre la naturaleza de la pena. Entre estas escuelas se han presentado adicionalmente varias tendencias, corrientes o propuestas, que algunos tratadistas como Muñoz Conde les llama: "teorías"⁵³, aunque de tal concepto solo tengan el nombre, puesto que son más una forma de concebir el poder punitivo del Estado. Por lo que Bustos Ramírez les llama simplemente: "criterios"⁵⁴. Mientras que Julio y Jorge Armaza Galdos exponen que es a Zacharia a quien se debe la conocida clasificación de teorías absolutas y relativas y agregan que, Antón Bauer añadió posteriormente, las mixtas. Sin embargo que Bentham, antes había distinguido las teorías relativas preventivo especiales y generales.

⁵³ **Ibid.**

⁵⁴ **Ibid.**

CAPÍTULO IV

4. Efectos del delito putativo en la política criminal de Guatemala

4.1. Necesidad de dar a conocer el delito putativo

La política criminal en Guatemala no ofrece fundamentos de derecho a operativos policiales o planes de seguridad, puesto que no se puede planificar redadas o trampas a los delincuentes habituales, por tener el control la delincuencia organizada; pues no existe el llamado delito putativo, por virtud del cual, se puede crear una situación preestablecida para poder capturar al sujeto activo un delito, quien opera habitualmente en repetidas o reiteradas acciones ilícitas, por ejemplo, se estaciona un vehículo de último modelo en un determinado lugar, para capturar a quien intente robarlo, constituye un delito putativo, por que su tentativa será imposible, situación positiva para efectos de conducir y enjuiciar al sujeto encartado, pero inútil para condenarlo porque todo ha sido planificado con premeditación.

4.1.1. Generalidades

Tal como se señaló anteriormente, la clasificación de las especies del delito putativo, para la presente monografía constituye una forma de resaltar la importancia de su estudio a nivel universitario, porque de esta forma se puede profundizar de manera científica y académica el tema. El delito putativo debe darse a conocer a escala universitaria, y profundizarse en aquellos niveles de estudio académico dónde resulte idóneo para el bien de la ciencia penal guatemalteca. Toda vez que cuando las autoridades del Ministerio Público, la Policía Nacional Civil y otras comúnmente recurren a la estrategia de concertar la provocación de un delito. Tal el caso de un juez

que comete cohecho, durante el montaje de una escena provocada por alguna de las autoridades mencionadas que desea capturarlo. En dicha situación, los italianos por medio de la Corte de Casación son de la opinión que tal acto no debe ser penado, entonces, por qué en Guatemala se acusa y eventualmente se condena a una persona por tal acción. Esta interrogante motiva la presente investigación.

4.1.2. Planteamiento de la problemática

En Guatemala no se regula ninguna de las especies del delito putativo, lo cual se cree incide en la política criminal en general.

Muchos de los elementos que ofrece el delito putativo pueden usarse en contra de la delincuencia común. Aquellos casos en los que la policía prepara una redada o el mismo Ministerio Público desea la captura de determinado delincuente. Se pueden generar las circunstancias de hecho que sirvan de carnada al sujeto buscado facilitándole la realización de un delito y en el preciso momento de que el mismo se dispone a realizarlo, proceder a su captura.

Por ejemplo un carterista conocido que roba la billetera de un policía disfrazado, preparado con antelación para sorprender al delincuente, quien es ya conocido y por tal es ya buscado.

La defensa ulterior del delincuente podría basarse en la existencia de la tentativa imposible, para el caso de establecer cierta inidoneidad de hecho. En nuestro criterio el delincuente puede alegar dicha defensa, toda vez que en la legislación no existe como descargo de esa sentencia, la regulación

legal de cualquiera de las especies de delito putativo, que es lo que más perfectamente se aplica en el caso citado.

La doctrina establece una serie de casos (que se estudian más adelante) que pueden ser tratados por la legislación a fin de dotar a los elementos penales de una estructura más adecuada en su lucha contra la delincuencia, sin embargo en Guatemala eso no se hace.

“Ámbito del ordenamiento jurídico que se ocupa de la determinación de los delitos y faltas, de las penas que procede imponer a los delincuentes y de las medidas de seguridad establecidas por el Estado para la prevención de la delincuencia. La tipificación de las conductas como delictivas puede variar, en alguna medida, según los tiempos y los países, pero en todo caso se tutela a la persona y sus bienes (vida, integridad física, propiedad, honor), amparándose también a la comunidad de que se trate en su conjunto. Requisitos del derecho penal son la proporcionalidad entre el delito y la pena y el respeto al principio de legalidad, formulado según la tradición procedente del derecho romano mediante la sentencia: "nullum crimen, nulla poena sine previa lege" ("ningún crimen, ninguna pena sin ley previa"). Los delitos pueden calificarse como acciones u omisiones típicas, antijurídicas, culpables y punibles. También las omisiones pueden ser delictivas; por ejemplo en la omisión de auxilio”⁵⁵.

“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

⁵⁵ Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2003. © 1993-2002 Microsoft Corporation.

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 muchas⁵⁶.

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"

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.

⁵⁶ Ibid.

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 ocupación 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 el cargo 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 ocupación de prevención limitada que corresponde al derecho penal del Estado social y democrático de derecho.

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.

4.2. Consideraciones finales

En Guatemala no se regula ninguna de las especies del delito putativo, lo cual se cree incide en la política criminal en general.

Muchos de los elementos que ofrece el delito putativo pueden usarse en contra de la delincuencia común. Aquellos casos en los que la policía prepara una redada o el mismo Ministerio Público desea la captura de determinado delincuente. Se pueden generar las circunstancias de hecho que sirvan de carnada al sujeto buscado facilitándole la realización de un delito y en el

preciso momento de que el mismo se dispone a realizarlo, proceder a su captura.

Por ejemplo un carterista conocido que roba la billetera de un policía disfrazado, preparado con antelación para sorprender al delincuente, quien es ya conocido y por tal es ya buscado.

La defensa ulterior del delincuente podría basarse en la existencia de la tentativa imposible, para el caso de establecer cierta inidoneidad de hecho. En nuestro criterio el delincuente puede alegar dicha defensa, toda vez que en la legislación no existe como descargo de esa sentencia, la regulación legal de cualquiera de las especies de delito putativo, que es lo que más perfectamente se aplica en el caso citado.

La doctrina establece una serie de casos (que se estudian más adelante) que pueden ser tratados por la legislación a fin de dotar a los elementos penales de una estructura más adecuada en su lucha contra la delincuencia, sin embargo en Guatemala eso no se hace.

Es necesario ahondar en cuáles son las especies de delito putativo que pueden contribuir en la lucha contra la delincuencia en Guatemala, y según la doctrina, dichas especies son basadas las sentencias de la Corte de Cassazione, de Italia que señalan un primer género de delito putativo, en el cual el objeto se halla privado de las cualidades necesarias para que exista el delito. El segundo caso, que el delito putativo es el que Binding llamó "*error al revés*"⁵⁷, es el que Bustos Ramírez Y Muñoz Conde denominan "*delito putativo o imaginario*"⁵⁸. La tercera especie del delito putativo es el del supuesto o sedicente delito putativo, en que toda la trama del episodio

⁵⁷ Bustos Ramírez. **Ob. Cit** Pág. 315.

⁵⁸ **Ibid.**

criminal es engañosa, por ejemplo, cuando se quiere descubrir un cohecho. Siendo estos dos últimos los que requieren de regulación legal.

Es necesaria la regulación del delito putativo en sus especies de delito al revés y de delito sedicente, en la legislación penal guatemalteca, toda vez que este es una figura elemental en todo sistema penal de lucha contra la delincuencia.

La presente constituye un estudio jurídico que contribuye a depurar la técnica del derecho, sobre todo un adiestramiento para sus cultivadores como el caso del ponente de la misma, o sea una descripción o tratado especial de determinada parte de una ciencia o de algún asunto en particular.

El delito putativo es aquel en que media un error acerca del contenido del derecho, por cuanto el sujeto activo realiza una acción inocente, no descrita como ilícita en ningún tipo penal, en la creencia de estar realizando un delito.

La palabra putativo, como se vio, proviene del latín *putativus* que quiere decir reputar; juzgar la calidad de algo o alguien.

La política criminal en Guatemala no ofrece fundamentos de derecho a operativos policiales o planes de seguridad, puesto que no se puede planificar redadas o trampas a los delincuentes habituales, por tener el control la delincuencia organizada; pues no existe el llamado delito putativo, por virtud del cual, se puede crear una situación preestablecida para poder capturar al sujeto activo en un delito, quien opera habitualmente en repetidas o reiteradas acciones ilícitas.

Por ejemplo, estacionar un vehículo de último modelo en un determinado lugar, para capturar a quien intente robarlo, constituye un delito putativo puesto que, aunque su tentativa sea imposible, la situación resulta de beneficio a los efectos de conducir y enjuiciar al sujeto que intente perpetrar el ilícito. No obstante, también es inútil para condenarlo, porque siendo precisamente una tentativa imposible y no estando regulada en ley una norma que faculte a la autoridad a este tipo de operativos, cualquier juez tendrá que absolver al encausado.

Las especies del delito putativo, según Luis Jiménez de Azúa, son:

“El delito imposible;
el error al revés y
el delito provocado”⁵⁹.

El delito imposible

Este se presenta cuando los medios para llevar a cabo un delito no son adecuados, por ejemplo, un sujeto le dispara a una persona muerta con la creencia de que está viva.

El error al revés

Este se da cuando se tiene la idea equivocada de que una conducta es delictiva cuando la ley en realidad no la contempla como tal. Por ejemplo, el sujeto que yace con la mujer propia y cree yacer con la mujer del amigo o vecino.

El delito provocado

⁵⁹ Jiménez De Azúa, Luis. **Ob. Cit**; pág. 381.

A diferencia de las dos especies de delito putativo, anteriormente mencionadas, se encuentra el llamado: delito provocado. Esta es la especie del delito putativo, por la cual la autoridad provoca a una persona para cometer un delito. No se trata de un delito imposible; o de un error al revés, porque existen medios idóneos para perpetrar el ilícito y porque además, sí existe un tipo penal en donde tipificarlo, por ejemplo el delito de cohecho en que provocan a un juez para que reciba dinero, a cambio de favorecer a alguien con un fallo (pero todo está preparado anteriormente por autoridad).

El delito putativo debe darse a conocer a nivel universitario, y profundizarse en aquellos niveles de estudio académico donde resulte idóneo para el bien de la ciencia penal guatemalteca. Toda vez que cuando las autoridades del Ministerio Público, la Policía Nacional Civil y otras provocan la comisión de un delito, por ejemplo cohecho, el cual es cometido por un juez en una escena montada a propósito, se le acusa y eventualmente se le condena, a pesar de no estar permitida tal acción en la ley porque no está regulado el delito putativo. "En este tipo de operaciones, la Corte de Casación de Italia emitió un fallo histórico en 1947, considerando tal situación no punible pues constituye una tentativa imposible"⁶⁰.

Es imperativo profundizar el estudio del tema del delito putativo, haciendo énfasis en la importancia de dar a conocerlo al estudiantado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a los catedráticos.

⁶⁰ *Ibid.*

CONCLUSIONES

1. El delito putativo es aquel en el que el autor actúa creyendo que su acción es delictiva, pero, carece de tipo o hay un error en el objeto.
2. La política criminal en Guatemala no ofrece fundamentos de derecho a operativos policiales o planes de seguridad, puesto que no se puede planificar redadas o trampas a los delincuentes habituales, por tener el control la delincuencia organizada; pues no existe el llamado delito putativo, por virtud del cual, se puede crear una situación preestablecida para poder capturar al sujeto activo un delito, quien opera habitualmente en repetidas o reiteradas acciones ilícitas.
3. La clasificación de las especies del delito putativo, constituye una forma de resaltar la importancia de su estudio a nivel universitario, porque de esta forma se puede profundizar de manera científica y académica el tema.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que las facultades de ciencias jurídicas y sociales, establezcan un estudio mas profundo sobre las especies del delito putativo.
2. Es necesario que el Organismo legislativo reforme el Código Penal en el sentido de que se regule el delito putativo.
3. Es preciso que el Estado de Guatemala, revise los fallos históricos que en materia de política criminal han proferido entidades de tradición en la lucha contra organizaciones criminales como la mafia, para que se de cumplimiento de forma objetiva a la ley y sirva esto para profundizar en el estudio de esta materia objeto de la presente investigación.

BIBLIOGRAFÍA

ARMAZA GALDOS, Julio y Jorge. **Error de tipo y error de prohibición**, Ed. Hiparquía, España.

BACIGALUPO Enrique, **Elementos de la teoría del delito**, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1996.

CLAUX ROXÍN, Eduardo. **Manual de derecho penal**, Ed. PPU, Colombia, 1967.

CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho penal**, Tomo IV, Ed. Bochs, Madrid, España, 1947.

DE MATA VELA, José Francisco y Héctor Aníbal De León Velasco, **Curso de derecho penal guatemalteco**, Ed. Universitaria, 2 edición. Guatemala, 1999.

GIMBERNAT ORDEING, Estuardo. **Autor y cómplice en derecho penal**, Ed. Ariel, Madrid, España, 1976.

GONZÁLEZ, María, **La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder**, Ed. Vile, Guatemala, 1998.

MIR PUIG, Santiago. **El tipo penal**, Ed. PPU, Colombia, 1984.

MONZÓN PAZ, Guillermo Alfonso. **La violencia institucionalizada**, Ed. Universitaria, Guatemala, 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes. **Derecho penal parte general**, 2da ed., Ed. tirant Lo Blanch, Madrid, España, 2000.

OSSORIO, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina, 1998.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Derecho penal**, Ed. Boch, Barcelona, España, 1987.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**, Ed. Porrúa S.A. México, 1984.

WELZEL, Henry. **El estudio del delito en la sistemática penal**, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1976.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Tratado de derecho penal, parte general**, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981.

Legislación

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

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

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